



Memorando Nro. EPMMQ-GJ-2021-0080-M

Quito, D.M., 08 de febrero de 2021

PARA: Sra. Abg. Andrea Cristina Flores Andino
Gerente General Empresa Pública Metropolitana Metro de Quito

ASUNTO: Informe jurídico sobre alternativas legales de contratación para la
Operación, Mantenimiento y Transferencia Tecnológica de la PLMQ

De mi consideración:

En atención al oficio No. EPMMQ-GG-2021-0033-M de 27 de enero de 2021, mediante la cual conformó la comisión de trabajo para la definición del modelo de operación de la Primera Línea del Metro de Quito, esta Gerencia Jurídica procede a emitir el informe de análisis respecto a las posibles alternativas legales de contratación para la “Operación, Mantenimiento y Transferencia Tecnológica de la PLMQ”, conforme lo establecido en la Constitución de la República del Ecuador, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y Ley Orgánica de Empresas Públicas:

I. ANTECEDENTES:

1.1. Mediante Ordenanza Metropolitana No. 0237, discutida y aprobada por el Concejo Metropolitano el 12 de abril de 2012, sancionada por el Alcalde del Distrito Metropolitano de Quito el 27 de los mismos mes y año, se creó la Empresa Pública Metropolitana Metro de Quito (EPMMQ), cuyo objeto principal es desarrollar, implementar y administrar el Subsistema de Transporte Público Metro de Quito; misma que fue reformada por la Ordenanza Metropolitana No. 383, sancionada el 02 de abril de 2013, ampliando su objeto social que incluye la administración, la operación, mantenimiento y en general, la explotación de la infraestructura, el material móvil y el equipamiento e instalaciones del Subsistema de Transporte Público Metro de Quito.

1.2. Mediante Resolución Administrativa No. 016 de 15 de noviembre de 2012, el señor Alcalde del Distrito Metropolitano de Quito, declaró de interés prioritario el Proyecto Metro de Quito, como elemento fundamental del nuevo Sistema Integrado de Pasajeros de Quito.

1.3. El 12 de mayo de 2017, la Empresa Pública Metropolitana Metro de Quito, con fondos proporcionados por el Banco Interamericano de Desarrollo a través de la Cooperación Técnica, contrató a la firma Steer Davies Gleave para que preste los servicios de consultoría para la “Evaluación de alternativas y diseño del modelo de explotación de la Primera Línea del Metro de Quito” cuyo objeto consistía en evaluar y

Memorando Nro. EPMMQ-GJ-2021-0080-M

Quito, D.M., 08 de febrero de 2021

recomendar el modelo de operación y mantenimiento idóneo para la Primera Línea del Metro de Quito y establecer los parámetros básicos de explotación.

1.4. En el 2018 el Banco Mundial contrató a Deloitte para que preste los servicios de consultoría para la *“Estructuración del modelo de negocio para operación privada y mantenimiento de la Primera Línea del Metro de Quito”*, cuyo objeto consistía en definir el modelo de negocio para la participación del sector privado en la operación y mantenimiento del proyecto PLMQ que cumpla con los objetivos de política de la EPMMQ; delinear los términos legales, de financiamiento, financieros e institucionales preliminares (estructuración preliminar); producir los análisis necesarios para la consideración y aprobación de dicho modelo de negocio por parte de las autoridades locales pertinentes; y definir la hoja de ruta y el alcance de la estructuración.

1.5. El 10 de octubre de 2018, el Banco Interamericano de Desarrollo contrató a Deloitte para que preste los servicios de consultoría para la *“Estructuración técnica, legal, financiera del contrato de operación y mantenimiento de la Primera Línea del Metro de Quito”*.

1.6. El 18 de mayo de 2020, el Banco Mundial contrató a IKONS para que preste los servicios de consultaría para la *“Asesoría Técnica a la Empresa Pública Metropolitana Metro de Quito durante el proceso de selección del operador de la Primera Línea del Metro de Quito y la firma del Contrato para la Operación y Mantenimiento de la PLMQ”* cuyo objeto consistía: *“Identificar los criterios exigidos por las mejores prácticas internacionales para este tipo de proyectos y diseñar un proceso de selección de un operador de la Primera Línea del Metro de Quito y acompañar y asesorar técnicamente a la Empresa Pública metropolitana metro de Quito proporcionando análisis, sustentos técnicos y financieros en el proceso de cierre de la versión definitiva del contrato con el Operador de la Primera Línea del Metro de Quito.”*

1.7. En diciembre de 2020, el Banco Interamericano de Desarrollo contrato al Dr. Juan Pablo Aguilar para que preste los servicios de consultoría de: *“Asesoramiento Legal al Municipio del Distrito Metropolitano de Quito para la Operación y Mantenimiento de la Primera Línea del Metro de Quito”*

I. BASE LEGAL:

2.1. El artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador preceptúa que: *“Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente*

Memorando Nro. EPMMQ-GJ-2021-0080-M

Quito, D.M., 08 de febrero de 2021

las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley (...)".

2.2. El artículo 227 de la Carta Magna, establece, que: *"La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación"*.

2.3. El artículo 313 de la Constitución de la República del Ecuador, señala: *"El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia.*

Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social.

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

2.4. El artículo 315 de la Constitución de la República del Ecuador, señala: *"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. (...)"*

2.5. La Corte Constitucional a través de la Sentencia No. 001-12-SIC-CC publicada en el Registro Oficial 629, Suplemento del 30 de enero de 2012 interpretó los artículos 313, 315 y 316 de la Constitución de la República en el siguiente sentido:

"1. De conformidad con lo manifestado en los considerandos que anteceden, el Pleno de la Corte Constitucional interpreta los artículos 313, 315 y 316 de la Constitución de la República, en los siguientes términos: Debe entenderse que las empresas públicas únicamente gozan de la facultad de gestionar los sectores estratégicos y/o prestar los servicios públicos, para los que hubieren sido autorizadas, sin que les esté permitido a su

Memorando Nro. EPMMQ-GJ-2021-0080-M

Quito, D.M., 08 de febrero de 2021

vez, a dichas empresas públicas, delegar a la iniciativa privada la gestión de los sectores estratégicos y/o la prestación de los servicios públicos, lo cual es competencia de los organismos pertinentes conforme lo establecido en la ley. (Lo subrayado me pertenece).

2. Por lo tanto, solo el Estado Central puede autorizar a las empresas públicas la gestión de los sectores estratégicos y/o la prestación de los servicios públicos. Dicha autorización se realizará a través de las autoridades de control y regulación competentes de la Administración Pública o gobierno central, que tengan dicha atribución legal. Interpretese la gestión del sector estratégico como la prestación del servicio público relacionado con el respectivo sector estratégico.

3. Por otra parte, debe interpretarse que el Estado Central, a través de las autoridades de control y regulación competentes de la Administración Pública o gobierno central, que tengan dicha atribución legal, podrá delegar a empresas mixtas, o excepcionalmente a la iniciativa privada o economía popular y solidaria, la gestión de los sectores estratégicos y/o la prestación de los servicios públicos, en los casos contemplados en la ley de la materia o sector pertinente.

4. También debe interpretarse que cuando las instituciones del Estado requieran gestionar algún sector estratégico como medio para poder prestar los servicios públicos que les son inherentes, como en el ejemplo que expone el señor presidente de la república en la solicitud de interpretación constitucional, respecto al Ministerio de Defensa, aquellas no necesitan constituir empresas públicas ni compañías de economía mixta para poder acceder a los títulos habilitantes respectivos, a través de las autoridades de control y regulación competentes de la Administración Pública o gobierno central, que tengan dicha atribución legal. Así, para concederle frecuencias dentro del espacio radioeléctrico al Ministerio de Defensa para la gestión de sus comunicaciones, dicha entidad podría ser directamente beneficiaria de un título habilitante, sin necesidad de tener que constituir una empresa pública.

5. Asimismo, se interpretará en lo atinente a casos de excepción indicados en el punto 3 de esta sentencia esto es, para que la iniciativa privada y la economía popular y solidaria puedan gestionar sectores estratégicos y/o prestar servicios públicos en el ámbito de las disposiciones constitucionales consultadas, deberán ceñirse a lo establecido en la ley correspondiente y a lo regulado por las autoridades competentes de la Administración Pública o gobierno central, que tengan dicha atribución legal”.

6. De Conformidad con lo establecido en el artículo 52 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, aplicables a la presente causa, esta sentencia interpretativa tiene carácter normativo y rige hacia el futuro, así como el carácter vinculante general, de conformidad con lo

Memorando Nro. EPMMQ-GJ-2021-0080-M

Quito, D.M., 08 de febrero de 2021

señalado en el artículo 159 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 52 del 22 de octubre del 2009."

2.6. El primer inciso del artículo 425 de la Constitución de la República establece el orden jerárquico de las normas jurídica, y dispone:

Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

2.7. La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que en su artículo 1 establece: *"Esta Ley establece el Sistema Nacional 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, incluidos los de consultoría, que realicen: 1. Los Organismos y dependencias de las Funciones del Estado. 2. Los Organismos Electorales. 3. Los Organismos de Control y Regulación. 4. Las entidades que integran el Régimen Seccional Autónomo. 5. Los Organismos y entidades creados por la Constitución o la Ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado. 6. Las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos. 7. Las corporaciones, fundaciones o sociedades civiles en cualquiera de los siguientes casos (...)"*

2.8. El numeral 8 del artículo 2 de la norma legal antes referida determina:

"Art. 2.- Régimen Especial.- Se someterán a la normativa específica que para el efecto dicte el Presidente de la República en el Reglamento General a esta Ley, bajo criterios de selectividad, los procedimientos precontractuales de las siguientes contrataciones:

...8. Los que celebren el Estado con entidades del sector público, éstas entre sí, o aquellas con empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias; y las empresas entre sí. También los contratos que celebren las entidades del sector público o empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público, o sus subsidiarias, con empresas en las que los Estados de la Comunidad Internacional participen en por lo menos el cincuenta (50%) por ciento, o sus subsidiarias (...) El régimen especial previsto en este numeral para las empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de

Memorando Nro. EPMMQ-GJ-2021-0080-M

Quito, D.M., 08 de febrero de 2021

derecho público o sus subsidiarias se aplicará únicamente para el giro específico del negocio; en cuanto al giro común se aplicará el régimen común previsto en esta Ley. La determinación de giro específico y común le corresponderá al Director General o la Directora del Servicio Nacional de Contratación Pública.”

2.9. El artículo 3 de la LOSNCP establece que: “Art. 3.- *Contratos Financiados con Préstamos y Cooperación Internacional.- En las contrataciones que se financien, previo convenio, con fondos provenientes de organismos multilaterales de crédito de los cuales el Ecuador sea miembro, o, en las contrataciones que se financien con fondos reembolsables o no reembolsables provenientes de financiamiento de gobierno a gobierno; u organismos internacionales de cooperación, se observará lo acordado en los respectivos convenios. Lo no previsto en dichos convenios se regirá por las disposiciones de esta Ley”.*

2.10. El artículo 6, Definiciones, en su numeral de la LOSNCP define los servicios de consultoría: “8. *Consultoría: Se refiere a la prestación de servicios profesionales especializados no normalizados, que tengan por objeto identificar, auditar, planificar, elaborar o evaluar estudios y proyectos de desarrollo, en sus niveles de pre factibilidad, factibilidad, diseño u operación. Comprende, además, la supervisión, fiscalización, auditoría y evaluación de proyectos ex ante y ex post, el desarrollo de software o programas informáticos así como los servicios de asesoría y asistencia técnica, consultoría legal que no constituya parte del régimen especial indicado en el número 4 del artículo 2, elaboración de estudios económicos, financieros, de organización, administración, auditoría e investigación”.*

2.11. El primer inciso del artículo 23 de la LOSNCP dispone: “Art. 23.- *Estudios.- Antes de iniciar un procedimiento precontractual, de acuerdo a la naturaleza de la contratación, la entidad deberá contar con los estudios y diseños completos, definitivos y actualizados, planos y cálculos, especificaciones técnicas, debidamente aprobados por las instancias correspondientes, vinculados al Plan Anual de Contratación de la entidad”.*

2.12. El artículo 24, por su parte, determina la necesidad de contar previamente con la disponibilidad presupuestaria como requisito previo a la convocatoria: Art. 24.- *Presupuesto.- Las entidades previamente a la convocatoria, deberán certificar la disponibilidad presupuestaria y la existencia presente o futura de recursos suficientes para cubrir las obligaciones derivadas de la contratación.*

El Reglamento establecerá las formas en que se conferirán las certificaciones o los mecanismos electrónicos para la verificación a que se refiere el inciso anterior.

2.13. El artículo 37 de la LOSNCP determina lo que sigue: “Art. 37.- *Ejercicio de la*

Memorando Nro. EPMMQ-GJ-2021-0080-M

Quito, D.M., 08 de febrero de 2021

Consultoría.- La consultoría será ejercida por personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras que, para celebrar contratos con las entidades sujetas a la presente Ley, deberán inscribirse en el Registro Único de Proveedores RUP.

La participación de consultores extranjeros, en los procesos de contratación pública, sean estas personas naturales o jurídicas, se limitará a los servicios, campos, actividades o áreas en cuyos componentes parcial o totalmente no exista capacidad técnica o experiencia de la consultoría nacional, certificadas por el Servicio Nacional de Contratación Pública quien para el efecto de proporcionar esta certificación deberá solicitar mediante aviso público la presentación de expresiones de interés de proveedores de bienes y servicios nacionales. Si en un plazo de ocho (8) días de solicitada dicha expresión de interés no existen interesados nacionales, o los que manifiesten su interés no cumplen con la capacidad técnica o experiencia solicitada, entonces autorizará a la entidad el concurso de prestadores de servicios de consultoría extranjeros.

Esta autorización no impide que una vez iniciado el proceso contractual una persona natural o jurídica nacional participe del mismo”.

2.14. El numeral 2 del artículo 48, determina uno de los casos en los que cabe el procedimiento de licitación que interesa a este análisis: “Art. 48.- Procedencia.- La licitación es un procedimiento de contratación que se utilizará en los siguientes casos:
...2. Para contratar la adquisición de bienes o servicios no normalizados, exceptuando los de consultoría, cuyo presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico; y,”

2.15. El artículo 100 del Reglamento a la LOSNCP, regula el procedimiento de contratación basado en el artículo 2, numeral 8 de la LOSNCP, y dice: Art. 100.- Contrataciones con empresas públicas internacionales.- Las contrataciones que celebren el Estado o las entidades y empresas consideradas en el numeral 8 del artículo 2 de la Ley, con empresas públicas de los Estados de la Comunidad Internacional, se realizarán de conformidad con los términos y condiciones constantes en los tratados, convenios, protocolos y demás instrumentos internacionales, de haberlos; así como, en acuerdos, cartas de intención y demás formas asociativas; en el caso de no haberse previsto un régimen de contratación específico, se seguirá el procedimiento previsto en el artículo precedente.

Para el propósito de este artículo, como empresas públicas de los Estados de la Comunidad Internacional se entienden a las personas jurídicas, las empresas o las subsidiarias de éstas, creadas o constituidas bajo cualquier forma jurídica, cuyo capital, rentas o recursos asignados pertenezcan al Estado de la Comunidad Internacional, en una proporción superior al cincuenta por ciento.

Memorando Nro. EPMMQ-GJ-2021-0080-M

Quito, D.M., 08 de febrero de 2021

2.16. El artículo IV.2.7 del Código Municipal, respecto al Sistema Metropolitano de Transporte Público de Pasajeros, señala que la gestión del mismo debe permitir la participación de sujetos de derecho privado y de las empresas públicas metropolitanas que el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito hubiera creado o cree para este propósito.

2.17. Respecto de las Empresas Públicas, el artículo IV.2.18, que se refiere a las empresas públicas metropolitanas responsables de la gestión del servicio de transporte público de pasajeros:

Son Operadoras de Transporte las empresas públicas metropolitanas que el Distrito Metropolitano de Quito hubiere constituido para la prestación del servicio de transporte público de pasajeros.

- 1. Las empresas públicas metropolitanas prestarán el servicio de transporte público de pasajeros en los Subsistemas de Transporte o sus componentes que se hubieren determinado en el acto normativo de su constitución y en aquellos que el Administrador del Sistema determine, en consulta con la máxima autoridad administrativa del Distrito Metropolitano de Quito.*
- 2. Las empresas públicas metropolitanas prestarán el servicio de transporte público de pasajeros en virtud del acto normativo de su creación o la resolución del Administrador o Administradora del Sistema, por lo que no requerirán de otro título habilitante.*
- 3. La prestación del servicio de transporte público de pasajeros a cargo de las empresas públicas metropolitanas estará sujeta a los instrumentos de planificación y a las reglas de carácter técnico y operativo expedidos por el Administrador del Sistema.*
- 4. La infracción de los instrumentos de planificación y reglas técnicas y operativas expedidas por el Administrador o Administradora del Sistema, hacen personalmente responsables a los servidores de las empresas públicas metropolitanas a cargo de las materias respectivas.*

2.18. Así mismo, el artículo IV.2.19 *ibídem* dice: “De manera ordinaria, cuando la prestación del servicio de transporte público de pasajeros esté encomendada a una empresa pública metropolitana, esta empleará la gestión institucional directa, arbitrando los mecanismos que sean necesarios para proveerse de los medios humanos y materiales para este propósito.”, y por otro lado, el artículo IV.2.20 le faculta a emplear la gestión directa por contrato: “1. Cuando la empresa pública metropolitana a cargo del servicio de transporte público de pasajeros no cuente con los medios humanos y materiales necesarios para un adecuado cumplimiento de sus funciones, podrá emplear la modalidad de gestión por contrato, sujetándose al ordenamiento jurídico nacional que

Memorando Nro. EPMMQ-GJ-2021-0080-M

Quito, D.M., 08 de febrero de 2021

regula la contratación pública. 2. En caso de que la empresa pública metropolitana emplee la modalidad de gestión por contrato, la responsabilidad en la prestación del servicio de transporte público de pasajeros se mantiene en ella, por lo que, sin perjuicio de los efectos contractuales, las acciones u omisiones de los contratistas respecto del Administrador o Administradora del Sistema y de los usuarios son de su exclusiva responsabilidad.”

2.19. Mediante Resolución Nro. C 005-2021 de 19 de enero de 2021, el Concejo Metropolitano de Quito, resolvió: “*Artículo 3.- Exhortar a los miembros del Directorio de la Empresa Pública Metropolitana Metro de Quito y a su Gerente General, que la selección del operador público o privado para la operación y mantenimiento de la Primera Línea del Metro de Quito, responda a los principios de transparencia, legalidad, trato justo, igualdad, concurrencia y publicidad, de conformidad con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.*”

I. ANÁLISIS:

El transporte de pasajeros en el Ecuador, conforme al artículo 46 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, es un servicio público esencial y una actividad económica estratégica del Estado, que “*consiste en la movilización libre y segura de personas o de bienes de un lugar a otro*”.

La misma Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, establece en su artículo 55 que el servicio de transporte público se considera un servicio estratégico, así como la infraestructura y equipamiento auxiliar que se utilizan en la prestación de dicho servicio. En consecuencia, es competencia del Estado, y en el caso de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, del Municipio esa potestad contralora de gestionar o prestar servicios públicos, ya sea a través de su institución como tal, o a través de una gestión propia institucional, creando empresas públicas para dicho fin o realizando gestión directa por contrato al amparo de la norma que regula la contratación pública ecuatoriana, tal como lo establecen los artículos 315 y 316 de la Constitución de la República y el artículo 275 del COOTAD sobre las Modalidades de gestión.

Se debe entender a la gestión directa como aquella que lleva a cabo la propia Administración, y en la que la titularidad y gestión no se separan en ninguno de los supuestos (titularidad y gestión permanecen en manos públicas). Puede llevarse a cabo por órganos creados por la propia Administración, en cuyo caso estaríamos ante la denominada gestión directa institucional ya sea a través de una unidad administrativa o mediante la creación de empresas públicas (Art. 276, Art. 277 COOTAD; Art. IV.2.19 Código Municipal), con autonomía financiera y administrativa para la gestión y provisión de servicios públicos; en esta línea, la gestión de un servicio público mediante la creación



Memorando Nro. EPMMQ-GJ-2021-0080-M

Quito, D.M., 08 de febrero de 2021

de un ente de Derecho público, en cuyo capital participe la Administración de forma exclusiva o mayoritaria ha de ser considerada como directa.

En este sentido, el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, como titular de la prestación del Servicio de Transporte, al amparo de la Constitución, la Ley Orgánica de Empresas Públicas y la normativa metropolitana, creó mediante Ordenanza Metropolitana Nro. 237 sancionada el 27 de abril de 2012, y reformada mediante Ordenanza Metropolitana No. 383 de 02 de abril de 2013, contenida en el Código Municipal en el CAPITULO XII, SECCION VI, TITULO V DE LAS EMPRESAS METROPOLITANAS CAPITULO I del libro 2.1 , a la Empresa Pública Metropolitana Metro de Quito, que tiene entre sus objetos principales el de: *“b. Administrar, operar, mantener y, en general, explotar la infraestructura, el material móvil y el equipamiento e instalaciones del Subsistema de Transporte Público Metro de Quito; c) Prestar servicios atinentes al objeto previsto en el literal anterior, a través de la infraestructura a su cargo, directamente o por cualquier medio permitido por el ordenamiento jurídico; y, d. Las demás actividades operativas y de prestación de servicios relativas a las competencias que le corresponden al Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, de conformidad con el ordenamiento jurídico nacional y metropolitano, en el ámbito del manejo integral del Subsistema de Transporte Público Metro de Quito.”*

Así también, la normativa metropolitana ha previsto que las empresas públicas metropolitanas a cargo de servicios públicos de transporte puedan realizar gestión directa por contrato, cuando no cuenten con los medios humanos y materiales necesarios para un adecuado cumplimiento de sus funciones, sujetándose al ordenamiento jurídico nacional que regula la contratación pública. (Art. IV.2.20 Código Municipal), figura que no implica una delegación del servicio a un tercero, como la misma norma lo señala, ya que en esta modalidad la responsabilidad en la prestación del servicio de transporte público de pasajeros se mantiene en la empresa pública. En consecuencia, conforme a las disposiciones antes mencionadas, es la Empresa Pública Metropolitana Metro de Quito la competente para prestar el servicio de transporte público del subsistema de Transporte Metro de Quito.

Es importante mencionar que la Corte Constitucional del Ecuador, en la Sentencia Interpretativa No. 001-12-SIC-CC, determinó que una empresa pública, bajo el argumento de asociarse con un ente privado o de la economía popular y solidaria, no puede delegar a la iniciativa privada la gestión de los sectores estratégicos y/o la prestación de los servicios públicos, puesto que esto es competencia de los organismos pertinentes conforme lo establecido en la ley.

Por lo indicado, el servicio de transporte público tal y como se encuentra definido en la legislación ecuatoriana no puede ser delegado a la iniciativa privada a través de una



Memorando Nro. EPMMQ-GJ-2021-0080-M

Quito, D.M., 08 de febrero de 2021

empresa pública sino únicamente a través del titular del servicio, que en el caso que nos amerita, es el GAD Metropolitano de Quito.

Por otra parte, las empresas públicas sí están en la capacidad legal de llevar adelante los procedimientos de régimen común y de régimen especial contemplados en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento y resoluciones emanadas del órgano rector de la contratación pública, como es el SERCOP. Dentro de los procesos sujetos a la LOSNCP se encuentra la prestación de servicios y los servicios de consultoría.

Al referirnos al régimen de contratación de las empresas públicas, el artículo 34 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas señala que, bajo el régimen común, las contrataciones de bienes, obras y servicios, incluidos los de consultoría, que realicen las empresas públicas, se sujetarán a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General y demás disposiciones administrativas aplicables.

En las reuniones de trabajo mantenidas con la Gerencia General y demás gerencias de la EPMMQ, se ha discutido y analizado el desfase o atraso que existiría en implementar el procedimiento precontractual que corresponda para contar oportunamente con los servicios de una empresa con altas calificaciones y experiencia para iniciar la pre operación y posteriormente la operación comercial de la Primera Línea del Metro de Quito PLMQ, habida cuenta de que el 31 de marzo de 2021 iniciará el proceso de recepción de todas las obras que fueron contratadas con el Consorcio Línea 1 CL1 y que le fecha final de entrega sería en el mes de octubre de 2021, conforme la revisión que a la presente fecha la Empresa se encuentra efectuando sobre la línea base propuesta por el Constructor.

Todos los procedimientos determinados en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública suponen que la entidad contratante, en este caso la EPMMQ, cuenta con dos requisitos fundamentales, a saber: (i) contar con los estudios y diseños completos, definitivos y actualizados, planos y cálculos, especificaciones técnicas, debidamente aprobados por las instancias correspondientes, vinculados al Plan Anual de Contratación de la entidad; y (ii) Contar con la certificación de disponibilidad presupuestaria para cubrir la totalidad del costo de la obra, bien, servicio o consultoría a contratar. Solo entonces es posible iniciar el procedimiento precontractual que corresponda.

En las reuniones de trabajo se ha expresado que el Municipio del Distrito Metropolitano estará en capacidad de certificar la disponibilidad presupuestaria para cubrir el egreso resultante de la contratación de servicios de la empresa operadora que resulte seleccionada, con lo que se cumpliría la disposición del artículo 24 de la LOSNCP.

Asimismo, se deberá contar con los estudios completos, diseños y especificaciones

Memorando Nro. EPMMQ-GJ-2021-0080-M

Quito, D.M., 08 de febrero de 2021

técnicas que implica la prestación del servicio a contratar.

Cumplidos que sean los dos requisitos fundamentales antes señalados, así como los que corresponden a la fase de preparación, y encontrándose la EPMMQ dentro del ámbito de aplicación de la citada Ley, se pueden determinar los siguientes tipos de procedimientos relacionados con el objeto de contratación requerido:

1. Procedimientos de régimen común:

El numeral 65.1 del artículo 2 de la Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072 de 31 de agosto de 2016, define a los servicios como: *“Prestaciones de hacer, consistentes en el desarrollo de una actividad o labor temporal, que realiza un proveedor, para atender una necesidad de la entidad contratante, pudiendo estar sujeta a resultados para considerar terminada tal prestación.”*. Esta definición guarda relación con el objeto de contratación requerido por la EPMMQ, y adicional a aquello, de acuerdo con el monto del presupuesto referencial, se puede acoger la modalidad de contratación establecida en el artículo 48 de la LOSNCP: *“La licitación es un procedimiento de contratación que se utilizará en los siguientes casos: (...) 2. Para contratar la adquisición de bienes o servicios no normalizados, exceptuando los de consultoría, cuyo presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico (...).”*

Este tipo de procedimiento comprende la fase preparatoria (elaboración de toda la documentación relevante) y la fase precontractual que inicia con la publicación de la convocatoria, preguntas, aclaraciones, observaciones y respuestas, contenidos y análisis de las ofertas, informes de evaluación hasta la adjudicación y notificación de los resultados de dicho procedimiento.

Cabe resaltar que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 52 del Reglamento General a la LOSNCP, el término entre la convocatoria y cierre de recepción de ofertas no será menor a diez días ni mayor a treinta días.

Para el caso que se analiza, el procedimiento del régimen común aplicable a la contratación del servicio de operación de la PLMQ sería el de licitación, considerando que el monto de la contratación excede el coeficiente 0,0002, que para el presente ejercicio fiscal representa \$ 6.416.072,68.

Memorando Nro. EPMMQ-GJ-2021-0080-M

Quito, D.M., 08 de febrero de 2021

1. Procedimiento de régimen especial:

Otro tipo de procedimiento viable jurídicamente para la contratación del servicio es el de régimen especial determinado en el numeral 8 del artículo 2 de la LOSNCP: “8. *Los que celebren el Estado con entidades del sector público, éstas entre sí, o aquellas con empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias; y las empresas entre sí. También los contratos que celebren las entidades del sector público o empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público, o sus subsidiarias, con empresas en las que los Estados de la Comunidad Internacional participen en por lo menos el cincuenta (50%) por ciento, o sus subsidiarias (...)* El régimen especial previsto en este numeral para las empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias se aplicará únicamente para el giro específico del negocio; en cuanto al giro común se aplicará el régimen común previsto en esta Ley. La determinación de giro específico y común le corresponderá al Director General o la Directora del Servicio Nacional de Contratación Pública.”

Cabe resaltar que, dentro de este tipo de procedimiento, si bien se efectúa una invitación directa a la entidad o empresa seleccionada, es necesario previamente contar con el estudio de mercado, para cuyo efecto se deberá cumplir con un proceso de comparación de ofertas técnicas y económicas, que permitan seleccionar la más conveniente a los intereses institucionales y cumplir de esa manera con la Resolución C 005-2021 emanada del Concejo Metropolitano. Dicha invitación deberá ser justificada a través de la conveniencia y viabilidad técnica y económica de la contratación.

Considerando la naturaleza de la contratación requerida por la EPMMQ, es necesario tomar en cuenta que el artículo 100 del Reglamento General a la LOSNCP, faculta a las entidades contratantes a celebrar contratos con empresas públicas de los Estados de la Comunidad Internacional, es decir, personas jurídicas, empresas o subsidiarias de éstas, creadas o constituidas bajo cualquier forma jurídica, cuyo capital, rentas o recursos asignados pertenezcan al Estado de la Comunidad Internacional, en una proporción superior al cincuenta por ciento.

Estas contrataciones podrán ser reguladas por términos y condiciones constantes en tratados, convenios, protocolos y demás instrumentos internacionales, de haberlos; así como, en acuerdos, cartas de intención y demás formas asociativas. En el caso de no haberse previsto un régimen de contratación específico, se seguirá el procedimiento previsto en el artículo 99 del Reglamento en referencia.

Memorando Nro. EPMMQ-GJ-2021-0080-M

Quito, D.M., 08 de febrero de 2021

Es importante mencionar que para la aplicación de los procesos comunes o régimen especial antes referidos es necesario que previo al inicio se cuenten con los fondos presupuestarios suficientes (certificación presupuestaria) conforme lo establece el artículo 115 del Código orgánico de Planificación y Finanzas Publicas, que expresamente señala: *“Ninguna entidad u organismo público podrán contraer compromisos, celebrar contratos, ni autorizar o contraer obligaciones, sin la emisión de la respectiva certificación presupuestaria”*.

- ***Alternativas posibles, considerando el alcance de los servicios a contratar para la operación y mantenimiento de la PLMQ.***

Como se ha determinado en este informe, es posible llevar adelante la contratación del servicio de operación y mantenimiento de la PLMQ, siempre sujetos a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, bajo el régimen común o bajo régimen especial.

En lo referente al alcance de la prestación de los servicios, las autoridades de la EPMMQ se encuentran analizando la conveniencia técnica de las siguientes alternativas: (i) contratar el servicio completo de operación y mantenimiento de todos los subsistemas de la PLMQ, así como de los servicios conexos (limpieza, guardianía, etc.) con un solo proveedor del servicio; y, (ii) la contratación de una asistencia técnica en la implementación de todos los procesos asociados a la organización y gestión de la operación y mantenimiento del sistema Metro.

Considerando las dos variables que ofrece la LOSNCP y las consideraciones de orden técnico que analiza actualmente la EPMMQ, se abre un abanico de cuatro alternativas posibles, estableciendo el siguiente orden de prelación:

- a) Contratación de Asistencia técnica bajo régimen especial, con una empresa pública de la Comunidad Internacional (Art. 2, num 8, LOSNCP).
- b) Contratación de servicios de operación completa bajo régimen especial (Art. 2, num 8, LOSNCP)
- c) Contratación de Asistencia técnica bajo régimen común de servicios de consultoría (Art. 40, num 3 LOSNCP);
- d) Contratación de servicios de operación completa bajo régimen común (Art. 48, num 2 LOSNCP).

Memorando Nro. EPMMQ-GJ-2021-0080-M

Quito, D.M., 08 de febrero de 2021

Considerando que todas las alternativas que se presentan cuentan con el fundamento legal, los factores a considerar para la decisión estriban en los tiempos que tomaría cada uno de los procedimientos, por lo cual se adjunta un cronograma por cada uno, debiendo señalar que todos los procedimientos tienen una fase preparatoria y la fase precontractual en los términos que la ley prevé.

En la fase preparatoria es posible ajustar los tiempos, en la medida en que la EPMMQ cuente con la capacidad de generar, en el corto plazo, con los insumos necesarios y cumplir los procedimientos para convocar los procesos.

Los tiempos establecidos en la fase precontractuales obedecen a los mínimos y máximos que se establece en la propia ley, lo que los hace más difíciles de ajustar o acortar.

- ***Consideraciones de orden técnico y económico que debe definir la EPMMQ***

En las reuniones de trabajo se ha discutido la conveniencia de realizar una contratación completa del servicio de operación y mantenimiento de la PLMQ, que incluya un empaquetamiento de servicios, incluidos los servicios conexos: guardianía, limpieza, pago de servicio de energía de tracción, servicios de energía auxiliar, servicios de mantenimiento y protección contra incendios, mantenimiento del sistema de ventilación y pozos de bombeo, sistema de recaudo, seguros, contratación de la RED P25 y contratación de certificación ISO; o, la conveniencia de segregar esos servicios y convocarlos en procedimientos separados, por no corresponder a la esencia del servicio de operación y mantenimiento. En caso de optar por la contratación del servicio completo, el proveedor que resulte seleccionado deberá subcontratar los servicios conexos, teniendo en cuenta que el artículo 79 de la LOSNCP establece un límite del 30% del monto reajustado para la subcontratación. Esta definición se la podrá adoptar una vez que se cuente con el estudio de mercado, que permita definir los costos propios de la operación y mantenimiento frente a los de los servicios conexos, a fin de determinar si su subcontratación no exceda el límite del 30% fijado en la ley.

En caso de que se exceda el límite del 30%, la EPMMQ deberá optar por segregar estos servicios y convocarlos por cuerda separada.

Es fundamental destacar la importancia de dar pleno cumplimiento a las disposiciones contenidas en los artículos 23 y 24 de la LOSNCP, que señalan la necesidad de contar con estudios, diseños y especificaciones técnicas completas, así como con la certificación de disponibilidad presupuestaria, que constituyen el punto de inicio del procedimiento que se

Memorando Nro. EPMMQ-GJ-2021-0080-M

Quito, D.M., 08 de febrero de 2021

lleve adelante.

I. CONCLUSIONES:

En virtud de los antecedentes, base legal y análisis expuestos en el presente informe, esta Gerencia Jurídica concluye:

1. Que la Empresa Pública Metropolitana Metro de Quito, creada para gestionar un servicio bajo la competencia del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, está facultada para ejecutar planes, programas y proyectos referidos al mantenimiento, operación, explotación y desarrollo del Subsistema de Transporte Público Metro de Quito, por gestión directa., por tanto, el marco jurídico aplicable está dado por la Ley Orgánica del Sistema Nacional del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento y resoluciones expedidas por el SERCOP.
2. Para el caso de asistencia técnica, la figura aplicable es la contratación de servicios de consultoría, sea por régimen especial (empresa pública de la comunidad internacional) o por régimen común (concurso público); y,
3. Para el caso de contratación del servicio completo de operación y mantenimiento de la PLMQ la figura aplicable es la contratación de servicios, sea por régimen especial (empresa pública de la comunidad internacional), o por régimen común (licitación).

I. RECOMENDACIONES:

Las figuras que se recomienda aplicar para la contratación de la “OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO DE LA PLMQ”, son las siguientes, en orden de prelación:

1. Contratación de Asistencia técnica bajo régimen especial, con una empresa pública de la Comunidad Internacional (Art. 2, num 8, LOSNCP).
2. Contratación de servicios de operación completa bajo régimen especial (Art. 2, num 8, LOSNCP)
3. Contratación de Asistencia técnica bajo régimen común de servicios de consultoría (Art. 40, num 3 LOSNCP);
4. Contratación de servicios de operación completa bajo régimen común (Art. 48, num 2 LOSNCP).



Memorando Nro. EPMMQ-GJ-2021-0080-M

Quito, D.M., 08 de febrero de 2021

Se recomienda particularmente las siguientes, que permitirían arribar a la operación dentro de los plazos que la EPMMQ requiere cumplir:

1. Contratación de Asistencia técnica bajo régimen especial, con una empresa pública de la Comunidad Internacional (Art. 2, num 8, LOSNCP).
2. Contratación de servicios de operación completa bajo régimen especial (Art. 2, num 8, LOSNCP)

El presente informe no se pronuncia sobre aspectos técnicos o económicos, por no ser de su competencia, los cronogramas propuestos por esta Gerencia, se han establecido a partir de la fase precontractual, considerando que para ello se deberá previamente dar cumplimiento a todos los requisitos establecidos para la fase preparatoria, que son de responsabilidad de diversas áreas técnicas, financieras, e incluso algunas que dependerán del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito.

Con sentimientos de distinguida consideración.

Atentamente,

Documento firmado electrónicamente

Dr. Galo Fabian Torres Gallegos
GERENTE JURÍDICO EPM METRO DE QUITO

Copia:

Sr. Abg. Guido Fabian Vallejo Galarraga
Coordinador Interinstitucional 2 Jurídico EPM Metro de Quito

Sr. Alvaro Nicolas Guzman Jaramillo
Gerente de Operaciones EPM Metro de Quito

Sr. Arq. Hidalgo Aurelio Nuñez Lucio
Coordinador Interinstitucional 2



Memorando Nro. EPMMQ-GJ-2021-0080-M

Quito, D.M., 08 de febrero de 2021

