

62

Fecha de presentación: febrero, 2022

Fecha de aceptación: mayo, 2022

Fecha de publicación: julio, 2022

VULNERABILIDADES

EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EMPRESAS DEL SECTOR PÚBLICAS EN ECUADOR

VULNERABILITIES IN PUBLIC PROCUREMENT IN PUBLIC COMPANIES IN ECUADOR

José Fabián Molina Mora¹

E-mail: docentetp43@uniandes.edu.ec

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-2653-2721>

Julio César de Jesús Arrias Añez¹

E-mail: uq.julioarrias@uniandes.edu.ec

ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-5259-9359>

¹ Universidad Regional Autónoma de Los Andes. Ecuador.

Cita sugerida (APA, séptima edición)

Molina Mora, J. F., & Arrias Añez, J. C., (2022). Vulnerabilidades en la contratación pública en empresas del sector públicas en Ecuador. *Revista Universidad y Sociedad*, 14(4), 598-608.

RESUMEN

La Contratación Pública es un procedimiento implementado en los Estados democráticos para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, sean estos profesionales, técnicos, operativos e incluso aquellos relacionados en consultoría, aplicable para todas las entidades pertenecientes a la administración pública, es decir, ninguna institución u organismo del sector público está libre del procedimiento de la contratación pública; sin embargo, en las empresas públicas, aquel procedimiento regulado en la ley, no se aplica. El objetivo de la investigación es realizar un estudio de la corrupción de la contratación pública por los procedimientos empleados en las empresas públicas, que son de forma directa y hasta permisible el diseño de contratación por las máximas autoridades de aquellas empresas. La investigación será cualitativa, con alcance descriptivo y explicativo, acompañándose del método hermenéutico jurídico, para indicar como opera la corrupción y cuáles son las causas que permiten esa conducta dentro de la contratación pública en las empresas públicas. En cuanto la población de estudio, se tomó las contrataciones efectuadas por las Empresas Públicas del GAD Municipal de Quevedo en tiempos de confinamiento como objeto de estudio. Se obtuvo como resultado que la contratación pública practicada dentro de las empresas públicas, siguen un diseño emitido por las máximas autoridades y aquellos con quienes practiquen un convenio o alianza estratégica, por lo tanto, la corrupción en la contratación pública no solo es en los sobrepuestos que siempre se ha cuestionado, sino en su direccionamiento y la flexibilidad de la contratación con las empresas públicas.

Palabras clave: Contratación pública; administración pública; empresas públicas; giro específico de negocio; contratos

ABSTRACT

Public Procurement is a procedure implemented in democratic States for the acquisition or lease of goods, execution of works and provision of services, whether professional, technical, operational and even those related to consulting, applicable to all entities belonging to the public administration, that is, no institution or agency of the public sector is free from the procedure of public procurement; however, in public companies, that procedure regulated by law, is not applied. The objective of the research is to carry out a study of corruption in public procurement through the procedures used in public companies, which are directly and even permissibly designed by the highest authorities of those companies. The research will be qualitative, with descriptive and explanatory scope, accompanied by the legal hermeneutic method, to indicate how corruption operates and what are the causes that allow such conduct within public procurement in public companies. As for the population of study, the contracting carried out by the Public Companies of the Municipal Government of Quevedo in times of confinement was taken as the object of study. It was obtained as a result that public procurement practiced within public companies, follow a design issued by the highest authorities and those with whom they practice an agreement or strategic alliance, therefore, corruption in public procurement is not only in the overpricing that has always been questioned, but in its direction and flexibility in contracting with public companies.

Keywords: Public procurement; public administration; public companies; specific line of business; contracts

INTRODUCCIÓN

La contratación pública se refiere a todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras o prestación de servicios incluidos los de consultoría. La contratación pública tiene lugar cuando las entidades públicas contratan con personas naturales o jurídicas del sector público o privado, para la construcción de proyectos sociales. Es toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas, de las cuales, una se encuentra en ejercicio de la función administrativa, cuyo objeto puede estar constituido por la realización de una obra o la prestación de un servicio público, que tenga por finalidad el fomento de los intereses y la satisfacción de las necesidades generales. Según la Organización Mundial de Comercio, la contratación pública representa entre el 10 y 15% del Producto Interno Bruto de un país, sin incluir los bienes relativos al área de defensa. Los contratos estatales constituyen un elemento de vital importancia para el desarrollo económico y social de los países, siempre que no lleven implícitos actos de corrupción

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se expidió en el Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto de 2008, (Ecuador. Asamblea nacional Constituyente, 2008) en cuyo "Considerando" se resume el espíritu de la Ley en pro de dinamizar la Contratación Pública, mediante la innovación tecnológica que fomente la agilidad, eficiencia y transparencia de los procesos de contratación; incentivo a la producción nacional; planificación y correcto uso de recursos públicos. El ente rector de esta actividad es el Servicio Nacional de Contratación Pública de Ecuador, en lo adelante SERCOP, y está encargado por Ley de liderar y regular la gestión transparente y efectiva de la contratación pública, optimizar los recursos de Estado y dinamizar el desarrollo económico y social del país. Desde 2008 ha logrado incrementar la eficiencia de su servicio mediante la implementación de sus procesos sobre una plataforma electrónica, logrando un servicio competitivo y de reconocida calidad. Este sistema de compras públicas fue reconocido como el más moderno de Latinoamérica luego de una revisión hecha por el banco Mundial a 180 naciones y según datos oficiales la contratación pública en el país es 100% electrónica, registra un promedio de 350 mil procesos al año, incluyendo adquisiciones por catálogo electrónico

Mediante el Decreto Ejecutivo No. 1248 publicado en el Registro Oficial No. 399 de fecha 8 de agosto de 2008, se expidió el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Este Reglamento fue derogado expresamente mediante Decreto Ejecutivo No. 1700 de 30 de abril de 2009,

publicado en el Registro Oficial No. 588 de fecha 12 de mayo de 2009, expidiéndose un nuevo Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Con fecha 20 de octubre de 2009, se reformó la Sección II del Reglamento General de la LONSNC, correspondiente al procedimiento de la Subasta Inversa Electrónica, el cual es de gran importancia puesto que derogó como causal de declaratoria de desierto de los procesos dinámicos de subasta inversa electrónica, al presentarse una sola oferta técnica o que una sola oferta técnica haya resultado habilitada. Crea la figura de la negociación en la cual la entidad contratante y el proveedor habilitado negocian la oferta presentada teniendo como base el 5% del presupuesto referencial: Artículo 47 "...En todo caso el oferente deberá rebajar su oferta económica en al menos el cinco por ciento (5%) del presupuesto referencial de la subasta inversa convocada.". Posteriormente se han emitido varios Decretos Ejecutivos que han ido reformando el Reglamento General de la Ley Orgánica de Contratación Pública. (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008)

Como puede apreciarse, la contratación pública en el Ecuador ha sido objeto de una serie de cuestionamientos que han conllevado a la multiplicidad de reformas en la ley que rige la materia. Esto se ha aplicado como un mecanismo de solución al problema, siendo uno de los principales cuestionamientos "la flexibilidad" de los procedimientos de la contratación y por otra parte las diversas contradicciones emitidas por el ente rector de la Contratación Pública, esgrimidas a través de resoluciones administrativas donde establecen continuas modificaciones a los procedimientos de contratación. Para la administración pública rectora, no es suficiente el procedimiento señalado en la Ley Orgánica de Contratación Pública y su Reglamento General, por lo que dispone actuaciones mediante actos normativos con fuerza de ley. El resultado de este tipo de actuaciones provoca incertidumbre en los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, al igual que en los proveedores que de buena fe anhelan obtener una adjudicación contractual con la Administración Pública.

Anualmente sufre múltiples codificaciones la Resolución 72 del Servicio Nacional de Contratación Pública, cuyos cambios continuos e imprevistos respecto a los lineamientos de la contratación, originan omisiones y errores. En ese sentido, cabe plantear la necesidad de una valoración crítica acerca de la efectividad de Ley Orgánica de Contratación Pública y su Reglamento General, debiendo tenerse en cuenta además que la contratación pública obedece a las necesidades sociales, practicadas por quienes tienen la competencia de atender un servicio

público u obras públicas. En este contexto, el rol de servidor público puede propiciar el aprovechamiento ilícito y ventajoso resultante de la manipulación de procesos de contratación pública, aprovechándose de la flexibilidad de su procedimiento (Viteri et al, 2021; Ramírez et al, 2016; Estupiñán, et al., 2021a).

Para (Miranzo-Díaz, 2019) la magnitud del problema de la corrupción en la contratación pública, se debe a la flexibilidad que ofrecen los contratos públicos y las concesiones que procuran a las Administraciones Públicas una mayor capacidad de responder a las necesidades concretas de los ciudadanos en cada momento, sin necesidad de acometer grandes cambios estructurales en su organización y cuerpos profesionales, hacen de la contratación pública un elemento clave de la gestión pública actual. A través de la misma, el sector privado pone sus medios al servicio de la Administración pública y los ciudadanos. Los recursos, la capacidad para la innovación, la oportunidad para maximizar beneficios y responder ante los cada vez más frecuentes avances tecnológicos del sector privado, hacen especialmente atractiva la contratación pública como método de prestación de servicios en la Administración Pública actual.

Siempre se ha pensado que las empresas públicas únicamente brindan u ofrecen servicios públicos, tanto así, que se ha imaginado que su creación tiene como simple objeto de cumplir con compromisos políticos, restringiéndose su verdadero campo de acción y ámbito de gestión. Si bien es cierto que la mayoría de las empresas públicas brindan servicios públicos, se establece por ley que deben ser auto sustentables, de ahí nace la necesidad de crear un giro de negocio, que le permita subsistir y mantenerse, lo cual a su vez despierta el interés de las personas cuando de negocios libres se trata para invertir u obtener créditos, beneficios propios o personales.

En este contexto la presente investigación identifica como problema la flexibilidad de los procedimientos de la contratación originadas por las múltiples modificaciones que se efectúan periódicamente. El objetivo planteado es realizar una valoración crítica de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General desde el punto de vista de la vulnerabilidad existente ante hechos de corrupción. Esta investigación se realiza como parte de los estudios de especialización de estudiantes de la carrera de Derecho en la rama de derecho administrativo, con el fin de familiarizarse con el funcionamiento, servicios y solución de problemas de la administración pública en Empresas Públicas del GAD Municipal de Quevedo. (Ecuador. Presidencia de la República, 2009)

MATERIALES Y MÉTODOS

La investigación es cualitativa, profundizándose su estudio en la conducta universal de la corrupción en el sector público, cuya fuente es en la contratación pública, tomando como referencia los tipos de procedimientos de contratación en las empresas públicas, por la flexibilidad y oportunidad de los procedimientos y sus formas de elegir la contratación entre los partícipes que son: la administración pública como entidad contratante y los particulares como proveedores, esto, en razón de que se procura un análisis de la problemática, con un alcance explicativo (Leyva et al, 2021a; Leyva et al, 2021b).

Se utilizan además los métodos generales de la investigación como el descriptivo y explicativo, acompañándose del método hermenéutico jurídico, en una profunda interpretación del objeto de estudio. El método descriptivo permite orientar la realidad del objeto de estudio, es decir, cómo opera la corrupción de la contratación pública en las empresas públicas; mientras que el método explicativo se orienta a indicar cuales son las causas que permiten esa conducta de la corrupción de la contratación pública en las empresas públicas, con el fin de así abordar el objeto de estudio (Estupiñán et al, 2021; Smarandache et al, 2020).

Para alcanzar el objetivo de la investigación, se estudiaron diversas publicaciones de los casos de corrupción a través de la contratación pública en los últimos 3 años. Se estudiaron los tipos de procedimientos de contratación utilizados por las empresas públicas, como base para la elaboración del análisis, con lo cual se pretende brindar información acerca de la corrupción en la contratación pública, la cual hasta el momento únicamente ha sido enfocada en los sobrepagos y no la modalidad de la contratación en las diversas entidades contratantes del sector público.

Mapas conceptuales: Los mapas conceptuales son representaciones esquemáticas del conocimiento acerca de un tema específico. En este esquema todo el conocimiento está organizado y representado en niveles de abstracción situando los conceptos más generales e inclusivos en la parte superior del mapa y los menos inclusivos en la parte inferior del mismo. Varios autores han definido las principales características de los mapas conceptuales, de los elementos que contienen y los principios para su elaboración. A continuación se muestran los definidos por (Jorna & Véliz, 2019) como:

- Los conceptos: Pueden considerarse como aquellas palabras con las que se designa cierta imagen de un objeto o de un acontecimiento en nuestra mente.

- Las palabras de enlace: Son las palabras o frases que sirven para unir los conceptos y expresar el tipo de relación existente entre ellos. Por ejemplo, para, se conoce como, posee, expresa, está formado por, es. Las palabras de enlace se escriben en la línea que une a dos nodos.
- Las proposiciones: Constituyen dos o más conceptos unidos por palabras de enlace para formar la unidad semántica más simple que tiene valor real.

Los mapas conceptuales poseen características básicas tales como:

- Jerarquización: los conceptos más generales e inclusivos deben ubicarse en la parte superior del mapa y los conceptos más específicos en la parte inferior.
- Selección: Son una síntesis o resumen que contienen lo más significativo de un tema. Se pueden elaborar submapas: que amplíen diferentes partes o subtemas del tema principal.
- Impacto visual: Un buen mapa conceptual es conciso y muestra las relaciones entre las ideas principales de un modo simple y vistoso, sobre la base de la notable capacidad humana para la representación visual.

Los principios para la elaboración de los mapas conceptuales son:

- Para el diseño de los mapas deben tenerse en cuenta el problema de la investigación y su estado del arte, la definición de los conceptos, los procesos cualitativos y cuantitativos, estrategia del análisis, el discurso científico y la bibliografía que los respalda.
- Definir qué es un concepto y qué es una proposición.
- Representar la relación de los conceptos, sobre la base de un modelo de lo general a lo específico, en el que las ideas más generales o inclusivas, ocupen el ápice o parte superior de la estructura y las más específicas la parte inferior.
- Relacionar los conceptos en forma coherente, a partir de un ordenamiento lógico mediante palabras de enlace. Estas permiten, junto con los conceptos, construir frases u oraciones con significado lógico y proposicional.
- Lograr la mayor interrelación posible, donde se logre un aprendizaje que permita reconocer y reconciliar los nuevos conceptos con los aprendidos y poder combinarlos.

Se utilizó el software CmapTools para la elaboración del mapa conceptual, la cual se puede encontrar en: <https://cmaptools.softonic.com/>

En cuanto a la población de estudio, se conforma por Empresas Públicas del GAD Municipal de Quevedo y la muestra se constituye por las contrataciones efectuadas

en tiempos de confinamiento originado por la pandemia de Covid-19.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

La contratación pública en todos los Estados democráticos es necesaria, por ende, se diseñan normativas para regular su funcionamiento y por supuesto, lo más primordial es el control del uso de los recursos públicos destinadas en aquellas contrataciones públicas. Sin embargo, esa necesidad se ha convertido como fuente de oportunidades para las personas, lo cual no estaría mal, no obstante, se hace todo lo contrario cuando dicha oportunidad es utilizada con dolo, más aún cuando las autoridades de turno a través de prácticas corruptas diseñan un ordenamiento jurídico para que lo provea.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece el sistema nacional para la actividad de contratación pública, y determina los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios. Garantiza la publicidad de la información, la cual será de carácter público y estará disponible en el Portal compras públicas. Si bien la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General, establece los lineamientos de contratación, debería aplicarse de forma general y no excluyente, dado el hecho de que la misma ley excluye las reglas cuando se refiere a empresas públicas, donde ya no interviene el poder legislativo con la responsabilidad de la creación de los mecanismos normativos, sino que garantiza la participación de los funcionarios que se encuentran en el ejercicio de un cargo público, lo que propicia la práctica de actividades corruptas por direccionamiento de la contratación y la inobservancia a los principios de contratación pública. (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008a)

Para el ejercicio de las buenas prácticas de la contratación pública establecidas en el ordenamiento jurídico, se creó en el Ecuador el ente rector denominado Sistema Nacional de Contratación Pública, y paralelamente a dicho ente rector, se encuentra otro organismo de control que directamente también ejerce una supervisión a estos procedimientos, nos referimos a la Contraloría General del Estado. De tal manera que la contratación pública está supeditada a un estricto control, pero que no puede ser empleado cuando se trata de las Empresas Públicas, siempre y cuando esta tenga establecido un régimen de contratación pública especial, el cual se forma ya sea por la determinación del giro específico del negocio, o la suscripción de contratos y convenios de asociación, consorcios, alianzas estratégicas entre otros.

Los regímenes de contratación se distinguen como régimen común y régimen especial, y sus características específicas se ilustran en la figura 1.

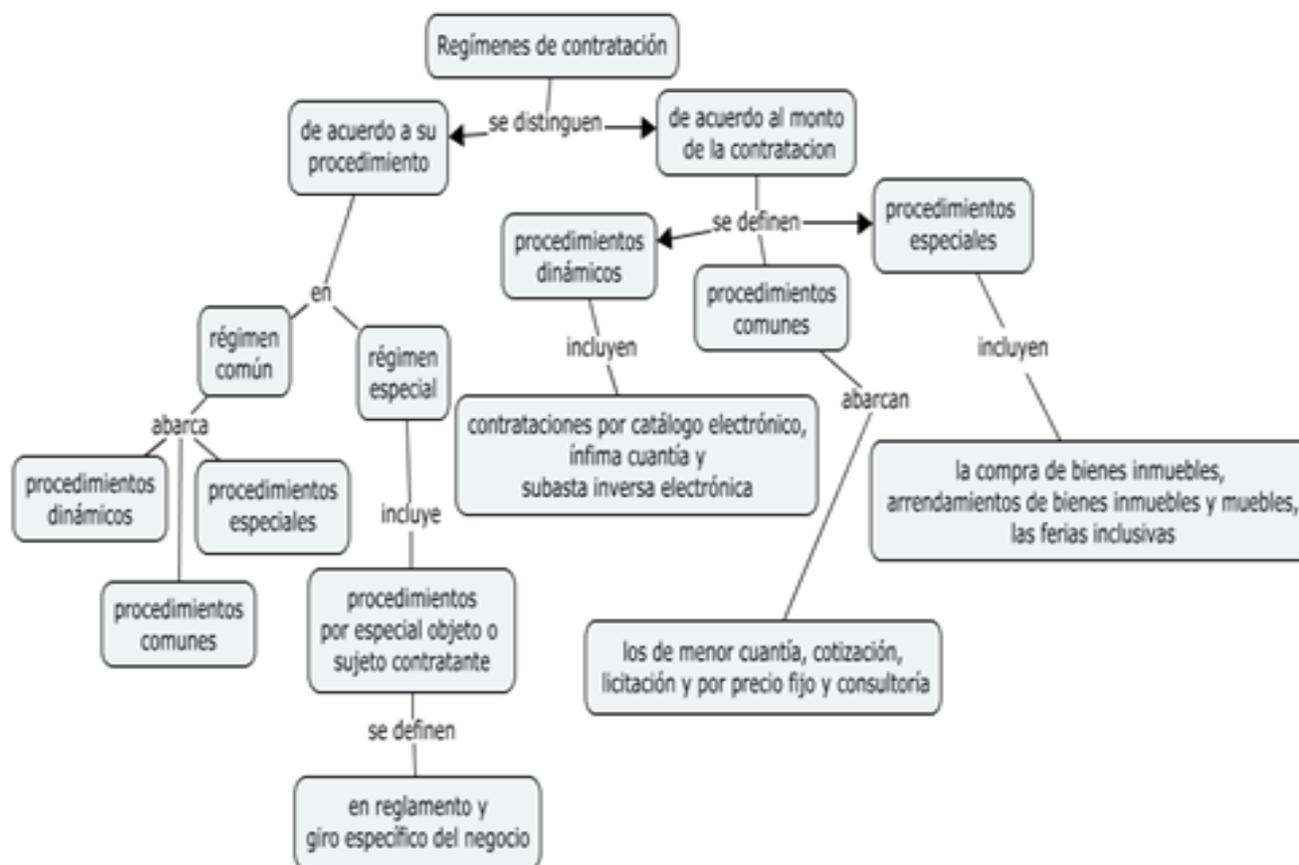


Figura 1. Regímenes de contratación. Elaboración propia.

(Dromi, 2015) en su obra Derecho Administrativo, afirma que las empresas del Estado quedan sometidas al derecho privado en todo lo que se refiere a sus actividades específicas, tales como las comerciales e industriales, en dependencia de la actividad para la cual hayan sido constituidas y al derecho público en todo lo que atañe a sus relaciones con la Administración o al servicio público que estuviere a su cargo. Reconoce la duplicidad de régimen fundada en la distinción entre actividades específicas y actividades de servicio público de la empresa que se someterán por el derecho privado y el derecho público, respectivamente. Ratificando que el asunto y la calificación jurídica de sus manifestaciones genera discusión, agrega que en caso de duda acerca de si sus actos y contratos son administrativos o civiles y comerciales, expresa que se deberá tomar en cuenta la verdadera naturaleza intrínseca de ella y la clase de actividad que concretamente despliegue. Para concluir sin embargo que en lo atinente a la regulación de su actividad comercial e industrial y a las relaciones con terceros, caen en la órbita del derecho privado (Leyva et al, 2021b).

Por su parte (Marienhoff, 1965), en su obra Tratado de Derecho Administrativo, al cuestionarse sobre el régimen jurídico a aplicarse en las empresas del Estado, el privado o público aclara que hay que conocer cuál es la actividad de la empresa. Considerando que la rama del Derecho a aplicarse se relaciona con dicha actividad. Indica que en Argentina, la ley No. 14380, Artículo 1, se ocupa de esta cuestión. Si la empresa del Estado desarrolla actividades comerciales e industriales, queda sometida al derecho privado; pero, si la actividad de la misma consiste en la prestación de servicios públicos, queda sometida al derecho público. Sin embargo, acepta que esta afirmación no es absoluta, pues en ninguno de esos supuestos la vigencia del derecho privado es total y exclusiva, como tampoco lo es la del derecho público. Lo único que ocurre es que en un caso la aplicación del derecho privado es prevaleciente y en otro caso la ventaja le corresponde al derecho público. La vigencia esencial del derecho privado no obsta a que también

el derecho público tenga simultánea injerencia en ciertos aspectos; del mismo modo, la vigencia básica del derecho público no impide la aplicación del derecho privado, en ciertos órdenes de relaciones.

De lo establecido por otros autores, comparando con la legislación ecuatoriana, se observa que la Disposición General Primera de la Ley Orgánica de Empresas Públicas define la naturaleza de los actos, hechos y contratos de las empresas públicas como los actos, hechos y contratos que expidan, ejecuten o celebren las empresas públicas para la construcción de obra pública e infraestructura exclusivamente, y son de naturaleza administrativa. Si la ley que regula y controla el campo de acción y el ámbito de gestión de las empresas públicas es la Ley Orgánica de Empresas Públicas, y ésta le confiere parcialmente una declaratoria de derecho privado a la cual debe regirse por su condición especial de funcionalidad, entonces significa que se establecen condiciones propias del régimen de contratación pública.

Los principios que rigen la contratación pública en Ecuador se muestran en la figura 2.

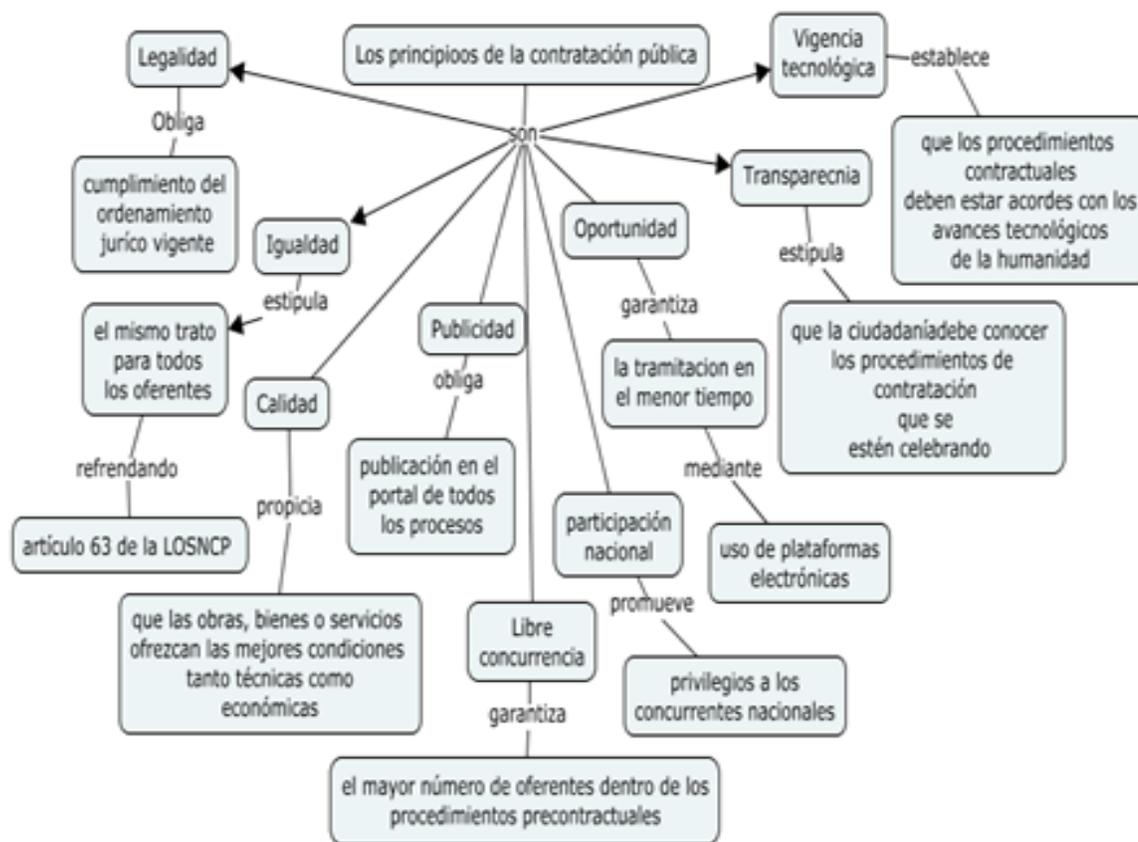


Figura 2. Principios que rigen la contratación pública en Ecuador. Elaboración propia.

(Quintana, 2015), concluye que la redacción de la Disposición General Primera de la LOEP procura seguir una línea doctrinal de general aceptación en el campo administrativo. Que su texto debe ser mejorado para evitar ambigüedades o una deficiente aplicación que se traduciría en afectaciones a la seguridad jurídica y/o violaciones al derecho a la tutela judicial efectiva de los administrados.

Sugiere (Quintana, 2015), que la aclaración debe ser orientada a que la facultad de las Empresas Públicas para suscribir contratos de derecho privado sea cuando sus contrataciones estén sujetas a las disposiciones de las leyes específicas que rigen sus actividades o por las prácticas comerciales o modelos de gestión de aplicación internacional o por la venta de bienes y servicios de acuerdo a su giro específico del negocio. Determinándose como consecuencia de esta calificación jurídica, un régimen distinto al contencioso administrativo.

El autor ecuatoriano (Pérez, 2009) en su obra *Derecho Administrativo*, sostiene que el régimen jurídico de la Empresa Pública consiste en la suma de normas legales que le aplican, en otras palabras, señala que: El sometimiento del derecho Público o del derecho privado y en ocasiones, la aplicación simultánea de éstos, determina la estructura y funcionamiento de la Empresa Pública, que se refleja en su régimen personal, presupuestario, contractual y tributario de la empresa estatal. El autor, acepta la ambigüedad de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, cuando sostiene que el régimen jurídico de la Empresa Pública es de derecho público, más la LOEP, de manera ambigua, parece limitar la vigencia del Derecho Administrativo “exclusivamente” a sus actos, hechos y contratos para “la construcción de obra pública e infraestructura” confusión que se reitera en la constitución de la Empresa Pública Estratégica Hidropastaza EP, de generación eléctrica, que atribuye a esta empresa la potestad de celebrar “contratos civiles” y “mercantiles”. Indica que resulta confuso el alcance de estas declaratorias, que podrían interpretarse como calificando “civiles” a todos sus demás “actos, hechos y contratos” y por lo tanto sujetos a la jurisdicción civil, -agrega- que esta interpretación contradice el contexto general del régimen jurídico de la Empresa Pública atribuido por la LOEP. En primer lugar, no se compadece con su calidad de persona jurídica de Derecho Público, su régimen contractual, de personal y la atribución de la jurisdicción coactiva “para la recaudación de los valores adeudados por sus clientes, usuarios o consumidores”. (Ecuador. Presidencia de la República, 2009a)

(González, 2017) aportó con una muy considerada observación que es de elemento trascendental para este proyecto, al indicar que las Empresas Públicas acorde al Art. 4 de la LOEP y 225 de la Constitución, pertenecen al Estado, son de derecho público, cuentan con patrimonio propio, dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión. Entonces, por una parte, el Artículo 4 que identifica sus características, y el Artículo 5 que regula su creación, lleva a interpretar el sometimiento al derecho público. Esta tendencia se pone en duda cuando la Disposición General Primera, en cambio, remite dicho régimen exclusivamente a la obra pública. En consecuencia la LOEP otorga un régimen mixto, de sometimiento al derecho público y al privado. Incluso, y sobre la posibilidad de someter a un régimen privado, el Artículo 4 antes mencionado, establece a las “empresas subsidiarias” que son sociedades mercantiles de economía mixta creadas por la Empresa Pública. Sociedades sometidas, en general, al régimen privado. Bajo esta modalidad, el régimen es privado, cuando manifiesta: Las sociedades de Economía Mixta tienen carácter Privado

por las siguientes razones: No se encuentran encuadradas en la Administración Pública y además revisten la forma de “sociedad”. (Ecuador. Presidencia de la República, 2009a)

Agrega que, según la ley argentina las prescripciones aplicables a las sociedades anónimas, con ciertas excepciones, son también aplicables a las sociedades de economía mixta, lo cual pone en evidencia su forma específica de sociedad mercantil. Las sociedades comerciales constituyen personas jurídicas privadas según el Código Civil y el carácter mercantil de una sociedad se deriva de haber acudido a la forma societaria, en alguno de los tipos previstos por la legislación (González, 2017).

Según (Marienhoff, 1965), al definir la Empresa Pública, señala: Por “empresa del Estado” debe entenderse toda persona jurídica, pública o privada, creada por el Estado, que realiza habitualmente actividades comerciales o industriales o que tiene a su cargo la prestación de servicios públicos de esa índole.

Por su parte (Dromi, 2015), anota: Concepto y elementos. Denominamos “empresa pública” a toda empresa en sentido económico (organización de medios materiales y personales para realizar determinada explotación económica), que se encuentra en el sector público (no sólo estatal) de la economía. Los elementos constitutivos del concepto son: Elemento subjetivo público, que señala la participación de la Administración del Estado u otra persona administrativa pública estatal. Las empresas públicas podrán ser, por tanto, de propiedad pública o de propiedad privada, pero en razón de su naturaleza y actividad serán objeto de un tratamiento Normativo especial, lo cual señala siempre la participación directa o indirecta del Estado. En cuanto al Elemento objetivo, que es la Empresa, que se refiere a la actividad económica desarrollada (Estupiñán et al, 2021a).

Para (Mata, 2008) al procurar conceptualizar, acepta la dificultad de hacerlo, sin embargo, indica: el concepto de empresa pública carece de significado jurídico preciso, y a través de él solo puede expresarse que el Estado ha adoptado una política de intervención en el mercado, mediante distintas formas de organización que se asemejan a la empresa privada, pero ofrecen diferentes perfiles jurídicos, en función del grado de intervención en la economía que el estado se propone. (...) Del mismo modo resulta redundante sostener que a través de su quehacer empresarial, el Estado se propone la satisfacción de fines públicos, por cuanto no es concebible una actividad estatal sin que persigan tales fines.

De todas las definiciones expuestas por varios autores en cuanto a las empresas públicas, se determina que, en

efecto, solo en Ecuador existen un limitante y/o diferencia entre las acciones y gestiones de una empresa pública frente a una empresa privada, lo que conlleva a que no sean plenamente funcionales dentro del campo empresarial, pero sí efectuar actividades de contratación pública alejada a los procedimientos ordinarios y extraordinarios.

De lo expuesto, se determina entonces que la parte sustantiva del modelo de uso obligatorio del Reglamento de Giro Específico de Negocio para las Empresas Públicas se encuentra en su artículo 1 y el mismo que se contrapone a la parte adjetiva sobre las formas de contrataciones previstas en el artículo 34 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, sin pretermitir la condición de Derecho Privado que le otorga indirectamente la Disposición General Primera de la norma.

En cuanto al campo de acción y ámbito de gestión de las empresas públicas se encuentra en el artículo 315 de la Constitución de la República del Ecuador en concordancia con el artículo 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, lo que establece que las mentadas empresas no brindan u ofrecen servicios públicos exclusivamente, sino que también generan actividades económicas con criterios empresariales. (Ecuador. Presidencia de la República, 2009a)

El modelo de uso obligatorio del Reglamento de Giro Específico de Negocio de las empresas públicas fue previsto en el Capítulo III, del Título VIII de la Codificación a la Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072 (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008), y tiene las características que se muestran en la figura 3.



Figura 3. Características principales Reglamento de Giro Específico de Negocio de las empresas públicas de Ecuador. Elaboración propia.

Finalmente, frente la imposición del modelo de uso obligatorio del Reglamento de Giro Específico de Negocio y las modalidades de diseño de contratación mediante

convenios, alianzas estratégicas, asociación, consorcio y otros para las empresas públicas, permite el ejercicio propio de la gestión empresarial, con lo cual esta última aprovecha para direccionar la contratación pública con determinado proveedor, e inclusive, eludir los principios que rigen la contratación pública.

En tal virtud, resulta que para normar las contrataciones a que se refiere la resolución antes descrita, deben estar determinada en el Clasificador Central de Productos, y estos deben ser aprobados por el Director Ejecutivo del Servicio Nacional de Contratación Pública, por lo tanto, posterior a su aprobación sencillamente se practicará la contratación ya establecida en el Reglamento del Giro Específico del Negocio, toda vez que, al igual que una empresa privada su forma de organización y gestión se encuentra establecida en sus estatutos, asimismo, la empresa pública establece su forma de gestión acorde a las reglas del derecho privado.

La Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 315 establece que el Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas. Las empresas públicas estarán bajo la regulación y el control específico de los organismos pertinentes, de acuerdo con la ley; funcionarán como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008)

Desde el texto constitucional, se observan cuatro fines para la creación de una empresa pública, siendo la más destacada para el desarrollo de otras actividades económicas, sin permitir la prestación de los servicios públicos. Por su parte, la Ley Orgánica de Empresas Públicas, en su artículo 4 define a las empresas públicas, como 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.

La razón de lo expuesto tiene su origen en el Sistema de Contratación de las Empresas Públicas, previsto en el artículo 34 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que en su número 3, señala:

Régimen especial: En los casos en que las empresas públicas hubieren suscrito contratos o convenios tales como: alianzas estratégicas, asociación, consorcios u otros de naturaleza similar, será el convenio asociativo o contrato el que establezca los procedimientos de contratación y su normativa aplicable. En el caso de empresas constituidas con empresas de la comunidad internacional las contrataciones de bienes, obras y servicios se sujetarán al régimen especial que se contemple en el documento de asociación o acuerdo celebrado para tal efecto. En lo no previsto en el respectivo convenio o contrato, se estará a las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008a).

La Ley Orgánica de Empresas Públicas prescribe cuál es la naturaleza jurídica de las empresas públicas, pero deja de ser tan explícita cuando se refiere a la determinación de los actos, hechos y contratos que aquellas expiden, ejecutan o celebran, cuando no estén relacionados con la construcción de obra pública e infraestructura. Por tanto esta indeterminación, efectivamente, puede producir inseguridad jurídica o violaciones al derecho a la tutela judicial efectiva de los administrados.

Por tanto, se puede afirmar que este tiempo de ordenamiento jurídico expone al riesgo de procesos contractuales donde se originen hechos de corrupción previstos como sancionables dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

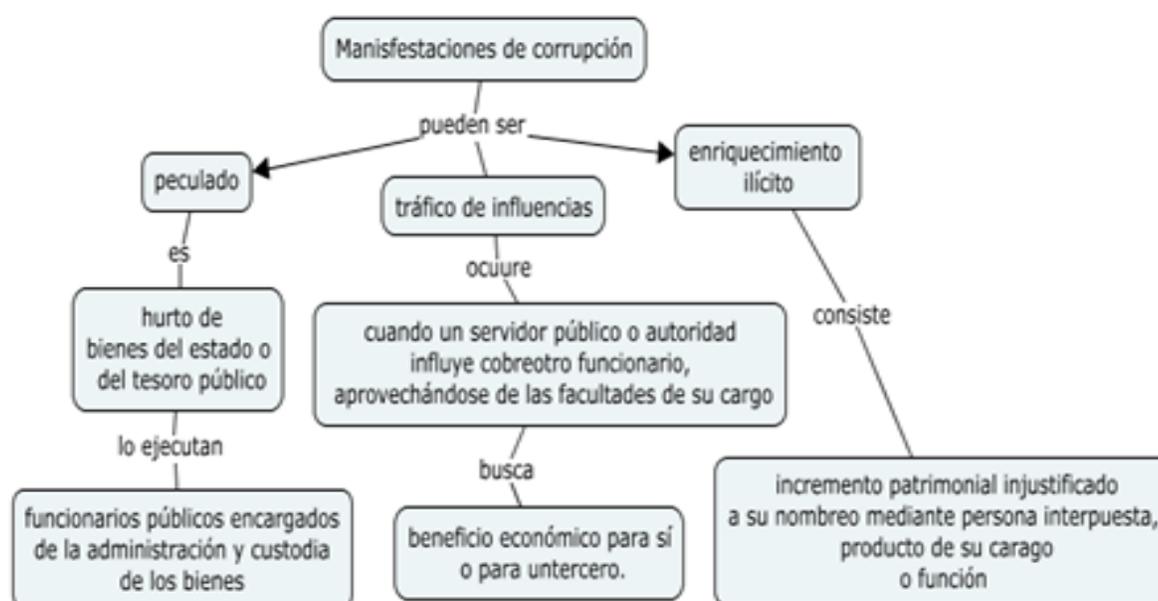


Figura 4. Manifestaciones de corrupción en la contratación pública. Elaboración propia.

La corrupción es un elemento que ha formado parte de la contratación administrativa desde que esta última existe. Se ha tratado de establecer varios antídotos para luchar contra este mal de la administración pública denominado corrupción, pero no está siendo fácil la implementación en su integralidad, ni otorgando los resultados anhelados por el mismo sistema burocrático complejo que implica su aplicación. Se puede mencionar algunos tipos de comportamientos corruptos dentro del ámbito estatal, como lo son el mal manejo del patrimonio público, de la planificación, del presupuesto, de la administración de recursos humanos, del control fiscal y la contratación pública, que se considera una de las más importantes debido a que es aquí en donde se destina un porcentaje significativo de los recursos estatales.

La normativa citada, guarda la lógica empresarial, pues parte del establecimiento del giro de negocio que cualquier otra empresa puede tener, entonces, si se requiere tener proactividad, productividad y ganancia por la comercialización del producto de negocio, debe existir ligereza y precisión tanto en la compra, como en la venta del producto, y de la adquisición de los demás insumos que se necesiten para la actividad comercial, todo en su conjunto, con el fin de que satisfaga la necesidad del o los usuarios proveedores como consumidores, pero es esto específicamente aprovechado para la práctica de actividades de contratación direccionada, lo que constituye de por sí, corrupción.

CONCLUSIONES

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su parte sustantiva, ordena el uso obligatorio de los modelos y formatos de documentos precontractuales y contractuales inmersos en el procedimiento de contratación pública, en el que se incluye el diseño del Reglamento de Giro Específico de Negocio, con la diferencia que este reglamento es elaborado por las Máximas Autoridades de las empresas públicas, acorde su determinación de giro de negocio, según la Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072.

El mentado Reglamento de Giro Específico de Negocio, permite diseñar las modalidades de contratación sobre el campo de acción y ámbito de gestión en la actividad comercial de giro de negocio que practique una empresa pública, denotando entonces que, dicha práctica permite direccionar las formas de contratación e inclusive el tipo de proveedor.

El sistema de contratación pública dentro de las empresas públicas, previstas en su Ley Orgánica, pueden ser de manera directa, aplicando los lineamientos del Régimen Especial Artículo 34 número 3 LOEP, con lo que permite eludir los procedimientos comunes de contratación previsto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General, constituyendo este hecho una vulnerabilidad para la ocurrencia de hechos de corrupción.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Dromi, R. (2015). Tratado de Derecho Administrativo (13 ed.). Marcial Pons.
- Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente. (2008). Constitución de la Republica del Ecuador. Registro Oficial N. 449. https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf
- Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente. (2008a). Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Registro Oficial Suplemento N. 395. <https://www.epn.edu.ec/wp-content/uploads/2018/08/Ley-Org%C3%A1nica-de-Contrataci%C3%B3n-P%C3%BAblica.pdf>
- Ecuador. Presidencia de la República. (2009). Reglamento a la Ley Orgánica Sistema Nacional contratación Pública. Registro oficial Suplemento N. 588. https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/downloads/2016/11/CONTRATO-REGLAMENTO_A_LA_LEY_ORGANICA_SISTEMA_NACIONAL_CONTRATACION_PUBLICA.pdf
- Ecuador. Presidencia de la República. (2009a). Ley Orgánica de Empresas Públicas. Registro Oficial Suplemento N. 48. <https://www.telecomunicaciones.gob.ec/wp-content/uploads/2017/05/LEY-ORGANICA-DE-EMPRESAS-PUBLICAS.pdf>
- Estupiñán, J., Leyva, M., Peñafiel, A., & Assafiri, Y. (2021a). Inteligencia artificial y propiedad intelectual. *Universidad Y Sociedad*, 13(S3), 362-368. <https://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus/article/view/2490/2445>
- Estupiñán, J., Mariscal, Z., Castro, E., & Valencias, V. (2021). Measuring legal and socioeconomic effect of the declared debtors usign the ahp technique in a neutrosophic framework. *Neutrosophic Sets and Systems*, 44, 357-366. <http://fs.unm.edu/NSS2/index.php/111/article/view/1595/819>
- González, F. (2017). Las Empresas Públicas en el Ecuador: su situación jurídica y su régimen laboral. (tesis de grado de la Universidad de Cuenca).
- Jorna, A., & Véliz, P. (2019). Mapa conceptual como herramienta de aprendizaje gerencial de los procesos de promoción en Cuba. *Revista Cubana de Salud Pública*, 45(4) 1-13. <https://www.scielosp.org/pdf/rcsp/2019.v45n4/e1517/es>
- Leyva, M., Hernández, R., Cruz, I., & Pérez, K. (2021a). Análisis de las causas del consumo de drogas mediante aprendizaje automático. *Universidad y Sociedad*, 13(S3), 392-399. <https://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus/article/view/2497/2450>
- Leyva, M., Hernández, R., & Estupiñán, J. (2021b). Análisis de sentimientos: herramienta para estudiar datos cualitativos en la investigación jurídica. *Universidad Y Sociedad*, 13(S3), 262-266. <https://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus/article/view/2476/2432>
- Marienhoff, M. (1965). Tratado de derecho administrativo (Vol. 1). Abeledo-Perrot.
- Mata, I. (2008). Prerrogativas de la Administración en la contratación pública. In *La contratación administrativa en España e Iberoamérica* (pp. 25-48). Junta de Castilla y León.
- Miranzo-Díaz, J. (2019). El principio de transparencia en el derecho global de la contratación pública. *Revista de Derecho Administrativo*, (18), 276-302. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7810868.pdf>
- Pérez, E. (2009). Manual de derecho administrativo. Corporación de estudios y publicaciones.

- Quintana, R. (2015). Los actos, hechos y contratos administrativos en las empresas públicas ecuatorianas, en la construcción de obra pública e infraestructura y en su giro ordinario del negocio (Master's thesis, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador). <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4628/1/T1685-MDE-Quintana-Los%20actos.pdf>
- Ramírez, J., Leyva, M., Morejón, M., & Olivera, D. (2016). Modelo computacional para la recomendación de equipos de trabajo quirúrgico combinando técnicas de inteligencia organizacional. *Revista Cubana de Ciencias Informáticas*, 10(4), 28-42.
- Smarandache, F., Quiroz-Martínez, M. A., Ricardo, J. E., Hernández, N. B., & Vázquez, M. Y. L. (2020). Application of neutrosophic offsets for digital image processing. *Infinite Study*.
- Viteri, J., Álvarez, G., Viteri, C., & Leyva, M. (2021). El liderazgo sincrónico en la transformación de la educación superior. *Universidad y Sociedad*, 13(S2), 139-146. <https://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus/article/view/2294/2266>