

Oficio No. 04701

Quito, D.M., 16 FEB 2016

Señor doctor
Mauricio Rodas Espinel
ALCALDE DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO
Ciudad.-

Señor Alcalde:

Me refiero a su oficio No. A0027 de 4 de febrero de 2016, ingresado en la Procuraduría General del Estado el 5 de febrero de 2016, mediante el cual formula la siguiente consulta:

“¿Si una Empresa Pública, al conformar una alianza estratégica con una empresa pública estatal, perteneciente a la comunidad internacional, al amparo de lo dispuesto en el número 3 del artículo 34 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, se encuentra facultada para estipular en el contrato de alianza, las condiciones específicas de contratación pública para el cumplimiento de su objetivo?”.

El informe jurídico de la entidad consultante, que se ha remitido adjunto a su consulta, consta en el oficio No. 0000044 de 4 de febrero de 2016, suscrito por el Procurador Metropolitano, encargado, quien cita el numeral 3 del artículo 34 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y concluye con el siguiente criterio jurídico:

“En consecuencia, las empresas públicas metropolitanas deberán conseguir de su Directorio la aprobación de la Alianza Estratégica con una empresa estatal perteneciente a la Comunidad Internacional para viabilizar legalmente el Proyecto, siendo éste el único requisito de validez legal para su implementación y formalización.

El contrato de Alianza Estratégica que celebren la empresa estatal perteneciente a la Comunidad Internacional y las empresas públicas metropolitanas, deberá contener todas las disposiciones, términos y condiciones con las cuales las partes acuerden ejecutar el Proyecto.

04701

En virtud de lo expuesto, considero que es plenamente viable la celebración de Alianzas Estratégicas que permitan la ejecución de Proyectos, siendo exclusivamente de responsabilidad del Directorio de las empresas públicas metropolitanas aprobar este esquema asociativo”.

El artículo 315 de la Constitución de la República¹, prevé la capacidad del Estado para 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; mientras que, el artículo 316 *Ibidem*, permite la delegación para la participación en sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las que el Estado tenga mayoría accionaria y solo por excepción, la delegación de estas actividades a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, en los siguientes términos:

“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”.

“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

¹ Publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

04701

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".

Del tenor de las disposiciones constitucionales citadas, se evidencia que 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, el Estado puede recurrir en primer término a las empresas públicas, luego a las empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria y solo en forma excepcional a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria².

Su consulta se halla referida a la conformación de una alianza estratégica y al régimen de contratación de dicha alianza, por lo que es pertinente precisar qué es una alianza estratégica, entendiéndose a la misma como "(...) una asociación entre dos o más empresas que unen recursos y experiencias para desarrollar una actividad específica, crear sinergias de grupo o como una opción estratégica para el crecimiento"³. Cabe señalar que este término no se encuentra definido en nuestra legislación.

En cuanto a las compras públicas, la Constitución de la República ha establecido principios generales, en su artículo 288:

"Art. 288.- Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas".

Como se aprecia, la Norma Suprema determina como principios de la contratación pública, la eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social, priorizando productos y servicios nacionales, lo cual concuerda con los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad y participación nacional, establecidos en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

² En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional en la Sentencia Interpretativa No. 001-12-SIC-CC, relativa a los artículos 313, 315 y 316 de la Constitución de la República, publicada en el Registro Oficial No. 629 de 30 de enero de 2012.

³ knoow.net/es/cieeconcom/gestion/alianza-estrategica, Enciclopedia temática.

04701

Concomitante con lo anterior, la Constitución de la República, en su artículo 424 dispone:

"Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público".

La disposición anteriormente invocada, establece el principio de jerarquía normativa, a la vez que determina la obligatoriedad de que las normas y actos del poder público mantengan conformidad con la Constitución, so pena de carecer de eficacia jurídica. De lo dicho se desprende que los actos o contratos que realicen las entidades públicas para el cumplimiento de sus objetivos no pueden contrariar los principios rectores de la contratación pública, que conforme ha quedado señalado, están consagrados en la Norma Constitucional.

Por su parte, el artículo 34 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas regula el régimen de contratación en las empresas públicas; y, el numeral 3, que es materia de su consulta, dispone lo siguiente:

"Art. 34.- CONTRATACION EN LAS EMPRESAS PUBLICAS.- 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. REGIMEN 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**

04701

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 (...). (El resaltado me corresponde)

El numeral 3 del artículo 34 en mención, contiene una disposición particular para las empresas públicas que hubieren suscrito contratos o convenios tales como alianzas estratégicas, asociaciones, consorcios u otros similares, que prescribe que en dichos instrumentos jurídicos se deberán establecer los procedimientos de contratación y la normativa aplicable a tales contratos o convenios.

Adicionalmente, el numeral 3 del artículo 34 de la Ley Ibídem establece que para el caso de las empresas constituidas con empresas de la comunidad internacional, para las contrataciones de bienes, obras y servicios se sujetarán al régimen especial que se contemple en el mismo.

Cabe recalcar que en lo no previsto en los contratos, convenios de asociación o en los instrumentos de constitución con empresas de la comunidad internacional referente a los procedimientos de contratación, se deberá observar y cumplir con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

De su parte, el artículo 37 de la Ley Orgánica que se analiza, prevé:

"Art. 37.- AMBITO Y ALCANCE DE LOS NUEVOS EMPRENDIMIENTOS.- Los emprendimientos y asociaciones previstos en el artículo anterior se sujetarán al contenido específico de los acuerdos que se celebren y en lo no previsto en ellos, a lo dispuesto en esta Ley, en las normas contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y en la normativa específica dictada para las contrataciones en actividades de exploración y explotación de los recursos hidrocarburíferos y para las contrataciones de bienes de carácter estratégico necesarias para la defensa nacional.

La administración del talento humano en las empresas de economía mixta se sujetará a las disposiciones de esta Ley y la Codificación del Código de Trabajo en lo que corresponda. En estas empresas no habrá pago de utilidades conforme lo señala el último inciso del Art. 328 de la Constitución de la República".

En armonía con lo hasta aquí analizado, el inciso primero del artículo 37 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, dispone que los emprendimientos y asociaciones deben sujetarse al contenido de los acuerdos que se celebren y en lo no previsto en tales instrumentos, a lo

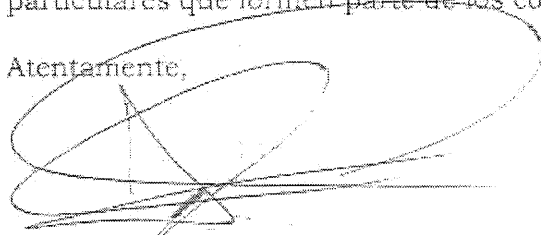
04701

dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y en la normativa específica dictada para las contrataciones en actividades de exploración y explotación de los recursos hidrocarburíferos y de bienes de carácter estratégico necesarias para la defensa nacional, según sea el caso. Lo dicho concuerda con la remisión que efectúa el numeral 3 del artículo 34 del mismo cuerpo legal, a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, para lo no previsto sobre el régimen de contratación en el respectivo convenio o contrato.

Del análisis jurídico precedente, en atención a los términos de su consulta, se concluye que por disposición del numeral 3 del artículo 34 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, aquellas empresas que hubieren suscrito contratos o convenios tales como alianzas estratégicas, asociaciones, consorcios y otros de similar naturaleza, están sujetas al régimen especial dispuesto por esa norma que permite que sea el convenio asociativo o el contrato el que establezca los procedimientos de contratación y su normativa aplicable; y en el caso de empresas constituidas con empresas pertenecientes a la Comunidad Internacional, la misma disposición legal les faculta para estipular en el documento de asociación, las condiciones específicas de contratación de bienes obras y servicios para el cumplimiento de su objetivo. Dichas condiciones son de responsabilidad de las autoridades de las empresas públicas suscriptoras del respectivo convenio de alianza estratégica, en acatamiento del marco constitucional y legal vigente.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de una norma jurídica, siendo responsabilidad exclusiva de las máximas autoridades de las empresas públicas determinar y autorizar los términos de la alianza que se pretende conformar, en función de los justificativos técnicos, económicos y empresariales. No es competencia de la Procuraduría General del Estado la aprobación de las condiciones particulares que formen parte de los contratos de Alianza Estratégica.

Atentamente,



Dr. Diego García Carrión
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO