

UNIVERSIDAD METROPOLITANA DEL ECUADOR



**FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES, HUMANIDADES Y EDUCACIÓN
CARRERA DE DERECHO**

**ENSAYO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**

TEMA:

**“DELEGACIÓN ADMINISTRATIVA PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS
PÚBLICOS”**

AUTOR:

LUIS ALBERTO ESTRELLA SEMANATE

TUTORA:

Ab. Mgs. CECILIA IRENE SALAZAR SÁNCHEZ

Quito, 2019

CESIÓN DE DERECHOS

Luis Alberto Estrella Semanate, autor del trabajo investigativo intitulado: "Delegación administrativa para la prestación de servicios públicos", en la calidad invocada libre y voluntariamente, cedo los derechos del ensayo a la Universidad Metropolitana, a efectos que el contenido sirva de fuente de información y divulgación de conocimiento para el bienestar académico.

Atentamente,



Luis Alberto Estrella Semanate

C.C. 172236922-8

Resumen:

El presente ensayo trata un tema de actualidad y relevancia nacional, referente a la prestación de servicios públicos y sus alcances, iniciando por una aproximación conceptual y doctrinaria que nos ayude a comprender lo más cabalmente posible su contenido y características, pasando por una breve clasificación. Así mismo repasaremos sus modos de prestación, la ejecución de la obra pública desde la perspectiva de la planificación, tanto a nivel local como nacional. Revisaremos el concepto de interés público recurrentemente invocado por los gobiernos recientes en nuestra región, estableciendo de una manera más objetiva su aplicación, estableceremos las particularidades que rodean a las empresas públicas, su manejo administrativo, jurídico y técnico, su vigilancia, así como su comportamiento dentro del mercado y su posición frente a las empresas particulares. Abordaremos el complejo ámbito de los sectores estratégicos que se encuentran invocados dentro de nuestra Constitución de la República, en un reducido articulado pero que arrastra consigo intereses nacionales altamente importantes, evidenciaremos la necesidad de que las disposiciones legales al respecto sean más prolijas y exigentes, delimitando su alcance y haciendo un mayor hincapié en su gestión y transparencia. Finalmente nos referiremos a los contratos de concesión de obras y servicios públicos para desembocar en la factibilidad de que sean sujetos de derecho privado, los que presten esos servicios o ejecuten la obra pública.

Palabras Clave: delegación administrativa, concesiones, interés público, servicios públicos.

Abstract:

This essay deals with a topicality and national relevance, regarding the provision of public services and their scope, beginning with a conceptual and doctrinal approach that helps us to understand as fully as possible its content and characteristics, going through a brief classification. We will also review their modes of provision, the execution of public works from the perspective of planning, both locally and nationally. We will review the concept of public interest recurrently invoked by recent governments in our region, establishing in a more objective way its application, we will establish the particularities surrounding public companies, their administrative, legal and technical management, their surveillance, as well as behavior within of the market and its position with respect to private companies. We will approach the complex scope of the strategic sectors that are invoked within our Constitution of the Republic, in a reduced articulate but that carries with it highly important national interests, we will demonstrate the necessity that the legal dispositions in this aspect are more prolix and demanding, delimiting its scope and placing greater emphasis on its management and transparency. Finally, we will refer to the contracts for the concession of public works and services to come to the factibility of being subject to private law, those that provide those services or execute public works.

Keywords: administrative delegation, concessions, public interest, public services.

Agradecimiento.

A Dios, que es quien permite que todo suceda y nos brinda la gracia de estar aquí, la tranquilidad y la salud que necesitamos para alcanzar nuestras metas, siempre al servicio de los demás.

A mis padres y mis hermanos, quienes me han hecho la persona que soy y siempre me han brindado su desmedido apoyo y cariño.

Y finalmente no puedo dejar de sentirme agradecido con todas y cada una de las personas que supieron prestar su colaboración desinteresada a lo largo de la carrera y que tuve el grato gusto de conocer y tratar.

Dedicatoria.

Dedico este pequeño trabajo a quienes siempre esperan lo mejor para uno, a quienes oran por mi bienestar, a quienes siempre han estado allí para ayudarme a levantarme, a continuar hacia adelante, a aspirar a ser cada día una mejor persona, quienes me han sabido dar siempre lo mejor a base un enorme sacrificio, con el mejor ejemplo y la mayor humildad, a mis amados padres: César Eduardo y Eva Teresa.

Índice:

INTRODUCCIÓN.....	1
DESARROLLO.....	2
El servicio público.....	2
Los elementos de los servicios públicos.....	5
La planificación en la prestación de servicios públicos.....	5
Modalidades de gestión para la prestación de servicios públicos.....	6
Clasificación de los servicios públicos.....	7
Desarrollo normativo.....	8
El interés público.....	10
Sectores estratégicos y Empresas Públicas.....	13
El contrato de concesión.....	17
Ingresos económicos del concesionario.....	19
La vigilancia y control.....	21
CONCLUSIONES.....	23
Bibliografía.....	25

Introducción:

Dentro del presente trabajo abarcaremos lo concerniente a la prestación de los servicios públicos en el Ecuador, trataremos de hallar una definición, clasificación y alcance, así como sus modos de prestación, para ello nos serviremos de lo expresado por varios autores nacionales e internacionales que se han pronunciado sobre el tema dentro de sus obras, mismas a las que hemos consultado.

A lo largo del documento revisaremos el esquema jurídico nacional vigente, relacionado con la prestación de servicios públicos, contenido en la Constitución de la República del Ecuador, la Ley Orgánica de Empresas Públicas (LOEP), el código Orgánico Administrativo (COA), el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera, principalmente y mencionaremos ejemplos puntuales.

El tema escogido revierte de importancia debido a su actualidad pero su poco desarrollo tanto en el marco jurídico como en el tratamiento doctrinario, pues aunque pudimos ver recogidas algunas disposiciones dentro de la recientemente derogada Ley de Modernización del Estado, debemos recordar que estuvo vigente desde el año 1993, peor sin que posteriormente a su publicación se haya llevado a cabo un desarrollo normativo sobre la prestación y la delegación de los servicios públicos, de su concepto, orígenes y limitaciones, dejándonos más dudas que certezas, sumado a ello el agravante problema de la multiplicidad de disposiciones de derecho administrativo que se empezaron a promulgar y dispersar en el marco jurídico del Estado, entorpeciendo su aplicación, siendo finalmente la expedición del Código Orgánico Administrativo (COA), la que de alguna manera pretende poner fin al menos a esa disgregación confusa de leyes administrativas, conteniendo en un solo cuerpo legal las normas pertinentes y derogando con ella muchas de las que fueron creadas a lo largo de los años por nuestros legisladores, sin encontrar una verdadera aplicación en las relaciones jurídicas del quehacer administrativo. Sin embargo con la aparición del mismo COA nos seguimos quedando muy limitados en el tratamiento de los servicios públicos, de su clasificación, delegación o concesión, así como su control, responsabilidades y auditoría, siendo imperativo empezar a entablar una aproximación al tema que la academia debe comenzar a discutir, pues por otro lado hemos visto un avance en el desarrollo de la normativa referente a empresas públicas (EP's), pero sin la debida consideración técnica, favoreciendo a la aparición acelerada de estas empresas las que en su mayoría se crearon con el fin de prestar servicios públicos, directa o indirectamente, lo que ha traído consigo una enorme controversia debido a los altos recursos

que ellas requieren y manejan, mientras que por el contrario debido a los pocos o ineficientes servicios que prestan, no se ve justificado que el Estado las siga manteniendo, así como de los delicados asuntos que han llegado a manejar sin la debida vigilancia y transparencia, siendo por lo tanto necesario dejar de dar ligereza a dicho tema y ponernos a estudiar esto con una mayor profundidad y detenimiento.

Desarrollo:

El servicio público:

Es pertinente iniciar el presente ensayo con una aproximación conceptual de lo que se entiende por servicio público, cuya concepción ha tenido una importante evolución histórica; es así que la doctrina y la jurisprudencia francesas se inclinaron alrededor del fin del siglo XIX hacia la **noción del servicio público** como susceptible de establecer el campo de aplicación del régimen administrativo y en consecuencia el dominio de la competencia del juez administrativo.

En ese contexto León Duguit, autor francés de la referida época, señala que:

Servicio público es cualquier actividad cuyo desempeño debe ser garantizado, regulado y controlado por los gobiernos, **debido a que esta actividad es esencial para la realización y desarrollo de la interdependencia social**, y es de tal naturaleza que no puede realizarse sino a través de la intervención de las fuerzas gobernantes. (Duguit, 2008)

Por su parte el autor español Gaspar Ariño Ortiz, ya en el siglo XX, nos dice que:

Actividad propia del estado o de la administración Pública, la prestación positiva, con lo cual, mediante un procedimiento de derecho público, se asegura la ejecución regular y continua, **por organización pública o por delegación**, de un **servicio técnico indispensable para la vida social**. (Ariño, 1999)

Por otra parte el autor ecuatoriano Diego Paredes González nos expresa que:

El ordenamiento jurídico ecuatoriano por otro lado, no define que es un servicio público, lo que nos trae algunos problemas al determinar las potestades de servicio público que el Estado puede titularizar en favor de terceros. Es así, que sin definirlos, los artículos 35 número 10 y 249 de la Constitución determinan de manera ejemplificativa cuales son los servicios públicos que brinda el Estado, determinando como servicios públicos entre otros: salud, educación, justicia, seguridad social, energía eléctrica, agua potable y alcantarillado, procesamiento, transporte y distribución de combustibles, transportación pública, telecomunicaciones, etc. En

la ejemplificación que realiza nuestra Constitución se confunden los servicios públicos prestados en virtud de las potestades públicas, y las potestades que el Estado determina para los diferentes organismos que constituyen la administración pública y sus funciones. (Paredes González, 2005)

Finalmente, el autor ecuatoriano Efraín Pérez, se refiere al tema y nos dice:

El concepto de “servicio público”, además de no haberse perfilado ni siquiera sumariamente por la legislación, **constituye uno de los más imprecisos dentro del Derecho Público**, pudiendo afirmarse que los conceptos de servicio público son tantos como autores se han ocupado del mismo. (Pérez, 2014)

Como se desprende de lo expuesto por los citados tratadistas, no existe un concepto doctrinario universal de lo que comprende o debería entenderse como servicio público, lo que complica el estudio del tema, sin embargo, para contar con una definición dentro del presente trabajo, nos valdremos de lo expresado por el autor ecuatoriano, Hernán Jaramillo, quien nos dice que el servicio público **“Es toda actividad que ejerce directa e indirectamente la Administración Pública para satisfacer necesidades colectivas, sujeto a un régimen jurídico especial y al control de autoridad competente”**. (Jaramillo Ordoñez, 2005)

Sin existir un criterio uniforme sobre la definición de servicios públicos, también resulta muy complejo determinar cuáles son las actividades estatales a los que se puede dar esa calidad, existiendo servicios que desde la antigüedad se han considerado como servicios públicos y otros que han ido adquiriendo tal concepción en tiempos más modernos. Podríamos decir entonces, sin ser taxativos, que los servicios públicos más reconocidos son los siguientes: servicio de abastecimiento de agua; servicio de educación; servicio de electricidad; servicio de gestión de residuos; servicio judicial; servicio de seguridad interna y externa, servicio de planeamiento urbanístico; servicio postal; servicio de protección medio ambiental; servicio de sanidad; servicio social; servicio de telecomunicaciones; servicio de transporte público; servicio de tratamiento de aguas residuales; servicio de vivienda pública, etc.

Complementariamente, es relevante referirse a lo que en los últimos años se ha venido extendiendo, en virtud del creciente acceso de la ciudadanía al internet y a las telecomunicaciones; el acceso electrónico a los servicios públicos, que según el tratadista español Luis Santamaría Pérez: **“La modernización electrónica de la Administración no solo tiene por objeto el acceso a los diferentes servicios públicos** (entendidos en sentido amplio

como actividad administrativa), **sino también a la información disponible en formato electrónico** en las diferentes Administraciones Públicas.” (Santamaría Pérez, 2000)

Una vez analizado lo que los estudiosos del tema nos aportan para comprender lo que se entiende por servicio público, es adecuado pasar a revisar lo que nuestra legislación nacional nos dice al respecto, ya que finalmente siempre tendremos que recurrir a la misma para hacer valer nuestros derechos, seamos sujetos de derecho público o privado.

En ese orden de ideas, el numeral 25 del artículo 66 de la Constitución de la República, prescribe que los ciudadanos tenemos: “El derecho a **acceder** a bienes y **servicios públicos** y privados **de calidad**, con eficiencia, eficacia y buen trato, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características.” (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

En concordancia con lo citado, el artículo 315 de la Constitución de la República, señala: “El **Estado constituirá empresas públicas** para la gestión de sectores estratégicos, la **prestación de servicios públicos**, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas.” (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

Por su parte el reciente Código Orgánico Administrativo, en su artículo número 34 se refiere al acceso a los servicios públicos y expresa que:

Las personas tienen derecho a **acceder a los servicios públicos**, conocer en detalle los términos de su prestación y formular reclamaciones sobre esta materia. Se consideran servicios públicos aquellos cuya titularidad ha sido **reservada al sector público en la Constitución o en una ley**. Se consideran servicios públicos impropios aquellos cuya titularidad no ha sido reservada al sector público. Las administraciones públicas intervendrán en su regulación, control y de modo excepcional, en su gestión. (Ecuador, Asamblea Nacional, 2017)

Otra norma importante que se refiere a quienes les corresponde, entre otros, prestar servicios públicos es la Ley Orgánica de Empresa Públicas (LOEP), en cuyo artículo 4 señala que: “...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.” (Ecuador, Asamblea Nacional, 2009)

Como se puede apreciar, resulta ser incipiente en nuestra normativa lo que realmente se constituye como un servicio público, lo que está claro es que tenemos el derecho a recibirlos y que éstos deben cumplir con criterios de calidad y eficiencia; así mismo nuestro ordenamiento prevé cuáles son las entidades que principalmente están llamadas a prestarlos, de esto último trataremos más adelante en el presente ensayo.

Los elementos de los servicios públicos:

Si bien es cierto no hay una definición única de lo que se entiende por servicios públicos, parece haber un cierto consenso en los elementos sustanciales que lo conformarían, siendo estos:

1.- El sujeto o ente que lo presta.- Se refiere a la persona o entidad que finalmente presta el servicio público, la titularidad corresponde al Estado, el cual puede ejecutar directamente, a través de sus órganos y entidades administrativas o indirectamente por medio concesiones particulares.

2.-El fin y el objeto.- Tiene por fin satisfacer las necesidades colectivas de interés general, mediante prestaciones periódicas y sistemáticas, brindadas hacia el usuario.

3.- El régimen que lo regula.- La actividad está regulada por un régimen jurídico de derecho público que permite a quienes lo desarrollan atender mejor la satisfacción de las necesidades colectivas, debiendo también suministrar a los usuarios la protección legal ante los eventuales excesos de autoridad.

La planificación en la prestación de servicios públicos:

En este apartado es menester señalar que la estructura y organización administrativa del Estado con la correlativa distribución orgánica del poder, se asienta en la búsqueda del cumplimiento de sus deberes primordiales orientados a satisfacer las necesidades públicas. Partiendo de esta premisa, la consecución de los objetivos del Estado debe estar sustentada en la debida planificación.

La pregunta que necesariamente se plantea, es si en el Ecuador la prestación de los servicios públicos y la ejecución de obra pública responden a una adecuada planificación, en la que la ciudadanía participe activamente.

El término planificación para Cabanellas, es: “En lo metodológico, trazado de normas o pautas para simplificación y eficacia desde lo teórico hasta lo práctico.” (Cabanellas, 2005)

Pareciera que la definición dada por el citado tratadista respecto de lo que implica hablar de planificación, en términos sencillos y claros, se ajusta a la idea que nuestro ordenamiento jurídico asume tal concepto, desde la Constitución de la República hasta la normativa secundaria relacionada.

Pues bien, la Constitución de Montecristi determinó que nuestro país haya pasado a ser lo que en algunos espacios se ha denominado <riguroso planificador>, lo cual se verifica al revisar el texto del artículo 275 que establece que “el Estado planificará el desarrollo del país para garantizar el ejercicio de los derechos, la consecución de los objetivos del régimen de desarrollo y los principios consagrados en la Constitución”. (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

Derivado de esa planificación se crea en la norma constitucional de nuestro país el Plan Nacional de Desarrollo, que en los términos del artículo 280 de la citada norma es el instrumento al que se sujetarán las políticas, programas y proyectos públicos.

En general, la planificación obligatoria en todos los niveles de gobierno tiene como objetivo garantizar en el Ecuador la realización del buen vivir (del *sumak kawsay*); este objetivo requerirá que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades gocen efectivamente de sus derechos, y ejerzan responsabilidades en el marco de la interculturalidad.

Ahora bien, esta planificación va encaminada, en definitiva, a satisfacer las necesidades ciudadanas, resumidas en la prestación de servicios públicos y en la ejecución de obra pública, ambos de manera oportuna y eficiente, se instrumentaliza a través de una acción directa de las instituciones del Estado o con la intervención de particulares (personas jurídicas de derecho privado), en este último caso a través de un título habilitante, pudiendo ser un instrumento de concesión, autorización, permiso o licencia.

Modalidades de gestión para la prestación de servicios públicos:

Respecto a la participación privada en la prestación de servicios públicos y ejecución de obra pública, como elemento coadyuvante para que el Estado cumpla con sus fines, en beneficio de la colectividad, cuando **por razones técnicas o económicas no pudiera actuar de manera directa**, la institución jurídica utilizada por excelencia es la concesión. En tal sentido resulta adecuado revisar lo que al respecto nos dice el doctor Marco Morales Tobar:

Teniendo presente la dinámica que rige las relaciones entre el Estado y la sociedad en la que, de modo general se reconoce la libertad de empresa y comercio, se oficializa la provisión de determinados servicios públicos por parte del Estado de modo esencial de los sectores llamados estratégicos, estableciendo un rol garantizador y regulador respecto a su prestación en sujeción a los principios de eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, continuidad y calidad. (Morales Tobar, 2011).

Si bien estamos de acuerdo con lo manifestado por el profesor Morales, es necesario ir más allá en el análisis y resumir cuáles son las modalidades de gestión en cuanto a la prestación, para lo cual me permito plantear el siguiente esquema:

1. Gestión Directa: La administración titular del servicio público realiza la actividad prestacional directamente. 1.1. Gestión Directa Centralizada (Ej: Ministerios y Secretarías) 1.2 Gestión Directa Descentralizada (Ej: Municipios y Prefecturas). **2. Gestión Indirecta:** Delegación en la prestación de servicios públicos (Ej: Delegación, autorización, licencias). **3. Gestión Mixta:** La administración y el particular participan de la gestión del servicio público y a la vez en los resultados económicos (Concesiones, alianzas público privadas).

El esquema descrito en líneas precedentes, nos da una visión general de las formas en las que se realiza la prestación de servicios públicos, siendo la más usual y generalizada la gestión directa, sea ésta centralizada o descentralizada; pero a pesar de que desde la posición política de los últimos años se ha pretendido no acudir a la colaboración privada en la prestación de servicios públicos nuestra legislación contempla un esquema jurídico completo para que opere la gestión indirecta en la prestación de servicios públicos.

Clasificación de los servicios públicos:

Los servicios públicos pueden ser:

- Servicios Públicos Esenciales.

Nos referimos a estos servicios, cuando hablamos de los más primordiales que requiere la ciudadanía, algunos de ellos también llamados servicios básicos, tales como el agua potable, luz eléctrica, vivienda; y demás.

- Servicios Públicos No-esenciales:

Los no esenciales son de carácter secundario, como museos, teatros estadios, parques, bulevares, etc.

- Servicios Públicos Propios:

Son prestados directamente por el Estado, como el servicio de Registro Civil.

- Servicios Públicos Impropios:

Son prestados por intermedio de otros órganos o personas particulares de acuerdo a disposiciones reglamentarias establecidas por la Administración Pública.

Además, los servicios pueden ser nacionales, provinciales, cantonales y parroquiales.

Modalidades de servicios públicos prestados por el Estado:

Los servicios prestados por el Estado pueden ejecutarse de acuerdo con las siguientes modalidades:

- a) Servicios prestados directamente por la Administración pública;
- b) Servicios prestados por instituciones;
- c) Servicios prestados por empresas públicas;
- d) Servicios prestados por administración delegada; y,
- e) Servicios prestados mediante concesión.

Desarrollo normativo:

En cuanto a las normas emitidas posterior a la promulgación de la Constitución de Montecristi, se encuentra el **Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones**, vigente desde el 2010, que prevé:

En forma excepcional debidamente decretada por el Presidente de la República cuando sea necesario y adecuado 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, el Estado o sus instituciones podrán delegar a la iniciativa privada o a la economía popular y solidaria, la gestión de los sectores estratégicos y **la provisión de los servicios públicos de electricidad, vialidad, infraestructuras portuarias o aeroportuarias, ferroviarias y otros.** (Ecuador, Asamblea Nacional, 2010)

Por otro lado, de más reciente data, nos encontramos con la **Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera**, vigente desde diciembre de 2015,

que se refiere ampliamente a la delegación administrativa, incluyendo la prestación de servicios públicos, por parte de agentes privados.

Es así que en su artículo 2, ámbito, prevé:

Esta Ley se aplica a **las asociaciones público-privadas** que tienen por objeto la provisión de bienes, obras o **servicios** por parte del Gobierno Central y los Gobiernos Autónomos Descentralizados. Los proyectos públicos aprobados se beneficiarán de los incentivos propuestos en esta Ley, de conformidad con los acuerdos establecidos por las partes. (Ecuador, Asamblea Nacional, 2015)

El segundo inciso del artículo 13 de la citada Ley, dentro del contenido del **contrato de gestión delegada**, señala que: “Por excepción, el Comité Interinstitucional podrá, para la aplicación de esta Ley, **priorizar y aprobar asociaciones público-privadas en materia de servicios públicos** en el marco de las disposiciones constitucionales”. (Ecuador, Asamblea Nacional, 2015), concordantemente con lo expresado en el artículo 316 de la Constitución de la República:

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. (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

A más de lo ya descrito, debemos señalar que existen varias normas especiales o reglamentos que fueron poco a poco expedidos, que sirven para la delegación o concesión de obras o servicios específicos para una determinada actividad o entidad estatal, entre estos tenemos:

- Reglamento de concesiones, permisos y licencias para la prestación del servicio de energía eléctrica: Decreto Ejecutivo expedido en el año 1998, última reforma 2009, estado vigente;
- Instructivo para el otorgamiento de concesiones mineras metálicas bajo el régimen especial de pequeña minería en procesos de petición y oferta: Acuerdo Ministerial del año 2017, sin reformas, vigente;
- Ley para la construcción y mantenimiento de obras públicas como autopistas, puentes, túneles, estacionamientos, similares y la de transporte colectivo urbano, mediante contrato de concesión de obra pública: ley publicada en el año 1982, sin reformas, vigente;

- Reglamento de aplicación del régimen excepcional de delegación de servicios públicos de transporte: Decreto Ejecutivo del año 2011, sin reformas, vigente;
- Reglamento de delegación de Servicios Postales: Decreto Ejecutivo del año 2006, última reforma en el 2007, vigente. (Información obtenida del sistema Lexis - <http://www.silec.com.ec>)

Como hemos visto, si bien la delegación a agentes privados para la prestación de servicios públicos desde la norma constitucional y demás leyes secundarias se prevé como excepcional, por cuanto se prioriza la gestión directa (centralizada o descentralizada); sin embargo, podemos apreciar que es factible, previo cumplimiento del procedimiento correspondiente.

El interés público:

Dentro del presente trabajo nos corresponde en este punto tratar el tema más subjetivo, esto es el <<interés público>>, pues bien, dentro del Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas podemos encontrar, que se entiende por interés público al: “conjunto de pretensiones relacionadas con las necesidades colectivas de los miembros de una comunidad y protegidas mediante la intervención directa y permanente del Estado”. (Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996)

Sin embargo, a pesar de esta definición debemos detenernos para establecer el inconveniente con el que la doctrina se ha topado al tratar de definir al interés público, llegando a encasillarlo en la categoría de **“concepto indeterminado”**, como lo señala la doctora Carla Huerta Ochoa:

Los conceptos jurídicos, como por ejemplo los de orden público o interés público, utilidad pública o paz pública, o bien seguridad nacional, son indeterminados tanto por su creación, como por su aplicación. Estos conceptos jurídicos son indeterminados porque no permiten una aplicación precisa e inequívoca. Incluir un concepto indeterminado en la Constitución o la ley puede tener finalidades distintas como son la de delimitar, limitar o controlar la acción administrativa. Por lo que no se puede afirmar que las decisiones que se sustenten en conceptos indeterminados tienen un carácter político o ideológico ya que demarcan los límites de la aplicación de las normas. (Ochoa, 2008)

Así también el doctor López-Peña, concide en el postulado anterior además que nos agrega mayores aristas, al expresar que:

El interés público como concepto jurídico indeterminado, genera dos consecuencias en la práctica jurídica: primero, permite a la administración justificar su actuar, particularizándolo en cada caso, pero sin que se estipule de manera previa y expresa condiciones que determinen un actuar conforme al interés público, tal inexistencia abre la posibilidad que en cada situación pueda “decirse lo qué es” el interés público, no resultando siempre beneficiada la colectividad. (Lopez-Peña, 2016)

Finalmente Nicolás López Calera, también expresa la complejidad de definir este concepto y señala las falencias jurídicas que puede generar, pues sostiene:

El estudio del interés público como concepto jurídico indeterminado ha tenido un lugar preferente en la doctrina administrativista, porque se considera que la Administración pública es el titular o portador del interés público. El legislador constata la existencia de un interés general o público en un determinado sector o materia de las relaciones sociales. Es decir, el legislador tiene la responsabilidad constitucional de identificar el interés público al ordenar jurídicamente una comunidad política. Y el poder judicial es el encargado de controlar la correcta identificación y satisfacción de un interés. (López-Calera, 2010)

Debemos así mismo tener en cuenta que dentro de las primeras formas de derecho, se trajo consigo el concepto de propiedad privada como institución inamovible, un elemento distintivo del derecho moderno y que el concepto de interés público llega a veces a romper con esta institución de la propiedad privada, que por tantos siglos hemos auspiciado, sin embargo no es raro encontrarnos normas que vayan un poco en contra de esta doctrina, así como podemos mencionar lo manifestado en el artículo 18 del Código de la Producción, que respecto de la propiedad sobre las inversiones expresa:

La propiedad de los inversionistas estará protegida en los términos que establece la Constitución y demás leyes pertinentes. **La Constitución prohíbe toda forma de confiscación.** Por lo tanto, no se decretarán ni ejecutarán confiscaciones a las inversiones nacionales o extranjeras. **El Estado podrá declarar, excepcionalmente y de acuerdo a la Constitución, la expropiación de bienes inmuebles con el único objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo**, siguiendo el procedimiento legalmente establecido, de manera no discriminatoria y previa a la valoración y pago de una indemnización justa y adecuada de conformidad con la Ley (Ecuador, Asamblea Nacional, 2010)

Vemos entonces que nuestra normativa se va ajustando a este concepto más moderno dejando paulatinamente atrás a lo que representaba en tiempos de antaño la propiedad privada para el derecho. En ese sentido, parafraseando a Gordillo “...primero el **error de concebir al**

interés público o a la necesidad pública como entes abstractos, como una noción mágica que implica todo lo bueno y mejor y a la cual deben doblarse las pretensiones jurídicas de los particulares” (Gordillo, 2015), entonces si este concepto fuera tan claro y potente como para todos estar de acuerdo con él, no debería generar duda entre los individuos de la sociedad y mucho menos habría sectores que lo cuestionan o se sienten afectados. El mismo autor, continúa señalando:

Todo surge de un erróneo concepto de interés público. El interés público no es el interés de un conjunto de habitantes tomados como masa; **no es un bienestar general, omnipresente, una felicidad imprecisable**; es sólo la suma de una mayoría de **intereses individuales coincidentes** y por ello **la contraposición entre el interés público y el derecho individual es falsa si no redunda en mayores derechos y beneficios para los individuos de la comunidad. Sólo hay interés público cuando de entre una mayoría de individuos, cada uno puede escindir del mismo su interés individual**: El “interés público” en que cada individuo no pueda encontrar e identificar su porción concreta de interés individual es una falacia. (Gordillo, 2015)

En esencia podemos afirmar que debido a este amplio contexto de acción que tiene el Estado y la amplia ambigüedad de este principio, dejaría expuesto a que en su aplicación se puedan cometer una serie de arbitrariedades, poniendo en riesgo la seguridad jurídica de los agraviados. Pues hemos visto casos sobre todo en los Estados con modelos de gobierno socialistas, que apelan al populismo como manera de captar apoyo popular y mediante la figura de interés público se despoja empresas particulares que prestan servicios de comercio o de producción para que sea el ente estatal quien los administre, en estos casos evidenciamos que muchas veces no se trata siquiera de servicios que se debería prestar a través del Estado, pues una entidad comercial no corresponde a la naturaleza de actos que un gobierno debería tener a su cargo, además que no se trata tampoco de una falta de prestación del servicio por parte de las empresas, sino de una clara intervención estatal sobre las decisiones que tomaron sus administradores para afrontar situaciones, muchas veces de crisis económica; mediante la subida de los precios, la limitación de la producción o reducción de la cantidad de existencias (productos), reducción del personal u otros factores, en este caso podemos pensar que tal vez es mejor que el Estado intervenga antes de que las empresas quiebren y tengan que cerrar y dejar de ofrecer sus productos o servicios, sin embargo debemos recordar que es así como siempre se ha manejado la actividad empresarial, no es nada raro que una empresa tenga que quebrar en un momento de crisis, sobre todo si el gobierno no toma las acciones correctivas a

tiempo, más bien el intervencionismo ha sido aquel que ha contribuido al empeoramiento de la supervivencia de las empresas particulares.

Sectores estratégicos y Empresas Públicas:

En la Constitución de 2008 podemos encontrar el término de sectores estratégicos en los artículos 313 al 316, estos son de decisión y control exclusivo del Estado y son así considerados: "...la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad, el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, **y los demás que determine la ley**" (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

A pesar de existir disipaciones constitucionales, el alcance jurídico de estos conceptos genera dudas desde un comienzo, pues hizo falta consultar a la misma **Corte Constitucional**, la cual **mediante sentencia número 001-12-SIC-CC del 05 de enero de 2012**, publicada en el Registro Oficial Suplemento 629 de 30 de enero del 2012, absolvió una consulta planteada por el Presidente de la República al respecto, en la que se interpreta estos artículos distinguiendo la gestión de la administración, regulación y control por el Estado y determina el rol de las empresas públicas delegatarias de servicios públicos, así también veremos que las leyes publicadas en lo posterior a la norma suprema han permitido una ligereza sobre el tema de empresas públicas y sectores estratégicos, ante ello en su ejecución se han evidenciado estas falencias normativas como señalaremos más adelante.

Por otra parte para la definir a la empresa pública nos serviremos de lo expresado por el autor mexicano Ruiz Massieu, que nos explica que:

Empresa pública es la organización autónoma dirigida a producir en el mercado. Es una organización económica que se forma con la aportación de capitales públicos o estatales **debido a la necesidad de intervención del Estado en la economía**. De forma macro, se trata de una entidad económica personificada en la que el Estado ha contribuido con capacidad **por razones de interés público**, social o general (Massieu R., 1980).

La Ley de Orgánica de Empresas Públicas, en su artículo 4 establece que estas: "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**" (Ecuador, Asamblea

Nacional, 2009). En ambos textos normativos citados podemos encontrar esta falta de taxatividad que merecerían estas disposiciones, permitiendo que se pueda llegar a realizar una interpretación ampliada del tema.

Leonardo Hernández Walker, autor ecuatoriano, en su artículo ¿Agonía de las Empresas Públicas?, cuestiona la falta de definición jurídica afirmando que: “bajo este amplísimo e indefinido concepto de “sector estratégico” se puede incluir **cualquier actividad económica que la dirección política del Estado estime**, las que deberán ser gestionadas por Empresas Públicas” (Hernández Walker, 2018); así mismo también señala que:

La ley no determina los requisitos para que una actividad estatal sea administrada como empresa pública, en consecuencia **la constitución de una EP es un acto administrativo discrecional**. Previo al acto de creación **no median criterios técnicos, económicos, sociales, políticos y jurídicos que determinen la viabilidad para que una actividad o competencia pública sea realizada a través de una EP**. Esa actividad podría merecer otro tipo de organización y gestión, sea a través de una entidad pública, un fideicomiso público, una fundación o Corporación Pública, etc. Existe un gran vacío legal respecto a la justificación previa a la constitución de una empresa pública.

La Ley Orgánica de Empresas Públicas no contempla la figura de intervención a las empresas públicas. No ha definido persona o entidad que se encargue de vigilar la marcha de la empresa, de revisar el funcionamiento de la administración, de conocer y analizar la contabilidad y demás documentos de la empresa. Esto representa un vacío legal, ya que es imprescindible contar con un organismo que pueda, a nombre de la autoridad constituyente, conocer al detalle el rumbo empresarial y los manejos que se dan a lo interno de las EPs. (Hernández Walker, 2018).

Es necesario tocar el tema y señalar que debido a que los gobiernos toman control de empresas particulares que debería estar exclusivamente bajo la titularidad y gestión de los particulares, genera muchas veces una distorsión en el mercado con efectos negativos, pues muchas veces estas empresas estatales compiten dentro del mismo mercado pero con notables ventajas ante las demás empresas, entre estas son: la reducción de tarifas en sus servicios, debido a que son directa o indirectamente subsidiadas, sobre esto también señalar que hay empresas que funcionan gracias a los recursos provenientes del Estado sin importar que durante su gestión reporten pérdidas permanentes, pues basta con revisar el artículo 39 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas para corroborar la falta de **inefectivas exigencias** que deben cumplir las EP's cuando se establece que “deberán propender que a través de las actividades

económicas que realicen se generen excedentes o superávit” (Ecuador, Asamblea Nacional, 2009).

Podemos seguir citando disposiciones que evidenciable las ventajas que gozan las empresas públicas y sus subsidiarias o dependientes, sobre todo aquellas que participan compitiendo dentro del mercado con las empresas privadas, **las cuales están sujetas al pago de impuestos, tasas y contribuciones especiales, además de las disposiciones laborales**, como ya mencionamos, así como estar bajo la vigilancia de varios entes públicos de control, en tal aspecto, el artículo 41 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas respecto del régimen tributario establece que:

Se aplicará el Régimen Tributario correspondiente al de entidades y organismos del sector público, incluido el de exoneraciones, previsto en el Código Tributario, en la Ley de Régimen Tributario Interno y demás leyes de naturaleza tributaria (...) estarán exentas del pago de regalías, tributos o de cualquier otra contraprestación por el uso u ocupación del espacio público o la vía pública y del espacio aéreo estatal, regional, provincial o municipal, para colocación de estructuras, postes y tendido de redes”. Concordantemente el artículo 9 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno establece que: “...para fines de la determinación y liquidación del impuesto a la renta, están exonerados los ingresos obtenidos por las instituciones del Estado y por las empresas públicas reguladas por la Ley. (Ecuador, Asamblea Nacional, 2009)

Si bien es cierto esto último tiene una lógica en lo que refiere a la simplificación de la recaudación, ya que de lo contrario significaría que el Estado se cobre y se pague así mismo, tampoco es menos cierto que éstas <<bondades>> que señala la Ley, beneficien en el aspecto competitivo a las EP's frente a las empresas privadas que compitan dentro de un mismo mercado.

Con hacer este repaso breve de las disposiciones más pertinentes podemos darnos cuenta que a través del ejercicio legislativo, se ha dotado de privilegios a las empresas públicas, yendo más allá de la norma constitucional, que en sí, **la norma suprema no establece más que una administración exclusiva de los recursos públicos por parte del Estado, sin que en ningún momento se pretenda dotar de ventajas competitivas a estas empresas estatales como a través de leyes posteriores se hizo**, estas mismas normas debieron más bien establecer procesos de control, supervisión y auditoría, así como parámetros y procedimientos técnicos muy estrictos para la creación y funcionamiento de empresas públicas, así como definir con más exactitud los sectores y servicios en los que se deberían desenvolver, pues tenemos unas

disposiciones muy ligeras al respecto, tomando en cuenta la enorme importancia que han tomado estos entes y los enormes recursos que manejan.

Ejemplos de estos los tenemos ya evidenciados en nuestro medio pues por ejemplo TAME EP, es una empresa estatal que presta servicios de transporte aéreo nacional e internacional, sin estar justificado que el Estado deba tener a su cargo una aerolínea comercial y mucho más si esta presenta pérdidas millonarias, las cuales que superaron entre los años 2012 y 2015, más de 145 millones en pérdidas, como lo establece un informe de Contraloría, de igual manera vemos el caso de la EP Enfarma, creada en el año 2009 con un patrimonio inicial de 300.000 dólares y que hoy se encuentra en liquidación, entre sus competencias estaba el investigar y promover el desarrollo de principios activos, la producción y la comercialización de medicamentos genéricos y de marca para humanos, animales y plantas. Se ordenaba, además, la elaboración de programas generales de promoción y difusión del uso de medicamentos genéricos, en el caso de esta empresa el gobierno creyó poder crear una empresa que compita con lo que hacen las grandes farmacéuticas multinacionales y brindar beneficios a la población, un fin loable, pero lamentablemente lejos de lo que en realidad sucedió, pues no pasó de ser una simple intermediaria de adquisición de medicamentos con claras deficiencias administrativas, por no mencionar el aspecto técnico, pues como lo señala una nota de prensa del diario El Telégrafo: “La Contraloría General del Estado aprobó siete exámenes especiales entre 2017 y 2019. Uno de los hallazgos fue que en una bodega de Guayaquil estaban almacenados 228.545 medicamentos caducados, valorados en \$ 253.398,71”, (Diario El Telégrafo, 2019) finalmente se habla de que al Estado le habrá costado 25,7 millones, esta empresa, según un informe de la liquidadora María Cecilia Vargas.

Con estos dos casos expuestos podemos ver que para el Estado se vuelve muy fácil crear o incluso expropiar empresas que prestan cualquier tipo de servicio con la consigna del interés público, dotando a estas de millonarios recursos financieros y administrativos, así como de ventajas tributarias, laborales y de mercado, respecto de sus competidores. Por lo tanto en la práctica no podríamos afirmar que se haya conseguido algo en favor del interés público, si ello representó una efímera vida de una empresa pública que presta servicios que cualquier particular podría y que finalmente representa para el país pérdidas millonarias que se pudieron haber invertido en otros asuntos más inherentes a la cosa pública.

Cabe señalar que a la ciudadanía o beneficiarios de la prestación del servicio público o ejecución de obra pública, no le interesa demasiado saber si el agente prestador es de Derecho

Público o Privado, lo que le interesa es que el servicio u obra sea permanente y de calidad, por ende el Estado debe procurar aquello con una intervención directa y técnica a través de la participación privada, en un marco regulado y con procedimientos absolutamente claros, aplicando los principios de oportunidad, conveniencia y vialidad técnica.

Finalmente un aspecto importante de señalar, es el <<dualismo>> que las empresas públicas experimentan, ya que por una parte están sometidos al derecho público en casos de prestación de servicios o ejecución de obras para el cumplimiento de su objeto social y adquisición de bienes, y por el otro, sus actos o negocios jurídicos también pueden estar subordinados al derecho privado, como cuando contratan personal o cuando ofrecen bienes o servicios a particulares.

El contrato de concesión:

Sobre el tema de las concesiones se han pronunciado varios autores, algunos de los cuales nos valdremos para un mejor entender del concepto, es así que el profesor Dromi, expresa que:

Concesión **es un acto potestativo** de la autoridad en el **que el Estado** en ejercicio de sus **funciones administrativas establecidas dentro del ordenamiento jurídico positivo**, confiere a una persona un derecho o poder que antes no tenía. Entonces, la concesión confiere un estatus jurídico. (Dromi, 2004)

El Diccionario Jurídico Abeledo-Perrot, define al contrato de concesión como:

Un **contrato administrativo** mediante el cual **el Estado** encomienda a una **persona individual o Jurídica, privada o pública, por tiempo determinado** la construcción y explotación de una obra pública, dicha persona, llamada concesionario actúa a su propia costa y riesgo, percibiendo por su labor la retribución. (Garrone, 1986)

Dentro de la Enciclopedia Jurídica Omeba, encontramos que:

El contrato de concesión es aquel **contrato administrativo** a través del cual **el Estado**, los gobiernos seccionales, o las entidades de derecho público, **por medio de la potestad que les otorga la ley, delegan parte de su autoridad** para que **un particular**, persona natural o jurídica, **administre un servicio por un tiempo determinado** ejecute una obra pública, a cambio de recibir como pago las tasas de cobro que los particulares deben cancelar por la utilización del servicio que se ha concesionado. (Bielsa, 1996)

Referente a lo cual es pertinente considerar lo que nos dice Dromi: “La concesión de obra pública es un sistema de contratación particularizado por la modalidad del pago del precio. Implica una intervención directa del concesionario en la explotación de la obra pública”, existiendo para dicho autor la posibilidad de concesionar servicios también: “Así como la Administración puede otorgar la concesión de una obra pública, puede contratar con una empresa privada para que brinde por concesión la prestación de un servicio público” (Dromi, 2008).

De conceptos escogidos, podemos colegir que el contrato de concesión se trata de un contrato administrativo, mediante el cual el Estado, los GAD's o sus delegatarios, ceden la prestación de un servicio público o concede la ejecución y explotación de una obra, a cargo de una persona o ente de carácter generalmente particular o mixta, (aunque también puede ser un público), por un tiempo determinado, a cambio de percibir los ingresos que por concepto de tasas perciban estas obras o servicios, al final del contrato el derecho de explotación o la prestación del servicio retorna a manos del Estado, quien podría de persistir la necesidad, concesionar nuevamente en iguales o diferentes términos y condiciones, inclusive a favor de otro concesionario.

A más de ello debemos revisar los aspectos característicos de este tipo de contrato, como lo señala la doctora Dora Suasnavas:

El contrato de concesión de obra pública encierra obligaciones de dar y hacer mutuas, por un lado el Estado a través de la Administración Pública delega o cede a una persona natural o jurídica privada o mixta la construcción de un obra pública (obligación de dar); por otro lado esta persona natural o jurídica privada o mixta está obligada a hacer o realizar la ejecución de esta obra pública bajo las condiciones estipuladas en los documentos precontractuales (obligación de hacer). Por esta obligación de hacer el Estado debería tener la obligación de cancelar el valor de la inversión más una razonable utilidad (obligación de dar), pero por ser este contrato sui-generis quien cancela el valor de la construcción de la obra pública más una razonable utilidad es el administrado a través de una tarifa (pontazgo) y no quién debería tener la obligación que es el Estado a través de la Administración Pública. En conclusión el pago por la construcción de la obra pública más su razonable utilidad por la inversión realizada no la paga quién tiene la obligación original de dar sino un particular por el uso del bien que el Estado a través de la Administración Pública o seccional ha concesionado (Suasnavas, 2007).

Sin embargo no todo contrato es necesariamente una delegación y mucho menos una concesión, así pues puede tratarse, según el caso, de una licencia o de una autorización, que

tienen características y efectos distintos, como bien lo señala el profesor Efraín Pérez, en el siguiente ejemplo:

El contrato de delegación de servicios públicos de transporte contempla: la concesión y la autorización. Esta última figura **no es un contrato propiamente, sino un acto administrativo unilateral de la autoridad competente**, sin perjuicio de lo cual atribuye derechos al autorizado. (Pérez, 2014)

Respecto de la energía eléctrica, el Código de la Producción, en su artículo 72 establece como susceptible de delegación, contempla el otorgamiento de autorizaciones, licencias, permisos delegaciones o concesiones de la generación, transmisión, distribución y comercialización de la energía eléctrica, previo calificación de la excepcionalidad que adicionalmente expresa el artículo 100 de la misma norma.

Con lo repasado, podemos entender que el contrato de concesión conlleva claros beneficios para el concedente, que es el Estado, asumiendo el concesionario una serie de responsabilidades ante la obligación contratada, por ello este tipo de contrato ha sido bien visto por los gobiernos cuando de aligerar la carga económica y administrativa se trata, permitiendo continuar prestando servicios o ejecutando obras sin contar con demasiados recursos al momento, es así que la concesión se ha convertido en una fuerte institución que confía en muchos casos en la capacidad de la gestión particular para ayudarse a alcanzar los fines del Estado, donde ambas partes salen ganando, por lo cual muchos gobiernos apuestan a esta figura.

Ingresos económicos del concesionario:

La fijación de las tarifas y la posibilidad de modificarlas por parte del concedente es elemento primordial de este tipo de contrato administrativo.

El “precio” es la retribución que corresponde a la utilización de los servicios, que es facultativa para el usuario, (sistemas de transporte, teléfonos, agua potable, energía eléctrica, etc). Sin embargo las tasas así como los precios están fijados en “tarifas”, normalmente reguladas o incluso fijadas por los entes de control. Para mejor comprensión haremos una distinción para reconocer la diferencia de cada uno de los términos que acabamos de mencionar:

1. Tasas.- Es el pago que debemos realizar por la utilización de un servicio público;

2. Precio.- Constituye el costo operativo que representa para el concesionario del servicio, efectuar la prestación del servicio en función del promedio de usuarios, y;

3. Tarifa.- Es el valor fijado que debe pagar el usuario final del servicio y que no necesariamente corresponderá al <<precio>> real del servicio recibido.

La doctrina y la legislación de otros países comparten la idea de que el Estado tiene la potestad en la fijación de las tarifas que deben ser pagadas por concepto de la utilización de un servicio público. Ahora esta potestad determina que el Estado, por razones de <<interés público>>, pueda incluso fijar tarifas que estén por debajo del costo mismo que genera la prestación, inclusive si el servicio se encuentra concesionado a favor de particulares. Para este último escenario, el Estado puede acordar con el concesionario el pago de un subsidio que compense y cubra razonablemente la utilidad del prestatario del servicio, incluso puede llegar a reembolsar montos cobrados a los usuarios ya sea de manera indebida o desproporcionada, tal como recientemente se dio en nuestro país en el caso de la empresa CNEL, donde el ente de control y regulación correspondiente, en este caso, la Agencia de Regulación y Control de Electricidad (Arconel), tuvo que dejar sin efecto la Resolución No. 051/18 en la que se aprobaba un nuevo tarifario que generó controversias en sus usuarios quienes se quejaron de exceso en las nuevas tarifas y se ordenó así mismo el correspondiente reembolso a los usuarios, que habían cancelado valores según las nuevas tarifas.

Ante esto cabe mencionar que las tarifas deben observar una serie de indicadores que permitan establecer el valor justo que se debería cancelar, lo que puede llegar dificultarse por diversos factores generando un problema aún mayor como el que se ha presentado en el país cuando se ha intentado subir los el valor de los pasajes de los buses urbanos, por ejemplo, a pesar de que todas las condiciones que existían cuando se estableció la tarifa que ha regido por más de 15 años hasta hoy en día, son notoriamente distintas.

Sin embargo, **en ningún caso el concedente puede garantizar la utilidad económica al contratista**, cuyas pérdidas que pudiera llegar a tener son de su propio riesgo y responsabilidad, el doctor Efraín Pérez al respecto nos dice:

Los contratos de adquisición, regidos por la LOSNCP, son bastante rígidos en la posibilidad de variaciones, con un máximo porcentaje de modificaciones y la posibilidad limitada de la administración de modificarlos mediante las llamadas “ordenes de cambio”. (...) En el caso del contrato de concesión, la potestad administrativa de proponer variaciones o ampliaciones de las prestaciones del concesionario resulta más amplia, en vista del carácter del servicio público. Se

considera que, dentro del límite de las estipulaciones contractuales, el concedente puede solicitar la modificación de las prestaciones, con la contrapartida de conservar el “equilibrio económico financiero” del contrato, lo que no debe confundirse con la garantía de una utilidad fija del contratista. (Pérez, 2014)

Con esto, lo que nos dice el tratadista es que si hacemos una distinción entre los contratos que en general están sujetos al tenor de la Ley de Contratación Pública (LOSNCP) respecto de los contratos de concesión, que se regulan por otras normativas invocadas para cada caso, existe una mayor posibilidad de negociar las condiciones de la prestación, dentro de éstos últimos, lo que permite mejores beneficios para los contratantes así como también para los usuarios, por supuesto que si no entabla una correcta negociación podría no beneficiarse alguna de las partes.

La vigilancia y control:

El profesor Pérez, nos ilustra nuevamente con un antecedente al control de los servicios públicos, mediante una exposición traída desde el derecho público europeo y explica:

...se **generalizaron las entidades regulatorias autónomas**, en las últimas décadas del siglo XX para supervigilar servicios públicos concedidos al sector privado. Estas entidades también **controlan los servicios públicos y servicios universales prestados por el Estado**. Las “agencias” de regulación y control de emprendimientos determinados se crean para **corregir distorsiones del mercado**, cuando no funciona o funciona en forma deficiente la competencia. La doctrina de la regulación distingue entre **dos situaciones básicas**: cuando la existencia de mercados abiertos **no asegura los fines sociales**, como en el caso de las prácticas bancarias, los pasajes de transportación, los cánones de arrendamiento, etc. La segunda clase de regulación, es cuando **no funciona la competencia**, es decir el caso de los llamados “monopolios naturales”: energía eléctrica, distribución de gas natural, telecomunicaciones básicas, etc.

El fenómeno de las entidades reguladoras en Europa se ha descrito: “El principio comunitario de separación de funciones de regulación y de explotación de actividades económicas de servicio público impone **quitar a los operadores nacionales la actividad de regulación, a favor, frecuentemente, de nuevas instituciones independientes**”. La connotación de la actividad reguladora en el Derecho Público europeo es del funcionamiento de esta tarea a cargo de “administraciones independientes”. (Pérez, 2014)

Dentro de nuestro marco legal, la regulación y control, de las empresas públicas y, por extensión, de los servicios públicos, le corresponde a las denominadas <<superintendencias>>, que por atribuciones de la función de transparencia y control social, creada a partir de la

Constitución del año 2008, la principal función es asegurar que los servicios beneficien <<al interés colectivo>>. Les compete el control de órganos públicos y de personas naturales y jurídicas “que presten servicios o desarrollen actividades de interés público”.

Las superintendencias son consideradas organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades administrativas, económicas, sociales y ambientales, y por ende también de los servicios que prestan estas entidades.

Entre las **atribuciones otorgadas a las superintendencias**, se encuentra la de **controlar que los servicios prestados se ejecuten con responsabilidad, transparencia y equidad**, así como **incentivar la participación ciudadana, el ejercicio y cumplimiento de los derechos colectivos**. En este aspecto corresponde hacer una mención especial al **Defensor del Pueblo**, en lo concerniente a **conocer y resolver**, en el ámbito de sus atribuciones y competencias, sobre acciones u omisiones de entidades, personas naturales o jurídicas que presten servicios públicos, sin dejar de mencionar también el papel que ejerce la Contraloría General del Estado que por excelencia es el órgano de control que tiene el Estado.

Sanciones:

Como no puede ser de otra manera, cuando de contratar con el Estado se trata, la potestad y el régimen sancionador está presente, son aplicables en cuanto hayan sido causas determinadas en la ley y además consten claramente en el contrato.

Además de las sanciones comunes, en lo que refiere a contratos de delegación se prevén la potestad del ente de control el ordenar la devolución a los usuarios de los pagos indebidamente cobrados, como ya lo mencionamos. Así también como la imposición de multas o la ejecución de pólizas de seguro suscritas a favor del concedente.

Conclusiones

De conformidad con lo expuesto a lo largo del presente documento, me permito emitir las siguientes conclusiones fundamentales:

- a) No existe una definición o concepto universal de lo que son los servicios públicos, pero podemos decir que en todos los casos deberán contener ciertos elementos esenciales, siendo estos: 1.- El sujeto o ente que lo presta; 2.-El fin y el objeto; 3.- El régimen que lo regula.
- b) La prestación de los servicios públicos en el Ecuador, debe en todos los casos, devenir de una adecuada y minuciosa planificación de orden técnico, jurídico, presupuestario e incluso político, que permita que satisfacer las necesidades de la población; esta planificación debe ser coordinada entre todos los niveles de gobierno en un respeto permanente de las competencias de unos y otros, sin pugnas de orden político, contando para aquello con la participación ciudadana, tal como manda la Constitución de la República y demás norma secundaria vigente.
- c) Es necesario considerar como un factor importante es la participación privada, en lo que se refiere a la prestación de servicios públicos y ejecución de obra pública; el catalogarlo como excepcional, de conformidad con las normas ya mencionadas, lo considero desacertado, puesto que tal disposición resulta atentatoria contra la consigna de llegar a consolidar en el tiempo una economía dinámica, equitativa y en permanente crecimiento, en la que participen todos los actores, tanto públicos como privados, en beneficio de toda la sociedad.
- d) El esquema jurídico, desde nuestra Constitución hasta nuestras normas secundarias, para la participación privada (gestión delegada o delegación administrativa), como hemos podido apreciar, no ofrece claridad y sencillez en los trámites para aquello, sino que los complica innecesariamente, como el hecho de que sea directamente el Presidente de la República quien mediante decreto declare la excepcionalidad para la prestación de un servicio público, como establece el Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones, cuando dicho acto bien lo podría emitir un Ministro de Estado o Secretario por ejemplo, pero más allá deberían establecerse criterios técnicos debidamente tasables para definir el tipo de servicios públicos en los que puede intervenir el sector privado.
- e) La figura de la concesión ha demostrado que con las reglas adecuadas y el balance en cuanto a obligaciones, Estado y particulares pueden trabajar y beneficiarse mutuamente, sacando provecho a sus fortalezas, al mismo tiempo que trabajan para la

consecución de los objetivos nacionales, proveyendo una mejor calidad de vida a la población.

- f)** Finalmente, considero importante que el Estado se mantenga al margen lo más posible de las actividades que no le sean privativas, en especial aquellas de tipo comercial, pues el intervencionismo ya sea de manera directa o indirecta, altera sensiblemente los mercados y eso conlleva en muchos casos contribuir a las crisis económicas.

Bibliografía:

- Ariño, G. (1999). *Principios de derecho público económico: modelo de estado, gestión pública, regulación económica*. Granada: Comares.
- Balbín, C. (2015). *Manual de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Thomson Reuters.
- Baldeón, I. (2015). *La libertad de empresa y el derecho de la competencia en el marco de la Contratación Pública del Ecuador*. Quito: Grupo CEAS.
- Bielsa, R. (1996). *Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo III*. Buenos Aires: Omeba.
- Cabanellas, G. (2005). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires.
- Diario El Telégrafo. (28 de febrero de 2019). *La liquidación de Enfarma, prevista para junio de 2019*. Recuperado el 15 de julio de 2019, de Diario El Telégrafo sitio web: <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/economia/4/liquidacion-enfarma-estado-laboratorios>
- Dromi, R. (2004). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires.
- Dromi, R. (2008). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editorial Buenos Aires.
- Duguit, L. (2008). *Las transformaciones del derecho público y privado*. Granada, España: Comares.
- Ecuador, Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008. Última reforma: 30 de abril 2019.
- Ecuador, Asamblea Nacional. (2009). *Ley orgánica de empresas públicas, LOEP*. Quito: Registro Oficial N° 48 del 16 de octubre de 2009. Última reforma: 21 de agosto de 2018.
- Ecuador, Asamblea Nacional. (2010). *Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones*. Quito: Registro oficial suplemento No. 351 del 29 de diciembre de 2010, Última reforma: 21 de febrero 2019.
- Ecuador, Asamblea Nacional. (2015). *Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera*. Quito: Registro oficial suplemento No. 652 del 18 de diciembre de 2015. Última reforma: 21 de agosto de 2018.
- Ecuador, Asamblea Nacional. (2017). *Código Orgánico Administrativo, COA*. Quito: Registro oficial suplemento No.31 de 07 de julio de 2017.
- Falla Garrido, F., Palomar Olmeda, A., & Losada Gonzalez, H. (2006). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editorial Tecnos.

- García de Enterría, E., & Fernández, T.-R. (2008). *Curso de Derecho Administrativo*. Bogotá: Temis S.A.
- Garrone, J. A. (1986). *Diccionario Jurídico Abeledo-Perrot*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Gordillo, A. (2013). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Machi.
- Gordillo, A. (2015). *Derecho Administrativo de la Economía*. Buenos Aires: Ediciones Macchi.
- Hernández Walker, L. (09 de abril de 2018). *Agonía de las Empresas Públicas*. Recuperado el 08 de julio de 2019, de Lexis web: <http://www.lexis.com.ec/curiosidades-cifras/agonia-de-las-empresas-publicas/>
- Instituto de Investigaciones Jurídicas. (1996). *Diccionario jurídico mexicano*. México: Porrúa.
- Jaramillo Ordoñez, H. (24 de noviembre de 2005). *El Servicio Público*. Recuperado el 13 de julio de 2019, de Derecho Ecuador Web site: <https://www.derechoecuador.com/el-servicio-publico>
- López-Calera, N. (2010). *El interés público: entre la ideología y el derecho*. Granada: Universidad de Granada.
- Lopez-Peña, E. (2016). *El Interés Público como concepto jurídico Teoría de la determinación en sentido general*. Coruña, ES: Universidad de Coruña.
- Massieu R., J. F. (1980). *La Empresa Pública*. Mexico D.F.: INAP.
- Morales Tobar, M. (2011). *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. Quito: Departamento Jurídico.
- Ochoa, C. H. (2008). *Teoría del derecho: cuestiones relevantes*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Paredes González, D. (24 de noviembre de 2005). *La prestación de servicio público*. Recuperado el 2019 de julio de 13, de Derecho Ecuador Web site: <https://www.derechoecuador.com/la-prestacion-de-servicio-publico>
- Pérez, E. (2014). *Derecho Administrativo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Santamaría Pérez, L. (2000). *Títulos habilitantes en el sector de las telecomunicaciones*. Madrid: Editorial La ley.
- Suasnavas, D. (2007). *Estudio y análisis de la teoría de la imprevisión y su aplicabilidad en el proceso precontractual de los contratos de concesión de obra pública en el Ecuador*. Quito: Repositorio Universidad Andina Simón Bolívar.
- Tapia, M. (2010). *Realidades y tendencias del Derecho en el siglo XXI*. Bogotá: Colombia.