

Memorando Nro. EPMMQ-GJ-2024-0417-M**Quito, D.M., 01 de agosto de 2024**

PARA: Sra. Mgs. Natalya Lizbeth Mejía Morejón
Secretaría General
EMPRESA PUBLICA METROPOLITANA METRO DE QUITO - SECRETARIA GENERAL

ASUNTO: Pronunciamiento legal requerido mediante memorando Nro. EPMMQ-SG-2024-0331-M - Respecto unificación textos de Proyectos de "ORDENANZA QUE ESTABLECE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LOS SISTEMAS DE ESTACIONAMIENTOS PÚBLICOS Y PRIVADOS" y "ORDENANZA METROPOLITANA CREAR TITULO XIII: ARREGLOS INSTITUCIONALES PARA LA GESTIÓN DELEGADA".

De mi consideración:

En atención a su memorando Nro. EPMMQ-SG-2024-0331-M, mediante el cual solicitó a la Gerencia de Negocios y a esta Gerencia Jurídica: "(...) con la finalidad de dar cumplimiento a lo resuelto por la Comisión de Planificación Estratégica, mucho agradeceré, se emita el alcance al informe técnico y jurídico que corresponde a sus áreas respectivamente, (...)".

Sobre el particular, me permito manifestar lo siguiente:

1. ANTECEDENTES:

1.1. Con memorando Nro. EPMMQ-SG-2024-0320-M de 22 de julio de 2024, la Secretaría General puso en conocimiento de esta Gerencia Jurídica, que: "(...) mediante oficio No. GADDMQ-SGCM-2024-1528-M de 19 de julio de 2024, la Secretaría del Concejo Metropolitano de Quito comunica a la Empresa Pública Metropolitana Metro de Quito (EPMMQ), que la Comisión de Planificación Estratégica, en la Sesión Extraordinaria No. 008, realizada el día jueves 18 de julio de 2024, durante el tratamiento del primer punto del orden del día: "1.- Conocimiento del oficio Nro. GADDMQ-SGCM-2024-2007-O, de fecha 10 de julio del 2024, suscrito por la Dra. Libia Fernanda Rivas Ordoñez, Secretaria General del Concejo Metropolitano de Quito, que contiene la calificación del Proyecto de "ORDENANZA METROPOLITANA REFORMATORIA DEL LIBRO I.2 DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA, DEL CÓDIGO MUNICIPAL DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO, QUE CREA EL TITULO XIII: ARREGLOS INSTITUCIONALES PARA LA GESTIÓN DELEGADA"; y, resolución al respecto."; resolvió:

(...)

Solicitar que, en el término de 8 días, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 67.62 del Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito, se emitan los informes técnicos y jurídicos con relación a la viabilidad del Proyecto de "ORDENANZA METROPOLITANA REFORMATORIA DEL LIBRO I.2 DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA, DEL CÓDIGO MUNICIPAL DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO, QUE CREA EL TITULO XIII: ARREGLOS INSTITUCIONALES PARA LA GESTIÓN DELEGADA", por parte de la Secretaría General de Planificación; la Secretaría de Desarrollo Económico y Productivo; la Corporación de Promoción Económica – CONQUITO; y, por las empresas públicas metropolitanas". (Lo acentuado me pertenece)

En tal sentido, con la finalidad de dar cumplimiento a lo resuelto por la Comisión de Planificación Estratégica, mucho agradeceré, se emita el informe técnico y jurídico que corresponde a sus áreas

Memorando Nro. EPMMQ-GJ-2024-0417-M**Quito, D.M., 01 de agosto de 2024**

respectivamente, (...)

(...) Finalmente, me permito indicar que se remite adjunto el proyecto de ordenanza antes referido. (...)

1.2. A través de memorando Nro. EPMMQ-GJ-2024-0404-M de 25 de julio, la Gerencia Jurídica en atención al requerimiento contenido en el memorando referido en el numeral que precede, emitió su correspondiente Pronunciamiento Jurídico respecto del Proyecto de "ORDENANZA METROPOLITANA CREAR TITULO XIII: ARREGLOS INSTITUCIONALES PARA LA GESTIÓN DELEGADA".

1.3. Con memorando Nro. EPMMQ-SG-2024-0331-M de 31 de julio de 2024, la Secretaria General comunicó a la Gerencia de Negocios y a esta Gerencia Jurídica, lo siguiente: "(...) pongo en su conocimiento que mediante Memorando No. GADDMQ-SGCM-2024-1622-M de 31 de julio de 2024, la Secretaría General del Concejo Metropolitano, comunica que la Comisión de Planificación Estratégica, en sesión No. 026 - Ordinaria, llevada a cabo el lunes 29 de julio de 2024, durante el tratamiento del segundo punto del orden del día: "2. Conocimiento del Oficio Nro. GADDMQ-SGCM-2024-2172-O de fecha 26 de julio del 2024, suscrito por la Dra. Libia Fernanda Rivas Ordoñez, Secretaria General del Concejo Metropolitano de Quito, que contiene la calificación del Proyecto de "PROYECTO DE ORDENANZA METROPOLITANA REFORMATORIA AL ARTÍCULO 3073 DEL CÓDIGO MUNICIPAL PARA EL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO, QUE ESTABLECE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LOS SISTEMAS DE ESTACIONAMIENTOS PÚBLICOS Y PRIVADOS EN EL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO", resolvió:

"(...)

1. Avocar conocimiento del Proyecto de "ORDENANZA METROPOLITANA REFORMATORIA AL ARTÍCULO 3073 DEL CÓDIGO MUNICIPAL PARA EL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO, QUE ESTABLECE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LOS SISTEMAS DE ESTACIONAMIENTOS PÚBLICOS Y PRIVADOS EN EL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO"; y unificar su texto con el Proyecto "ORDENANZA METROPOLITANA REFORMATORIA DEL LIBRO 1.2 DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA, DEL CÓDIGO MUNICIPAL DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO, QUE CREA EL TITULO XIII: ARREGLOS INSTITUCIONALES PARA LA GESTIÓN DELEGADA", de conformidad con lo previsto en el artículo 67.60 del Código Municipal.

2. De conformidad a la Resolución de la Comisión de Planificación Estratégica, del primer punto del orden del día de la sesión extraordinaria 008, de 18 de julio de 2024, **toda vez que los textos de los proyectos de ordenanza han sido unificados, se dispone a las dependencias involucradas que emitan un alcance de los informes solicitados, considerando el nuevo texto, para lo cual se les concede un término adicional de 8 días.**" (Lo acentuado me corresponde)

En tal sentido, con la finalidad de dar cumplimiento a lo resuelto por la Comisión de Planificación Estratégica, mucho agradeceré, se emita el alcance al informe técnico y jurídico que corresponde a sus áreas respectivamente, (...)

(...) Finalmente, me permito indicar que el expediente inherente al expediente del proyecto de Ordenanza se encuentra en el siguiente enlace: / <http://surl.li/nztlq> (...)

Memorando Nro. EPMMQ-GJ-2024-0417-M**Quito, D.M., 01 de agosto de 2024****2. BASE LEGAL:**

- **Constitución de la República del Ecuador.**

Art. 226.- “Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.”.

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. (...)”.

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.”.

- **Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.**

Art. 130.- “Ejercicio de la competencia de tránsito y transporte.-

El ejercicio de la competencia de tránsito y transporte, en el marco del plan de ordenamiento territorial de cada circunscripción, se desarrollará de la siguiente forma:

A los gobiernos autónomos descentralizados municipales les corresponde de forma exclusiva planificar, regular y controlar el tránsito, el transporte y la seguridad vial, dentro de su territorio cantonal.

La rectoría general del sistema nacional de tránsito, transporte terrestre y seguridad vial corresponderá al Ministerio del ramo, que se ejecuta a través del organismo técnico nacional de la materia.

Los gobiernos autónomos descentralizados municipales definirán en su cantón el modelo de gestión de la competencia de tránsito y transporte público, de conformidad con la ley, para lo cual podrán delegar total o parcialmente la gestión a los organismos que venían ejerciendo esta competencia antes de la vigencia de este Código.

Memorando Nro. EPMMQ-GJ-2024-0417-M**Quito, D.M., 01 de agosto de 2024**

Los gobiernos autónomos descentralizados regionales tienen la responsabilidad de planificar, regular y controlar el tránsito y transporte regional; y el cantonal, en tanto no lo asuman los municipios.

En lo aplicable estas normas tendrán efecto para el transporte fluvial.”.

Art. 283.- “Delegación a la economía social y solidaria y a la iniciativa privada.- La delegación a la economía social y solidaria se realizará para promover la naturaleza social y solidaria del sistema económico nacional. Se requerirá que se justifique que la organización o el emprendimiento económico corresponde a este sector de la economía y que se establezcan con claridad los mecanismos de solidaridad o redistribución correspondientes.

Sólo de manera excepcional los gobiernos autónomos descentralizados regionales, provinciales, metropolitanos y municipales, podrán delegar la prestación de servicios públicos de su competencia a la iniciativa privada. Esta delegación se realizará mediante acto normativo del órgano competente cuando el gobierno autónomo descentralizado respectivo no se encuentre en capacidad técnica y económica de gestionar directamente un servicio público o en caso de calamidad pública o desastre natural.

La falta de capacidad técnica o económica para la gestión directa de un servicio público será debidamente justificada por la autoridad ejecutiva, ante el respectivo órgano legislativo local y la ciudadanía, en las condiciones establecidas en la Constitución, la Ley y de acuerdo con las regulaciones del órgano competente de la administración pública o Gobierno Central que tenga atribución legal en materia de competencias. La selección correspondiente deberá realizarse mediante concurso público con excepción de la delegación de las competencias de riego, agua potable y alcantarillado a organizaciones comunitarias.”.

- **Código Orgánico Administrativo.**

Art. 74.- “Excepcionalidad. Cuando sea necesario, en forma excepcional y motivada, para satisfacer el interés público, colectivo o general, cuando no se tenga la capacidad técnica o económica o cuando la demanda del servicio no pueda ser cubierta por empresas públicas o mixtas con mayoría pública, el Estado o sus instituciones podrán delegar a sujetos de derecho privado, la gestión de los sectores estratégicos y la provisión de los servicios públicos, sin perjuicio de las normas previstas en la ley respectiva del sector.

La delegación de actividades económicas que no correspondan a servicios públicos o sectores estratégicos, esto es, aquellas que no se encuentren reservadas constitucional o legalmente al Estado, no está sujeta al criterio de excepcionalidad previsto en el inciso precedente, sino a los criterios de eficiencia y eficacia administrativas.

La gestión delegada por autorización administrativa es siempre precaria y en ningún caso generará derechos exclusivos para el gestor.

A falta de ley especial se aplicarán las normas previstas en este párrafo.”.

Memorando Nro. EPMMQ-GJ-2024-0417-M**Quito, D.M., 01 de agosto de 2024**

- **Ley Orgánica de Empresas Públicas (LOEP).**

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

Art. 34.- “CONTRATACIÓN EN LAS EMPRESAS PÚBLICAS.- Todo proceso de contratación de obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría, así como las contrataciones en actividades de prospección, exploración, explotación, refinación, comercialización, industrialización de los recursos hidrocarburíferos, las contrataciones de bienes de carácter estratégico necesarias para la defensa nacional, que realicen las empresas públicas, estarán sujetos al Plan Nacional de Desarrollo, con observancia del presupuesto nacional y empresarial, además de lo siguiente: (...)

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

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. (...)”.

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

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

En general los acuerdos asociativos e inversiones previstas en el inciso anterior deberán ser aprobados

Memorando Nro. EPMMQ-GJ-2024-0417-M**Quito, D.M., 01 de agosto de 2024**

mediante resolución del Directorio en función de los justificativos técnicos, económicos y empresariales presentados mediante informe motivado y no requerirán de otros requisitos o procedimientos que no sean los establecidos por el Directorio para perfeccionar la asociación o inversiones, respectivamente.

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

- **Ley Orgánica de Eficiencia Económica y Generación de Empleo (Libro II).**

LIBRO II**CREACIÓN DEL RÉGIMEN PARA LA ATRACCIÓN DE INVERSIONES, A TRAVÉS DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS**

Art. 53.- “Créase el régimen para la atracción de inversiones a través de las asociaciones Público - Privadas, con el siguiente texto:

Art. 1.- Objeto y Ámbito.- Esta Ley tiene por objeto, establecer el marco institucional, las normas y procesos aplicables para la participación del sector privado y la economía popular y solidaria, en la gestión de los Proyectos Públicos de inversión relacionados con infraestructura y Servicios Públicos o sectores estratégicos, de conformidad con los términos prescritos en la Constitución de la República, el ordenamiento jurídico vigente y esta Ley. Esta ley no rige a otras modalidades contractuales de delegación que se rigen por leyes sectoriales ni asociativas que se regulan por la Ley orgánica de Empresas Públicas. Los directorios de las empresas públicas tienen amplia facultad de emitir su propia normativa para regular dichas modalidades asociativas de acuerdo con la Ley orgánica de Empresas Públicas; y, en ejercicio de esa competencia le corresponde al Directorio de cada empresa pública determinar los requisitos y procedimientos para la selección de socios privados. De igual manera, es responsabilidad del Directorio de cada empresa pública precautelar la legalidad y transparencia del proceso, así como las condiciones de participación de la empresa pública.

Esta Ley es de cumplimiento obligatorio para las entidades, organismos e instituciones del sector público, conforme el artículo 225 de la Constitución de la República; así como, también para el sector privado o de la economía popular y solidaria que se asocie con el Estado, a través de la modalidad de asociación público-privada que regula esta Ley.

Art. 2.- De la Asociación Público-Privada.- Se entenderá por Asociación Público-Privada (APP) a una modalidad contractual de Gestión Delegada de largo plazo entre una entidad del sector público y un Gestor Privado, para el desarrollo y/o gestión de un activo público o la prestación de un Servicio Público en el que el Gestor Privado asume riesgos y responsabilidades significativos durante la vigencia del contrato y, la contraprestación está ligada al desempeño respecto del nivel de servicio y disponibilidad de la infraestructura existente o nueva .

Esta modalidad exige para su aplicación un Análisis de Conveniencia previo con la finalidad de evaluar comparativamente las opciones de contratación para determinar la mejor alternativa contractual a favor del Estado y podrá aplicarse únicamente en aquellos proyectos públicos que cumplan con los procedimientos establecidos en esta Ley, y que superen el valor total de inversión mínimo que defina su Reglamento.

Memorando Nro. EPMMQ-GJ-2024-0417-M**Quito, D.M., 01 de agosto de 2024**

Los proyectos públicos que no superen dicho monto podrán ejecutarse a través de Contratación Pública Ordinaria, de conformidad a lo establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sin perjuicio de la aplicación de otras modalidades contractuales de conformidad con el ordenamiento jurídico tales como los mecanismos asociativos determinados en los artículos 35 y 36 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, independientemente del monto de inversión. El Reglamento definirá la oportunidad, metodología y características que debe cumplir el Análisis de Conveniencia.

Se prohíbe, a través de la modalidad de APP y de la aplicación de la presente Ley, la Privatización, así como la ejecución de proyectos de exploración y explotación en los sectores de minería y petróleo. La modalidad de APP no sustituirá a las modalidades de participación privada contempladas en leyes especiales aplicables al sector minero y de hidrocarburos.

Art. 3.- Excepcionalidad.- La delegación de servicios públicos o sectores estratégicos a la Iniciativa Privada es excepcional. Esta excepcionalidad queda regulada de modo general en la presente Ley a través del ciclo del Proyecto APP y, en particular, estará justificada siempre que los respectivos proyectos generen Valor por Dinero.

El cumplimiento del ciclo del Proyecto APP previsto en este cuerpo legal, su Reglamento y demás normativa expedida por el Comité Interinstitucional de Asociaciones Público-Privadas (CIAPP), de pleno derecho, autoriza la delegación excepcional de proyectos públicos, sin necesidad de ningún acto administrativo adicional.

Son indelegables las facultades de planificación, rectoría, regulación y control a cargo del Estado. (...)

(...) Art. 11.- Apoyo para la Estructuración de Proyectos APP.- Las Entidades Delegantes que no pertenezcan a la Función Ejecutiva o la SIPP en el ámbito de la Administración Pública Central, según corresponda, podrán contratar asesoría y asistencia técnica para la estructuración y evaluación de Proyectos APP. Para todo lo anterior, se autoriza y permite la contratación de consultorías externas y asesores de transacción incluyendo a empresas públicas de los Estados de la comunidad y organismos internacionales de los que el Estado ecuatoriano sea parte. Los procedimientos de contratación, y los contratos con organismos multilaterales de crédito, se someterán a los reglamentos y políticas de tales entidades y a los tratados, convenios o protocolos suscritos con tales organismos. Las Entidades Delegantes y la SIPP podrán acceder a fondos reembolsables y no reembolsables. (...)

(...) Art. 14.- Entidad Delegante.- Son Entidades Delegantes las entidades del sector público públicas titulares de la competencia a ser delegada y representan al Estado en el Contrato APP.

Sin embargo y cuando corresponda, las empresas públicas serán llamadas a colaborar en el desarrollo de un Proyecto Público mediante la modalidad APP, por efecto de su rol como administradores de los bienes públicos vinculados con la delegación de gestión de la que se trate.

El desarrollo de cada fase en el ciclo de un Proyecto APP es de responsabilidad de las Entidades Delegantes, salvo por aquellas competencias atribuidas específicamente en esta Ley o su Reglamento a otro órgano o entidad pública. Tal es el caso de las facultades asignadas a la SIPP en materia de estructuración, Concurso Público y adjudicación de Proyectos APP a nivel de la Administración Pública Central y el rol de control de riesgos y sostenibilidad fiscal que corresponde al ente rector de las finanzas públicas.

Memorando Nro. EPMMQ-GJ-2024-0417-M**Quito, D.M., 01 de agosto de 2024**

Las Entidades Delegantes y demás entidades de la Administración Pública vinculadas a la ejecución de Proyectos AFP, adoptarán las acciones que permitan su ejecución oportuna y el cumplimiento de los plazos establecidos a través del Reglamento de esta Ley.

Para efectos de esta Ley, en los proyectos APP que sean de competencia de la Administración Pública Central, la SIPP tendrá el mandato legal de encargarse de las fases de estructuración y Concurso Público, hasta la adjudicación o declaratoria de desierto. Dicha acción deberá llevarse a cabo en coordinación con la Entidad Delegante, de conformidad con las disposiciones del Reglamento de esta Ley o guías del CIAPP. (...)

(...) Art. 28.- Delegación de actividades administrativas en el ciclo del Proyecto de Asociación Público-Privada.- Para efectos de esta Ley, las actividades de evaluación técnica, económico-financiera y jurídica correspondientes a todas las fases de los Proyectos APP previstas en esta Ley, pueden ser transferidas por las Entidades Delegantes a otras Administraciones Públicas o mediante la contratación con terceros especializados en la materia, de conformidad con lo que establezca el Reglamento de esta Ley.

A pedido de la Entidad Delegante correspondiente, la empresa pública con competencia sobre la infraestructura de la que se trate el Proyecto APP, participará en el proceso de estructuración del proyecto, desarrollando o contratando para el efecto los estudios necesarios.

Los mecanismos de financiamiento de estas actividades constarán en el correspondiente instrumento de delegación en los términos del Código Orgánico Administrativo y, en su caso, en el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. A falta de cualquier previsión al respecto, el financiamiento de las actividades de estructuración de los proyectos a ser delegados se ajustará a cualquiera de las siguientes modalidades o una combinación de estas:

- a. Con cargo al presupuesto de la Entidad Delegante o de los órganos o entidades vinculadas por sus competencias al proyecto a ser delegado al Gestor Privado.*
- b. Con cargo a los fondos fiduciarios que se constituyan con autorización del ente rector de las finanzas públicas para atender este objetivo y cualquier otro previsto en el acto constitutivo.*
- c. Con cargo a los presupuestos señalados en los literales precedentes, con un esquema de recuperación de costos y gastos a cargo del Gestor Privado.*
- d. A riesgo de los estructuradores, en caso de que el Proyecto APP alcance un cierre comercial y en los Pliegos del Concurso Público se haya establecido un mecanismo de pago directo a cargo del Adjudicatario. En este caso, los estudios técnicos, legales y financieros y demás documentos relacionados con la estructuración de proyectos bajo modalidad de APP u otras modalidades de delegación, que sean realizados por empresas privadas especializadas podrán ser pagados por el Gestor Privado, cuando así lo determine la Entidad Delegante que no pertenezca a la Función Ejecutiva o la SIPP en el ámbito de la Administración Pública Central, según corresponda.*

Art. 29.- “De los Gobiernos Autónomos Descentralizados.- Le corresponde a cada Gobierno Autónomo Descentralizado, en ejercicio de su autonomía y las competencias que tienen atribuidas en la Constitución y la Ley, efectuar los arreglos institucionales para el ejercicio de sus atribuciones como Entidad Delegante, para cumplir con el ciclo del Proyecto APP, que deberá observar lo previsto en esta Ley, su Reglamento y Guías del CIAPP. En el caso de los Gobiernos Autónomos Descentralizados la aprobación del uso de la modalidad corresponderá al órgano legislativo de los GAD.

Memorando Nro. EPMMQ-GJ-2024-0417-M**Quito, D.M., 01 de agosto de 2024**

Los Gobiernos Autónomos Descentralizados deberán determinar en su estructura administrativa los órganos a cargo de los estudios, revisión de documentos, elaboración de informes, autorizaciones y aprobaciones previstas en esta Ley, para cada una de las fases del ciclo del proyecto, salvo en los casos en que, de conformidad con la Constitución de la República, el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas y esta Ley deban obtener dictámenes o alcanzar las aprobaciones de los órganos y entidades de la Administración Pública Central de conformidad con esta Ley./ Para su incorporación en el Registro Nacional APP, deberán remitir a la SIPP la información que se determine en la normativa secundaria aprobada por el CIAPP, y sólo podrán continuar con el procedimiento administrativo, si se encuentra publicada la información en cada fase del ciclo del Proyecto APP.

La SIPP, a pedido de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, brindará todo el apoyo y asistencia técnica para la estructuración de sus proyectos, sin embargo, dicha Secretaría no será responsable de los actos de simple administración y actos administrativos generados de forma autónoma por cada Gobierno Autónomo Descentralizado.

Art. 30.- Consideraciones sobre la sostenibilidad fiscal de los Gobiernos Autónomos Descentralizados.- Los Gobiernos Autónomos Descentralizados (GAD) deberán observar, los requisitos implementados por el ente rector de finanzas públicas para la determinación de la sostenibilidad y riesgos fiscales, considerando la capacidad de pago del respectivo GAD para contraer Compromisos Firmes y Contingentes, que se deriven de la ejecución de los Contratos APP, sin comprometer la sostenibilidad de las finanzas públicas ni la prestación regular de los Servicios Públicos.”. (El texto en negrita me pertenece).

- **Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito.**

Artículo 146.- “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 147.- “Modelos de gestión asociativos.- 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.”.

Artículo 149.- “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

Memorando Nro. EPMMQ-GJ-2024-0417-M**Quito, D.M., 01 de agosto de 2024**

cuya provisión exclusivamente le está atribuida por la Constitución o la ley 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.”.

- **Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNC):**

Art. 206.- *“Capacidad asociativa de empresas públicas.- Las contrataciones derivadas de la aplicación de la capacidad asociativa de las empresas públicas, establecidas en los artículos 35 y 36 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, no será utilizada como mecanismo de evasión de los procedimientos previstos en el Sistema Nacional de Contratación Pública, por lo que si se detecta que ha sido utilizada exclusivamente para la adquisición de bienes, prestación de servicios incluidos los de consultoría, o para la construcción de obras, sin que exista un aporte real de ambas partes que justifique la asociatividad, se presumirá la evasión y la Procuraduría General del Estado y la Contraloría General del Estado realizarán, en el ámbito de sus competencias, el control respectivo.*

Las asociaciones, consorcios o alianzas estratégicas celebradas mediante concurso público concurrente por las empresas públicas creadas mediante acto normativo del máximo organismo de las universidades públicas, deberán tener respaldo en el campo del conocimiento que permita la participación directa de la academia y siempre deberán propender al crecimiento financiero de las Instituciones de Educación Superior públicas en el que prevalezca la transferencia de conocimiento y tecnología.”.

- **Reglamento General de La Ley Orgánica de Eficiencia Económica y Generación de Empleo (En adelante RLEEGE):**

Artículo 223.- *“De las Asociaciones Público - Privadas.- En los términos de la Ley APP, la Asociación Público-Privada (“APP”), es una modalidad contractual de gestión delegada de largo plazo entre una Entidad Delegante y un Gestor Privado, en la que se incorpora la experiencia, conocimientos, equipos, tecnologías y capacidades técnicas y financieras del sector privado, con el fin de diseñar, financiar, construir, mejorar, operar y mantener un activo público nuevo o existente, y/o proveer el mantenimiento, administración, suministro, gestión o prestación de un Servicio Público. El Contrato podrá incluir todas o algunas de las actividades señaladas anteriormente. En una APP se distribuyen riesgos entre las partes y se asignan riesgos significativos al Gestor Privado, conforme al Perfil de riesgos del proyecto. La contraprestación del Gestor Privado está ligada al desempeño, cumplimiento de los Niveles de Servicio y/o disponibilidad del activo bajo los estándares de calidad y eficiencia establecidos en el Contrato.”.* (Negrita y subrayado me pertenece).

Artículo 251.- *“Delegación de actividades administrativas en el ciclo del proyecto de APP.- Las actividades técnicas, económico-financieras y jurídicas de los proyectos APP a ser delegados a un Gestor Privado, correspondientes a las fases de planificación y elegibilidad, de estructuración y de Ejecución y Gestión del Contrato previstas en este Reglamento, pueden ser transferidas por las Entidades Delegantes, la SIPP o los demás órganos y entidades públicas relacionados con el proyecto público; a otra Administración Pública vinculada con el objeto del proyecto APP, las que proveerán este servicio directamente o, mediante la contratación con terceros especializados en la materia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 de la “Ley APP”.*

Memorando Nro. EPMMQ-GJ-2024-0417-M

Quito, D.M., 01 de agosto de 2024

La Entidad Delegante podrá determinar que la empresa pública con competencia sobre la infraestructura de la que se trate, participe en la elaboración de los estudios de prefactibilidad y factibilidad del proyecto y en su estructuración, del modo en que haya sido requerido por la Administración Pública delegante o la SIPP, cuando corresponda. Los mecanismos de financiamiento de estas actividades constarán en el correspondiente instrumento de delegación en los términos del Código Orgánico Administrativo y, en su caso, en el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. A falta de cualquier previsión al respecto, el financiamiento de las actividades de estructuración de los proyectos a ser delegados se ajustará a una combinación o una de las modalidades mencionadas en el artículo 28 de la "Ley APP." (La negrita y subrayado me corresponde).

Artículo 275.- "Consideraciones sobre la sostenibilidad fiscal de las Entidades Delegantes que no pertenezcan a la Administración Pública Central.- Las Entidades Delegantes que no pertenezcan a la Administración Pública Central, con inclusión de los Gobiernos Autónomos Descentralizados deberán observar de forma subsidiaria los lineamientos para determinar la sostenibilidad fiscal implementados por el MEF, considerando su capacidad de pago para adquirir compromisos fiscales, Firms o Contingentes, que se deriven de la ejecución de los Contratos APP, sin comprometer la sostenibilidad de las finanzas públicas, ni la prestación regular de los Servicios Públicos materia del correspondiente contrato.". (El texto en negrita y subrayado me pertenece).

3. ANÁLISIS:

Cabe partir de la precisión que la naturaleza de una Alianza Público Privada como tal, frente a la de otros mecanismos asociativos como las alianzas estratégicas, difieren en su forma, modo, concepto y objetivo principal; más aún cuando, existe normativa nacional expresa que define y determina taxativamente la prohibición existente para las empresas públicas metropolitanas de efectuar alianzas público privadas con el sentido de asociarse para delegar a un tercero la prestación de un servicio público; puesto que, dicha atribución le corresponde de forma exclusiva a los Gobiernos Autónomos Descentralizados y, en específico al Municipio del Distrito Metropolitano de Quito mediante la emisión del correspondiente acto normativo.

En este sentido, se considera importante referir que constitucionalmente la administración, regulación, control y gestión de los sectores estratégicos y servicios públicos corresponde prioritariamente al Estado, dicha prioridad incluye la potestad o prerrogativa que tiene el Estado para: (i) "autorizar" a las empresas públicas la gestión de dichos sectores estratégicos y/o la prestación de los servicios públicos, hablando de "autorización" en el entendido para los casos de empresas públicas cuyo objeto o fin, de acuerdo al instrumento legal de su constitución, sea la gestión o actividades relacionadas a la gestión del respectivo sector estratégico, ya que el derecho preexistente que nace de la Constitución de la República lo podrán ejercer únicamente para dicho sector estratégico específico y/o la prestación del servicio público correspondiente, y no para otros sectores y servicios que no se hallen catalogados en su objeto; y/o, (ii) "delegar" a otras empresas que no fueren las empresas públicas, la participación en dichos sectores estratégicos y/o en la prestación de los servicios públicos.

Asimismo, se deja en claro que las empresas públicas gestionan los sectores estratégicos y servicios públicos -entiéndase por gestión del sector estratégico la prestación del servicio público relacionado con el respectivo sector estratégico-, y es el Estado (Gobierno Autónomo Descentralizado para el presente

Memorando Nro. EPMMQ-GJ-2024-0417-M**Quito, D.M., 01 de agosto de 2024**

caso) quien delimita a través de una autorización dicha gestión, bajo los lineamientos señalados en el párrafo precedente, lo cual, además halla consistencia en los objetivos plasmados en la Ley Orgánica de Empresas Públicas artículo 4.

Por este motivo, no debe entenderse entonces que las empresas públicas, siendo públicas, son el Estado en sí mismo y no requerirían de autorización alguna *-según título habilitante que corresponda-*; puesto que, no les compete a estas, la regulación y control de los sectores estratégicos y servicios públicos, siendo contrario a la naturaleza de las normas constitucionales existentes, sino que, por el contrario a ellas les corresponde la gestión, cosa distinta a las competencias propias del Estado en general.

Con estas premisas se puede determinar:

- Las empresas públicas tienen competencia de gestión de aquellos sectores estratégicos y servicios públicos para los cuales hayan sido autorizadas.
- El Estado Central y los Gobiernos Autónomos Descentralizados, mas no las empresas públicas, tienen la facultad de delegar a empresas mixtas *-en las cuales tenga mayoría accionaria-* la participación en aquellos sectores estratégicos y servicios públicos que considere pertinente, por razones de interés nacional, dentro de plazos y límites fijados en la ley.
- El Estado (*entendiéndose en este a los Gobiernos Autónomos Descentralizados*), excepcionalmente, mas no las empresas públicas, podrá delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de las actividades de participación en sectores estratégicos y/o prestación de servicios públicos; teniendo en cuenta que, para el efecto deben confluír 2 aspectos sustanciales: **a)** que esta delegación sea de carácter excepcional; y, **b)** que dicha excepcionalidad debe estar regulada mediante la ley de la materia o de cada sector.

Siguiendo esta misma línea, la Corte Constitucional a través de su sentencia interpretativa de No. 001-12-SIC-CC de 5 de enero de 2012, en su parte relevante, señala: *“l. De conformidad con lo manifestado en los considerandos que anteceden, el Pleno de la Corte Constitucional interpreta los artículos 313, 315 y 316 de la Constitución de la República, en los siguientes términos: Debe entenderse que las empresas públicas únicamente gozan de la facultad de gestionar los sectores estratégicos y/o prestar los servicios públicos, para los que hubieren sido autorizadas, sin que les esté permitido a su 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.”*.

Por otra parte, es menester señalar que en el marco del ordenamiento jurídico ecuatoriano vigente dentro de aquellos proyectos de Alianza Público Privadas que se generen en la administración pública, dentro de su ciclo del proyecto, tal y como consta del artículo 251 del RLEEGE, *“(…) La Entidad Delegante podrá determinar que la empresa pública con competencia sobre la infraestructura de la que se trate, participe en la elaboración de los estudios de prefactibilidad y factibilidad del proyecto y en su estructuración, del modo en que haya sido requerido por la Administración Pública delegante o la SIPP (…)*”; particular que, es concordante con lo que manda la Ley de Eficiencia Económica y Generación de Empleo (en adelante únicamente LEEGE) en su artículo 28 respecto de la Delegación de actividades administrativas en el ciclo del Proyecto de Asociación Público-Privada. Debiendo en este sentido, tener presente que en el caso de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, estos deben determinar en su estructura administrativa los órganos a cargo de los estudios, revisión de documentos, elaboración de informes,

Memorando Nro. EPMMQ-GJ-2024-0417-M**Quito, D.M., 01 de agosto de 2024**

autorizaciones y aprobaciones previstas en esta Ley, para cada una de las fases del ciclo del proyecto, exceptuándose aquellos casos en que, de conformidad con la Constitución de la República, el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas y la LEEGE deban obtener dictámenes o alcanzar las aprobaciones de los órganos y entidades de la Administración Pública Central de conformidad con esta Ley, en apego a lo dispuesto por el artículo 29 de la Ley ibidem.

4. PRONUNCIAMIENTO:

Con base en los antecedentes expuestos, la normativa invocada y el análisis jurídico efectuado, es criterio de esta Gerencia Jurídica que, al tratarse el Proyecto de Ordenanza Reformatoria remitida, un instrumento que pretende normar de forma unificada la “REFORMA AL ARTÍCULO 3073 DEL CÓDIGO MUNICIPAL PARA EL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO, QUE ESTABLECE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LOS SISTEMAS DE ESTACIONAMIENTOS PÚBLICOS Y PRIVADOS EN EL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO”, y la “REFORMA DEL LIBRO I.2 DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA, DEL CÓDIGO MUNICIPAL DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO, QUE CREA EL TÍTULO XIII: ARREGLOS INSTITUCIONALES PARA LA GESTIÓN DELEGADA”, no corresponde a las competencias de esta Empresa Pública Metropolitana Metro de Quito, pronunciarse al respecto; toda vez que, por una parte la naturaleza de la primera reforma se refiere a temas de responsabilidad civil en los sistemas de estacionamiento, circunstancia que no se encuentra en coincidencia ni relacionada con las atribuciones y facultades de la EPMMQ otorgadas a través de Ordenanza de creación Nro. 0237 de 2012 y recogidas en el Código Municipal vigente, ni mucho menos con las responsabilidades y competencias estatutarias; y por otra, respecto del segundo proyecto a unificarse, el marco jurídico Ecuatoriano estipula de forma taxativa la prohibición para las empresas públicas de delegar a la iniciativa privada la gestión de los sectores estratégicos y/o la prestación de los servicios públicos, lo cual es competencia exclusiva de los organismos pertinentes conforme lo establecido en la ley y nuestra Carta Magna; debiéndose entender que, las empresas públicas únicamente gozan de la facultad de gestionar esos sectores estratégicos y/o prestar los servicios públicos, para los que hubieren sido autorizadas.

Sin perjuicio de lo antes dicho, y en apego a las disposiciones constitucionales, cabe dejar mención que actualmente el ordenamiento jurídico ecuatoriano, goza de normativa expresa que establece la participación y nivel de intervención de las administraciones públicas (*entendiéndose entre estas a las Empresas Públicas*), dentro de un ciclo de Proyecto de Asociación Público-Privada, al amparo de lo dispuesto en los artículos 35 y 36 de la LOEP y, conforme lo constante en los artículos 11, 14, 28 y 29 de la LEEGE por nombrar algunos.

En tal sentido, el proyecto de Ordenanza que se remite, presupone que, en lo referente al régimen para la gestión delegada, este observa tanto lo que manda la Ley Orgánica de Eficiencia Económica y Generación de Empleo, como lo contemplado en la Ley Orgánica de Empresas Públicas, en apego al marco constitucional existente al respecto; por lo cual, en todo momento habrá que entenderse su desarrollo y contenido en el contexto de lo que dichas normas permiten ejecutar a las Empresas Públicas, debiendo estas facultades ser además objeto de disposición expresa del GAD como actividades administrativas y, no entenderse bajo una naturaleza de delegación directa por parte de las empresas.

Finalmente, cabe señalar que la competencia de esta Gerencia Jurídica se circunscribe a la revisión y análisis del cumplimiento de aspectos legales; por lo que, el presente documento se sustenta estrictamente al análisis de lo establecido en la normativa legal vigente aplicable.

Memorando Nro. EPMMQ-GJ-2024-0417-M**Quito, D.M., 01 de agosto de 2024**

El presente pronunciamiento tiene como propósito facilitar elementos de opinión y juicio para la formación y emisión de la voluntad administrativa y forma parte de los actos previos a la emisión de dicha voluntad; mismo que, no tiene carácter vinculante ni constituye una aprobación o autorización de las actuaciones realizadas o que se vayan a realizar dentro del presente caso, conforme lo dispuesto por el artículo 122 del Código Orgánico Administrativo.

Esta Gerencia no se pronuncia sobre aspectos de índole administrativo, técnico o económico por no ser de su competencia.

Sin particular adicional por el momento me suscribo.

Atentamente,

Documento firmado electrónicamente

Mgs. Johnathan Gonzalo Jaramillo Mieles

GERENTE JURÍDICO, ENCARGADO

EMPRESA PUBLICA METROPOLITANA METRO DE QUITO - GERENCIA JURÍDICA

Referencias:

- EPMMQ-SG-2024-0331-M

Anexos:

- 129. PROYECTO Ordenanza Ref. Libro I Incorp. Gestión Delegada (APP) - SG-CM (revisado II).docx

