

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho

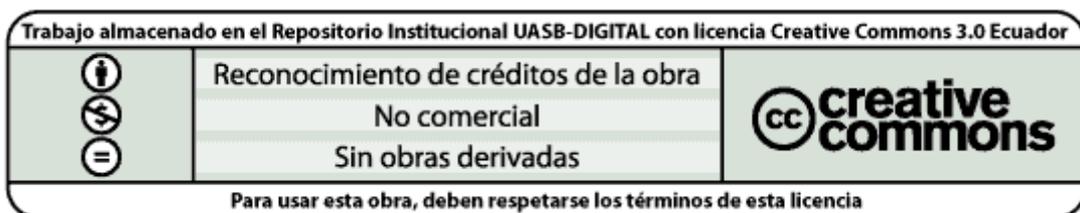
Mención en Derecho Administrativo

**La delegación de los servicios públicos a la economía popular y
solidaria en el Ecuador**

Autora: Andrea Cecilia Vaca Peralta

Directora: Elisa Lanas Medina

Quito, 2015



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Andrea Cecilia Vaca Peralta, autora de la tesis intitulada La Delegación de los Servicios Públicos a la Economía Popular y Solidaria en el Ecuador, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de magíster en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha: 31 de agosto de 2015

Firma:

RESUMEN

El estudio de “La Delegación de los Servicios Públicos a la Economía Popular y Solidaria en el Ecuador”, se ha centrado en la delimitación conceptual y ubicación jurídica de los servicios públicos, y en el reconocimiento del nuevo sector económico denominado economía popular y solidaria, conforme la Constitución de la República del Ecuador vigente y la legislación aplicable. Como consecuencia, se logra conocer el alcance de la delegación por excepción a la economía popular y solidaria en la prestación de los servicios públicos; y, sus efectos en el desarrollo social y económico frente a la participación estatal, privada, mixta y comunitaria, conforme la Constitución del 2008. En vista de la amplitud del tema central, cuyo abordaje requiere la comprensión de estas dos figuras, en todo su contexto, aparecen algunas limitaciones para su análisis, sobre todo por los tecnicismos, especialmente de índole económico, que rebasan la aplicación del derecho, por lo que se ha visto necesario contar con mayores estudios especializados que los aborden, para que complementariamente y en un segundo momento de estudio, se determine en forma global su alcance y efectos en la prestación de los servicios públicos.

Sin embargo, se ha logrado inferir la aplicación de casos concretos por parte de los actores de la economía popular y solidaria, que cotejados con las normas del ordenamiento jurídico y la doctrina de pensadores especialistas, deducen máximas generales concluyentes para este estudio.

Logrando concluir en que jurídicamente y pese a la visión estatista que se plantea en la Constitución, es factible la intervención del sector económico popular y solidario, como actor en la prestación de los servicios públicos, de forma directa en las actividades prestacionales de educación, salud y comunitarias; y, excepcionalmente por delegación en cuanto a las actividades que se enmarcan en el amplio segmento de los denominados sectores estratégicos; pero pese a esa posibilidad, prevalece la necesidad de la revisión de la ley orgánica específica, regulación administrativa e implementación de políticas públicas, a fin de que se den las condiciones adecuadas para que este acertado avance, en la práctica, no quede sin una efectiva aplicación.

Al señor José C. Washington Vaca Heredia (+), hombre honorable y ejemplo de perseverancia y lucha incansable, quien solía decirme con vehemencia, que luego del esfuerzo honesto lo demás llegaría por añadidura. A ti don Tito, como todos te llamaban, por tu amor incondicional, porque me enseñaste a batallar, a no rendirme y a caminar siempre por la vida con la frente en alto y sin mirar atrás.

Un suspiro emana desde lo más profundo de mi ser al escribir estas líneas, sé que estabas orgulloso de tu hija la menor y lo estarías ahora.

Este logro académico está dedicado a ti, padre amado.

Capítulo I

Delimitación Conceptual del Servicio Público

1.1 Los Servicios Públicos	Pág. 9
1.1.1 La provisión y prestación de servicios públicos.	Pág. 22
1.1.2 Los servicios públicos impropios.	Pág. 32
1.1.3 La excepcionalidad en la prestación de servicios públicos.	Pág. 36
1.2 Formas Administrativas de la prestación por delegación.	Pág. 42
1.2.1 La prestación por autorizaciones y permisos.	Pág. 46
1.2.1.1 Breve análisis del acto administrativo.	Pág. 46
1.2.1.2 Concretamente las autorizaciones y permisos.	Pág. 48
1.2.2 La prestación por concesión y la delegación estatal.	Pág. 51

Capítulo II

Reconocimiento de la Economía Popular y Solidaria

2.1 La Economía Popular y Solidaria en la legislación ecuatoriana.	Pág. 56
2.1.1 Notas introductorias.	Pág. 56
2.1.2 Finalidad, naturaleza jurídica y actores.	Pág. 60
2.1.3 Regulación administrativa.	Pág. 81
2.1.4 Régimen de control.	Pág. 87
2.1.5 Régimen económico.	Pág. 93

Capítulo III

La delegación de la prestación de Servicios Públicos a la Economía Popular y Solidaria.

3.1 La excepcionalidad en la delegación a la Economía popular y Solidaria.	Pág. 101
3.2 Efectos de la prestación de servicios públicos por la economía popular y solidaria.	Pág. 108

Conclusiones.	Pág. 116
----------------------	----------

Bibliografía.	Pág. 122
----------------------	----------

INTRODUCCIÓN.

La Constitución Ecuatoriana del 2008, se caracteriza por tener una inclinación por la estatización de varios sectores, lo que conlleva el planteamiento de un Estado que asume mayores atribuciones y por ende mayores responsabilidades.

Bajo este contexto, la norma fundamental, además, amplía el enfoque del tradicional cooperativismo hacia un fortalecimiento del desarrollo asociativo, implementado el sector denominado: economía popular y solidaria.

Dentro del reconocimiento expreso de este sector y de los actores que lo componen, se lo concibe como un sector económico con participación activa en el desarrollo del país, de tal forma que se ha establecido que el sistema económico estará integrado por las formas de organización pública, privada, mixta y comunitaria/economía popular y solidaria; y, las demás que la misma Constitución determine; en cuanto a ésta última, además de disponer su posterior regulación legal, se establece que en ella debe incluirse a los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios.

De esta forma, el sector de la economía popular y solidaria tiene la posibilidad jurídica de participar, entre otras actividades, en la prestación de servicios públicos de forma excepcional por delegación, tal como lo señala la misma norma constitucional en su artículo 316.

Con esta novedad en la Constitución, se han establecido cambios a nivel legal y normativo, así como en la estructura administrativa del Estado, con el fin de dinamizar su inclusión en sectores en los que antes no intervenían, configurándose dicha estructura de un modo mucho más específico para el nuevo sector, con una visión de impulso al desarrollo económico y complementariamente a la inclusión social.

Consecuentemente, aparece la figura de delegación administrativa, la que aun teniendo la categoría de excepcional para el caso que nos ocupa, debe ser indudablemente aplicada a su favor. Por lo que, en primera instancia, es imprescindible que en este trabajo se logre conocer detalladamente los matices que componen a los servicios públicos en general, aplicados al ordenamiento jurídico ecuatoriano y

las figuras jurídicas administrativas contempladas en el derecho administrativo que resultarían aplicables para la materialización de esta posibilidad jurídica; pero también, es fundamental el estudio detallado del sector de la economía popular y solidaria y sus connotaciones. Por todo esto, hay que determinar en qué casos cabe la delegación de la prestación de servicios públicos a los actores de la economía popular y solidaria.

Seguidamente, se logrará llegar a la comprensión del alcance práctico de la norma Constitucional que permite su inclusión en las actividades prestacionales, a fin de reconocer su eficacia o no, toda vez que a partir de una primera mirada de la norma, se puede vislumbrar por un lado, la posibilidad de potenciar el desarrollo de este sector y sobre todo, nuevos emprendimientos por parte de los sectores que la componen; y, la consolidación de una forma genuina de cercanía con la comunidad que pueda suplir sus necesidades con el efecto de doble beneficio: satisfacción de sus usuarios y el fin de desarrollo comunitario que les caracteriza.

En otro escenario posible, en cambio, la naturaleza propia de lo popular y solidario podría no conciliar con las exigencias del régimen de prestación de los servicios públicos, lo que determinaría la eficacia jurídica o no de la norma contenida en la constitución que excepcionalmente permite la delegación a privados de este tipo de servicios.

De tal manera que el presente estudio tiene varias pretensiones bien delimitadas, esto es, en primer lugar la comprensión conceptual y jurídica de los servicios públicos en general, así como su realización y ubicación en el sistema económico del país; posteriormente, será necesaria el reconocimiento jurídico del sector económico popular y solidario como parte del sistema económico, conforme el nuevo marco constitucional y ordenamiento jurídico secundario; y, finalmente, será necesaria llegar a la comprensión del alcance de la disposición constitucional que establece la delegación de forma excepcional hacia dicho sector, en lo que tiene que ver con la prestación de los servicios públicos, llegando incluso a revisar, a breves rasgos, los efectos en el desarrollo social y económico frente a la intervención estatal, privada y mixta.

De esta forma, en el primer capítulo, denominado “Delimitación conceptual del Servicio Público”, habrá un recorrido desde las actividades prestacionales y las formas

administrativas de prestación que los materializan, hasta su aplicación en el sistema económico ecuatoriano.

En el segundo capítulo “Reconocimiento de la economía popular y solidaria”, se realizará una exhaustiva revisión de los actores, finalidades, naturaleza jurídica, régimen económico, regulación y control de la economía popular y solidaria, según el nuevo marco constitucional y legislación vigente.

Llegando al tercer capítulo “La delegación de la prestación de servicios públicos a la economía popular y solidaria”, con la finalidad de abordar de qué manera se puede hacer efectiva la delegación por excepción, y los efectos de su intervención en la prestación de los servicios públicos, de ser el caso.

Por lo tanto, se llegará a una conclusión definitiva, en el sentido de la factibilidad jurídica de la intervención del sector económico popular y solidario en la prestación de los servicios públicos en el Ecuador.

CAPÍTULO I

Delimitación Conceptual del Servicio Público

1.1. Los Servicios Públicos.

Iniciamos este trabajo con la delimitación de lo que conocemos como servicio público, enfocado desde el punto de vista de las prestaciones a los integrantes de una sociedad determinada, y no del servicio público como función humana que evidencia una relación de carácter laboral o personal con el Estado y sus diversas instituciones que lo componen.

Hecha tal aclaración, también es importante destacar que no existe una definición propiamente dicha de los servicios públicos en la legislación ecuatoriana, escenario que se repite en casi la mayoría de legislaciones de los sistemas jurídicos occidentales y en América Latina en general.

Para entender de mejor manera a los servicios públicos y cómo nace su realización en la sociedad, nos remitimos como antecedente primario a la concepción doctrinaria y jurídica de Estado según varios pensadores modernos, en tal sentido, según Moisés Romero Beristáin: “Nosotros formamos parte del Estado y éste forma parte de nosotros, lo sentimos, lo vemos actuar y se manifiesta en la sociedad a través del órgano jurisdiccional que dice el derecho o través de un órgano administrativo prestando un servicio público”¹; otro concepto moderno de Estado nos proporciona Francisco Porrúa Pérez, así: “El Estado es una sociedad humana establecida en el territorio que le corresponde, estructurada y regida por un orden jurídico, que es creado, definido y aplicado por un poder soberano, para obtener el bien público temporal, formando una institución con personalidad moral y jurídica”.²

La Carta Magna ecuatoriana por su parte, en su artículo primero define al Ecuador como un “Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático,

¹ Romero Berinstáin Moisés, “Fondo Monetario Internacional sus Implicaciones Constitucionales y Financieras en nuestro País”, Tesis Maestría de Derecho (México 1991), 1.

² Francisco Porrúa Pérez, “Teoría del Estado-Teoría Política”, trigésima novena edición (México 2005, Editorial Porrúa), 27.

soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada”.³

En el mismo orden constitucional y a fin de clarificar un poco más el concepto jurídico de Estado, cabe citar que la Constitución de la República Colombiana, establece que “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.⁴

Con lo anotado, se puede definir al Estado como la forma organizada de una colectividad para desarrollarse bajo el direccionamiento de un ordenamiento jurídico concreto y con un orden y gobierno constituidos, con la finalidad de concretar adecuadas condiciones de vida para todos sus integrantes; y, alcanzar el buen vivir.⁵

Bajo estas premisas vemos como los servicios públicos van de la mano con la finalidad misma del Estado que nos remite a la consecución de un fin público cuya pretensión es conseguir el bienestar de los ciudadanos que lo componen.

En un anterior trabajo de investigación, expresé la siguiente definición:

[...] los servicios públicos se constituyen en una actividad estatal tendiente a la concreción del bien común y de satisfacción del interés público que no encuentran justificación en sí mismo [...] [...] se plasma en casos concretos que se encuentran establecidos en la Constitución y en la ley pero que se va ajustando a las necesidades reales de la población en un determinado momento histórico y que va de la mano con los avances de la sociedad y sus necesidades; y, básicamente es un instrumento para lograr los fines del Estado [...].⁶

Tomando en consideración las necesidades de la sociedad en su conjunto, Ariño nos proporciona esta definición: “Es aquella actividad propia del Estado o de otra Administración pública, de prestación positiva, con la cual, mediante un procedimiento

³ Constitución de la República del Ecuador, 2008, artículo 1. En adelante Constitución del Ecuador.

⁴ Constitución de la República de Colombia, artículo 1, 1991.

⁵ Ideas tomadas: referencias 3, 4, 5 y 6.

⁶ Andrea Vaca Peralta, “La Excepcionalidad en la Prestación de Servicios Públicos en el Estado Ecuatoriano”, trabajo de monografía, Especialización Superior en Derecho Administrativo, Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador, (2009).

de derecho público, se asegura la prestación regular y continua, por organización pública o por delegación, de un servicio técnico indispensable para la vida social”.⁷

Por su parte, el tratadista ecuatoriano Ramiro Borja y Borja expone: “Al conjunto estable de medios por los que el Estado procura satisfacer las necesidades sociales ejerciendo la administración directa, se lo designa como “los servicios públicos”, cuya órbita es imposible fijar a priori, pues el orden jurídico de aquél lo determina”⁸.

Vistas estas acepciones doctrinarias se puede deducir que los servicios públicos pueden ser tan diversos como diversas son las necesidades de la colectividad que va cambiando y modernizándose al ritmo de los cambios sociales y del mundo globalizado.

Es preciso señalar también que en el sistema jurídico-político colombiano, por poner un ejemplo, a los servicios públicos que satisfacen necesidades básicas de la población y por lo tanto considerados como derechos fundamentales se los ha denominado *servicios públicos domiciliarios*, entendidos como:

[...] Mecanismos de los cuales se vale el Estado, ya sea a través de entidades públicas o privadas, para proporcionar bienes o servicios, dirigidos a satisfacer las necesidades básicas de subsistencia de toda la comunidad, sujetándose siempre al ordenamiento legal y constitucional que lo regule; por tanto, cumplen una finalidad pública, que evidencia lo esencial de su función y los reviste de un contenido fundamental.

En este sentido, partiendo del carácter esencial de los servicios públicos domiciliarios mediante los cuales se busca alcanzar un nivel de vida digna, existen segmentos de la población que, debido a su especial condición de vulnerabilidad no logran cumplir dicho fin. Este tipo de población se caracteriza por estar conformada de personas que por diferentes circunstancias económicas, sociales, culturales, laborales o familiares, se encuentran en estado de indefensión. Esta situación no es ajena a otros ordenamientos jurídicos extranjeros, tal es el caso de España [...] que consagra en su constitución como garantía un nivel mínimo en la prestación de servicios públicos fundamentales. Valga aclarar, que en España no existe, como tal, el concepto de

⁷ Gaspar Ariño Ortiz, “Principios de Derecho Público Económico, Modelo de Estado Gestión Pública, Regulación Económica”, Universidad Externado de Colombia, (Bogotá, 2003), 534 – Obra citada por Efraín Pérez, “Derecho Administrativo – Acorde con la Nueva Constitución Ecuatoriana-Normativa Jurídica y Doctrina Comparada”, (Tercera Edición Actualizada 28 Vol2, Quito – Ecuador, 2009, Corporación de Estudios y Publicaciones), 660.

⁸Ramiro Borja y Borja, “Teoría General del Derecho Administrativo”, (1985-95, Ediciones Depalma, Buenos Aires – Argentina), 164.

servicios públicos domiciliarios, sino que allí se habla de servicios de interés general [...].⁹

Si bien es cierto tal como nos expone el autor, en la República de Colombia se difiere en cuanto al concepto jurídico sobre los servicios públicos en contraste con países como España, seguramente por cuanto en este último caso puede ser considerado como un país con una economía desarrollada, no cabe duda que en los dos escenarios, el servicio público es reconocido como un derecho fundamental y como un aspecto del quehacer estatal que debe ser tratado como de interés general; y, en la práctica para su aplicación y conforme las legislaciones de cada país, mucho dependerá del sistema jurídico competencial que los regente; así, en el caso ecuatoriano, algunas competencias relativas a la prestación de servicios públicos y puntualmente a lo que podemos llamar servicios domiciliarios han sido asignadas al gobierno central y en buena medida a los gobiernos autónomos descentralizados, especialmente a los gobiernos municipales que tienen un rol importante, como es el caso de la prestación de los servicios públicos de agua potable, alcantarillado, depuración de aguas residuales y manejo de desechos sólidos o la regulación del transporte público, que se constituyen en servicios fundamentales para la población y cuya gestión es de su exclusiva competencia, sin que se pueda decir lo mismo sobre el espectro radioeléctrico y el régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones que es competencia del estado central, pudiendo intervenir además los gobiernos autónomos parroquiales en su jurisdicción por delegación del gobierno autónomo que ostente la competencia. Debe destacarse que el ejercicio exclusivo de estas competencias no impide su ejercicio concurrente en la prestación de los servicios públicos, así como las actividades de colaboración que se pueden generar¹⁰; de allí que puedan intervenir los actores privados en su gestión, lo que será abordado más adelante en este estudio.

En la doctrina tradicional del derecho administrativo mucho se ha hablado sobre la importancia de los servicios públicos, incluso llegándose a creer que su finalidad principal fue en algún momento, la de regular las relaciones jurídicas que nacen de ellos, sin embargo, estas ideas han ido evolucionando conjuntamente con esta rama del

⁹Parejo Alfonso Luciano, “Servicios Públicos y Servicios de Interés General, La Renovada Actualidad de los Primeros”, <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:19684&dsID=SpcosEintgen.pdf>, información investigada el 16 de julio del 2010.

¹⁰ Constitución del Ecuador, Título V, Capítulo IV-Régimen de Competencias, artículo 260 y siguientes.

derecho, a la que de cierto modo se la sigue considerando en formación, lo que en mi criterio ocurre por la complejidad de los temas sensibles de los que se encarga y por su estrecha relación con los sistemas políticos de los estados que varían constantemente, escenario en el cual no se prestan las condiciones para que el derecho administrativo pueda mantener una razonable estabilidad, como si ocurre en otras esferas del derecho.

Al respecto, el tratadista Agustín Gordillo ha abordado esta temática aclarándola en el siguiente sentido:

El derecho administrativo no se refiere principalmente a los servicios públicos puesto que el conjunto de normas y principios que lo componen no se refieren exclusivamente a la creación y gestión de los servicios públicos, sino que abarcan a toda la función administrativa, trátase o no de servicios públicos, resaltando el tratadista que si bien el derecho administrativo francés tradicional se construyó especialmente sobre la noción de ‘servicio público’ al punto de constituir la en el eje central de la disciplina, han surgido otros temas de fundamental importancia en la materia que no tienen relación directa con aquélla, como por ejemplo toda la teoría del acto administrativo, de las empresas estatales que no prestan servicios públicos sino que realizan actividades comerciales o industriales, de la planificación económica, entre otras; por lo que no se justifica que se lo defina únicamente en base a los servicios públicos.¹¹

Más allá de ese relacionamiento natural que se hizo a la institución de los servicios públicos con el derecho administrativo, resulta adecuado en este acápite avanzar hacia la aproximación más directa con la conceptualización de los mismos, la cual al igual que en la legislación, en la doctrina se presenta una situación similar al tratar de encontrar definiciones homogéneas de los servicios públicos. A decir de Alessi Renato, “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”.¹²

En este sentido es claro que pese a ser un aspecto importante en la práctica, no basta con los elementos que pudiéramos encontrar en las legislaciones, ya que aquello nos aportaría con conceptos puramente técnicos jurídicos y como se ha mencionado, bastante incompletos en esta temática; en consecuencia, es fundamental conocer el

¹¹Agustín A Gordillo, “Tratado de Derecho Administrativo”, parte general Tomo I (Buenos Aires, 1974), parte general Tomo, Sección II, Capítulo IV, 8.

¹²Alessi Renato, “Instituciones de Derecho Administrativo”, T. II (Bosch. Barcelona, 1970), 364, obra citada por Efraín Pérez, “Derecho Administrativo – Acorde con la Nueva Constitución Ecuatoriana-Normativa Jurídica y Doctrina Comparada”, (Tercera Edición Actualizada 28 7 Vol2, Quito – Ecuador, 2009, Corporación de Estudios y Publicaciones), 657y 658.

punto de vista y definiciones que le han dado algunos estudiosos y pensadores del derecho administrativo:

Roberto Drominos acerca a este concepto estableciendo una relación histórica de aquel, que vale decir encamina y relaciona al servicio público con las funciones y fines del Estado:

La conceptualización del servicio público, como determinada especie de actividad realizada por la Administración, en una primera etapa sirvió de columna vertebral para la construcción del derecho administrativo clásico. La relación con el servicio público constituyó el eje y punto de partida para definir al derecho administrativo mismo y sus instrumentos, pues aquella noción justificaba “lo contencioso administrativo”, ‘la naturaleza de los contratos administrativos’, ‘el régimen jurídico del dominio público’.

En una segunda etapa, se trató de conferir al servicio público ‘un régimen jurídico especial’, al modo de excepción del régimen jurídico general de la actividad pública, buscando la tipificación en la tríada de elementos nacidos del [...] ‘fin que cumple’, ‘la organización que lo presta’ y la ‘forma o régimen jurídico que lo regula’.¹³

[...] Los servicios públicos están inmersos dentro de las funciones estatales de ejecución exclusiva o concurrente [...] [...] El servicio público no es sino un fin próximo o un medio para un fin inmediato (el bien común), que se traduce en actividades públicas, en forma de ‘servicio, obra, función o prestación’ de interés público, con un régimen jurídico ordinario y común, de derecho administrativo, como en todo el quehacer de la función administrativa.¹⁴

De esta manera, es adecuado poder establecer esa relación intrínseca que indudablemente existe entre los servicios públicos y el Estado con la precisión de que éstos no pueden ser considerados como su razón de ser, ni tampoco su única finalidad, sino más bien una parte de sus diversas funciones, pero sobre todo bien podrían ser considerados como un medio para el cumplimiento de sus fines en general, es decir, “el bien común o interés general” de sus ciudadanos y particularmente la suma de intereses particulares.

En todo caso, en nuestro sistema público de las prestaciones, hemos visto reflejadas estas variaciones, como lo ha ideado de manera correcta Efraín Pérez, de la siguiente manera:

“Los esquemas de la modernización del Estado actuales y de las corrientes privatizadoras, que revierten las nacionalizaciones vigentes desde el segundo lustro de

¹³José Roberto Dromi, “Manual de Derecho Administrativo”, Tomo 2 (Buenos Aires, 1987), 2, en adelante Dromi José Roberto.

¹⁴ Ibíd, 4.

los años cuarenta del pasado siglo XX, han creado una apertura doctrinal para el retorno del concepto del servicio público y sus principales instrumentos de gestión de servicios públicos a cargo de los particulares: la concesión y la desnacionalización, con un reciente desarrollo doctrinal de los esquemas reguladores, la normativa, regulación y control estatal, aunque se percibe, a inicios del siglo XXI una tendencia de vuelta a la prestación directa por parte del Estado de los servicios públicos. Este esquema ha sido especialmente cierto en la Argentina y se perfila en la Constitución ecuatoriana de 2008 [...]”¹⁵.

Sin lugar a duda estas variaciones de concepción política marcan unas diferencias que se concretan en el ordenamiento jurídico de los países y que se verán reflejadas en la eficacia de estas prestaciones que ineludiblemente deben ser garantizadas por el Estado por ser consideradas como derecho inalienable de los ciudadanos, ya sea prestándolos de forma directa, mixta o ejerciendo su rol de Estado regulador.

Como nos aclara y conceptualiza correctamente el mencionado jurista ecuatoriano Efraín Pérez: “El antecedente jurídico más importante del servicio público es la exclusividad que ostenta el Estado para su prestación directa o a través de concesionarios, sujetos a reglas determinadas. Por tratarse de impedimento para el libre desarrollo de los particulares de tales actividades, la calidad de servicio público se debe declarar por una norma constitucional o legal”.¹⁶

Las referencias más palpables de los servicios públicos las encontramos en varios pasajes del texto constitucional, evidenciándose la falta de una conceptualización concreta lo que genera una gran amplitud al momento de su comprensión y sobre todo en su aplicación; revisemos para este propósito el texto del artículo 85:

La formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución, se regularán de acuerdo con las siguientes disposiciones:

1. Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad.
2. Sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la

¹⁵ Pérez, “Derecho Administrativo – Acorde con la Nueva Constitución Ecuatoriana-Normativa Jurídica y Doctrina Comparada”, 654.

¹⁶Ibíd, 660.

política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto.

3. El Estado garantizará la distribución equitativa y solidaria del presupuesto para la ejecución de las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos.

En la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos se garantizará la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades.

Del referido texto constitucional encontramos una interesante forma de instituir de cierto modo la regulación de los servicios públicos, puesto que le agrega un elemento que es piedra angular de nuestra Carta Magna, es el “buen vivir”, el que debe ser garantizado en la implementación de todas las políticas públicas estatales y por supuesto en las diferentes prestaciones de los servicios públicos, además de la garantía de distribución equitativa y solidaria de los recursos públicos para su ejecución; y, la participación ciudadana que es un derecho transversal en el texto constitucional. En lo personal considero de avanzada estas garantías y conceptos, sin embargo, se espera que no sólo queden consagrados en la norma suprema sino que el aparato estatal apegue su accionar en consonancia con dicho mandato y principalmente cree las condiciones para su cabal aplicación, tomando en consideración al ciudadano principal receptor de estas garantías.

Otra disposición constitucional relativa a esta institución jurídica del derecho administrativo es la prevista en el artículo 314.

El Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley.

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

Pese a no tener una conceptualización concreta de los servicios públicos, tenemos conforme el pre citado mandato constitucional un camino trazado en cuanto a las condiciones que deben cumplirse en las prestaciones de servicios públicos en el Ecuador y sobre todo un detalle de sus características, lo que permite de forma cierta el

desarrollo de la legislación secundaria para su implementación en cada uno de los sectores que ameriten de la regulación estatal.

No es menos importante tomar en consideración la relación directa que se evidencia entre los servicios públicos y el catálogo constitucional de derechos, pues al estar amparados por una constitución eminentemente garantista de aquellos y conforme el contenido del artículo 85 precitado, notamos esa estrecha vinculación, de tal forma que se demuestra a lo largo de su Título II, Capítulo Segundo “Derechos del Buen Vivir”, secciones quinta ‘Educación’ y séptima ‘Salud’.

Así mismo, en el Capítulo Tercero “Derechos de las Personas y Grupos de Atención Prioritaria”, del referido Título, en sus secciones: primera ‘Adultos Mayores’, segunda ‘Jóvenes’, cuarta ‘Mujeres Embarazadas’, quinta ‘Niñas, Niños y Adolescentes’, sexta ‘Personas Discapacitadas’, séptima ‘Personas con Enfermedades Catastróficas’, octava ‘Personas Privadas de Libertad’, novena ‘Personas Usuarias y Consumidoras’, hallamos esta vinculación con los servicios públicos. En este sentido y sin embargo de que no se trata de forma exclusiva de los mencionados servicios públicos, sino más bien de los derechos que deben ser garantizados por el Estado, es indiscutible que para lograr su materialización se deberá, en la praxis, en muchos de estos casos, contar con la adecuada prestación de los señalados servicios.

De modo referencial, en cuanto a la comprensión que se busca sobre los servicios públicos, encontramos varios cuerpos normativos con rango legal, como por ejemplo, la Ley de Modernización, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, cuya promulgación data del año 1993, en la que se abordan varios mecanismos legales para hacerlos efectivos, pero de igual manera no se encuentra una definición explícita que aporte a su cabal comprensión, más bien se trata de un cuerpo normativo procedimental que ha permitido la ejecución y puesta en marcha de los servicios públicos, entre otros aspectos, y que dicho sea de paso, sus contenidos respondieron a una realidad jurídica y principalmente política en la década de los años 90, la cual difiere con la teoría constitucional actual¹⁷.

¹⁷ Ley de Modernización, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, Registro Oficial Suplemento No, 581, diciembre de 1994, República del Ecuador. En adelante Ley de Modernización del Estado.

Otro ejemplo aplicable pero en el ámbito internacional es el reconocimiento que se hacen la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea al derecho a la educación, la cual en su artículo 14, establece: [...] 1. Toda persona tiene derecho a la educación y al acceso a la formación profesional y permanente [...] 2. Este derecho incluye la facultad de recibir gratuitamente enseñanza obligatoria [...].¹⁸

Como nace del texto supremo de la Unión Europea, el derecho a la educación se convierte en una obligación de cumplimiento para los estados el momento en que la enseñanza obligatoria debe ser prestada de forma gratuita, lo que nos remite al ámbito de los servicios públicos.

En cuanto a sus características, que sin lugar a duda logran matizar a la conceptualización pretendida, he de decir que resulta aplicable la misma observación sobre la carencia de legislación que nos permita reconocer cuando una actividad en la sociedad es considerada servicio público o debe ser incluida y catalogada como tal, lo cual puede generar confusiones e imprecisiones, por un lado en los órganos legislativos al momento de su plasmación en la Ley suprema y legislación o en la normativa reglamentaria según fuere el caso; y por otro, en los distintos entes públicos encargados de proveer estos servicios o ejecutores de sus prestaciones, tomando en consideración que las características o particularidades de una actividad persiguen justamente la finalidad de colaborar en el esclarecimiento de su naturaleza social y jurídica.

Al respecto la doctrina administrativista nos amplía el panorama al establecer algunas peculiaridades y elementos que generalmente se repiten en las distintas actividades que han sido consideradas como servicios públicos tales como, la generalidad, regularidad, continuidad, exigibilidad, adaptabilidad, gratuidad, entre otros, por lo que, a fin de conocer brevemente un poco más sobre los caracteres más relevantes tomaré las ideas expuestas por los tratadistas argentino y español Roberto Dromiy Ramón Parada, respectivamente:

Continuidad.- Me refiero a la permanencia e ininterrupción del servicio que debe ser prestado para garantizar el derecho subjetivo e intrínseco de los usuarios “Hay

¹⁸Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Niza, 2000, C 364/8 ES Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 18 de diciembre del 2000.

servicios que por la necesidad colectiva que satisfacen, no pueden ser interrumpidos, por ejemplo la provisión de agua potable, electricidad, etc.; en estos casos estamos en presencia de ‘continuidad absoluta’. También puede hablarse de continuidad relativa cuando el servicio no se presta ininterrumpidamente, sino en determinados momentos, como, por ejemplo, el servicio de bomberos, el de instrucción primaria, etcétera”.¹⁹ De tal forma que la única limitación a esta característica de la continuidad sería la naturaleza propia de la actividad, para ello debemos remitirnos necesariamente a las reglas que han sido previstas en la legislación o reglamentación en particular.

Para reforzar lo dicho, veamos lo que enuncia al respecto el tratadista Ramón Parada:

[...] El servicio público debe desarrollarse de forma ininterrumpida de acuerdo con la naturaleza de la prestación. Ello implica que unos servicios habrán de prestarse en forma continua (policía, abastecimiento en general) y otros en los días y horarios previstos (educación, transporte). Para los concesionarios es una obligación específica: *prestar el contrato con la continuidad convenida*[...] Sobre este principio se justificó la inicial prohibición de los sindicatos y las huelgas de los funcionarios públicos, así como de los empleados de los concesionarios, y, reconocido este derecho como un derecho fundamental, sirve hoy para justificar sus límites constitucionales [...].²⁰

Regularidad.- La regularidad establece a diferencia de la continuidad la manera en que obligatoriamente deben prestarse los servicios, que del mismo modo nos remite, a mi criterio, necesariamente a la normativa específica, pero como nos dice Roberto Dromi, la regularidad se entrelaza con la continuidad en tanto y cuánto la afectación a esta última influye en el desarrollo normal de la actividad:

La regularidad habla del ritmo, y equilibrio con que se presta el servicio, la continuidad hace referencia a la no paralización o suspensión del servicio. El primero se refiere, por ejemplo, al horario en los transportes; el segundo a que no se interrumpa el servicio de transporte. Puede verse alterada la regularidad por el “trabajo a reglamento” o semiparalizaciones prestacionales.²¹

Adaptabilidad.- Esta característica guarda relación con la garantía propia del servicio en el sentido de que este debe ajustarse a las variaciones o necesidades

¹⁹Dromi José Roberto, “Manual de Derecho Administrativo”, capítulo IX, 6.

²⁰Ramón Parada, “Derecho Administrativo I Parte General”, décimo octava edición, (Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid-España, 2010), 412 y 413.

²¹Dromi José Roberto, “Manual de Derecho Administrativo”, 7

versátiles que pueden presentarse en la actividad prestacional, al respecto Ramón Parada lo expone como uno de los principios en los que se basa el servicio público de la siguiente manera: “El principio de perfectibilidad o adaptabilidad de los servicios públicos supone que quien lo presta, sea la Administración o un concesionario, está obligado a incorporar a la prestación que suministra a los usuarios del servicio los adelantos técnicos que se vayan produciendo”.²²

El tratadista también se refiere al caso puntual de la legislación española, en la que actualmente la disposición relativa a la mejora de los avances tecnológicos en los servicios ha sido establecida como una obligación del concesionario en todos los casos y no sólo si se lo establece en el contrato mediante una cláusula especial, sin embargo en el caso de la legislación ecuatoriana esta característica es objeto de un mayor análisis, toda vez que la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada contempla la prohibición de cambiar los términos contractuales de forma posterior a su suscripción, garantizando el principio de seguridad jurídica que va inmerso en este tipo de instrumentos jurídicos:

Artículo 46.- Contratos.- Los contratos de delegación contendrán las cláusulas necesarias para asegurar que los servicios públicos a prestarse atiendan los intereses de los usuarios y la preservación del ambiente. En ningún caso, el Estado garantizará la rentabilidad del negocio ni establecerá tratamientos tributarios especiales o diferentes a los que rijan al momento de la celebración del contrato. *Las condiciones contractuales acordadas entre las partes no podrán modificarse unilateralmente durante la vigencia del contrato por leyes ni otras disposiciones de carácter general que se expidieren con posterioridad a su celebración.*²³

Por tanto, mucho dependerá de lo pactado en el contrato, lo óptimo sería que en él se estipule esta condición, a fin de que el concesionario garantice al usuario la prestación de un servicio acorde con los avances tecnológicos, más aún si como hemos dicho al iniciarse esta investigación nos encontramos frente al tratamiento de los servicios públicos como derechos garantizados constitucionalmente primando en todo caso el concepto de interés general.

Gratuidad.- Atendiendo a lo definido por Ramón Parada: “Solo es aplicable cuando se deriva de la naturaleza del servicio (la protección ciudadana) o viene impuesto por una norma constitucional [...] o legislativa específica. Fuera de esa

²²Parada, “Derecho Administrativo I Parte General” 413.

²³Ley de Modernización del Estado, artículo 46. El énfasis me pertenece.

previsión nada impide, y es la situación normal, que el coste total o normal del servicio sea recuperado por la Administración y el concesionario a través de las tarifas correspondientes [...]”.²⁴

Se puede considerar que esta ilustración es aplicable y coincide con las prestaciones en el Ecuador, pues no todos los servicios considerados como públicos gozan de la garantía de la gratuidad, tal es el caso de la educación que por norma constitucional se dispone que la educación pública será gratuita, lo que no ocurre con los servicios públicos de vialidad en los que el ente del gobierno central o autónomo descentralizado, según su competencia, cobra una tasa por su utilización con la que se costea parte de la obra, mantenimiento, mejoras, según sea el caso.²⁵

Generalidad.- Nos referimos a la generalidad como la garantía de que el servicio debe ser prestado para todos los ciudadanos sin ningún tipo de diferenciación ni discriminación, sin embargo siempre habrán diferencias con la naturaleza misma del servicio, por ejemplo no todos los ciudadanos deben recibir los servicios públicos de educación o de salud, nuevamente aplica el comentario de que depende de la norma constitucional o legal respectiva.

Al respecto, según la apreciación de Dromi, “La generalidad significa que el servicio puede ser exigido y usado por ‘todos los habitantes’, sin exclusión alguna. El servicio se establece para satisfacción de una necesidad general o colectiva”, en contraste, Ramón Parada asemeja el principio de igualdad con la mencionada generalidad, en el siguiente sentido: [...] “Implica un trato igual para todos los que tienen derecho al acceso del servicio y la prohibición de todo trato discriminatorio. No obstante, no implica un trato uniforme, pues son perfectamente normales y lícitas en función de la situación de determinados colectivos, como es el caso de las tarifas reducidas a favor de grupos socialmente desfavorecidos”.

Obligatoriedad.-Una característica fundamental en la prestación de los servicios públicos es la obligación de su implementación y cumplimiento por el Estado, como nos instruye Dromi:

²⁴Parada, “Derecho Administrativo I Parte General”, 413

²⁵Constitución de la República del Ecuador, artículo 348 y Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, artículo 566, en adelante COOTAD.

Es inherente al servicio, por su propia naturaleza, la obligatoriedad de la prestación a cargo de la entidad pública de que se trate y su exigibilidad por los usuarios.

Por su parte, el usuario no está, en principio, obligado a usar del servicio, excepto en algunos casos en que por el fin que el Estado persigue, el servicio es el instrumento idóneo para alcanzar aquel fin; por ejemplo, la instrucción primaria que tiende al fin de la educación; la provisión de aguas potables y conexiones cloacales que persiguen objetivos de salubridad e higiene.²⁶

Es así que al considerar a la prestación de los servicios públicos como derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente, como lo vimos en líneas anteriores, es imperativo su obligatorio cumplimiento e implementación por el Estado; y, al contar con una carta fundamental eminentemente garantista de esos derechos que además establece mecanismos procedimentales para asegurar el resarcimiento de una posible violación, se corrobora esta connotación.

1.1.1 La provisión y prestación de servicios públicos.

Una vez abordados generalmente los servicios públicos y su conceptualización, el siguiente propósito es profundizar de manera específica en su provisión y prestación y en cómo éstos se materializan en las sociedades modernas y en particular en el Ecuador.

Conozcamos brevemente algo de los antecedentes históricos y políticos de esta institución jurídica que han sentado precedentes importantes para este cometido, respecto de lo cual Dromi señala:

“La causa eficiente del servicio público, desde una perspectiva política, está dada por su entrañable vinculación con el sistema prestacional del Estado liberal y su relación con la ‘empresa pública’ como instrumento del Estado intervencionista.

El servicio público como institución jurídica aparece íntimamente ligado al Estado liberal del siglo XIX. El abstencionismo estatal y la incesante participación particular con un Estado ‘orientador’, pero no ‘actor’, justificaron la conformación de un régimen de excepción, ante la imperiosa necesidad de participación pública estatal para la gestión de intereses supraindividuales.

La participación del Estado, en gestiones prestacionales de interés público, sirviendo en quehaceres que antes no existían o que de existir no los prestaba el Estado, motivó la necesidad de crear un instituto jurídico, el servicio público, con un régimen jurídico específico desbordante del derecho privado, sin derecho de huelga, con

²⁶Dromi José Roberto, “Manual de Derecho Administrativo”, 8.

continuidad y universalidad, mediante contratos administrativos *stricto sensu* y con prerrogativas de poder público”.²⁷

De esta manera empiezan a desarrollarse los servicios públicos, los cuales constituyen un medio para satisfacer las necesidades de una sociedad y deben materializarse conforme ésta lo requiera, tomando en consideración las necesidades particulares de cada uno de los individuos que la integran y que han pasado a convertirse en una necesidad colectiva vista su trascendencia y regularidad.

En la conceptualización del servicio público abordado en el punto anterior, se mencionaron a los servicios públicos domiciliarios y su relación en la práctica con los sistemas competenciales, y para continuar con el tratamiento de su provisión y prestación, me resulta apropiado recalcar que aquellos se asemejan a los que comúnmente se conocen como *servicios básicos*, que a mi criterio, se constituyen en un medio de satisfacer necesidades imprescindibles para la población, sin las cuales se verían directamente afectadas las condiciones vitales para su diario vivir y el ejercicio de sus derechos fundamentales, tales como la energía eléctrica, el agua potable, la educación, la salud, el saneamiento ambiental, el transporte público, inclusive la vialidad (que comparte características de servicio público y de actividades de gestión y control estatal), estos dos últimos necesarios para el desarrollo económico, considerado como un derecho ciudadano y como un mecanismo, no solo de crecimiento social, sino también como medio de subsistencia.

En cuanto a las necesidades sociales como aspecto fundamental para la provisión de los servicios públicos, éstas son tan variables como las condiciones del mundo globalizado y de la modernidad, por ejemplo, actualmente nadie puede negar los beneficios que las tecnologías de la comunicación proporcionan a la población, de ello su importancia, contando para su concreción con el espectro radioeléctrico como bien público, pero si nos retrotraemos dos décadas atrás, evidenciamos que en el Ecuador, aquellano era una necesidad de mayor relevancia para los ciudadanos, comparada con las necesidades tradicionales de agua potable, alcantarillado, salud y las mismas telecomunicaciones que se basaban en otros mecanismos (correos, servicios de telefonía fija, etc.); más sin embargo la magnitud que ahora ha alcanzado la tecnología de las

²⁷Dromi José Roberto, “Manual de Derecho Administrativo”, tomo II, 3.

comunicaciones vía “internet” coloca al Estado en el escenario de buscar los mecanismos técnicos, administrativos y legales para satisfacer dicha necesidad, convirtiéndose en un servicio público, sin embargo, al considerarse a los aspectos de índole económico indispensables para encuadrar la actividad, considero que este ejemplo, vista las condiciones actuales no llegaría a ser catalogado como un servicio público básico, ya que son evidentes otras necesidades colectivas que aún subsisten en la realidad social del Ecuador, aunque mantengo la posición de que frente a las condiciones del mundo globalizado, debemos avanzar hacia ese escenario, por lo trascendental de esta actividad y por cuanto la dinámica en la evolución de una actividad económica impone variaciones de tal magnitud que conllevan a redefinir a ciertos servicios que comprometen al interés general.

En este sentido, de entre los objetivos de la vigente Ley Orgánica de Telecomunicaciones, se encuentran: promover que el país cuente con redes de telecomunicaciones de alta velocidad y capacidad, distribuidas en el territorio nacional, que permitan a la población entre otros servicios, el acceso al servicio de internet de banda ancha; y, establecer el marco legal para la provisión de los servicios públicos de telecomunicaciones como responsabilidad del Estado Central, con sujeción a los principios constitucionalmente establecidos en la Ley y normativa aplicable y el establecimiento de los mecanismos de delegación de los sectores estratégicos de telecomunicaciones y espectro radioeléctrico; así mismo, los artículos 4 y 5 *ibídem*, han establecido los principios rectores de la prestación del servicio público de telecomunicaciones y el detalle de las actividades que son consideradas como tales, respectivamente, incluyendo en las últimas a toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, textos, vídeo, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza, por sistemas inalámbricos, ópticos o inalámbrico, inventados o por inventarse, sin que dicho detalle tenga carácter taxativo, quedando incluidos cualquier medio, modalidad o tipo de transmisión derivada de la innovación tecnológica.²⁸ Así pues quedan incluidas en el catálogo de servicios públicos de telecomunicaciones todas estas actividades, que inclusive podrían ser consideradas de poca trascendencia frente a otras necesidades de los ciudadanos, como por ejemplo, la televisión por cable que es

²⁸ Ley Orgánica de Telecomunicaciones, Registro Oficial Suplemento 439, 18 de febrero del 2015, artículos 3, numerales 6 y 7, 4 y 5.

completamente financiada por los usuarios que desean contar con el servicio y en la que el Estado no tiene ninguna participación como prestador, pero que tal como lo prevé la Ley, ha sido considerada un servicio público, comprobándose con este caso que en la gestión de éstos hay una marcada intervención del sector privado, en donde el Estado tiene una preponderante actuación regulatoria.

De tal forma, se corrobora legalmente el criterio de que esta actividad esencial ha sido catalogada por el legislador como servicio público, sin llegar a ser considerado como servicio público básico, pues la referida Ley no lo ha contemplado, como tampoco se puede llegar a esa deducción desde el punto de vista de la naturaleza de estas actividades.

Lo dicho, en contraste con la Ley Orgánica de Salud, cuya finalidad consiste en la regulación de las acciones que permitan efectivizar el derecho universal a la salud consagrado en la Constitución, y que lo define como el completo estado de bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades, catalogado como un derecho humano inalienable, indivisible, irrenunciable e intransigible, cuya protección y garantía es responsabilidad primordial del Estado²⁹, por lo que en este caso, si podemos estar frente al escenario de la salud como un servicio público básico.

Importante mencionar que la antedicha categorización de los servicios públicos en general, al igual que los catalogados como servicios básicos, no tienen incidencia alguna en cuanto al operador directo o indirecto que los gestionen, salvando algunas particulares excepciones que la Constitución y la Ley pueden establecer.

En correspondencia con lo anotado, la Constitución de la República del Ecuador, dispone:

Artículo 313.- El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia.

Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica,

²⁹Ley Orgánica de Salud, Registro Oficial Suplemento No. 423, 22 de diciembre de 2006, última reforma 24 de enero de 2012, artículos 1 y 3.

social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social.

Se consideran sectores estratégicos, la energía en todas sus formas, *las telecomunicaciones*, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, *el espectro radioeléctrico*, el agua, y los demás que determine la ley.³⁰

Artículo 314.- El Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, *telecomunicaciones*, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley.³¹

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

Queda claro que en el Ecuador la provisión y prestación de los servicios públicos se encuentra garantizada en la Carta Magna y en el caso específico de los denominados sectores estratégicos, dicha provisión tiene reserva constitucional, localizándose a las telecomunicaciones (objeto del anterior ejemplo) inmersas en esta categorización.

Pero para entender de mejor manera a la disposición constitucional que prevé por primera vez en el país a estos sectores estratégicos, constituidos como un concepto medular para el tratamiento de las prestaciones que satisfacen necesidades colectivas de interés general y cuya esencia además se relaciona con aspectos políticos, económicos y sociales, es preciso aclarar que no toda la amplia lista de actividades que pueden encontrarse inmersas en dicha categorización son considerados servicios públicos, lo que se deduce de una nueva lectura de la mentada disposición que los define y que al enlistarlos nos muestra tácitamente algunas diferencias; para ejemplificarlo, se ha considerado como un sector estratégico a los *recursos naturales no renovables*, que según la carta magna se definen así: “[...] pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado. En su gestión, el Estado priorizará la responsabilidad intergeneracional, la conservación de la naturaleza, el cobro de regalías u otras contribuciones no tributarias y de participaciones empresariales [...]”³², de tal forma, se entiende que la gestión de los recursos naturales no renovables como pueden ser el

³⁰ El énfasis me corresponde.

³¹ El énfasis me corresponde.

³² Constitución de la República, artículo 317.

petróleo o las actividades mineras, por citar algunos de ellos, no se constituyen en actividades prestacionales de servicios únicamente o por sí mismos como tales, sino en actividades o bienes públicos cuya gestión es de gran trascendencia económica y social y pueden materializarse mediante la ejecución de obra pública, mecanismos de regulación del organismo competente, etc, siendo de responsabilidad y control exclusiva estatal, encontrando también a la gestión de los servicios públicos inmersa en la materialización de estos sectores estratégicos.

Otro aspecto de importancia en cuanto a la provisión y prestación de los servicios públicos es el relacionado con su categorización, pues ésta no es estática como tampoco lo son las necesidades sociales que pueden ser incluidas en el catálogo de los servicios públicos, sean considerados sectores estratégicos (caso ecuatoriano) o no, por lo que el texto constitucional deja abierta la posibilidad de esas nuevas inclusiones en el rango legal, es decir, en la ley se pueden definir otros sectores que sean objeto de prestación por parte del Estado y por ende que serán considerados como servicios públicos, lo que responde al principio de legalidad que bien podría decirse es aplicable a la provisión y prestación estatal de estos servicios.

El tratadista Ramiro Borja y Borja vincula a los servicios públicos con una de las funciones administrativas que denomina “administración directa”, dejándonos el siguiente legado doctrinario:

Las necesidades sociales a que atiende el Estado por la administración directa, y, de consiguiente, los servicios públicos, puede abarcar todas las clases de ellas correspondientes a los aspectos de la vida humana.

[...] Las necesidades sociales; en cuanto al sujeto en que se satisfacen, se distinguen los servicios públicos que las toman en común y los que las toman individualizadas.

Hay concordancia entre el aserto de que la administración directa atiende necesidades sociales, y el de que su objetivo es algo que serviría para el bienestar y la perfección del hombre aunque no viviera bajo organización social. Dentro de ésta se convierte en materia de necesidad social, parte de lo que sería objeto de necesidad individual para el hombre en la hipótesis de que viviese fuera de toda organización colectiva [...].³³

Con todos estos elementos se puede concluir en que la provisión y prestación de los servicios públicos se constituyen por excelencia en la materialización o realización

³³Borja y Borja, “Teoría General del Derecho Administrativo”, 164 y 165.

de aquellos en favor de la gran mayoría de ciudadanos que han expresado por diversos medios unas necesidades específicas a ser satisfechas conforme las realidades culturales y sociales tan cambiantes que han ido apareciendo en diversas etapas de su desarrollo, las que posteriormente han sido catalogadas en la legislación y que el Estado ha asumido su obligación de proveer.³⁴

Particularmente en cuanto a la provisión y prestación de los servicios públicos, éstos se constituyen en una parte fundamental de las actividades que realiza el Estado ecuatoriano, en correspondencia con la citada materialización de los derechos fundamentales, es así que el texto constitucional vigente en cuanto a la dotación de servicios públicos, ha adoptado la terminología “provisión”, por lo que se la podría entender como sinónimo de prestación, a diferencia de lo que establecía la Carta Magna de 1998 que combinaba los dos vocablos; y, similar a lo contemplado en la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de servicios públicos por parte del Sector Privado, que hace referencia únicamente al término ‘prestación’.

Para mayor ilustración, el artículo 249 de la derogada constitución de 1998, estableció:

Será responsabilidad del Estado la *provisión* de servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, facilidades portuarias y otros de naturaleza similar. Podrá *prestarlos* directamente o por delegación a empresas mixtas o privadas, mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual, de acuerdo con la ley. Las condiciones contractuales acordadas no podrán modificarse unilateralmente por leyes u otras disposiciones.

El Estado garantizará que los servicios públicos, *prestados* bajo su control y regulación, respondan a principios de eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, continuidad y calidad; y velará para que sus precios o tarifas sean equitativos.³⁵

Por tanto, considero que la provisión es la obligación estatal de proporcionar las diversas prestaciones de servicios públicos, a este efecto, el tratadista Roberto Dromi,

³⁴ Ideas tomadas de Constitución de la República del Ecuador e *Ibíd*, 164 y 165.

³⁵ Constitución Política de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 1, 1998, derogada, en adelante Constitución de 1998, el énfasis me pertenece.

nos aclara: “La organización de un servicio público consiste en la ‘provisión de los medios materiales y normativos’ necesarios para ponerlo en funcionamiento”.³⁶

Más allá de una diferenciación pedagógica en cuanto a las terminologías mencionadas, lo importante es la comprensión de que la provisión y/o prestación de servicios públicos se encuentran inmersas en las diversas funciones que tiene el Estado, mediante los cuales se cumple con uno de sus primordiales fines, como lo establece el español Ramón Parada: “La actividad administrativa de prestación es aquella en que la administración satisface directamente una necesidad pública mediante la prestación de un servicio a los administrados. Estos servicios pueden ser muy variados como la seguridad pública, el transporte, el abastecimiento, la enseñanza, la sanidad, etcétera”.³⁷

En este punto, consecuentemente es preciso hacer especial referencia a la concepción jurídica política de la implementación de estas prestaciones que no han sido las mismas a través de distintas épocas, notando cómo han evolucionado desde su nacimiento, haciendo referencia a sus albores, partiendo desde la monarquía que definió originariamente el quehacer estatal y por ende el de la administración pública, hasta la actualidad, pasando por concebir a la forma de prestación de los servicios públicos como una potestad ejercida desde el aparato del propio Estado de manera directa, hasta llegar a la otra cara de la moneda que es la privatización, pasando por los modelos mixtos de intervención público-privada. Veamos algunas referencias doctrinarias:

[...] La Monarquía absoluta, en efecto sentó las bases de los primeros servicios públicos, los más ligados al ejercicio de la soberanía: la defensa nacional, las relaciones exteriores, la justicia, la moneda, la hacienda, los caminos, el correo (en régimen de arriendo). Pero la acción de la Monarquía no llegó a generalizar la prestación de servicios públicos después tan esenciales como la educación, la sanidad, la asistencia social o la beneficencia a cargo de la Iglesia. En España el constitucionalismo supuso, a imagen y semejanza de Francia, la emergencia de una poderosa Administración, un holding de grandes servicios públicos gestionados de forma directa por eficientes cuerpos de funcionarios y que se harán cargo de los que antes asumió la iglesia y de otros nuevos [...] [...] A destacar que el carácter estatal y monopólico en la implantación de estos servicios obedeció al escaso vigor de la sociedad civil del capitalismo en la Europa continental en contraste con lo acontecido en el mundo anglosajón, donde algunas de estas prestaciones eran satisfechas por la empresa privada en régimen de libre competencia [...].³⁸

³⁶ Dromi José Roberto, “Manual de Derecho Administrativo”, 12.

³⁷ Parada, “Derecho Administrativo I Parte General”, 401.

³⁸ *Ibíd*, 403.

Indiscutiblemente coincido con el tratadista en que de forma posterior el Estado asimiló que la atención directa de las crecientes necesidades poblacionales de distintos servicios primordiales superaría la capacidad de las prestaciones directas, lo que incluso me atrevo a decir pasa en la actualidad. Es preciso conocer lo que al respecto nos enseña la doctrina:

[...] La técnica de la concesión de los servicios públicos a empresas privadas en régimen de monopolio sirvió para hacer compatible el dogma liberal de la incapacidad del Estado para llevar a cabo actividades industriales con la necesidad de afrontar la organización de servicios ineludibles. Así, sobre la figura del concesionario se organizó el servicio de transporte ferroviario, de la misma forma que sobre la figura de la concesión demanial se organizó la explotación de los bienes de dominio público [...].³⁹

[...] En el siglo XX, la técnica del servicio público se extiende para satisfacer nuevas necesidades de interés general. El abastecimiento de agua, gas, energía eléctrica, teléfono, transporte marítimo y aéreo, suministro de carburante son declarados servicios públicos, aunque predomina el sistema de gestión indirecta, en todo caso monopólica por concesionario interpuesto [...].⁴⁰

Como nos cuenta el autor en su reseña, son evidentes los cambios que han ido surgiendo en cuanto a la forma de operar los servicios públicos por los estados, tal es el caso que frente a las necesidades tan cambiantes como la sociedad misma que tiene ciclos bien marcados en su devenir, se han ido ajustando también los mecanismos para su efectivización, en estos casos descritos, se puede notar como el Estado que cumplía un rol predominantemente “prestador”, frente a las nuevas necesidades sociales producto de la modernización, se han visto abocados a contar con los particulares para que contribuyan a cumplir con estos objetivos específicos desde las distintas formas de organización productiva de la sociedad.

Siguiendo con la ilación de este análisis:

[...] El derrumbamiento del socialismo real en los países comunistas, el auge del liberalismo económico globalizado, la exacerbación del principio de libre competencia, provocan en nuestros días, a principios del siglo XXI, junto con la crisis ideológica del Estado de Bienestar, el comienzo de un proceso de privatización de los servicios públicos. En consecuencia los servicios públicos económicos en régimen de concesión monopólica a empresas públicas o de economía mixta son objeto de una privatización total o parcial (teléfonos, transporte aéreo y marítimo, refinado y distribución de carburantes, energía eléctrica, transporte ferroviario, correos). Su actividad se ha abierto a diversos operadores en régimen de libre competencia,

³⁹Ibíd.

⁴⁰Ibíd.

creándose en ocasiones entes reguladores específicos. Ya no más servicios públicos, sino actividades privadas reguladas, es la nueva consigna [...].⁴¹

Ahora bien, si se trata de relacionar estas visiones privatistas con el sistema prestacional ecuatoriano, es indudable que esta tendencia ha sufrido un cambio radical, al menos en la teoría constitucional, puesto que si se revisa en la praxis jurídica, la presencia privada sigue siendo importante en la gestión de los servicios públicos, por lo que cabría preguntarse si el Estado ecuatoriano se encuentra en la capacidad real de asumir las actividades prestacionales de forma directa pero sobre todo de una manera eficiente y eficaz.

Consecuentemente, es menester hacer referencia a los servicios públicos considerados de vital importancia para la sociedad como la salud y la educación, por cuanto exclusivamente para estos sectores la norma constitucional ecuatoriana abre la posibilidad total a que las instituciones privadas formen parte de estos sistemas prestacionales⁴², por lo tanto en dicho escenario convergen tanto el sector público como el privado, compartiendo incluso las mismas normas y legislación, siempre con la potestad pública de regulación estatal, específicamente del Estado central por ser de su competencia según la misma constitución.

Sobre estos servicios de educación y salud, a criterio de la autora, el constituyente ha optado por esta figura de convergencia entre los dos sectores, en vista de que, como ya mencioné, aquellos se constituyen en servicios públicos imprescindibles para los ciudadanos, adoptando incluso el criterio de que el sector privado ha intervenido con mayor éxito en proporcionar estas prestaciones a diferencia del sector público, lo que se podría considerar que acertadamente ha sufrido algunas variaciones importantes que fortalece al naciente Estado administrador.

Finalmente, este criterio de confluencia legal cobra mayor fuerza si nos remitimos a la aún vigente Ley de Modernización, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, cuerpo normativo que principalmente proporciona los mecanismos jurídico-administrativos para la

⁴¹Ibíd, 404.

⁴²Constitución de la República del Ecuador, artículos 345, 359 y 362.

intervención de los privados, pero que no es el único, lo que será abordado más adelante en un acápite específico de esta obra.

1.1.2. Los servicios públicos impropios.

Luego de haber plasmado algunos conceptos e ideas trascendentes en cuanto a la esencia de los servicios públicos, por la importancia y relación directa con el tema central de este trabajo investigativo, me enfocaré ahora en los denominados “servicios públicos impropios”.

En la doctrina encontramos algunas clasificaciones de los servicios públicos; como nos expone Roberto Dromi, la clasificación ha respondido a distintas motivaciones, entre las cuales se destacan aspectos económicos, sociológicos, jurídicos, políticos, sin ser de mayor trascendencia para la concreción de los servicios públicos ni para su naturaleza sustantiva ya que pueden ser utilizadas para distintas ramas de la función o actividad administrativa en general, empero para una mejor visión del tema, conozcamos esta clasificación que hace el tratadista:

a) Servicios públicos con o sin competencias administrativas especiales y/o exorbitantes, es decir, según requieran o no para su prestación el ejercicio de potestades públicas y prerrogativas de poder público.

b) Servicios públicos de gestión pública y servicios públicos de gestión privada, en mérito al sujeto titular de la prestación.

c) Servicios utiuniversi y utisinguli, según tengan por destinatarios, la comunidad o concretos administrados, respectivamente.

d) Servicios obligatorios y facultativos, de acuerdo con la exigibilidad, imperiosidad o necesidad de su prestación.

e) Servicios propiamente administrativos, industriales o comerciales, sociales, judiciales, etc. según el régimen jurídico y el grado de aplicación de las normas y principios del derecho público.

f) Servicios formales y virtuales, según contengan norma declarativa o no de servicio público.

g) Servicio público propio o impropio según lo preste el estado o alguna persona privada, no estatal. Estos últimos son actividades individuales de interés público.⁴³

Siendo la clasificación detallada en el literal g) la que nos interesa especialmente en cuanto al servicio prestado por un ente privado no estatal pero regulado, supervisado

⁴³Dromi José Roberto, “Manual de Derecho Administrativo”, 5.

y controlado por la administración pública e incluso, a mi juicio, revestidos de unas potestades públicas por delegación.

La doctrina también ha denominado a estos servicios públicos impropios como actividades regladas de la administración, a este respecto:

La salvaguarda de esta iniciativa privada, frente a una *publicatio* que llevaba a la gestión directa por la administración o indirecta a través de concesionario, en todo caso monopólica, se abordó alternativamente en el Derecho europeo con su remisión a la iniciativa privada sujeta a una fuerte intervención: autorización previa, poder reglamentario mediante instrucciones de servicio, potestad tarifaria y poderes arbitral y sancionador entre y sobre los operadores.⁴⁴

Efraín Pérez en su obra “Derecho Administrativo acorde con la nueva Constitución Ecuatoriana” nos expone unas particularidades sobre los llamados servicios públicos impropios que merecen ser analizadas:

[...] Se caracterizan por desarrollar actividades de interés público especial pero fundamentalmente privadas, dirigidas al público, como por ejemplo el transporte público, los servicios hospitalarios, las farmacias [...] que en razón de su relación con el interés público, [...] se desarrollan en un régimen de autorización, incluso de reglamentación. En cambio recuérdese que los servicios públicos solo pueden ser prestados por los particulares mediante un contrato de concesión [...].⁴⁵

Es aclaratoria la caracterización dada por el autor ecuatoriano, desde la óptica de relación de los servicios públicos con actividades propias o inherentes al sector privado, a cuya determinación se llega al analizar la naturaleza misma de las actividades prestacionales, de tal modo que al existir actividades prestacionales especiales y de fuero privado, es decir de interés de los particulares y para los particulares, tienen un trato diferenciado dentro del derecho administrativo, a mi parecer incluso para llegar a esta categorización es fundamental tomar en cuenta aspectos de la economía de los estados y la priorización y promoción de los sectores productivos que también deben ser garantizados por el Estado, por lo que para enmarcarlos de esa manera, debe aplicarse una adecuada ponderación de derechos constitucionales.

Así también, Ramón Parada nuevamente amplía nuestra ilustración:

[...] La especificidad del régimen de las actividades reglamentadas o servicios públicos impropios y el nuevo modelo derivado de la privatización, recientemente

⁴⁴Parada, “Derecho Administrativo I Parte General”, 428.

⁴⁵Pérez, “Derecho Administrativo – Acorde con la Nueva Constitución Ecuatoriana-Normativa Jurídica y Doctrina Comparada”, 661.

llevada a cabo para determinados servicios públicos económicos (telecomunicaciones, energía, transporte, correo, etc.) frente al servicio público tradicional consiste en que la satisfacción de necesidades generales se remite a la actividad privada (principio de subsidiaridad), si bien sujeta a una fuerte intervención administrativa [...].⁴⁶

Por lo tanto, complemento el criterio en cuanto a los servicios públicos impropios diciendo que éstos se diferencian de los tradicionales, básicamente por la regulación y control estatal que el Estado la ejerce dejando al particular más o menos en libertad para encargarse de algunos aspectos necesarios para la concreción de las prestaciones, como por ejemplo, las figuras jurídicas empresarial o comunitaria por la que haya optado según sus propias necesidades o conveniencia, mecanismos propios del derecho privado, pero también es fundamental la característica misma de la actividad prestacional, en el sentido de que ésta debe ser considerada como una necesidad esencial o de vital importancia para la gran mayoría de la población, siendo estos dos factores determinantes para su consideración como impropios y consecuentemente para la forma de legislarlos.

Sobre lo dicho, un caso bastante ejemplificador en el Ecuador es el del servicio de transporte, que según la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, lo conceptualiza como servicio público de vital importancia para la población:

Artículo 46.- El Transporte terrestre automotor *es un servicio público esencial y una actividad económica estratégica del Estado, que consiste en la movilización libre y segura de personas o de bienes de un lugar a otro*, haciendo uso del sistema vial nacional, terminales terrestres y centros de transferencia de pasajeros y carga en el territorio ecuatoriano. Su organización es un elemento fundamental contra la informalidad, mejorar la competitividad y lograr el desarrollo productivo, económico y social del país, interconectando la red vial internacional.⁴⁷

Y en cuanto al factor de la regulación estatal, el ejemplo más palpable es el servicio de transporte distinto al de la transportación colectiva y que la referida ley ecuatoriana los denomina “transporte comercial”:

[...] Artículo 57.- Se denomina servicio de transporte comercial el que se presta a terceras personas a cambio de una contraprestación económica, siempre que no sea servicio de transporte colectivo o masivo. *Para operar un servicio comercial de transporte se requerirá de un permiso de operación*, en los términos establecidos en la presente Ley y su Reglamento.

⁴⁶ Parada, “Derecho Administrativo I Parte General”, 429.

⁴⁷ Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, Registro Oficial Suplemento No. 398, 7 de agosto de 2008, artículo 46, en adelante Ley Orgánica de Transporte. El énfasis me pertenece.

Dentro de esta clasificación, entre otros, se encuentran el servicio de transporte escolar e institucional, taxis, tricimotos, carga pesada, carga liviana, mixto, turístico y los demás que se prevean en el Reglamento, *los cuales serán prestados únicamente por operadoras de transporte terrestre autorizadas para tal objeto y que cumplan con los requisitos y las características especiales de seguridad establecidas por la Agencia Nacional de Regulación y Control del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial [...]*.⁴⁸

Es importante recordar una diferencia fundamental entre la antigua Ley de Tránsito expedida en el año 1996 con la actual Ley Orgánica⁴⁹, puesto que en la primera se establecía de forma general que el servicio de transporte público de seres humanos debía cumplirse con la regulación y control del estado a través de los organismos competentes, por lo que bajo ese paraguas legal nos encontrábamos frente al escenario de los servicios públicos de transporte vistos como servicios públicos impropios puramente, veamos lo que establecía la ley derogada en sus artículos 12 y 13:

Artículo 12.- La transportación terrestre, pública o privada, de personas y bienes, goza de la protección del Estado quien ejercerá el control y vigilancia necesarios para su adecuada prestación en condiciones de seguridad y calidad; y, toda violación a sus normas será sancionada por esta Ley y sus reglamentos.

Artículo 13.- La transportación terrestre de personas o bienes en general, se realizará a través del parque automotor ecuatoriano integrado por vehículos que hayan sido legalmente autorizados para esta actividad.

La referida norma claramente contempla una autorización por parte del órgano estatal competente, a diferencia de lo que establece la actual Ley de la materia, que valga decir goza del carácter de orgánica, y que ha determinado la prestación del servicio público de forma directa por parte del Estado o mediante *contrato de operación* por parte de actores privados: “ Artículo 56.- El servicio de transporte público podrá ser prestado por el Estado u otorgado mediante contrato de operación a operadoras legalmente constituidas”.⁵⁰

Así pues, considero que la diferencia entre el servicio público propiamente dicho y el denominado *impropio* encuentra su motivación principal en la importancia que para los ciudadanos tienen los unos a diferencia de los otros, desde la reflexión de lo trascendental de su utilización para solventar sus necesidades que finalmente se verán

⁴⁸ El énfasis me pertenece.

⁴⁹ Ley de Tránsito y Transporte Terrestre, Registro Oficial 1002, 2 de agosto de 2006, derogada, en adelante Ley de Tránsito.

⁵⁰ Ley Orgánica de Transporte, artículo 56 reformado por Ley No. 0, publicada en el Registro Oficial Suplemento 407, 31 de diciembre del 2014.

reflejadas, como dejó expresado en líneas precedentes, en el desarrollo productivo del país y en el cumplimiento de derechos de los usuarios; más sin embargo la modificación que reporta la legislación en el caso ejemplificado también nos deja ver un avance hacia el modelo estatista de prestaciones pero aún parcial.

A efectos comparativos Efraín Pérez nos relata sobre cómo se materializan estas diferencias entre estos dos modelos en el continente Europeo, así:

[...] En Europa, las realidades económicas actuales imponen el modelo del Estado regulador y del llamado nuevo servicio público europeo. El enfoque tradicional – monopólico, igualitario, de mínimos uniforme – se presta a sectores restringidos de la población. Se sustituye por un mínimo, que hoy se denomina en Europa el “servicio universal”, que equivale de una manera general al servicio público en sentido amplio, incluyendo los servicios públicos impropios y sociales [...].⁵¹

[...] El nuevo esquema del servicio público europeo enfatiza el mecanismo de la regulación que, de todas maneras, se ha desarrollado en los últimos treinta años, siguiendo el ejemplo de las entidades reguladoras del Derecho Administrativo estadounidense. Las nuevas entidades reguladoras gozan de una autonomía administrativa creciente y su control se extiende a la prestación de los servicios públicos tanto por instituciones públicas como por empresas privadas concesionadas [...].⁵²

Sea que las prestaciones las realice el Estado de forma directa o los particulares indirectamente como un servicio público impropio, lo que está claro es que el fin último de las prestaciones radica en el interés general de los ciudadanos o una parte de ellos, quienes como hemos dejado señalado en varios parajes, gozan de derechos constitucionales que se traducen en muchas ocasiones en la provisión por parte del Estado de estos servicios y que por las prerrogativas de éste que goza, se encuentra facultado para optar por uno u otro modelo de gestión conforme a la legislación, lo cual dependerá en gran parte del modelo político – económico que el Estado haya adoptado.

1.1.3. La excepcionalidad en la prestación de los servicios públicos.

El Estado central tiene total facultad para brindar por sus propios medios las prestaciones de los servicios públicos, para lo cual utiliza a cada una de las instituciones u órganos que lo conforman, lo que se conoce en la práctica como administración directa, tal es el caso de la creación y presencia de las empresas públicas mediante ley orgánica vigente desde el año 2009, cuyo propósito fundamental es la gestión de

⁵¹ Pérez, “Derecho Administrativo – Acorde con la Nueva Constitución Ecuatoriana-Normativa Jurídica y Doctrina Comparada”, 661.

⁵² *Ibíd.*

sectores estratégicos, *la prestación de servicios públicos* y en general el desarrollo de actividades económicas que corresponden al Estado⁵³; por otro lado están las prestaciones cuya competencia radica en los gobiernos autónomos descentralizados, que dicho sea de paso gozan de personalidad jurídica propia pero que también requieren o están obligadas a intervenir mediante las mencionadas empresas públicas; o de entes públicos autónomos cuyas actividades prestacionales han sido definidas por la legislación como servicios públicos; pero además de esa actuación del Estado, en variadas ocasiones las necesidades de la sociedad rebasan la capacidad de gestión del aparato estatal, ocupando los particulares un papel protagónico y por ende de despliegue hacia el desarrollo de una intensa actividad administrativa en esta temática.

En este contexto, para hablar de la excepcionalidad debemos reconocer que estamos frente a un escenario de colaboración público-privada, así pues, como hemos dejado sentado hasta el momento en este trabajo, la Constitución de la República del Ecuador, ha dispuesto varios escenarios para la prestación de servicios públicos: “[...]El Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley[...]”⁵⁴, así como las prestaciones de salud y educación; sin embargo, también dispone por excepción la delegación al sector privado y a la economía popular y solidaria, que es parte de ese sector:

“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”.⁵⁵

Aquello sin llegar a la privatización pues la Carta Magna no contempla dicha posibilidad, existiendo por tanto un régimen mixto de actuación en este campo, más allá de las excepciones como lo veremos a continuación.

⁵³ Ley Orgánica de Empresas Públicas del Ecuador, Registro Oficial Suplemento No. 48, 16 de octubre de 2009, varias veces reformada, en adelante LOEP.

⁵⁴ Constitución de la República del Ecuador, artículo 314, que dispone la prestación directa por parte del Estado.

⁵⁵ *Ibíd*, artículo 316. El énfasis me pertenece.

Para abundar en los argumentos sobre la ante dicha colaboración público-privada, la Comisión de las Comunidades Europeas en el denominado “Libro Verde”, que data del año 2004, expone algunos mecanismos e ideas, dentro de las cuales, me parece importante destacar la siguiente:

“En el transcurso de la última década, el fenómeno de la [...] colaboración público privada - CPP se ha desarrollado en un gran número del sector público. Diferentes factores explican el recurso cada vez más frecuente a las operaciones de CPP. Teniendo en cuenta las restricciones presupuestarias que han de afrontar los Estados miembros, este fenómeno responde a la necesidad que tiene el sector público de recibir financiación privada. Otra explicación radicaría en el deseo de aprovechar en mayor medida los conocimientos y métodos de funcionamiento del sector privado en el marco de la vida pública. Por otro lado, el desarrollo de la CPP forma parte de la evolución más general del papel del Estado en el ámbito económico, al pasar de operador directo a organizador, regulador y controlador⁵⁶.

Sin embargo, sobre esto, en nuestro caso notamos como la pretensión constitucional es a la inversa, o al menos es lo que paradójicamente se ha instituido.

Son varios los ejemplos que encontramos en nuestra legislación, tales como: Ley de Hidrocarburos, Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua, Ley Orgánica de Telecomunicaciones, Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica, Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, Ley Orgánica de Educación Intercultural, Ley de Hidrocarburos, el Código Orgánico de Organización Territorial, etc., las que en su gran mayoría datan de una reciente expedición o reforma, cuya finalidad principal ha sido la de expedir o adaptar sus textos a los postulados y disposiciones de la Constitución de la República vigente desde el año 2008.

De entre los objetivos de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones se destaca:

[...] 7. Establecer el marco legal para la provisión de los servicios públicos de telecomunicaciones como responsabilidad del Estado Central, con sujeción a los principios constitucionales establecidos y a los señalados en la presente Ley y normativa aplicable, así como establecer los mecanismos de delegación de los sectores estratégicos de telecomunicaciones y espectro radioeléctrico.⁵⁷

⁵⁶Comisión de las Comunidades Europeas, “Libro Verde, sobre la Colaboración Público-Privada y el Derecho Comunitario en Materia de Contratación Pública y Concesiones”, (Bruselas, 30 de abril del 2004), punto 1 numeral 3.

⁵⁷Ley Orgánica de Telecomunicaciones del Ecuador, Tercer Suplemento Registro Oficial No. 439, Publicada en 18 de febrero de 2015, artículo 3, en adelante Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

En la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica, encontramos que en cuanto a su objeto y alcance se prevé que ésta regula la participación de los sectores público y privado, en actividades relacionadas con el servicio público de energía eléctrica.⁵⁸

Por su parte, en Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, reformada en el año 2014, se ha establecido que el servicio de transporte público podrá ser prestado por el Estado u otorgado mediante contrato de operación a operadoras legalmente constituidas.⁵⁹

Otro caso válido a ser tomado en cuenta son los servicios de desarrollo infantil para la primera infancia, en los que este tipo de servicios constitucionalmente garantizados como derechos de este grupo de atención prioritaria, son prestados de forma directa por el Ministerio de Inclusión Económica y Social, en su calidad de organismo rector de este sector, el cual cobra operatividad con alianzas estratégicas con organismos públicos o de otros niveles de gobierno, pero también con una amplia participación activa de la comunidad a través de organizaciones sociales de distinta índole, mediante la suscripción de convenios de prestación de servicios.⁶⁰

Sin cerrar el listado de ejemplos que tenemos en la legislación, vale hacer referencia a la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua, en la que se establece que la prestación del servicio público del agua es exclusivamente pública o *comunitaria*, previendo además la participación de la *iniciativa privada* y la *economía popular y solidaria*, por excepción y bajo el cumplimiento de dos condicionantes, a saber: en caso de declaratoria de emergencia; y, desarrollo de subprocesos de la administración del servicio público en el caso de que la autoridad competente carezca de las condiciones técnicas o financieras para hacerlo.⁶¹

⁵⁸Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica, Tercer Suplemento Registro Oficial No.418, Viernes 16 de enero de 2015, artículo 1.

⁵⁹ Ley Orgánica de Transporte, reformada, Segundo Suplemento Registro Oficial No.407, 31 de diciembre de 2014.

⁶⁰Constitución de la República del Ecuador y Acuerdo Ministerial No. 329, Ministerio de Inclusión Económica y Social, 29 de enero de 2014.

⁶¹Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua, Segundo Suplemento Registro Oficial No. 305, 6 de agosto de 2014, artículo 7, en adelante Ley Orgánica de Recursos Hídricos.

Por último, resulta clave el contenido del artículo 283 del Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización, que contempla la delegación a la economía popular y solidaria y a la iniciativa privada por excepción cuando se justifique la incapacidad técnica o económica de los gobiernos autónomos descentralizados para brindar las prestaciones⁶².

Con estos ejemplos podemos situarnos en el ámbito de la intervención del sector privado en los servicios públicos, que luego del establecimiento constitucional, ha sido puntualizada en el ordenamiento jurídico secundario, para de esta manera concretar su relacionamiento con la práctica usual en el Ecuador.

Sin embargo, el primer reparo a la excepcionalidad, es que para el caso de la educación, no es aplicable el artículo 316, ya que constitucionalmente, se establece que aun siendo servicio público y pudiendo ser prestado por el Estado, además se prestará a través de instituciones públicas, fiscomisionales y particulares; lo mismo ocurre con la salud cuyo servicio se prestará a través de entidades estatales, privadas, autónomas, comunitarias y aquellas que ejerzan las medicinas ancestrales alternativas y complementarias; por lo que claramente por la conciliación de normas constitucionales, estas dos actividades no se incluyen en dicha excepción, añadiendo además que el sector de la economía popular y solidaria que tiene parte en esa figura de delegación, también forma parte en términos generales del sector privado, siendo a mi entender jurídico, factible su intervención.

De esta forma se debe entender que para otras actividades consideradas servicios públicos aplicará la excepcionalidad que define un lineamiento constitucional como intención opuesta a la visión más *privatizadora* que mantenía la anterior Constitución

⁶² COOTAD, artículo 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 [...].

de 1998⁶³ y que confluyó con el texto de la Ley de Modernización del Estado⁶⁴, en la anterior década.

Finalmente, queda claro el carácter de “excepcional” para delegar a la iniciativa privada la prestación del servicio público, sin embargo, su límite es que en primera instancia deben crearse empresas públicas para la prestación directa, seguidamente y por delegación intervienen las denominadas empresas mixtas con mayoría accionaria estatal, luego de lo cual, si no se identifica la creación de aquellas, por excepción participen los privados.

El claro efecto [...] de su alcance demarca la fortificación de lo público, una cristalización es [...] la expedición de la Ley de Empresas Públicas; sin embargo no implica la censura a las relaciones entre los privados y la administración pública, que en busca de la cogestión de los servicios públicos, podrán hacer de la excepción más bien algo referencial, [...] en muchos de los casos.⁶⁵

Ramón Parada, en la décimo octava edición de su obra Derecho Administrativo I – Parte General, nos da elementos sobre ésta aseveración, así:

[...] La evolución histórica de los servicios públicos, en contraposición de los sistemas continental europeo y norteamericano y la experiencia de los países comunistas, donde la actividad pública no dejó margen alguno a la iniciativa y a la empresa privada, pone de manifiesto [...] que no hay actividades públicas o privadas por naturaleza y que la determinación de aquellas prestaciones que han de ser satisfechas desde la propia Administración depende de la ideología política, del pulso social de cada país en cada época, de la evolución tecnológica y organizativa de las empresas y, consecuentemente, de lo que a la vista de esos datos decida el poder político, mediante la asunción directa de los servicios o de su remisión a la actividad privada o de una combinación entre ambas fórmulas[...].⁶⁶

Con todo lo analizado, el sector privado en el que se incluye la economía popular y solidaria, tiene una actuación fundamental en las actividades prestacionales, tal y como lo establece la legislación que guarda coherencia con las disposiciones constitucionales, por lo que resulta necesario encontrar un punto de confluencia armónica, técnica y legal entre estos tres sectores (público, económico popular y solidario y privados) en beneficio de los usuarios de los servicios públicos.

⁶³La Constitución de 1998 estuvo vigente desde el 10 de agosto de 1998 hasta el 20 de octubre del 2008.

⁶⁴La Ley de Modernización del Estado, fue publicada en el Registro Oficial No. 349 del 31 de diciembre de 1993, y con sus respectivas reformas se encuentra vigente hasta la actualidad y no ha sido expresamente derogada.

⁶⁵Vaca Peralta, “La Excepcionalidad en la Prestación de Servicios Públicos en el Estado Ecuatoriano”, 38.

⁶⁶Parada, “Derecho Administrativo I Parte General”, 429.

1.2. Formas administrativas de la prestación por delegación.

Resulta importante iniciar este acápite exponiendo que existen varias vías jurídicas para contar con la intervención privada en los servicios públicos prestacionales y para una profundización de esas formas o mecanismos jurídicos que integran el derecho administrativo, conozcamos cuales son los actores que intervienen en estas formas, así como el régimen jurídico que los guía:

[...] Desde el punto de vista práctico jurídico el concepto de servicio público tiene una incidencia atenuada en la noción de empresa pública como se la entiende en la actualidad. En la época del nacimiento de las empresas públicas la institución del servicio público se desarrollaba preponderantemente en el derecho administrativo. En su inicio la empresa pública fue considerada exclusivamente desde el punto de vista de la teoría del servicio público [...].⁶⁷

Efraín Pérez, además hace un análisis a partir de las ideas contemporáneas del derecho administrativo planteadas con dos enfoques tradicionales, esto es desde el punto de vista del derecho civil y del derecho administrativo como parte del derecho público, complementado aquello con el hecho de que el derecho privado hace figura de derecho de excepción respecto de las actividades estatales.⁶⁸

Partiendo de las potestades inherentes del Estado, se cuenta con varios mecanismos de organización para el cumplimiento de sus objetivos fundamentales, que para el caso que nos ocupa, pueden ser las empresas públicas como principal herramienta, pero también tenemos a empresas con mayor aporte estatal, a las que la constitución de la república las denomina “empresas mixtas”, sin perjuicio de las intervenciones directas que el Estado realiza en las actividades prestacionales como anteriormente lo hemos dejado establecido.

Pero para comprender esta temática en todo su contexto jurídico-político desarrollado en la última década, tenemos que la derogada Constitución Política de la República expedida en 1998, establecía la concurrencia de los sectores público y privado

⁶⁷Pérez, “Derecho Administrativo – Acorde con la Nueva Constitución Ecuatoriana-Normativa Jurídica y Doctrina Comparada”, 652.

⁶⁸Ibíd, 654.

como base de la organización económica, disponiendo que las empresas en cuanto a sus formas de propiedad y gestión podían ser privadas, públicas, mixtas y comunitarias o de autogestión⁶⁹. En consecuencia la vigente Ley de Compañías contempla cinco tipos de compañías, a saber: En nombre colectivo, compañía en comandita simple y dividida por acciones, compañía de responsabilidad limitada, compañía anónima y *la compañía de economía mixta*, además reconoce a la compañía accidental o cuentas en participación⁷⁰; notamos como el espectro mayor corresponden a aquellas que son gestionadas por y para los privados, pero en nuestro análisis nos interesa hacer mayor énfasis en la de economía mixta que corresponde a una combinación entre capital público y particular, así: “El Estado, las municipalidades los consejos provinciales y las entidades y organismos del sector público, podrán participar conjuntamente con el capital privado, en el capital y en la gestión social de esta compañía”.⁷¹

Más adelante la referida Ley nos aclara aún más el objeto de la existencia de esta tipología:

La facultad a la que se refiere el artículo anterior [...] (308) corresponde a las empresas dedicadas al desarrollo y fomento de la agricultura y de las industrias convenientes a la economía nacional y *a la satisfacción de necesidades de orden colectivo; a la prestación de nuevos servicios públicos o al mejoramiento de los ya establecidos.*⁷²

Las entidades enumeradas en el Art. 308 podrán participar en el capital de esta compañía suscribiendo su aporte en dinero o entregando equipos, instrumentos agrícolas o industriales, bienes muebles, efectos públicos y negociables, *así como también mediante la concesión de prestación de un servicio público por un período determinado.*⁷³

Y por último, se estatuyó que a éstas le son aplicables las disposiciones relativas a la compañía anónima, siempre y cuando no se contradiga a lo establecido específicamente para ellas.

Es así como la compañía de economía mixta que aún subsiste dentro del ordenamiento jurídico, era la figura idónea para que el sector privado intervenga en

⁶⁹ Constitución Política del Ecuador de 1998, artículo 245.

⁷⁰ Ley de Compañías, Registro Oficial No. 312, 5 de noviembre de 1999, última reforma 12 de septiembre de 2014, artículo 2.

⁷¹ *Ibíd*, artículo 308.

⁷² *Ibíd*, artículo 309. El énfasis me pertenece.

⁷³ *Ibíd*, artículo 310. El énfasis me pertenece.

asocio con el Estado en varias actividades, de entre ellas la prestación de los servicios públicos.

Además de este mecanismo era muy aplicada otra forma de intervención de los privados en estas temáticas mediante otra figura de organización del derecho civil como las corporaciones y fundaciones, reguladas por el código civil ecuatoriano⁷⁴, de tal forma que especialmente los gobiernos autónomos descentralizados adoptaron como alternativa, en algunos casos, la creación de estas corporaciones o fundaciones, en las que se aplicaba normas del derecho privado para su administración, gestión e incluso llegó a generar confusión en aspectos relativos a su régimen de control, lo que generó un nivel de confusión en cuanto a sus roles, sobre todo en lo relativo a la intervención estatal; todo esto las colocaba hasta cierto punto en una posición de privilegio frente a los entes públicos prestadores de servicios cuya normativa aplicable debía ser eminentemente pública pudiendo hacerse en estos casos únicamente lo que establece la Ley, frente a la aplicación por parte de las primeras de la legislación de naturaleza privada, cuyas connotaciones y efectos son de mayor amplitud en su aplicación.

Lo dicho en cuanto a estos mecanismos provocó que algunos actores de la sociedad llegaran a denominar a este mecanismo como *la huida del derecho administrativo*.

A ese respecto, el doctrinario ecuatoriano Marco Morales Tobar en su obra “Manual de Derecho Administrativo”, aporta con el siguiente elemento:

Siendo nítida la dinámica cambiante del concepto de servicio público que muchos de los doctrinarios con gran acierto la han calificado como “pendular” a la luz de la evolución de sus reglas fundadas unas veces por la lógica de la actividad privada y otras, por la actividad pública, la delimitación exacta del campo del servicio público reviste mayores dificultades dada la multiplicidad de sus formas de gestión.⁷⁵

La vigente constitución en cambio, ha establecido que la prestación de servicios públicos así como la gestión de sectores estratégicos se deberá realizar mediante la

⁷⁴ Código Civil Ecuatoriano, Libro I, Título XXX, “De las personas jurídicas”, artículos 564 y siguientes.

⁷⁵ Marco Morales Tobar, “Manual de Derecho Procesal Administrativo”, (Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2011), 405.

creación de empresas públicas, las que eventualmente podrían participar en *empresas mixtas* en las que el Estado *siempre* tenga la mayoría accionaria.⁷⁶

En todo caso, es claro como la intervención en estas actividades y sectores ha sido limitada por la norma suprema, sin embargo sigue existiendo la posibilidad de compartir capitales privados en las empresas mixtas, aunque en menor proporción económica, lo que deja la puerta abierta para la gestión de actividades propias del Estado por parte de los particulares. Sobre esto es importante comentar que estas empresas mixtas como constitucionalmente se las ha denominado, no son otras que las empresas de economía mixta anteriormente descritas y contempladas en la vigente Ley de Compañías.

Finalmente, en cuanto a las empresas públicas, se tiene para decir que al ser una figura esencialmente pública a la que se ha escogido como el mecanismo legal para la recuperación de la gestión estatal, al menos paradójicamente según la constitución, la legislatura decidió en octubre del año 2009 dedicar una ley orgánica exclusivamente para regular su accionar.⁷⁷

En la mentada Ley Orgánica se establece como su objetivo fundamental, la gestión de los sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y en general el desarrollo de actividades económicas que corresponden al Estado, contando además con un régimen de descentralización y desconcentración mediante empresas filiales que se conforman como dependencias de la empresa pública matriz y que se crean para desarrollar estas mismas actividades, con agencias y unidades de negocio como áreas administrativo-operativas de la empresa pública de igual modo para prestar servicios de manera descentralizada y desconcentradamente.⁷⁸

Como nos dice Teo Balarezo Cueva en su ponencia en el “I Congreso Internacional del Derecho Administrativo” llevado a cabo por el Instituto Ecuatoriano de Estudios de Derecho Administrativo y Social de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador:

⁷⁶Constitución de la República del Ecuador, artículo 315 y LOEP.

⁷⁷LOEP.

⁷⁸ *Ibíd*, artículo 4

No existe duda entonces que el ámbito de acción de las empresas públicas comprende las facultades de gestión de sectores estratégicos, de prestación de servicios públicos y el desarrollo de las actividades económicas propias del Estado, por lo que la actividad determinada en el acto de creación de la empresa pública no debe sobrepasar tales facultades y tanto los objetivos como las finalidades que tienen que estar planteados en función del interés público del Estado, de la actividad económica autorizada y de las competencias conferidas a las EPs.⁷⁹

Siendo entonces estas formas de organización pública específicas en cuanto a su creación y accionar.

1.2.1. La prestación por autorizaciones y permisos.

En el sistema jurídico administrativo ecuatoriano, se han establecido varias modalidades y formas administrativas para la prestación de los servicios públicos, vale decir que estas figuras aceptadas en el derecho administrativo en general deben ser aplicadas conforme el modelo jurídico prestacional que ha previsto la norma constitucional; por lo que procederé a continuación a analizar *alas autorizaciones y permisos*.

1.2.1.1. Breve análisis del acto administrativo.

Para plantear estas figuras me debo referir indiscutiblemente al acto administrativo, en tanto y cuanto son estas autorizaciones y permisos considerados como tales. Al respecto no existe en la doctrina uniformidad absoluta en la definición de acto administrativo, de tal forma que son muchos los autores que han aportado con elementos para la comprensión de esta institución jurídica administrativa: [...] El acto administrativo es una declaración unilateral efectuada en el ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa[...]⁸⁰ de esta manera el argentino Roberto Dromi nos da un concepto de acto administrativo que podríamos decir ha sido generalmente aceptado y adoptado por las legislaciones argentina y gran parte de los países latinoamericanos, sin embargo tenemos otros

⁷⁹Teo Balarezo Cueva, “Breve Análisis sobre la Capacidad Asociativa de las Empresas Públicas en el Ecuador – Análisis y Actualidad del Derecho Administrativo”, I Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Instituto Ecuatoriano de Estudios de Derecho Administrativo y Social, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, (Marco Morales Tobar – Coordinador, Eddy De La Guerra-Editora), (Quito, 2014), 163.

⁸⁰Roberto Dromi, “Derecho Administrativo”, 12va edición, (Hispania Libros, Buenos Aires – Argentina, 2009). En adelante Dromi.

referentes cuyos elementos varían en su forma pero no desnaturalizan la finalidad de esta figura, como se cita a continuación:

El acto administrativo puede definirse como un acto jurídico realizado por la Administración con arreglo al Derecho Administrativo. Pertenece, por tanto, genéricamente, a la categoría de los actos jurídicos, que, como tantos otros, tiene su sede en la Teoría General del Derecho y no en un sector concreto del ordenamiento jurídico. Pero se especifica por una doble circunstancia: desde el punto de vista subjetivo, el acto administrativo lo realiza en todo caso la Administración, y, desde el punto de vista objetivo, está sometido al Derecho Administrativo.⁸¹

[...] Se puede definir al acto administrativo como la determinación unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa [...] esta definición restringida [...] sirve sólo a una finalidad metodológica, y no pretende ni puede pretender negarle el carácter de “actos” a los contratos y reglamentos, ni tampoco el que los mismos sean de índole “administrativa”. Tal vez podría decirse que el término ‘acto administrativo’ admite un doble uso: amplio y restringido. En sentido amplio, sería acto administrativo toda declaración administrativa productora de efectos jurídicos y en sentido restringido sería sólo la declaración unilateral e individual que produzca tales efectos jurídicos⁸².

Como notamos, Entrena Cuesta se centra su definición en dos elementos, esto es, por una parte que el acto administrativo sea producido por la *administración/Estado*; y, por otra, que se ciña estrictamente al derecho administrativo, pero Agustín Gordillo amplía el espectro para la aplicación del acto administrativo y nos advierte que aquel puede ser utilizado por el Estado en un sentido amplio y uno restringido, de tal manera que para nuestro caso, es decir la comprensión de las *autorizaciones y permisos* nos centraremos en ese sentido restringido antes expuesto.

La doctrina internacional nos ha dejado importantes legados en un inicio, pero me parece importante para efecto de nuestro estudio conocer las definiciones de reconocidos autores y expertos en la materia de origen ecuatoriano que han abordado esta figura en épocas recientes:

[...] Acto Administrativo es una declaración unilateral de voluntad de autoridad competente que versa sobre asuntos de la Administración Pública y que tiene efectos jurídicos de orden particular [...] el concepto de acto administrativa engloba tres características fundamentales [...] a) Declaración de voluntad de autoridad competente;

⁸¹ Rafael Entrena Cuesta, “Curso de Derecho Administrativo - Concepto, Fuentes, Relación Jurídico-Administrativa y Justicia Administrativa”, Volumen 1, Décimo Tercera Edición, (Editorial Tecnos S.A, Madrid, 1999), 171.

⁸² Gordillo Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo-Parte General Tomo I”, (Ediciones –Macchi Sociedad Anónima, Buenos Aires - Argentina, 1974), VIII 13.

b) Asuntos de la Administración Pública; y, c) Efectos jurídicos de orden particular [...].⁸³

[...] El acto administrativo es una clase o especie del acto estatal. Esta especie comprende actos que constituyen, a la vez, creación y ejecución de derecho, y otros que sólo abarcan la segunda [...] El acto ejecutivo - es decir, el acto jurídico que aplica una norma jurídica sin crear ninguna- es un acto administrativo, sin consideración de la calidad de la norma que ejecuta, aunque para el acto ejecutivo que aplica una norma desprovista de la calidad de administrativo, sea indispensable una norma administrativa, a la que cumple a la vez que a la otra [...] El acto creador de norma administrativa y el acto ejecutivo son los actos administrativos, es decir los actos de ejercicio de la función administrativa [...].⁸⁴

Con estos criterios y más allá de las diferencias que se evidencian en la doctrina en distintos momentos, queda claro que el *acto administrativo* se constituye en un instrumento que esencialmente sirve en el derecho público administrativo para expresar las decisiones y voluntad del Estado, el que a través de sus distintos órganos y conforme sus competencias ejecutan la política pública, administran los bienes de dominio público y prestan servicios públicos a la colectividad; y, puntualmente el Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, nos da la definición legal aplicable en nuestro país, así: “Acto Administrativo.- Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa”.⁸⁵

1.2.1.2. Concretamente las autorizaciones y permisos.

Partiendo de que las autorizaciones y permisos se encuentran en la categoría de los actos administrativos, en la prestación de los servicios públicos juegan un papel protagónico, puesto que para su efectiva ejecución, la administración pública utiliza estas formas administrativas, que a su vez están situadas dentro de una de las facultades de control de policía estatal.

En nuestra legislación no se cuenta con una definición legal precisa de las autorizaciones y permisos, sin embargo son muchos los casos en que las diferentes leyes en su mayoría orgánicas (reguladoras de derechos) tal como se indicó al inicio de este trabajo, han previsto estas figuras para efectivizar las distintas actividades

⁸³ Morales, “Manual de Derecho Administrativo”, 120, 122, 124 y 126.

⁸⁴ Borja y Borja, “Teoría General del Derecho Administrativo”, 139 - 140.

⁸⁵ Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva del Ecuador, Decreto Ejecutivo No. 2428, Registro Oficial No. 536, 18 de marzo de 2002, varias veces reformado, última reforma abril 2015, artículo 65, en adelante ERJAFE.

prestacionales; por lo expuesto para su clarificación es imprescindible acudir a la doctrina administrativa, aclarando además que de la investigación realizada muchos autores unifican la definición de estas dos figuras en una sola, quedando por comprobarse si para efectos prácticos son lo mismo. En este sentido, incursionemos a continuación en tales criterios doctrinarios:

[...] Se debe partir, por ser más garantista, de la existencia de un derecho o libertad del solicitante de la autorización y considerar ésta como un acto de control reglado que determina si se cumplen las exigencias legales o reglamentarias previstas en la norma (en la licencia de construcción, por ejemplo, la adecuación del proyecto a los planes de urbanismo; en el permiso de conducir, que se reúnan los conocimientos y aptitudes suficientes para ello, en la licencia de armas que el solicitante está en situación de riesgo objetivo, etc.). Por ello, en la mayor parte de los casos la cuestión de su otorgamiento o denegación se resuelve en un problema de valoración fáctica, que se traduce en la instancia judicial en un control de los hechos determinantes del ejercicio de la potestad autorizatoria. Pero estando los hechos claros en uno u otro sentido, parece que *no debe reconocerse ningún margen de discrecionalidad en el otorgamiento o denegación de la autorización* [...].⁸⁶

Roberto Dromi, por su parte incluye a las autorizaciones y permisos dentro de las formas jurídicas de las limitaciones de los derechos de los administrados y los ubica dentro de la actividad policial como parte de la función administrativa en cuanto aplicación, y de la función legislativa, en cuanto a regulación e imposición de límites⁸⁷ y puntualmente nos da la siguiente definición, colocando diferencias a mi criterio más o menos marcadas entre una y otra:

Son dos actos de la administración policial de contenido preventivo. La autorización comporta una atribución y el permiso una exención.

En la *autorización* existe el reconocimiento de un derecho preexistente, pero que no puede ejercerse sin previa conformidad de la Administración. La autorización no amplía el campo de los derechos del individuo: permite que éste los pueda ejercer al reconocerle el cumplimiento de las condiciones preventivas impuestas por el poder de policía, en razón del interés o de la necesidad colectiva. Aquellas aparecen como una limitación al libre ejercicio del derecho de los individuos (la obtención de títulos universitarios, la construcción de inmuebles, las actividades culturales o las autorizaciones que se otorgan sobre el dominio público del Estado).⁸⁸

En cuanto al *permiso*, éste no tiene un fin inverso al que se persigue con la concesión y la autorización, pues tiende a satisfacer el interés de un particular sin relación con el de la colectividad o el público. Se diferencia también por la forma. En el permiso el particular se beneficia con la ventaja que le produce un bien común, pues se tolera algo que quiebra la igualdad de trato con los demás miembros de la comunidad.

⁸⁶Parada, "Derecho Administrativo I Parte General", 371.

⁸⁷Dromi, "Derecho Administrativo", 12va edición, 891.

⁸⁸Ibíd, 895

Se puede citar como ejemplos estacionar un vehículo en la vía pública, amarrar un bote en un río navegable, portar armas, importar, exportar, etcétera. Es una tolerancia precaria concedida discrecionalmente que no crea ningún derecho subjetivo a favor del sujeto [...].⁸⁹

En todo caso parecería ser que el fin que se pretende tanto con la autorización como con el permiso son similares, pero la diferencia fundamental radica, como dijimos anteriormente, en la preexistencia de un derecho innato del ciudadano pero con unas limitaciones; y, de la lectura reflexiva a la obra del Dr. Marco Morales Tobar “Manual de Derecho Procesal Administrativo”, jurisconsulto ecuatoriano, se colige de igual forma, que no se hace mayor distinción entre el permiso y la autorización. Seguidamente, tomando como referencia al tratadista argentino Dromi en su parte pertinente, tenemos la siguiente definición:

[...] La autorización constituye una limitación al libre ejercicio de los derechos individuales, restricción justificable en razón de la salvaguarda del orden social. De manera que el ejercicio de tales derechos se condiciona a la expedición de una autorización administrativa. Se debe tener presente que, las autorizaciones son los típicos actos administrativos de policía, en este tipo de actos el ciudadano tiene el derecho, pero no puede ejercerlo sino hasta que los óbices para su ejercicio desaparezcan, con lo cual el derecho del ciudadano se vuelve eficaz.⁹⁰

Por otra parte al ser las autorizaciones y permisos naturalmente considerados como actos administrativos, es necesario resaltar que para su plena validez, éstos deberán ser debidamente notificados al administrado y mientras no lo sean no tendrán eficacia jurídica, por lo tanto aquello se convierte un elemento sine qua non aplicable para las autorizaciones o permisos.⁹¹

Finalmente, en cuanto a los requisitos y condiciones que deban cumplirse para su producción y ejecutividad, considero que se debe estar a lo que la norma/reglamento o ley específica que regule la materia de que se trate haya establecido.⁹²

⁸⁹ *Ibíd*, 896.

⁹⁰ Morales, “Manual de Derecho Procesal Administrativo”, 381.

⁹¹ ERJAFE, artículo 66.

⁹² En la legislación ecuatoriana se encuentran un sinnúmero de casos en los que se aplican estas figuras administrativas, tales como Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, que contempla el permiso de operación como requisito indispensable para la prestación de servicios de transporte comercial; Ley Orgánica de Recursos Hídricos y Aprovechamiento del Agua en la que se presupone la existencia de una autorización de uso para la prestación de los servicios públicos básicos de agua potable y saneamiento ambiental; la Ley Orgánica de Telecomunicaciones que establece las autorizaciones para el uso y explotación del espectro radioléctrico, por las empresas públicas e instituciones del Estado; y para las personas naturales y jurídicas de derecho privado establece que dicha autorización se instrumentará a través de un permiso, etc.

1.2.2 La prestación por concesión y la delegación estatal.

Otro mecanismo utilizado para la prestación de servicios públicos es sin lugar a duda la concesión o contrato de concesión, al respecto como dato introductorio, hay quienes consideran a esta forma jurídica administrativa como un acto administrativo, por los efectos jurídicos directos y creación de derechos hacia los administrados, así como por las prerrogativas de las que goza la administración pública, puesto que en vista del interés general que protege, se encuentra en una situación privilegiada frente al particular; por otro lado, hay otras corrientes que la consideran predominantemente como un contrato público administrativo, cuya ejecución responde en estricto sentido a los acuerdos y estipulaciones contractuales previamente establecidos conforme a lo que la normativa ha instituido para este tipo de instrumentos, encontrándose clasificados como *contratos públicos*.

Al igual que en el caso del permiso y la autorización encontramos un vacío legal en cuanto a su definición en el ordenamiento jurídico, sin embargo una referencia que se ajusta muy bien a lo que en la práctica viene a ser la concesión la encontramos en la Ley de Modernización del Estado Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, la que contempla la figura de los contratos de delegación:[...] “contendrán las cláusulas necesarias para asegurar que los servicios públicos a prestarse atiendan los intereses de los usuarios y la preservación del ambiente”[...]”⁹³, consecuentemente su Reglamento de Aplicación establece que [...] “toda persona natural o jurídica podrá ejercer libremente el derecho a realizar actividades económicas o prestar servicios, tanto al público en general como a operadores económicos en particular que, en virtud de una ley, decreto, reglamento u otra norma jurídica, han venido siendo ejercidas o prestados sola o exclusivamente por entidades, organismos o instituciones del sector público, directamente o a través de asociaciones, empresas y otras formas” [...].⁹⁴

Del mismo modo la referida Ley de Modernización define las modalidades para aplicar los procesos de delegación que en ésta se prevén, de entre los que se encuentra

⁹³Ley de Modernización del Estado, artículo 47.

⁹⁴Reglamento a Ley de Modernización del Estado, artículo 40.

taxativamente detallados: “la concesión de uso, de servicio público o de obra pública, licencia, permiso u otras figuras jurídicas reconocidas por el derecho administrativo”.⁹⁵

Cómo dejé sentado anteriormente, los contenidos de la referida Ley de Modernización del Estado, en un buen número de sus parajes se contradice con la visión estatista de la Constitución de la República, pese a ello, es indiscutible su vigencia y por lo tanto su aplicación aunque parcialmente ya que esa aplicación debe guardar estricta concordancia con la Carta Magna.

Si bien es cierto, actualmente la mentada Ley no se refiere puntualmente a la concesión lo hace en cuanto a los contratos que se pueden suscribir con el sector privado para entre otras cosas, la prestación de los servicios públicos, lo que a mi criterio se encuadra en la figura jurídica estudiada.

La doctrina por su parte nos da, como en muchos de los casos del derecho administrativo, su aporte y nos ayuda a entender a mayor profundidad esta figura, de tal forma que tratadistas como Dromi y Balbín han considerado a la concesión como un tipo de contrato administrativo y para el caso que nos ocupa específicamente define a la concesión de servicio público, el primero diferenciándola del contrato de concesión de obra pública que se ciñe a reglas que difieren en su fondo y muy didácticamente nos enseña:

La concesión de servicio público es el contrato por el cual el Estado encomienda a una persona, física o jurídica, privada o pública no estatal, la prestación de un servicio público bajo determinadas condiciones objetivas, subjetivas y temporales. Esta persona “concesionario”, actúa por su propia cuenta y riesgo. La labor se retribuye con el precio o tarifa pagado en los usuarios o con subvenciones y garantías otorgadas por el Estado, o con ambos medios a la vez.

La concesión implica en favor del concesionario una delegación de las respectivas facultades por parte de la Administración Pública, a la que sustituye o reemplaza en la prestación, pero que conserva las facultades de regulación y control. La delegación convencional de atribuciones no significa un traspaso definitivo de las mismas.⁹⁶

La concesión es, entonces, el contrato que tiene por objeto transferir la gestión del servicio público en manos de los particulares. El núcleo del acuerdo es que el concesionario asume la obligación de prestar el servicio en determinadas condiciones [...] y al mismo tiempo adquiere, entre otros, el derecho de cobrar el precio por este servicio. Este contrato suscrito entre las partes, es decir, el Estado y el concesionario,

⁹⁵Ley de Modernización del Estado, artículo 43.

⁹⁶Dromi, “Derecho Administrativo”, 12va edición, 605 - 606.

está integrado por varios documentos, entre ellos, el pliego de condiciones y el contrato propiamente dicho.⁹⁷

De esta manera, se colige que la concesión no solo que es un contrato público sino que además es una forma de delegación estatal hacia los privados, en los que el primero conserva sus potestades sobre el servicio público a ser prestado; así también esta figura contractual se caracteriza por la generación de derechos en favor del concesionario, lo que la hace esencialmente diferente a la autorización y el permiso, pues en ellas el derecho ya existe y el Estado levanta barreras administrativas para su ejercicio y en la concesión se crea el derecho, en tal sentido, son varios los derechos que le corresponden al concesionario y que deberán constar explícitamente en el contrato de concesión, como por ejemplo, según nos ilustra Ramón Parada:

El principal derecho del concesionario es obtener las contraprestaciones económicas previstas en el contrato, que será distinta según el tipo de modalidad del contrato de gestión que se adopte, limitándose por ello la Ley a prescribir que éstas consistirán en una retribución fijada en función de la utilización del servicio que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración, contraprestaciones que serán revisadas en los términos previstos en el contrato.⁹⁸

En cuanto a estas tarifas o tasas como elemento fundamental del contrato de concesión, el concesionario podrá percibir dichos estipendios y a su vez invertir con la finalidad de generar las condiciones técnicas necesarias para la óptima prestación del servicio delegado a favor de la colectividad, y por ende las responsabilidades que acarrea la prestación deficiente del servicio o su suspensión e interrupción, todo lo cual deberá estar debidamente regulado en el contrato respectivo, siendo además al Estado a quien corresponde la fijación de esas tarifas o estipendios o sus reducciones en coherencia con su potestad reguladora, así:

La doctrina y la legislación comparada del Derecho Administrativo concuerdan en la potestad del Estado en la fijación de las tarifas que se cargan por servicio público. Esta potestad determina que el Estado, por causas de utilidad pública, pueda fijar tarifas por debajo del costo de las prestaciones, incluso si el servicio esta concesionado a particulares. *En este último caso, el Estado puede acordar con el contratista el pago otorgamiento de una subvención para cubrir los costos y razonable utilidad del concesionario.*⁹⁹

⁹⁷Carlos F. Balbín, “Curso de Derecho Administrativo Tomo I”, (La Ley S.A.E, Buenos Aires Argentina, 2007), 997.

⁹⁸Parada, “Derecho Administrativo I Parte General”, décimo octava edición, 344.

⁹⁹Pérez, “Análisis y Actualidad del Derecho Administrativo, I Congreso Internacional de Derecho Administrativo”, 86 y 87. El énfasis me corresponde.

Ahora bien, al analizar más detalladamente la aplicación de esta figura de la concesión en el Ecuador, a la luz del entendimiento jurídico, se desprende un inconveniente, en tanto y cuanto el artículo 316 de la Constitución de la República ha dispuesto en un primer momento que el Estado puede delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales éste tenga la mayoría accionaria, entendiéndose que el actor estatal que interviene en la constitución de estas empresas mixtas no es otra que la empresa pública, puesto que en una interpretación integral de la carta fundamental, su artículo 315, también dispone la constitución de aquellas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, etc; y al remitirnos al cuerpo normativo que los regula, esto es la Ley Orgánica de Empresas Públicas¹⁰⁰, no se encuentra de forma específica la figura de la concesión, sino más bien la aplicación irrestricta de las normas previstas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública para las contrataciones de obras, bienes o servicios necesarios para el cumplimiento de sus objetivos, además de las figuras asociativas (empresas mixtas) para el cumplimiento de sus fines, de esta manera, la concesión se torna en un primer escenario inaplicable para las empresas públicas que son las llamadas a prestar el servicio de forma directa, debido a que para su concreción deberán aplicar las disposiciones relativas a la contratación pública, lo mismo debería ocurrir para las figuras de asociación mixta contempladas en la misma Ley; no ocurre lo mismo en los casos excepcionales de delegación estatal contemplados en el inciso segundo del artículo 316, en donde naturalmente la figura concesional tendría un papel protagónico como medio de efectivización de la norma constitucional.

Es decir, para los casos de prestación de servicios públicos en los sectores estratégicos, el primer llamado a brindar estas prestaciones es el Estado y por excepción los privados, siendo para este último caso factible la utilización de la forma jurídica de delegación mediante la concesión.

¹⁰⁰ LOEP, artículo 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”. Así mismo, el numeral 2 del artículo 34 ibídem, en cuanto al régimen común de contrataciones, establece: “Las contrataciones de bienes, obras y servicios, incluidos los de consultoría, que realicen las empresas públicas, se sujetarán a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General y demás disposiciones administrativas aplicables”.

Sejustifica por lo tanto, la necesidad de precisar de mejor manera el marco jurídico que las regula, a fin de que en honor al principio y derecho de seguridad jurídica, se pueda aplicar la norma específica relativa a cada forma de prestación de los servicios públicos.

Por último, y siendo pertinente aclarar que lo siguiente no se enmarca dentro de la teoría jurídica de la concesión, pero al no justificarse su abordaje en un acápite especial y al considerarse parte de la teoría de delegación estatal, he considerado importante su mención, creyendo conveniente señalarlo en esta fase final del presente capítulo, se trata de una variación que se reporta en menor proporción en el quehacer cotidiano de la gestión pública en cuanto a la prestación de algunos servicios públicos, los que basados en mecanismos de cooperación permiten la intervención privada, puntualmente del sector social de base o en el conocido comúnmente tercer sector, cuyo fundamento jurídico en la actualidad es el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas que delega al Presidente de la República la facultad para excepcionar los casos de entrega de recursos públicos a los particulares y sobre lo cual el ejecutivo ha condicionado estos casos al cumplimiento de una serie de requisitos, el más importante de ellos la proposición y ejecución de un proyecto específico que contribuya y beneficie a la colectividad; siendo así, bien podría esta figura jurídica basada en la cooperación público-privada ser aplicada para la prestación de ciertos servicios públicos, como por ejemplo, los de desarrollo infantil para la primera infancia cuya regulación corresponde a los Ministerios de Educación e Inclusión Económica y Social, en los que hay una fuerte intervención de estos segmentos de la sociedad, por lo que se puede afirmar que se trata de una forma jurídica administrativa *mixta* también para la prestación de servicios públicos.

Las formas de prestación que han sido abordadas en este punto son trascendentales para el análisis de la Economía Popular y Solidaria en la gestión de los servicios públicos conforme la normativa constitucional ecuatoriana, de lo cual me ocuparé en los siguientes capítulos.

CAPÍTULO II

Reconocimiento de la Economía Popular y Solidaria

2.1. La Economía Popular y Solidaria en la legislación ecuatoriana

2.1.1 Notas Introductorias:

Es importante remitirnos brevemente a los antecedentes históricos del nacimiento del cooperativismo en el Ecuador, puesto que éste es el prefacio de la Economía Popular y Solidaria que será abordada en este capítulo; siendo así, cuentan los registros:

La primera cooperativa ecuatoriana se constituyó en el año de 1919 en la ciudad de Guayaquil, bajo la denominación de Sociedad de Artesanos Amantes del Progreso, viniendo luego la conformación de algunas más, pero como nota importante, en el año de 1822, el General Bartolomé Salom, entonces Intendente de Guayaquil designado por Simón Bolívar, promovió la constitución de una cooperativa de negros esclavos, quienes ahorran para comprar la libertad de los integrantes de la cooperativa [...].¹⁰¹

Luego tenemos el desarrollo de la Reforma Agraria y con ello la necesidad del fortalecimiento del cooperativismo o sistema cooperativo, vale decir que con una fuerte línea política socialista que marcaba una ruta más o menos clara a seguir en la época, sin dejar de mencionar el apoyo de la Iglesia Católica que aportó en la credibilidad social del sistema, respondiendo a la visión del Concilio Vaticano II y a la participación de varios sacerdotes partidarios de la doctrina religiosa de la Teología de la Liberación, tales como, los obispos Leonidas Proaño y Cándido Rada, quienes impulsaron la formación de cooperativas y organizaciones sociales, cuyo objetivo primordial era redimir la pobreza en las comunidades urbano marginales e indígenas; y, como una importante experiencia a resaltar la creación del denominado Banco de Cooperativas, entre otras instituciones de carácter nacional, así como la cooperación internacional para apadrinar el desarrollo del cooperativismo.¹⁰²

¹⁰¹Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, “Estudios sobre Economía Popular y Solidaria”, (Coordinación de Edición: Intendencia de Estadísticas, Estudios y Normas de la EPS, Edición: José Luis Coraggio, Ruth Muñoz, Carlos Naranjo, Hugo Jácome, María José Ruíz, José Ramón Páez), (octubre de 2013), 202, en adelante Estudios sobre Economía Popular y Solidaria.

¹⁰² Ibíd, 203-204.

Es decir que la Economía Popular y Solidaria no es en esencia una figura de reciente data en el Ecuador, su existencia, aunque inconclusa y con unos propósitos determinados se remonta a dichos sucesos históricos; en cuanto a su establecimiento legal, en la década de los años treinta, puntualmente en el año de 1937, mediante Decreto Supremo No.16, el Presidente de la República, General Alberto Enriquez Gallo¹⁰³, expide la primera Ley de Cooperativas en el país; y, posteriormente en la década de los años sesenta (1966), vista la necesidad de su actualización y del establecimiento de preceptos normativos acordes a los cambios sociales, se pone en vigencia una nueva Ley de Cooperativas¹⁰⁴ (actualmente derogada), siendo relevante resaltar que estas leyes tuvieron en su momento una acción limitada al ámbito del desarrollo de un solo sector de la economía y de la organización social “el cooperativismo”, así: “El cooperativismo, a lo largo de su historia ha sido reconocido como una doctrina política, económica y social, porque se fundamenta en la libre asociación y en los valores de autoayuda en beneficio común”¹⁰⁵, consecuentemente, la antigua Ley de Cooperativas, en su artículo primero, estableció: “Son cooperativas las sociedades de derecho privado, formadas por personas naturales o jurídicas que, sin perseguir finalidades de lucro, tienen por objeto planificar y realizar actividades o trabajos de beneficio social o colectivo, a través de una empresa manejada en común y formada con la aportación económica, intelectual y moral de sus miembros”.¹⁰⁶

Por consiguiente, es claro que el objetivo principal del cooperativismo, radicó en aunar esfuerzos entre un grupo determinado de personas que compartían intereses comunes para intentar mejorar la calidad de vida de los cooperados y contribuir con el desarrollo social frente a un sistema económico en vías de desarrollo cuya connotación primordial era el no ánimo de lucro, y lograr mejores niveles de vida para aquellos que en su gran mayoría carecían de los medios necesarios para su adecuada subsistencia personal y familiar, con apoyo y regulación del Estado, el cual se fue evidenciando en la

¹⁰³ Ley de Cooperativas, Decreto Supremo No. 16, Registro Oficial No. 31, 1 de diciembre de 1937, actualmente derogada.

¹⁰⁴ Ley de Cooperativas, Decreto Supremo No. 1031, Registro Oficial No. 123, 20 de septiembre de 1966, varias veces reformada, actualmente derogada.

¹⁰⁵ Jacqueline Palma García, “La Ley de Cooperativas y su Reglamento General, como Medios Alternativos en el Ejercicio Profesional”, Revista del Colegio de Abogados de Manabí, (2 de abril de 2008), <http://abogadosmanabi.blogspot.com/2008/04/la-ley-de-cooperativas-y-su-reglamento.html>.

¹⁰⁶ Ley de Cooperativas, Decreto Supremo No. 1031, artículo 1.

implementación de escasas políticas públicas y un escueto régimen legal que respondía elementalmente a dicho momento histórico-político.

Concomitantemente, para llegar a la ubicación actual del sector en la legislación ecuatoriana, es necesario su abordaje jurídico remontándonos a la Constitución Política del Ecuador del año 1998, a fin de lograr su confrontación con las diferencias y semejanzas que se experimenta hoy por hoy en esta temática, y como un aspecto fundamental introductorio, hay que destacar de manera general, que actualmente evidenciamos un modelo económico constitucionalmente reconocido que prevé un sistema social y solidario, en contraste con el sistema de mercado previsto en la carta política derogada y que en todo su contexto parece ser que correspondía a un sistema político y económico de corte neoliberal, pero que si leemos y sobre todo analizamos integralmente toda la normativa constitucional relacionada, podríamos concluir en que si bien se encuentran estas diferencias, también hay coincidencias expresadas de modo distinto, pues en el marco del modelo social y solidario no se ha dejado de lado al modelo de mercado, como se lo indicó en los acápites del capítulo anterior relativos a la provisión y prestación de servicios públicos y a la excepcionalidad en su prestación; en todo caso los que si se encuentran bien marcados, son los criterios y conceptos que denotan la búsqueda de equidad social como pilar fundamental en el sistema económico.

En ese sentido, la Carta Magna en referencia, concebía al Ecuador como un “Estado Social de Derecho”, y en lo que respecta particularmente al sistema económico estableció en sus artículos 242, 245 y 246, respectivamente, lo siguiente:

La organización y el funcionamiento de la economía responderán a los principios de eficiencia, solidaridad y calidad, a fin de asegurar a los habitantes una existencia digna e iguales derechos y oportunidades para acceder al trabajo, a los bienes y servicios; y a la propiedad de los medios de producción.

La economía ecuatoriana se organizará y desenvolverá con la coexistencia y concurrencia de los sectores público y privado. Las empresas económicas, en cuanto a sus formas de propiedad y gestión podrán ser privadas, públicas, mixtas y comunitarias o de autogestión. El Estado las reconocerá, garantizará y regulará.

El Estado promoverá el desarrollo de empresas comunitarias o de autogestión, como cooperativas, talleres artesanales, juntas administradoras de agua potable y otras

similares, cuya propiedad y gestión pertenezcan a la comunidad o a las personas que trabajan permanentemente en ellas, usan sus servicios o consumen sus productos.¹⁰⁷

De la lectura de estas disposiciones constitucionales se deduce que fueron plasmados los postulados que sustentaban y permitirían continuar con el ejercicio de las actividades del sector con las garantías de la solidaridad, el reconocimiento de la propiedad privada-comunitaria, así como, la propiedad de los medios de producción, todo esto respondía a la concepción de un Estado social de derecho, estableciendo además una visión en un determinado momento político del país; a mi criterio, dicha carta política no tuvo los efectos jurídicos suficientes para el completo desarrollo del sector, puesto que la Ley de Cooperativas que tuvo principalmente un carácter adjetivo, se centró mayoritariamente en los procedimientos de la organización interna de las cooperativas, y continuó vigente y escasamente reformada hasta el 2011, año en el que se expide la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria.

En cuanto a la óptica de una economía que respondía a los principios de eficiencia, solidaridad y calidad, no se expidieron normas que legislen todo el conjunto de campos y actores que conforman la economía bajo esos principios, concretamente el de “la solidaridad”; por ejemplo, hizo falta una normativa que englobe al fomento para el desarrollo de empresas comunitarias o de autogestión.

De otro lado, no se evidencia en la referida Carta Magna de 1998, mayor referencia a los sistemas de participación ciudadana distintos a la participación política o democracia participativa, que de haber ocurrido, pudo haber contribuido al mejor posicionamiento del sector.

En lo que tiene que ver particularmente con el contenido de la derogada Ley de Cooperativas, para fines de mayor discernimiento e ilustración en este trabajo, es de resaltar algunas disposiciones de suma importancia para la aplicación del sistema cooperativo en ese momento, tales como:

Artículo 2.- Los derechos, obligaciones y actividades de las cooperativas y de sus socios se registrarán por las formas establecidas en esta Ley, en el Reglamento General, en los reglamentos especiales y *en los estatutos, y por los principios universales del cooperativismo.*¹⁰⁸

¹⁰⁷ Constitución Política del Ecuador de 1998.

¹⁰⁸ El énfasis me pertenece.

Artículo 3.- Las cooperativas no concederán privilegios a ninguno de sus socios en particular, ni podrán hacer participar de los beneficios, que les otorga esta Ley, a quienes no sean socios de ellas, salvo el caso de las cooperativas de producción, de consumo o de servicios que, de acuerdo con lo establecido en esta Ley o el Reglamento General, estén autorizadas para operar con el público.

También se encontraban los temas propios de regulación y rectoría estatal a cargo de la función ejecutiva a través del en ese entonces Ministerio de Previsión Social y Trabajo, que finalmente por los cambios orgánicos adoptados, estuvo a cargo del Ministerio de Inclusión Económica y Social¹⁰⁹; los requisitos y forma de constitución; el sistema de régimen orgánico interno y disciplinario, dicho sea de paso que no se reportan mayores diferencias en cuanto a su tratamiento en la legislación vigente; los mecanismos de control interno y control por parte del Estado; su régimen económico, destacando al capital social de las cooperativas como: variable, limitado e indivisible, que se conforma fundamentalmente por los aportes de los asociados y en menor proporción por las subvenciones, legados y donaciones que reciba con beneficio de inventario u otras formas de adquisición de su patrimonio, siendo éste transferible de forma proporcional conforme sus reglas estatutarias únicamente entre los socios.

Como un aspecto fundamental, se encontraban las tipologías o formas jurídicas de las cooperativas que marcaban sus fines, objetivos, réditos y beneficios para los cooperados, así como su capacidad de operación y posicionamiento en el sistema económico estatal, consistiendo en: cooperativas agrícolas y sus derivaciones, sujetas además a las disposiciones de la Ley de Reforma Agraria y Colonización; las cooperativas del grupo de crédito conocidas como “cooperativas de ahorro y crédito”; las del grupo de consumo, incluyendo a las de vivienda. Todas estas operaban conforme lo determinado en el Reglamento General a la Ley de Cooperativas, las regulaciones estatales específicas y su normativa interna.

2.1.2 Finalidad, naturaleza jurídica, y actores.

En este acápite es importante avanzar hacia la conceptualización integral de la economía popular y solidaria, consecuentemente se podrá reconocer también su finalidad, es pertinente entonces citar a dos conocedores de la materia, José Luis

¹⁰⁹ Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos del Ministerio de Inclusión Económica y Social.

Coraggio y Elisa Lanas, quienes nos aportan con unas definiciones de carácter general y específica para el caso ecuatoriano, respectivamente:

El conjunto de recursos y actividades de producción, distribución, circulación, financiamiento y consumo realizados por trabajadores, sus familias y comunidades, mediante formas asociativas autogestionarias regidas por prácticas democráticas, mediante redes de intercambio y cooperación informales regidas por la costumbre (como la Minga) o de acuerdo a formas jurídicas establecidas por ley basada en regímenes especiales de propiedad familiar, comunitaria, asociativa o cooperativa para la realización de esas actividades y la reinversión social del excedente, organizando recursos y capacidades humanas con el objetivo de reproducir la vida propia y/o de los demás miembros de la comunidad con dignidad y en las mejores condiciones posibles a través de la producción para el autoconsumo colectivo o la obtención de ingresos.¹¹⁰

La Economía Solidaria es entendida entonces, tanto por el Estado ecuatoriano como por la doctrina que ha brindado la fundamentación teórica del proyecto gubernamental, como el conjunto de actividades destinadas a la producción de bienes y servicios, para cubrir las propias necesidades y al intercambio, que representan una visión alternativa al capitalismo, en la medida en que se valora el trabajo por sobre el capital, basada en unos valores y principios determinados.¹¹¹

Los autores citados nos ubican en unos conceptos vanguardistas, puesto que con la combinación de todos los elementos que se consideran, tales como las actividades de encadenamiento productivo (producción, distribución, circulación, financiamiento, consumo), emprendidos por la comunidad desde sus distintas formas de manifestación de la sociedad, se busca lograr el objetivo de mejorar la calidad de vida de los involucrados, extendiéndose según mi criterio este objetivo a dinamizar la economía del Estado.

La Constitución de la República vigente desde el año 2008 marca un hito y un importantepunto de partida en el establecimiento del sector como una forma de participación ciudadana (por ser este principio constitucional un eje fundamental de la economía popular y solidaria), que permite no sólo concebirlo jurídicamente como un sistema cooperativo o como se lo denominaba comúnmente “cooperativismo”, sino que plantea la implementación de algunas peculiaridades que lo diferencian y dan lugar a la “economía popular y solidaria”, de tal modo que aunque falte aún camino por recorrer

¹¹⁰José Luis Coraggio, “Notas de Aclaración Conceptual Economía Popular y Solidaria”, (19 de mayo de 2009), en: www.economiasolidaria.info/.../economia-social-solidaria-popular.html, 11.

¹¹¹ Dra. Elisa Lanas, Docente del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador, “Políticas Públicas sobre Economía Solidaria en el Ecuador”, (Paper Universitario, Quito 2014), 8.

para el funcionamiento adecuado del sistema en la práctica, se podría decir que constitucionalmente se cuenta con un logro importante.

Esta Constitución define al Ecuador como un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, siendo la *frase justicia social* además de extensa, determinante para la implementación de las políticas públicas e instauración del ordenamiento jurídico secundario en el país; en este escenario no es ajena la visión económica y de mercado estatal, en vista de su incidencia directa para concretar esa *justicia social*, que no es otra cosa que la generación de condiciones equitativas para que todos los sectores de la sociedad tengan la capacidad y las garantías necesarias para su inserción de manera activa en la economía.

A partir de esta definición, como lo dejé expresado en el apartado precedente, se puede apreciar una connotación diferente en contraste con el anterior régimen constitucional, debido a que para lograr la antedicha inserción en la economía se requiere la implementación, además de los principios de participación ciudadana, de los tipos de propiedad y de la propiedad de los modos de producción, los que se ven fortalecidos en la norma fundamental, como se establece en su artículo 321: “El Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta, y que deberá cumplir su función social y humana”, en concordancia con el artículo 319 que dispone el reconocimiento de las diversas formas de organización de la producción en la economía, entre otras las comunitarias, cooperativas, empresariales, públicas o privadas, asociativas, familiares, domésticas, autónomas y mixtas.

Claramente nos encontramos frente a una visión de economía más desarrollada e inclusiva, tanto para acceder a la titularidad de la propiedad, entrando aquí el sector privado y para nuestro caso de estudio el sector asociativo, cooperativo, doméstico y comunitario, así como los modos de acceder a los medios de producción, lo que aparentemente democratiza la economía y amplía el escenario de participación de los distintos sectores, pudiendo incluso ampliarse estos modos en la legislación secundaria; sin duda lo aplaudible será cuando en el quehacer cotidiano se vean correctamente expresadas estas modalidades.

El autor ecuatoriano Pablo Egas Reyes nos ofrece el siguiente punto de vista:

En el caso de la propiedad asociativa y cooperativa, posiblemente el constituyente quiso reconocer formas asociativas de explotar ciertos medios de producción, especialmente en actividades agropecuarias, pesqueras y similares. La presencia de cooperativas no es tan importante como en otras épocas, en tanto desde el año 1998 se han reconocido de forma expresa en la norma constitucional los derechos colectivos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, no obstante lo cual todavía existen ciertas explotaciones que se realizan en base al concepto de cooperativismo. Estas formas de propiedad deben ser aclaradas y determinadas en leyes secundarias.¹¹²

Dicho de este modo y compartiendo el criterio del autor, al leer detenidamente estas dos disposiciones me surge una razonable duda, en el sentido de que estaríamos frente a la presencia de varios sectores que pueden acceder a la propiedad y a los medios de producción, pero al no contar con definiciones más completas sobre la naturaleza jurídica de aquellos y sus alcances, resulta difícil no sólo su cabal comprensión, sino también su adecuada utilidad; en este contexto, lo apropiado sería el desarrollo de la base normativa que defina y regule adecuadamente cada sector, en todo caso posteriormente en este estudio se tendrá la oportunidad de hacer referencia a estas particularidades y así reconocer si al momento se han cubierto las expectativas constitucionales.

Otras normas de trascendencia en el plano normativo constitucional las encontramos a partir del contenido del Título Sexto “Régimen de Desarrollo”, Capítulo Cuarto “Soberanía Económica”, Sección Primera “Sistema Económico y Política Económica” de la Carta Magna, en cuyo artículo 283, establece:

El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir.

El sistema económico se integrará por las formas de organización económica pública, privada, mixta, *popular y solidaria*, y las demás que la Constitución determine. *La economía popular y solidaria se regulará de acuerdo con la ley e incluirá a los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios.*¹¹³

Por su parte, el artículo 285 constante en la Sección Segunda, *ibídem*, establece:

¹¹² Pablo Egas Reyes, “La Propiedad en la Constitución del 2008”, La Nueva Constitución del Ecuador-Estado, Derechos e Instituciones, (Editores: Santiago Andrade, Agustín Grijalva, Claudia Storini), (Primera Edición, Corporación Editora Nacional – Universidad Andina Simón Bolívar, julio 2009),339.

¹¹³ Constitución del Ecuador, artículo 283. El énfasis me pertenece.

La política fiscal tendrá como objetivos específicos:

[...]3. La generación de incentivos para la inversión en los diferentes sectores de la economía y para la producción de bienes y servicios, socialmente deseables y ambientalmente aceptables.¹¹⁴

Por último, en la Sección Octava “Sistema Financiero”, encontramos varias normas que son decisorias en la nueva visión económica del Estado y la economía popular y solidaria:

[...] Artículo 309.- El sistema financiero nacional se compone de los sectores público, privado, y del popular, que intermedian recursos del público. Cada uno de estos sectores contará con normas y entidades de control específicas y diferenciadas, que se encargarán de preservar su seguridad, estabilidad, transparencia y solidez. Estas entidades serán autónomas [...].

Artículo 310.- El sector financiero público tendrá como finalidad la prestación sustentable, eficiente, accesible y equitativa de servicios financieros. El crédito que otorgue se orientará de manera preferente a incrementar la productividad y competitividad de los sectores productivos que permitan alcanzar los objetivos del Plan de Desarrollo y de los grupos menos favorecidos, a fin de impulsar su inclusión activa en la economía.

Artículo 311.- El sector financiero popular y solidario se compondrá de cooperativas de ahorro y crédito, entidades asociativas o solidarias, cajas y bancos comunales, cajas de ahorro. Las iniciativas de servicios del sector financiero popular y solidario, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas, recibirán un tratamiento diferenciado y preferencial del Estado, en la medida en que impulsen el desarrollo de la economía popular y solidaria.¹¹⁵

A partir de estas novedades constitucionales debe concebirse a la normativa vigente específica, para determinar la capacidad jurídica real de la participación activa del sector económico popular y solidario en la dinámica económica del Estado y además en una posible concreción y participación en los servicios públicos.

Pero estos planteamientos cobran fuerza con los contenidos del vigente Plan Nacional de Desarrollo 2013-2017, que se constituye en un instrumento que plantea la política pública en materia económica enmarcada en la planificación estatal, de tal forma que en su objetivo número ocho “Consolidar el sistema económico social y solidario de forma sostenible”, se derivan un buen número de lineamientos y objetivos específicos, de los cuales, los más trascendentales para el afianzamiento del sector, se resumen así: la priorización en la asignación de los recursos públicos; la generación de

¹¹⁴ Ibíd, artículo 285.

¹¹⁵ Constitución del Ecuador, artículos 309,310 y 311.

capacidades y oportunidades en sectores productivos generadores de valor fortaleciendo los encadenamientos productivos locales y la generación de trabajo; el fortalecimiento del marco normativo y de regulación, incluyendo al sistema financiero que permita la reorientación y el fortalecimiento del crédito hacia el desarrollo productivo; el impulso de la formación técnica y especializada hacia el sector en el marco de la transformación de la matriz productiva; el establecimiento de condiciones de comercio justo; un eficiente sistema de incentivos que incluya la simplificación de trámites en la generación de emprendimientos, etc.¹¹⁶

Al parecer entonces en la planificación para el desarrollo del Estado, se ha dado una connotación preponderante a la intervención del sistema popular y solidario en la consolidación de la economía, pero su éxito o fracaso dependerá principalmente de los avances en la consumación de la política pública por parte de cada uno de los actores y promotores estatales según sus competencias, en este caso me atrevería a decir que en este momento del proceso, éstos tienen gran parte de la responsabilidad, pero no toda, puesto que no cabe duda la convergencia de otros factores, como por ejemplo, el manejo de la política económica ordinaria por parte del Ejecutivo y las condiciones externas o ajenas a su voluntad, así como la toma de decisiones, este último, aunque resulta ser un aspecto de orden más subjetivo, indudablemente influye en dicho manejo; concluyendo en que de esas acciones y decisiones depende el desarrollo, progreso y futura estabilidad de la economía popular y solidaria.

En resumen, considero que la debida implementación de este nuevo concepto de economía popular y solidaria, no sólo que contribuye a garantizar mejores días para los intervinientes, sino que, también se espera que sus resultados redunden en lograr un mejor desarrollo económico del Estado en general, sustentable y sostenido por estos sectores que pueden generar nuevas fuentes de empleo al acceso de todos los ciudadanos y que encuentren puntos de convergencia y colaboración con los sectores económicos público, privado y mixto.

¹¹⁶Datos tomados del Plan Nacional de Desarrollo 2013-2017, Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo del Estado, <http://www.buenvivir.gob.ec/presentacion1>.

Para avanzar hacia el tratamiento del reconocimiento del sector en el sistema jurídico y en el aparato orgánico estatal, hay que evidenciar que con la presencia constitucionalizada de la *economía popular y solidaria*, y la relevancia que se le ha dado, se expidió la Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria del Sector Financiero Popular y Solidario¹¹⁷, se crea la Superintendencia de la Economía Popular y Solidaria, y el Instituto de Economía Popular y Solidaria, que otorga un nuevo marco regulatorio, de incentivo y de control, lo cual será abordado en los contenidos siguientes de este trabajo, lo que nos permitirá conocer más a profundidad los pormenores de su implementación desde la mirada estatal.

Seguidamente, para insertarnos en el conocimiento de la naturaleza jurídica y sus actores intervinientes y de cómo son abordados por la normativa jurídica, es necesario hacer una introducción, más de índole doctrinal, que nos permita conocer dos elementos que componen al sector de *la economía popular y solidaria*, que a saber son, *la economía popular* y *la economía social*, compartiendo estos dos elementos el concepto de *lasolidaridad* que lo recoge la norma constitucional conforme ya lo analizamos. Si bien comúnmente se tiende a creer que son concepciones sinónimas, y aunque comparten un buen número de similitudes, existe una serie de criterios que sustentan sus diferencias.

El tratadista José Luis Coraggio, ha realizado importantes aportes y estudios que abren la puerta del conocimiento hacia los nuevos postulados de la economía popular y solidaria en los modelos económicos de América Latina y lo ha hecho también en el modelo ecuatoriano, conozcamos algo sobre su aporte:

[...] Ese sector es más que los emprendimientos “informales”, sean rurales o urbanos, y que se distingue tanto por sus formas básicas de organización como por su lógica, contrapuesta (pero eventualmente funcionalizada) a la del capital. En su alcance más amplio, la EP es la economía de los trabajadores, sus familias y comunidades primarias [...] su lógica no es la de la acumulación sin límites sino la de obtención de medios para la reproducción de sus vidas en las mejores condiciones posibles. Esto se

¹¹⁷ Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria S/N, publicada en el Registro Oficial No. 444 del 10 de mayo del 2011, y sus modificaciones publicadas respectivamente en el Registro Oficial No. 843 del 3 de diciembre del 2012, y en el Registro Oficial No. 847 del 10 de diciembre del 2012, en adelante Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria.

diferencia en varios aspectos de la caracterización basada en la comparación con el sector “formal” orientada por el tipo ideal de las empresas capitalistas[...].¹¹⁸

Con estas definiciones nos situamos en el ámbito de la *economía popular* y percibimos que se encuentran compuestas por formas elementales de organización social, familiar, comunitaria e inclusive son considerados parte activa e importante de este segmento económico, constituidos por la gran mayoría de trabajadores asalariados de base (obreros) y trabajadores que se encuentran en un nivel medio de la cadena laboral distintos a los puestos de trabajo gerenciales, los que como también nos dice Coraggio: “son de quienes dependen de la continua efectivización de su trabajo y que en caso de incorporarse al segmento de desempleados sufrirían un fuerte deterioro de su calidad de vida, pues no pueden vivir de rentas o ganancias [...] incluyendo a buena parte de los sectores medios profesionales”¹¹⁹, los que personalmente considero, son dependientes de la fuerza dura de la cadena productiva, es decir de aquellos que ostentan el capital y por ende las tecnologías y capacidades empresariales.

Deduciendo además que su objetivo central consiste en desarrollar en favor de su propia subsistencia y bienestar, formas elementales de organización social, familiar, comunitaria y laboral, y que en el caso ecuatoriano están enmarcadas en las cooperativas con sus diversas tipologías, las corporaciones, asociaciones de base, en algunos casos los grupos federados de estas asociaciones, y la gran masa laboral antes mencionada. De tal modo que sin pretender adentrarnos en un análisis socio político que no es el objeto de este trabajo de investigación, para fines de situarnos en la situación jurídica actual del sector, no se puede dejar de comentar brevemente un hecho que queda claro, y es que la economía popular es base para la economía del estado, puesto que no existe un sistema económico que pueda operar sólo con el factor capital y empresarial; debiendo tomarse en cuenta además, las condiciones precarias y escaso apoyo gubernamental que se ha evidenciado históricamente en este sector, lo que ha colocado en ventaja a los grandes negocios; sin que se pueda negar entonces que en la

¹¹⁸ José Luis Coraggio, “El papel de la Economía Popular en la Estructura Económica”, Presentado en el Seminario Internacional “Rol de la Economía Popular y Solidaria y su Aporte en el Sistema Económico Social y Solidario”, (24-26 de julio del 2013, Quito, Ecuador), 8 y nota al pie 12; publicado en: La economía Popular y Solidaria. El Ser Humano Sobre el Capital (2007 – 2013), Instituto de Economía Popular y Solidaria, (Quito, 2014). El énfasis corresponde al autor.

¹¹⁹ *Ibíd.*

generación de la riqueza es indispensable la presencia y actividad de la economía popular.

En cuanto al elemento de la *economía social*, el mismo autor Coraggio nos deja el siguiente legado doctrinario:

[...]Definimos la Economía Social como *el sistema de prácticas, instituciones y principios de organización del proceso de producción, circulación, distribución y consumo dirigido a la obtención de la base material (productos o servicios) de satisfactores, distribuida de manera de lograr la plena realización de las necesidades de reproducción de la vida de todas y todos, la humana y la de la naturaleza*. La solidaridad está implícita en esta definición, pues sin ella no es posible lograr el objetivo propuesto [...] La racionalidad de la ESS no se basa en lograr el máximo crecimiento de la riqueza mercantil, sino en la capacidad del sistema económico de reproducir y desarrollar con dignidad la vida humana y natural, factores primigenios a su vez de toda la economía [...].¹²⁰

Se puede comprender entonces que la *economía social* es parte de la economía cuyo fundamento es la sociedad y la búsqueda del bien común, pero no únicamente de los que comparten o intervienen en los modos de organización de la economía popular, sino que busca tener repercusiones en la sociedad en general, he aquí la diferencia, a mi criterio, entre la economía popular y la economía social, porque mientras la primera se enfoca en los actores que la componen y dinamizan, la segunda tiene unas pretensiones u objetivos socialmente más amplios, concluyendo en que no pueden ni deberían existir por separado; siendo así tenemos a la naciente economía popular y solidaria, objeto de nuestro estudio.

Hemos visto ligeramente desde el punto de vista más teórico o doctrinal quienes serían los grupos sociales macro que conforman el sistema de la economía popular y solidaria, pero es imprescindible conocer lo que al respecto ha establecido la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, partiendo como base de estudio, por un lado, a los siguientes segmentos: cooperativista, asociativo, comunitario y unidades de economía popular¹²¹; y, por otro, al Estado y sus organismos competentes.

La referida ley en su artículo 1 define a la economía popular y solidaria así:

Para efectos de la presente Ley, se entiende por economía popular y solidaria a la forma de organización económica, donde sus integrantes, individual o

¹²⁰Coraggio, "El papel de la Economía Popular en la Estructura Económica", 14. El énfasis corresponde al autor.

¹²¹ Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, artículo 8.

colectivamente, organizan y desarrollan procesos de producción, intercambio, comercialización, financiamiento y consumo de bienes y servicios, para satisfacer necesidades y generar ingresos, basadas en relaciones de solidaridad, cooperación y reciprocidad, privilegiando al trabajo y al ser humano como sujeto y fin de su actividad, orientada al buen vivir, en armonía con la naturaleza, por sobre la apropiación, el lucro y la acumulación de capital.¹²²

A este respecto, como un asunto determinante para el funcionamiento del sector hay que indicar que estas formas organizativas gozan de personalidad jurídica de carácter privado y por lo tanto dicha personería necesariamente deberá ser obtenida en el organismo estatal correspondiente, lo que les permite el cumplimiento de sus objetivos y desarrollo de actividades con mayor seguridad y facilidad según su rol, pero también les acarrea mayores responsabilidades y obligaciones propias al asumir esa vida jurídica; vale indicar que este es un punto trascendental si tomamos en cuenta que existe un sin número de organizaciones sociales, que si bien se congregan para el cumplimiento de una finalidad específica, afianzando sus posturas en la sociedad que generalmente son aspectos positivos de ser escuchados, no han llegado a aparecer en la vida jurídica seguramente por lo engorroso que puede resultar su formalización en el marco del cumplimiento de unos requisitos legales impuestos por la normativa estatal, aquello sumado a su falta de capacitación administrativa, que como no es un secreto, ha sido una de sus características. Esta aseveración cobra vigencia al revisar la también reciente Ley Orgánica de Participación Ciudadana¹²³, que establece el reconocimiento de todas las formas de organización de la sociedad como expresión de la soberanía popular; y, en cuanto a su reconocimiento legal, deja la puerta abierta para que aquello ocurra con las organizaciones que *deseen tener personalidad jurídica*, lo dicho enmarcado bajo el respeto a los principios de libre asociación y autodeterminación que son concordantes con las disposiciones constitucionales respectivas.

Dicho de este modo, surge el cuestionamiento respecto de si las organizaciones de la economía popular y solidaria que deben obtener su vida jurídica conforme las disposiciones de la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, tienen las experticias o prácticas en su forma de organización y administración para asumir esos

¹²² *Ibíd*, artículo 1.

¹²³ Ley Orgánica de Participación Ciudadana del Ecuador, Registro Oficial Suplemento No, 175, 20 de abril del 2010, última reforma 11 de mayo de 2011, en adelante Ley Orgánica de Participación Ciudadana. El énfasis me pertenece.

retos que les impone la legislación actualmente, este criterio ha sido de cierto modo compartido y abordado en el siguiente sentido:

[...] Uno de los puntos críticos de las políticas públicas de apoyo al sector de la economía popular y solidaria está en la identificación de los actores que lo representan desde la perspectiva del Estado. Este punto es delicado, considerando que usualmente este sector está compuesto de una multitud de organizaciones con formas de funcionamiento, estructuras y procesos muy diferentes los unos de los otros. Esto entra en tensión con los requisitos burocráticos que tienden a seguir las instituciones públicas para la asignación de los beneficios de sus políticas públicas (fácil identificación, clasificación en categorías estáticas, etc.).¹²⁴

Así pues, la autora realiza una crítica a la constitución de las organizaciones de la economía popular y solidaria a partir de su reconocimiento por la legislación, en tal sentido, considero adecuado afianzar ese cuestionamiento, esto es, que si en realidad se tomaron en cuenta las condiciones particulares de la gran diversidad de actores sociales existentes en el Ecuador previo a su incorporación en el sistema, además del acompañamiento estatal que necesariamente debió y debe existir en este proceso, con la finalidad de que tenga sentido su reconocimiento como unas figuras sociales y jurídicas distintas a las organizacionestradicionales y a las empresariales que persiguen fines lucrativos.

Otro aspecto importante para la ubicación jurídica de estas organizaciones, radica en que en este sector de la organización social no entran las otras formas asociativas, gremiales o financieras que se encuentran reguladas primeramente por las disposiciones del Código Civil y por la normativa de competencia privativa de la función ejecutiva o del sistema financiero, respectivamente.¹²⁵

¹²⁴ Verónica Isabel Andino Maldonado, “De palabras con poder y acciones con libertad – Análisis de los posibles efectos del marco legal en el sector de la economía popular y solidaria en el Ecuador y propuestas para seguir actuando en libertad”, Políticas públicas territoriales para la Economía Social y Solidaria en Loja, (Editores: Luis Guridi, Maite Fernández Villa, Yolanda Jubeto, Inter Cooperación América Latina, Universidad del País Vasco, Agencia Vasca de Cooperación para el Desarrollo y Gobierno Vasco, 2015).

¹²⁵ El Código Civil ecuatoriano en su libro I, título XXX, define y regula a las personas jurídicas distintas a las sociedades comerciales que se rigen por el Código de Comercio, Ley de Compañías, etc; de tal forma que las divide en fundaciones de beneficencia pública y corporaciones. Por su parte mediante Decreto Ejecutivo No. 16, publicado en el Registro Oficial Suplemento No.19 el 20 de junio de 2013 cuyas últimas reformas datan del mes de julio del 2012 y septiembre del 2015, se expide el Reglamento para el Funcionamiento del Sistema Unificado de Información de las Organizaciones Sociales y Ciudadanas, mediante el que se establecen instancias, mecanismos, instrumentos, requisitos y procedimientos para el funcionamiento del Sistema.

Finalmente, también es pertinente reconocer que como punto de partida hay una demostración positiva de avance en la mirada que le ha dado el Estado a este sector, puesto que por primera vez ha sido ubicado en el mapa jurídico de la organización de la sociedad en la economía, y particularmente sus actores.

Revisemos entonces detalladamente cada uno de los tipos de organizaciones que se constituyen en actores del sistema económico popular y solidario según la legislación, cuyo orden de mención, según mi punto de vista, no tiene incidencia sobre la importancia de cada uno:

En primer lugar tenemos al *sector comunitario*, al que la ley lo define así:

Es el conjunto de organizaciones, vinculadas por relaciones de territorio, familiares, identidades étnicas, culturales, de género, de cuidado de la naturaleza, urbanas o rurales; o de comunas, comunidades, pueblos y nacionalidad que, mediante el trabajo conjunto, tienen por objeto la producción, comercialización, distribución y el consumo de bienes o servicios lícitos y socialmente necesarios, en forma solidaria y auto gestionada [...].¹²⁶

Además, se reconoce expresamente que la organización interna de las organizaciones comunitarias puede ajustarse a sus voluntades, según convenga a sus costumbres tradicionales, prácticas y necesidades, garantizando su modelo de desarrollo endógeno desde su propia conceptualización y visión. En consonancia, tenemos que la Constitución de la República¹²⁷ hace un extenso reconocimiento de derechos a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas en el Ecuador, uno de ellos pero no por eso más importante que los demás, consiste en mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social. Es así como la disposición legal en la parte organizativa interna de este sector de la economía popular y solidaria cobra total sentido.

Si bien, se denota la inclusión de este sector en la nueva normativa, lo cual es un acierto, del análisis de la misma e inclusive de los criterios revisados de entendidos en economía popular y solidaria no se encuentra que sus características, naturaleza jurídica, objetivos específicos, formas de operación y fomento estatal hayan sido concretados en la normativa, por lo que no se vislumbra un camino claro para su recorrido a partir de su

¹²⁶ Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, artículo 15.

¹²⁷ Constitución del Ecuador, artículo 57.

reconocimiento en la legislación, en tal sentido, es pertinente dejar sentado el siguiente criterio:

El crecimiento desenfadado y descontrolado del sector ha dado lugar a la existencia de focos de absoluta concentración de organizaciones de la economía popular y solidaria, así como de regiones con prácticamente inexistente su presencia de esta forma de organización económica [...] la existencia de un número tan grande de actores de este sector económico complejiza la cobertura de todos en materia de control, promoción y fomento [...] la diversidad y pluralidad de actores que conforman el sector, en buena parte, explicación de la riqueza socio-cultural-económica que ha resultado de muchas experiencias destacables de economía popular y solidaria en el país a lo largo de muchos años.¹²⁸

Probablemente, por las consideraciones y dificultades evidenciadas por el expositor, que además ostenta el cargo de Superintendente de Economía Popular y Solidaria en el país, es que aún no se cuenta con un desarrollo adecuado y ubicación de las organizaciones comunitarias en la legislación, que además, a decir de su criterio,¹²⁹ dicha heterogeneidad reflejada en su cosmovisión, formas de funcionamiento, y tamaño, ha dificultado el entendimiento de las especificidades de una amplia gama de formas económicas, lo que no permite que las políticas públicas cubran todas las demandas existentes.

Además, al revisar la Ley de Comunas¹³⁰, por ejemplo, cuya vigencia se remonta al año 2004, se observa que en su momento se hizo un intento por regular a los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas y otorgarles de cierto modo el reconocimiento de sus derechos ancestrales, para lo cual se podían constituir como personas jurídicas, encargándose el Estado central del otorgamiento de la personalidad jurídica, pero que luego de su revisión integral nos encontramos con la novedad de que esta Ley se dedica únicamente, por un lado, a describirlas; y, por otro a establecer los procedimientos internos organizativos para su funcionamiento; quedando de lado entonces los mecanismos para su integración en los sectores productivos del país, más aún si recordamos que este tipo de organizaciones revelan un rol protagónico en las

¹²⁸ Hugo Jácome Estrella, “Posibilidades y dificultades de establecer un sistema de regulación, control y promoción de la economía popular y solidaria en el Ecuador”, *La Economía Popular y Solidaria – El ser humano sobre el capital*, Tercer Seminario Internacional: Rol de la Economía Popular y Solidaria y su aporte en el Sistema Económico Social y Solidario, (Quito, 2013, Ministerio de Inclusión Económica y Social – Instituto de Economía Popular y Solidaria), 75.

¹²⁹ *Ibíd.*

¹³⁰ Ley de Organización y Régimen de Comunas, Registro Oficial Suplemento No. 315, 16 de abril de 2004.

actividades agrícolas, agropecuarias y en términos generales en la gestión de los recursos naturales.

Analizado este vacío en la legislación, resultaba esperanzadora la vigencia de la Ley de Economía Popular y Solidaria, porque además de su ubicación como parte de los sectores de la economía se debía regular estos aspectos de fomento y mecanismos de integración, sin embargo ni la Ley ni su Reglamento abordan con precisión estas temáticas; lo que si queda claro es que su conformación responde a unificarlas según su razón de ser y naturaleza.

Seguidamente me referiré a las *organizaciones asociativas*, parte del sector asociativo; y definidas en la misma ley de la siguiente manera:

Sistema Asociativo.- Es el conjunto de asociaciones constituidas por personas naturales con actividades económicas productivas similares o complementarias, con el objeto de producir, comercializar y consumir bienes y servicios lícitos y socialmente necesarios, auto abastecerse de materia prima, insumos, herramientas, tecnología, equipos y otros bienes, o comercializar su producción en forma solidaria y auto gestionada bajo los principios de la [...]referida Ley.¹³¹

Así definido este sector y sus organizaciones, considero a ciencia cierta que es aplicable en similar sentido, el comentario antes realizado en cuanto a las organizaciones comunitarias, puesto que no se notan las particularidades necesarias para su adecuada regulación y fomento, pero con la diferencia fundamental que radica en su propia naturaleza social, siendo en el caso de las primeras el componente de fondo sus relaciones territoriales, familiares, identidad étnica, de género, o que compartan sus mismas costumbres ancestrales, cultura o ser parte de un mismo pueblo o nacionalidad, resultan por tanto, las asociativas, aptas para aglutinar a personas naturales particulares que en términos generales forman parte de la sociedad y que comparten unas necesidades y buscan unos objetivos encaminados a la producción, comercialización, consumo de determinados bienes y servicios lícitos socialmente necesarios, así como para auto abastecerse de materia prima, insumos, herramientas tecnológicas y demás bienes, pudiendo también comercializarlos.

En cuanto a su forma de organización interna se prevé que cuenten con una forma de gobierno y administración según lo hagan constar en su estatuto social que

¹³¹ Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, artículo 18.

deberá contener un órgano de gobierno que ostentará la máxima autoridad de la organización, así como un órgano directivo, uno de control interno y un administrador que ejercerá la representación legal;¹³² enfatizándose en que estos modos de representación organizativa deben sustentarse en las decisiones de la mayoría de los asociados, determinando la ley que estas decisiones serán adoptadas en todos los casos por mayoría absoluta. Siendo además la rendición de cuentas un aspecto que no podrían dejar de lado en su accionar y que guarda coherencia con la transparencia en la gestión de la organización.

De este modo se puede decir que la Ley ha recogido similares conceptos y la mayoría de requisitos legales que rigen al resto del universo de las corporaciones u organizaciones sin fines de lucro, también organizaciones sociales pero con fines distintos a los de inclusión económica, que dicho sea de paso no han logrado históricamente posicionarse con la suficiente fuerza en el aparato social, por cuanto el Estado que ejerce su rectoría y regulación no ha sabido darle la importancia necesaria, lo que se comprueba con la escasa normativa que las regula.

En cuanto a las *organizaciones cooperativas*, se podría afirmar que no ocurre lo mismo que con las dos primeras, revisemos primeramente el tratamiento y definición que les ha dado la Ley, a las que incluye dentro del denominado sector cooperativo, y como dato importante, dicho cuerpo normativo dedica cincuenta y dos artículos para su tratamiento, escenario similar ocurre con el Reglamento de aplicación, revisemos esta definición:

Es el conjunto de cooperativas entendidas como sociedades de personas que se han unido en forma voluntaria para satisfacer sus necesidades económicas, sociales y culturales en común, mediante una empresa de propiedad conjunta y de gestión democrática, con personalidad jurídica de derecho privado e interés social.

Las cooperativas en su actividad y relaciones se sujetarán a los principios establecidos en esta Ley y a los valores y principios universales del cooperativismo y a las prácticas de Buen Gobierno Corporativo.¹³³

En un aporte realizado a un trabajo publicado por la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, Carlos Naranjo Mena, ha dado una definición que es pertinente citar:

¹³² Ibíd, artículo 19.

¹³³ Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, artículo 21

Analizado la Cooperativa, tanto en su definición doctrinaria como constitucional y legal, encontramos que tiene de la sociedad (la actividad empresarial económica) y de la asociación (el carácter no lucrativo y el fin social, pues opera con sus socios y no busca ganancia), en donde concluimos en que la Cooperativa no es sociedad, ni asociación, sino una forma empresarial sui géneris y denominada, simplemente COOPERATIVA.¹³⁴

En tal sentido, al realizar una comparación de lo previsto en la Ley para las organizaciones comunitarias y asociativas en contraste con las cooperativas, notamos sustanciales diferencias; en primer lugar, hay un elemento que las caracteriza y distingue de las demás, por cuanto sus integrantes son una sociedad de personas que se unen con unos fines en común (económicos, culturales, sociales), en este sentido, sin embargo de que las cooperativas comparten con el resto de organizaciones del sistema claros propósitos económicos productivos, no es menos cierto, que en su caso pueden constituirse también para unos propósitos distintos, como por ejemplo, el acceso a la vivienda para sus cooperados, aspectos de interés social: salud, educación, etc, de los cooperados, rendimiento económico y de ahorro también para sus cooperados, etc; entendemos así que sus beneficios deberán ser encaminados exclusivamente para el grupo de personas que la conforman, lo cual cobra mayor coherencia cuando el mismo texto legal establece que el mecanismo para cumplir dichos objetivos es la conformación de una *empresa* de propiedad conjunta y de gestión democrática con personalidad jurídica de derecho privado pero con un ingrediente definitorio que es el “interés social”, privilegiándose al ser humano por sobre el capital.

En cuanto a los objetivos de las cooperativas, la Ley también ha establecido que su objeto principal deberá ser concreto y estar detallado en su estatuto social, debiendo constreñirse “a una sola actividad económica”, permitiéndoseles incluir el ejercicio de actividades complementarias, ya sea de un grupo, sector o clase distinta, siempre y cuando se relacionen directamente con dicho objeto social;¹³⁵ cabe por tanto preguntarse ¿cuál sería el destino deparado para aquellas cooperativas cuyo objeto principal no se encuentre encaminado a la realización de actividades económicas?, pues la redacción de la referida norma precisa a este objeto principal como de índole económico, aquello difiere con lo previsto en el artículo 21 *ibídem* que abre la posibilidad a que

¹³⁴ Carlos Naranjo Mena, “La Naturaleza Jurídica de la Cooperativa y el Acto Económico Solidario”, Estudios sobre Economía Popular y Solidaria, 85.

¹³⁵ Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, artículo 22.

estas organizaciones tengan otro tipo de objetivos y no únicamente el económico, lo cual es correcto, tomando en consideración además, que ineludiblemente las cooperativas por su naturaleza persiguen un fin cooperativo, es decir de solidaridad y cooperación entre sus integrantes, para acentuar este criterio, el profesor Alberto García Muller,¹³⁶ a manera de ejemplo expone el caso de la recepción que hace una cooperativa agraria de los productos de la cosecha de sus asociados para comercializarlos en forma conjunta; y, en cuanto a los efectos de sus actos cooperativos, nos aclara que aquellos ni siquiera obtienen beneficio propio por el resultado económico positivo que pudiera generarse de sus operaciones, toda vez que su objetivo es la búsqueda y concreción de ventajas de beneficio común.

Por lo dicho, es de suponer que muy probablemente la contradicción existente en la Ley de la materia, responde a un error de redacción o falta de técnica jurídica por parte del legislador, sin embargo, esta precisión permitiría su adecuada aplicación, evitando que su texto se preste para interpretaciones que pudieran distar de su real espíritu.

Lo indicado me lleva a la conclusión de que para el caso de las cooperativas se establecen condiciones y relaciones jurídicas distintas a las de otro tipo de empresas en general del sector privado, pues en dichas relaciones no existen intervinientes externos, es así que, la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, ha previsto, que los actos que efectúen las organizaciones que integran el sector económico popular y solidario con sus miembros, dentro del ejercicio de las actividades propias de su objeto social, no constituyen actos de comercio o civiles sino actos solidarios, y que producen por ende efectos jurídicos diferentes,¹³⁷ al respecto es pertinente citar nuevamente a García Muller: “el acto cooperativo es considerado como el realizado entre una cooperativa y sus asociados en relación con el servicio o con la actividad propia del objeto social de la misma, y que se objetiviza en la prestación material que la cooperativa les hace a sus asociados”.¹³⁸

¹³⁶ Alberto García Muller, Profesor de la Universidad de los Andes de Venezuela, Director Científico de la Asociación Iberoamericana de Derecho Cooperativo, Mutual y de la Economía Social y Solidaria de Argentina, “Efectos del Acto Cooperativo”, 2.

¹³⁷ Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, artículo 5.

¹³⁸ García Muller, “Efectos del Acto Cooperativo”, 2.

Además, el mentado autor nos proporciona un caso práctico muy ilustrador que permite entender de mejor manera esta forma jurídica cooperativa, al referirse a una asignación de vivienda para el uso y goce por medio de las escrituras correspondientes a favor de un miembro de una cooperativa de vivienda para que ejerza sobre ella el derecho de uso y goce a perpetuidad, siendo inseparable la condición de asociado, por lo que la concesión a favor de un no asociado vicia al acto cooperativo de nulidad; así también, en el caso de una adjudicación de vivienda, la organización cooperativa cumple el papel de un mero instrumento de gestión de los intereses de sus asociados, por lo que un acto de adjudicación de vivienda en una cooperativa al asociado, aunque implica una transmisión patrimonial no constituye bajo ningún concepto una compra-venta y por lo tanto no hay relación de cambio, ni base generadora de obligación tributaria.

Es importante también hacer énfasis en lo comentado en líneas anteriores, en relación a que la figura cooperativa ha sido abarcada en la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria en mayor proporción y con unas dimensiones más amplias que las otras formas de organización del sistema económico social y solidario, lo cual considero tiene una explicación que parte de conceptos económicos productivos y en el posicionamiento que desde hace décadas ha tenido en la sociedad ecuatoriana, en ese orden de ideas, vale dejar sentado brevemente,¹³⁹ que el posicionamiento por parte del ejecutivo a favor del sector se basa en la sustancial connotación que éste ha tenido dentro del global de la economía ecuatoriana, contando con importantes datos que nos enseñan, por ejemplo, que el número estimado de asociados al sector cooperativo es de 5.000.000, los empleos que el sector genera superan los 28.500, el número de empleos generados por las unidades económicas populares se acerca a los 770.000, así también, el valor de los activos del sector cooperativo alcanza los USD \$ 7.370 millones, su patrimonio, los USD \$ 1.457 millones; y, su capital supera los \$ USD 900 millones. Del mismo modo, según lo relata el documento de labores editado por la Superintendencia para el período 2012-2013, se tiene que las cinco cooperativas de ahorro y crédito más

¹³⁹José Ramón Páez Pareja, “Importancia del Balance Social para las Organizaciones de la Economía Popular y Solidaria: Desarrollo Metodológico de la SEPS”, Estudios de Economía Popular y Solidaria, 154-155.

grandes poseen una cartera total conjunta de USD \$ 1.176, es decir, superior a la de 12 bancos privados medianos y pequeños.

De tal forma que se puede entender la motivación para que la ex Ley de Cooperativas que era el instrumento jurídico que las regulaba, prácticamente haya sido trasladada a la Ley vigente pero con ciertas variaciones.

Finalmente, en la tarea de contribuir en su ubicación jurídica, considero que sería propicia la clarificación de las diferencias que existen con los otros tipos de organizaciones que integran a la economía popular y solidaria, a fin de que se aproveche al máximo cada una de las tipologías y puedan cumplir con su cometido en un escenario social y económico completamente heterogéneo y que como ya he dicho, sus actores no son únicamente las cooperativas, lo contrario podría desnaturalizar el sentido inclusivo que caracteriza al sistema e incluso alterar el objetivo de interés social que reviste al cooperativismo.

Para enmarcar jurídicamente en su totalidad a esta figura, es menester señalar que la legislación la ha subdividido en varias especies cada una con unas características determinadas que diversifican las actividades que pueden ser asumidas y que dinamizan a este sector de la economía popular y solidaria.¹⁴⁰

Otros actores de la economía popular y solidaria lo constituyen las *Unidades Económicas Populares*, conozcamos en primera línea la definición que les ha dado la Ley:

Son Unidades Económicas Populares: las que se dedican a la economía del cuidado, los emprendimientos unipersonales, familiares, domésticos, comerciantes minoristas y talleres artesanales; que realizan actividades económicas de producción, comercialización de bienes y prestación de servicios que serán promovidas fomentando la asociación y la solidaridad.

Se considerarán también en su caso, el sistema organizativo, asociativo promovido por los ecuatorianos en el exterior con sus familiares en el territorio nacional y con los ecuatorianos retornados, así como de los migrantes extranjeros, cuando el fin

¹⁴⁰Importante indicar que la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria en su artículo 23 establece la creación de grupos de cooperativas de distinta especie según la actividad que vayan a emprender, siendo estos: producción, consumo, vivienda, ahorro y crédito y servicios, pudiendo organizarse en cada uno de estos grupos diferentes clases de cooperativas, de conformidad con la clasificación y disposiciones que se establezcan en el Reglamento; y en sus 24, 25, 26, 27 y 28 define a cada uno de estos grupos, derivando el tratamiento para las cooperativas de ahorro y crédito al Título III de la misma Ley, las que conforman el Sector Financiero Popular y Solidario.

de dichas organizaciones genere trabajo y empleo entre sus integrantes en el territorio nacional.¹⁴¹

Así también, los artículos 74, 75 y 76 y 77, describen las tipologías y características que deben contener.¹⁴²

Razonablemente, es necesario diferenciar esta figura y actores de las otras estudiadas, particularmente de las organizaciones comunitarias y de las asociativas, a fin de contribuir a su cabal comprensión, en tal sentido, resulta necesario conocer una clasificación práctica basada en la realidad chilena, que ha realizado el entendido Luis Razeto Migliaro¹⁴³:

a) El trabajo por cuenta propia de innumerables trabajadores independientes que producen bienes, prestan servicios o comercializan en pequeña escala, en las casas, calles, plazas [...] y otros lugares de aglomeración humana.

b) Las microempresas familiares, unipersonales o de dos o tres socios, que elaboran productos o comercializan en pequeña escala [...].

c) Las organizaciones económicas populares, esto es, pequeños grupos o asociaciones de personas y familias [...].

Con relación a los trabajadores por cuenta propia, el autor se refiere también a una investigación realizada en Chile que llegó a identificar 400 oficios ejercidos informalmente; por su parte, en cuanto a las microempresas y organizaciones populares referidas, se aprovecha por una parte como lugar de trabajo y local de operaciones alguna habitación de la vivienda habitada por sus agentes; y, se gestionan en común sus escasos recursos para desarrollar las actividades tendientes a satisfacer necesidades básicas de trabajo, alimentación, educación, salud, vivienda, etc, respectivamente.

La referida clasificación responde a criterios a ser aplicados en otra realidad nacional como la chilena, pero muy ajustada al caso ecuatoriano, destacando las particularidades en uno y otro caso; y, de su cotejamiento con nuestra normativa, queda claro que esta inserción busca favorecer a los sectores que históricamente han resultado

¹⁴¹ Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, artículo 73.

¹⁴² Las tipologías y características según la Ley para las Unidades Económicas Populares en el orden descrito por el articulado son: 1. Las personas responsables de la economía del cuidado; 2. Emprendimientos unipersonales, familiares y domésticos; 3. Comerciantes minoristas; y, 4. Los Artesanos.

¹⁴³ Luis Razeto Migliaro, “La Economía Popular o (mal llamada) Informal”, De la Economía Popular a la Economía de Solidaridad en un Proyecto de Desarrollo Alternativo, <http://www.luisrazeto.net/content/i-la-economia-popular-o-mal-llamada-informal>, fecha de consulta 26 de julio del 2015.

menos favorecidos y con menores oportunidades para desarrollarse en el aparato productivo, incluso frente a las otras organizaciones de la economía popular y solidaria, pero que definitivamente producen y aportan a la economía del país, considero que las diferencias más marcadas, si se las compara con los otros tipos de organizaciones, radica en la calidad de las actividades particulares que desarrollan sus integrantes y en el tamaño de estas unidades, pues se trata de organizaciones más pequeñas o integradas de manera unipersonal, además nuestra legislación ha incluido a aquellos grupos familiares y/o sociales de migrantes e inmigrantes, lo cual genera un criterio mucho más inclusivo que permite reconocer a este segmento de la población que ha generado ingresos significativos a la economía pero que requerían sin duda un tratamiento mucho más pragmático en cuanto su regulación estatal y legal.

Así también, Coraggio nos da un ambicioso aporte, relacionado con la puesta en marcha de la figura de las unidades económicas populares, en el sentido de que el trabajo autogestionado y libremente asociado, puede contribuir y cobrar importancia en el marco de la implementación de políticas públicas que apunten a la lucha en contra de la hegemonía, lo que incluye la demostración de que en la práctica la aplicación de dichas formas son posibles e inclusive, superiores al trabajo dependiente asalariado, lo que se logra aumentando la productividad social de los trabajadores, enfocando sus capacidades al servicio de la ciudadanía para la transformación productiva, controlando el uso de los recursos que hace el capital que los emplea; y, por último, la generación de políticas que prevean la inserción laboral combinando transferencias de ingreso con programas de desarrollo de las capacidades y oportunidades de inversión a favor de la fuerza de trabajo marginalizada.¹⁴⁴

Sobre lo propuesto por el autor, lamentablemente las circunstancias socio económicas actuales no prestan todas las condiciones para llegar a este modelo, al menos por ahora. Lo que sin duda, es posible y necesario, es mirar la realidad de los actores que se enmarcan en la figura, haciendo énfasis en lo relativo a la promoción y fomento por parte del Estado, a fin de que sean probados los mecanismos que logren su productividad y lo acertado o no de su inclusión legal; y, es en ese sentido que me

¹⁴⁴ Coraggio, “El Papel de la Economía Popular y Solidaria en la Estructura Económica”, 21. El énfasis me pertenece.

surgen ciertas dudas, pues me pregunto, ¿de qué manera se desarrollará una unidad económica popular unipersonal de una empleada doméstica?, por poner un ejemplo.

Seguramente en la praxis se debe recurrir a que estas personas se asocien para obtener mejores réditos y condiciones sobre su actividad, lo cual sería positivo, sin embargo no se puede olvidar que se cuenta con regulaciones de tipo laboral que se demuestran en la legislación y que son exclusivas para dicho desarrollo, cuya asociación decantaría incluso en otra figura también de la economía popular y solidaria correspondiente a las organizaciones asociativas, más aún si consideramos que todas las organizaciones previstas en la Ley tienen la posibilidad de obtener su reconocimiento jurídico, por tanto, cómo y con qué finalidad tramitarán su personalidad jurídica si ni la Ley ni su Reglamento han previsto estos procedimientos, existiendo un evidente vacío legal.

Además, se sabe ciertamente que para este tipo de actividades se cuenta con regulaciones estatales y legales que se enmarcan en otras materias como la laboral y sindical, por tanto si la Ley específica no ha regulado de forma completa estas actividades y no se cuenta con acciones en concreto, se corre el riesgo de que se produzca una duplicidad de actividades regulatorias que afectarían su progreso.

2.1.3 Regulación Administrativa.-

En materia del derecho administrativo, la teoría de la *regulación* ocupa un sitio importante, y es que desde esta figura se logra ejercer las actividades competenciales que se relacionan directamente con las potestades públicas, lo cual permite al Estado establecer condiciones, parámetros y promover o fomentar a los diferentes segmentos de la sociedad en el marco de un Estado de derechos y justicia y a partir de lo previsto en el ordenamiento jurídico, dicho de otro modo, es necesario establecer un orden social bajo el principio de legalidad; este modo de concebir a la regulación, concuerda con lo expresado por Roberto Dromi, al referirse a la regulación normativa y a la normativa directa como una derivación natural de aquella, a quien a continuación me permito citar: “Toda regulación normativa es por definición, el lineamiento de una esfera legítima de expresión y, al mismo tiempo, una frontera que no puede ser sobrepasada”¹⁴⁵[...]“El

¹⁴⁵ Dromi, “Derecho Administrativo”, 12va edición, 674.

orden jurídico regula directamente *el quien*, el órgano que es competente para actuar; *el qué*, clase de decisión a adoptar, y *el para qué*, el fin que se persigue con el acto, que va inserto en las competencias atribuidas.”[...]”¹⁴⁶

En este sentido, es grande el reto que tiene el Estado para regular adecuadamente al sector de la economía popular y solidaria por las características diversas de sus actores y lo innovador de la inclusión por primera vez de estas figuras en el Ecuador.

Se debe partir de la norma constitucional y de la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, instrumentos jurídicos mediante los cuales los órganos administrativos competentes puedan dar forma a esa actividad regulatoria. De tal modo que la nueva legislación ha establecido como inicio de este camino una institucionalidad especial para este sector económico que inició con una transición institucional, puesto que con la anterior legislación se contaba con dos organismos protagonistas en la regulación y control de este sector y además con la intervención de prácticamente todo el conjunto de Carteras de Estado que conforman el sector ejecutivo; es así que por un lado teníamos a la ¹⁴⁷Superintendencia de Bancos y Seguros que realizaba el control a una caja central y 39 cooperativas de ahorro y crédito, entre estas se encontraban las cooperativas más grandes del país; y, por otro, la Dirección Nacional de Cooperativas que formaba parte del Ministerio de Inclusión Económica y Social, encargada de regular y controlar al resto de universo de las cooperativas financieras y no financieras.

Para el caso de las asociaciones, en cambio, al no contar con una diferenciación entre las que podían dedicarse a actividades económicas y productivas y las reguladas por el Código Civil conforme al derecho constitucional de libre asociación, éstas estaban repartidas o dispersas en los distintos Ministerios o entes públicos competentes, sin que aquellos contarán con unos criterios especiales para su tratamiento.¹⁴⁸

¹⁴⁶ *Ibíd.*

¹⁴⁷ Jácome, “Posibilidades y dificultades de establecer un sistema de regulación, control y promoción de la economía popular y solidaria en el Ecuador”, *La Economía Popular y Solidaria-El Ser Humano sobre el Capital*, 66; y, Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, artículo 147.

¹⁴⁸ Tradicionalmente el Ministerio de Inclusión Económica y Social, antes Ministerios de Previsión Social y Trabajo; y, Ministerio de Bienestar Social, respectivamente, han ejercido la rectoría y regulación de un aproximado de 60.000 organizaciones sociales de diversa índole, distintas a las organizaciones que integraban el cooperativismo, un grupo menor estuvo a cargo de otros Ministerios, no es hasta el mes de junio del 2013 en que desde la Presidencia de la República expide el Decreto Ejecutivo No. 16 y la rectoría del sector es encargada a la Secretaría Nacional de Gestión de la Política, el que ha sido

Insistiendo en la institucionalidad que nace con la Constitución del 2008, y a fin de que sus inicios sean conocidos brevemente por el lector, tenemos que en ese mismo año¹⁴⁹ se crea en el llamado Ministerio de Economía y Finanzas, la Subsecretaría de Economía Social y Solidaria, la cual fue trasladada al Ministerio de Inclusión Económica y Social en reemplazo de la que fue en su momento la Subsecretaría de Desarrollo Rural.

En consecuencia, el artículo 144 del Capítulo II de la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria “De la Regulación”, ha instituido:

La regulación de la Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario es potestad de la Función Ejecutiva, que la ejercerá de la siguiente manera:

La regulación de la Economía Popular y Solidaria a través del Ministerio de Estado que determine el Presidente de la República en el Reglamento de la presente Ley. Para éstos efectos el referido Ministerio, contará con un Secretaría Técnica, la que además ejercerá las atribuciones otorgadas en la Ley [...] y su Reglamento General.

La regulación del Sector Financiero Popular y Solidario estará a cargo de la Junta Política y Regulación Monetaria y Financiera, creada en el Código Orgánico Monetario y Financiero.

Las regulaciones se expedirán sobre la base de las políticas dictadas por el Comité Interinstitucional.

Las instituciones reguladoras tendrán la facultad de expedir normas de carácter general en las materias propias de esta competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales.

Con relación al Comité Interinstitucional, vale indicar que según el Reglamento, se encuentra integrado por los Ministerios de Coordinación de Desarrollo Social, quien lo preside, el Ministerio Coordinador de la Producción, y el Ministerio Coordinador de la Política Económica, las atribuciones de este Comité se centran en la emisión de las políticas de fomento y promoción, incentivo, funcionamiento y control de las actividades del sector, evaluación en el cumplimiento de las políticas públicas hacia el

reformado en agosto del 2015, y que entre otros aspectos, establece la rectoría sobre el subsistema de personalidad jurídica, nuevamente a cada uno de los Ministerios competentes. A partir del año 2013 también se emprende un proceso de transferencia de organizaciones a los distintos Ministerios, mediante un proceso de selección e identificación de las organizaciones conforme sus fines y objetivos; en este proceso de transferencia se incluyeron también a los expedientes de las organizaciones que por su finalidad debían ser trasladadas a la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria conforme la Ley. Fuente: Dirección de Organizaciones Sociales del Ministerio de Inclusión Económica y Social –MIES, Director: Dr. Marco Antonio Espinosa.

¹⁴⁹Andino, “De palabras con poder y acciones con libertad – Análisis de los posibles efectos del marco legal en el sector de la economía popular y solidaria en el Ecuador y propuestas para seguir actuando en libertad”, 16-17.

sector, el control sobre los organismos rectores y de control, y la evaluación de las actividades de capacitación de las organizaciones.¹⁵⁰ Este organismo a mi criterio comparte el ejercicio de las actividades reguladoras y de control, pero termina siendo el ente principal por medio del cual el Estado ejerce su rectoría para la mayor parte de actores de la economía popular y solidaria, con una participación también de la Junta de Regulación Económica que se encarga de las cooperativas de carácter financiero.

Aparece también el denominado Consejo Consultivo, cuya integración se encuentra a cargo del Consejo Nacional Electoral por medio del mecanismo previsto en la Ley y Reglamento y que está compuesto por 9 miembros: Un representante de la Asociación de Municipalidades del Ecuador, un representante del Consorcio de Gobiernos Provinciales, un representante del Consejo Nacional de Gobiernos Parroquiales, y seis representantes de las organizaciones amparadas por la Ley, cada uno de ellos representando a las federaciones de las unidades económicas populares, tres en representación de las federaciones de los sectores comunitario, asociativo y cooperativista y dos representantes del Sector Financiero Popular y Solidario; este Consejo tiene una función fundamentalmente propositiva, de apoyo y de asesoramiento al Comité Interinstitucional en cuanto a los aspectos que son de su conocimiento y en defensa de cada sector al que representan, sin ser vinculantes sus recomendaciones.¹⁵¹ A este respecto, cabe indicar que el legislador intenta hacer efectivo el principio de participación ciudadana garantizado en la Constitución de la República, sin embargo, carece de eficacia si este órgano no tiene capacidad decisoria, al menos en menor proporción que los entes puramente públicos que se ocupan de la referida regulación.

Por otra parte, un interviniente con un rol importante, aunque no inmerso según la Ley en el ámbito de la regulación, es el Instituto Ecuatoriano de Economía Popular y Solidaria-IEPS, parte también del Ejecutivo, cuyas funciones y actividades se centran especialmente en el ámbito de la promoción y fomento de los actores del sector.

¹⁵⁰ Reglamento Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, artículo 138.

¹⁵¹ El artículo 153 de la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria crea al Instituto Nacional de Economía Popular y Solidaria como una entidad de derecho público, adscrita al ministerio de Estado a cargo de la inclusión económica y social, con jurisdicción nacional, dotado de personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía técnica, administrativa y financiera que ejecuta la política pública, coordina, organiza y aplica de manera desconcentrada, los planes, programas y proyectos relacionados con los objetivos de esta Ley, cuya misión según el artículo 154 *ibídem* consiste en: el fomento y promoción de las personas y organizaciones de las personas y organizaciones sujetas a la ley.

A efectos de ampliar y contextualizar estas tareas e instituciones de regulación, me parece acertado referirme a lo comentado por Verónica Andino en su trabajo “De palabras con poder y acciones con libertad – Análisis de los posibles efectos del marco legal en el sector de la Economía Popular y Solidaria en el Ecuador y propuestas para seguir actuando en libertad”, conozcamos su aporte:

En estos últimos tres años se han aprobado también un conjunto de marcos normativos que hacen mención a la economía solidaria tales como la Ley Orgánica del Régimen de la Soberanía Alimentaria, la Ley de Compras Públicas, el Código de la Producción y el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomías y Descentralización – COOTAD, así como reformas a la Ley Orgánica de Régimen Tributario [...]; se crea la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria; y el Programa Nacional de Finanzas Populares, Emprendimiento y Economía Solidaria – PNFPEES se transforma en la Corporación Nacional de Finanzas Populares y Solidarias – CONAFIPS.¹⁵²

Además nos da un criterio personal en cuanto a lo efectivo que puede haber resultado este nuevo marco regulatorio, el que me permito citar:

Uno de los puntos críticos de las políticas públicas de apoyo al sector de la economía popular y solidaria está en la identificación de los actores que lo representan desde la perspectiva del Estado. Este punto es delicado, considerando que usualmente este sector está compuesto de una multitud de organizaciones con formas de funcionamiento, estructuras y procesos muy diferentes los unos de los otros. Esto entra en tensión con los requisitos burocráticos que tienden a seguir las instituciones públicas para la asignación de los beneficios de sus políticas públicas (fácil identificación, clasificación en categorías estáticas, etc.).¹⁵³

En definitiva, para el perfeccionamiento del sector y el cumplimiento de sus fines, en lo que tiene que ver con regulación, aquella ha sido asumida por la Función Ejecutiva, que en resumidas cuentas tiene las tareas fundamentales en cuanto a la promoción, fomento y articulación con los demás entes del sector público vinculados y con la sociedad civil que representa a las organizaciones que lo integran, sobre lo cual a criterio de la autora, el cual comparto, no permite contar con una homogeneidad de criterios para la aplicación de políticas públicas que lo regulen adecuadamente, ya que se corre el riesgo de que la dispersión de políticas y desarticulación entre entes estatales no permitan el cumplimiento de los objetivos perseguidos, al menos con la prontitud

¹⁵² Andino, “De palabras con poder y acciones con libertad – Análisis de los posibles efectos del marco legal en el sector de la economía popular y solidaria en el Ecuador y propuestas para seguir actuando en libertad”, 17.

¹⁵³ *Ibíd*, 20.

que se requiere, siendo por tanto necesaria una reforma integral que aborde estos aspectos y procure su correcta consolidación y simplificación.

Además, hay que mencionar el rol tan importante que le corresponde desempeñar al Instituto de Economía Popular y Solidaria, que a mi criterio también debería ejercer actividades de regulación, aunque se lo ha concebido como un organismo de fomento, pero considero que el fomento también es parte de la responsabilidad estatal regulatoria. Este aspecto también dificulta la articulación adecuada entre entidades del ejecutivo que se encargan del sector; y, de estas en su relación con el ente de control.

Adicionalmente y pese a no ser el objeto principal de esta investigación el realizar un análisis profundo sobre el desempeño del sector y sobre las políticas públicas que han sido aplicadas en este período de vigencia de la economía popular y solidaria, es menester en este punto, comentar brevemente algunos aciertos y debilidades sobre la regulación estatal en el sector en concordancia con los preceptos previstos en la legislación, refiriéndome y parafraseando para tal efecto a algunos puntos de vista expuestos por la¹⁵⁴ Dra. Elisa Lanás en uno de sus aportes en la academia, que considero adecuados; así pues, es aplaudible el tratamiento que se le ha dado a los mecanismos de financiamiento para las organizaciones de economía popular y solidaria, en tanto y cuanto se ha realizado el esfuerzo para su adecuada identificación, a efectos de ofrecerles productos financieros acordes a su realidad; en cuanto a las medidas de carácter tributario, se cuenta con disposiciones de fomento para los actores del sector pero se evidencia falta de coordinación entre instrumentos jurídicos normativos sobre esos beneficios a fin de evitar confusión entre autoridades tributarias y estos actores; se evidencian acciones desde el ámbito público para favorecer a los emprendimientos y organizaciones en cuanto a las compras públicas, sin embargo las regulaciones de carácter normativo se encuentran con la dificultad real al tener que competir con empresas capitalistas que tienen grandes capacidades y experiencia en cuanto a la provisión de bienes y servicios para el Estado; sobre esto, añadido, que estas acciones se han visto adoptadas generalmente por los Ministerios que integran el sector social que mediante procesos de ferias inclusivas según lo prevé la Ley de la materia, han optado

¹⁵⁴ Lanás, “Políticas Públicas sobre Economía Solidaria en el Ecuador”, 23-25.

por llevarlos a cabo, favoreciendo en cierta medida al sector, pero no se puede decir lo mismo del gran universo de instituciones que integran el aparato estatal.

2.1.4 Régimen de control.-

Hemos visto en el acápite anterior que para la regulación de las organizaciones, la Ley ha previsto una institucionalidad dependiente de la Función Ejecutiva; corresponde entonces situarnos en la figura del Estado controlador y revisar si este régimen de control contemplado en la normativa es capaz de garantizar su correcto perfeccionamiento, no solo desde una visión fiscalizadora o interventora en algunos casos, sino de apoyo y acompañamiento, que es lo que garantiza que ese control tenga éxito, por lo que me atrevo a afirmar que no se requiere un control que persiga la sanción previo al cumplimiento de procesos revisores extremadamente rigurosos, más aún si se considera que la ubicación e implementación del sector económico popular y solidario se encuentra en la práctica aún en formación.

La Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, ha definido un organismo encargado de su control, me refiero a la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria¹⁵⁵, que según el nuevo marco constitucional forma parte de la Función de Transparencia y Control Social, es decir, hay una clara diferencia con el anterior régimen constitucional, al parecer la intencionalidad es reconocer los principios de transparencia y control por parte de la sociedad civil y el Estado, desde un sitio independiente al del gobierno central que tiene otro tipo de funciones, pretendiendo otorgar al sistema unos pesos y contrapesos adecuados para el éxito de esta nueva visión económica de la sociedad; es pertinente entonces conocer como ha sido legalmente definido este organismo: “El control de la Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario estará a cargo de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, que se crea como organismo técnico, con jurisdicción nacional, personalidad jurídica de derecho público, patrimonio propio y autonomía administrativa

¹⁵⁵ La Constitución del Ecuador en su Título IV “Participación y Organización del Poder”, Sección Tercera, Capítulo V, Sección Cuarta, artículo 213, dispone que las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley.

y financiera y con jurisdicción coactiva”.¹⁵⁶ A partir de dicha disposición legal, se deduce que el organismo de control debe contar con un aparato administrativo suficientemente sólido para el ejercicio de las actividades encomendadas conforme a sus competencias, y más aún vista la ardua tarea de supervisar a un sector tan heterogéneo y complejo como ya hemos dicho. En ese sentido se ha previsto que su gestión sea realizada de manera desconcentrada, es decir con un ámbito de acción local, lo que permite la atención integral de todos los actores del sector a nivel territorial, tomando en consideración además, que las organizaciones que lo integran han tenido un fuerte accionar en las áreas rurales del país; por otro lado, se ha establecido que dicho organismo cuente con una estructura administrativa que permita el tratamiento especializado de cada grupo de organizaciones dependiendo de sus características sociales y económicas, lo que debería garantizar que ninguno de los actores dejen de ser atendidos.

En cuanto a sus atribuciones¹⁵⁷, se encuentran detalladas en la referida Ley, y toda vez que en ellas se delimita el accionar de esta Institución en su rol de control, es necesario detallarlas: a) ejercer el control de las actividades económicas de las personas y organizaciones de la economía popular y solidaria; b) velar por la estabilidad, solidez y correcto funcionamiento de las organizaciones sujetas a su control; c) otorgar personalidad jurídica a las organizaciones que integran el sector y disponer su registro; d) fijar acciones tarifarias de servicios que otorgan las entidades del sector financiero popular y solidario; e) autorizar las actividades financieras de las organizaciones del sector financiero popular y solidario; f) levantar estadísticas sobre las actividades que realizan las organizaciones del sector; y, g) las demás que establezca la ley y su reglamento.

Ahora bien, como se dejó establecido en el punto precedente de este trabajo, según el anterior marco normativo, las actividades de control eran compartidas con las de regulación entre dos entes públicos: la Superintendencia de Bancos y Seguros y la ex Dirección de Cooperativas – Ministerio de Inclusión Económica y Social, sobre aquello se debe compartir un criterio expuesto por Hugo Jácome y María José Ruíz en un

¹⁵⁶ Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, artículo 146.

¹⁵⁷ *Ibíd*, artículo 147.

trabajo publicado por la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria en el año 2013:

[...] A pesar de su amplia trayectoria, ambas instituciones no habrían advertido mecanismos de supervisión en cuanto al impacto de la gestión de las organizaciones en otras esferas adicionales a las financieras como es el desempeño social. Así, el control ejercido por la SBS se concretó en homologar la supervisión de la banca tradicional de capital a las cooperativas de ahorro y crédito, sin reconocer la naturaleza de las cooperativas como sociedades de personas y no de capitales. Por su parte, la DNC concentró su accionar institucional a operaciones principalmente de registro y legalización en detrimento de aquellas actividades orientadas al control y supervisión del sector cooperativo.¹⁵⁸

De este modo, es claro que la creación de un único organismo técnico que se encargue de la supervisión y el control del sector económico popular y solidario le da una connotación de mayor relevancia a la función de control, y denota una clara intención de contar a su favor con un tratamiento especializado y técnico.

Sin embargo de lo positivo de este factor, se debe hacer hincapié en algunos aspectos que considero no han sido correctamente recogidos en el marco normativo, pudiendo incluso poner en riesgo el correcto desarrollo y perfeccionamiento del sector, esto guarda relación con las referidas atribuciones, y es que bajo el principio de legalidad que enviste al derecho público, de su revisión, aparecen algunos aspectos que pueden llegar a confundir sus roles con los de los organismos encargados de su regulación administrativa, así, los literales b), c) y f), respectivamente, son objeto del siguiente análisis:

1. Velar por la estabilidad, y correcto funcionamiento de las organizaciones sujetas a su control.- Los organismos de regulación administrativa dependientes del ejecutivo, de forma paralela también están abocadas a garantizar la estabilidad y adecuado funcionamiento del sector, por lo tanto una falta de delimitación y claridad en cuanto a las actividades que deben realizar cada uno de ellos, se presta a confusiones en cuanto a sus competencias de control, sin perjuicio de que se puedan coordinar acciones entre ellos.

2. Otorgamiento de personalidad jurídica a las organizaciones que integran el sector y disponer su registro.- En estricto sentido jurídico el

¹⁵⁸ Hugo Jácome y María José Ruíz, “El Sector Económico Popular y Solidario en Ecuador: Diagnostico y modelo de supervisión”, Estudios sobre Economía Popular y Solidaria, 105-106.

otorgamiento de personalidad jurídica es una función que la debería cumplir el organismo de regulación administrativa, toda vez que se ubica dentro del grupo de aquellas regulaciones legales-administrativas que permiten el impulso del sector, tal es el caso que tanto la Junta de Regulación Económica como el Ministerio Coordinador de Desarrollo Social son los encargados de emitir la normativa y lineamientos para el otorgamiento de esa personalidad jurídica mediante instrumentos jurídicos específicos; sin embargo de esta nota conceptual, en la Ley se le ha dado esta facultad a la Superintendencia, aquello se puede justificar en el hecho de que para el ejercicio de la supervisión y control que le corresponde a dicho organismo, se requiere tener consolidados y evitar la dispersión de todos los actores que integran el sector, partiendo de su reconocimiento y ubicación como personas jurídicas, siendo así, es fundamental la comprensión profunda de cada una de las figuras y tipologías que conforman la economía popular y solidaria por parte de la Superintendencia, a fin de que se revisen los procedimientos y requisitos establecidos, de tal forma que éstos sean amigables en cuanto a sus realidades tan diversas, considero por tanto que el organismo de control debe coordinar acciones y nutrirse de las experticias que muy probablemente cuentan los organismos encargados del fomento del sector.

3. Levantar estadísticas sobre las actividades que realizan las organizaciones del sector.- En el mismo sentido, esta actividad no puede ser ajena de las finalidades que persiguen las instituciones reguladoras del sistema, debido a que son mecanismos con los que se logra ejercer su control, pero también el impulso y promoción del sector, de tal manera que se requiere una integración interinstitucional que logre contar con datos estadísticos compartidos para su beneficio.

Paralelamente, es trascendente exponer que hay una serie de limitaciones normativas para las organizaciones, así como unos tratos dispares o desiguales para las distintas tipologías que no reconocen sus realidades económicas, de convivencia y organización interna de los sectores, aquello se ve reflejado en la rigurosidad en los procedimientos que se impone a las organizaciones comunitarias, asociativas y unidades económicas populares, y a la vez en la carencia de legislación, lo que genera una especie de camisa de fuerza en su gestión, al presentarse unos escenarios sin mayores

probabilidades, pero no ocurre lo mismo con las entidades que integran el sector cooperativo que cuentan con un amplio marco regulatorio y con procedimientos diversos y mucho más dinámicos con una serie de opciones según la misma Ley y Reglamento, se considera que debería ser al revés o al menos igual, puesto que las primeras reflejan la inclusión en el sistema a todos los actores que deben integrarlo; todo esto, por supuesto que tiene incidencias o implicaciones directas en el control que el Estado debe realizar y es aquí en donde se configuran las dificultades para las organizaciones, puesto que de no cumplirse con todas las exigencias legales y normativas que emita el ente de control conforme sus competencias, se someterían a unos procesos exhaustivos que pueden llegar incluso a su disolución, lo que evidentemente pone en riesgo al sistema, corroborando lo dicho con los siguientes contenidos de la referida Ley:

Información.- Para ejercer el control y con fines estadísticos las personas y organizaciones registradas presentarán a la Superintendencia, información periódica relacionada con la situación económica y de gestión, de acuerdo con lo que disponga el Reglamento de la presente Ley y cualquier otra información inherente al uso de los beneficios otorgados por el Estado.¹⁵⁹

Normas contables.- Las organizaciones, sujetas a esta Ley se someterán en todo momento a las normas contables dictadas por la Superintendencia, independientemente de la aplicación de las disposiciones tributarias existentes.¹⁶⁰

Finalmente, como un aspecto importante de incidencia directa para el ejercicio del control y supervisión, en el marco de la nueva legislación y vista la dispersión que ha existido en la regulación estatal y la carencia de información consolidada de las organizaciones en general, están las disposiciones transitorias de la Ley, que en el marco de un régimen de transición, dispusieron que las organizaciones de la economía popular y solidaria y del sector financiero popular y solidaria, que a la fecha de su expedición se encontraran en funcionamiento y operación debían adecuar sus normas estatutarias conforme esos nuevos contenidos legales y las regulaciones que el organismo competente expidiera, en el plazo de un año contados a partir del nombramiento del nuevo Superintendente de Economía Popular y Solidaria, so pena de no poder continuar realizando sus actividades; así también, los organismos del Estado que tenían a su cargo bajo cualquier modalidad a organizaciones de la economía popular y solidaria, dentro

¹⁵⁹Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, artículo 12.

¹⁶⁰Ibíd, artículo 13.

del plazo de noventa días contados a partir del requerimiento por parte del Superintendente, debían trasladar el archivo y los expedientes de dichas organizaciones hacia la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria; esto a decir de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, se ha concluido y se resume en lo siguiente:

El proyecto de adecuación de estatutos y registro de organizaciones de la economía popular y solidaria es el tan esperado punto de quiebre entre el pasado y el presente del sector, puesto que finalmente se cuenta con un registro depurado de los actores que forman parte de este y se garantiza que sus integrantes funcionen bajo los lineamientos establecidos por la LOEPS y su Reglamento. Este hito de visibilización resulta trascendental si se toma en cuenta que el registro oficial es la puerta de entrada, no solo para lograr un ordenamiento del sector mediante la supervisión y el control, sino para que los actores de la economía popular y solidaria puedan acceder a los beneficios establecidos en la ley en términos, por ejemplo, de: exenciones tributarias, ventajas competitivas en las compras públicas, financiamiento preferencial, etc.¹⁶¹

Considero que estos procesos en una primera instancia eran necesarios para la operación del sector, pero aún quedan temas que saldar en cuanto a la agilidad en los procesos que la Superintendencia debe asegurar para bien de las organizaciones, pues si bien a decir de los voceros de dicha institución el proceso ha concluido y se encuentra listo, no es menos cierto que las organizaciones necesitan contar con la capacitación adecuada y permanente, no sólo sobre como adecuar sus normas estatutarias e iniciar su vida jurídica, sino sobre todos los aspectos que les implicarán una serie de tramitología y procedimientos, los que les serán útiles a lo largo de su gestión operacional y que son parte de sus nuevas obligaciones, lo cual estaría a cargo de las entidades encargadas de su regulación administrativa pero como se ha dicho, al carecer de una adecuada articulación entre estas entidades, y de aquellas con el organismo de control encargado también de su reconocimiento jurídico, difícilmente se puede lograr una armonía en la cooperación interinstitucional que decididamente y conforme a la Constitución de la República debe garantizarse en beneficio de sus actores.

¹⁶¹Jácome, “Posibilidades y dificultades de establecer un sistema de regulación, control y promoción de la economía popular y solidaria en el Ecuador”, La Economía Popular y Solidaria-El Ser Humano sobre el Capital, 73.

2.1.5 Régimen económico.-

Para el tratamiento del régimen económico en la economía popular y solidaria me referiré de forma introductoria a dos aspectos que lo engloban, primero el sistema económico social y solidario y el segundo la economía popular y solidaria. Como ya se ha dicho el sistema económico social y solidario consiste en un conjunto amplio de normas, valores, actores y prácticas que viabilizan la organización de la sociedad para la producción de bienes y servicios que redunden en la reproducción ampliada de la vida de todos para alcanzar el buen vivir de forma sostenible; de esta forma se justifican los ejes estratégicos del actual sistema económico social y solidario manifestado en el artículo 283 de la Constitución de la República y en consonancia con el régimen de desarrollo también expresado constitucionalmente, el cual tiene entre sus objetivos, la construcción de un sistema económico justo, democrático, productivo, solidario y sostenible, basado en la distribución equitativa de los medios de producción y sus beneficios que se puedan obtener y, la generación de trabajo digno y estable¹⁶², así también toda la normativa constitucional relativa a los modos de producción¹⁶³, a lo que consecuentemente el ordenamiento jurídico secundario prevé un anclaje normativo como la Ley Orgánica del Poder de Control de Mercado, cuya finalidad principal radica en el sostenimiento del sistema económico y social¹⁶⁴; y, las disposiciones específicas contempladas en la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria. A partir de estos escenarios cobra sentido el sistema económico popular y solidario con sus diversas particularidades, actores, mecanismos y formas de desarrollar su modelo económico.

Con este antecedente y atendiendo a los principios establecidos en la Ley de la materia¹⁶⁵, se puede sostener que los actores de la economía popular y solidaria en

¹⁶² Constitución del Ecuador, artículos 275 y 276.

¹⁶³ *Ibíd*, artículo 320.

¹⁶⁴ La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado promulgada en el Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011, tiene como objeto evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.

¹⁶⁵ En el artículo 4 de la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, se definen los siguientes principios que guiarán a los grupos integrantes del sector: a) La búsqueda del buen vivir y del bien común; b) La prelación del trabajo sobre el capital y de los intereses colectivos sobre los individuales; c) El comercio justo y consumo ético y responsable; [...] f) La autogestión; g) La responsabilidad social y ambiental, la solidaridad y rendición de cuentas; y, h) La distribución equitativa y solidaria de excedentes.

cuanto a su régimen económico, interactúan principalmente con organismos del Estado que tienen la tarea de impulsar al sector y además con instituciones del sector financiero popular y solidario encargadas de los incentivos y fomento económicos, teniendo un papel protagónico al respecto la Corporación Nacional de Finanzas Populares y Solidarias “CONAFIPS”, cuya misión fundamental consiste en “[...] brindar servicios financieros con sujeción a la política dictada por el Comité Interinstitucional a las organizaciones amparadas por esta Ley, bajo mecanismos de servicios financieros y crediticios de segundo piso [...]”¹⁶⁶; el fortalecimiento de este organismo reviste trascendental importancia en este sentido; y, aparece así mismo un aspecto definitorio a tomar en cuenta, que consiste en la necesidad de ajustar sus productos y servicios financieros en función a los requerimientos y condiciones especiales de los emprendimientos y actividades del sector, al respecto cito:

Los retos actuales que enfrenta el SFPS de la EPS, así como la Política Pública, en perspectiva de una verdadera inclusión financiera, económica y social, presupone aún, superar barreras como la atomización del micro-crédito, la insuficiente e inadecuada oferta financiera, la débil articulación de la oferta con la demanda de emprendimientos de mayor tamaño en la EPS, entre otros aspectos, ello implica el desarrollo de otro tipo de capacidades en los agentes y actores socio-económicos, en perspectiva de construir Sujetos Sociales.¹⁶⁷

Claramente este organismo tiene un desafío en cuanto a fomentar la inclusión económica del sector, añadiendo que aún deben perfeccionarse los mecanismos que permitan colocar a las organizaciones que lo integran no únicamente como un grupo vulnerable que requiere de dádivas gubernamentales y que se encuentra en condiciones desfavorables frente al gran sector empresarial tradicional, para el cual siempre se han canalizado la colocación de recursos por parte del sector financiero nacional privado y público, puesto que éste ha tenido la capacidad de garantizarlos adecuadamente, además de la concepción de que al inyectar dichos recursos se lograría la dinamización a gran escala de la economía nacional; o, como un sector de micro y pequeños emprendimientos, sino más bien como un sector emprendedor que ha iniciado su camino para integrarse en la economía del país. Lo indicado no puede quedar únicamente en la retórica de un discurso demagógico o como letra muerta en el

¹⁶⁶ Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, artículo 159.

¹⁶⁷ Geovany Cardoso Ruíz, “Las Finanzas Populares y Solidarias como instrumento de consolidación y desarrollo de la economía popular y solidaria en el Ecuador”, El ser humano sobre el capital, Tercer Seminario Internacional: Rol de la Economía Popular y Solidaria y su aporte en el Sistema Económico Social y Solidario, (Quito, 2013), 92.

ordenamiento jurídico, puesto que estos mecanismos deben ponerse en práctica, en primer lugar con el adecuado reconocimiento de los actores dispares o heterogéneos que integran el sector y seguidamente con la colocación de recursos según esas dinámicas, con incentivos reales y con sistemas crediticios atractivos y beneficiosos, como ejemplos se pueden mencionar: valoración de emprendimientos conforme a las realidades locales, sociales, culturales e innovaciones diversas, intereses sobre el capital a ser colocado razonables, cooperación pública-privada: reconocimiento de la calidad de emprendimientos con beneficio para los intereses generales y como contraparte créditos no contributivos estatales que propicien la movilidad social ascendente en el sector.

Seguidamente, en lo que tiene que ver con el régimen económico abordado en este acápite, hay que anotar que las organizaciones del sector llevan a cabo sus diversas actividades en base a relaciones de solidaridad, cooperación y reciprocidad, teniendo a las personas como la finalidad de sus actividades económicas siempre por sobre la finalidad de lucro o la acumulación del capital; con esta premisa entramos al análisis más particular por cada uno de los actores que hemos mencionado en este trabajo de investigación y que tienen un tratamiento diferenciado en la legislación.

En cuanto a las organizaciones comunitarias¹⁶⁸, para cumplir con sus objetivos, deberán contar con un fondo social variable y constituido por el aporte de sus miembros que deberá constar en numerario, trabajo o bienes, dicho aporte deberá contar con la aprobación de su máximo órgano interno, pudiendo además formar parte de este fondo social las donaciones, legados y aportes no reembolsables que pudieren recibir, para el caso de bienes inmuebles que pudieran recibir, aquellos no podrán ser objeto de reparto en caso de disolución, debiendo mantenerse con el fin social que produjo la donación.

El Reglamento de aplicación de la Ley, ha establecido que como requisito previo para el reconocimiento de la organización, ésta debe presentar el certificado de aportes al referido fondo social y el establecimiento de su valor mínimo ha sido delegado al Ministerio Coordinador de Desarrollo Social, dicho organismo ha dispuesto que el fondo inicial¹⁶⁹ para el inicio de actividades de las organizaciones comunitarias debe ser de al menos el equivalente de una remuneración básica unificada, valor que deberá ser

¹⁶⁸ Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, artículo 17.

¹⁶⁹ Ministerio Coordinador de Desarrollo Social del Ecuador, Resolución No.MCDS-EPS-002-2012, 13 de noviembre del 2012.

depositado de preferencia en una cooperativa de ahorro y crédito autorizada por la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria.

Con respecto a las organizaciones asociativas la Ley de Economía Popular y Solidaria, ha definido en primera instancia a su régimen económico como *capital social*, el cual estará constituido por las cuotas de admisión de sus asociados, pudiendo ser estas ordinarias y extraordinarias con el carácter de no reembolsables, y por los excedentes del ejercicio económico; así también para el caso de bienes inmuebles obtenidos mediante donaciones, no podrán ser objeto de reparto en caso de su disolución y deberán mantenerse de acuerdo a su fin social materia de la donación.¹⁷⁰

Del mismo modo que en el caso de las organizaciones comunitarias, se debe partir de la disposición establecida en el Reglamento en cuanto al capital social inicial mínimo, por lo que la regulación delegada al Ministerio Coordinador de Desarrollo Social, ha establecido que aquel deberá ser del equivalente a tres remuneraciones básicas unificadas, debiendo del mismo modo ser depositado de preferencia en una cuenta de una organización cooperativa de ahorro y crédito.¹⁷¹

Luego de dos años de expedidas estas disposiciones, el mismo Ministerio mediante regulación, dispone que los montos establecidos como fondo social inicial para estas organizaciones asociativas puedan ser cancelados de la siguiente manera: el 50% al inicio del trámite de constitución de la organización; y, el 50% restante durante el primer año de constituida, contados a partir de la fecha de expedición por parte de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria de la resolución que le otorgó la personalidad jurídica.¹⁷²

En el caso de las cooperativas, como punto de partida de su régimen económico, la Ley ha establecido en general para todos los grupos o segmentos, el mecanismo del reembolso de haberes, de tal modo que los socios que hayan dejado de tener dicha calidad, tienen derecho a su reembolso, previa su liquidación, en la que se deben incluir las aportaciones para el capital, los ahorros de cualquier naturaleza, la alícuota de excedentes y otros valores que les correspondan, debiendo deducirse también las deudas

¹⁷⁰ Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, artículo 20.

¹⁷¹ Ministerio Coordinador de Desarrollo Social del Ecuador, Resolución No.MCDS-EPS-002-2012, 13 de noviembre del 2012.

¹⁷² *Ibíd.*

del socio a favor de la cooperativa.¹⁷³ Así también la referida Ley establece que su *patrimonio* estará integrado por el capital social, el fondo irrepatriable de reserva legal y otras reservas estatutarias, el que se constituye en el medio económico y financiero a través del cual la cooperativa puede cumplir con su objeto social.¹⁷⁴ En cuanto a ese capital social, se establece que debe ser variable e ilimitado y estará constituido por las aportaciones pagadas por sus socios, en numerario, bienes o trabajo debidamente valuados por el Consejo de Administración; en cuanto a las aportaciones de sus socios estarán representados por certificados de aportación nominativos y transferibles entre socios o a favor de la cooperativa, pudiendo cada socio ser acreedor de hasta el equivalente al cinco por ciento del capital social en las cooperativas de ahorro y crédito y hasta el diez por ciento en los otros grupos de cooperativas.¹⁷⁵

Seguidamente en la Ley se detallan las reglas y procedimientos para la operación de aspectos tales como, el fondo irrepatriable de reserva legal que es usado para solventar contingencias patrimoniales y repartido únicamente en casos de disolución de la cooperativa; otro tipo de reservas que según el giro de la cooperativa puedan constituirse; los modos de repartición de utilidades producidas por negocios realizados con terceros ; y, los modos de repartición de los excedentes por las actividades realizadas entre los socios.¹⁷⁶

Consecuentemente, el Reglamento de aplicación de la Ley en cuanto a los requisitos para la constitución de las organizaciones cooperativas, dispone que éstas deberán cumplir con unos mínimos de capital social, que para las cooperativas de ahorro y crédito y para las restantes, deberán ser definidos por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera y por el Ministerio Coordinador de Desarrollo Social, respectivamente.¹⁷⁷

En cuanto a las cooperativas de ahorro y crédito, la Junta de Regulación, no establece un monto inicial para el inicio de su vida jurídica, en su defecto lo regula de modo general, estableciendo los contenidos obligatorios que deben contener sus estatutos y en lo concerniente al régimen económico, estos son: 1. La obligatoriedad de

¹⁷³ Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, artículo 31

¹⁷⁴ *Ibíd*, artículo 48.

¹⁷⁵ *Ibíd*, artículo 49.

¹⁷⁶ *Ibíd*, artículos 50, 51, 52, 53, 54 y 56.

¹⁷⁷ Reglamento Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, artículo 7.

llevar registros contables, que permitan determinar resultados financieros, diferenciando las actividades propias del objeto social y las actividades complementarias en caso de haberlas; así como entre las utilidades y los excedentes, y los ingresos por operaciones con socios y operaciones con terceros, claramente diferenciados; 2. La imposibilidad de repartir las reservas sociales; 3. La política de distribución de los excedentes y utilidades; 4. El valor y el mecanismo del registro de las aportaciones. En caso de entregarse certificados de aportaciones a los socios, el contenido de los mismos; y, la obligación del Gerente de presentar de forma mensual los estados financieros al consejo de administración y al consejo de vigilancia anualmente;¹⁷⁸y, escenario similar se refleja en lo regulado por el Ministerio Coordinador de Desarrollo Social en cuanto a los demás grupos de cooperativas.¹⁷⁹Vale indicar que lo que hace tanto la Junta de Regulación como el Ministerio Coordinador, es establecer en niveles a las cooperativas de acuerdo a los activos que cada una de ellas manejan, los cuales se han establecido de forma ascendente.

En cuanto a las Unidades Económicas Populares, ni la ley ni el reglamento definen su régimen económico, siendo el ente regulatorio el que ha establecido su segmentación, del mismo modo que para las cooperativas, mediante una segmentación conforme a parámetros que valoran sus activos y número de socios.¹⁸⁰

Como notas concluyentes en cuanto al régimen económico de las organizaciones, es pertinente dejar sentados algunos criterios que deduzco luego de su análisis:

En primer lugar, considero un acierto que se permita a las organizaciones comunitarias justificar su patrimonio o fondo social no solo con aportes valorados en dinero, sino también con mano de obra y bienes en general, ya que se evidencia en primer lugar que se les ha otorgado facilidades para el inicio de su vida jurídica, además de que se ha considerado que no siempre cuentan con la liquidez en efectivo.

¹⁷⁸ Junta de Regulación del Sistema Financiero de Economía Popular y Solidaria, Resolución No. JR-ST-2013-011, 1 de agosto del 2013.

¹⁷⁹ Ministerio Coordinador de Desarrollo Social, Resolución No. MCDS-EPS-005-2013, punto 6 “régimen económico”.

¹⁸⁰ Comité Interinstitucional de Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario, “Parámetros Unidades Económicas Populares, Acta CI-2013-004, 30 de mayo de 2013, <http://www.desarrollosocial.gob.ec/biblioteca/>, fecha de búsqueda: 27 de julio de 2015.

Sin embargo, no se comprende los motivos por los cuales se le da un trato distinto a las organizaciones asociativas, olvidándose el legislador en la redacción de la Ley, que éstas al igual que las comunitarias, responden a procesos sociales y realidades culturales muy particulares, en ese sentido, porque para las unas se establece la constitución de un fondo social y para las asociativas se establece un capital social?, equiparándolas con las organizaciones empresariales tradicionales; así mismo, con qué criterios se establecen unos valores mínimos en ese capital social inicial mayores para éstas (tres remuneraciones básicas unificadas para las asociativas y una remuneración básica unificada para las comunitarias).

En lo que tiene que ver con la posibilidad de que el fondo social de las organizaciones comunitarias pueda ser valorado no sólo en numerario sino también con aportes como bienes comunitarios y fuerza laboral productiva, más allá de lo positivo que esto resulta para aquellas, surge el cuestionamiento en igual sentido que lo mencionado en el párrafo precedente, es decir, cuales son las motivaciones para que no se haya establecido esta posibilidad también para las organizaciones asociativas, conforme a los criterios precedentemente expresados, más aún si esta posibilidad también la tienen las organizaciones cooperativas.

Sobre estos aspectos que pueden ser considerados una falla en la Ley, se nota una débil atención por parte de los organismos de regulación.

En cuanto al régimen económico de las organizaciones cooperativas, los entes regulatorios, han previsto que su capital social se refleje revisando parámetros y criterios relacionados directamente con los activos que posee, entrelazados dichos criterios con el número de socios y el rol de las actividades que según el segmento que representan realizarán, además se denota un tratamiento amplio en relación de los distintos aspectos que involucran ese régimen económico, hay entonces indiscutiblemente una amplitud en cuanto al establecimiento de valores mínimos para el inicio de operación especialmente de las nuevas cooperativas que se constituyan, por lo que el ente de control al que también le corresponde otorgar su personalidad jurídica debe evaluar técnicamente previo a la presentación de una serie de requisitos que incluyen los aspectos económicos en relación a los activos la factibilidad de su otorgamiento, siendo entonces una facultad discrecional en este caso de la

Superintendencia; es comprensible que en el caso de las cooperativas que antes de la vigencia de la nueva Ley se encontraban en operación no se hayan establecidos bases mínimas de integración de su capital social, puesto que como se ha dicho el sistema cooperativo data de algunas décadas atrás y era prácticamente la única manifestación del sistema social solidario, pero a mi criterio no ocurriría lo mismo con las organizaciones que pretenden constituirse a la luz de la nueva legislación.

Importante dejar sentado una vez más, que en cuanto al régimen económico de las cooperativas, también se evidencia un tratamiento legal y regulatorio amplio y mejor desarrollado, a diferencia del resto de organizaciones que integran el sector, lo que ocasiona vacíos notorios para su adecuado tratamiento, lo que refleja la importancia que se le da al sistema cooperativo, seguramente porque aún en se mantiene la visión de que dichas estructuras pueden producir mayores beneficios o réditos para la economía nacional, pero no es posible olvidarnos que el tratamiento adecuado y regulación de avanzada con relación a las nuevas tipologías que integran el sistema es lo que se requiere para poder decir que la economía popular y solidaria ha surtido los efectos esperados conforme la nueva visión constitucional y estatal de la economía.

En relación a las Unidades Popular Económicas, es muy pobre el tratamiento en la legislación y en las actuaciones regulatorias de la figura jurídica como tal, más aún sobre su régimen económico.

Como corolario, en este capítulo se ha realizado un intento significativo por reconocer jurídicamente y analizar de forma general al sistema económico popular y solidario, así como sus distintas formas de organización y actores que lo componen con sus particularidades desde distintas aristas, pero hay que advertir que por encontrarse estos aspectos aún en formación al ser una novedad su aparecimiento en el sistema social y en el ordenamiento jurídico, además de la heterogeneidad de esos actores, queda mucho por decir aún; sin embargo de lo cual considero que he dejado sentadas unas bases en el análisis que permiten avanzar en este trabajo hacia la comprensión de éstos en cuanto a su capacidad para intervenir en la prestación de los servicios públicos conforme los preceptos constitucionales y legales.

CAPÍTULO III

La Delegación de la Prestación de Servicios Públicos a la Economía Popular y Solidaria.

3.1 La Excepcionalidad en la delegación a la Economía Popular y Solidaria.

En el primer capítulo de este estudio se realizó la revisión jurídica de las formas y matices en la prestación de servicios públicos establecidos en las Constituciones de la República del Ecuador vigentes en los períodos 1998-2008 y 2008 hasta la actualidad, revisando que hay sustanciales diferencias entre ellas; por una parte, se dejaba la puerta abierta para una activa intervención del sector privado en las prestaciones, lo que fue aterrizado en la legislación secundaria aplicable que estableció modos y mecanismos concretos para esa intervención; y, por otro, a partir de la Constitución del 2008, una visión estatista en la prestación de servicios públicos con evidentes limitaciones prácticas, sin perjuicio de la ventana que queda abierta para las excepciones.

En el marco de esa visión constitucional, el sector de la economía popular y solidaria, tiene la posibilidad de participar en la prestación de servicios públicos, tal como señala la misma norma fundamental en su artículo 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.*¹⁸¹

En consecuencia y como advertimos en el capítulo anterior relativo al reconocimiento de la economía popular y solidaria en el Ecuador, se han plasmado los cambios a nivel legal, normativo y en la estructura administrativa estatal, con el fin de dinamizar su incursión con sus diversas formas administrativas en sectores antes no explorados por éstas.

¹⁸¹ El énfasis me pertenece.

Estrictamente en lo relacionado con la posibilidad de la delegación, se nota como aun siendo aquella de manera excepcional, trae consigo varios conflictos jurídicos en el ámbito legal administrativo que se relacionan directamente con la posibilidad efectiva de incluir a las figuras de la economía popular y solidaria en la prestación de los servicios públicos y sobre todo en el amplio escenario de los sectores estratégicos. Al respecto revisemos una vez más lo que establece el texto constitucional en su artículo 313 sobre la definición de los sectores estratégicos, que están reservados en primera instancia para la administración y gestión del Estado:

Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social.

Se consideran sectores estratégicos, la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, *el espectro radioeléctrico*, el agua, y los demás que determine la ley.¹⁸²

Es así que a los sectores estratégicos se los define de una manera bastante amplia, ya que tanto los conceptos que se establecen, como las actividades que los contienen, pueden ser aplicados en una extensa gama de actividades de control estatal y también en los servicios públicos. Pero el cambio a una visión estatista, se acentúa con lo establecido en la sentencia que sobre el espectro radioeléctrico realizó la Corte Constitucional para el período en transición¹⁸³, que con motivo de la interpretación del Art. 313 y 408¹⁸⁴, de una forma totalmente inexplicable y excedida¹⁸⁵ manifestó lo siguiente:

¹⁸² El énfasis me pertenece.

¹⁸³ Corte Constitucional para el período de transición, Sentencia Interpretativa N° 0006-09-SIC-CC del 01 de octubre del 2009, en el caso No.0012-08-IC. Al respecto la acción de interpretación constitucional no se encuentra en la Constitución, más la Ley de Garantías Jurisdiccionales y control constitucional prevé tal acción a partir de su Art. 154 y siguientes, vigentes desde su publicación en el Registro Oficial No. 52 Segundo Suplemento el 22 de Octubre de 2009. La vigencia de esta ley es posterior a la resolución del caso citado, más la Corte Constitucional en el período anterior a la vigencia de la inclusión legal de esta acción, conocía las mismas con supuesta base a sus atribuciones como intérprete oficial de la Constitución aún sin existir la acción en el ordenamiento jurídico.

¹⁸⁴ El artículo 408 de la Constitución de la República del Ecuador, establece que el espectro radioeléctrico es de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado, el que sólo podrá ser explotado en estricto cumplimiento de los principios ambientales establecidos en la Constitución, y prevé la participación estatal en los beneficios de su aprovechamiento en un monto que no será inferior a los de la empresa que los explota.

“El espectro radioeléctrico, considerado como recurso y sector estratégico, *no puede ser utilizado y aprovechado por empresas ajenas al sector público*, razón por la cual, la regla prevista en el inciso segundo del artículo 408 de la Constitución no se aplica respecto al espectro frecuencial radioeléctrico. Bajo esas circunstancias, *la empresa pública, constituida por el Estado, podrá delegar excepcionalmente la participación en el sector estratégico y servicio público telecomunicaciones a la iniciativa privada.*”¹⁸⁶

Si bien no se dice nada al respecto de la economía popular y solidaria, bajo una lógica racional, nose entendería que hubiese un tratamiento diferente, pues representaría una interpretación aún más antojadiza.

Bajo esta premisa, se entendería que la empresa pública será quien debe delegar al sector privado y a la economía popular y solidaria la prestación de servicios públicos, por lo que, por ejemplo, no habría comprensión alguna de los permisos de autorización en materia de transporte público que otorga la Agencia Nacional de Tránsito (formas también de delegación administrativa). Es decir, se requeriría que una de las empresas públicas de transporte municipales, por ejemplo, sean quienes otorguen dichos permisos, algo imposible de pensar, puesto que aquellas han sido creadas¹⁸⁷ para la gestión de los 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*, contando además con la posibilidad de tener empresas subsidiarias, filiales y agencias y unidades de negocio para el desarrollo de esas actividades según sus distintos ámbitos de intervención.

En ese sentido, sigue siendo evidente la ante dicha intención de estatización, ampliándose el alcance de esta interpretación a la economía popular y solidaria, por lo que en un primer momento existiría un inconveniente para la incursión de los agentes de este sector.

Para el bienestar del sector, posteriormente en otra sentencia interpretativa inusual, ya que se refieren a las normas constitucionales contenidas en los artículos 313,

¹⁸⁵ Es inexplicable ya que la consulta elevada consistía en la naturaleza del espectro radioeléctrico como recurso natural, y la participación de los privados en los beneficios del aprovechamiento de estos, y en la parte motivada de la sentencia se hace escasa referencia al aspecto de los servicios públicos.

¹⁸⁶ El énfasis me pertenece.

¹⁸⁷ LOEP, artículo 4.

315 y 316¹⁸⁸ y sin mención del antes mencionado artículo 408, la Corte Constitucional en un sentido contrapuesto estableció:

[...] 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.

[...] Solo el Estado Central puede autorizar a las empresas públicas la gestión de los sectores estratégicos y/o la prestación de los servicios públicos”.

Con este nuevo precedente constitucional, se deja abierta la puerta nuevamente para que *por excepción* se delegue los servicios públicos a la economía popular y solidaria, con lo cual se retomó la posibilidad jurídica para su penetración en este ámbito, siendo de trascendencia indicar que en su operación competirán con las empresas privadas pero también con las empresas públicas y mixtas.

Para mayor abundamiento y por ser pertinente para fines aplicativos, se puede observar como la legislación secundaria, en este caso, el Código Orgánico de la Producción confirma la posibilidad de delegación por excepción, así como sus mecanismos de concreción, conozcamos la disposición pertinente contenida en el artículo 100:

Excepcionabilidad.- 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 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 sectores estratégicos y la provisión de servicios públicos de electricidad, vialidad, infraestructuras portuarias o aeroportuarias, ferroviarias y otros.

Se garantizará lo dispuesto en la Constitución y se precautelaré que los precios y tarifas por los servicios sean equitativos y que su control y regulación sean establecidos por la institucionalidad estatal.

La modalidad de delegación podrá ser la de concesión, asociación, alianza estratégica, u otras formas contractuales de acuerdo a la ley, observando, para la selección del delegatario, los procedimientos de concurso público que determine el reglamento, salvo cuando se trate de empresas de propiedad estatal de los países que formen parte de la comunidad internacional, en cuyo caso la delegación podrá hacerse de forma directa.

¹⁸⁸Sentencia Interpretativa No. 001-12-SIC-CC de la Corte Constitucional del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 629 Suplemento del 30 de enero del 2.012.

Es importante resaltar por tanto, que según la mentada disposición la situación de excepción deberá ser decretada por el Presidente de la República, esto es por el gobierno central, entendiéndose que se tratan de actividades estratégicas de su competencia conforme la Constitución de la República.

Revisemos el aporte que al respecto ha realizado el doctor Pablo Egas Reyes:

[...] el propio artículo 316, último inciso, determina que de forma excepcional y por disposición legal, el Estado podrá delegar a la iniciativa privada y a la economía popular la explotación de los sectores estratégicos, desdibujando el concepto de las empresas mixtas en su participación en ese sector. Hubiese sido mucho más didáctico el hecho de que el constituyente de forma clara y precisa indicare que este tipo de sectores puede ser explotado por el sector público, la iniciativa privada o en conjunto. Tal como está redactado parecería ser que el constituyente deja una puerta abierta a la iniciativa privada para esta actividad, lo cual estaría en contra del espíritu económico de la Constitución.¹⁸⁹

Este criterio asevera lo dicho en cuanto a la falta de precisión constitucional para abordar la participación privada y de la economía popular y solidaria en este ámbito, sin embargo, resultajurídicamente factible dicha participación.

Pero además, en una segunda lectura de la disposición constitucional que permite la delegación, se puede deducir que no es únicamente por excepción que estos sectores distintos al público pueden participar en esas actividades prestacionales, ya que al disponer que el Estado puede delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales éste tenga mayoría accionaria, sería factible legalmente que una organización perteneciente a la economía popular y solidaria integre una empresa mixta y accedapor delegación y conjuntamente con la empresa pública a ser operador de los servicios públicos; en este caso, a criterio de la autora, al constituirse la empresa mixta no sería necesario la concreción de mecanismos jurídico o administrativos como la concesión, autorizaciones o permisos, puesto que se entiende que el asocio entre el sector público y privado tiene como objeto la prestación del servicio público de que se trate, en tal sentido la delegación a la que se refiere la norma constitucional se verá reflejada en el instrumento correspondiente que plasme la asociación y creación de la empresa.

¹⁸⁹Egas Reyes, “La Propiedad en la Constitución del 2008”, citado en el capítulo II de este trabajo, 339-340.

En lo que tiene que ver concretamente con la aplicación de la delegación por excepción al sector de la economía popular y solidaria, la decisión de que tipología adoptará el ente de la función ejecutiva o de los gobiernos autónomos descentralizados dependerá de varios factores de orden técnico, tales como las características de la actividad prestacional, el número de población objetiva beneficiaria de los servicios públicos, las connotaciones y particularidades de los sectores estratégicos, etc.

En dicho escenario, para ubicarnos en un caso práctico a modo de ejemplo, tenemos a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones publicada en el Registro Oficial Suplemento No 439 en febrero de 2015, que en lo relativo a las formas de gestión en su artículo 14, establece: “Con sujeción a lo dispuesto en la Constitución de la República, los servicios públicos de telecomunicaciones son provistos en forma directa por el Estado, a través de empresas públicas de telecomunicaciones o indirecta a través de delegación a empresas de economía mixta en las cuales el Estado tenga la mayoría accionaria o a la iniciativa privada”; según se desprende de la parte final del artículo se deja abierta la posibilidad de delegar a la iniciativa privada, y por lo tanto también a la economía popular y solidaria la gestión de estos servicios prestacionales; sin que quepa duda por tanto que en las telecomunicaciones que forman parte de los denominados constitucionalmente sectores estratégicos, es legalmente posible su intervención.

Conforme lo previsto en la Ley *ibídem*, y en concordancia con lo que se ha dejado establecido en el capítulo I de este estudio sobre las formas jurídico administrativas para las actividades prestacionales, su artículo 37 contempla como posibilidades viables para la delegación a los privados¹⁹⁰, los siguientes: la concesión: para servicios tales como telefonía fija y servicio móvil avanzado así como para el uso y explotación del espectro radioléctrico, por empresas de economía mixta, *por la*

¹⁹⁰ El artículo 36 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones contempla como tipos de servicios de telecomunicaciones y radiodifusión, los siguientes: servicios de telecomunicaciones, que son aquellos que se soportan sobre redes de telecomunicaciones con el fin de permitir y facilitar la transmisión y recepción de signos, señales, textos, vídeo, imágenes, sonidos o información de cualquier naturaleza, para satisfacer las necesidades de telecomunicaciones de los abonados, clientes, usuarios, como por ejemplo, la telefonía fija y móvil; servicios de radiodifusión, siendo aquellos que permiten transmitir, emitir y recibir señales de imagen, sonido, multimedia y datos, a través de estaciones de tipo público, privado o comunitario con base a lo establecido en la Ley Orgánica de Comunicación; y, servicios por suscripción, como aquellos de radiodifusión recibidos únicamente por usuarios que previamente hayan suscrito un contrato de adhesión; pudiendo el organismo regulador competente, establecer otro tipo de servicios de telecomunicación, conforme las necesidades sociales y avances tecnológicos.

iniciativa privada y la economía popular y solidaria; la autorización que otorga el Estado, mediante la figura el permiso: para la prestación de audio y vídeo por suscripción, para personas naturales y jurídicas de derecho privado; y, el registro de servicios: para servicios portadores, operadores de cable submarino, radioaficionados, valor agregado, de radiocomunicación, redes y actividades de uso privado y reventa; siendo de importancia indicar que para el caso de los servicios cuyo título habilitante es el registro, en caso de requerir de frecuencias, deberán solicitar y obtener previamente la concesión o autorización, según corresponda.

En este caso me he referido a los servicios públicos que tienen que ver con las telecomunicaciones, y a ese respecto habría que analizar a mayor profundidad si este tipo de organizaciones se encuentran en la capacidad técnica y/o económica de encargarse de la prestación, por ejemplo, de servicios de telefonía móvil, tomando en cuenta toda la inversión que ello implica; y, que dicho sea de paso, como es de conocimiento público, en el país este servicio es prestado por dos grandes empresas privadas que tienen a su favor la mayor cantidad de usuarios y por una empresa pública que no ha logrado superar las expectativas frente a las primeras.

Siguiendo con los ejemplos prácticos y volviendo a los mismos servicios de telecomunicaciones, existe una posibilidad que resulta ser directamente ejecutable por los actores de la economía popular y solidaria, me refiero a los de radiodifusión, puesto que la Constitución de la República ha incluido en el catálogo de derechos ciudadanos, a la¹⁹¹ creación de medios de comunicación social, y al acceso en igualdad de condiciones al uso de las frecuencias del espectro radioeléctrico para la gestión de estaciones de radio y televisión públicas, privadas y comunitarias, de modo, que la Ley de la materia ha establecido su prestación a través los sectores público, *privado o comunitario*; por tanto, al ser prestadores directos por disposición constitucional, para estos casos no aplica la excepcionalidad en la prestación.

Otro caso digno de mencionar, es el relativo a la prestación de servicios públicos comunitarios de gestión del agua, en el marco del artículo 318 de la Carta Magna, que en su inciso segundo ha dispuesto: “La gestión del agua será exclusivamente pública o

¹⁹¹ Constitución del Ecuador, artículo 16, numeral 3.

comunitaria. El servicio público de saneamiento, el abastecimiento de agua potable y el riego serán prestados únicamente por personas jurídicas estatales o comunitarias”. De esta manera las organizaciones comunitarias en general y también aquellas previstas en la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, intervienen directamente en estas prestaciones, sin que se requiera de delegación estatal pues son protagonistas en esas actividades prestacionales.

Por otra parte, la vigente Ley Orgánica de Transporte Terrestre Tránsito y Seguridad Vial, ha instituido como un servicio público estratégico al servicio de transporte colectivo y/o masivo, siendo responsabilidad del Estado el garantizarlo, pero también, permite la delegación de la gestión de este servicio a través de la suscripción de contratos de operación para el caso del transporte masivo, los que jurídicamente son asimilables a la delegación mediante concesión del servicio; o mediante permisos y autorizaciones para el caso de transporte comercial en sus distintas tipologías. Estos mecanismos son los utilizados por las cooperativas de transporte terrestre antes mencionadas que forman parte del sector de la Economía Popular y Solidaria.

Quedan entonces confirmadas en la legislación secundaria las disposiciones constitucionales que permiten la intervención de los privados y por ende de la economía popular y solidaria en la prestación de servicios públicos, en vista de que mediante la concesión o con un permiso administrativo es posible su materialización.

El análisis y casos mencionados, nos dejan la inquietud sobre las implicaciones de la intervención de la Economía Popular y Solidaria, que como se deja sentado, pueden jurídicamente participar en la prestación de una diversa gama de servicios públicos, así sea por excepción, sobre ello me ocuparé en el siguiente acápite.

3.2 Efectos de la prestación de servicios públicos por la Economía Popular y Solidaria.

Sin lugar a duda, para conocer los efectos en este sector de la economía a partir de la novedad que contiene la Constitución, hay que hacer una mirada en contraste con la normativa secundaria vigente, a fin de determinar la capacidad jurídica y real de su participación en lo relativo a los servicios públicos.

De este modo, para su mejor comprensión, termina siendo necesario ir un poco más allá de los aspectos jurídicos, y analizar también el escenario para su intervención, en este sentido: “las teorías económicas han explicado, consecuentemente, la existencia de estas organizaciones como respuestas a las fallas del mercado o del Estado”¹⁹²; con este criterio, me atrevo a decir que no es extraño el planteamiento de que los agentes de la economía popular y solidaria puedan asumir la prestación de algunos servicios públicos. Sin embargo, hay que considerar que la enumeración que realiza la Constitución de la República en su artículo 314 sobre aquellos, y por las realidades que se reflejan en la práctica, resultaría ser que esporádicamente los actores del sector económico popular y solidario, cuentan con las capacidades para emprender estas actividades.

Una de las razones que podrían explicar aquello, son los requerimientos económicos que son necesarios para dichos fines, puesto que todas las actividades prestacionales referidas conllevan una gran inversión en cuanto a recursos y en muchas ocasiones un alto riesgo; este análisis lo deberán profundizar los expertos en materia socio económica, sin embargo, al ser un aspecto evidente a todas luces, me atrevo a mencionarlo, avanzando incluso en la conclusión de que el cambio de esta realidad corresponde en gran medida a la adecuada regulación y sobre todo a la promoción que debe realizarse por los agentes estatales, pero que lamentablemente en la legislación vigente, no se ha afrontado ni previsto de manera completa y adecuada, por lo que podría considerarse en riesgo el éxito de esta intervención.

Pero a favor de la economía popular y solidaria, se debe señalar que el sector no ha sido del todo ajeno al ámbito de los servicios públicos, sobre todo en el transporte público, en vista de que dicha actividad se ha posicionado en una gran parte del territorio con una activa participación¹⁹³, pudiendo decirse además que ésta es la

¹⁹² Betty Espinosa, “La economía solidaria y sus múltiples expresiones”, Boletín de Análisis de Políticas Públicas, (Flacso- Sede Ecuador, Junio 2012).

¹⁹³ Según datos tomados de la presentación de Hugo Jácome y María José Estrella “El sector económico popular y solidario: modelo de gestión y supervisión” en Estudios sobre la Economía Popular y Solidaria, página 121, analizar la distribución geográfica de las organizaciones por tipo de actividad que realizan, las provincias que agrupan la mayor cantidad de cooperativas no financieras son, en orden de importancia: Pichincha, Guayas, Manabí Tungurahua y Azuay, con más de 128 organizaciones por territorio instaladas por cada 100.000 habitantes en edad de trabajar, caracterizándose por una presencia predominante de cooperativas de transporte.

experiencia más importante que ha tenido si de servicios públicos se trata, pero circunscrita al sub sector del cooperativismo.

Tampoco es ajena la prestación de servicios públicos en asuntos comunitarios, tales como las experiencias en educación y la salud, cuya ejecución al estar estas actividades reconocidas como derechos ciudadanos, directamente están relacionados a las actividades que sirven para su pleno ejercicio, conforme a la Constitución y la Ley.

Recordemos que en el primer capítulo hicimos mención a los servicios de desarrollo infantil para la primera infancia, en los que actores de las organizaciones sociales y también de las organizaciones que conforman la economía popular y solidaria, a través de la suscripción de convenios de cooperación, intervienen directamente en su prestación, sin embargo, vale aclarar que al tratarse de una cooperación, el aporte económico más fuerte es realizado por el Estado, encargándose la gestión y organización del servicio en gran proporción al sector objeto de este estudio, de tal modo quedaría en entredicho la completa capacidad de su intervención, pero también la falta de capacidad del Estado para asumir de manera directa estas prestaciones de gran importancia para la población; en consecuencia, con este caso ejemplificador, nos referimos a la intervención de las organizaciones asociativas, cooperativas, comunitarias y a las unidades económicas populares en lo que tiene que ver con la economía del cuidado.

Corroboramos estos criterios con los que nos cuenta Carlos Naranjo Mena en su trabajo “Apuntes para la Historia del Cooperativismo Ecuatoriano”, quien pone un ejemplo histórico que data de los inicios del cooperativismo, cuando dieciocho colonos en la ciudad de Santo Domingo de los Colorados, conformaron la denominada Cooperativa de Electrificación Rural Santo Domingo de los Colorados, la que inició con la adquisición de un pequeño motor para la generación de energía eléctrica que no existía en esa naciente zona agrícola, esta cooperativa, llegó a agrupar cerca de 50.000 socios-usuarios, llevando la energía eléctrica hasta el cantón Quinindé; nos cuenta además el autor que a pesar del éxito conseguido, un gobierno de turno, dictó la Ley de Electrificación, disponiendo que la provisión de energía eléctrica sea privativa del

Estado, ordenándose con ello la liquidación y disolución del mejor ejemplo de autoabastecimiento de energía eléctrica.¹⁹⁴

Así mismo, nos cuenta sobre la experiencia de este sector en medios de comunicación, poniendo como ejemplo a los extintos, canal de televisión “Telecuatro” y diario “La Verdad”, con un campo de acción en las ciudades de Guayaquil e Ibarra, respectivamente.

Con estos datos queda demostrado que con decisión política y una adecuada visión e implementación legal, la economía popular y solidaria podría ejercer con éxito el rol de prestador de servicios públicos.

Resulta importante conocer sobre el rol que deben asumir los Gobiernos Autónomos Descentralizados para la intervención del sector, contando con lo previsto en el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que como ya se explicó guarda coherencia con la norma constitucional y permite la delegación por excepción a la economía popular y solidaria (artículo 283), empero, pese al gran campo de acción y abanico de posibilidades que podrían tener las organizaciones en el ámbito territorial, vemos como siguen prevaleciendo los criterios de que es más seguro, eficiente y hasta productivo, la prestación de los servicios públicos en estos niveles de gobierno, a través de la constitución de empresas públicas, lo dicho en vista de que no se cuenta con datos que proporcionen elementos para tener un criterio distinto.

Además, el mismo código también contempla la constitución de empresas de economía mixta¹⁹⁵ para estos fines, lo que también podría ser un mecanismo idóneo para la inclusión del sector, con la excepción de los servicios de riego y agua, los que únicamente deben ser prestados por empresas públicas, *comunitarias o entre alianzas*

¹⁹⁴ Naranjo Mena, “Apuntes para la Historia del Cooperativismo Ecuatoriano”, Estudios sobre Economía Popular y Solidaria, 213.

¹⁹⁵ El artículo 282 del COOTAD, establece que los GADS regional, provincial, metropolitano o municipal podrán delegar la gestión para la prestación de servicios públicos o para el desarrollo de otras actividades o emprendimientos, a empresas de economía mixta, siempre que la selección del socio se realice mediante concurso público de acuerdo con la ley que regula las empresas públicas, exceptuándose la dotación de los servicios públicos de agua y riego los cuales sólo pueden ser prestados por entidades públicas, comunitarias o en alianza público comunitaria.

público privadas, lo que corrobora aún más dicha inclusión, visto que las organizaciones comunitarias son esencialmente parte de la economía popular y solidaria.

Miremos brevemente lo que al respecto ha expuesto Verónica Andino en cuanto a algunas acciones que podrían potenciar un efecto positivo para la intervención del sector:

Es clave [...] diseñar con la participación de los actores de la economía solidaria los mecanismos de concurso público que se correspondan con las particularidades de este sector, así como los mecanismos de control, con un fuerte énfasis en el control social (Art. 284 COOTAD). Es importante documentar bien estas experiencias de tal manera que puedan servir de referente para otros territorios y bienes y servicios delegables [...] Las organizaciones de la economía solidaria tienen un interés en proponer una reforma a los artículos 135 y 136 de la LOEPS, para que incluyan el apoyo específico a organizaciones de la economía solidaria ya existentes y con interés en brindar estos servicios, para que puedan ejercer la delegación. Se puede establecer que únicamente se promoverá la creación de nuevas organizaciones cuando ninguna de las existentes tenga interés en la provisión del bien o servicio público.¹⁹⁶

Al respecto, de la lectura de los artículos 135 y 136 de la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, se deduce que para la delegación, los gobiernos municipales promoverán la creación de organizaciones comunitarias y la integración en formas compartidas de gestión comunitaria, dejando afuera las ya existentes, lo que limita y retrasa su inmediata intervención.

Por ser un factor importante en el desarrollo económico del sector que puede verse reflejado en una posterior intervención en la prestación de servicios públicos, cabe mencionar que el artículo 132 del Reglamento de la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, ha establecido que las entidades del ejecutivo que en el marco de sus competencias, concedan apoyo financiero con fines productivos, incorporen anualmente en sus presupuestos, recursos destinados para el cofinanciamiento de proyectos productivos y desarrollo e implementación del subsidio al seguro agrícola, ganadero, pesquero y acuícola de las organizaciones de la economía popular y solidaria, canalicen sus recursos a través de las organizaciones del Sector Financiero Popular y Solidario, así también, en diferentes leyes, se dejan establecidas las políticas del Estado en cuanto

¹⁹⁶Andino, “De palabras con poder y acciones con libertad – Análisis de los posibles efectos del marco legal en el sector de la economía popular y solidaria en el Ecuador y propuestas para seguir actuando en libertad” 66.

al fortalecimiento y el acceso a microempresas y otros grupos vulnerables a servicios financieros¹⁹⁷, los que se consideran aspectos positivos previstos en la legislación actual, pero al respecto, se debería considerar que para que estos avances en la legislación surtan efectos positivos, sería pertinente que estos recursos se canalicen a través de la Corporación de Finanzas Populares y Solidarias, de tal forma que se logre consolidar la política económica crediticia necesaria para el impulso de la economía popular y solidaria.

No menos importante resulta lo previsto en el artículo 10 de la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, en el sentido de que el Estado central y los Gobiernos Autónomos Descentralizados participarán en la conformación de capitales de riesgo y de organizaciones mixtas de economía popular y solidaria a través de mecanismos legales y financieros idóneos, en concordancia con el artículo 282 del Código Orgánico antes referido, que establece la conformación de empresas mixtas, sin embargo, actualmente se percibe en el escenario político económico del país, que la oferta de capitales y beneficios de incentivos no ha sido encaminada con prioridad absoluta al sector de la economía popular y solidaria, lo que podría dejar en la práctica inaplicable a estas disposiciones legales, esto puede ser comprobado, por ejemplo, si se revisa el contenido del proyecto de Ley sobre Alianzas Público Privadas, actualmente aprobado por parte de la Asamblea Nacional, el que establecerá un marco general regulatorio para la intervención del sector privado en asocio con el Estado para la provisión de bienes obras o servicios considerados de interés general. De su análisis legal, se puede notar que al ser la economía popular y solidaria parte del sector privado, sus contenidos se aplicarían a su favor, pero sin embargo, a lo largo de su articulado, no se hace mención especial al sector que tiene unas importantes particularidades, más bien se establecen beneficios para tales alianzas y exenciones importantes, que aunque parezca un criterio subjetivo, van encaminadas al sector privado nacional y extranjero que ostentan en buena medida grandes proporciones de capital y la experiencia y capacidad técnica; seguramente la situación económica actual así lo requiere, quedando una tarea pendiente en este sentido.

¹⁹⁷ El artículo 67 del Código Orgánico de la Producción establece que la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera establecerá los mecanismos para potenciar el financiamiento de las micro y pequeñas empresas en todo el territorio nacional, sobre todo en las regiones de menor cobertura financiera y para mejorar la eficiencia y acceso a tecnologías especializadas de los operadores privados del sistema.

En lo que tiene que ver con la inclusión del sector como parte activa del mercado, tomado como referencia a las contrataciones estatales de bienes obras y servicios con base en las disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en donde el Estado tiene la posibilidad efectiva de incidir activamente para su beneficio, según datos que han sido publicados por el Instituto Ecuatoriano de Economía Popular y Solidaria, se ha privilegiado en el año 2014 a las organizaciones del sector mediante el mecanismo legal de ferias inclusivas a 16.000 de sus actores, representando un egreso económico estatal de USD 90'414.271,88, repartidos en proyectos tales como el denominado “Hilando al Desarrollo”, que se concreta a la realización de uniformes y ropa de trabajo; realización de pupitres, implementos hospitalarios; calzado; y, servicios de limpieza¹⁹⁸, y que al hacer un análisis porcentual a groso modo, dicha inversión representaría únicamente el 3.09 por ciento del presupuesto general del estado de ese año. En todo caso, se considera que ha habido un avance importante, puesto que a partir del año 2008 en que se expide la nueva Ley que regula a la contratación pública en el Ecuador, se logra al menos, incluir este tipo de mecanismos que privilegian o permiten la intervención del sector económico popular y solidario, sumado a toda la legislación que rige a la materia y a la nueva institucionalidad estatal, sin embargo, es a todas luces visto que los esfuerzos deben ser mayores, ya que por las características de los bienes y servicios antes mencionados se puede deducir que estas organizaciones han sido tomadas en cuenta por un pequeño espectro de las instituciones que conforman el sector público.

Así también, en cuanto a la inversión que se ha realizado para el fortalecimiento del sector, según la institución encargada de su fomento y promoción, dentro de su gestión se ha ejecutado un presupuesto aproximado de USD 6'000.000,00 en inversión para el fomento y promoción del sector, en proyectos que podrían ser considerados emblemáticos, tales como: Socio Vulcanizador, Proyecto de Desarrollo Corredor Central, Hombro a Hombro – Sierra Centro para el Buen Vivir Rural¹⁹⁹, sobre los que me permito aplaudir su concreción, pero también se debe decir que esos recursos

¹⁹⁸ Instituto Ecuatoriano de Economía Popular y Solidaria, “Informe de Rendición de Cuentas año 2014”: [https://mail.inclusion.gob.ec/service/home/~/~Rendición Cuentas IEPS 2014.pdf?auth=co&loc=es&i](https://mail.inclusion.gob.ec/service/home/~/~Rendición+Cuentas+IEPS+2014.pdf?auth=co&loc=es&i)

¹⁹⁹ *Ibíd.*

podrían ser mayores y canalizados en mayores iniciativas que reflejen la diversidad y potencialidad productiva en general con la que se cuenta en el país, tal como se dejó sentado en el capítulo segundo referente al reconocimiento del sector.

Otro aspecto de incidencia en los efectos de la posibilidad de prestación de servicios públicos, se circunscribe a las medidas afirmativas, políticas públicas y claras regulaciones legales, desde un sin número de sectores del quehacer público, no sólo de los responsables de su rectoría o fomento, se pueda insertar de un modo mucho más protagónico al sector, esto es, que la economía popular y solidaria sea un concepto transversal en la ejecución de la política económica del Estado, por lo que me atrevería a proponer la creación de una Secretaría Nacional de la Economía Popular y Solidaria, lo que tiene plena base legal conforme la Constitución y normativa secundaria aplicable; la crítica a esta propuesta podría ser el ensanchamiento del Estado y la generación de mayor burocracia, sin embargo considero que se justificaría plenamente, ya que como dijimos precedentemente la dispersión entre instituciones que actualmente existe, no ha permitido consolidar y mirar con un mismo objetivo a este sector, lo que sería solventado con la existencia de un único organismo estatal y además con competencias de incidencia en todo el sector público.

Estas medidas deben procurar lograr posicionar a la economía popular y solidaria en la cultura y en el corazón de la sociedad en general, tomando en cuenta que este es un aspecto de influencia, ya que no se puede desconocer que desde los distintos estamentos del sector privado, también se requiere una colaboración para la integración del sector como un aliado importante.

Por último, es menester cerrar este capítulo comentando que luego del análisis jurídico realizado en este estudio relativo a la intervención del sector en el amplio y potente escenario de los servicios públicos, y al haber dejado establecida su factibilidad legal, es evidente que queda un camino por construir que se relaciona con la decisión política de dar prevalencia al sector y así puedan ser activos participes en la matriz productiva ecuatoriana, lo que supera el espectro de la aplicación jurídica o de interpretaciones de aplicación normativa, constriñéndose, en todo caso, a la concreción de la política pública económica por parte del Estado.

CONCLUSIONES.

La provisión y prestación de servicios públicos se constituyen en una parte fundamental de las actividades que realiza el Estado ecuatoriano; y, en la actualidad es uno de los temas de mayor incidencia para el bienestar de los ciudadanos, con una nueva consideración presente en la Constitución de la República vigente, como es el caso de los derechos del “buen vivir”, siendo uno de los temas que constituye la materialización de la promoción y garantía de esos derechos fundamentales.

En la doctrina, pese a los esfuerzos propuestos en delimitar su contenido, no existe un acuerdo sólido para la definición única de los servicios públicos; pero en todo caso, se ha definido de alguna forma sus principios rectores, y se ha trabajado sobre todo en su regulación y control, así como, en su incidencia en el mercado, dejando la tarea de su definición e implementación al ordenamiento jurídico secundario, en el que pueden nacer nuevas actividades y figuras que permitan su materialización, según las necesidades tan cambiantes de la sociedad y que van de la mano con los avances tecnológicos y el desarrollo en el mundo globalizado.

En tal contexto, en la Carta Magna, aparece una evidente publicación de varias actividades y sectores, por lo que se mira al Estado en un escenario preponderante pero con mayores atribuciones y responsabilidades; y, por otra parte con la aparición de la economía popular y solidaria como parte del sistema económico, se apunta al fortalecimiento de una economía incluyente y participativa.

Es trascendental en la conclusión de mi exposición, referirme a uno de los ejemplos palpables de la aparición y posicionamiento de la economía popular y solidaria, que aunque de manera limitada, desde hace décadas surge con un razonable afianzamiento en la sociedad, básicamente con la participación de las cooperativas, y con mayor presencia en el sistema financiero ecuatoriano, siendo esta la única expresión del concepto económico social y solidario; por tanto indudablemente es un acierto esta nueva visión y contenidos constitucionales, que al incluir a la economía popular y solidaria como un sector del sistema económico, pretende no solo visibilizarlo sino insertar a las distintas expresiones de la organización social en la participación activa de la economía (comunitario, asociativo, cooperativo, pequeños y unipersonales

empresarios como las unidades económicas populares), con la pretensión de generar un verdadero desarrollo incluyente, sin que figuren únicamente los grandes ostentadores del capital.

Pese a reconocer el acierto, se tiene para decir, que existen algunas limitaciones jurídicas para su aplicación práctica, puesto que existe poca claridad y una débil determinación en cuanto a las figuras contempladas en la Ley de Economía Popular y Solidaria, ya que no se han tomado en cuenta aspectos definatorios desde sus realidades y particularidades sociales, culturales y económicas para su operación; y, sobre todo no se han clarificado adecuadamente las diferencias entre ellas, otorgando en muchos casos mayores garantías a unas, como las del sector cooperativo, en desmedro de las demás. Del mismo modo, se nota como la legislación deja señalados los conceptos del fomento y promoción como una obligación estatal, pero no se encuentran con claridad los mecanismos idóneos a ser aplicados tomando en consideración las particularidades antes referidas.

Añadiendo, en cuanto al fomento y promoción del sector por parte del Estado, nos encontramos con varias instituciones y/o organismos que en su accionar comparten roles de regulación del sector, como es el caso del Comité Interinstitucional que define las políticas públicas para el sector, integrado por varios Ministerios Coordinadores; el Ministerio de Inclusión Económica y Social, que planifica, coordina, gestiona, controla y evalúa las políticas, planes, programas, estrategias, proyectos, a través de prestaciones de los servicios de inclusión económica, dentro de los que se enmarcan los relacionados a la economía popular y solidaria; el Instituto Ecuatoriano de Economía Popular y Solidaria, como ejecutor de procesos tendientes al fomento y promoción y la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, que pese a ser un organismo de control, comparte actividades en el fomento y regulación; por consiguiente contamos con una dispersión en cuanto a la institucionalidad pública que afronte los retos del sector.

Se reconoce en este trabajo que han habido importantes avances en cuanto a la aplicación de fomento económico, por ejemplo en la gestión pública financiera desarrollada por la Corporación de Finanzas Populares y Solidarias, que como se deja sentado en el capítulo dos, ha privilegiado la focalización del crédito hacia las

organizaciones de sector, lo cual es un acierto en el país, proceso que aún no ha concluido, permitiéndome recomendar, que los recursos estatales que se prevean para el fomento y participación, sean colocados en un grado más alto, a través de la mentada Corporación, de tal forma que exista coherencia en el enfoque de su intervención, así como, menores índices de superposición de tareas y la protección de estos recursos en su beneficio, además de la flexibilización de líneas de crédito autorizadas para el sector desde dicho organismo.

Consecuentemente, con la aplicación de estas medidas, las organizaciones del sector económico popular y solidario tendrían la posibilidad potencial para que en un siguiente momento puedan proyectarse como prestadores de servicios públicos de forma económicamente sustentable.

Se puede concluir además, que si bien es cierto, hacen falta unas redefiniciones de índole legal para la estabilidad de la economía popular y solidaria, para su óptimo desarrollo también se requiere, en buena medida, de la voluntad política de los operadores públicos y de la definición de la política económica que logre consolidar y privilegiar con propuestas atractivas y ventajas a este sector que ha aparecido con mayor fuerza en el mapa económico del país desde finales de la anterior década y sigue luchando para incidir protagónicamente en la matriz productiva de la que tanto se habla actualmente; así como la concreción de la normativa que ya se encuentra vigente y que incluye la intervención de la economía popular y solidaria en este ámbito, con lo que se pueden dar los primeros pasos para estos efectos.

Concretamente en cuanto a la intervención del sector en la prestación de los servicios públicos, tema central de este estudio, al realizar una interpretación integral de la carta fundamental, particularmente entre dos disposiciones (artículos 313 y 316), es posible demostrar las particularidades de la economía popular y solidaria frente a la iniciativa puramente privada, en tanto la primera representa un emprendimiento no convencional con alcance a los sujetos económicos de carácter popular y solidario, así como un cambio de la visión tradicional de lo privado, sumado a la visión de lo público como reivindicación de la propiedad estatal con la gestión por parte de agentes sociales y comunitarios; la segunda (puramente privada), representa el modelo tradicional de intervención en las actividades prestacionales que responden a los planteamientos del

mercado y a las exigencias de la inyección de capitales, tecnologías, conocimiento, etc, tal como está previsto en la Ley de Modernización del Estado, aún vigente, y conforme los contenidos y postulados de la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria.

Con lo dicho se puede concluir, que no se encuentra una categórica prohibición para el accionar de los privados y del sector económico popular y solidario en estas actividades, al contrario pese a la excepcionalidad planteada y a los objetivos de recuperación de lo público, es plenamente factible su intervención.

Para afianzar dicha conclusión, si bien es cierto, la disposición constitucional prevista en el artículo 315 dispone la gestión de los sectores estratégicos por medio de la constitución de empresas públicas que son sociedades cien por ciento de derecho público, la misma disposición constitucional deja la puerta abierta a la intervención privada al establecer que “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”, es decir bien se puede contar con los privados mediante otros mecanismos contemplados en la legislación societaria; y, de forma más precisa, el artículo 316 que permite categóricamente la delegación y contempla de igual modo esa posibilidad constituyendo empresas mixtas en las que el Estado tenga mayoría accionaria, siendo la innovación constitucional lo relativo a la delegación hacia la Economía Popular y Solidaria.

Con base en estos ámbitos analizados, es un hecho que en la práctica coexisten varias posibilidades legales para aplicar la figura administrativa que corresponde, sea la autorización – permiso; o en su defecto la concesión con sus diversos matices, mediante las cuales se desprenden los derechos y obligaciones que surgirían en la participación de la economía popular solidaria en las actividades públicas prestacionales, quedando la tarea en la práctica, de aplicar técnicamente la normativa legal secundaria que en algunas ocasiones, por su amplitud y diversidad en materia de servicios públicos, podría prestarse a interpretaciones distintas, haciendo eco de los principios de estabilidad y seguridad jurídica.

En el marco de estas figuras administrativas que fueron estudiadas detenidamente en el primer capítulo, es necesario tomar en cuenta que para el caso de la economía popular y solidaria y su intervención en la gestión de servicios públicos a través de permisos o autorizaciones, aquella ostentaría un derecho preexistente que le exige únicamente el cumplimiento de requisitos legales; en cambio, si se encontrará frente al caso de una concesión, el derecho se crea al momento en el que el Estado le traspasa por la actividad.

Distinto análisis amerita el aspecto económico para su gestión en un sentido puramente práctico, ya que no podemos dejar de considerar la capacidad de emprender con grandes inversiones y diversos riesgos de negocio, tomando en consideración que de la enumeración constitucional de los servicios públicos y de los denominados sectores estratégicos, todas las actividades conllevan a una gran inversión en cuanto a recursos y en la mayoría de ocasiones un alto riesgo, lo cual no es del todo concluyente, puesto que de igual modo se ha demostrado que existen ejemplos de su intervención con resultados exitosos, por lo que se requiere no solo de los postulados jurídicos y mejoramiento del aparataje público institucional que cobije al sector contemplando esta posibilidad que tienen de intervenir en el campo de los servicios públicos, sino también de verdadera decisión para su fomento.

En consecuencia, al encontrarse el sector de la economía popular y solidaria, plenamente facultado para asumir la prestación de los servicios públicos en las diversas áreas y bajo las figuras y matices contempladas y aceptadas por el derecho administrativo, aún queda la duda sobre su capacidad de operación, de tal forma que la permisibilidad constitucional no quede sin aplicación efectiva y no surtan los efectos esperados en lo relacionado a dinamizar la economía nacional incluyendo a todos los sectores que histórica y tradicionalmente han quedado por fuera, siendo fundamental insistir sobre la tarea en el impulso y promoción del sector de la economía popular y Solidaria por parte del Estado a través de las instancias competentes.

Por su parte, la estructura de los agentes de la economía popular y solidaria, en sus principios y esencia, no se alejan de los objetivos que se persiguen con la materialización de los servicios públicos, ya que a fin de cuentas, bajo el nuevo paradigma constitucional, se pretende alcanzar el buen vivir.

En ese orden de ideas, pese a ser posible su intervención, el reconocer si la delegación constitucional constituye o no un mecanismo de incentivo y desarrollo de los sujetos en la economía popular y solidaria, sobrepasa el ámbito jurídico, siendo insuficientes los contenidos constitucionales y legales para llegar a dicha determinación, toda vez que es necesario contar con un análisis socio-económico que permita, con mayor profundidad, conocer a cabalidad los efectos de la intervención a partir del año 2008 y más puntualmente desde el 2011, fecha en la que se expide la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, aunque de la mirada a groso modo que se ha realizado en esta investigación, se nota que aún queda camino por recorrer, sobre todo por las capacidades que se debe generar en las organizaciones que conforman el sector y que es un trabajo que atañe de forma complementaria al Estado, al sector económico privado, al mismo sector económico popular y solidaria, siendo necesario, inclusive, el aporte de la sociedad en general.

Bibliografía:

Andino Maldonado Verónica Isabel, “De palabras con poder y acciones con libertad – Análisis de los posibles efectos del marco legal en el sector de la economía popular y solidaria en el Ecuador y propuestas para seguir actuando en libertad”, Políticas públicas territoriales para la Economía Social y Solidaria en Loja, (Editores: Luis Guridi, Maite Fernández Villa, Yolanda Jubeto, Inter Cooperación América Latina, Universidad del País Vasco, Agencia Vasca de Cooperación para el Desarrollo y Gobierno Vasco, 2015).

Balarezo Cueva Teo, “Breve Análisis sobre la Capacidad Asociativa de las Empresas Públicas en el Ecuador – Análisis y Actualidad del Derecho Administrativo”, I (Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Instituto Ecuatoriano de Estudios de Derecho Administrativo y Social, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Marco Morales Tobar – Coordinador, Eddy De La Guerra-Editora, Quito, 2014).

Baldín Carlos F., Curso de Derecho Administrativo-Tomo I, (La Ley S.A.E., Buenos Aires Argentina, 2007).

Borja y Borja Ramiro, Teoría General del Derecho Administrativo, (Quito, Segunda Edición mayo de 1995).

Cardoso Ruíz Geovanny, “Las Finanzas Populares y Solidarias como instrumento de consolidación y desarrollo de la economía popular y solidaria en el Ecuador”, El ser humano sobre el capital, Tercer Seminario Internacional: Rol de la Economía Popular y Solidaria y su aporte en el Sistema Económico Social y Solidario, (Quito, 2013).

Coraggio José Luis, Notas de Aclaración Conceptual Economía Popular y Solidaria, (19 de mayo de 2009), www.economiasolidaria.info/.../economia-social-solidaria-popular.html.

Coraggio José Luis, “El papel de la Economía Popular en la Estructura Económica”, Presentado en el Seminario Internacional “Rol de la Economía Popular y Solidaria y su Aporte en el Sistema Económico Social y Solidario”, (24-26 de julio del 2013, Quito, Ecuador), 8 y nota al pie 12; publicado en: La economía Popular y Solidaria. El Ser Humano Sobre el Capital (2007 – 2013), Instituto de Economía Popular y Solidaria, (Quito, 2014).

Comité Interinstitucional de Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario, “Parámetros Unidades Económicas Populares, Acta CI-2013-004, 30 de mayo de 2.013, <http://www.desarrollosocial.gob.ec/biblioteca/>, fecha de búsqueda: 27 de julio de 2015.

Comisión de las Comunidades Europeas, “Libro Verde, sobre la Colaboración Público-Privada y el Derecho Comunitario en Materia de Contratación Pública y Concesiones”, (Bruselas, 30 de abril del 2004).

Dromi Roberto, El Acto Administrativo, (Buenos Aires- Argentina, 1.997).

Dromi Roberto, Derecho Administrativo, (Doceava Edición, Hispania Libros, Buenos Aires, 2.009).

Egas Reyes Pablo, “La Propiedad en la Constitución del 2.008”, La Nueva Constitución del Ecuador-Estado, Derechos e Instituciones, (Editores: Santiago Andrade, Agustín Grijalva, Claudia Storini, Primera Edición, Corporación Editora Nacional – Universidad Andina Simón Bolívar, julio 2009).

Entrena Cuesta Rafael, “Curso de Derecho Administrativo, Concepto, Fuentes, Relación Jurídico-Administrativa y Justicia Administrativa”, (Decimotercera Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1999).

Espinosa Betty, La economía solidaria y sus múltiples expresiones, (Boletín de Análisis de Políticas Públicas, Flacso- Sede Ecuador, Junio 2012).

García Muller Alberto, Profesor de la Universidad de los Andes de Venezuela, Director Científico de la Asociación Iberoamericana de Derecho Cooperativo, Mutual y de la Economía Social y Solidaria de Argentina “Efectos del Acto Cooperativo”.

Gordillo Agustín, Tratado de Derecho Administrativo-Parte General, (Buenos Aires, 1.974).

Jácome Hugo y María José Ruíz, “El Sector Económico Popular y Solidario en Ecuador: Diagnostico y modelo de supervisión”, Estudios sobre Economía Popular y Solidaria.

Jácome EstrellaHugo, “Posibilidades y dificultades de establecer un sistema de regulación, control y promoción de la economía popular y solidaria en el Ecuador”, La Economía Popular y Solidaria – El ser humano sobre el capital, Tercer Seminario Internacional: Rol de la Economía Popular y Solidaria y su aporte en el Sistema Económico Social y Solidario, Quito, 2013, Ministerio de Inclusión Económica y Social – Instituto de Economía Popular y Solidaria, p 75, en adelante Hugo Jácome, La Economía Popular y Solidaria-El Ser Humano sobre el Capital.

Estudios sobre Economía Popular y Solidaria”, Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, Coordinación de Edición: Intendencia de Estadísticas, Estudios y Normas de la EPS, Edición: José Luis Coraggio, Ruth Muñoz, Carlos Naranjo, Hugo Jácome, María José Ruíz, José Ramón Páez, octubre de 2013.

Lanas Elisa, Docente del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador, “Políticas Públicas sobre Economía Solidaria en el Ecuador”, (Paper Universitario, Quito 2014).

- Marco Morales Tobar-Coordinador, Análisis y Actualidad del Derecho Administrativo, Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Instituto Ecuatoriano de Estudios de Derecho Administrativo y Social-Universidad Andina Simón Bolívar- Ecuador,(Eddy De La Guerra-Editora, Quito, 2014).
- Morales Tobar Marco, Manual de Derecho Procesal Administrativo, (Corporación de Estudios y Publicaciones, Primera Edición, Quito 2011).
- Parada Ramón, Derecho Administrativo I Parte General, (Décimo octava edición, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid-España, 2.010).
- Parejo Alfonso Luciano, Servicios Públicos y Servicios de Interés General, La Renovada Actualidad de los Primeros, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo;jsessionid=3B52203B33D13B1F950BBEA76462B4D4.dialnet02?codigo=3022029>
- Palma García Jacqueline, “La Ley de Cooperativas y su Reglamento General, como Medios Alternativos en el Ejercicio Profesional”, Revista del Colegio de Abogados de Manabí, 2 de abril de 2008,<http://abogadosmanabi.blogspot.com/2008/04/la-ley-de-cooperativas-y-su-reglamento.html>
- Páez Pareja José Ramón, “Importancia del Balance Social para las Organizaciones de la Economía Popular y Solidaria: Desarrollo Metodológico de la SEPS”, Estudios de Economía Popular y Solidaria.
- Pérez Efraín, Derecho Administrativo, (Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2009)
- Porrúa Pérez Francisco, “Teoría del Estado-Teoría Política”, (Editorial Porrúa, trigésima novena edición, México 2005).

Razeto Migliaro Luis, “La Economía Popular o (mal llamada) Informal”, De la Economía Popular a la Economía de Solidaridad en un Proyecto de Desarrollo Alternativo, <http://www.luisrazeto.net/content/i-la-economia-popular-o-mal-llamada-informal>, fecha de consulta 26 de julio del 2015.

Romero Berinstáin Moisés, Fondo Monetario Internacional sus Implicaciones Constitucionales y Financieras en nuestro País, (México 1991, Tesis de Maestría en Derecho).

Vaca Peralta Andrea Cecilia, La Excepcionalidad en la Prestación de Servicios Públicos en el Estado Ecuatoriano, (trabajo de monografía, Especialización Superior en Derecho Administrativo, Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador, 2009).

Constitución Política del Ecuador de 1.998 publicada en el Registro Oficial No.1 de 11 de agosto de 1998, vigente desde el 10 de Agosto de 1.998, derogada.

Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre del 2008.

Sentencia Interpretativa N° 0006-09-SIC-CC del 01 de octubre del 2.009, en el caso No.0012-08-IC propuesto por el presidente del CONARTEL ante la Corte Constitucional para el periodo de transición; publicado en el Registro Oficial No. 43, suplemento del 08 de octubre del 2009.

Sentencia Interpretativa No. 001-12-SIC-CC de la Corte Constitucional del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 629 Suplemento del 30 de enero del 2012.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 364/1; en http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf.

Constitución de la República de Colombia, 1991.

Código Civil del Ecuador, publicado en el Suplemento No. 46 del Registro Oficial de 24 de junio del 2005 Título Primero.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, publicado en el Suplemento No. 303 del Registro Oficial de 19 de octubre de 2010.

Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, publicada en el Registro Oficial No. 349 de 31 de diciembre de 1993; y sus reformas vigentes a la fecha.

Ley Orgánica de Empresa Públicas, Registro Oficial No. 48 Suplemento del 16 de octubre del 2009.

Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario, publicado en el Registro Oficial No. 444 del 10 de mayo del 2011, y sus modificaciones publicadas respectivamente en el Registro Oficial No. 843 del 3 de diciembre del 2012, y en el Registro Oficial No. 847 del 10 de diciembre del 2012.

Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, publicado en el Registro Oficial Suplemento No.398 de 07 de agosto de 2008.

Ley de Tránsito, publicada en el Registro Oficial No. 1002 de 02 de agosto de 1996.

Ley Orgánica de Recursos Hídricos, publicada en el Suplemento No. 305 del Registro Oficial de 06 de agosto de 2014.

Ley Orgánica de Telecomunicaciones, publicada Tercer Suplemento No. 439 del Registro Oficial de 18 de febrero de 2015.

Ley de Hidrocarburos expedido mediante Decreto Supremo No.2967 publicado en el Registro Oficial No. 711 de 15 de noviembre de 1978.

Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica, publicada en el Tercer Suplemento No. 418 del Registro Oficial del viernes 16 de enero de 2015.

Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado, publicada en el Suplemento No. 555 de Registro Oficial de 13 de octubre de 2011.

Ley de Cooperativas, Decreto Supremo 16, publicado en el Registro Oficial No. 31 de 1 de diciembre de 1937, actualmente derogada.

Ley de Cooperativas, Decreto Supremo 1031, publicada en el Registro Oficial No. 123 de 20 de septiembre de 1966.

Ley Orgánica de Participación Ciudadana, publicada en el Suplemento No, 175 del Registro Oficial de 20 de abril del 2010, última reforma 11 de mayo de 2011.

Ley de Organización y Régimen de Comunas, publicada en Suplemento No. 315 del Registro Oficial de 16 de abril de 2004.

Ley de Compañías, publicada en el Registro Oficial No. 312 de 5 de noviembre de 1999, última reforma 12 de septiembre de 2014.

Reglamento a la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, publicado en el Suplemento No. 648 de Registro Oficial de 27-feb.-2012.

Decreto 1668 (creación del Instituto Nacional de Economía Popular y Solidaria - IEPS) publicado en el Registro Oficial No. 577 del 24 de abril de 2009.

Decreto Ejecutivo No. 16, Registro Oficial Suplemento No.19 el 20 de junio de 2013 y sus reformas: 3 de julio del 2014 y 20 de agosto de 2015.

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, publicado en Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002 y sus reformas vigentes a la fecha.

Ministerio Coordinador de Desarrollo Social, Resolución No.MCDS-EPS-002-2012, 13 de noviembre del 2012.

Ministerio Coordinador de Desarrollo Social, Resolución No. MCDS-EPS-005-2013, punto 6 “régimen económico”.

Resolución No. JR-ST-2013-011, 1 de agosto del 2013, Junta de Regulación del Sistema Financiero de Economía Popular y Solidario.