



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

**LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS
FACULTADES ASOCIATIVAS EN LAS
EMPRESAS PÚBLICAS EN RELACIÓN A
POSIBLES ALIANZAS ESTRATÉGICAS CON EL
SECTOR PRIVADO**

Autora:

Emilia Aguirre Salas

Director:

Javier Cordero López

Cuenca – Ecuador

2025

DEDICATORIA

A mis padres por su esfuerzo incansable y por acompañarme con amor y apoyo en cada paso de mi vida. Gracias por enseñarme que el valor del trabajo constante y la perseverancia es la clave para alcanzar mis metas.

A mi hermana por recordarme siempre que la voluntad y dedicación son la esencia de mis logros.

Y en especial, a Nina y Bubba, cuya alegría han dado luz a cada paso de este camino.

AGRADECIMIENTOS

A Dios por iluminar mi camino y permitirme llegar hasta este momento, a mi familia por brindarme amor y paciencia durante mi formación académica y en personal.

A todas las personas que he encontrado a lo largo de mi carrera universitaria, a Juan Diego por acompañarme en cada paso y a mis amigas Cristina, Valentina, Mikaela y Valentina, quienes comparten conmigo las mejores experiencias.

Al Dr. Javier Cordero y Dr. Santiago Jara quienes con su guía, conocimiento y confianza contribuyeron de manera esencial a mi crecimiento profesional y a la culminación de este proyecto.

RESUMEN

El presente estudio se enfoca en las facultades asociativas de las Empresas Públicas como un instrumento jurídico clave para la modernización del Estado y el fomento a la cooperación de aliados públicos o privados. En Ecuador, la situación se torna relevante gracias a la necesidad de fortalecer la eficiencia administrativa y la garantía de una correcta administración de recursos públicos. La problemática parte de la ausencia de una normativa suficiente y uniforme en el ordenamiento jurídico en Ecuador, respecto de la aplicación de las Alianzas Estratégicas, lo que genera un riesgo de discrecionalidad y arbitrariedad en la práctica de las asociaciones. El objetivo principal consiste en examinar la naturaleza jurídica de las facultades asociativas en relación con posibles Alianzas Estratégicas con el sector privado en Ecuador. La metodología aplicada es de tipo cualitativo y dogmático-jurídico, basado en la adopción de los métodos descriptivo y explicativo. Además, se revisaron fuentes normativas, doctrinarias y de casos prácticos llevados a cabo por la Empresa Pública de Movilidad, Tránsito y Transporte de Cuenca, con el fin de evidenciar las implicaciones de esta figura jurídica. Entre los principales resultados se evidencia la ausencia de un marco normativo general que origina reglamentos internos disímiles y poco uniformes, provocando una distorsión de la naturaleza jurídica de las Alianzas Estratégicas aplicadas. En consecuencia se identifica que la capacidad asociativa, aunque se encuentre reconocida en la ley, mantiene un desarrollo incompleto que genera disparidad al aplicarse, lo cual afecta a la uniformidad normativa, la seguridad jurídica y la transparencia.

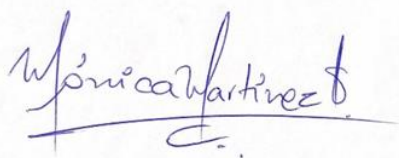
Palabras clave: empresas públicas, asociatividad, alianzas estratégicas, discrecionalidad normativa, legalidad.

ABSTRACT

This study focuses on the associative capacity of Public Companies as a key legal instrument for the modernization of the State and the promotion of cooperation with public or private partners in the development of public projects. In Ecuador, this topic becomes relevant due to the need to strengthen administrative efficiency and ensure the proper management of public resources and institutional responsibilities. The research problem arises from the absence of a sufficient and uniform legal framework within Ecuadorian legislation concerning the implementation of Strategic Alliances, which generates risks of discretion and arbitrariness in the practice of such associations. The main objective is to examine the legal nature of the associative capacity of Public Companies in relation to potential Strategic Alliances with the private sector in Ecuador. The methodology applied is qualitative and legal dogmatic, based on the use of descriptive and explanatory methods. Furthermore, normative, doctrinal, and practical sources were analyzed, including cases developed by the Empresa Pública de Movilidad, Tránsito y Transporte of Cuenca, to highlight the implications of this legal figure in public management and its relationship with administrative control mechanisms and accountability principles. Among the main findings, the study reveals the absence of a general regulatory framework, resulting in diverse and non-uniform internal regulations that distort the legal nature of the Strategic Alliances. Consequently, it is identified that the associative capacity, although recognized by law, remains underdeveloped, leading to disparities in its implementation that affect normative uniformity, legal certainty, transparency, and institutional efficiency within Ecuador's public sector.

Keywords: public companies, associativity, strategic alliances, public management, administrative discretion, legality.

Approved by

A handwritten signature in blue ink, reading "Mónica Martínez Sojos" with a horizontal line underneath. The signature is written on a light-colored, slightly textured background.

Lcda. Mónica Martínez Sojos, PhD (C)

Cod. 29598

ÍNDICE DE CONTENIDO

DEDICATORIA.....	I
AGRADECIMIENTOS	II
Resumen.....	III
Abstract.....	IV
Índice de Contenido	V
Índice de Tablas	VI
Introducción	1
1. La Empresa Pública en Ecuador	3
1.1. El origen de las Empresas Públicas	3
1.2. Antecedentes de la Empresa Pública en el Derecho Ecuatoriano	5
1.3. Principios que rigen a las Empresas Públicas.....	9
2. Capacidad Asociativa de las Empresas Públicas en Ecuador.....	14
2.1. Bases teóricas que sustentan la capacidad asociativa en el país.....	14
2.2. Modalidades asociativas y su relación con las asociaciones mercantiles.....	16
2.3. Alcances y límites de la capacidad asociativa	18
3. Las formas asociativas del ordenamiento jurídico ecuatoriano	22
3.1. Normativa del ordenamiento jurídico ecuatoriano	22
3.2. Formas asociativas que se pueden realizar con el sector público, privado o mixto ...	24
3.2.1. Alianzas Estratégicas	24
3.2.2. Sociedades de Economía Mixta	25
3.2.3. Otras formas asociativas no mencionadas en la ley	27
3.3. Las formas de asociación y su uso en Latinoamérica.....	28
4. Las Alianzas Estratégicas.....	31
4.1. Proceso de formación de una Alianza Estratégica.....	31
4.2. Análisis de casos prácticos utilizados en la ciudad de Cuenca, provincia del Azuay	36
4.2.1. Contrato de Alianza Estratégica entre la EMOV EP y el Consorcio TRAFFIC SAFETY AZUAY TSA.....	36
4.2.2. Contrato de Alianza Estratégica celebrado entre la EMOV EP y la empresa BICICUENCA S.A.	43
4.3. Evaluación de la falta de normativa vigente con respecto a los alcances y limitaciones de las Alianzas Estratégicas en Ecuador.....	47
5. Conclusiones y Recomendaciones.....	49
Referencias.....	55

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1. <i>Análisis comparativo entre el contrato EMOV-TSA y los Reglamentos expedidos por la EMOV EP</i>.....	41
Tabla 2. <i>Comparación entre el contrato EMOV-BICICUENCA y los Reglamentos expedidos por la EMOV EP</i>.....	46

INTRODUCCIÓN

En el actual modelo ecuatoriano de gestión estatal, las Empresas Públicas se concretan como un instrumento jurídico y económico necesario para el cumplimiento de los fines que persigue el Estado, esencialmente contando con principios de eficiencia, sostenibilidad y cooperación. Los escenarios de gestión en América Latina han demostrado la imperatividad en el uso de estas figuras como actores estratégicos dentro del desarrollo económico. En el caso de Ecuador, este proceso se ha marcado por una evolución constitucional y legal que ha consolidado a las Empresas Públicas como sujetos autónomos en competencias administrativas y empresariales.

Junto con esta expansión, surge la capacidad asociativa como un mecanismo de gestión que faculta a las Empresas Públicas a celebrar todo tipo de asociaciones, como las Alianzas Estratégicas. Dicha cualidad empresarial permite aprovechar las fortalezas de otros actores, privados o públicos, que no desnaturalizan el control estatal sino contribuyen a la consecución de una mayor calidad en la prestación de servicios públicos. No obstante, a pesar de tener un reconocimiento formal por parte de la Constitución y la Ley Orgánica de Empresas Públicas, se ha evidenciado en la práctica que esta figura que se genera la posibilidad de contar con escenarios de ambigüedad y discrecionalidad administrativa. Las limitaciones que comprende la regulación normativa dan lugar a interpretaciones diversas dentro de las propias entidades públicas, generando que aquello afecte a la transparencia y uniformidad en los procesos de asociación.

Bajo estas premisas, la investigación propone examinar la naturaleza jurídica de las facultades asociativas de las Empresas Públicas, con el fin de determinar su alcance, límites y riesgos derivados de la falta de uniformidad normativa. Asimismo, se analiza en base a un enfoque cualitativo de tipo dogmático-jurídico, con la aplicación de los métodos descriptivos, explicativos y hermenéuticos, para así llegar a una interpretación del contenido jurídico de las normas y su aplicación práctica. El análisis de las fuentes primarias como la Constitución de la República del Ecuador, la Ley Orgánica de Empresas Públicas y la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, complementadas con el estudio de dos casos aplicados por la Empresa Pública Municipal de Movilidad, Tránsito y Transporte de Cuenca.

El trabajo se estructura en base a cuatro capítulos principales que abordan un contexto general que permite entender desde los inicios de las Empresas Públicas hasta su aplicación práctica. El primer capítulo aborda su origen y evolución en Ecuador, así como su reconocimiento constitucional. El segundo capítulo identifica un análisis normativo de la capacidad asociativa en cuanto a sus alcances y límites. El tercer capítulo examina las modalidades asociativas que permite el ordenamiento jurídico ecuatoriano, además de una revisión comparada de la legislación latinoamericana. El cuarto capítulo analiza a las Alianzas Estratégicas desde la visión reglamentaria aplicada por la EMOV EP, y el estudio de casos prácticos aplicados por la misma Empresa Pública, donde se evidencia los vacíos normativos derivados de la contradicción reglamentaria y su falta de congruencia normativa.

CAPÍTULO 1

1. LA EMPRESA PÚBLICA EN ECUADOR

1.1. El origen de las Empresas Públicas

El Estado, como organización política tiene como principal objetivo, la satisfacción de las necesidades de sus ciudadanos mediante la prestación de servicios públicos y la intervención directa en la economía nacional. Sin embargo, este propósito se ve obstaculizado debido a múltiples factores estructurales y presupuestarios que impactan de manera particular en los sectores financieros, salud, educación y seguridad. Esto se debe a que la capacidad del Estado para gestionar eficazmente estas demandas se condiciona a la asignación de recursos, deficiencias en el funcionamiento y las necesidades crecientes de la sociedad (Moyano, 2021).

Frente a estas limitaciones estatales, el desarrollo exponencial del sector privado generó que la actividad estatal pase a un segundo plano complementario y se le atribuye una lucha constante por balancear sus recursos y las necesidades del pueblo. En este contexto, la gestión pública asume la obligación de contar con estrategias que mejoren su funcionamiento y garanticen eficacia en sus objetivos sociales.

En este ámbito el derecho administrativo toma este escenario como punto de inflexión para crear nuevas concepciones jurídicas que ayuden a solventar este tipo de dificultades. En este sentido, al ser la administración pública el ente que, mediante organizaciones, normas y actos jurídicos, vela por los objetivos del pueblo, busca ejercitar esas funciones estatales en pro de la ciudadanía (Herrerros & Schönhaut, 2016).

Estas funciones estatales se reflejan en las expresiones tradicionales del poder ejecutivo, legislativo y judicial, correspondiendo la primera de estas al encargo de ejecutar y materializar el ejercicio administrativo del Estado. Como sostiene Roberto Dromi (2001) en su obra Derecho Administrativo, la comunidad política se encuadra en cometidos estatales en los cuáles implican temas de organización, prestación de servicios y ejecución estatal. Entonces el ejercicio del poder del Estado se justifica siempre y cuando se cumplan con dichos cometidos.

Al concebir que el Estado ejerce sus poderes en base a funciones donde ejercita la administración de la estructura que lo compone, resulta evidente que su intervención se extiende a toda aquella actividad que suceda dentro de sus límites. Así, el crecimiento del sector privado generó que la actividad estatal se adapte hacia la misma rama. Ya que, la economía industrializada y comercializadora estaba dejando atrás los objetivos del Estado, fue esencial que recurran a la intervención. En consecuencia, como sucedió en Europa con las Guerras Mundiales, se vieron obligados a encaminarse en la actividad económica por motivos de coyuntura con aquellas industrias crecientes.

De igual forma, tomando en cuenta que la crisis del capitalismo de los años 30 surge debido a esta creencia de que el sistema autónomo de regulación del mercado falló, haciendo que sea el Estado el encargado de intervenir en la economía de su jurisdicción. De esta manera, se crean instituciones estatales que favorezcan el equilibrio del mercado con el resultado de generar empleo y brindar mejores servicios a la sociedad. Es así como, la Empresa Pública toma protagonismo en esta nueva forma de regulación; ya en Latinoamérica se comienza a adoptar una tendencia de “origen heterogéneo” donde el propósito de constitución de estas entidades es el brindar servicios públicos evitando los monopolios privados, la nacionalización de actividades prestadas por el sector privado, cubrir la falta de inversión del privado en campos necesarios por posible baja rentabilidad o alto riesgo de inversión, entre otros (Morales, 1990).

Ahora bien, el proceso latinoamericano ha tenido situaciones diversas a la hora de influir en la creación de Empresas Públicas. El Estado tomaba el papel de la mínima intervención dejando que el crecimiento industrial privado se autorregule según el mercado, esto significó que el Estado nunca tomó una participación empresarial. Dentro del periodo del siglo XIX y XX esta poca participación se vio concretada en los inicios del mercado exportador, no obstante, en este espacio de tiempo se iniciaron nuevas corrientes políticas como el nacionalismo el cual propone que el Estado tome un rol más activo en estas industrias. Ya para la Segunda Guerra Mundial, se denota un crecimiento notable sobre la constitución de Empresas Públicas en la región, lo que definió al Estado como un intervencionista en la producción, industria y prestación de servicios para la ciudadanía (Guajardo Soto, 2020).

Al contrario de esta idea de crecimiento exponencial del Estado intervencionista, se contraponen la crisis económica que sufre la región latinoamericana, donde se empiezan a cuestionar temas como la burocracia e ineficiencia del Estado causando una carga económica y la disminución de los ingresos estatales (Morales, 1990).

De lo revisado previamente, permite comprender que la Empresa Pública nace como una acción necesaria del Estado frente a la incapacidad del mercado para atender de manera adecuada las demandas de la sociedad. En los periodos de crisis y desequilibrios económicos, la intervención estatal se vuelve indispensable pues, a través de estas entidades se asegura la prestación de servicios y la corrección de fallas estructurales propias del sistema. En consecuencia, su origen se encuentra íntimamente ligado al ejercicio de la función administrativa, la cual, mediante el derecho administrativo, le otorga al Estado las herramientas normativas para organizarse y cumplir de manera efectiva con el interés general.

Sin embargo, este proceso de consolidación de las Empresas Públicas no ha estado exento de tensiones y contradicciones. Si bien en Europa y América Latina su constitución respondió a circunstancias históricas que exigieron un Estado empresarial robustecido, en el caso latinoamericano también se evidenció un alto grado de burocracia, ineficiencia y cargas económicas que afectaron a las finanzas públicas. De ahí que el origen de estas entidades no solo represente un avance en la protección del interés social frente a monopolios privados y ausencia de inversión, sino también un escenario en el que se visibilizan las limitaciones de la gestión pública, lo que demuestra que su creación respondió a una necesidad legítima, pero con resultados dispares en cuanto a eficacia y sostenibilidad.

1.2. Antecedentes de la Empresa Pública en el Derecho Ecuatoriano

La gestión pública encuentra en el ámbito privado una figura estructural ideal que puede ser aplicada al modelo público estatal, la compañía, que se define en la Ley de Compañías como la unión de personas naturales o jurídicas que articulan su capital, trabajo y conocimiento para llevar a cabo actividades mercantiles con fines de lucro. Por su parte, el Código de Comercio en el artículo 14 señala el concepto de empresa como una unidad económica que organiza elementos personales, materiales e inmateriales para la consecución de actividades

mercantiles de todo tipo (Código de Comercio, 2019). De esta forma debe entenderse a la compañía como el sujeto jurídico de organización y a la empresa como la manifestación operativa de dicho sujeto. Este modelo presenta una agilidad en su funcionamiento práctico y además llegan a tener una doble regulación normativa en base a sus actividades económicas y a sus relaciones con la administración pública.

En Ecuador, se evidencia su aplicación como parte importante de la economía nacional y surgen, por la exigencia del Estado para cubrir sectores estratégicos dentro de la economía ecuatoriana. De esta forma, Ecuador se vuelve parte de este movimiento en la Constitución de 1945 en cuyo artículo 146 permite la apertura a la posibilidad del Estado de nacionalizar empresas privadas que presten servicios públicos y poder tomar control de su administración. Entonces, encontramos las primeras tres empresas públicas ecuatorianas, siendo estas aquellas que daban servicios de teléfono, telégrafo y alcoholes (González, 2017).

Con el desarrollo del Estado ecuatoriano y el paso de varios gobiernos, llega un crecimiento exponencial económico relacionado con la venta de petróleo, no obstante las influencias políticas también generaron una planificación deficiente del erario. Por esta razón, tanto las corrientes políticas como el crecimiento económico generaron la necesidad de contar con estructuras socioeconómicas más sólidas, lo cual llevó a la conformación de nuevas empresas públicas en los años setenta.

El tamaño del Estado Ecuatoriano creció, pero con un modelo vagamente estructurado y basado en los intereses de turno, haciendo que cada una de estas figuras públicas cree su propio régimen jurídico sin la necesidad de responder a la gestión estatal central. Esta situación arbitraria desencadenó en una crisis económico-estatal que evolucionó en la duda directa hacia el rol empresarial del Estado, consecuentemente y en un intento de solventar la situación se da una modernización al Estado (Dávila Toro et al., 2024).

Con el paso de varios años, surge la actual Constitución de la República del Ecuador del año 2008, en ella existe un cambio radical en los cometidos estatales pues el fin no es el Estado ni su prevalencia, sino el ser humano se vuelve el centro y razón de ser.

Ya con la mencionada Constitución de 2008 en su artículo 283 define un estado económico y social basado en una relación entre el Estado, la sociedad y el mercado, de esta forma integra un modelo que permite la distribución de la riqueza nacional, desarrolla equilibrio y mantiene la estabilidad económica con la composición de organizaciones públicas, privadas o mixtas. Consecuentemente, el modelo de empresa pública se incluye bajo estos preceptos de forma que en el artículo 315¹ de la CRE, permite la creación de estas con el fin de cubrir sectores estratégicos, servicios públicos, entre otros.

Al ampliar este campo de aplicación, contempla ciertas consideraciones como su regulación y control, dejándolas en manos de aquellas entidades que encuentre pertinentes la ley. Además le brinda a esta figura personalidad jurídica, autonomía administrativa y financiera con relación a parámetros de calidad y criterios empresariales.

Dentro del mismo contexto, se expide la Ley Orgánica de Empresas Públicas (LOEP) en 2009 como la encargada de regular todo aquello relacionado con la constitución y funcionamiento de las Empresas Públicas, además de establecer los mecanismos de control de estas entidades. Además, dentro de la exposición de motivos de la mencionada norma, se cuenta con una idea de las razones por las cuales se vió la necesidad de crear esta normativa. Por lo tanto, en el cuarto considerando se establece que a través de lo señalado en el artículo 225 de la CRE se establece que el sector público comprende organismos que presten servicios públicos, así hayan sido creados por mandato de la ley o por medio de un acto normativo de los Gobiernos Autónomos Descentralizados. De igual manera, el quinto considerando toma la disposición del artículo 315 de la CRE en el cuál se

¹ Constitución de la República del Ecuador (2008) **Artículo. 315.**-El Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas.

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.

Los excedentes podrán destinarse a la inversión y reinversión en las mismas empresas o sus subsidiarias, relacionadas o asociadas, de carácter público, en niveles que garanticen su desarrollo. Los excedentes que no fueran invertidos o reinvertidos se transferirán al Presupuesto General del Estado.

La ley definirá la participación de las empresas públicas en empresas mixtas en las que el Estado siempre tendrá la mayoría accionaria, para la participación en la gestión de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos.

dispone la constitución de empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos y la prestación de servicios para la población. Asimismo, se reconoce por medio del sexto considerando la necesidad de contar con regulación especializada para la constitución, funcionamiento y posible liquidación de empresas públicas.

Con la emisión de dicha normativa, se robustece la figura de la Empresa Pública en el país, teniendo ya lineamientos jurídicos basados en la gestión focalizada de los Sectores Estraégicos del país. Es por ello que, se desarrollan objetivos esenciales a ser cumplidos por dichas entidades y siguiendo la línea del principio de legalidad que rige al Derecho Público, se establece de forma delimitada su procedimiento de constitución, jurisdicción, organización y atribuciones.

La LOEP en su artículo 4 define a estas instituciones estatales como personas jurídicas a las que se les otorga una autonomía en varios ámbitos como administrativos, económicos y de gestión. Todo esto llevado al encargo de los sectores estratégicos en cuanto a la prestación de servicios y todo tipo de actividades económicas que dictamine el Estado. Por lo tanto, su constitución es encargada al poder ejecutivo y legislativo en niveles nacionales y de Gobiernos Autónomos Descentralizados (GAD), pudiendo hacerse mediante decretos ejecutivos, actos normativos y también una constitución mixta por la Función Ejecutiva y los GAD's. De igual forma, su organización empresarial se ve conformada por un Directorio, integrado por un titular del Ministerio que corresponda, un delegado presidencial y la Secretaría Nacional de Planificación, siempre que se trate de una creación vía Decreto Ejecutivo. O de igual manera, si su nacimiento se dio por un GAD, se integrará dependiendo de dicho acto normativo y sus consideraciones específicas.

Asímismo, se regula el sistema de contratación por el que deberán guiarse las Empresas Públicas, este comprende:

1. El cumplimiento del Plan Nacional de Desarrollo;
2. La creación de un Plan Estratégico y Plan Anual de Contrataciones;
3. Observar el Régimen Común del Sistema Nacional de Contratación Pública; y,
4. Sujetarse al Régimen Especial con respecto a los procedimientos de contratación que se encuentren en convenios asociativos para alianzas estratégicas, asociaciones y consorcios (Ley Orgánica de Empresas Públicas, 2009).

Según los antecedentes expuestos, la Empresa Pública en Ecuador demuestra una transición desde los modelos mercantiles privados hacia un régimen jurídico propio, consolidado con la Constitución de 2008 y la expedición de la Ley Orgánica de Empresas Públicas en 2009. Mientras que en sus inicios el Estado asumió un rol empresarial de forma incipiente y fragmentada, con escasa planificación y sujeta a intereses coyunturales, el marco constitucional vigente les otorga a estas entidades un sustento jurídico sólido, basado en el ser humano y en la necesidad de garantizar sectores estratégicos bajo principios de legalidad, autonomía y control. De esta manera, se contrasta un antecedente de improvisación y de debilidad institucional con una situación donde la Empresa Pública se integra dentro de un modelo económico social y solidario, dotada de personalidad jurídica, autonomía y mecanismos de fiscalización que buscan fortalecer su legitimidad y eficiencia en la gestión pública.

1.3. Principios que rigen a las Empresas Públicas

La discusión acerca de los “principios” y su incidencia en el Derecho positivo ha tomado varios años en los que se han formado ciertas corrientes de pensamiento que han dado definiciones variadas con respecto a este concepto. Para los naturalistas, se trata de enunciados generales y abstractos que guían al Derecho en la creación de normas; sin embargo, los positivistas los ven como las declaraciones en Derecho que inspiran a los legisladores a la expedición de normativa. En cualquiera de los dos casos, la primera visión naturalista interpreta la existencia de los principios en el ordenamiento jurídico y en el caso de los positivistas, hace referencia a la validez que puedan tener dependiendo del reconocimiento que les haya dado la norma.

Tomando en cuenta los dos criterios, los principios se entienden desde sus orígenes como aquellos llamados a suplir la falta de normativa y que generan una claridad en la aplicación e interpretación de las normas que fueron creadas. Para el derecho administrativo ecuatoriano, fueron sumamente importantes a la hora de orientar el camino hacia el ejercicio de esta rama del Derecho.

El derecho administrativo como mecanismo de regulación del Estado, toma a los principios jurídicos positivizados como una forma de dar guía a las regulaciones venideras. Basándose en la Constitución de la República del año 2008,

dichos preceptos se encuentran regulados, más no definidos, dando paso a la orientación correcta del ejercicio de los derechos relacionados con la prestación de servicios y acciones de la administración pública (Haro & Villacres, 2021).

El Código Orgánico Administrativo (COA), al ser la norma general y reguladora para todo ámbito administrativo, contempla entre sus artículos veintinueve principios de varias clases y aplicados para todo tipo de casos. Por lo tanto, dichos principios jurídicos incorporan términos como: eficiencia, eficacia, desconcentración, descentralización, transparencia, responsabilidad, proporcionalidad, entre otros. Todos estos postulados abarcan un trasfondo importante a la hora de cumplir con aquellos objetivos que se plantea el Estado (Código Orgánico Administrativo, 2017).

De acuerdo con lo mencionado anteriormente, los principios que contiene el COA se plasman en todas las subramas del derecho administrativo, y para el caso en concreto, las Empresas Públicas se ven llamadas a acatar los preceptos ya que los mismos no contravienen a lo establecido en la ley especial, sino complementan su aplicación práctica. Es por ello que, dentro de la LOEP en su artículo 3 aunque se establezcan otros principios enfocados en el funcionamiento de las entidades que regula, esto no significa que dejarán de aplicarse los principios mencionados en el COA.

Los principios comprendidos en el artículo 3 de la LOEP² son los siguientes y se analizan de tal forma:

1. Se menciona la contribución tanto al desarrollo humano como al buen vivir, siendo el primero de los términos definido por Sen (2000) “como un proceso de expansión de las libertades reales de las que disfrutaban los individuos” (p. 15).

² Ley Orgánica de Empresas Públicas (2009) **Artículo. 3.- PRINCIPIOS.** - Las empresas públicas se rigen por los siguientes principios:

1. Contribuir en forma sostenida al desarrollo humano y buen vivir de la población ecuatoriana;
2. Promover el desarrollo sustentable, integral, descentralizado y desconcentrado del Estado, y de las actividades económicas asumidas por éste.
3. Actuar con eficiencia, racionalidad, rentabilidad y control social en la exploración, explotación e industrialización de los recursos naturales renovables y no renovables y en la comercialización de sus productos derivados, preservando el ambiente;
4. Propiciar la obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, universalidad, accesibilidad, regularidad, calidad, continuidad, seguridad, precios equitativos y responsabilidad en la prestación de los servicios públicos;
5. Precautelar que los costos socio-ambientales se integren a los costos de producción; y,
6. Preservar y controlar la propiedad estatal y la actividad empresarial pública.

Con relación al caso específico, el desarrollo humano debe ser velado por las Empresas Públicas con el fin de garantizar los derechos inherentes al ser humano. Por otro lado, el buen vivir basado en el término quichua Sumak Kawsay, implica que las entidades públicas deberán buscar siguiendo los lineamientos del Derecho, la satisfacción de necesidades de la población ecuatoriana con fijación en el entorno natural y social.

2. La promoción de todos los tipos mencionados de desarrollo obliga a las Empresas Públicas a ceñirse a una realidad basada en la cooperación del Estado en integridad de sus funciones y con el objetivo de brindar servicios en los que se proteja a los ciudadanos, la naturaleza y la economía que envuelve al país.
3. Se contempla algunos fundamentos que se recogen en todos los puntos del ordenamiento jurídico ecuatoriano y es la eficiencia, rentabilidad y control social, como aquellos necesarios para la actuación administrativa y cómo esta debe encuadrarse en cumplir las normas a cabalidad, tomando en cuenta el aprovechamiento de todos aquellos recursos que se asignan para el bienestar común.
4. Como complemento al principio anteriormente citado, toma en cuenta también la uniformidad, la accesibilidad, regularidad y responsabilidad, siendo estos de gran importancia para focalizar la satisfacción de necesidades y llevarlas al plano de la legalidad.
5. Exige a las Empresas Públicas a internalizar los impactos ambientales y sociales derivados de su actividad económica, evitando su externalización hacia la sociedad o el medio ambiente. Este principio impone la consideración de estos costos en la planificación financiera y operativa, garantizando una gestión transparente, equitativa y ambientalmente responsable, en concordancia con los derechos de la naturaleza reconocidos por la Constitución ecuatoriana.
6. Implica una obligación de proteger el patrimonio público frente a procesos de privatización indebida, mal manejo o corrupción. Asimismo, establece el deber de ejercer control efectivo sobre la administración, operaciones y resultados de las Empresas Públicas, promoviendo eficiencia, transparencia y rendición de cuentas. Este principio asegura que la actividad empresarial pública responda al interés general y no a fines particulares.

De los mencionados principios se extrae que, en primera forma, el legislador ecuatoriano sienta fundamentos con respecto a la administración y funcionamiento de las Empresas Públicas. De igual manera, se evidencia que de las mencionadas entidades también cumplen con finalidades sociales, ambientales y éticas, encuadradas en los objetivos de un Estado de derecho. Cada principio establece obligaciones concretas que guían la actuación de las empresas públicas hacia la garantía de derechos, la eficiencia administrativa, la sostenibilidad ambiental y la protección del patrimonio estatal. Asimismo, se configura un modelo empresarial público que se compromete con el desarrollo humano integral, el buen vivir, la transparencia y la rendición de cuentas.

Dentro de la misma línea, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP) complementariamente cimienta otros principios de aplicación puntual para este caso. Como objetivo, plantea brindar una regulación a los procedimientos para la adquisición, ejecución y prestación de servicios ejercidos por el Estado, incluyendo expresamente la prevención de lavado de activos y otros delitos relacionados con la corrupción. En su artículo 4 se establece precisamente cuáles son aquellos principios que regirán los mencionados procedimientos, y estos de forma equivalente establecen principios de concurrencia, igualdad, transparencia, integridad, entre otros.

En el marco del Derecho Público, las Empresas Públicas se encuentran sujetas a un lineamiento rector dentro de esta área, el principio de legalidad, el cual indica que las actuaciones de la administración pública deben fundamentarse y ceñirse a todo aquello que el ordenamiento jurídico permita. De esta manera, se vuelve esencial la aplicación de este principio para garantizar el ejercicio del poder público y que este se realice dentro de los límites establecidos por la ley. Según la doctrina, el principio de legalidad es un pilar fundamental que impone el ejercicio de las potestades con sujeción a las normas jurídicas y en lo principal a la Constitución.

De igual manera, una implementación efectiva de los principios mencionados significa una directa rentabilidad y eficiencia con respecto a los recursos públicos e igualmente a la mejora en la calidad de la prestación de servicios. Esto significa que la obligatoriedad de los principios no solo viene dada

por el mandato legal, sino se trata también de una herramienta estratégica que facilita a las Empresas Públicas a cumplir el rol para el que fueron creadas.

CAPÍTULO 2

2. CAPACIDAD ASOCIATIVA DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS EN ECUADOR

2.1. Bases teóricas que sustentan la capacidad asociativa en el país

La capacidad asociativa definida como una cualidad empresarial, es un tipo de mecanismo de cooperación entre personas jurídicas quienes no pierden su independencia, pero que colaboran entre sí con fin de cumplir objetivos comunes. Este concepto viene dado por las compañías del sector privado, quienes unen sus recursos y capacidades permitiéndoles una optimización de capital, recursos humanos y tecnología (Eras, 2020).

Al tomar en consideración que el origen de las Empresas Públicas viene dado por esa necesidad del Estado de intervenir como actor principal en las relaciones comerciales del sector privado. Como se evidenció anteriormente, los ordenamientos jurídicos de las naciones precursoras de esta entidad jurídica tomaron a las compañías privadas como ejemplo para crear a las empresas públicas. Entre las características que se tomaron, se encuentra como una de las más importantes a la asociatividad entre agentes económicos. Es así como, al momento de permitir la creación de estas entidades estatales, vino incorporado la asociación como una cualidad imperiosa para el cumplimiento de los objetivos del Estado.

De la misma forma en la que los agentes de la economía privada buscan las asociaciones con otras personas jurídicas con el objetivo de llegar a sus metas, contando con la ventaja de la repartición de riesgos, inversiones y beneficios, es que estos agentes prosperan en la economía. Por lo tanto, en la necesidad de asociación concurren requerimientos que ayuden a potencializar los recursos de sus participantes. De esta manera, la asociatividad también significa la repartición de obligaciones de los participantes interesados posibilitando que la fusión de capitales facilite el camino hacia el fin común.

Con todas estas cualidades asociativas empresariales, el ordenamiento jurídico ecuatoriano implementa en su Constitución esta posibilidad dentro del artículo 315, permitiendo la creación de Empresas Públicas y contemplando la viabilidad de asociación en el caso de excedentes presupuestarios para su

reinversión. Incluso, en el artículo 316 se reconoce la delegación excepcional de actividades de las Empresas Públicas.

Por otra parte y con la expedición en el año 2009 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas (LOEP) en el capítulo II en su artículo 35³ incorpora la capacidad asociativa como herramienta de cumplimiento de los objetivos empresariales. De igual manera, permite específicamente la celebración de contratos que se requieran para la constitución de las diversas formas asociativas que se mencionan en la norma, tales como las alianzas estratégicas y sociedades de economía mixta que incluyen socios públicos o privados del país, del sector de la economía popular y solidaria o del ámbito internacional. Además, se añade un inciso en el cual se detalla que esta figura no deberá ser utilizada para la evasión del Sistema Nacional de Contratación Pública, pudiendo resultar en la determinación de responsabilidades por los entes de control llamados para el efecto.

³ Ley Orgánica de Empresas Públicas (2009) **Artículo. 35.- CAPACIDAD ASOCIATIVA.-** Las empresas públicas tienen capacidad asociativa para el cumplimiento de sus fines y objetivos empresariales y en consecuencia para la celebración de los contratos que se requieran, para cuyo efecto podrán constituir 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 la Constitución de la República.

De conformidad con lo previsto en el artículo 316 de la Constitución de la República, 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.

Para otro tipo de modalidades asociativas, distintas a las empresas mixtas que se constituyan para la gestión de sectores estratégicos o prestación de servicios públicos, 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.

Esta modalidad de contratación no será utilizada como mecanismo de evasión de los procedimientos previstos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, por lo que si se detecta que ha sido utilizada exclusivamente para la adquisición de bienes, prestación de servicios incluidos los de consultoría, o para la construcción de obras, sin que exista un aporte real de ambas partes que justifique la asociatividad, se presumirá la evasión y la Procuraduría General del Estado y la Contraloría General del Estado realizarán, en el ámbito de sus competencias, el control respectivo.

Desde su concepción, la asociatividad ha sido vista como un componente esencial de cooperación que no significa la pérdida de autonomía, sino la posibilidad de coordinar esfuerzos, repartir riesgos y potenciar capacidades. En ese sentido, su incorporación en el marco constitucional y en la LOEP refleja la importancia de trasladar al ámbito público una práctica que, en el campo privado, ha demostrado ser un mecanismo eficaz para el cumplimiento de metas económicas y la sostenibilidad en el tiempo.

No obstante, el desarrollo normativo también revela un contraste importante, mientras se reconoce a la capacidad asociativa como un instrumento legítimo y necesario para la gestión pública, el legislador establece limitaciones orientadas a garantizar la transparencia y evitar arbitrariedades en el uso de esta figura. En particular, la prohibición de emplearla como mecanismo de evasión del Sistema Nacional de Contratación Pública refleja el interés en equilibrar la eficiencia económica con el respeto a los principios de control y legalidad. Así, la capacidad asociativa se perfila no solo como una cualidad inherente de las Empresas Públicas, sino también como un campo en el que confluyen la necesidad de cooperación y el deber de garantizar la correcta administración de los recursos estatales.

2.2. Modalidades asociativas y su relación con las asociaciones mercantiles

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico la asociación se ha visto regulada desde varias perspectivas en todas las ramas a las que se expande el Derecho. De cierta forma, estas comprenden una base medular que viene dada por ese ánimo de unir recursos y objetivos comunes. Como establece Iglesias (2010), los requisitos necesarios para constituir una asociación deben reunirse los siguientes aspectos “a) La reunión, en el momento constitutivo, de tres individuos, cuando menos: *tres faciunt collegium*. Solo así puede tener lugar una deliberación por mayoría; b) El estatuto o ley, *lex collegii, lex municipii*, que disciplina la organización y el funcionamiento; y, c) El fin lícito, sea cualquiera la actividad a desarrollar: profesional, cultural, política, religiosa, etc.”(p. 110). Sin embargo, en la legislación ecuatoriana no es necesario que se reúnan a tres individuos para la conformación de una asociación, pues se establece en la Ley de Compañías que podrá constituirse una compañía mediante acto unilateral.

Siguiendo esta línea, el Código Civil ecuatoriano en el artículo 1957 define a la sociedad como aquel contrato celebrado entre dos o más personas quienes acuerdan poner recursos comunes y dividirse los frutos que resulten de aquella asociación. Sin embargo, dicho código normativo solo contempla la regulación en cuanto a las sociedades civiles, como lo son las colectivas, en comanditas, o anónimas. A diferencia de lo mencionado, es imperioso dividir este concepto diferenciando en especie a la sociedad mercantil y civil (Código Civil, 2005).

De las mencionadas asociaciones mercantiles, las mismas se encuentran reguladas en la Ley de Compañías que en su artículo 1 las define como compañías constituidas por medio de contratos celebrados por acto voluntario o entre más personas, quienes unen su capital con el fin de emprender en actividades de naturaleza mercantil y consecuentemente participar de las utilidades que se desprendan. En el segundo artículo, la norma detalla los seis tipos de compañías que podrán constituirse: en nombre colectivo, en comanditas simples y por acciones, de responsabilidad limitada, anónima, de economía mixta y la sociedad por acciones simplificadas (Ley de Compañías, 1999).

Según lo analizado en cuanto al origen de las Empresas Públicas, dichas entidades se crearon con base e inspiración de las asociaciones mercantiles que permite el Derecho privado. Por lo tanto, un análisis exhaustivo de dichas sociedades es imperativo, con el fin de dar mayor contexto a lo que una compañía privada significa y como esta formó las bases de las empresas públicas en cuanto a su funcionamiento actual.

De esta forma, las sociedades mercantiles han sido discutidas en amplitud dentro del estudio del Derecho en varios países, como lo establece García, la naturaleza jurídica de este tipo de sociedad parte de la idea de que se vuelve una persona ficticia distinta a los socios que la conforman, atribuyéndole a ella la responsabilidad y obligaciones que implican las actividades mercantiles (García Hernández, 2017; Herreros & Schönhaut, 2016). La evolución del Derecho Mercantil parte del aspecto subjetivo donde el comerciante es la base de la regulación ya que se trataban de los individuos quienes mediaban la oferta y la demanda; después se pasa a la concepción objetiva donde meramente se toma a los

actos de comercio como la fundamentación para la creación de normativa. Aunque las teorías en las que debe centrarse esta rama del Derecho son varias, las características de lo que conforma una sociedad son las esenciales en la actualidad. La primera de ellas la personalidad jurídica que, mencionada anteriormente, se trata de una persona moral sujeta a la normativa que distingue a sus socios. Como lo establece Savigny en su “Teoría de la Ficción” da la idea que la ley eleva al plano de lo ficticio a la sociedad y la toma como una persona obligada a sujetarse al ordenamiento jurídico. Esta como otras teorías han discutido la naturaleza jurídica de la sociedad, sin embargo, lo significativo se encuentra en los presupuestos para su constitución (Martínez Yntriago, 2023).

En primer lugar, el *Affectio Societatis*, término derivado del latín que significa el ánimo de los individuos de formar una sociedad que en su objetivo principal tenga la realización de actos mercantiles. Otro presupuesto, las aportaciones sociales, como concepto que se relaciona directamente con el interés económico que implica la formación de una sociedad. El fin común, siendo una determinación necesaria para comprender que la voluntad de los socios es una sola y que con ello definirán un objeto o actividad a realizar. Además se cuentan con otro tipo de aspectos trascendentales en la constitución como los personales (nombre de la sociedad, nómina de socios, finalidad, duración, etc.), siendo estos los que le dan una característica distintiva sobre otras sociedades; los funcionales (sistemas de administración) que son primordiales para concretar a todos los aspectos anteriormente mencionados; y los reales (aportaciones, capital) que revisten el carácter económico de esta institución.

2.3. Alcances y límites de la capacidad asociativa

El artículo 35⁴ de la LOEP da un reconocimiento expreso a la capacidad asociativa en cuanto al cumplimiento que deberán realizar las Empresas Públicas sobre sus objetivos para las cuales fueron creadas. Esta norma habilita a dichas entidades a celebrar contratos que evidenciándose como necesarios, puedan generar la constitución de “cualquier tipo de asociación, alianzas estratégicas y sociedades de economía mixta (...)” sujetándose a todo lo establecido por el ordenamiento jurídico ecuatoriano. De tal manera que, la Constitución, la LOEP, la LOSNCP y

⁴ Remítase a la nota al pie número 4

los reglamentos expedidos para el efecto, serán normas aplicables y de obligatorio cumplimiento. Además deberá tomarse en consideración que dichas asociaciones no solo se encuentran supeditadas a la normativa mencionada, sino también estarán sujetas a las decisiones de los Directorios formados en las Empresas Públicas, donde será fundamental contar con respaldos de las diferentes áreas de las entidades, reforzando el control interno y el seguimiento de la norma.

La capacidad asociativa debe entenderse como un instrumento para la gestión de las necesidades sociales que le han sido encargadas a las Empresas Públicas. Debe destacarse también que estas entidades tienen un doble fondo, la rentabilidad social entendida como aquella obligación estatal de satisfacer necesidades, y la utilización de los mecanismos privados empresariales para sacar el mejor provecho financiero, siempre que estos estén acordes a la norma (Sandoval, 2015). Lo esencial es comprender como la LOEP implementa un modelo de Derecho Público enmarcado en el ejercicio de herramientas societarias privadas para cumplir con lo encargado. De acuerdo con lo que establece el mismo artículo 35, la naturaleza eficiente de las Empresas Públicas busca encontrar estrategias que aseguren la eficiencia y continuidad de la prestación de servicios, pero sin descuidar temas como el control y seguimiento del ordenamiento jurídico (Eras, 2020).

El artículo 36⁵ de la LOEP amplía el alcance en cuanto a la capacidad asociativa que ya desarrolló el artículo 35, por lo tanto esta se refiere a la posibilidad

⁵ Ley Orgánica de Empresas Públicas **Art. 36.- INVERSIONES EN OTROS EMPRENDIMIENTOS.-** Para ampliar sus actividades, acceder a tecnologías avanzadas y alcanzar las metas de productividad y eficiencia en todos los ámbitos de sus actividades, las empresas públicas gozarán de capacidad asociativa, entendida ésta como la facultad empresarial para asociarse en consorcios, alianzas estratégicas, conformar empresas de economía mixta en asocio con empresas privadas o públicas, nacionales o extranjeras, constituir subsidiarias, adquirir acciones y/o participaciones en empresas nacionales y extranjeras y en general optar por cualquier otra figura asociativa que se considere pertinente conforme a lo dispuesto en los Arts. 315 y 316 de la Constitución de la República.

Las empresas públicas ecuatorianas podrán asociarse con empresas estatales de otros países, con compañías en las que otros Estados sean directa o indirectamente accionistas mayoritarios. En todos estos casos se requerirá que el Estado ecuatoriano o sus instituciones hayan suscrito convenios de acuerdo o cooperación, memorandos o cartas de intención o entendimiento.

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

Las inversiones financieras y en los emprendimientos en el exterior serán autorizadas por el respectivo Directorio de la Empresa Pública.

que le permite a las Empresas Públicas de ejecutar inversiones con otras entidades. De esta manera, se reconoce que dichas formas empresariales puedan asociarse de formas variadas como la constitución de subsidiarias, la creación de consorcios y alianzas estratégicas. Mientras que el artículo 35 crea la viabilidad de la asociatividad, el artículo que le sigue habilita la creación de estructuras empresariales que le permitan a las Empresas Públicas acceder a una diversificación en sus operaciones, modernización de procesos, incorporación de tecnología y la optimización de las arcas estatales.

La Corte Constitucional del Ecuador en el año 2012 emite la sentencia No. 001-12-SIC-CC para la interpretación de los artículos 313, 315 y 316 de la CRE donde estableció que los sectores designados como estratégicos están gestionados por las Empresas Públicas y que una posible participación privada se dará bajo los términos establecidos por la norma. No obstante, se aclara que el artículo 316 establece casos de delegación, donde estos se permiten siempre y cuando se dé cumplimiento a los requisitos constituidos por los preceptos constitucionales y normativos. Además precisando que existen casos excepcionales para la delegación de sectores estratégicos o servicios públicos, y que será cada uno de ellos quienes deban definir las particularidades para sus sectores (Corte Constitucional del Ecuador, 2012).

Según lo expresa Eras, la LOEP no cuenta con un reglamento complementario para su aplicación real, determinando que serán estas instituciones públicas quienes a la hora de formar una asociación, deban expedir reglas específicas que fijen los lineamientos para la formación de una posible sociedad. Por ende, cualquier tipo de intención de realizar un proyecto de este tipo deberá contar con modelos de negocios, matrices de riesgos, garantías y como tema más importante, el procedimiento para la aprobación de estos proyectos. Todas estas exigencias deberán realizarse por parte de quien sea designado como gerente general para que se ponga en consideración del Directorio de la Empresa Pública, donde deberá velarse por el cumplimiento de todo tipo de imposiciones que se dicten en los documentos mencionados. Para ello, se necesitará acatar los principios de transparencia, trato justo, contradicción y buen uso de recursos públicos a la hora de seleccionar a aquel asociado que cumplirá con el proyecto previsto, todo esto a través de un concurso público (Eras, 2020)

La capacidad asociativa de las Empresas Públicas se ve configurada por los artículos 35 y 36 de la LOEP en concordancia de la posibilidad que da la Constitución, donde se constituye a esta facultado como una herramienta legitimada para beneficiar a la eficiencia e innovación de las Empresas Públicas. De tal manera, su ejercicio se condiciona a la apertura de la habilitación legal que brinda el ordenamiento, el seguimiento de los lineamientos establecidos por el régimen constitucional en cuanto a la gestión pública transparente y eficaz, y la preservación del control interno a las entidades con base en las estructuras societarias acopladas al régimen de contratación pública. Bajo los parámetros establecidos, cualquier forma asociativa permitida por la ley son mecanismos válidos para el fortalecimiento institucional, sin embargo, su aplicación no puede verse desnaturalizada por la falta de control estatal ni puede resultar en la derivación de un posible encubrimiento de privatización arbitrario e ilegítimo. Sino es fundamental orientar a las Empresas Públicas al cumplimiento de los principios y finalidades sociales del Estado.

CAPÍTULO 3

3. LAS FORMAS ASOCIATIVAS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO

3.1. Normativa del ordenamiento jurídico ecuatoriano

Aunque anteriormente se hace un reconocimiento a las modalidades asociativas y aquellas asociaciones de tipo mercantil, estas no deben ser confundidas con la tipología de asociación prevista para las Empresas Públicas. Pues, se habla de que la figura de la persona jurídica, como lo son las compañías mercantiles, tiene un tipo de constitución en el que engloban elementos diferentes.

Ahora bien, la CRE en su artículo 66 reconoce y garantiza el derecho a la asociación de forma libre y voluntaria. No obstante, dicho derecho no vislumbra como tal el sentido del consorcio ya que en realidad este derecho se compone de tres facetas: libertad de creación de asociaciones; libertad de no asociarse; y, la libertad de organizarse sin injerencias públicas. Por lo tanto, se deja en claro como la Constitución de la República en amplios rasgos permite la asociatividad en varios niveles (Friend & Torres, 2017).

Así también, la Ley de Compañías en su artículo 432 establece en el inciso tercero que la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros se encargará de vigilar actos societarios y además supervisar Sociedades de Economía Mixta y sociedades constituidas por el Estado. En este caso, el artículo antes expuesto, también indica de igual forma como el ordenamiento jurídico reconoce a la asociatividad como una forma de realizar actividades bajo las asociaciones.

La LOSNCP en su parte motiva señala la necesidad de contar con un sistema que articule y armonice a todas aquellas entidades que pertenezcan al sector público para la ejecución de obras o prestación de servicios públicos. De igual manera, en el quinto considerando se refiere a que la producción nacional y los recursos estatales entre otras cosas, deberán fomentar la asociatividad. Dentro de la misma línea, la norma reconoce en su artículo 2 un Régimen Especial en el cual se establece que existirán procedimientos específicos para ciertos tipos de contratación. No obstante, en el numeral 8 se recoge una situación esencial con respecto a la asociatividad, esto es que las empresas públicas que participen en una modalidad interadministrativa no podrán realizar consorcios, asociaciones o

cualquiera de las formas asociativas establecidas en los artículos 35 y 36 de la LOEP. Ahora bien, aunque se establezca dicha prohibición con el fin de que no se trate de evitar al régimen común de contratación pública, el siguiente inciso sí señala que se podrá utilizar el régimen especial en contrataciones del giro específico de negocio. Esto revela una posible contradicción dentro en la norma, pues las contrataciones en un giro específico de negocio también tendrían la posibilidad de recaer en evasiones a los procedimientos tradicionales (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008).

La Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas (LOIAPP) se trata de otra norma relevante dentro del marco jurídico ecuatoriano, ya que regula un tipo específico de asociatividad: las asociaciones público-privadas. Pues en su exposición de motivos, la norma resalta la necesidad del Estado de establecer alianzas con otros sectores para atender las exigencias de los ciudadanos y de todas aquellas exigencias sociales. Es por ello que se fundamenta en la posibilidad que otorga la CRE para delegar, de manera excepcional, determinadas competencias cuando ello resulte necesario. En este sentido, la LOIAPP no solo reconoce la oportunidad que existe en la cooperación entre lo público y lo privado, sino también desarrolla una normativa detallada que aprueba incentivos económicos, financieros y tributarios para promover este modelo asociativo (Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas y la Inversión Extranjera, 2015).

Por último, la LOEP indica los tipos de asociación que podrán formar las Empresas Públicas, pues en su artículo 35⁶ ejemplifica algunos tipos como alianzas estratégicas, sociedades de economía mixta y por último, deja abierta la posibilidad de constituir cualquier tipo de asociación.

En esencia, el ordenamiento jurídico ecuatoriano si reconoce diversas formas de asociatividad que parten del principio constitucional de libertad de asociación, pero adquieren una modalidad distinta cuando se pasan al ámbito de las Empresas Públicas. La normativa citada anteriormente evidencia una apertura hacia un esquema asociativo; sin embargo, también se exhiben restricciones particulares que limitan la actuación de las Empresas Públicas. Por lo analizado, es la LOEP

⁶ Remitirse a la nota al pie número 4

aquella que configura los lineamientos determinantes para establecer las modalidades permitidas pero sin descuidar la flexibilidad empresarial que caracteriza a la idea de empresa, siempre con apego a la legalidad y al interés general.

3.2. Formas asociativas que se pueden realizar con el sector público, privado o mixto

Como se ha mencionado anteriormente, la CRE reconoce en el artículo 315⁷ la creación de las Empresas Públicas con el fin de ejercer la gestión de sectores estratégicos y la provisión de servicios públicos mediante el desarrollo de actividades empresariales. De igual manera, la Ley Fundamental permite en el tercer inciso del artículo antes mencionado que, todo aquel excedente económico y financiero que se evidencie en las Empresas Públicas podrá ser reinvertido; aclarando que esta habilitación implica también la posibilidad de que se lleve a cabo en proyectos de asociación de dichas entidades.

Además del reconocimiento en la CRE, la LOEP (2009) también reconoce a la asociación de las Empresas Públicas a partir del capítulo II de dicha norma, específicamente en el artículo 35⁸ inciso primero, donde a simple vista significa una mención ampliada de las posibilidades de asociación de las Empresas Públicas, más sin embargo es imperativo realizar un análisis de cada una de ellas.

3.2.1. Alianzas Estratégicas

Según la Procuraduría General del Estado (2020) dentro de su publicación ‘Reflexiones de Contratación Pública: Alianzas Estratégicas’ determina que las Alianzas Estratégicas se tratan de una forma asociativa en la que se conviene invertir recursos y capital para así favorecerse en la división de ganancias. No obstante, también deberá entenderse que según los objetivos que deberán seguir las Empresas Públicas y que se encuentran planteados por la norma, no implican principalmente el aprovechamiento financiero en la aplicación de modalidades asociativas, sino que persiguen la eficacia de la provisión de servicios públicos.

En contraste, se define a las Alianzas Estratégicas como un acuerdo entre organizaciones que utiliza las oportunidades del mercado hacia un compromiso

⁷ Remítase a la nota al pie número 1

⁸ Remítase a la nota al pie número 4

conjunto (Rojas et al., 2014). Los objetivos generales que persigue esta figura son: el acceso a nuevos mercados, compartir riesgos y beneficios, incrementar la innovación, entre otros. De esto se extrae que, la utilización de una Alianza Estratégica, en teoría cuenta con una cantidad amplia de beneficios sobre los formatos de asociación que sugiere la norma (Enriquez, 2025).

Las definiciones antes establecidas hacen referencia a un concepto genérico de lo que debe entenderse por Alianza Estratégica, pues dicha figura se utiliza en varias circunstancias relacionadas directamente con el sector privado, de allí que la norma no define lo que debe entenderse por este concepto; por tanto, es necesario hacer una distinción de acuerdo con la forma de asociarse al sector público con el privado. En este caso, si es que se requiriese una asociación con el privado, se estaría hablando de una Asociación Público-Privada, puesto que se trataría de un acuerdo entre los dos sectores con el fin de compartir la responsabilidad de la provisión de un servicio público con el privado (Public-Private Partnership Resource Center, s. f.).

3.2.2. Sociedades de Economía Mixta

La LOEP define en el inciso segundo del artículo 4⁹ a las sociedades de economía mixta como aquellas empresas subsidiarias donde el Estado o sus instituciones cuentan con la mayor participación accionaria. De acuerdo con un concepto doctrinario, esta figura debería definirse como una asociación formal en la cual se dé un acuerdo expreso de las voluntades de quienes formarán parte de dicha figura, en la que se reúnen tanto entidades estatales como privadas (Gordillo, 2015). Aunque la definición que establece Gordillo es amplia, igualmente da luces

⁹ Ley Orgánica de Empresas Públicas (2009) **Art. 4.- DEFINICIONES.** - Las empresas públicas son entidades que pertenecen al Estado en los términos que establece la Constitución de la República, personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión. Estarán destinadas a la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y en general al desarrollo de actividades económicas que corresponden al Estado.

Las empresas subsidiarias son sociedades mercantiles de economía mixta creadas por la empresa pública, en las que el Estado o sus instituciones tengan la mayoría accionaria.

Las empresas filiales son sucursales de la empresa pública matriz que estarán administradas por un gerente, creadas para desarrollar actividades o prestar servicios de manera descentralizada y desconcentrada.

Las Agencias y Unidades de Negocio son áreas administrativo - operativas de la empresa pública, dirigidas por un administrador con poder especial para el cumplimiento de las atribuciones que le sean conferidas por el representante legal de la referida empresa, que no gozan de personería jurídica propia y que se establecen para desarrollar actividades o prestar servicios de manera descentralizada y desconcentrada.

sobre la naturaleza jurídica que le reviste a esta figura, puesto que expresa específicamente que se trata de una forma de asociación que, de acuerdo con la formalidad, debe seguir los lineamientos del ordenamiento jurídico. Por otro lado, el que se haya establecido que para su conformación se necesite de entidades públicas como privadas, indica que en su nombre conceptual se encuentre la palabra ‘mixta’. Un concepto más cercano a la realidad ecuatoriana establece que se trata de una sociedad anónima que se constituye por una entidad estatal y capitales privados que tiene como objetivo la satisfacción de necesidades de orden colectivo, definición relacionada directamente con el artículo 309¹⁰ de la Ley de Compañías.

Con respecto a los presupuestos que conforma este tipo de asociación, es imperativo analizar cómo se manifiesta la participación de los socios tanto en el tema económico como la administración misma. Para el caso económico, en la legislación ecuatoriana se establece concretamente que será el Estado quien tenga la mayoría accionaria. Esto demuestra ser un lineamiento necesario para precautelar el cumplimiento de los principios que establece la LOEP como la eficacia, control de la propiedad estatal y responsabilidad sobre la prestación de servicios. Con respecto a la parte administrativa, el artículo 315¹¹ de la CRE indica que será la norma la que establezca como deberá realizarse la gestión de sectores estratégicos y de la prestación de servicios públicos, lo que denota como el Estado igualmente se reserva esta administración a las entidades estatales con el fin de proteger los principios establecidos en el ordenamiento jurídico.

Con respecto a la revisión realizada en las bases de datos publicadas por la Superintendencia de Compañías (2025) del listado de compañías de economía mixta, no se ha encontrado ninguna que ellas se hayan constituido con una entidad internacional pública o privada, ni tampoco con entidades normadas por el sector de la economía popular y solidaria. De esta base de datos simplemente se constata que en Ecuador se encuentran registradas setenta sociedades de economía mixta, entre las cuáles un 40% se encuentran en trámite de disolución.

¹⁰ Ley de Compañías **Art. 309.**- La facultad a la que se refiere el artículo anterior corresponde a las empresas dedicadas al desarrollo y fomento de la agricultura y de las industrias convenientes a la economía nacional y a la satisfacción de necesidades de orden colectivo; a la prestación de nuevos servicios públicos o al mejoramiento de los ya establecidos.

¹¹ Remítase a la nota al pie número 1

3.2.3. Otras formas asociativas no mencionadas en la ley

Según lo mencionado acerca del artículo 35 de la LOEP, la disposición normativa señala ciertos tipos de modalidades asociativas, aunque igualmente específica que se podrán aplicar cualquier tipo de asociación, lo que deja en claro que se trata de una enunciación abierta a la interpretación que pone como único límite al artículo 316 de la CRE. No se tiene claro si conforme al artículo 35 de la LOEP se trata de una lista taxativa o de una apertura a diferentes posibilidades. Aunque este podría tener la suerte de error dentro de la norma, si es que la misma se aplica con el fin de beneficiar al Estado y con ello cumple el ordenamiento jurídico no existiría problema alguno.

No obstante, esta posible aplicación en el ámbito ficticio podría funcionar pero tratándose del ejercicio práctico puede volverse más complicado, en tanto que esta disposición se encuentra enmarcada en el Derecho Público y así como en el principio de legalidad. En este sentido, el artículo 226 de la CRE indica que las entidades estatales y sus funcionarios actuarán de acuerdo con las competencias que indique la Constitución y la ley. Por lo tanto, en donde se encuentra el límite frente al ejercicio de potestades públicas, cuestión que podría analizarse como una flexibilidad que permitió el legislador para evitar obstaculizaciones en el cumplimiento de los objetivos estatales.

Además del análisis del principio de legalidad, también será imperativo analizar otro recogido igualmente en la CRE en el artículo 227 como el principio de eficiencia de la administración pública. Dicho precepto jurídico hace referencia a la capacidad que tiene el sector público para lograr los objetivos planteados de manera efectiva. Para ello, la planificación es fundamental para la gestión de los recursos, tomando en cuenta que deberá diseñarse con coherencia a las normas y principios del ordenamiento jurídico (Romero, 2023). En relación con el análisis anterior, la amplitud que permite el artículo 35 de la LOEP puede significar la orientación del legislador a un cumplimiento eficaz de los fines de las Empresas Públicas con celeridad y eficiencia. Sin embargo, dicha apertura deberá ser planteada de acuerdo con los principios de legalidad y control que rigen a esta rama del Derecho, pues será necesario evitar la flexibilidad y que esta no se convierta en una discrecionalidad por parte de los funcionarios públicos que apliquen esta figura. En consecuencia, el desafío radica en cómo el legislador establece los lineamientos

para garantizar que esta aplicación se lleve con transparencia y con un mayor fortalecimiento de la gestión estatal.

En este sentido, se entenderá que la norma no contiene una contradicción, entre la legalidad y flexibilidad, sino que se refiere a un equilibrio que permite la eficiencia administrativa. Por lo tanto, no debería verse como un vacío normativo, sino como una prerrogativa que tienen las Empresas Públicas para buscar mecanismos óptimos para una correcta asociación que contenga igualmente un control estricto.

3.3. Las formas de asociación y su uso en Latinoamérica

Después de grandes crisis económicas que ha sufrido la región Latinoamericana, los gobiernos han tomado esto como una oportunidad de apalancarse en nuevas formas jurídicas para el abastecimiento de servicios públicos. Para ello, la zona ha buscado formar uniones con el sector privado para cumplir con estas crecientes necesidades de los ciudadanos. Esta búsqueda se ha fundamentado en esa visión clara de que el aparataje estatal no es suficiente para desempeñar los objetivos de un Estado, por ello las estructuras ya establecidas se fusionan perfectamente con una inversión privada que genere un mayor aprovechamiento para el ejercicio de las facultades estatales. En los noventa se visualizó un auge en el establecimiento de concesiones, término utilizado en general para las asociaciones, en el cual se probó la utilidad de dichas asociaciones. No obstante, en la actualidad la complejidad en la aplicación aumentó, pues los proyectos son más exigentes y requieren de inversiones mayores, además de que otros sectores intrincados requieren de operaciones especializadas como lo son la salud, la educación, entre otros (Alborta et al., 2011).

Ciertas instituciones como el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y el Fondo Multilateral de Inversiones (FOMIN) han realizado estudios prácticos en Latinoamérica y el Caribe donde han invertido millones de dólares para el apoyo a los Gobiernos con el desarrollo de infraestructura en áreas de energía, telecomunicaciones y transporte, en el cual han evidenciado el crecimiento de varios proyectos para la ciudadanía. En varios países se ha logrado contar con estas inversiones, en las cuales dichas organizaciones han recomendado las concesiones con el sector privado como una de las mejores vías para el desarrollo. Para ello, el

FOMIN ha evolucionado sus objetivos para enfocarse en estrategias que optimicen la utilización de las asociaciones por parte de los Estados con el sector privado (Maruyama & Bloomgarden, 2008).

La visión que brinda el concepto Participaciones Público Privadas (PPP) se basa en la idea de que el sector público puede ser sujeto de fallas en la prestación de sus servicios, y que los actores privados pueden brindar una solución basada en eficiencia para el manejo de los recursos del Estado. Con estas características, la definición de una concesión y una PPP se deben entender como relacionadas, puesto que se definirían como el entendimiento de que existe la propiedad pública y que la inserción de un inversionista privado se trataría de una relación contractual, pero en la que se ejercite principios de eficiencia y transparencia. Ahora bien, para el caso de Latinoamérica países como Chile y Colombia han sido referencias para la región pues sus modelos han sido utilizados ampliamente por otros Estados. Sobre la situación chilena, se ha visto como el marco legal ha tomado estas figuras y lo ha implementado dentro de su Ley de Concesiones en la cual se incluye el término *Build Operate Transfer* como un mecanismo que protege los proyectos para que estos sean propiedad total del Estado protegiéndolo de cualquier riesgo, y traspasando el mismo al socio privado. Esta protección que se brinda al Estado podría verse como una desventaja para los inversionistas, sin embargo, sí se otorgan garantías al privado que favorezcan a la rentabilidad de los proyectos de forma que los costos no signifiquen un riesgo. En el caso colombiano, se analiza la evolución histórica de la capacidad asociativa del Estado con ello se evidencia que su ordenamiento jurídico se encuentra limitado. Pues la norma colombiana, especializada en contratación pública, simplemente establece una definición de la concesión como la entrega del ejercicio de explotación, prestación u operación de una obra, bien o servicio público al concesionario a cambio de una ganancia económica. De igual manera, se desarrolla el proceso por el cual deberá realizarse estos contratos de concesión, siendo la licitación el mecanismo que revisa las fases técnicas y económicas (Vasallo & Izquierdo, 2010).

El caso mexicano es otro referente en la región latinoamericana, pues el funcionamiento de su Estado se basa en la federación, municipio o Estado central, en esta división se encuentra varios ámbitos de aplicación de las facultades asociativas ya que comprenden concesiones y alianzas público-privadas. En

primera forma, las concesiones se evidencian como un acto de derecho administrativo que en sus resultados benefician más al concesionario (socio privado) que al concesionario (Estado), como resultado esta figura complica al sector público ya que no se cumplen los proyectos correctamente puesto que no se finalizan con la calidad que se merece la obra o se entregó de forma deficiente. Sobre las Alianzas Público-Privadas se destaca cómo este modelo jurídico implica una cooperación importante entre lo público y lo privado con el fin de generar mejores estrategias para cumplir con resultados más certeros y de mayor éxito (Reyna & Lizagárra, 2023).

En definitiva, la situación dentro de Latinoamérica ha demostrado apertura con las asociaciones del Estado con el sector privado, ya que se evidencia en varios proyectos a lo largo de la región que el impulso privado permitió un desarrollo positivo en sectores viales, de salud, educación, transporte, entre otros. Sin embargo las dos figuras mayormente utilizadas, concesiones y alianzas público privadas, se tratan de mecanismos eficaces para cubrir con las necesidades poblacionales, pero todos estos resultados vienen respaldados de fundamentos normativos claros, un control adecuado y formal por parte de organismos de control estatales y una distribución equilibrada de riesgos y beneficios para los socios. De esta forma, los modelos aplicados en Colombia, Chile y México contribuyen al análisis de que en el caso ecuatoriano es necesario contar con un mayor desarrollo normativo, garantizando los principios que rigen al Derecho Administrativo y a las Empresas Públicas, ya que estos deben guiar a una aplicación correcta y eficiente de las figuras asociativas en el país.

CAPÍTULO 4

4. LAS ALIANZAS ESTRATÉGICAS

4.1. Proceso de formación de una Alianza Estratégica

Las Alianzas Estratégicas se entienden como contratos públicos permitidos por la norma, donde una Empresa Pública (contratante) requiere de un aliado público o privado (contratista) que cumplen su función de socios en la consecución de proyectos relacionados con la actividad empresarial que desempeñan dichas instituciones públicas. Para lo cual, a través de la celebración de un contrato de Alianza Estratégica, tanto el contratante como el contratista ejercen en conjunto las actividades encomendadas en el acuerdo contractual, repartiendo riesgos y beneficios respectivamente (Baldeón, 2023).

De acuerdo con lo establecido por la doctrina, dicha forma asociativa requiere del cumplimiento de ciertas características para un contar con un correcto acuerdo entre las partes, se establecen los siguientes:

1. Establecimiento de una enumeración de objetivos claros y comunes entre las partes en el ejercicio de las actividades individuales;
2. Distribución eficaz de riesgos y beneficios en el proyecto que se llevará a cabo; y,
3. La constitución de una alianza de cooperación de las partes y continuidad en la ejecución de proyectos en los sectores estratégicos o prestación de servicios públicos convenidos.

Debe tenerse en cuenta que dichas Alianzas Estratégicas no serán válidas si es que la Empresa Pública adquiere el control administrativo, económico y organizacional del contratista (Ortiz, 2023).

Este tipo de asociación significan un mecanismo flexible que habilita a las Empresas Públicas ejecutar actividades empresariales a través de circunstancias claras de cooperación con otros actores del sector público o privado, siempre que exista la división equitativa de los derechos y obligaciones que devienen de los contratos celebrados. Sin embargo, según la naturaleza que se extrae de las definiciones de la doctrina, esta figura no deberá desnaturalizarse hacia una delegación de competencias, puesto que su validez jurídica depende de la existencia

de la corresponsabilidad de las partes. Por lo tanto, su utilización exigiría un equilibrio entre la autonomía de las Empresas Públicas y la cooperación, sino se convertiría en una evasión al ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Cómo se estableció anteriormente dentro de esta investigación, se ha evidenciado que el ordenamiento jurídico ecuatoriano permite la capacidad asociativa de las Empresas Públicas de diversas formas. Basado en la posibilidad que señala la CRE, la LOEP establece en sus artículos 35 la viabilidad de un proyecto de este tipo; en la misma línea, el último inciso del artículo 36¹² será el único lineamiento establecido por la normativa especial con respecto al ejercicio práctico de dichas asociaciones. De este artículo se desprende la obligación de las Empresas Públicas de someter cualquier tipo de decisión relacionada con las formas asociativas, al Directorio conformado por la entidad pública. Se requiere igualmente justificativos de diferentes índoles con el fin de contar con un proyecto y decisión motivada por parte del Directorio. Sin embargo, este inciso de la norma no establece en sí un mecanismo o procedimiento a seguir por parte de las Empresas Públicas para llevar a cabo este tipo de contrataciones. Para lo cual las entidades deberán, en ejercicio de su competencia normativa de carácter administrativo según establece el artículo 130¹³ del COA, expedir un acto normativo que indique los procedimientos y detalles pormenorizados de la aplicación de las formas asociativas.

En virtud de la ausencia de un procedimiento general en la ley, al corresponderle a cada Empresa Pública configurar sus mecanismos para la celebración de contratos de Alianzas Estratégicas. Es pertinente analizar cómo una de las entidades de la ciudad de Cuenca, provincia del Azuay ha desarrollado su instrumento propio para ejercitar esta posibilidad. Es el caso de la Empresa Pública de Movilidad, Tránsito y Transporte (EMOV EP), que expide un reglamento para la ejecución de la facultad asociativa de la entidad. Cuya examinación permitirá

¹² Remítase a la nota al pie número 6

¹³ Código Orgánico Administrativo **Art. 130.-** Competencia normativa de carácter administrativo. Las máximas autoridades administrativas tienen competencia normativa de carácter administrativo únicamente para regular los asuntos internos del órgano a su cargo, salvo los casos en los que la ley prevea esta competencia para la máxima autoridad legislativa de una administración pública.

La competencia regulatoria de las actuaciones de las personas debe estar expresamente atribuida en la ley.

determinar si esta normativa interna garantiza los principios que establece la LOEP en cuanto a la aplicación de Alianzas Estratégicas.

El “Reglamento para ejecutar la Facultad Asociativa de la Empresa Pública Municipal de Movilidad de Tránsito y Transporte de Cuenca”¹⁴ en su parte motiva establece los artículos anteriormente analizados de la CRE, LOEP e incluye otras normativas como el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD) los cuales indican temas relacionados con la facultad asociativa y la viabilidad permitida en el ordenamiento jurídico, en ejercicio de su autonomía administrativa tanto para expedir el reglamento como para aplicar esta capacidad.

De la parte normativa se extrae en primera forma, las disposiciones generales enfocadas en establecer que el ámbito de aplicación será empleado para todo tipo de asociación que permita la LOEP. De igual forma, el artículo 2 define que el objeto del reglamento será determinar todos aquellos “requisitos y procedimientos para la selección de socios públicos y/o privados” para la aplicación de las formas asociativas que prevea la norma especial. No obstante, de igual manera no se hace constar con los tipos de asociación aplicables, lo que podría generar discrecionalidad en cuanto no se definiría correctamente cómo se ejercen las formas asociativas que no se relacionen directamente con la actividad empresarial que cumple la EMOV EP.

En el artículo 3 literal b. del Reglamento contempla como deberá definirse a las Alianzas Estratégicas, para lo cual determina que se tratará de un acuerdo entre personas naturales o jurídicas, públicas o privadas que presten los mismos servicios que se alineen con el fin de la EMOV EP. De igual manera en el mismo literal se menciona la “pérdida de la identidad e individualidad como persona jurídica de la EMOV EP”, refiriéndose a que esto significaría que todas las decisiones y resultados se asumirán de forma conjunta en la ejecución del contrato, haciendo que se constituya una estructura común entre la Empresa Pública y el aliado estratégico.

Con respecto a lo mencionado en el artículo 7, la identificación de los riesgos y beneficios que implicarán para las partes se aplicará lo acordado en el contrato suscrito. Siendo esta situación una responsabilidad de la máxima autoridad

¹⁴ Remítase al documento que reposa en el archivo público de la EMOV EP

de la entidad con respecto a la identificación y valoración de riesgos, minimización de impacto para la entidad y una garantía efectiva de la transferencia de los riesgos. Siendo esta obligación completamente necesaria para la evaluación y aseguramiento de que este tipo de contratación se lleve a cabo de forma sostenible y basada en el principio de transparencia que obliga el ordenamiento jurídico.

En relación directa con el procedimiento aplicable, los artículos 8 y 11 fijan de manera general los lineamientos a seguir para la implementación de las asociaciones por iniciativa pública, donde será el Gerente General quien se obliga a contar con los informes técnicos de áreas específicas de la Empresa Pública, las bases de los concursos públicos a realizar, la designación de la Comisión Técnica y llevar el proyecto para que este sea considerado por el Directorio de la Empresa. Para ser aprobados los proyectos de asociación, el Directorio deberá declarar de interés público el sector o servicio que se someterá a la contratación especial. Para ello, es necesario que se tengan los informes técnicos mencionados, dentro de los cuales se deberá justificar el cumplimiento de los objetivos de la EMOV EP y la conveniencia de llevarlos a cabo. Los informes económicos y financieros también serán determinantes para establecer esta conveniencia además de que deberá analizarse la viabilidad, vulnerabilidad y riesgos del proyecto. De igual manera, el área legal emitirá un informe determinando la habilitación normativa y el modelo asociativo que se proponga.

Una vez se compile todos estos documentos justificativos se elabora un Plan de Negocios que se someterá a la aprobación del Directorio de la EMOV EP; cuando se apruebe el Plan, quedará a cargo del Gerente la conformación de las debidas comisiones para la elaboración de especificaciones técnicas y/o términos de referencia y pliegos para la selección del aliado estratégico. Para el proceso de selección se contará con fases de invitación a los interesados en participar y se llevará a cabo un proceso similar al régimen tradicional de contratación pública en cuanto a la ejecución de obras, adquisición de bienes y prestación de servicios.

Para la presentación y calificación de ofertas, según establece los artículos 26 y 27, se realizará en los plazos establecidos por el Gerente General donde se efectuará la apertura todas las ofertas de forma pública, y se verificará por parte de la Comisión Técnico-Económica que se cumplan con los requisitos mínimos establecidos en los pliegos publicados.

Se introduce una fase de convalidación de errores que permite a los oferentes subsanar errores de forma sobre sus propuestas sin alterar su contenido esencial, lo que contribuye a la eficiencia en el procedimiento y una etapa equitativa para quienes participan. Contando con el cumplimiento de la convalidación de errores, se pasa a la Comisión la obligación de realizar un análisis exhaustivo de las ofertas con el fin de calificar las mismas, donde se prioriza el mérito técnico, capacidad financiera, experiencia en el área y cumplimiento de cualquier obligación legal que signifique un impedimento para su participación. Una vez realizado el análisis, se emitirá un informe en el que la Comisión recomendará al oferente con mejor puntuación, basada en los términos anteriores, para que esta sea considerada por el Gerente General y que se concluya con la fase de adjudicación del contrato.

No obstante en los siguientes artículos, el Reglamento reconoce a los oferentes con puntajes inferiores para la apertura de una nueva etapa de mejora a la propuesta presentada, en relación con la complejidad del proyecto, para que con ello se vuelva a calificar a los participantes y que se dé una adjudicación del socio ganador del concurso. Una vez se concluye esta fase, se dará la selección de la mejor propuesta y se abrirá una fase de negociación previa para acordar términos en controversia, sin embargo en caso de falta de acuerdo se convocará en orden sucesivo al mejor puntuado para acordar y finalizar la contratación. Finalizada esta fase de negociación con el acuerdo total entre las partes, se llevará a cabo la adjudicación definitiva y la suscripción del instrumento legal pertinente para la ejecución del proyecto.

En el caso de la iniciativa privada, desde el artículo 48 y siguientes se introduce esta figura con el fin de promover la participación del sector privado. En este caso se presentará un anteproyecto con la asociación propuesta, mismo que se sustentará en estudios de diferentes tipos para justificar el interés público de aplicar esta oferta. Una vez se presente la propuesta, la Empresa Pública se encargará de analizar la viabilidad del proyecto, incluyendo aspectos técnicos, financieros, legales y ambientales. En el caso de que se apruebe la iniciativa, se le otorga al proponente un derecho de preferencia para igualar o mejorar la oferta dentro del concurso público que se realizará en lo posterior. Con este mecanismo se procura promover proyectos que aseguren transparencia, efectividad y que se evite adjudicaciones directas.

En virtud del análisis realizado, el Reglamento expedido por la EMOV EP se trata de un instrumento normativo específico que ha sido diseñado para aplicar en el ámbito de sus competencias propias. Por lo tanto, al tratarse de una norma elaborada individualmente por una Empresa Pública, su aplicación se limitará a sus propios objetivos. Aunque este sí puede servir como referencia para otras entidades estatales, la posibilidad de que cada Empresa Pública pueda desarrollar su propio reglamento, en relación con su autonomía administrativa, esto podría generar discrecionalidad con respecto a los procesos e interpretaciones. Con ello, la disparidad normativa puede producir inconsistencias en la aplicación de las formas asociativas que establece la LOEP, ya que se contraviene con la uniformidad de criterios y la seguridad jurídica de quienes se encuentren interesados en participar en estas asociaciones.

4.2. Análisis de casos prácticos utilizados en la ciudad de Cuenca, provincia del Azuay

El desarrollo teórico y normativo expuesto hasta el momento demuestra la existencia de posibles falencias en cuanto a la normativa vigente y la doctrina presentada, por lo cual se evidencia la necesidad de contrastar la información obtenida con su aplicación práctica. La incorporación de un estudio de casos reales que permitan evaluar la correspondencia entre la norma y su ejercicio práctico. En este sentido, se considera pertinente examinar la celebración de dos Alianzas Estratégicas celebradas por la misma Empresa Pública que expidió el reglamento previamente analizado, con el propósito de identificar aciertos, aplicación de las disposiciones normativas y posibles inconsistencias en su implementación.

4.2.1. Contrato de Alianza Estratégica entre la EMOV EP y el Consorcio TRAFFIC SAFETY AZUAY TSA

El primer caso para análisis es el establecido mediante el “Contrato de Alianza Estratégica para Alcanzar la Disminución de Accidentes de Tránsito y Mortalidad a través de la Detección, Registro, Notificación y Sanción de Infracciones de Tránsito a través de la Implementación y puesta en Marcha de un Proceso Integral Con Dispositivos Tecnológicos, dentro del cantón Cuenca”¹⁵ celebrado en fecha 27 de agosto de 2018 por parte de la Empresa Pública de

¹⁵ Remítase al documento que reposa en el archivo público de la EMOV EP

Movilidad, Tránsito y Transporte EMOV EP de la ciudad de Cuenca, provincia del Azuay; y el Consorcio privado TRAFFIC SAFETY AZUAY TSA¹⁶ (Aliado Estratégico/TSA).

Dentro de los antecedentes del contrato, se citan todas aquellas normas que habilitan la competencia a la entidad pública tanto para su constitución, competencia para el control de transporte y seguridad vial, así como las facultades determinadas para la asociatividad. Seguido de esta información, se establecen los términos mediante los cuales se dio paso al proceso para la formación de una asociación, esto basado en la necesidad establecida por los Subgerentes de planificación y de control de tránsito y transporte de contar con un sistema de detección y notificación de infracciones de tránsito. En la misma cláusula, se hace referencia a la necesidad que cubra con la seguridad vial de los ciudadanos de Cuenca, se informa por parte de las áreas financieras y de planificación que dicho proyecto no podrá realizarse por falta de recursos económicos, y que se recomienda incursar en la asociatividad que establece la LOEP. También se hace referencia a que no contaba con los lineamientos requeridos por la ley para llevar a cabo este proceso de contratación, por lo que hubo que expedir el “Reglamento para la Asociatividad Público Privada y Social en el Desarrollo, Planificación, y Ejecución de Proyectos Relacionados con la Movilidad, Tránsito y Transporte”¹⁷ el cual incluía el procedimiento que debió seguirse para la implementación de este proyecto.

No obstante, dicho Reglamento no se encuentra en vigencia puesto que en fecha 01 de octubre de 2021 se expidió uno nuevo en su reemplazo. Sin embargo, de igual manera se llevará a cabo una comparativa entre las dos normativas reglamentarias con el fin de contar con un análisis ampliado de este caso.

Para llevar adelante el proceso de contratación se contó con los siguientes informes:

¹⁶ El Consorcio TRAFFIC SAFETY AZUAY TSA se encuentra conformado por la compañía COSIDECO CIA. LTDA; SAFETY ENFORCEMENT SEGURIDAD VIAL S.A.; TRAFFIC CONTROL SYSTEMS CTS S.A.; y por sus propios derechos los señores JOSÉ ANTONIO MACIEL DA SILVA VERA y EMANUEL RICARDO CARRASCO VÁSCONEZ.

¹⁷ Remítase al documento que reposa en el archivo público de la EMOV EP

1. Por el área de planificación para la elaboración del perfil que se busca en el aliado estratégico y que este pueda ser incluido en el Presupuesto Operativo Anual (POA);
2. El área de control remite su informe para la implementación del proyecto;
3. También se dispone a la Subgerencia financiera el análisis de los documentos que harían parte del proyecto y su prefactibilidad;
4. Al área jurídica se le dispone la realización del Proyecto de Contrato y las Bases Precontractuales; y,
5. Por último, se dispone la revisión final para la aprobación y el inicio del concurso público que indica el Reglamento.

Mediante resolución administrativa No. 26-07-03-2018-EMOV EP se aprueban las bases del concurso y se resuelve la continuación del proyecto hasta la adjudicación o declaración de procedimiento desierto, además se dispone la convocatoria nacional para la presentación de ofertas y la conformación de la Comisión Técnica encargada de realizar el proceso.

Dentro de la cláusula de antecedentes en el numeral 37 se señala que se sustancia el proceso de convocatoria y se remite el informe definitivo por parte de la Comisión Técnica, se adjudica el contrato de Alianza Estratégica al consorcio TSA. Para ello, el Directorio de la EMOV EP emite la Resolución de Adjudicación¹⁸ del contrato, dentro del cual se indica el proceso llevado a cabo para la implementación de esta forma asociativa. En su parte pertinente, el documento señala que en fecha 9 de abril del 2018 se procede a la apertura de sobres que contienen las ofertas de los siguientes consorcios:

1. Consorcio TESS
2. Consorcio TRAFFIC SAFETY AZUAY TSA
3. Consorcio AUTOTRAFFIC LATAM

La Comisión Técnica conformada procede con la revisión y el análisis de las propuestas presentadas por los oferentes con el fin de realizar la evaluación de los requisitos establecidos en las bases del concurso. En este caso, se advierte que

¹⁸ Remítase al documento que reposa en el archivo público de la EMOV EP

dos oferentes fueron descalificados por incumplir con determinadas exigencias formales; sin embargo, el reglamento vigente al momento de la contratación no contemplaba en ninguno de sus artículos una fase de convalidación de errores subsanables, lo que limitaba la posibilidad de corregir defectos que no afectaren la validez misma de la oferta. No obstante, dentro de este proceso de contratación igualmente se llevó a cabo una etapa de convalidación de errores de hecho, lo que indica más que nada que la entidad pública realizó actos fuera del Reglamento vigente. Aunque dicha etapa de convalidación es completamente necesaria dentro de un proceso de este tipo, el que no haya sido desarrollada por la normativa que servía como guía en las actuaciones, significa un espacio gris en las actuaciones de los funcionarios públicos.

Aún con estas falencias se procedió con la selección del oferente TRAFFIC SAFETY AZUAY TSA quien pasaba a la etapa de evaluación de la propuesta, donde la Comisión Técnica realizó un estudio de factibilidad de los productos que se ofrecían para cumplir con la Alianza Estratégica. En tal caso, el análisis resultó favorable en todos los puntos para el mencionado Consorcio puesto que se establece que el mismo es el único que cumple con los requisitos mínimos indicados en las bases del concurso. De igual manera, con respecto a la calificación de las ofertas, se implementa una doble valoración, en base a los requisitos que cumple y sobre los productos de valor agregado que incluyen las propuestas. Seguido de esta etapa se pasa a la fase de negociación, cuestión que se encuentra permitida en el Reglamento pero no se desarrollan sus lineamientos ni bases para llevar a cabo esta fase.

Una vez que se realizaron todas las fases antes mencionadas, la Comisión Técnica procede a la elaboración de un informe definitivo que fue presentado ante el Directorio de la EMOV EP para la aprobación final y la resolución de adjudicación del proyecto al oferente ganador. En fecha 26 de julio de 2018 se emite la Resolución de Adjudicación del contrato, en el cual se explican todos los puntos que siguió la Empresa Pública para dar validez al concurso público siguiendo estrictamente lo establecido dentro de las bases del concurso, resultando en la asignación definitiva al Consorcio TRAFFIC SAFETY AZUAY TSA como el Aliado Estratégico que llevaría a cabo el cumplimiento del contrato analizado.

En cuanto al análisis del objeto del contrato celebrado entre las partes, se menciona específicamente que el mismo tendrá como meta la detección, registro, notificación y sanción de infracciones de tránsito, según lo establecen las condiciones de las bases del concurso celebrado. De igual manera, se contemplan especificaciones técnicas con respecto a las formas en las que se dará cumplimiento al contrato, como implementación de dispositivos electrónicos, bases de datos, configuración de sistemas para registro y sanción de infracciones. Debiendo notar un señalamiento importante dentro de esta cláusula de objeto y alcance, pues el literal k) se indica lo siguiente: “El aliado estratégico asumirá todos los costos generales y específicos derivados de la conectividad e infraestructura necesaria para el funcionamiento del objeto de la alianza” (p. 20). De esta información se muestra claramente la naturaleza jurídica que contiene una Alianza Estratégica, puesto que de las definiciones dadas para este concepto esta forma asociativa no es más que una colaboración entre dos partes que prestan sus recursos económicos (para el aliado estratégico) y de necesidad (para la Empresa Pública), ya que se complementan estos dos recursos en la satisfacción de necesidades que debe cubrir una entidad pública con la ayuda de una inversión financiera que prometa sostener un proyecto en beneficio de los ciudadanos.

Lo anteriormente resaltado se encuentra mejor plasmado dentro de la cláusula quinta de obligaciones y derechos de las partes en el contrato, debido a que en esta sección se desarrolla ampliamente esta situación, contando con una muestra verdadera de lo que significa la distribución equitativa de riesgos y beneficios para una asociación de este tipo. Como se contempla en el literal a) de dicha cláusula donde se establece lo siguiente: “Permitir el desarrollo, implementación, administración y explotación de los servicios compartidos en esta alianza estratégica, considerando los objetivos plasmados en el Estudio de prefactibilidad, correcta y pacíficamente según los términos del presente contrato” (p. 21). Además se implementa un beneficio económico para el Aliado que realiza la inversión, puesto que se establece dentro de la cláusula décima segunda que “La EMOV EP pagará al Aliado Estratégico, por concepto de infracciones registradas y debidamente - recaudadas, un porcentaje equivalente al 37% de los valores iniciales de las multas efectivamente recaudadas para garantizar el equilibrio económico

(...)”. Lo que demuestra directamente que se trató de cumplir con una distribución de beneficios para las partes.

De esta información se muestra claramente la naturaleza jurídica que contiene una Alianza Estratégica, puesto que de las definiciones dadas para el concepto de esta forma asociativa no es más que una colaboración entre dos partes que prestan sus recursos para el cumplimiento de un objetivo fijo, por lo que se complementan en la satisfacción de necesidades que debe cubrir una entidad pública con la ayuda de una inversión financiera que prometa sostener un proyecto en beneficio de los ciudadanos. Véase tabla 1 sobre el análisis comparativo:

Tabla 1. *Análisis comparativo entre el contrato EMOV-TSA y los Reglamentos expedidos por la EMOV EP*

Aspecto Analizado	Contrato EMOV-TSA	Reglamento de 2017	Reglamento vigente
Base normativa del proceso	Todas las actuaciones se sustentaron en las bases del concurso, no en el Reglamento	Se menciona de forma general la facultad asociativa y ciertas etapas que se cumplirán	Determina un procedimiento estructurado donde se especifican etapas, informes técnicos y aprobación del Directorio en todas las fases
Convocatoria y participación	La convocatoria se realizó por resolución del Gerente General, sin detallar consideraciones específicas y que se remitían a las bases del concurso	Se desarrollan los lineamientos para una convocatoria pública para entrega de propuestas, pero solo para la iniciativa particular	Indica en el artículo 23 de forma general como se hará la invitación para la participación en el proceso de selección de un socio
Evaluación de ofertas	La Comisión Técnica evaluó las ofertas según las bases del concurso y los métodos de calificación aprobados por Gerencia General	La calificación se realizará en relación con las bases del concurso, permitiendo un método de cumple o no cumple, o evaluación por puntaje	Obliga a utilizar el método cumple o no cumple en la calificación de requisitos mínimos y en el análisis de la oferta técnica se abre la posibilidad para establecer un método de calificación que se establezca en las bases del concurso
Convalidación de errores	Se practicó una etapa de convalidación de errores de hecho sin sustento normativo	No contempla una fase de convalidación de errores	Establece una etapa de convalidación de errores de forma que no afecten a la validez y fondo de la oferta presentada
Fase de negociación	Se efectuó una negociación con el oferente mejor puntuado	Reconoce la posibilidad de negociación sin detallar límites	Define claramente en el artículo 64 la etapa de negociación para posibles mejoras en la oferta
Aprobación del Directorio	Se aprueba la adjudicación del contrato mediante Resolución del Directorio, basado en el informe definitivo emitido por la Comisión Técnica	En las disposiciones generales se indica que la adjudicación se hará por el Directorio previo informe de la Comisión Técnica	Se emitirán informes técnicos, financieros, económicos, ambientales y legales para que el Directorio considere la adjudicación del proyecto
Objeto del contrato y alcances	Define el objetivo por el que se suscribe el contrato, pero se fundamenta en las bases del concurso	Describe los fines para implementar Alianzas Estratégicas para el desarrollo de actividades que sean ventajosas para la entidad pública	Exige que el objeto de una asociación esté alineado con el giro empresarial y que contenga una distribución equitativa de riesgos y beneficios
Distribución de riesgos y beneficios	Establece un reparto económico proporcional	No regula mecanismos de control ni que cumplan con una fiscalización económica	Obliga a la entidad a cumplir con informes financieros, de auditoría y control periódico que contemplen la distribución de riesgos y beneficios

Según el estudio comparativo que muestra la tabla 1 entre el contrato de Alianza Estratégica celebrado con la correlación de este ejercicio aplicado con los Reglamentos expedidos por la EMOV EP en los años de 2017 y 2021 respectivamente. El análisis permite evidenciar un avance por parte de esta Empresa pública en particular para la regulación de la asociatividad en su aplicación diaria, pasando de un marco normativo general y lleno de vacíos a uno en desarrollo y con mayor estructuración. En el caso del contrato analizado, la falta de lineamientos dentro del Reglamento provocó que su proceso de contratación se vea sustentado simplemente en las bases del concurso, creado por actuaciones administrativas y sin las formalidades que podría tener la expedición de una norma. Por ello, esta situación reflejó debilidad en los mecanismos de control, ya que se dejó amplios márgenes de discrecionalidad administrativa. En contraste, el Reglamento vigente a la presente fecha incluye procedimientos con mayor detalle, requisitos de motivación y mayores controles técnicos-financieros.

4.2.2. Contrato de Alianza Estratégica celebrado entre la EMOV EP y la empresa BICICUENCA S.A.

El segundo caso para el análisis se trata del contrato denominado “Contrato de Alianza Estratégica para la Implementación y Explotación del Sistema de Transporte Público de Bicicletas para la ciudad de Cuenca”¹⁹ celebrado entre la Empresa Pública de Movilidad, Tránsito y Transporte de Cuenca EMOV EP y la empresa BICICUENCA S.A.²⁰ como la encargada de asumir las obligaciones que devengan del contrato en relación con todas las compañías que conforman dicha empresa.

Dentro de los antecedentes del contrato se hace alusión al Estudio de Consultoría realizado por el Ing. Juan Carlos Hinojosa que contiene la elaboración de un plan de ciclovías urbanas y la implementación de un sistema de transporte público en bicicleta para la ciudad de Cuenca. Este documento se menciona como uno de los fundamentos más importantes para la implementación de un proyecto de Alianza Estratégica, puesto que contempla no solo las especificaciones técnicas con las que debería llevarse a cabo este plan, sino también incluye un estudio financiero

¹⁹ Remítase al documento que reposa en el archivo público de la EMOV EP

²⁰ La empresa BICICUENCA S.A. se encuentra conformada por la compañía P3 Global Management Inc.; la compañía Estacionamientos Urbanos UrbaPark S.A.; y, la compañía Serttel Soluciones en Movilidad y Seguridad Urbana Ltda.

que indica el presupuesto planteado para el proyecto. Para la consecución del programa que se plantea, la gerencia general de la EMOV ordena al área financiera la realización de un análisis sobre la prefactibilidad para llevar a cabo un objetivo como este. Con este examen financiero se determina la falta de recursos para cumplir con el plan, y por ello se insta por parte del Gerente General que se procure establecer proyectos que sean autofinanciables o del proveedor.

Al haberse generado la necesidad por parte del Estudio de Consultoría, contar con la recomendación financiera de optar por otro tipo de financiamiento y contemplando que se encontraba vigente el Reglamento para la Asociatividad Público-Privada, se da paso a la generación del proyecto de contrato y las bases precontractuales, que se sometieron a la aprobación de la subgerencia jurídica y la gerencia general. Se aprueban las bases del concurso, se conforma la Comisión Técnica y se da paso a la etapa de convocatoria para todos quienes se encuentren interesados en participar y cumplan con los requisitos mínimos.

Dentro del acuerdo contractual no se menciona mayor especificación con respecto a la etapa del concurso, presentación de ofertas, calificación de los oferentes y posible convalidación de errores. Sin embargo, la entidad pública no cuenta con estos documentos dentro de su archivo por lo cual se vuelve imposible de analizar con respecto a los lineamientos normativos que se debieron seguir dentro del procedimiento de selección del aliado estratégico. De igual manera, de acuerdo con la cláusula segunda se entiende que estos documentos faltantes se encuentran incorporados al mismo en cuanto a: las bases del concurso, la oferta presentada por el aliado estratégico, el acta de negociación, entre otros.

Con respecto a lo establecido en la cláusula cuarta del contrato, se incorpora el objeto de este como “la provisión del SERVICIO DEL SISTEMA DE TRANSPORTE PUBLICO EN BICICLETA (STPB) para la ciudad de Cuenca”, detallando que deberá dotarse de varios productos como bicicletas, estaciones de parqueo y muelles de parqueo, además de ofrecer un servicio de operación, administración y mantenimiento de un sistema con aplicaciones móviles, según lo estableció las bases del concurso.

Dentro de la cláusula quinta de obligaciones y derechos de las partes, se reitera la repartición aparentemente equitativa entre las partes pues por un lado la

EMOV EP permitirá el desarrollo de la operación en espacios públicos e igualmente la transferencia de valores recuperados por el uso del STPB al Aliado. De igual manera la empresa BICICUENCA S.A. deberá cubrir con toda la inversión inicial además del mantenimiento normal del Sistema para que este funcione trescientos sesenta y cuatro días del año.

Dentro de la siguiente tabla comparativa, se demuestra con mayor claridad posibles falencias identificadas dentro del contrato que pueden ayudar a visualizar de mejor manera las inconsistencias entre los reglamentos y su aplicación práctica.

Tabla 2. Comparación entre el contrato EMOV-BICICUENCA y los Reglamentos expedidos por la EMOV EP

Aspecto analizado	Contrato EMOV-BICICUENCA	Reglamento de 2017	Reglamento vigente
Fundamento normativo	Se menciona la expedición y vigencia del Reglamento emitido por la EP para regular el proceso de contratación	Carece de una descripción de cómo deberán integrarse estudios de las áreas de la empresa que justifican el proyecto	Obliga a la EP a contar con informes técnicos, financieros y jurídicos que sean sometidos y aprobados por el Directorio de la EP
Objeto contractual	Se define un objeto concreto	Regula de forma ampliada a las asociaciones sin detallar los objetivos que deberán tener las mismas	Obliga a que el objeto se vincule con el giro de la empresa
Obligaciones económicas	El Aliado asume las inversiones, costos de mantenimiento y operación, y la EP transfiere un porcentaje de ganancias por multas	No contempla lineamientos para el equilibrio financiero ni control económico entre las partes	Incluye desde la parte general que se implementen controles financieros como auditorías y reportes de seguimiento
Distribución de riesgos y beneficios	Se prevé un reparto funcional entre el privado y el público	No exige matrices de riesgo ni criterios de corresponsabilidad	Introduce la distribución proporcional de riesgos y beneficios

El contrato celebrado entre la EMOV EP y la empresa BICICUENCA S.A. revela una etapa de transición normativa, pues las actuaciones de la entidad aún se encontraban guiadas por un reglamento con poca precisión procedimental. Aunque el contrato cumple con lo establecido dentro de la LOEP, la ausencia de un mecanismo normativo estructurado limita la eficacia jurídica y la posibilidad de un control institucional correcto. En el caso del Reglamento que se encuentra vigente, subsana ciertas deficiencias que se muestran en la tabla 2, puesto que, temas como la evaluación técnica y financiera son imprescindibles para mantener el equilibrio entre el sector público y privado, contando con un balance correcto de los beneficios que además no permitiría una aplicación arbitraria de esta forma asociativa.

4.3. Evaluación de la falta de normativa vigente con respecto a los alcances y limitaciones de las Alianzas Estratégicas en Ecuador

El estudio de la normativa aplicable a las Alianzas Estratégicas evidencia que, aunque la LOEP reconozca expresamente la posibilidad de que las Empresas Públicas realicen este tipo de asociación, no obstante carece de un desarrollo reglamentario integral que precise diferentes situaciones específicas que contribuyen a una aplicación más efectiva. Esta omisión en la norma genera divergencias en cuanto a la interpretación del alcance de las facultades asociativas, y también dificulta la aplicación homogénea de los principios de legalidad, transparencia y eficiencia. La revisión de los contratos suscritos por la EMOV EP permiten constatar de qué manera la autonomía normativa de cada entidad deriva en la creación de reglamentos internos con distintos enfoques. Tal escenario produce que cada Empresa Pública regule la ejecución de la asociatividad según sus propias necesidades. Aunque esta situación responde a la autonomía administrativa que se encuentra integrada a las Empresas Públicas, también podría debilitar el sistema jurídico, pues compromete la seguridad jurídica de los actos administrativos que se expidan.

A diferencia de la situación en la región latinoamericana, como en Chile o México, donde los marcos normativos establecen criterios estandarizados sobre todo el procedimiento que debe llevarse, contando con que el desarrollo regulatorio implica un instrumento transversal que delimita tanto los alcances como limitaciones de cualquier tipo de asociación permitida. Por lo tanto, en el caso ecuatoriano al evidenciar la ausencia de lineamientos generales también dificulta la

fiscalización y el control de los organismos competentes, puesto que los procedimientos incluirían variaciones entre todas las entidades que lo aplique. Por lo tanto, esta situación contradice directamente al artículo 227 de la CRE, pues se debilitan los objetivos de eficiencia y transparencia en el manejo de recursos públicos. Por ello, ante la diversidad de prácticas institucionales es necesario contar con un mayor desarrollo normativo de carácter general que llegue a regular no solo las formas asociativas que se puedan aplicar, sino también su proceso interno en las Empresas Públicas.

La aplicación de una Alianza Estratégica, conforme su definición, constituye uno de los mecanismos más relevantes dentro de la gestión pública moderna, pues permite la cooperación con entre entidades del sector público y privado sin que ello implique la pérdida de la titularidad pública de un proyecto. De esta manera su alcance se manifiesta en la posibilidad de optimizar recursos, diversificar inversiones y fortalecer los procesos que tienen las Empresas Públicas para la satisfacción de necesidades ciudadanas. No obstante, aunque dicha figura representa un instrumento flexible, su aplicación deberá desarrollarse bajo parámetros de legalidad y control, en el cual se eviten prácticas arbitrarias que desnaturalicen su esencia pública.

CAPÍTULO 5

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La Empresa Pública desde sus orígenes significó una figura jurídica diseñada para sobrevenir al desarrollo exponencial del sector privado y a la complementariedad del Estado. Frente a las limitaciones del aparataje estatal, las crisis económicas y la burocracia, se desarrolla una entidad creada para favorecer al equilibrio del mercado privado y la injerencia del sector público.

En el caso ecuatoriano, la gestión pública se enmarcó en un modelo con dificultades estructurales y los intereses políticos de la época. No obstante con la llegada de la corriente nacionalista, el Estado se ve obligado por la presión de la desigualdad a contar con una institución jurídica que vele por la planificación eficiente en la prestación de servicios. Desde la nacionalización de empresas privadas prestadoras de servicios hasta la consolidación de la Empresa Pública, como figura autónoma, fue necesario atravesar diversos periodos de reestructuración institucional que permitan la una constitución de esta figura de forma regulada y concreta.

Las facultades asociativas, como aquella característica empresarial introducida para la observancia de los fines de las Empresas Públicas se vuelve elemental en su gestión. Debido a que este agente económico público busca en la asociación una vía por la cual se llegue al cumplimiento de los objetivos para los cuáles fueron constituidas. Contando con que el principio de legalidad se vuelve imperativo en su aplicación, el reconocimiento de la asociatividad dentro de la Constitución genera el robustecimiento de la figura a la hora de ejercer la misma en la práctica. De igual forma, que el legislador haya limitado su alcance basado en la transparencia, significa un control previo que ayuda al funcionamiento actual pues el mismo ya genera la necesidad de la sujeción a la norma para el equilibrio en el control y legalidad. Por lo tanto, esto permite afirmar que la capacidad asociativa es un instrumento que contribuye al ejercicio de los objetivos estatales contando con un mecanismo que implica un modelo que el Derecho Público puede implementar a la hora de gestionar un sector estratégico o la prestación de un servicio público. No obstante, también es imperativo concretar que aunque se trate de una figura jurídica reconocida por el ordenamiento jurídico, la misma carece de

una estructuración completa. Puesto que aunque exista la posibilidad de creación de una asociación, no existe una normativa general que guíe los lineamientos de implementación en la cual se contemple un modelo de negocio sólido ni una sujeción completa a la uniformidad jurídica.

La norma reconoce de manera general a las formas asociativas, pero sin delimitar en su alcance jurídico puesto que dentro de la Ley Orgánica de Empresas Públicas no se esclarece qué tipos de asociaciones podrán aplicarse o un lineamiento básico de cómo estas podrán estructurarse. Por lo tanto, omite un desarrollo normativo completo que determine de manera precisa las modalidades que podrían aplicarse. De tal forma que, esta omisión de la norma configure una potestad de interpretación ampliada, generando contradicciones con el principio de legalidad que rige las actuaciones administrativas. De este modo al simplificar el reconocimiento de una capacidad asociativa con ausencia de una guía clara, limita la uniformidad de criterios y la aplicación de estas formas, lo que aumenta el riesgo de discrecionalidad en su ejecución.

La experiencia en la región latinoamericana como son los casos de Colombia, Chile o México, indican cómo una regulación desarrollada, en base de una normativa consolidada respecto de cada tipo de asociación contribuye a un establecimiento de procedimientos uniformes. En tal caso, la normativa completa mecanismos de control y criterios de evaluación de resultados que garantizan la transparencia y el equilibrio en la implementación de estas figuras. En el caso ecuatoriano perpetúa una ausencia de solidez normativa, dejando a la capacidad asociativa sin un sustento normativo que robustezca su implementación. En consecuencia, se puede afirmar que en el caso de otras naciones los principios de eficacia y transparencia se ven consolidados por la claridad normativa que esclarece la autonomía empresarial y el control estatal.

En dicho contexto, la revisión doctrinaria evidencia el desarrollo de las facultades asociativas así como sus modalidades aplicadas al análisis normativo y comparado dentro de la región. La ausencia evidente de un marco uniforme deja en manos de las entidades la obligación de definir a través de actos normativos, los procedimientos y criterios para la conformación de asociaciones con las Empresas Públicas. Dicha situación presenta interrogantes con respecto a la eficiencia y

legalidad de los instrumentos utilizados en la práctica, pues el grado de control estatal deberá ser mucho más profundo con respecto a este tema.

Las Alianzas Estratégicas al entenderse como una forma de contratación pública prevista por la norma en donde las partes contratantes acuerdan en conjunto la consecución de actividades empresariales específicas, contando con una distribución eficaz de riesgos y beneficios, además de contar con una cooperación efectiva para la ejecución de un proyecto. Al evidenciar que esta definición contiene como tal los requisitos para su constitución, será enteramente necesario contar con estas características como una obligación de cumplimiento por parte de la Empresa Pública para su implementación.

En cuanto al estudio y escrutinio de los contratos aplicados por parte de la Empresa Pública de Movilidad, Tránsito y Transporte de la ciudad de Cuenca, en dichos casos se demuestra un alcance contractual delimitado sobre antecedentes reglamentarios y sobre las bases de los concursos que dieron paso a la adjudicación de los proyectos analizados. En el examen ejecutado sobre el contrato de Alianza Estratégica celebrado entre la EMOV EP y el consorcio TRAFFIC SAFETY AZUAY TSA, permite afirmar las limitaciones normativas anteriormente mencionadas, puesto que las diferencias fundamentales del Reglamento Interno anterior por el cual se rige el contrato, significa un contraste totalmente claro sobre el Reglamento vigente. Desde el punto de vista jurídico, el contrato de Alianza Estratégica EMOV-TSA revela una doble naturaleza de estas asociaciones, ya que por un lado se trata de una relación contractual basada en la cooperación y distribución de riesgos y beneficios; pero por otro lado, mantiene un carácter público que sujeta a esta figura al Derecho Público y a su sujeción al ordenamiento jurídico en todas sus formas. En este sentido, se puede afirmar que no solo resulta imperativo fortalecer el ordenamiento jurídico, sino también es una urgencia el consolidar en la normativa todo aquello que generalmente engloba a esta modalidad asociativa, tanto su procedimiento como sus mecanismos de control y auditoría, para con ello conformar asociaciones validadas en la legalidad de la norma.

En el caso de la celebración del contrato de Alianza Estratégica entre la EMOV EP y la empresa BICICUENCA S.A. se puede determinar que contiene la misma limitación que el contrato anteriormente mencionado. Pues la Alianza EMOV-BICICUENCA se ejecutó con la misma base normativa que contiene

falencias importantes en la regulación de las figuras asociativas dentro de esta Empresa Pública. Aunque en el presente caso de análisis su aplicación práctica evidencia una mayor estructuración técnica, pues se basa en estudios y documentos que justifican la ejecución de un proyecto de este tipo. Sin embargo, igualmente existen vacíos relacionados con los mecanismos de control y la delimitación normativa entre las partes comparecientes. Desde la perspectiva de la naturaleza implícita de las Alianzas Estratégicas, se reafirma que un contrato de esta categoría constituye una manifestación de la gestión pública de cooperación donde el Estado sigue manteniendo su titularidad en la prestación de un servicio o de un sector estratégico, pero compartiendo los riesgos y beneficios con un socio privado. No obstante, al continuarse aplicando un Reglamento con limitaciones sustantivas esenciales, se debilita los principios de transparencia y responsabilidad en la actividad estatal. Ya que en consecuencia las actuaciones de los funcionarios administrativos si se enmarcan en una norma, pero esta contiene una cantidad de vacíos que da la apariencia de legalidad de los actos mas no se trata de un ejercicio efectivo y legítimo de las actividades administrativas.

El estudio del ordenamiento jurídico, la aplicación práctica y el desarrollo del derecho comparado permiten demostrar que dentro del tema de las facultades asociativas de las Empresas Públicas mantienen un procedimiento incompleto e impreciso. La LOEP permite la aplicación de esta figura, pero omite detallar un proceso determinado, límites e instrumentos de control necesarios para su aplicación uniforme. Dicha omisión genera un escenario inconcluso en el ejercicio de las Alianzas Estratégicas y otras asociaciones, pues como en el caso de la EMOV EP, las entidades estatales se ven obligadas a diseñar su propio reglamento, interpretado con un alcance autónomo a su propia capacidad asociativa. Una dispersión normativa de este tipo provoca criterios distintos en la conformación y ejecución de Alianzas Estratégicas, dando apertura a la posibilidad de que exista una discrecionalidad administrativa que afecta a la seguridad jurídica y a la eficiencia de los recursos públicos.

Tanto el análisis de casos como el marco teórico permiten constatar que la falta de uniformidad normativa repercute directamente sobre la práctica en la actualidad. Pues las diferencias en los Reglamentos internos de la EMOV EP son cruciales para comprender que dentro de una misma Empresa Pública hay

inconsistencias en los criterios en cuanto a la contratación pública. Pues ambos casos revelaron que la práctica contractual de este tipo depende más de la voluntad administrativa que de un propio sistema normativo debidamente consolidado. Con ello, puede afirmarse que la naturaleza jurídica de las facultades asociativas en el Ecuador se encuentra en proceso de construcción y consolidación. Aunque se reconozca por la vía constitucional y legal, la existencia de esta figura se mantiene en una zona intermedia entre una gestión pública correcta y la posibilidad de que la discrecionalidad se vuelva evidente en un proceso de asociación. De esta manera, con la identificación de la falta de normativa uniforme como problema jurídico, la probabilidad de que se generen arbitrariedades en su aplicación se vuelve viable en la medida de que el ejercicio de las asociaciones se reduzca a un conjunto de decisiones administrativas basadas en las bases de un concurso público o la expedición de un reglamento “a la medida”.

En conclusión, las facultades asociativas se consolidan como una herramienta jurídica esencial para la modernización del Estado y el fomento de una gestión pública basada en la cooperación. No obstante, la plenitud del cumplimiento del principio de eficiencia administrativa dependerá de la claridad de su regulación. Por lo tanto, en cuanto continúe aplicándose esta ambigüedad normativa, las Alianzas Estratégicas se desenvolverán en un marco de incertidumbre para su legitimidad y la latente distorsión de su naturaleza jurídica.

En virtud de los resultados evidenciados a lo largo de la investigación, se recomienda que el Estado ecuatoriano abra la posibilidad de contar con un desarrollo que contenga mayor amplitud de las facultades asociativas inherentes a las Empresas Públicas. En tal caso, se debe promover a la expedición de un Reglamento General para el ejercicio de las facultades asociativas de las Empresas Públicas en el marco de sus objetivos institucionales. Para ello, el reglamento tiene que contar con un desarrollo uniforme de principios, procedimientos y límites que deberán aplicarse para las diferentes modalidades de asociación entre agentes públicos o privados. Dentro de este también se deberán incorporar etapas definidas para una contratación de este tipo, detallando el proceso de selección de socios, evaluación de conveniencia técnica y económica del proyecto, convalidación de errores y mecanismos de control. Esto lograría aportar una mayor integración al

ordenamiento jurídico ecuatoriano, como un instrumento complementario a la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

Con la adopción de un reglamento que tenga alcance nacional, permitiría superar la dispersión normativa hallada y que se deriva directamente de la facultad de expedir actos normativos de este tipo por las Empresas Públicas. Se garantizaría una mayor coherencia institucional y el cumplimiento de los principios que se mencionan en la Ley Orgánica de Empresas Públicas en la aplicación no solo de Alianzas Estratégicas, sino en cualquier tipo de asociación. Con esta recomendación se busca encontrar resultados que operativicen las facultades asociativas, la preservación de la flexibilidad de gestión y asegurar el cumplimiento del principio de legalidad con cabalidad.

Además de la expedición de un Reglamento General es imperativo complementar esta propuesta con un fortalecimiento institucional a las Empresas Públicas en sus unidades jurídicas, financieras y de planificación. Todo ello, con el fin de crear protocolos internos estandarizados que contribuyan a la correcta aplicación de los principios constitucionales y legales que prevé el ordenamiento ecuatoriano. Esto permitiría incluso que se desarrollen criterios uniformes de actuación administrativa que reduzcan el margen de interpretación discrecional.

REFERENCIAS

- Alborta, G. R., Stevenson, C., & Triana, S. (2011). *Asociaciones público- privadas para la prestación de servicios Una visión hacia el futuro* .
- Baldeón, I. (2023). *Las Delegaciones Contractuales y las Alianzas Estratégicas son también parte de la Contratación Pública*.
- Código de Comercio, Registro Oficial Suplemento 497 de 29-may.-2019 (2019).
- Código Orgánico Administrativo, Segundo Suplemento – Registro Oficial N° 31 (2017).
- Corte Constitucional del Ecuador. (2012). *Sentencia No. 001-12-SIC-CC* (pp. 2-8).
https://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/eyJjYXJwZXRhIjoicm8iLCJ1dWlkIjoiNmQzOWEYyZlItOWE3NS00NjE0LWE5OTYtOTIyYjIjYjVjY2I1LnBkZiJ9
- Dávila Toro, L. A., Heredia Logroño, P. A., Lara Núñez, T. de L., & Looor Gómez, J. A. (2024). Las empresas públicas en Ecuador: historia y evolución. *LATAM Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales y Humanidades*, 5(2).
<https://doi.org/10.56712/latam.v5i2.1948>
- Enriquez, P. (2025). *Alianzas estratégicas, herramientas que impulsan el éxito empresarial*.
- Eras, M. (2020). *Alcances y límites de la capacidad asociativa de las empresas públicas* [Posgrado, Universidad Andina Simón Bolívar].
<https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/7310/1/T3184-MDACP-Eras-Alcances.pdf>
- Eras Moreira, M. A. (2020). *Alcances y límites de la capacidad asociativa de las empresas públicas en el marco jurídico ecuatoriano*.
- Friend, R., & Torres, R. (2017). El consorcio o asociación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. *Yachana Revista Científica*, 34-37.
- García Hernández, J. (2017). ASPECTOS RELEVANTES DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 55(244).
<https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2005.244.61568>

- González, F. (2017). *Las empresas públicas en el Ecuador: su situación jurídica y su régimen laboral* (Universidad de Cuenca, Ed.; Primera edición). Universidad de Cuenca. <http://dspace.ucuenca.edu.ec/handle/123456789/27275>
- Gordillo, A. (2015). *Marchas y contramarchas en economía y derecho administrativo: Vol. II* (1a Edición). Fundación de Derecho Administrativo.
- Guajardo Soto, G. (2020). Empresas públicas en América Latina: historia, conceptos, casos y perspectivas. *Revista de Gestión Pública*, 2(1), 5. <https://doi.org/10.22370/rgp.2013.2.1.2323>
- Haro, M. F., & Villacres, M. P. (2021). Los principios del Derecho Administrativo: su positivización. *Sociedad & Tecnología*, 62-65.
- Herreros, J. T., & Schönhaut, G. (2016). *ORIGEN, CONCEPTO Y EVOLUCIÓN DE LA EMPRESA PÚBLICA Y SU DESARROLLO EN CHILE HASTA 1973* [Universidad de Chile]. <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/143988>
- Iglesias, J. (2010). *Derecho Romano: Historia e Instituciones* (Sello Editorial, Ed.; 18a Edición). Sello Editorial.
- Ley de Compañías (1999). <https://www.lexis.com.ec/biblioteca/ley-companias>
- Ley Orgánica de Empresas Públicas (2009).
- Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas y la Inversión Extranjera (2015).
- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008). <https://www.lexis.com.ec/biblioteca/ley-organica-sistema-nacional-contratacion-publica>
- Maruyama, A., & Bloomgarden, D. R. (2008, septiembre 30). *MIF Retrospectives: Infrastructure and Public-Private Partnerships in Latin America and the Caribbean*. <https://doi.org/10.18235/0008620>
- Morales, F. (1990). La Empresa Pública en América Latina, Origen, desarrollo y crisis: El caso de Chile. *Revista de Administración Pública*, 119-130. <https://share.google/1Ru2zqp5SjtiI3nzm>

- Moyano, J. M. (2021). *Cumplimiento de los fines de las empresas públicas a través de las alianzas público-privadas* [Universidad Andina Simón Bolívar]. <http://hdl.handle.net/10644/8170>
- Ortiz, D. (2023). *Falta de regulación de las alianzas estratégicas entre la empresa pública y privada en materia de tránsito* [Universidad Católica de Santiago de Guayaquil]. <http://repositorio.ucsg.edu.ec/handle/3317/21966>
- Procuraduría General del Estado. (2020). *Reflexiones de Contratación Pública: Alianzas Estratégicas*. Procuraduría General del Estado. http://www.pge.gob.ec/images/2020/infografias/boletin_reflexiones_web_ver06_01.pdf
- Public-Private Partnership Resource Center. (s. f.). *¿Qué son las asociaciones público-privadas?* Recuperado 8 de septiembre de 2025, de <https://ppp.worldbank.org/es/que-son-las-asociaciones-publico-privadas>
- Reyna, G., & Lizagárra, F. (2023). Concesiones vs alianzas público privadas para el desarrollo sostenible de los municipios en Sonora. *Nuevas territorialidades. Gestión de los territorios con inclusión, innovación social y sostenibilidad, I*, 35-49.
- Roberto Dromi. (2001). *Derecho Administrativo* (Ciudad de Argentina, Ed.; Novena). Gaceta Jurídica.
- Rojas, M., Rincón, C., & Mesa, S. (2014). Alianzas estratégicas: alternativas generadoras de valor. *Revista Universidad & Empresa*, 292. <https://www.redalyc.org/pdf/1872/187241606011.pdf>
- Romero, W. (2023, diciembre). Los principios de eficacia y eficiencia en el Derecho Administrativo ecuatoriano. *Mundo Administrativo*, 92-99. <https://doi.org/10.55204/pmea.58.c141>
- Sandoval, S. (2015). *Problemática jurídica contemporánea de la capacidad asociativa de la empresa pública en el Ecuador* [Universidad Andina Simón Bolívar]. <http://hdl.handle.net/10644/4748>
- Sen, A. (2000). El desarrollo como libertad. *Gaceta Ecológica*, 15. <https://www.redalyc.org/pdf/539/53905501.pdf>
- Superintendencia de Compañías, V. y S. (2025). *Listado de compañías de economía mixta*.

https://mercadodevalores.supercias.gob.ec/reportes/companiasEconomiaMixta.jsf?utm_source=chatgpt.com

Vasallo, J. Manuel., & Izquierdo, Rafael. (2010). *Infraestructura pública y participación privada : conceptos y experiencias en América y España*. Corporación Andina de Fomento.

<https://scioteca.caf.com/bitstream/handle/123456789/421/1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>