

**BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO  
DIVISIÓN DE TRANSPORTE EN ECUADOR  
CONSULTORIAS MODO PEC**

**CONSULTORÍA DE ASESORAMIENTO LEGAL AL  
MUNICIPIO DEL DISTRITO METROPOLITANO DE  
QUITO PARA LA OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO DE  
LA PRIMERA LÍNEA DEL METRO DE QUITO**

**INFORME**

**Consultor  
Juan Pablo Aguilar Andrade**

**Quito, diciembre de 2020**

## INDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b>	2
<b>I EL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE Y EL SERVICIO DE LA PRIMERA LÍNEA DEL METRO DE QUITO</b>	4
Las actividades económicas del Estado	4
Los servicios públicos	5
Los servicios públicos en el Ecuador	7
Titularidad y gestión	7
La gestión de los servicios públicos conforme a la legislación ecuatoriana	8
El servicio público de transporte en el Metro de Quito	8
<b>II CONTRATACIÓN DE SERVICIOS Y ALIANZA ESTRATÉGICA</b>	12
El contrato de prestación de servicios	12
Alianza estratégica	15
<b>III APLICABILIDAD DE LAS ALTERNATIVAS A LA OPERACIÓN DE LA PRIMERA LÍNEA DEL METRO DE QUITO</b>	18
Esquema de operación propuesto	18
La alternativa de prestación de servicios	20
La alternativa de alianza estratégica	23
<b>IV SOBRE EL ESQUEMA PROPUESTO POR LA EMPRESA PÚBLICA METROPOLITANA METRO DE QUITO</b>	24
<b>CONCLUSIONES</b>	26

## INTRODUCCIÓN

1. Este documento contiene el informe de resultado del análisis de conveniencia y viabilidad jurídica entre las dos alternativas identificadas por el Municipio para implementar la operación y mantenimiento de la primera línea del metro de Quito, de acuerdo con los términos de referencia del contrato celebrado para el efecto con el Banco Interamericano de Desarrollo.
2. Soy doctor en jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y tengo una maestría en derecho administrativo por la Universidad San Francisco de Quito. Durante veinte años he desempeñado diversas funciones de asesoría en el sector público (Contraloría General del Estado, Banco del Estado, Banco Central del Ecuador, Programa de Mejoramiento de la Educación Básica), incluyendo los cargos de asesor del Presidente de la República, del Presidente del Congreso Nacional, del Alcalde Metropolitano de Quito y del concejal Fernando Carrión. Asesoré en los aspectos legales de los proyectos Trolebús de Quito y Tranvía de Cuenca y he trabajado en la preparación de varios proyectos de leyes y reglamentos, muchos de los cuales se encuentran en vigencia. Desde hace veinte años me desempeño como consultor privado en temas de derecho administrativo y contratación pública; he presentado informe sobre derecho ecuatoriano en varios arbitrajes internacionales, entre los que se encuentran los casos Oxy, Perenco y Burlington, a pedido de la República del Ecuador. En la actualidad soy profesor titular en el área de derecho público en el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito y dirijo los posgrados en derecho de esta última. Soy árbitro de los centros de arbitraje de las cámaras de Comercio de Quito, Ecuatoriano Americana y de la Industria de la Construcción. Ha publicado diversos trabajos, fundamentalmente sobre contratos administrativos, soy autor de “El mito del nuevo paradigma constitucional” (Corporación Editora Nacional, 2018) y coautor, con Luis Benalcázar, de la “Guía de la Contratación Pública” (Corporación Editora Nacional, 1995).
3. Para la preparación del presente informe he revisado los siguientes documentos relacionados con el proyecto para la operación y mantenimiento de la primera línea del metro de Quito:
  - i. Empresa Pública Metropolitana Metro de Quito, Conceptos y principios que fundamentan los proyectos de cooperación público-privada, elaborado por IKONS ATN, 10 de julio de 2020.
  - ii. Informe de análisis de alternativas de contratación y modelos asociativos entre actores públicos y privados, para la operación y mantenimiento de la primera línea del Metro de Quito, suscrito por la Gerente Jurídica encargada de la Empresa Pública Metropolitana Metro de Quito, constante en el memorando EPMMQ-GJ-2020-0218, de 10 de julio de 2020.
  - iii. Nota técnica sobre la documentación sobre la estructuración del contrato de operación y mantenimiento de la primera línea del metro de Quito, remitida por la Empresa Pública Metropolitana Metro de Quito a los bancos multilaterales, el 13 de julio de 2020.
  - iv. Consideraciones legales en relación con la documentación remitida mediante oficio EPMMQ-GG-2020-0314, de 14 de julio de 2020, enviadas por el Procurador Metropolitano al Gerente General de la Empresa Pública

- Metropolitana Metro de Quito, con oficio GADDMQ-PM-2020-1840-O, de 9 de agosto de 2020.
- v. Ayuda memoria de la Misión Conjunta de Multilaterales de la Primera Línea del Metro de Quito del 17 al 21 de agosto de 2020.
  - vi. Resumen ejecutivo, día 1, Seminario modelo de negocio, operación y mantenimiento de la primera línea del Metro de Quito, 25 de noviembre de 2020.
  - vii. Resumen ejecutivo, día 2, Seminario modelo de negocio, operación y mantenimiento de la primera línea del Metro de Quito, 26 de noviembre de 2020.
  - viii. Empresa Pública Metropolitana Metro de Quito, Proyecto asociativo, 2 de diciembre de 2020.
  - ix. Gerencia de Operaciones de la Empresa Pública Metropolitana Metro de Quito, Bases para la contratación del servicio de operación y mantenimiento de la primera línea del Metro de Quito, diciembre de 2020.
4. Según los términos de referencia de la consultoría, se me ha pedido determinar la conveniencia y viabilidad jurídica entre las dos alternativas identificadas por el Municipio para contratar los servicios de una empresa operadora: i. Contratación de servicios utilizando la figura de giro específico del negocio u otra prevista en la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública (régimen común y contrato con financiamiento); y, ii) alianza estratégica entre la Empresa Pública Metropolitana Metro de Quito y una empresa operadora, al amparo de lo que dispone el artículo 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.
  5. Para cumplir con el referido encargo, este informe hace, en primer lugar, una exposición sobre el régimen de los servicios públicos en el Ecuador y su aplicación al caso concreto del servicio de transporte en la primera línea del Metro de Quito; se exponen a continuación las dos alternativas que se han considerado: la aplicación de alguno de los regímenes previstos para la contratación de servicios, en la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, y la alianza estratégica; este análisis permitirá establecer la aplicabilidad de cada una de estas alternativas al caso concreto que nos ocupa; finalmente, se revisará el esquema propuesto por la Empresa Pública Metropolitana Metro de Quito, a partir de lo planteado en los documentos cronológicamente más actuales, esto es, los del mes de diciembre de 2020, que se señalan en los acápites viii y ix del número 2 de esta introducción.

**I**  
**EL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE**  
**Y EL SERVICIO DE LA PRIMERA LÍNEA DEL METRO DE QUITO**

6. El transporte de pasajeros es, en el Ecuador, un servicio público, por expreso mandato del artículo 46 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial<sup>1</sup>, que lo considera 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”. ¿Cuál es la consecuencia de esta calificación?
7. Para entenderlo a cabalidad se hace referencia, a continuación, a la doctrina sobre los servicios públicos, entendidos como una de las formas de actividad económica del Estado<sup>2</sup>, y la manera en que ésta ha sido asumida en el Ecuador.

**Las actividades económicas del Estado**

8. En la doctrina del derecho administrativo se han presentado, a lo largo del tiempo, diversos enfoques en torno a lo que debe considerarse como un servicio público, cuáles son sus alcances y características. Si esto dificulta tener un concepto unificado, el problema se ve agravado por el hecho de que la formulación jurídica no coincide con lo que desde otras disciplinas, o desde la experiencia cotidiana, se puede considerar un servicio público.
9. Si nos fijamos en esto último, pensamos en principio que un servicio público es toda actividad de prestación de servicios que, si se quiere ser más preciso, podríamos identificar de algún modo con un interés colectivo o con la gestión del sector público. Sin embargo, ni todas las actividades prestacionales son servicios públicos ni lo son todos los servicios de interés colectivo; tampoco la gestión por parte del sector público define la naturaleza del servicio.
10. Si a esto agregamos la multiplicidad de enfoque doctrinarios sobre la materia, podríamos llenar páginas y páginas con discusiones acerca de la naturaleza de los servicios públicos y cuál sería la mejor forma de definirlos, sin llegar a ningún acuerdo. Conviene por ello, para fines de este informe, dejar de lado el debate académico y centrarse en el esquema que ha sido aceptado por la Constitución de la República del Ecuador.
11. El punto de partida es el principio general de libertad económica, claramente consagrado en el texto constitucional; según él, toda persona tiene el derecho de emprender cualquier actividad económica<sup>3</sup>; obviamente, no existen más límites a este derecho que los establecidos por la propia Constitución o las leyes<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Suplemento del Registro Oficial 398, 7 de agosto de 2008.

<sup>2</sup> En adelante, la palabra Estado se utilizará como sinónimo de sector público o de entidades del sector público.

<sup>3</sup> Toda persona, dice el artículo 66:15 de la Constitución de la República, tiene el “derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental”.

<sup>4</sup> Que “ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley”, dispone el artículo 66:29:d de la Constitución de la República.

12. Pero, como ocurre en mayor o menor medida en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, la Constitución considera que el sector público tiene un papel que jugar en la actividad económica, papel que incluye hacerse cargo de determinadas actividades. No otra cosa se desprende del segundo inciso del artículo 283 de la Constitución de la República, según el cual el sistema económico se integra, entre otras, por formas de organización pública.
13. Ahora bien, hay en estas formas de organización pública de la economía dos espacios claramente diferenciados.
14. El primero tiene que ver con las actividades económicas que, siendo parte de la libertad de emprendimiento de los privados, pueden ser también ejecutadas por las instituciones públicas. Estamos ante actividades económicas que el Estado considera necesario realizar por diversos motivos: refuerzo de la iniciativa privada, control de mercados, regulación de precios, etc. Incursionar o no en estos espacios es el resultado de la puesta en marcha de políticas públicas y, así como el Estado puede entrar en ellos, los puede abandonar cuando lo considere necesario. Cuando se trata de estas actividades, los entes públicos las ejecutan como un actor más en el mercado. Este espacio es el de las actividades económicas asumidas por el Estado.
15. Pero hay otro ámbito en el que el Estado no solo emprende en actividades económicas, sino que se las reserva en exclusiva. Cuando ello ocurre, lo que hace el ordenamiento jurídico es excluir determinados temas de la esfera de libertad de los particulares y asignarlos únicamente al sector público; los privados solo pueden participar en estos espacios, en la medida en que el Estado lo considere conveniente. Nos encontramos, en este caso, ante actividades económicas reservadas para el Estado. En el Ecuador, estas actividades se consideran, conforme el mandato del artículo 313 de la Constitución de la República, como sectores estratégicos “de decisión y control exclusivo del Estado”; este último se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar esos sectores que quedan, por lo tanto, fuera de la esfera de libertad de los privados.
16. Si lo pensamos en términos de derechos, cuando se trata de cualquier actividad económica, los privados pueden incursionar en ella sin más requisitos que el cumplimiento de las exigencias que la ley establezca para el efecto (obtención de licencias, pago de tributos, por ejemplo); si esas exigencias son cumplidas, el Estado no puede impedir la actividad. Pero cuando nos encontramos ante actividades económicas reservadas al Estado, los privados no tienen derecho a emprenderlas; podrán intervenir en ellas si el sector público lo considera conveniente, pero no está obligado a autorizarlas.
17. Esta distinción es esencial para entender el concepto de servicios públicos.

### **Los servicios públicos**

18. Podemos clasificar las actividades económicas en dos grandes grupos: aquellas que tienen que ver con la producción y provisión de bienes o infraestructuras y las que tienen carácter prestacional, estos es, consisten en la prestación de servicios.

19. Cuando el Estado se reserva para sí un espacio de la actividad económica, éste puede incluir tanto las productivas y de provisión de bienes e infraestructuras, como las prestacionales. En todo caso, la reserva de estas actividades para el Estado tiene que definirse con precisión en la ley, en la medida en que constituye una excepción al principio general de libertad económica.
20. La Constitución de la República es la que establece qué actividades económicas se reserva el Estado e incluye, por un lado, determinados sectores calificados como estratégicos (artículo 313<sup>5</sup>) y, por otro, actividades prestacionales, los servicios públicos que enumera en el artículo 314<sup>6</sup>.
21. Jurídicamente, entonces, se entiende como servicio público una actividad prestacional que no se encuentra en la esfera de la libertad de los privados, sino que el Estado se reserva para sí. En otras palabras, los privados puede escoger, entre la actividades económicas que realicen, la prestación de cualquier clase de servicio, salvo aquellos que el Estado se reserva; solo podrán entrar en el espacio de los servicios reservados, si el mismo es abierto por el propio Estado.
22. Para que una actividad prestacional sea considerada un servicio público, entonces, es indispensable que se encuentre reservada al Estado y excluida de la esfera de libertad de los privados por mandato constitucional o legal.
23. Hay servicios que, por su importancia, se califican como servicios públicos en el lenguaje común, pero que no lo son jurídicamente. Pensemos, por ejemplo, en los servicios de salud o de educación, que si bien cuentan con prestadores públicos, no están reservados al Estado sino que los privados, si cumplen las exigencias para ello, pueden incluir libremente entre sus actividades.
24. En razón a la importancia que puedan tener para la sociedad, algunos de estos servicios pueden ser calificados como de interés público o de orden público y contar con regulaciones más exigentes por parte del Estado; tal es el caso, por ejemplo, de la banca<sup>7</sup>. Pero eso no los convierte en servicios públicos mientras la Constitución, o una ley, no los defina expresamente como tales.

---

<sup>5</sup> “Art. 313.- 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.”

<sup>6</sup> “Art. 314.- El Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley.

“El Estado garantizará que los servicios públicos y su provisión respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. El Estado dispondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos, y establecerá su control y regulación.”

<sup>7</sup> Constitución de la República, art 308: “Las actividades financieras son un servicio de orden público ....”

25. A partir de esto, muchos distinguen entre servicios públicos (los reservados al Estado), y servicios al público (todos los no reservados y que pueden ser prestados tanto por los privados, como por el sector público).

### **Los servicios públicos en el Ecuador**

26. En el Ecuador, es la Constitución de la República la que reserva al Estado determinadas actividades prestacionales, si bien abre la posibilidad de que mediante ley se califique a otras adicionales como servicios públicos. Son servicios públicos, conforme el artículo 314 de la Constitución de la República, “agua potable y ... riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley”.
27. Es a partir de la habilitación que contiene la parte final de la norma que, como ya se indicó, el artículo 46 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial califica a “la movilización libre y segura de personas o de bienes de un lugar a otro”, como un servicio público.
28. No cabe duda, en consecuencia, que el servicio de transporte es una actividad excluida de la esfera de libertad de los privados, en la que estos últimos pueden intervenir solo en la medida en que el Estado lo autorice. Pero, ¿cuál es la consecuencia de esta calificación como servicio público? Para responder esta pregunta es necesario diferenciar entre dos conceptos básicos, relacionados con los servicios públicos: titularidad y gestión.

### **Titularidad y gestión**

29. Por titularidad entendemos, en materia de servicios públicos, la obligación de conseguir que el servicio se preste y la responsabilidad de mantenerlo operando de acuerdo con el interés general. La gestión implica la actividad misma de prestar el servicio, el hecho de realizar la actividad prestacional.
30. Aunque en principio titularidad y gestión van unidas y el titular puede, al mismo tiempo, gestionar el servicio, es posible también que actúen por separado o, incluso, que la titularidad y la gestión correspondan a entidades diferentes.
31. Mientras la titularidad es irrenunciable y aquellos a los que les ha sido asignada están obligados a ejercerla, la gestión puede transferirse a prestadores que gestionen el servicio conforme las directivas del titular.
32. En otras palabras el sector público, titular de un servicio, manteniendo siempre la titularidad, puede escoger entre prestar directamente el servicio, incluso creando formas empresariales públicas específicas, o encargárselo a un privado. Es en este marco, si se decide lo segundo, que los particulares podrían participar en la actividad. Se ha visto ya lo relacionado con la titularidad, que surge precisamente de la calificación de una actividad como servicio público; conviene abordar, además, lo que tiene que ver con la gestión de los servicios.



## **La gestión de los servicios públicos conforme a la legislación ecuatoriana**

33. La legislación ecuatoriana toma en cuenta lo que hasta aquí se ha dicho y abre la posibilidad de que los servicios los preste directamente el sector público o se permita la participación de los privados. Esto, sin embargo, no se regula de forma amplia y hay una serie de restricciones para definir una forma de gestión pues, como se verá enseguida, en lugar de fijar simplemente las reglas generales sobre el particular, la Constitución opta por una modalidad de gestión específica.
34. El artículo 315 de la Constitución establece que los servicios públicos serán operados por empresas públicas, constituidas para el efecto<sup>8</sup>. Se autoriza a estas empresas a asociarse con privados en empresas mixtas, siempre que las públicas mantengan la mayoría del capital.
35. Este esquema de gestión, que es el básico en la Constitución, puede combinarse, de acuerdo con el artículo 316, con la delegación de la gestión a empresas mixtas con mayoría de capital público<sup>9</sup>. La posibilidad de que personas privadas o pertenecientes al sector de la economía popular y solidaria presten servicios públicos, se admite “de forma excepcional”.
36. En definitiva:
  - i. El de transporte es un servicio público y, como tal, una actividad reservada para el sector público.
  - ii. La prestación del servicio debe realizarla, directamente, el sector público, por medio de empresas públicas.
  - iii. Excepcionalmente se puede admitir que el servicio sea prestado por privados.

## **El servicio público de transporte en el Metro de Quito**

37. Sobre esta base, concentrémonos en el caso de la prestación del servicio de transporte en la primera línea del Metro de Quito.

---

<sup>8</sup> “Art. 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.”

<sup>9</sup> “Art. 316.- El Estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria. La delegación se sujetará al interés nacional y respetará los plazos y límites fijados en la ley para cada sector estratégico.

“El Estado podrá, de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades, en los casos que establezca la ley.”

38. Como se dijo ya, la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial califica al transporte de pasajeros como un servicio público. Esta ley contiene, además, importantes definiciones en relación con la prestación del servicio y con su titularidad.
- i. En lo que tiene que ver con la prestación, no asume la regla general de que ésta corresponde al Estado, sino que establece un régimen de excepcionalidad al amparo de lo que autoriza la Constitución de la República: el servicio, dice el artículo 56, puede prestarlo tanto el Estado como operadoras legalmente constituidas<sup>10</sup>; se abre, entonces, la posibilidad de delegar la prestación del servicio a privados<sup>11</sup>.
  - ii. La titularidad del servicio se asigna a varios entes públicos, dependiendo de la clase de servicio. Para lo que interesa a este informe, la titularidad del servicio de transporte que se presta dentro de los límites de un cantón o distrito metropolitano, según el artículo 66, corresponde al respectivo gobierno autónomo municipal o gobierno del distrito metropolitano cuando, como en el caso de Quito, haya asumido la competencia<sup>12</sup>.
39. Si nos concentramos en el caso del Distrito Metropolitano de Quito, es el gobierno metropolitano el que tiene la titularidad del servicio público de transporte colectivo de pasajeros; puede asumir la prestación del servicio o delegarla a operadores privados.
40. En el caso del Metro de Quito, el gobierno metropolitano ha optado por asumir la prestación del servicio y por no delegarlo al sector privado. Esto queda claro porque se ha definido que la gestión del servicio estará a cargo de una empresa pública metropolitana: la Empresa Pública Metropolitana Metro de Quito. La empresa fue creada por la Ordenanza Metropolitana 237, de 20 de abril de 2012<sup>13</sup>, que incorporada al Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito es en la actualidad el Capítulo XII, Título V, Libro Primero, de ese cuerpo normativo<sup>14</sup>.
41. Por mandato del artículo I.2.154 del citado Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito, el objeto principal de la empresa es el desarrollo,

---

<sup>10</sup> “Art. 56.-El servicio de transporte público podrá ser prestado por el Estado u otorgado mediante contrato de operación a operadoras legalmente constituidas.

“Para operar un servicio público de transporte deberá cumplir con los términos establecidos en la presente Ley y su Reglamento.

“Comprende también al que se presta mediante tranvías, metros, teleféricos, funiculares y otros similares y será servido a través de rutas, cables o fajas transportadoras preestablecidas.”

<sup>11</sup> Esto, por otro lado, no es sino el reconocimiento de una realidad, pues gran parte del servicio público de transporte lo han venido prestando operadores privados. La delegación se confiere por medio de un contrato de operación.

<sup>12</sup> “Art. 66.-El servicio de transporte público intracantonal, es aquel que opera dentro de los límites cantonales. La celebración de los contratos y/o permisos de operación de estos servicios será atribución de los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales o Metropolitanos o de la Agencia Nacional en los cantones que no hayan asumido la competencia, con sujeción a las políticas y resoluciones de la Agencia Nacional de Regulación y Control del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial y de conformidad con lo establecido en la presente Ley y su Reglamento.”

<sup>13</sup>[http://www7.quito.gov.ec/mdmq\\_ordenanzas/Ordenanzas/ORDENANZAS%20MUNICIPALES%202012/ORDM-](http://www7.quito.gov.ec/mdmq_ordenanzas/Ordenanzas/ORDENANZAS%20MUNICIPALES%202012/ORDM-)

[0237%20%20%20EMPRESA%20PUBLICA%20METROPOLITANA%20METRO%20DE%20QUITO.pdf](http://www7.quito.gov.ec/mdmq_ordenanzas/Ordenanzas/ORDENANZAS%20MUNICIPALES%202012/ORDM-0237%20%20%20EMPRESA%20PUBLICA%20METROPOLITANA%20METRO%20DE%20QUITO.pdf)

<sup>14</sup> Edición especial del Registro Oficial 902, 7 de mayo de 2019.

implementación y administración del subsistema Metro de Quito. Las competencias que se asignan para el cumplimiento de este objeto, se detallan en el artículo I.2.155 e incluyen, en las letras b) a la d), y se relacionan con la operación del Metro de Quito:

- i. 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;
- ii. Prestar servicios atinentes al objeto anterior, a través de la infraestructura a su cargo, directamente o por cualquier medio permitido por el ordenamiento jurídico; y,
- iii. 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.

42. Es claro, entonces, que el gobierno metropolitano, titular del servicio de transporte de pasajeros dentro del Distrito, ha definido que, en el caso del Metro de Quito, la prestación del servicio no la hará un privado, sino una empresa pública conformada para el efecto. ¿Qué modalidades puede utilizar la empresa para el ejercicio de estas competencias?

43. Las empresas públicas son entidades del sector público, por mandato del número 4 del artículo 225 de la Constitución de la República<sup>15</sup>. Tienen entonces, en primer lugar, el tratamiento propio de cualquier institución pública y, por lo tanto, pueden cumplir sus objetivos por gestión directa o contratando a terceros; en este último caso, deben aplicar las reglas generales que rigen la contratación de las instituciones públicas, fundamentalmente las contenidas en la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública<sup>16</sup>.

44. Pero las empresas públicas tienen, además, capacidad asociativa para cumplir sus fines y objetivos empresariales. Así lo establece el artículo 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas<sup>17</sup>, según el cual las empresas “podrán constituir cualquier tipo de asociación, alianzas estratégicas, sociedades de economía mixta ...”<sup>18</sup>.

45. Hay sin embargo un límite para el uso de estas modalidades. De ninguna manera pueden implicar la delegación a un tercero, de las competencias asignadas para la prestación del servicio público, pues la empresa no es la titular de este último. Esto

---

<sup>15</sup> “Art. 225.- El sector público comprende:

(...)

“4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.”

<sup>16</sup> Suplemento del Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008.

<sup>17</sup> Suplemento del Registro Oficial 48, 16 de octubre de 2009.

<sup>18</sup> “Art. 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.”

lo ha dejado claramente establecido la Corte Constitucional, al interpretar los artículos 313, 315 y 316 de la Constitución de la República, entendiendo que en virtud de los mismos “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 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”<sup>19</sup>.

46. De ningún modo, entonces, una empresa pública puede echar mano de los instrumentos a su disposición, para transferir a un privado la competencia de gestión del servicio, que le ha sido entregada por el titular; la gestión, según la misma sentencia, se entiende como “la prestación del servicio público”.

---

<sup>19</sup> Sentencia 001-12-SIC-CC de 5 de enero de 2012, suplemento del Registro Oficial 629, 30 de enero de 2012.

## II CONTRATACIÓN DE SERVICIOS Y ALIANZA ESTRATÉGICA

47. En esta parte del informe se analizan las dos alternativas identificadas por el Municipio, para contratar los servicios de la empresa operadora, cuya conveniencia y viabilidad se me ha pedido determinar.

### **El contrato de prestación de servicios**

48. Aunque en los términos de referencia de esta consultoría se resalta la figura de giro específico del negocio, se pide también tomar en cuenta otras modalidades previstas por la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública. Estas modalidades no son sino procedimientos diferenciados que se pueden aplicar a una sola clase de contratos, de los regulados por la ley indicada: el contrato de prestación de servicios. Creo conveniente, por ello, referirme en primer lugar al contrato como tal, para pasar después al análisis de las modalidades de contratación a las que puede someterse el mismo.

49. El contrato de prestación de servicios es uno de los tres principales regulados por la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública; los otros dos, que claramente no son aplicables al caso que nos ocupa, son el de adquisición de bienes y el de ejecución de obras. En virtud de este contrato, el contratista se compromete a prestar uno o más servicios al contratante, a cambio de un precio.

50. Para la celebración de estos contratos, la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública establece los siguientes procedimientos:

- i. El común, que implica la realización de procedimientos de selección en atención al presupuesto referencial del contrato.
- ii. Especial, cuando el contratista sea una empresa en la que los estados de la comunidad internacional participen en por lo menos el cincuenta por ciento<sup>20</sup>.
- iii. Especial, en el caso de empresas públicas, cuando el objeto del contrato forma parte del giro específico del negocio<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, art. 2:8: “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. ... 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; y, los que realicen las empresas de economía mixta en las que el Estado o sus instituciones hayan delegado la administración o gestión al socio del sector privado”.

<sup>21</sup> Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, art. 2:8: “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. ... 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.”

iv. Especial cuando el financiamiento proviene de organismos multilaterales o gobiernos extranjeros<sup>22</sup>.

51. Revisemos las particularidades de cada uno de estos procedimientos.
52. Régimen común para contratar la prestación de servicios<sup>23</sup>.- Este régimen toma en cuenta el monto del presupuesto referencial del contrato, para establecer el trámite que debe seguirse para seleccionar al contratista. Establece, para ello, cuatro procedimientos, de menor a mayor complejidad: ínfima cuantía, menor cuantía, cotización y licitación<sup>24</sup>; para el caso que nos ocupa, sin duda el monto superará al establecido para la licitación (USD 532.476,31), por lo que éste sería el procedimiento aplicable. De una revisión rápida de procedimientos de licitación tramitados por empresas públicas metropolitanas se encuentra que, en las licitaciones convocadas, transcurrieron uno y tres meses entre la convocatoria del procedimiento y la decisión sobre el mismo<sup>25</sup>.
53. Régimen especial para contratar con empresas extranjeras de propiedad estatal.- Este régimen implica identificar previamente una empresa extranjera cuya propiedad, en más del cincuenta por ciento, debe ser de entidades del sector público del respectivo país, tal como lo manda el artículo 2:8 de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública y detalla el inciso final del artículo 100 de su Reglamento General<sup>26</sup>. Si la decisión es contratar con la empresa identificada, se sigue un procedimiento abreviado que será el fijado en los instrumentos internacionales que puedan amparar la contratación<sup>27</sup> o, a falta de estos últimos, el

<sup>22</sup> Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, art. 3: “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.”

<sup>23</sup> Se toma en cuenta únicamente los que la ley denomina servicios no normalizados, pues tales son los que estarían involucrados en el caso que nos ocupa. Conforme el artículo 6:2 de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, son normalizados los servicios “cuyas características o especificaciones técnicas se hallen homologados y catalogados”.

<sup>24</sup> En el año 2020, los montos base aplicar cada uno de estos procedimientos han sido los siguientes:

PROCEDIMIENTO	MONTO
Ínfima cuantía	< 7.099,68
Menor cuantía	= o > 7.099,68 y < 70.996,84
Cotización	= o > 70.996,84 y < o = 532.476,31
Licitación	> 532.476,31

<sup>25</sup> Se ha hecho la revisión en el portal de Compras Públicas, [compraspublicas.gob.ec](http://compraspublicas.gob.ec).

<sup>26</sup> Reglamento General de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, suplemento del Registro Oficial 588, 12 de mayo de 2009: “... 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.”

<sup>27</sup> Reglamento General de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, suplemento del Registro Oficial 588, 12 de mayo de 2009: “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

que detalla el artículo 99 del Reglamento General de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública que implica, básicamente, una invitación directa, la presentación de una oferta y la decisión sobre la misma<sup>28</sup>.

54. Régimen especial por el giro específico del negocio.- Se trata de un régimen de contratación aplicable a las empresas públicas y que les exonera del procedimiento de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, lo que les permite dictar normas internas para regular la contratación. Es requisito para la aplicación de este régimen la definición del giro económico del negocio, que debe hacerla el Servicio Nacional de Contratación Pública<sup>29</sup>, conforme el procedimiento que establecen los artículos 425 al 431 de la Codificación de Resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública<sup>30</sup>.
55. Régimen especial para contratos financiados por organismos multilaterales o gobiernos extranjeros.- Me limito a mencionar este régimen, que entiendo que al no existir el financiamiento que requiere el mismo, no se aplica al caso que nos ocupa. El procedimiento a seguir, en este caso, es el definido en los respectivos convenios

---

asociativas; en el caso de no haberse previsto un régimen de contratación específico, se seguirá el procedimiento previsto en el artículo precedente.”

<sup>28</sup> Reglamento General de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, suplemento del Registro Oficial 588, 12 de mayo de 2009: “Art. 99.-Procedimiento.-Para las contrataciones de las entidades contratantes previstas en el artículo anterior, se observará el siguiente procedimiento:

“1. La máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado emitirá una resolución en la que conste la conveniencia y viabilidad técnica y económica de la contratación; aprobará los pliegos, el cronograma del proceso; y, dispondrá el inicio del procedimiento especial;

“2. Se publicará en el Portal [www.compraspublicas.gov.ec](http://www.compraspublicas.gov.ec) la resolución de la máxima autoridad de la entidad contratante, adjuntando la documentación descrita en el numeral anterior y la identificación de la entidad o empresa invitada, señalando el día y la hora en que fenece el período para la recepción de la oferta;

“3. Una vez publicada la resolución, la entidad contratante enviará invitación directa a la entidad o empresa seleccionada con toda la información que se publicó en el Portal [www.compraspublicas.gov.ec](http://www.compraspublicas.gov.ec);

“4. En el día y hora señalados para el efecto en la invitación, que no podrá exceder el término de 3 días contados desde su publicación, se llevará a cabo una audiencia de preguntas y aclaraciones, de la cual se levantará un acta que será publicada en el Portal [www.compraspublicas.gov.ec](http://www.compraspublicas.gov.ec);

“5. En la fecha y hora señaladas para el efecto, a través del Portal [www.compraspublicas.gov.ec](http://www.compraspublicas.gov.ec), se procederá a la recepción de la oferta de la entidad o empresa invitada;

“6. La máxima autoridad o su delegado, mediante resolución motivada adjudicará la oferta o declarará desierto el proceso, sin lugar a reclamo por parte del oferente invitado.”

<sup>29</sup> Reglamento General de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, suplemento del Registro Oficial 588, 12 de mayo de 2009: “Art. 104.-Giro específico del negocio.-Las contrataciones a cargo de las empresas referidas en el artículo anterior, relacionadas con el giro específico de sus negocios, que estén reguladas por las leyes específicas que rigen sus actividades o por prácticas comerciales o modelos de negocios de aplicación internacional, y los contratos de orden societario, no estarán sujetas a las normas contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y en este Reglamento General; siempre que estén habilitados por esas normas específicas.

“Para el efecto, la máxima autoridad de las empresas o sus delegados, remitirán al SERCOP la solicitud para que este determine las contrataciones que correspondan al giro específico y al giro común del respectivo negocio, cumpliendo con los requisitos previstos por el Director Ejecutivo de la mencionada institución. La definición de contrataciones sometidas a régimen especial por giro específico del negocio se publicará en una ventana especial del Portal [www.compraspublicas.gov.ec](http://www.compraspublicas.gov.ec).

“Esta disposición no podrá ser utilizada como mecanismo de elusión de los procedimientos de contratación previstos en el Título III de la Ley. Si a juicio del SERCOP se presumiera que alguna de las empresas hubiese incurrido en la práctica antes señalada, notificará a la Contraloría General del Estado, de conformidad con lo previsto en el artículo 15 de la Ley.”

<sup>30</sup> Edición especial del Registro Oficial 245, 29 de enero de 2018.

y, solo supletoriamente, el regulado en la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública<sup>31</sup>.

56. Como puede verse, los regímenes que se han indicado se limitan a establecer procedimientos diferentes, pero el contrato como tal, el de prestación de servicios, sigue siendo el mismo. Siendo así, la diferencia tiene que ver con el tiempo necesario para seleccionar al contratista y adjudicar el contrato, y no con el objeto de este último.
57. Este objeto no es otro que obtener de un privado la prestación de determinados servicios, bajo la dirección y según las especificaciones del contratante, a cambio del pago de una remuneración que cubra los honorarios del contratista y los costos en que éste hubiera incurrido. Aunque se hará referencia a esto con más detalle al analizar la aplicabilidad del contrato de servicios al caso que nos ocupa, no está demás dejar indicado que mientras se mantenga este objeto, y salvo prohibiciones expresas de la ley, los detalles de la prestación del servicio y las modalidades de pago, incluida la posibilidad de financiamiento del contratista, dependerán de lo que se estipule en el respectivo contrato.

### **Alianza estratégica**

58. La alianza estratégica es una de las modalidades asociativas que el artículo 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas<sup>32</sup> permite utilizar a las empresas públicas, para el cumplimiento de sus fines y objetivos<sup>33</sup>. No hay, sin embargo, ni en las normas vigentes, ni en nuestra jurisprudencia, una definición que nos permita establecer qué debe entenderse por alianza estratégica.
59. Es claro, sin embargo, que nuestra legislación las trata como un tipo específico, distinto de otras formas asociativas; por eso la menciona expresamente como diferente a las sociedades y, por lo tanto, es a partir de estas últimas que se pueden establecer los rasgos distintivos de las alianzas estratégicas.
60. Las sociedades, entre las cuales se encuentra la compañía de economía mixta, nacen del que el artículo 1957 de nuestro Código Civil<sup>34</sup> denomina contrato de sociedad o compañía, en virtud del cual “dos o más personas estipulan poner algo en común, con el fin de dividir entre sí los beneficios que de ello provengan”; la sociedad, dice la norma citada, “forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente

---

<sup>31</sup> Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, art. 3: “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.”

<sup>32</sup> Suplemento del Registro Oficial 48, 16 de octubre de 2009.

<sup>33</sup> “Art. 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.”

<sup>34</sup>



considerados”. Quienes se asocian, entonces, emprenden un negocio con miras a un objetivo común.

61. Si, como se dijo ya, la legislación trata a las alianzas estratégicas separándolas de las sociedades, sus características deben ser distintas y, en consecuencia, la asociación no conforma un negocio único ni tiene un objetivo común. Esto coincide con los ejemplos de alianzas estratégicas que se encuentran en la literatura administrativa y que se pueden describir como asociaciones de empresas diferentes, con negocios diferentes o, que siendo similares, no tienen el mismo alcance, que juntan sus esfuerzos para alcanzar sus objetivos propios desarrollando sinergias, compartiendo redes de distribución o emprendiendo proyectos de desarrollo para generar productos o sistemas que pueden ser de interés particular para cada uno de los negocios.
62. Esto se ilustra mejor si nos referimos a casos que se presentan frecuentemente como ejemplo de alianza estratégica. El de las cafeterías Starbucks y las librerías Barnes & Noble es uno de ellos: dos negocios distintos, que pueden potenciarse mutuamente cuando ocupan un mismo espacio; se trata de una alianza pura y simple, en la que ninguno interviene en el negocio del otro, ni se encarga de aspecto alguno del mismo, pero consiguen sus objetivos de mejor manera con la participación de su asociado. Simbiosis, se diría en las ciencias naturales.
63. Aunque en el Ecuador hay algunos equívocos sobre la figura, los pocos cuerpos normativos que de alguna manera la desarrollan lo hacen precisamente con el enfoque que se ha indicado. El Reglamento General a la Ley General de Servicios Postales<sup>35</sup>, por ejemplo, se refiere a las alianzas estratégicas, en el segundo inciso de su artículo 22, como un instrumento, junto con contratos de servicios, asociaciones y consorcios, para conseguir que el servicio postal tenga cobertura nacional<sup>36</sup>.
64. La entidad a cargo del servicio postal, entonces, puede prestarlo directamente, contratar los servicios de alguien que haga el transporte o las entregas; forme una sociedad con una o más personas para ampliar o mejorar el servicio (asociación) o para manejar un contrato o un negocio determinado (consorcio); o, finalmente, establezca una alianza estratégica en la que, por ejemplo, cubra con espacios territoriales no cubiertos por otra empresa a cambio de que ésta utilice sus medios para cubrir aquellos a los que no llega el operador público.
65. En el año 2000 se dictó un reglamento de alianzas estratégicas en el ámbito petrolero<sup>37</sup>, que las define como “acuerdos generales de cooperación bilateral” y los ve más bien como instrumento para la definición conjunta de negocios comunes que, en muchos casos, no serían posibles en el marco de la Constitución vigente, pues implicarían delegación, por parte de la empresa, de actividades estratégicas.

---

<sup>35</sup> Registro Oficial 854, 4 de octubre de 2016.

<sup>36</sup> “El operador postal designado, independientemente de su naturaleza, podrá subcontratar servicios a otras empresas públicas, privadas o de la economía popular y solidaria, sean operadores postales o no y celebrar alianzas estratégicas, asociación, consorcios u otros de naturaleza similar de conformidad con la ley, para cubrir con el SPU todo el territorio nacional.”

<sup>37</sup> Reglamento para la celebración de convenios de Alianza Estratégica con empresas petroleras estatales, Registro Oficial 170, 25 de septiembre de 2000.

66. A partir de la entrada en vigencia de la Constitución, en octubre de 2008, las empresas públicas, tal como lo ha explicado la sentencia de la Corte Constitucional a la que se hizo referencia con anterioridad<sup>38</sup>, no pueden delegar la prestación de los servicios públicos o la ejecución de actividades estratégicas a su cargo; la delegación solo puede provenir del titular del servicio o la actividad estratégica.
67. Que las empresas públicas no pueden celebrar alianzas estratégicas que impliquen la transferencia a terceros de actividades estratégicas o servicios públicos lo ha dejado en claro el Procurador General del Estado. En efecto, al responder una consulta formulada por la Empresa Pública Hidroeléctrica de Zamora Chinchipe (HIDROZACHIN E.P.), indicó que no cabe una alianza estratégica en la que esta última participa aportando financiamiento a un proyecto hidroeléctrico que ejecuta un tercero<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> Sentencia 001-12-SIC-CC de 5 de enero de 2012, suplemento del Registro Oficial 629, 30 de enero de 2012.

<sup>39</sup> Oficio 01388, 14 de abril de 2011, suplemento del Registro Oficial 471, 16 de junio de 2011: “Las inversiones de recursos públicos en el desarrollo del Proyecto Hidroeléctrico Sabanilla, que son el objeto de la carta de intención suscrita por HIDROZACHIN E. P., con HIDRELGEN S. A., no reúne las características de una alianza estratégica, como una de las formas en que se puede instrumentar la capacidad asociativa que el artículo 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas reconoce a dichas empresas, pues para instrumentar dicha capacidad asociativa, la alianza estratégica o cualquier sistema de asociación, debe tener por objeto el cumplimiento de los fines y objetivos empresariales de la empresa pública y por tanto no se extiende a actividades de inversión de fondos públicos, en actividades distintas de aquellas que desarrolle la respectiva empresa pública en forma directa.

“En consecuencia, coincido con el criterio expuesto tanto por el CONELEC como por el Ministerio de Energía y Recursos Renovables, en el sentido de que HIDROZACHIN E.P., debería asumir directamente la ejecución del Proyecto Hidroeléctrico Sabanilla, o en su defecto conformar una empresa de economía mixta, en la que el Estado tenga mayoría accionaria, en los términos previstos en los artículos 316 de la Constitución de la República y 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que prevé la realización de un concurso público para la selección de socios privados.

“Se concluyó que las alianzas estratégicas que las empresas públicas pueden formar de conformidad con la capacidad asociativa que les confiere el artículo 35 de su ley rectora, tiene por objeto el cumplimiento de los fines y objetivos empresariales de la empresa pública y no se extiende a actividades de inversión de fondos públicos en actividades distintas de aquellas que desarrolle en forma directa la respectiva empresa pública. En consecuencia, el financiamiento al que las empresas públicas pueden recurrir según el artículo 42 de la misma ley, tampoco puede ser destinado a la inversión en actividades que la empresa pública no desarrolle en forma directa.

“Por tanto, en atención a los términos de su segunda consulta se concluye que no es jurídicamente procedente que HIDROZACHIN E. P. invierta fondos provenientes de un crédito otorgado por el Banco del Estado o cualquier ente financiero público o privado, nacional o internacional en HIDRELGEN S. A. “No es jurídicamente procedente que HIDROZACHIN E. P., participe en la constitución y aporte fondos públicos a un Fideicomiso Mercantil destinado a la construcción, operación, amortización de crédito y distribución de utilidades del Proyecto Hidroeléctrico Sabanilla (PHS), mientras el desarrollo de dicho proyecto corresponda a una empresa privada, pues el artículo 315 de la Constitución de la República, admite solo en forma de excepción que se delegue a la iniciativa privada el ejercicio de actividades relacionadas con la gestión de sectores estratégicos y la prestación de servicios públicos, que según dicha norma constitucional, deben ser gestionados por empresas públicas”. (Los subrayados no constan en el original).

### III

## APLICABILIDAD DE LAS ALTERNATIVAS A LA OPERACIÓN DE LA PRIMERA LÍNEA DEL METRO DE QUITO

### Esquema de operación propuesto

68. Por ser los documentos cronológicamente más actuales, me refiero a continuación a los denominados *Proyecto Asociativo*, del 2 de diciembre de 2020, y *Bases para la Contratación del Servicio de Operación y Mantenimiento de la Primera Línea del Metro de Quito*, de diciembre de 2020.
69. Tomo en cuenta, en este apartado, exclusivamente el esquema general propuesto, sin referirme a ninguna de las alternativas planteadas ni a la forma específica en que los documentos citados plantean que debe ponerse en ejecución el referido esquema general.
70. Se trata, entonces, de identificar los campos de actividad que incluye la prestación del servicio, o que se relacionan con ésta, y su distribución entre la Empresa Pública Metropolitana Metro de Quito y “una empresa internacional, sea pública o privada con amplia experiencia en operación y mantenimiento de sistemas de metro subterráneos”<sup>40</sup>, cuya participación se considera necesaria para la puesta en marcha de la primera línea del Metro.
71. Esta necesidad se fundamenta en la carencia de personal capacitado, falta de experiencia en el manejo de sistemas similares, inexistencia de desarrollos tecnológicos y capacidades, falta de recursos financieros y potenciales riesgos para la sostenibilidad del sistema<sup>41</sup>.
72. El esquema de prestación del servicio contempla una distribución de tareas entre la Empresa Pública Metropolitana Metro de Quito y la empresa internacional seleccionada, que está claramente explicada en las *Bases para la Contratación del Servicio de Operación y Mantenimiento de la Primera Línea del Metro de Quito*. Esa distribución consta en el cuadro que consta a continuación<sup>42</sup> y en el diagrama que se reproduce luego, tomado de los dos documentos a los que se ha hecho referencia<sup>43</sup>. En el diagrama, la empresa internacional se identifica como aliado estratégico, pues es ésta la alternativa en la que se basan los documentos analizados.

---

<sup>40</sup> Proyecto Asociativo, pág. 81.

<sup>41</sup> “Ante este reto, y reconociendo que la actual situación el EPMMQ, el MDMQ, los otros niveles de gobierno y la comunidad nacional, en general presentan estas condiciones:

“• Carencia local de personal técnico formado y calificado para estas prestaciones.

“• Inexistencia de experiencia y conocimiento de todos los sistemas para gestionar de forma autónoma este tipo de servicio.

“• Inexistencia de desarrollos tecnológicos y capacidades para dar soporte y mantenimiento a los distintos componentes operativos del sistema metro.

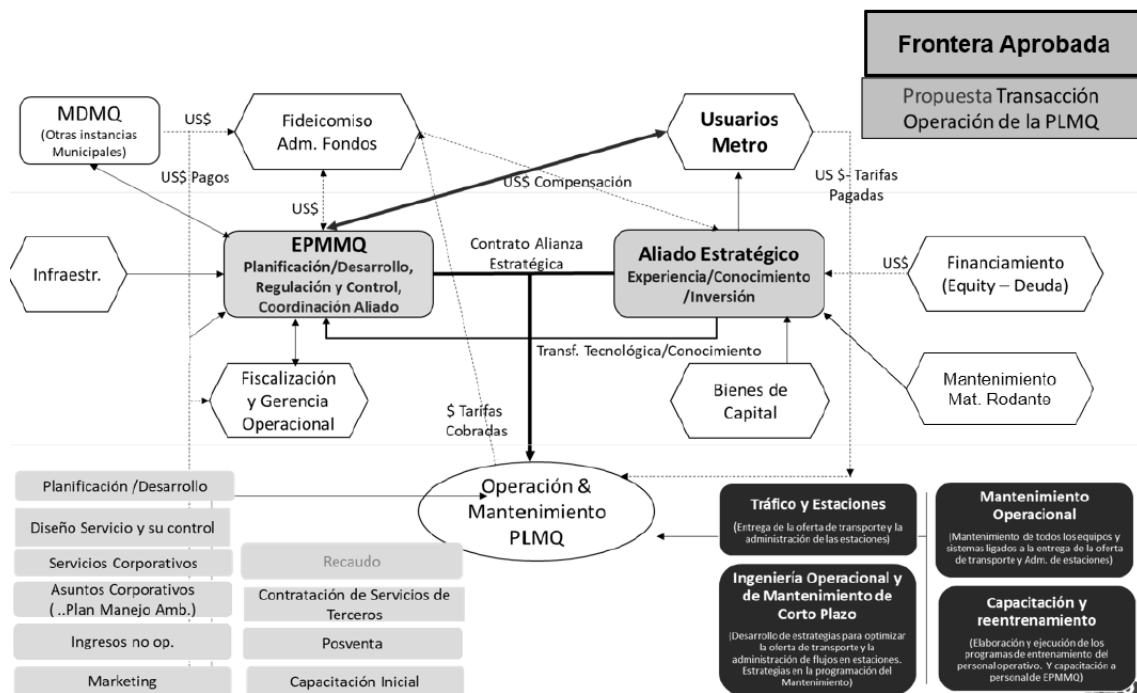
“• Escasa disponibilidad de recursos financieros para respaldar requerimientos futuros de inversiones para sostener y desarrollar el servicio.

“• Potenciales riesgos de poner en peligro la sostenibilidad del sistema y afectar el nivel de servicio del transporte público de más de 2,5 millones de quiteños”. Proyecto Asociativo, pág. 81.

<sup>42</sup> Bases, págs. 35 y 36.

<sup>43</sup> Proyecto Asociativo, pág. 89 y Bases, pág. 41.

EPMMQ	EMPRESA INTERNACIONAL
Aporta la infraestructura	Aporta financiamiento
Planificación y desarrollo de estudios de demanda, requerimiento de oferta, integración con el sistema de transporte de superficie, estudio y construcción de ampliaciones y nuevas líneas, ingeniería operacional y de mantenimiento a largo plazo	Tráfico y estaciones (centro de control, conducción de trenes, supervisión de línea, administración de estaciones y del personal de seguridad)
Diseño y control del servicio	Mantenimiento operacional de equipos y sistemas ligados a la entrega de la oferta de transporte y administración de estaciones
Contratación de servicios con terceros	Ingeniería operacional y de mantenimiento de corto y mediano plazo
Recaudo	Capacitación y reentrenamiento
Servicios corporativos	Software y licenciamiento
Asuntos corporativos y sostenibilidad, relaciones institucionales, comunicaciones corporativas, relaciones con la comunidad y plan de manejo ambiental	Sistemas o niveles de mantenimiento
Comercialización (información al cliente, publicidad)	
Posventa (administración de contratos con terceros) y del seguro de pasajeros	
Ingresos no operacionales	



## La alternativa de prestación de servicios

73. Si de lo que se trata es de contar con un operador que se encargue de actividades concretas de la prestación del servicio, el contrato de prestación de servicios es una alternativa posible, pues con el mismo no se delega la gestión, sino que se reciben servicios de un prestador, pagándole la remuneración correspondiente, bajo la dirección de la contratante.
74. Lo que existe en esta clase de contratos no es la delegación de la gestión del servicio, para que el delegado asuma riesgos y beneficios de su trabajo, sino la gestión indirecta que utiliza como instrumento al contratista. Esta forma contractual, entonces, no afecta la limitación constitucional que impide que la empresa prestadora del servicio delegue este último. Como afirma acertadamente el informe de la Gerencia Jurídica de la Empresa Pública Metropolitana Metro de Quito, en esta clase de contratos la empresa continúa siendo la operadora<sup>44</sup> y por eso habla de “gestión directa por contrato”<sup>45</sup>.
75. Como se dijo ya anteriormente, la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública establece un procedimiento general y procedimientos especiales para la selección del contratista. Para el caso que nos ocupa, los aplicables serían el procedimiento general (que implicaría tramitar una licitación), y el procedimiento que defina la entidad contratante luego de obtener del Servicio Nacional de Contratación Pública la determinación del giro específico del negocio. Si la empresa escogida como contratista es de propiedad de un Estado de la comunidad internacional, se aplicaría el procedimiento especial que se determine en el convenio respectivo o el del artículo 99 del Reglamento General de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública que, como ya se dijo, implica básicamente una invitación directa, la presentación de una oferta y la decisión sobre la misma<sup>46</sup>. No creo factible el financiamiento de organismos multilaterales o gobiernos extranjeros pero, de darse el caso, el procedimiento se fijaría en el respectivo convenio y, supletoriamente, se aplicaría la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública.

---

<sup>44</sup> Memorando EPMMQ-GJ-2020-0218, 10 de julio de 2020, pág. 33.

<sup>45</sup> Ibid., pág. 32.

<sup>46</sup> Reglamento General de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, suplemento del Registro Oficial 588, 12 de mayo de 2009: “Art. 99.-Procedimiento.-Para las contrataciones de las entidades contratantes previstas en el artículo anterior, se observará el siguiente procedimiento:

“1. La máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado emitirá una resolución en la que conste la conveniencia y viabilidad técnica y económica de la contratación; aprobará los pliegos, el cronograma del proceso; y, dispondrá el inicio del procedimiento especial;

“2. Se publicará en el Portal [www.compraspublicas.gov.ec](http://www.compraspublicas.gov.ec) la resolución de la máxima autoridad de la entidad contratante, adjuntando la documentación descrita en el numeral anterior y la identificación de la entidad o empresa invitada, señalando el día y la hora en que fenece el período para la recepción de la oferta;

“3. Una vez publicada la resolución, la entidad contratante enviará invitación directa a la entidad o empresa seleccionada con toda la información que se publicó en el Portal [www.compraspublicas.gov.ec](http://www.compraspublicas.gov.ec);

“4. En el día y hora señalados para el efecto en la invitación, que no podrá exceder el término de 3 días contados desde su publicación, se llevará a cabo una audiencia de preguntas y aclaraciones, de la cual se levantará un acta que será publicada en el Portal [www.compraspublicas.gov.ec](http://www.compraspublicas.gov.ec);

“5. En la fecha y hora señaladas para el efecto, a través del Portal [www.compraspublicas.gov.ec](http://www.compraspublicas.gov.ec), se procederá a la recepción de la oferta de la entidad o empresa invitada;

“6. La máxima autoridad o su delegado, mediante resolución motivada adjudicará la oferta o declarará desierto el proceso, sin lugar a reclamo por parte del oferente invitado.”

76. Como puede verse, en cualquier caso la contratación de servicios implica un procedimiento previo de selección del contratista. Si pensamos en el procedimiento que podría considerarse como menos complejo, el que proviene de la calificación del giro específico del negocio, se debería agregar el trámite de esta calificación que, según se me ha indicado, no la tiene la Empresa Pública Metropolitana Metro de Quito. En otras palabras, aunque conviene una evaluación más específica del tiempo que implicaría tramitar cada procedimiento de selección, de acuerdo con las capacidades y la experiencia de la Empresa Pública Metropolitana Metro de Quito, mi impresión es que no hay mayor diferencia, en este punto, entre las alternativas propuestas, y que ninguna tendría una ventaja decisiva en relación con las otras.
77. Cabe indicar que, aunque hay una serie de requisitos de obligatorio cumplimiento que la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública establece para estos contratos (garantías, obligación de contar con administración del contrato, contratos complementarios, procedimiento de terminación, etc.), los contratos de prestación de servicios pueden diseñarse de acuerdo a las necesidades institucionales y estableciendo las prestaciones mutuas de los contratantes, que resulten más adecuadas para cumplir los fines que se buscan con la contratación. Lo anterior incluye temas como las obligaciones de las partes, los plazos para su cumplimiento e, inclusive, la posibilidad de que el contratista otorgue financiamiento para la ejecución del contrato.
78. En todo caso, y salvo cuando se trata de contratos financiados por organismos multilaterales o gobiernos extranjeros, en los que los respectivos convenios pueden establecer reglas específicas para la ejecución de los contratos, en todos los demás casos las diferencias se refieren exclusivamente al procedimiento y no a las condiciones contractuales ni a la ejecución de los contratos.
79. Me parece conveniente hacer referencia a algunas observaciones que pueden hacerse en relación con el contrato de prestación de servicios.
80. La primera refiere a la distribución de riesgos en esta clase de contratos. Aunque hay quienes afirman que esta no existe, en realidad ella depende de lo que las partes convengan, siempre que esa distribución resulte aceptable para ellas. No hay nada, en esta clase de contrato, que excluya la posibilidad de incluir estipulaciones expresas sobre distribución de riesgos.
81. Se presenta también como un inconveniente el límite de 30% para subcontrataciones, que establece el tercer inciso del artículo 79 de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública<sup>47</sup>. Lo es, sin duda, si se piensa en el contratista como un mero intermediario entre la entidad contratante y quienes efectivamente van a realizar el trabajo; el contrato se adjudica, sin embargo, porque se considera que el favorecido tiene condiciones y capacidad para ejecutar el contrato y el subcontrato no puede entenderse como la norma, sino como una excepción; la entidad contratante, además, tiene una mayor garantía si su relación directa es con quien ejecuta efectivamente el contrato. Las dificultades que pueden derivar de esta limitación se evitan con una adecuada planificación, que puede llevar a la necesidad de celebrar más de un contrato de prestación de servicios, cuyo

---

<sup>47</sup> “Las subcontrataciones no se las podrá realizar con personas inhabilitadas para contratar de acuerdo con esta Ley, ni podrán superar el treinta (30%) por ciento del monto del contrato reajustado”.

manejo depende de una adecuada administración y coordinación. Una posibilidad, que hace parte de la planificación indicada, es la de constituir un consorcio que divida responsabilidades y permita cubrir todos los requerimientos, prescindiendo de las subcontrataciones o reduciéndolas al mínimo.

82. Relación con lo anterior tienen los límites para la celebración de contratos complementarios. Un buen diseño del contrato y la inclusión de estipulaciones abiertas para los casos de los que se puedan derivar modificaciones, permite solventar los problemas que se pueden presentar en este ámbito.
83. La falta de estudios definitivos es un problema, no solo para esta modalidad contractual, sino para cualquier esquema que pretenda plantearse. Lo primero que debe tener claro la entidad contratante es qué se pretende contratar y cuáles son las implicaciones de hacerlo; en caso contrario, sobre todo si se plantea una relación a largo plazo, se corre con el riesgo de diseñar deficientemente el contrato y cargar con esa deficiencia durante todo el período de ejecución, con los consiguientes perjuicios para la entidad y para el interés colectivo. Carecer de datos precisos sobre la demanda no constituye una dificultad, pues hasta lo que entiendo, no se puede llegar a tener una absoluta certeza en relación con este tema; se pueden plantear aproximaciones y posibles escenarios, que permitan a los posibles contratistas tener claro el negocio que se les propone. Si esto no se encuentra medianamente definido, no veo cómo se pretende definir cualquier tipo de relación contractual o de asociación.
84. Lo anterior tiene que ver con el riesgo de la demanda. Me parece que este riesgo fue asumido por la Municipalidad desde el momento mismo en que resolvió optar por la construcción del Metro de Quito y su mitigación depende de la buena ejecución de los estudios, tanto previos a la construcción como a la operación.
85. El cumplimiento de mínimos de participación nacional depende de los estudios que se realicen y que, si están bien ejecutados, tomarán en cuenta aquellos espacios en los que no existe oferta nacional o faltan la experiencia o la tecnología adecuadas. No debe olvidarse, por otra parte, que en los documentos producidos por la Empresa Pública Metropolitana Metro de Quito, se insiste en la necesidad de que la participación de una empresa internacional haga posible la transferencia de tecnología y conocimientos<sup>48</sup>.
86. Es necesario destacar la necesidad de que, para iniciar cualquier procedimiento para la contratación de servicios, se cuente con partida presupuestaria y recursos suficientes en la misma<sup>49</sup>. De todos modos, la contratación por servicios no excluye la posibilidad de financiamiento del contratista, lo que puede permitir superar la dificultad que podría surgir por la falta de recursos.

---

<sup>48</sup> Proyecto Asociativo, pág. 91.

<sup>49</sup> Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, suplemento del Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008: “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”.

## La alternativa de alianza estratégica

87. No encuentro que la alianza estratégica sea una alternativa posible dentro del esquema propuesto para la operación de la primera línea del Metro de Quito.
88. En efecto, como se ve con claridad en el cuadro de distribución de actividades y en el diagrama que constan al inicio de esta sección del informe, la empresa privada tendría a su cargo la que es, sin duda, la prestación del servicio de transporte propiamente dicha (el manejo de la línea, la conducción de los trenes y la administración de las estaciones).
89. El esquema que se propone no encaja, en modo alguno, con lo que se ha caracterizado como alianza estratégica, pues no implica que dos negocios distintos colaboran para alcanzar sus fines particulares; el *Proyecto Asociativo* pretende que esto último sí ocurre, pero creo que no es así. Dice el documento que la alianza estratégica implica, “para el sector público (y, por ende, para la sociedad en su conjunto), un menor costo, mejor calidad o una combinación de los dos, así como la posibilidad de potenciar en el corto plazo el impacto en inversión pública de recursos fiscales escasos; para el sector privado, la posibilidad de invertir, producir, fuentes de trabajo y crear rentas para la sociedad”<sup>50</sup>. Si la afirmación es válida para el sector público, no lo es para el privado; el objetivo de éste es generar beneficios económicos para la empresa y no crear fuentes de trabajo o rentas para la sociedad; esto último puede ser un resultado colateral, pero la empresa no se creó para cumplir esas finalidades que son, más bien, propias del sector público.
90. Lo que en realidad se plantea no es una alianza estratégica sino la transferencia a una empresa internacional, de la gestión de un servicio público que tiene asignada una empresa metropolitana y esto, como se dijo ya anteriormente, no es admisible en el marco de la Constitución vigente.
91. Se trata, en definitiva, de una concesión a la que se califica de alianza estratégica, sin que sea tal. La gestión del servicio deja de estar en manos de la empresa metropolitana, al menos en su parte esencial; deja de ser una gestión directa por contrato y se convierte en una gestión compartida. Esto lo tiene muy claro el propio *Proyecto Asociativo*, que afirma que la empresa metropolitana y la empresa internacional prestarán el servicio de transporte “de manera conjunta”<sup>51</sup>.
92. La alianza estratégica, simplemente, no tiene cabida para la prestación del servicio de transporte en la primera línea del Metro de Quito, si se la piensa como el encargo de la gestión del transporte. Sí se la puede utilizar si se piensa en alianzas para la prestación de servicios al público que acude a las estaciones, o para el desarrollo de proyectos urbanísticos que potencien el funcionamiento del Metro, para poner solo dos ejemplos.

---

<sup>50</sup> Proyecto Asociativo, pág. 85.

<sup>51</sup> Proyecto Asociativo, pág. 81.



**IV**  
**SOBRE EL ESQUEMA PROPUESTO POR LA**  
**EMPRESA PÚBLICA METROPOLITANA METRO DE QUITO**

93. De lo expuesto en la sección anterior se desprende la principal deficiencia del esquema propuesto por la Empresa Pública Metropolitana Metro de Quito: lo que se propone, en realidad, es una concesión a la que se da el nombre de alianza estratégica; esta última no es aplicable para aquello que se pretende hacer y que, tal como está diseñado, contradice el mandato constitucional que impide a las empresas públicas prestadoras de servicios, delegar la gestión de los mismos.
94. El diseño parte, además, de un supuesto equivocado: la propuesta de transferir a una empresa internacional la gestión del servicio se fundamenta en la “inexistencia de experiencia y conocimiento de todos los sistemas para gestionar de forma autónoma este tipo de servicio”. Un requisito básico para diseñar una relación como la que se plantea es el conocimiento del negocio; ¿cómo se pueden establecer las condiciones de la relación entre la empresa metropolitana y la encargada del servicio, cómo se va a evaluar y controlar a esta última, sin conocer las particularidades del trabajo que debe realizar?
95. El problema es mayor si se toma en cuenta que estamos hablando de una relación a largo plazo. A partir del supuesto planteado, durante todo el tiempo de duración de la denominada alianza la gestión quedaría en manos de la empresa internacional, sin que la metropolitana cuente con los instrumentos para evaluar su desempeño. En la práctica, entonces, la empresa a la que el ordenamiento jurídico vigente le ha entregado la responsabilidad de prestar el servicio de transporte en la primera línea del Metro de Quito, abdica de su competencia y se la entrega a una empresa internacional.
96. La puesta en marcha de un nuevo servicio de transporte implica, necesariamente, que no exista experiencia suficiente para su gestión, precisamente porque carece de antecedentes. Es lo mismo que han enfrentado el Sistema Trolebús de Quito y el Tranvía de Cuenca que, sin embargo, son operados, desde un inicio, por la entidad pública encargada del servicio. La falta de experiencia se solventa con asesoría adecuada y, sobre todo, evitando comprometerse en relaciones de largo plazo mientras no se tenga un conocimiento cabal y experiencia suficiente sobre el manejo del negocio.
97. Las necesidades de apoyo externo pueden cubrirse recurriendo a contratos de prestación de servicios.
98. Un problema que no es menor en el diseño de la llamada alianza estratégica, es el de la relación entre las empresas que se supone aliadas, pues es necesario establecer reglas claras para la relación entre las mismas, a fin de evitar conflictos relacionados con la operación del servicio y las responsabilidades de cada una de las partes en relación con la misma. No encuentro, en los documentos que he analizado, que se haya diseñado un esquema de relación entre las empresas asociadas que garantice que el trabajo fluya y el servicio se preste sin inconvenientes. Es indispensable, por ejemplo, contar con una instancia de

fiscalización, para hacer efectivas las tareas de control que el propio esquema propuesto asigna a la empresa metropolitana en relación con el control del servicio.

99. Ahora bien, el esquema propuesto, con los ajustes del caso, puede funcionar con uno o más contratos de prestación de servicios, que no implican la delegación de la gestión del servicio, sino una gestión indirecta del mismo por medio del contratista.

100. Pero si lo que se pretende es la delegación del servicio de transporte en la primera línea del Metro de Quito hay que plantearla como tal. Esto implicaría, eso sí, un giro completo en la forma en que hasta el momento la Municipalidad ha planteado ese servicio: por medio de una empresa metropolitana. El esquema de delegación es distinto al de empresa pública y, por lo tanto, no puede funcionar con ella; el cierre de la empresa y la concesión por parte de la Administración Municipal es lo que cabría hacer en ese caso.

## CONCLUSIONES

1. La contratación de servicios, al amparo de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, es una alternativa posible si se requiere contar con la colaboración externa para la prestación del servicio de transporte en la primera línea del Metro de Quito.
2. Para la contratación de servicios deberá establecerse, a partir de un análisis de las necesidades de tiempo, la conveniencia de aplicar el procedimiento general o el especial por giro específico del negocio.
3. La alianza estratégica no es una posibilidad aplicable al esquema propuesto por la Empresa Pública Metropolitana Metro de Quito.
4. La propuesta de alianza estratégica formulada por la Empresa Pública Metropolitana Metro de Quito es, en realidad, una concesión de servicio público, pues implica delegar la gestión del mismo a una empresa internacional.
5. Por mandato constitucional, la empresa metropolitana no está facultada para delegar la gestión del servicio. Puede optar por la gestión indirecta por medio de un contrato de servicios, pero no cabe que deje de ejercer la competencia que se la ha asignado y para la cual fue creada.
6. Si la intención es delegar el servicio, debe modificarse el esquema hasta hoy establecido, por medio de empresa pública, eliminando a ésta, para sustituirla por una concesión otorgada por la Municipalidad.
7. En todo caso, el conocimiento del negocio que se pretende concesionar es fundamental para que se puedan establecer las condiciones de la concesión y no se tropiece con dificultades durante su ejecución.

Juan Pablo Aguilar Andrade