

MEMORÁNDUM

PARA: GRUPO CCR

DE: Pérez Bustamante & Ponce

RE: La alianza estratégica como una alternativa para la operación del Metro de Quito

FECHA: 24 de marzo de 2020

I. ANTECEDENTES

- A. La Empresa Pública Metropolitana Metro de Quito (en adelante “EPMMQ”) remitió al GRUPO CCR (en adelante “CCR”), y varias otras empresas, una invitación para presentar su expresión de interés para la contratación del servicios de Operación, Mantenimiento de la Primera Línea del Metro de Quito (PLMQ) y Transferencia tecnológica a la EPMMQ. (en adelante “Invitación”).
- B. Con motivo de la Invitación se llevaron a cabo varias mesas de trabajo entre la EPMMQ y los distintos interesados, los días 26,27 y 28 de febrero de 2020 (en adelante “Mesas de Trabajo”).
- C. Mediante la información compartida durante dichas mesas de trabajo, la EPMMQ informó a los interesados la intención preliminar de convocar a un concurso público para la contratación del operador del Metro de Quito al amparo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante “LOSNCP”).
- D. Ante estos, y tal como se comentó durante la reunión mantenida el viernes 28 de febrero entre CCR, los representantes de la EPMMQ y los veedores del proceso, CCR, con el apoyo de sus asesores legales, identificó ciertas disposiciones legales de la LOSNCP que limitarían la concurrencia en el concurso público, así como dificultarían el correcto del desarrollo del contrato, dada su naturaleza.
- E. En este sentido, CCR ha solicitado a PBP realizar un análisis de la disposiciones de la LOSNCP identificadas como limitaciones al correcto desarrollo del proceso y del contrato, y las posibles soluciones legales que podrían hacer viable el proceso.

II. RESPUESTA CORTA

Luego de analizar el régimen de contratación bajo la LOSNCP, a la luz de la naturaleza del servicio de operación de un sistema de metro y tomando en consideración que por regla general estos sistemas son operados por compañías de propósito específico, consideramos que una contratación al amparo de la LOSNCP, no es el más adecuado, pues generará trabas que afectarán tanto la concurrencia durante el concurso público, como la adecuada ejecución del contrato.

En este sentido consideramos que, dada la naturaleza de los servicios que se busca contratar, esto es la Operación, Mantenimiento de la PLMQ y Transferencia tecnológica a la EPMMQ, para que la EPMMQ pueda prestar de forma eficiente y efectiva el servicio público de transporte público que le ha sido encomendado, la figura jurídica que mejor se adapta es la de una alianza estratégica.

Esta figura permitirá que la EPMMQ y el aliado estratégico busquen de manera conjunta alcanzar los más altos niveles de operación y compartan riesgos. En este sentido la EPMMQ no se limitará a pagar a un tercero por un servicio de forma mensual, sino que dicho tercero estará comprometido de forma activa con el éxito del proyecto en su calidad de aliado estratégico. Además esta figura brinda la flexibilidad al Directorio de la EPMMQ para determinar el proceso de selección más adecuado para garantizar la contratación del aliado más idóneo, y bajo las condiciones que más favorezcan el adecuado desarrollo de la operación de la PLMQ.

III. CONCLUSIONES

En base al análisis que se detalla a continuación hemos alcanzado las siguientes conclusiones:

- A. La contratación de operador de la PLMQ al amparo de LOSNCP genera importantes obstáculos, limitando la concurrencia y limitando el correcto desarrollo del contrato, dada su naturaleza.
- B. La imposibilidad de presentar certificados de experiencia de las empresas que conforman el grupo económico impediría a interesados, ciertamente capacitados, a presentar ofertas. Dicho impedimento constituye una limitación de carácter puramente formal a la concurrencia, que no brindaría ninguna seguridad técnica adicional a la EPMMQ.

- C. Asimismo, el límite de 30% de subcontratación y el límite de 8% para la celebración de contratos complementarios dificultaría el correcto desarrollo del contrato, dada su naturaleza. Estas disposiciones legales limitan la libertad de las partes de modificar o prorrogar el contrato con la finalidad de garantizar la mejor prestación del servicio público, e impiden al operador la contratación de los mejores expertos en cada área.
- D. La Constitución de la República del Ecuador (en adelante “Constitución”) faculta al Estado para crear empresas públicas con el objetivo de que estas presten servicios públicos, y a pesar de que las empresas públicas no pueden delegar a su vez la prestación de esos servicios públicos a terceros, sí están facultadas para conformar modelos asociativos, como lo son las alianzas estratégicas, para alcanzar sus fines empresariales.
- E. La EPMMQ está expresamente facultada por la Ley Orgánica de Empresas Públicas (en adelante “LOEP”), por su Ordenanza de Creación y por la Ordenanza Metropolitana 406 de 14 de junio de 2013 del Distrito Metropolitano de Quito, que reforma la Ordenanza Metropolitana 301 de 4 de septiembre de 2009 (en adelante “Ordenanza 406”) para conformar alianzas estratégicas para el cumplimiento de sus fines y objetivos empresariales, y dicha alianza estratégica no puede ocultar una verdadera voluntad de delegar a un tercero la prestación del servicio de transporte público.
- F. La selección del aliado estratégico para la operación de la PLMQ deberá necesariamente realizarse mediante concurso público.
- G. El Directorio de la EPMMQ determinará la viabilidad de la alianza estratégica y aprobará el alcance de ésta, así como los mecanismos y parámetros para el correspondiente concurso público, incluyendo la aprobación de pliegos y especificaciones técnicas o bases del proceso, y el contrato de alianza estratégica.
- H. Para la aprobación de la alianza estratégica el Directorio deberá sujetarse a las reglas y a los parámetros señalados en la Ordenanza 406, y específicamente a los lineamientos del artículo 33 para el procedimiento público de selección que establece el contenido mínimo de los pliegos concursales.
- I. Al proceso de contratación de un aliado estratégico no le es aplicable las reglas y procesos de la LOSNCP. Por lo que, si en el pliego y contrato aprobados por el Directorio, quedare claro por ejemplo, la posibilidad de valerse de la experiencia del

grupo económico, la posibilidad de prorrogar y modificar el contrato para alcanzar los objetivos de la alianza, y la posibilidad de subcontratar sin limitación a riesgo del aliado estratégico, quedarían superadas las limitaciones que destacamos anteriormente.

- J. La alianza estratégica para contratar a un aliado estratégico que apoye a la EPMMQ en las actividades de operación de la PLMQ, no implica una delegación a la iniciativa privada de la prestación del servicio público.
- K. La prestación del servicio público estará en manos de la EPMMQ, incluso otras actividades conexas a la prestación del servicio, como por ejemplo la recaudación, estarán a cargo de la EPMMQ de forma directa o través de otros contratista o aliados; a lo que se añade evidentemente que la EPMMQ es quien aporta las obras civiles y material rodante por un monto aproximado de mil setecientos millones de dólares.

IV. ANÁLISIS

A. Disposiciones de la LOSNCP

Luego de analizar las disposiciones de la LOSNCP a la luz de la naturaleza de la contratación del operador de la PLMQ, y bajo el alcance indicado en la Invitación, hemos identificados los siguientes a ser consideradas como las limitaciones más relevantes:

1. Subcontratación

El artículo 79 de la LOSNCP establece lo siguiente:

*Subcontratación.- **El contratista podrá subcontratar la ejecución parcial del contrato con personas naturales o jurídicas registradas en el RUP, bajo su riesgo y responsabilidad.***

Tratándose de subcontratación de consultoría, ésta sólo podrá realizarse para las actividades que expresamente se establezcan en los pliegos y que conste en la oferta adjudicada.

*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.***

Por la subcontratación, el contratista no pierde su responsabilidad respecto a la obligación de cumplimiento del contrato para con la Entidad Contratante, la que no asume responsabilidad principal ni solidaria o subsidiaria con el subcontratado y con su personal.

Las subcontrataciones que realicen las entidades previstas en el numeral 8 del artículo 2 de esta Ley en calidad de contratistas, observarán los procedimientos de selección previstos en esta Ley.

Este artículo establece un límite para la subcontratación de la ejecución parcial del contrato hasta por un 30%, lo que podría representar un importante problema para la ejecución del contrato, dado la naturaleza del servicio que se contrata. De conformidad con la Invitación el servicio que se contrata es la Operación, Mantenimiento de la Primera Línea del Metro de Quito (PLMQ) y Transferencia tecnológica a la EPMMQ, lo que comprende las siguientes actividades:

1. Las actividades relativas a la operación, fundamentalmente:

Disponer del personal debidamente capacitado requerido para la prestación del servicio de transporte de pasajeros con Metro.

- *Limpieza y seguridad de las instalaciones, material rodante y sistemas de apoyo de acuerdo a las recomendaciones de los fabricantes y la experiencia propia.*
- *Elaboración y/o ajustes, versión final de aplicación de los planes y manuales de procedimientos mínimos requeridos para la prestación del servicio: o Plan de operación (itinerario de salida de trenes, asignación de conductores, horarios de operación, ubicación de personal de apoyo, etc).*
- *Ejecutar la denominada "Marcha Blanca" (...)*
- *Pruebas de todos los sistemas operando de manera conjunta en condiciones de servicio.*

2. Provisión del servicio de operación: regulación del tráfico, comunicaciones, seguridad, gestión de información para el usuario y para el sistema, etc.

3. Provisión de servicios de apoyo en línea y estaciones: vigilancia, atención al usuario, gestión comercial, etc.

4. Mantenimiento de equipos, sistemas e infraestructuras: Material rodante, catenaria, superestructura, puesto central de control, electrificación, instalaciones en estaciones (escaleras y ascensores), ventilación, señalización, etc.

5. Capacitación, formación y transferencia tecnológica al personal técnico local para generar capacidad operativa en la EPMMQ.

Varias de estas actividades necesariamente deberán ser subcontratadas. Por ejemplo, el mantenimiento de equipos como material rodante deberá ser subcontratado a las empresas fabricantes, o a las empresas autorizadas por dichos fabricantes, al menos durante los primeros años para mantener las garantías. Adicionalmente, el servicio de seguridad necesariamente deberá ser subcontratado, ya que la legislación ecuatoriana prevé que estos servicios sólo podrán ser prestados por empresas de seguridad autorizadas¹, cuyo objeto único sea la prestación de servicios de seguridad². En esta misma línea, los servicios de limpieza se suelen subcontratar a empresas especializadas, pues resulta una carga innecesaria sobre un operador la necesidad de contar con personal de limpieza y su manejo.

Asimismo, incluso en caso de que dentro de un mismo grupo económico se cuente con empresas que prestan los servicios arriba mencionados, la contratación de empresas dentro del mismo grupo económico también se configura como subcontratación al amparo de la LOSNCP, por lo que también se somete a tales límites porcentuales

Dado el alcance de las actividades que deben ser subcontratadas es muy probable que este límite de subcontratación deba ser superado, por lo que el operador se podría encontrar ante la imposibilidad de ejecutar el contrato de conformidad con el marco legal aplicable.

Por estas razones consideramos que la figura de un operador de un sistema como es la PLMQ no puede estar sujeta a un límite de subcontratación como el de la LOSNCP. Un operador por la naturaleza de sus actividades debe tener la libertad de contar con los mejores expertos en cada área, con la finalidad operar de la forma más efectiva y eficiente; básicamente, poder elegir la mejor opción para cada proceso y actividad, como lo haría la EPMMQ en caso de que ellos operaren y contrataren cada servicio para poder operar. Buscar que un operador realice todas las actividades arriba mencionadas de forma directa, o limitado a la subcontratación de un 30%, pondría en jaque la adecuada operación del sistema.

¹ Ver artículo 2 del Reglamento a la Ley de Vigilancia y Seguridad Privada:

Prohíbese la prestación de servicios de vigilancia, seguridad e investigación privada bajo cualquier forma o denominación a toda persona natural o jurídica que no esté legalmente autorizada. El incumplimiento a esta disposición dará lugar a la sanción administrativa establecida en la disposición general octava de la Ley de Vigilancia y Seguridad Privada, sin perjuicio de las acciones legales correspondientes.

² Ver artículo 8 de la Ley de Vigilancia y Seguridad Privada:

Las compañías de vigilancia y seguridad privada tendrán por objeto social la prestación de servicios de prevención del delito, vigilancia y seguridad a favor de personas naturales y jurídicas, instalaciones y bienes; depósito, custodia y transporte de valores; investigación; seguridad en medios de transporte privado de personas naturales y jurídicas y bienes; instalación, mantenimiento y reparación de aparatos, dispositivos y sistemas de seguridad; y, el uso y monitoreo de centrales para recepción, verificación y transmisión de señales de alarma. En consecuencia, a más de las actividades señaladas en su objeto social, las compañías de vigilancia y seguridad privada solamente podrán realizar las que sean conexas y relacionadas al mismo.

2. Contratos complementarios

El artículo 87 de la LOSNCP establece:

La suma total de las cuantías de los contratos complementarios no podrá exceder del ocho por ciento (8%) del valor del contrato principal.

(...)

Solo en casos excepcionales y previo informe favorable del Contralor General del Estado, la suma total de los contratos complementarios, órdenes de trabajo y diferencia en cantidades a los que se refiere este capítulo, para el caso de obras, así como el valor de los contratos complementarios de consultoría, podrán alcanzar hasta el treinta y cinco por ciento (35%) del valor del contrato principal. La Contraloría General del Estado tendrá el término de treinta (30) días para emitir su informe, caso contrario se considerará favorable. El Reglamento a esta Ley establecerá la documentación que se deberá adjuntar a la solicitud.

Esta limitación del 8% a la posibilidad de ampliar el alcance del contrato de operación, por ejemplo limita cualquier posible prórroga de plazo en caso de que la EPMMQ no esté lista para asumir la operación o limita la posibilidad de innovación dentro del contrato de operación. Al tratarse de un sistema nuevo, es de vital importancia que el operador pueda realizar actividades adicionales destinadas a mejorar la prestación del servicio y optimizar los parámetros de operación, y esto podría representar variaciones de más del 8% sobre el precio referencial. La aplicación de esta limitación de la LOSNCP podría ser contraria a los intereses de la EPMMQ y de la ciudadanía, privando al sistema de innovaciones y optimizaciones necesarias.

3. Experiencia

El artículo 65 de la Codificación de Resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública (en adelante “Codificación SERCOP”) establece una prohibición implícita de que los oferentes, que participen en los procedimientos establecidos en la LOSNCP, no pueden presentar certificados de experiencia de empresas o personas relacionadas a la empresa oferente, sino que los certificados de experiencia deben ser propios de la empresa oferente. El artículo 65 establece las excepciones bajo las cuales se podría hacer uso de la experiencia de terceros³, pero ninguno se aplica a este caso.

³ Ver artículo 65 de la Codificación de Resoluciones del SERCOP:

Reglas de participación.- Las entidades contratantes deberán exigir y verificar el cumplimiento obligatorio de las siguientes reglas de participación de oferentes que participen en los procedimientos establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública:

1. Experiencia técnica del oferente.- Para procedimientos de contratación cuyo presupuesto referencial sea igual o inferior a USD \$ 500.000,00 (Quinientos mil dólares de los Estados Unidos de América con 00/100),

Tomando en cuenta que la operación de sistemas de transporte similares a la PLMQ suele realizarse bajo figuras de concesión o asociación público-privada, que, *de conformidad con las leyes aplicables y la costumbre en cada país, incluso en Ecuador*, requieren la creación de empresas de objeto único para la ejecución de los contratos, es excepcional encontrar una empresa que cuente con varios certificados de experiencia bajo una misma razón social. Adicionalmente, esas empresas de objeto único, que están a cargos de la operación de cada sistema de transporte, están imposibilitadas de participar en procesos de selección para la ejecución de otros contratos por ser de objeto único.

Es así, que bajo esta disposición de la Codificación SERCOP se estaría cerrando la puerta a la participación importantes grupos, expertos en concesiones de transporte, pero cuyos certificados de experiencia están dispersos entre las distintas empresas que forman el grupo. La imposibilidad de que estos grupos participen afectaría la concurrencia en el concurso público, privando a la EPMMQ de contar con la mayor cantidad de ofertas y limitando su posibilidad de elegir a la mejor de las ofertas existentes.

En conclusión, el sometimiento del proceso de selección a esta regla les impediría a interesados, ciertamente capacitados, presentar ofertas con miras a la adjudicación del contrato. Dicho impedimento le resultaría inconveniente al proyecto, ya que constituye una limitación de carácter puramente formal a la concurrencia y que, además no brindaría ninguna seguridad técnica adicional a la EPMMQ.

B. La alianza estratégica como una alternativa para la contratación

Tomando en cuenta que en base al análisis realizado en la sección anterior, existen por lo menos tres disposiciones al amparo del régimen del sistema nacional de contratación pública que afectarían el concurso para la selección del operador de la PLMQ y la posterior ejecución del contrato, hemos encontrado que la celebración de una alianza estratégica al amparo de la legislación vigente es una alternativa viable.

1. Las empresas públicas y la prestación de servicios públicos

El artículo 314 de la Constitución establece que:

la experiencia de una persona jurídica podrá ser acreditada a través de una tercera persona natural, siempre y cuando ésta se encuentre en relación de dependencia con la persona jurídica participante por un tiempo que no sea menor al de doce (12) meses consecutivos a partir de la presentación de la oferta. En el caso que la persona jurídica posea un tiempo de constitución menor a doce (12) meses, la experiencia podrá ser acreditada por sus accionistas, representante legal o personal en relación de dependencia. La persona jurídica podrá acreditar la experiencia del personal técnico solo mientras este personal se mantenga laborando en ella.

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.

A lo que agrega el artículo 315 de la Constitución que reconoce la potestad del Estado de constituir *“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”*.

Y cuyo segundo párrafo añade que:

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.

En base a estas disposiciones constitucionales podemos concluir que la empresas públicas se crean para la prestación de servicios públicos. En el caso de la EPMMQ, ésta fue creada mediante Ordenanza Metropolitana No. 237, sancionada el 27 de abril de 2012, reformada mediante Ordenanza Metropolitana Reformatoria 0383 sancionada el 2 de abril de 2013 (en adelante *“Ordenanza de Creación”*) para *“[d]esarrollar, implementar y administrar el subsistema “Metro de Quito” de acuerdo a las políticas y normas expedidas por el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito”* y el literal (d) del artículo 3 de la Ordenanza de Creación señala que es competencia de la EPMMQ las *“[a]ctividades operativas y de prestación de servicios relativas a las competencias que le corresponden al Municipio del Distrito Metropolitano de Quito”*.

Con la finalidad de cumplir con su objeto social la EPMMQ requiere celebrar una serie de contratos bajo el marco legal aplicable, que es el previsto en la Ley de Empresas Públicas, en la Ordenanza 406 y en su propia Ordenanza de Creación, que analizaremos más adelante.

Cabe mencionar en este apartado que la Corte Constitucional del Ecuador ha interpretado los artículos 313, 315 y 316 de la Constitución 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 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.

En este sentido, podemos concluir que la EPMMQ, que tiene a su cargo el desarrollar, implementación y administración el subsistema “Metro de Quito” y las “[a]ctividades operativas y de prestación de servicios relativas a las competencias que le corresponden al Municipio del Distrito Metropolitano de Quito”, que implica la gestión del servicio público de transporte público a través de la PLMQ, al ser delegataria de dicha competencia no puede delegar a terceros (públicos o privados) la gestión o prestación del servicio público. En todo momento deberá ser la EPMMQ quien gestione y preste el servicios público, no obstante esto no le impide celebrar contratos amparados en la legislación vigente, como es el de alianza estratégica, para alcanzar sus objetivos.

2. La Alianza Estratégica

La doctrina define a la alianza estratégica como un convenio entre dos o más empresas independientes con la finalidad de alcanzar un objetivo común, cuando las partes de manera separada no cuenten con los recursos, ya sean económicos o de conocimiento, para alcanzar dicho objetivo. En una alianza estratégica cada parte asume obligaciones y riesgos, y a su vez tiene derecho a ciertos beneficios y derechos en concordancia con dichos riesgos y obligaciones.⁴

La LOEP establece en sus artículos 35 y 36 la capacidad asociativa de las empresas públicas, lo que incluye a la EPMMQ. Específicamente, el artículo 35 de la LOEP regula la capacidad asociativa de las empresas públicas y señala:

Las empresas públicas tienen capacidad asociativa para el cumplimiento de sus fines y objetivos empresariales y en consecuencia para la celebración de los

⁴ Van Horne, James C y Wachowicz John M.; FUNDAMENTOS DE ADMINISTRACIÓN FINANCIERA; Pearson Educación. México; 2002. Página 643.

Visto el 27 de febrero de 2020. Disponible en:

https://books.google.com.ec/books?id=ziiCVbfGK3UC&pg=PA643&dq=alianza+estrategica+es&hl=es&sa=X&redir_e_sc=y#v=onepage&q=alianza%20estrategica%20es&f=true

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.

El artículo 316 de la Constitución, en concordancia con la sentencia de la Corte Constitucional citada en la sección anterior, establece que es el Estado quien de forma excepcional podrá delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, la prestación de servicios públicos. Y como quedó claro en la sección anterior, al no poder las empresas públicas delegar las competencias de las que son delegatarias, podrán constituir figuras asociativas, tales como la alianza estratégica para alcanzar sus objetivos.

En esta misma línea, la Ordenanza de Creación establece en su artículo 3 segundo inciso (a) la potestad específica de la EPMMQ para celebrar alianzas estratégicas al indicar que

[...] podrá celebrar, dentro y fuera del Distrito Metropolitano de Quito, todos los actos y contratos, permitidos que requieran para el cumplimiento de competencias a su cargo, incluida la posibilidad de participar en cualquier tipo de alianza o sociedad permitida.

Con relación a la forma de selección del aliado estratégico, del quinto párrafo del artículo 35 de la LOEP nace la obligación implícita de la EPMMQ para convocar a un concurso público con la finalidad de seleccionar un gesto privado, al establecer la siguiente excepción: *“no requerirán de concursos públicos los procesos de asociación con otras empresas públicas o subsidiarias de éstas, de países que integran la comunidad internacional”*, por lo que en este caso, al existir nueve empresas interesadas en participar, y no una única empresa pública o subsidiaria de ésta, es evidente que sí se requiere de un concurso público.

Asimismo, el cuarto párrafo del artículo 35 señala que *“para perfeccionar la asociación no se requerirá de otros requisitos o procedimientos que no sean los establecidos por el Directorio”*. Por lo que bastaría una resolución del directorio aprobando el alcance de la alianza estratégica en general, y en específico de los pliego y el contrato.

Los criterios enunciados en los dos párrafos precedentes se han confirmado por la Procuraduría General del Estado (en adelante “PGE”), incluso en respuesta a consultas planteadas por el propio Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, y ha señalado lo siguiente:

“Respecto a si es necesario que se efectúe un concurso público para la selección del socio, es preciso indicar que debe cumplirse con dicho concurso, conforme se

ha pronunciado esta Procuraduría, con motivo de la consulta formulada por la Empresa Pública Municipal de Aseo de Cuenca EMAC EP, relacionada con la constitución de una compañía de economía mixta, mediante oficio signado con el No. 06885 de 8 de marzo de 2012, en el que analizo el alcance del artículo 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, en el siguiente tenor:

Del artículo 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, se establece que la única excepción al concurso público para la selección de socios, son los procesos de asociación con otras empresas públicas o subsidiarias de éstas, de países que integran la comunidad internacional y en aplicación de la regla 1 del artículo 7 del Código Civil, cuando el sentido de la Ley es claro, no se desatenderá su tenor literal.

[...]

Le corresponde al Directorio, determinar los requisitos y procedimientos para la selección de socios privados. De igual manera, es responsabilidad del Directorio precautelar la legalidad y transparencia del proceso, así como las condiciones de participación de la empresa pública.

La conveniencia de constituir una asociación, alianza estratégica o una sociedad de economía mixta y, en general, de escoger una forma asociativa, así como de establecer los requisitos y procedimientos para seleccionar un socio privado, son de competencia del Directorio de la Empresa Pública".⁵

Por lo que a PGE concluye que:

*[...] de conformidad con lo dispuesto en los artículos 9 numeral 16, 35 y 36 de la LOEP, es atribución privativa del Directorio de cada empresa pública, determinar a través de la correspondiente resolución, en función de los justificativos técnicos, económicos y empresariales, presentados mediante informe motivado, **los mecanismos y parámetros para el correspondiente concurso público que se debe efectuar para realizar la selección y adjudicación del socio estratégico, dentro de un proceso de alianza estratégica y otras formas asociativas previstas en dicha Ley Orgánica, sin que sean aplicables otros requisitos o procedimientos que no sean los establecidos por el Directorio, en base a la Ley, para perfeccionar la asociación.***

⁵ Ver oficio No. 10100 de 9 de octubre de 2012 de la Procuraduría General del Estado y oficio No. 01796 de 20 de junio de 2018 de la Procuraduría General del Estado.

Finalmente, cabe mencionar que el numeral 3 del artículo 11 de la LOEP le otorga al gerente general de la empresa pública la potestad de suscribir las alianzas estratégicas aprobadas por el Directorio. Por lo que, una vez que la EPMMQ adjudique el contrato a la mejor oferta seleccionada a través del concurso público, el gerente general de la EPMMQ podrá suscribir el Contrato. Estas potestades también han sido confirmadas por la PGE al concluir que:

[...] de conformidad con lo dispuesto en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 11 de la LOEP, corresponde al gerente general de una empresa pública suscribir las alianzas estratégicas autorizadas por el Directorio de la empresa, en los términos reglados por dicho cuerpo colegiado en ejercicio de las facultades que al efecto confieren al Directorio los artículos 35 y 36 de la misma Ley Orgánica. En consecuencia, según dichas normas, la aprobación de pliegos y especificaciones técnicas o bases del proceso de selección de socio estratégico para un proceso de alianza estratégica, así como los criterios para seleccionar al socio y adjudicar dicho proceso, deben ser reglados por el Directorio de la respectiva empresa pública, previo a su aplicación por parte del Gerente General.⁶

En base a estas disposiciones legales, y las absoluciones de consultas de la PGE⁷ podemos concluir que la EPMMQ tiene facultad legal de conformar alianzas estratégicas autorizadas por el Directorio, siendo éste el facultado para establecer los mecanismos y parámetros para el correspondiente concurso público, incluyendo la aprobación de pliegos y especificaciones técnicas o bases del proceso, y el contrato de alianza estratégica.

En este sentido, a los procesos de selección para la confirmación de alianzas estratégicas no le son aplicables las reglas y limitaciones establecidas en la LOSNCP. Por lo que, si en el pliego y contrato aprobados por el Directorio, quedare claro por ejemplo, la posibilidad de valerse de la experiencia del grupo económico, la posibilidad de prorrogar y modificar el contrato para alcanzar los objetivos de la alianza, y la posibilidad de subcontratar sin limitación a riesgo del aliado estratégico, quedarían superadas las limitaciones que destacamos en la sección IV. A de este memorándum.

⁶ Ver oficio No. 01796 de 20 de junio de 2018 de la Procuraduría General del Estado.

⁷ Ver literal e) del artículo 3 la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado:

De las funciones del Procurador General del Estado.- Corresponden privativamente al Procurador General del Estado, las siguientes funciones: [...] (e) Absolver, consultas y asesorar a los organismos y entidades del sector público, así como a las personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública, sobre la inteligencia o aplicación de las normas "constitucionales", legales o de otro orden jurídico. **El pronunciamiento será obligatorio para la Administración Pública, sobre la materia consultada, en los términos que se indican en esta ley;**

3. La Ordenanza 406

Ahora bien, en base al marco constitucional y legal analizado con anterioridad, el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito emitió la Ordenanza 406, que tiene como objetivo principal regular los procesos asociativos a los que se someten las empresas públicas metropolitanas.

De conformidad con el artículo 23 de la Ordenanza 406, ésta tiene como objeto:

*[...] regular y determinar las condiciones de colaboración público-privada y de la economía popular y solidaria con las empresas públicas metropolitanas, **para el desarrollo de un determinado proyecto, actividad o emprendimiento de interés público** en el Distrito Metropolitano de Quito, ya sea que provenga de iniciativa propia de las empresas públicas metropolitanas O de proponentes externos, esto es, personas jurídicas distintas a ellas.*

A lo que agregan los artículo 24 y 25:

Artículo 24.- *Participación en procesos asociativos.-Las empresas públicas metropolitanas podrán asociarse con personas jurídicas privadas o de la economía popular y solidaria, cuando se verifiquen las siguientes condiciones:*

- a) Que el proyecto, actividad o emprendimiento se encuentre directamente relacionado con alguno de los objetivos determinados por el Directorio de la empresa pública en medio ambiente, vivienda social, turismo, movilidad o cualquier proyecto de interés público para el Distrito; o,*
- b) Que el proyecto cuente con los respectivos informes técnico, económico y legal de la empresa pública; que recomienden el modelo de gestión asociativo.*

Artículo 25.- *Se podrán adoptar todos los modelos de gestión asociativo, como alianzas estratégicas o constitución de compañías de economía mixta, sin perjuicio de cualquier forma de asociación permitida por el ordenamiento jurídico nacional vigente”.*

Adicionalmente, la Ordenanza regula de forma más específica que la LOEP, ciertos parámetros que deberán ser tomados en consideración por el directorio al momento de aprobar la Resolución que regule y autorice la alianza estratégica, entre los cuales destacamos los siguientes:

- El artículo 26 señala que los contratos deberán celebrarse mediante escritura pública.

- El artículo 28 prevé la distribución de riesgos y colaboración:

En el proyecto se determinará la distribución proporcional de riesgos entre la empresa pública metropolitana y el asociado privado o de la economía popular y solidaria, en función de la participación de cada una y los niveles de colaboración entre los asociados, lo que constará en el correspondiente contrato junto con las demás condiciones del acuerdo.

- Adicionalmente, de conformidad con el artículo 29, para la resolución por parte del Directorio, el Gerente General pondrá en conocimiento del Directorio el proyecto asociativo, adjuntando:

Estudios técnicos de sustento acerca de la ejecución del proyecto y su contribución al desarrollo del distrito en el ámbito respectivo;

Informes técnico, económico y legal de la empresa pública, que justifiquen la necesidad del proceso asociativo; e,

Informe técnico de la secretaría sectorial y de la secretaría encargada de la planificación, que justifiquen la conveniencia del proyecto, actividad o emprendimiento y del proceso asociativo.

- Específicamente con relación a las garantías, el artículo 35 de la Ordenanza 406 indica:

Para participar en el procedimiento público de selección a que se refieren los artículos anteriores, será necesario que el interesado garantice la seriedad de su oferta en la forma, monto y condiciones que se establezcan, de acuerdo al procedimiento público de selección definido.

- El artículo 36 señala que el procedimiento de selección deberá hacerse público a través de los medios idóneos y efectivos que garanticen la aplicación de los principios de publicidad y amplia participación, dependiendo de la envergadura del proyecto y de conformidad al proceso público de selección definido.

- El artículo 37 indica que “[n]o podrán participar en el procedimiento público de selección, directa ni indirectamente, las personas inhabilitadas de conformidad con las bases”.

- Si bien el artículo 32 de la Ordenanza 406 indica que *“la máxima autoridad administrativa de la empresa pública metropolitana definirá, bajo su exclusiva responsabilidad, el procedimiento de selección de la contraparte asociativa, de entre los establecidos en la normativa nacional vigente, sujetándose al trámite de tales procedimientos en lo que fuere aplicable”*, quedó claro en base a los artículos citados de la LOEP, y las absoluciones de consultas de la PGE, que esta atribución recae sobre el Directorio, por lo que este artículo de la Ordenanza no sería aplicable.

No obstante de lo anterior, consideramos que el Directorio debería tomar en cuenta los lineamientos del artículo 33 de la Ordenanza 406 para el procedimiento público de selección que establece que los pliegos concursales contendrán al menos los siguientes requisitos:

- a) *Información pertinente relacionada con el alcance y características del proyecto actividad o emprendimiento;*
- b) *Bases del procedimiento público de selección;*
- c) *Definición del procedimiento público de selección.*
- d) *Forma de la convocatoria;*
- e) *Plazos;*
- f) *Garantías;*
- g) *Modelo de gestión asociativo;*
- h) *Condiciones de la intervención de la empresa pública y el interesado en el proyecto asociativo;*
- i) *Sistema de supervisión, fiscalización y régimen de multas;*
- j) *Causas de suspensión y extinción del contrato;*
- k) *Método de solución de controversias; y*
- l) Los demás que defina la máxima autoridad administrativa de la empresa

Finalmente, el primer inciso del artículo 27⁸ de la Ordenanza 406 señala que las empresas públicas están prohibidas de delegar la prestación de un servicio público bajo el pretexto de asociarse con una entidad privada, disposición que coincide con lo analizado en secciones

⁸ Ver artículo 27 de la Ordenanza 406:

“Prohibición de delegar servicios públicos.-Ninguna empresa pública metropolitana, a pretexto de asociarse con un ente privado o de la economía popular y solidaria, podrá delegar a un tercero la prestación de un servicio público, atribución que le corresponde de forma exclusiva al Municipio del Distrito Metropolitano de Quito mediante la emisión del correspondiente acto normativo.

Para tal efecto, se entenderán comprendidos dentro de la categorización de servicios

públicos aquellos cuya provisión exclusivamente le está atribuida por la Constitución o la le a los gobiernos autónomos descentralizados municipales o metropolitanos; y, que se encuentran detallados en el numeral 4 del artículo 264 de la Constitución de la República.

Aquellos que no se encuentren dentro de esta categorización serán considerados servicios de interés público”.

anteriores, especialmente al amparo de la sentencia interpretativa de la Corte Constitucional.

No obstante, cabe resaltar que precisamente lo que busca impedir esta disposición es que las empresas públicas hagan algo ilegal, como es la delegación de servicios públicos, amparándose bajo una alianza estratégica. De tal forma que, si la alianza estratégica no implica la delegación de un servicio público a un privado, sino en efecto como indica la LOEP se trata de una asociación para que la EPMMQ cumpla sus fines y objetivos empresariales, no existe una prohibición legal para que una empresa pública que presta servicios públicos se asocie.

4. La celebración de una alianza estratégica no implica la delegación de un servicio público

Como ya se ha discutido en varias secciones de este informe, la empresas públicas no están facultadas para delegar a un tercero la prestación de un servicio público, pero la celebración de una alianza estratégica no implica la delegación de un servicio público.

Pretender configurar por sí mismas a las alianzas estratégicas como un mecanismo de delegación de servicios públicos a la iniciativa privada, tomando en cuenta que por su naturaleza las empresas públicas prestan servicios públicos, dejaría sin efecto a toda la normativa existente en la LOEP con relación a la facultad asociativa de las empresas públicas.

En este sentido es preciso concluir que la alianza estratégica para contratar a un aliado estratégico que apoye a la EPMMQ en las actividades de operación de la PLMQ, no implica una delegación a la iniciativa privada de la prestación del servicio público. La prestación del servicio público estará en manos de la EPMMQ, incluso en base la información compartida durante las Mesas de Trabajo ,entendemos que otras actividades conexas a la prestación del servicio, como por ejemplo la recaudación, estarán a cargo de la EPMMQ de forma directa o través de otros contratista o aliados; a lo que se añade evidentemente que la EPMMQ es quien aporta las obras civiles y material rodante por un monto aproximado de mil setecientos millones de dólares.

En fin, la EPMMQ no podrá celebrar una alianza estratégica para encargar a un tercero el *desarrollo, implementación y administración el subsistema "Metro de Quito"*, pero sí podrá contratar con varios terceros con la finalidad de alcanzar dichos objetivos, incluso con una empresa que apoye en las actividades de operación de la PLMQ como aliado estratégico.

Es preciso mencionar que, al amparo de la LOEP se han celebrado contratos de alianza estratégica para la colaboración público-privada destinada a la mejor prestación de servicios públicos y gestión de sectores estratégicos. Cabe destacar, por ejemplo, el “Contrato de alianza estratégica para asesoría, asistencia técnica e inversiones que fortalezca el modelo de gestión directa de la Empresa Pública Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Santo Domingo-EPMAPA” suscrito el 4 de octubre de 2018 entre esta empresa pública y Suez Colombia S.A.S.

Este contrato es especialmente interesante puesto que tiene como objeto la realización por parte del aliado estratégico de actividades de asesoría, asistencia técnica y realización de inversiones, para brindar soporte al EPMAPA para la gestión de los servicios públicos de agua potable y alcantarillado, sector estratégico que no puede ser delegado a la iniciativa privada ni por excepcionalidad⁹, contrario a lo que sucede con otros servicios públicos tales como el transporte público.

En base a este ejemplo, en el que un privado, a través de una alianza estratégica apoya a una empresa pública en la gestión de un sector estratégico no delegable, es evidente que una alianza estratégica per se no implica una delegación de un servicio público. Una vez más, la viabilidad de la alianza estratégica radica en su correcta configuración; es decir, en que sea evidente que el privado está apoyando a la empresa pública en la consecución de sus objetivos, y no está reemplazando a la empresa pública como prestadora del servicio.

Atentamente,

Pérez, Bustamante & Ponce

⁹ Ver artículo 318 de la Constitución:

El agua es patrimonio nacional estratégico de uso público, dominio inalienable e imprescriptible del Estado, y constituye un elemento vital para la naturaleza y para la existencia de los seres humanos. Se prohíbe toda forma de privatización del agua.

La gestión del agua será exclusivamente pública o comunitaria. El servicio público de saneamiento, el abastecimiento de agua potable y el riego serán prestados únicamente por personas jurídicas estatales o comunitarias.