

**Universidad Andina Simón Bolívar**

**Sede Ecuador**

**Área de Derecho**

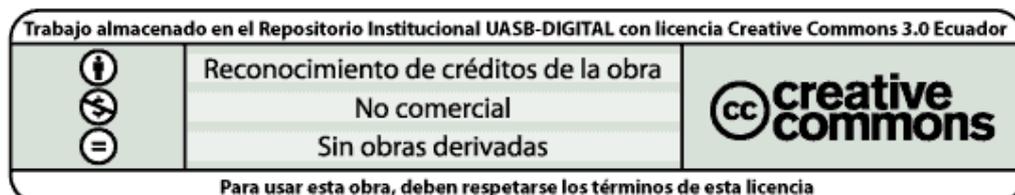
Programa de Maestría en Derecho

Mención en Derecho del Mercado

**La empresa pública ecuatoriana desde la perspectiva del  
derecho de la competencia**

John Esteban Espinosa Villacrés

**Quito, 2015**



## CLÁSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACION DE TESIS

John Esteban Espinosa Villacrés, autor de la tesis intitulada “*La Empresa Pública ecuatoriana desde la perspectiva del Derecho de la Competencia*” 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 Derecho, Mención Derecho del Mercado 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, distribución 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 de la obra antes referida, yo asumiré toda la responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entregó a la Secretaria General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Loja, 08 de Diciembre de 2015.

Firma:.....

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMON BOLIVAR**

**SEDE ECUADOR**

**ÁREA DE DERECHO**

**MAESTRÍA EN DERECHO. MENCIÓN: DERECHO DE  
MERCADO**

**TEMA:**

**“La Empresa Pública Ecuatoriana desde la perspectiva del Derecho  
de la Competencia”**

**AUTOR:**

**John Esteban Espinosa Villacrés**

**TUTOR**

**Dra. María Elena Jara V.**

**Loja - 2015**

## **Resumen**

El presente estudio de investigación trata el tema de la empresa pública ecuatoriana desde la perspectiva del derecho de la competencia, analiza la intervención del Estado en la economía y específicamente de la empresa pública en ella, para luego hacer un análisis de la empresa pública como monopolio del Estado y en concurrencia en nuestro país.

Sin duda la información sobre la empresa pública en competencia es mínima, teniendo relevancia su estudio a raíz de los principios constitucionales vigentes que colocan a la empresa pública como un actor importante en el mercado.

Conocer e interpretar los escenarios jurídicos del derecho de la competencia para con la empresa pública y privada ha sido un esfuerzo valioso, más aún cuando la empresa pública pertenece al Estado y sus órganos reguladores y controladores necesitan suficiente criterio e independencia.

*A mis hijos: Daniel y Doménica.*

*Los días jamás serían tan perfectos si no fuese por su existencia, que son materia diaria de mi vida misma.*

*Mi gratitud a María Elena, por su tiempo, paciencia. Un ejemplo de virtudes en la investigación jurídica.*

## Tabla de contenido

<b>Resumen.....</b>	<b>4</b>
<b>Introducción .....</b>	<b>9</b>
<b>Capítulo Primero .....</b>	<b>10</b>
<b>Intervención Pública en la Economía .....</b>	<b>10</b>
<b>1.1 Intervención del Estado en la economía a través de la Empresa Pública. .....</b>	<b>10</b>
1.1.1 Constitución Económica.....	10
1.1.2 Economía Social de Mercado en la Constitución de 1998.....	16
1.1.3. Economía social y solidaria en la Constitución de 2008.....	18
1.1.4. Principio de Subsidiariedad.....	20
<b>1.2. Empresa Pública en el contexto de la Constitución Económica ecuatoriana .....</b>	<b>24</b>
1.2.1. ¿Qué es la empresa pública?.....	24
1.2.2. Origen de la Empresa Pública.....	26
1.2.3. Intervención de la empresa pública.....	30
<b>1.3.Principio de libre competencia en el contexto de la Constitución económica ecuatoriana.....</b>	<b>41</b>
1.3.1. Antecedentes normativos.....	41
1.3.2 Principio de libre competencia .....	46
<b>Capítulo Segundo .....</b>	<b>53</b>
<b>La Empresa Pública y el Derecho de la Competencia .....</b>	<b>53</b>
<b>2.1 La empresa pública en situación de monopolio desde la perspectiva del derecho de competencia .....</b>	<b>53</b>
2.1.1 Servicios Públicos y Sectores estratégicos como monopolios del Estado.....	54
2.1.2 Monopolios públicos.....	57
2.1.3 La empresa pública en situación de concurrencia desde la perspectiva del derecho de competencia .....	60
<b>2.2. Aspectos problemáticos de la Empresa Pública desde la perspectiva de la competencia.....</b>	<b>63</b>
2.2.1 Conflicto de intereses entre entidad controlada y entidad controladora.....	63
2.2.2. Financiamiento .....	66
2.2.3 Tratamiento tributario .....	68
2.2.4 Obligaciones laborales.....	72

2.2.5 Potestad coactiva y otras prerrogativas .....	75
2.2.6. Abogacía de la Competencia.....	76
<b>Conclusiones .....</b>	<b>78</b>
<b>Bibliografía.....</b>	<b>80</b>

## **Introducción**

La Constitución de Montecristi propone principios constitucionales que fortalecen la presencia e intervención del Estado en la economía ecuatoriana y, específicamente a través de la empresa pública. El rol de la empresa pública en la economía presenta importantes retos, pues es conocido tanto por la academia como por los hacedores de políticas públicas que las empresas del Estado en los últimos tiempos no jugaron un rol protagónico en el desarrollo en la región, no siendo la excepción el caso ecuatoriano salvo contadas excepciones.

Es por ello, que el presente trabajo de investigación aborda, en su primer capítulo, la intervención del Estado en la economía a través de la empresa pública, para lo cual, es importante remitirse a las concepciones de la economía de mercado, economía social de mercado y la propuesta de nuestra carta constitucional, la economía social y solidaria; sistemas económicos que definen el contexto en el cual se desenvuelve la empresa pública.

Así mismo, se hace un análisis de las concepciones, y orígenes de la empresa pública en el sistema continental europeo, latinoamericano y en el Ecuador. El principio de subsidiariedad juega un rol importante en la discusión de la intervención de la empresa pública en la economía, hacemos un breve análisis de su contenido, limitaciones y el rol que tiene la empresa pública en la Constitución de Montecristi del año 2008, finalizando este capítulo con una referencia tangencial de la regulación local en materia de competencia.

El segundo capítulo hace alusión a la empresa pública como monopolio del Estado, su justificación, límites y razonabilidad, para luego estudiar a la misma empresa pública pero en competencia con el sector privado, analizando las cuestiones problemáticas que se presentan en el aspecto de control, laboral, impositivo, financiero etc., expresando finalmente nuestras conclusiones y propuestas en un ámbito del derecho de la competencia que aún falta mucho por investigar en el caso ecuatoriano.

# Capítulo Primero

## Intervención Pública en la Economía

### 1.1 Intervención del Estado en la economía a través de la Empresa Pública.

#### 1.1.1 Constitución Económica

Aunque no es el objeto principal de la presente investigación, creemos que es necesario realizar un breve análisis de la Constitución económica y tener una respuesta a algunas interrogantes en el presente capítulo: ¿Por qué interviene el Estado en la economía? ¿Por qué interviene el Estado a través de las empresas públicas?<sup>1</sup>

Históricamente, las opciones utilizadas para el control de la economía han jugado entre el mayor intervencionismo estatal o, por el contrario, la concepción de un Estado que simplemente asume una función de árbitro. El grado de intervención estatal existente en la actualidad no ha sido una constante histórica; es el resultado de una evolución en las teorías económicas y en las ideas filosófico – políticas que el Derecho no ha hecho más que cristalizar.<sup>2</sup>

Las cartas políticas no recogían normas constitucionales sobre la organización del sistema económico, es decir, no se constitucionalizaban los principios sobre los cuáles se desarrollaría la economía. Apenas a partir de la Constitución de Querétaro en 1917 y la Constitución de Weimar en 1919, se inició a incluir normas de contenido económico en las constituciones. La Constitución de Querétaro estableció normas relativas al funcionamiento del sistema económico y al establecimiento de obligaciones de prestación del Estado para con sus ciudadanos como son la salud, educación, que se traducen en los denominados derechos económicos y sociales dejando atrás esa concepción individualista de los derechos de libertad, conceptos

---

<sup>1</sup> El Estado interviene en la economía a través de distintas formas como regulación de la competencia, creación de empresas públicas, normas tributarias, laborales, ambientales, planificación..

<sup>2</sup> Javier Viciano Pastor, “Libre competencia e intervención pública en la economía” (Valencia, Tiran lo Blanch, 1995), 40.

sociales que también fueron incorporados en la Constitución de Weimar en el Welfare State.

La constitución económica otorga cierta rigidez normativa a un sistema económico en orden a fundamentar los programas, políticas y proyectos de un gobierno, garantizando que una corriente ideológica económica permanezca en el tiempo y no solo aquello sino también trazando las líneas de intervención del Estado en la economía para cumplir con sus cometidos constitucionales.

Ahora bien, ¿Qué es un sistema económico? Jorge Witker expresa que es un conjunto de estructuras, relaciones que buscan resolver la contradicción entre las ilimitadas necesidades humanas y limitados recursos disponibles para satisfacerlas.<sup>3</sup> Un sistema económico es la estructura de producción, de asignación de recursos económicos, distribución y consumo de bienes y servicios en una economía.

Diferenciar los modelos económicos que dan sustento a cada sistema nos ayuda a comprender las realidades sociales del pasado y presentes sobre las que diferentes economías se han desarrollado. Entender el modelo ideológico tras el cual se circunscribe la constitución económica de una nación no es tarea fácil, pues en los sistemas constitucionales modernos a través de normas abiertas dejan dicha tarea al gobernante en funciones o, en su defecto, dichas normas económicas son el sustrato de la Constitución Política,<sup>4</sup> es decir, dibujan sistemas económicos flexibles que otorgan una amplia decisión al legislador y un margen de actuación al ejecutivo.<sup>5</sup>

Martin Bassols Coma, al respecto, nos dice:

“la categoría conceptual de constitución económica emerge históricamente para caracterizar al moderno constitucionalismo y específicamente la constitución económica atendería a la ordenación jurídica de las estructuras y relaciones económicas en las que no sólo están implicados los ciudadanos, sino de manera creciente, el propio Estado en su función de protagonista del desarrollo de la vida económica”.<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> Jorge Alberto Witker Velásquez, “Derecho Económico”, (México, Colección de Textos Jurídicos, UNAM, 1995), 19.

<sup>4</sup> César Montaña Galarza, “Concepto y campo problemático del Derecho Económico” Foro: Revista de Derecho No. 4, UASB – Ecuador/CEM, Quito, 2005.

<sup>5</sup> Rodrigo Uprimmy, César Augusto Rodríguez, “Constitución y modelo económico en Colombia: hacia una discusión productiva entre economía y derecho” (ponencia, Modelo Económico y Constitución, Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad, Bogotá, 2005).

<sup>6</sup> Martin Bassols Coma, “Constitución y Sistema Económico” (Madrid, Ed. Tecnos, 2ª. Edic., 1988), 17

Tener un modelo económico constitucionalizado sin duda expresa los programas y políticas económicas dentro de las cuáles un Estado diseña su intervención en la economía, normas que estamos de acuerdo, que deberían ser lo necesariamente flexibles y abiertas para enfrentar el cambio de las diferentes realidades sociales.

Alfredo Mancero expresa:

“Lo que yo entiendo por constitución económica del Estado es que se trata de una síntesis política y jurídica en la cual concurren dos principios de organización de la sociedad: un principio muy antiguo que es el de autoridad, y que hoy se vuelve subalterno, y un principio menos antiguo que es del mercado. Por lo tanto, ¿qué es la constitución económica de un Estado? Es la síntesis de esos dos principios, el mercado y la autoridad”.<sup>7</sup>

La intervención del Estado en el derecho continental europeo desde la perspectiva de la empresa pública ha tenido diferentes matices, desde una intervención nula, pasando por una intervención planificada a través del Estado único empresario, posteriormente de una empresa pública subsidiaria.

Al responder a nuestra primera interrogante, el Estado interviene hoy en día en todas las economías del mundo vía regulaciones de control de bienes y servicios, subsidios a ciertos servicios básicos, incluso los bonos de desarrollo humano, empresas pública para el otorgamiento de servicios públicos, etc., por cuanto el mercado no puede dar soluciones a las externalidades, a la desigualdad de la distribución de la renta, inclusive otorgar ciertos servicios públicos esenciales que no son rentables, bien por su incapacidad o simplemente porque la empresa privada no tiene interés en brindarlos.

Los excesos tanto del sector público como del sector privado han colocado a mucha economías inclusive desarrolladas en situaciones de riesgo, sus actuaciones deben tener límites y encontrar ese punto de equilibrio entre el sector público y el

---

<sup>7</sup> Alfredo Mancero, “Estado y Economía en la Constitución ecuatoriana” (Memorias del Seminario Internacional de Derecho Constitucional Comparado, 1998), 166. El mismo autor opina que: “Se entiende por constitución económica del Estado el ordenamiento político y jurídico de un sistema económico nacional, que delimita los ámbitos de los sectores privado y público, estipula las reglas de juego a las que deben someterse las personas en sus actividades económicas”<sup>7</sup> La constitución económica es más bien un recurso analítico y expositivo para identificar y estudiar las normas constitucionales de directa relevancia económica y relacionarlas con las dimensiones políticas y sociales del conjunto de la Constitución”

sector privado, que es lo que Joseph E. Stiglitz <sup>8</sup> llama una complementación necesaria.<sup>9</sup>

Sobre el papel económico del Estado, Stiglitz se pregunta: ¿Por qué realiza el Estado unas actividades económicas y no otras? ¿Por qué ha variado el alcance de sus actividades en los últimos cien años y por qué desempeña diferentes papeles en cada país? ¿Realiza el Estado demasiadas actividades? ¿Realiza bien todas las que intenta realizar? ¿Podría desempeñar más eficientemente su papel económico?<sup>10</sup> No tenemos duda que las respuestas a cada una de estas interrogantes son las que cada Estado debe reflexionar antes de intervenir en la economía, pues puede pasar que los fallos del mercado pueden ser más benignos que si el Estado interviene.

Los fallos del mercado en el liberalismo tuvieron respuestas económicas extremas como la planificación total de la economía y este sistema también dejó ver que el Estado no puede ejercer el control, regulación y producción, lo cual reprodujo los fallos del Estado. Lograr ese equilibrio ha sido cuestión de importantes investigaciones y debates, inclinándose actualmente hacia una coexistencia de ambos sistemas económicos en unos que predomina el Estado empresario y en otros en donde el Estado juega un papel subsidiario.

El Banco Mundial en un reporte establece que la intervención del Estado en la economía se justifica solo cuando el mercado falla en cinco situaciones bien definidas: a) Cuando existe una insuficiencia en la producción de bienes públicos como los sistemas de defensa, vías, protección ambiental; b) Insuficiencia en la oferta de bienes y servicios públicos en salud, educación, y en la sobreproducción de bienes y servicios que provocan externalidades negativas como los cigarrillos; c) Interviene también cuando existe un sobreprecio y baja producción de servicios otorgados por los monopolios naturales como electricidad y agua potable; d) Cuando existe insuficiente provisión de servicios sociales tales como pensiones, seguros de salud por desempleo; y, e) Inexistencia de suficiente información acerca de los productos como medicinas que pueden ser un riesgo para la salud. <sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> Joseph Stiglitz fue galardonado con el premio nobel de economía en el año 2001.

<sup>9</sup> Joseph Stiglitz, “La Economía del sector público” Trad. Ma. Esther Rabasco y Luis Toharia, (España, Ed. Antonio Bosch, 3ra Edición, 2000), 20

<sup>10</sup> *Ibíd.*, 19

<sup>11</sup> Reporte del Banco Mundial, “Public and private enterprises: Finding the right mix” en: <http://www.worldbank.org/depweb/beyond/beyondbw/begbw11.pdf>.

Las opiniones varían según lo grave que se consideran los fallos del mercado y lo eficaz que se crea que es el Estado para resolverlos. Algunos economistas como Michael Boskin y John Taylor, profesores de la Universidad de Stanford (que fueron miembros del Council of Economic Advisers durante la Administración de Bush) y Martin Feldstein, profesor de la Universidad de Harvard (que fue presidente del Council of Economic Advisers durante la Administración de Reagan), son partidarios de que el Estado desempeñe un papel más reducido.<sup>12</sup> En cambio, los economistas que han sido miembros del Council of Economic Advisers durante las administraciones demócratas, como Alan Blinder, de la Universidad de Princeton, Laura D Andrea Tyson, de la Universidad de Berkeley, y Charles Schultz, miembro de la Brookings Institution, son partidarios de que desempeñe un papel más activo.<sup>13</sup>

Rodrigo Borja Cevallos, ex presidente de nuestra República, escribe que:

Con frecuencia se afirma que no hay democracia sin libre mercado. Esa es una argucia. En realidad, la democracia y el mercado no son necesariamente compatibles. Mientras la democracia busca la igualdad y la justicia como valores fundamentales del sistema social que auspicia, el mercado tiene otros objetivos y valores. La democracia acepta la diferencia de opiniones y de creencias pero no las diferencias económicas. La libertad de la democracia es distinta de la libertad del zorro en el gallinero que implanta el mercado. Para la democracia hay ciudadanos para el mercado consumidores. Los ciudadanos poseen los mismos derechos, en tanto que las prerrogativas de los consumidores dependen de su poder de compra. Estado y mercado tienen diferentes puntos de vista acerca de la distribución del poder político y del poder económico. Frente a la catástrofe que hoy sacude al mundo, los cultores del laissez faire y el abstencionismo estatal han tenido que volver sus ojos al Estado en busca de auxilio. En lo que fue una dramática ironía de la vida económica del capitalismo globalizado, el regreso de John Maynard Keynes ha sido espectacular con el renacimiento de sus tesis – cuya muerte – fue decretada en los años 70 por los economistas del “thatcherismo” y la “reganomics.”<sup>14</sup>

La exposición del ex – Presidente de la República sobre la crisis del capitalismo sin control encontró su detonante en la crisis financiera de 2008 en los mercados financieros europeos y de los Estados Unidos, pues sus mercados financieros

---

<sup>12</sup> En gobiernos de Ronald Reagan y Margaret Thatcher se lideró las políticas económicas conocidas como neoliberales cuyos principales teóricos fueron Friedrich von Hayek y Milton Friedman.

<sup>13</sup> Joseph Stiglitz, “La Economía del sector público”, 19.

<sup>14</sup> Rodrigo Borja Cevallos, “El Estado y Mercado”, El Comercio (Quito) Ecuador, 4 de Diciembre de 2011.

funcionaron sin mayores regulaciones y se desató la crisis inmobiliaria en los Estados Unidos de Norteamérica.<sup>15</sup>

El profesor Fabián Corral Borrero por el contrario otorga un punto de vista diferente respecto de la empresa pública y expresa:

“El Estado es el ejemplo de la organización poderosa, pero improductiva, controladora, omnipresente, pero succionadora de los recursos de la sociedad civil. La improductividad corresponde a la naturaleza misma del Estado, de allí que siempre la suplantación burocrática de las personas y las empresas es la capacidad inventiva, el esfuerzo creador, la generación de recursos, haya resultado un fracaso. La historia de esas frustraciones es la crónica de los socialismos de todos los colores”<sup>16</sup>

Es oportuno hacer mención, en este punto, a una interesante conferencia otorgada por los profesores Joseph Stiglitz, Amartya Sen y Nicolás Stern, organizada por el Banco Mundial y cuyo tema refería a los roles del estado y de la empresa privada.

Stiglitz manifestaba que no puede concluir que el sector público es mal administrador y sólo genera pérdidas, pues ejemplos opuestos sobran como el caso de las empresas públicas de Francia, Singapur y, así mismo como encontramos empresas públicas ineficientes, también existen empresas privadas totalmente ineficientes explicando casos puntuales de aquello, lo cual, tiene su razón de ser concluyendo que siempre debe existir un análisis y estudios sobre qué genera las fallas de mercado y las fallas del estado. Nicolás Stern dijo que el problema no puede solo ser visto únicamente desde las diferencias existentes entre el sector público y el sector privado, sino como un sistema complejo de relaciones entre el sector privado y las formas particulares de intervención del Estado. Amartya Sen concluyó con las mismas ideas de Stiglitz al puntualizar que la historia ha sido testigo de que tanto el sector público como privado han tenido puntualizaciones positivas y negativas a través de la historia y son esas experiencias las que alimentarían un estrategia de desarrollo.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> Ver más en Michael Sandel, “Justicia, ¿Hacemos lo que debemos? Trad. Juan Pedro Campos Gómez, (Bogotá, Imp. Nomos Impresores, 2012), 21

<sup>16</sup> Fabián Corral Borrero, “El Estado improductivo” El Comercio (Quito) , 21 de Junio de 2010.

<sup>17</sup> Joseph Stiglitz, Amartya Sen y Nicolás Stern, “El rol del Estado y el sector privado” (conferencia sobre Estrategias de Desarrollo, organizada por el Banco Mundial en: [www.0.gsb.columbia.edu/faculty](http://www.0.gsb.columbia.edu/faculty). Último acceso: 03 de Noviembre de 2015.

La empresa pública, no debe circunscribirse a preconcepciones ideológicas, a dogmas, sino que debe posibilitar su creación a un análisis caso por caso, de cuáles son las necesidades de un país y cuál puede ser la mejor forma de satisfacerlas aquí y ahora. La empresa pública debe ser aceptada ciertamente como un hecho y un instrumento útil y legítimo de los gobiernos modernos siempre que sea oportuna y prudentemente utilizado.<sup>18</sup>

### **1.1.2 Economía Social de Mercado en la Constitución de 1998**

La Economía Social de Mercado llega luego de una serie de procesos económicos que le antecedieron a decir el mercantilismo, liberalismo o economía de mercado, economías centralizadas y planificadas.

La intervención del Estado en el caso estadounidense fue una respuesta a la Gran Depresión de los años 1929, en donde el mercado falló; dicha nación alcanzó un paro relativamente alto y se caracterizó por la quiebra de bancos, agricultores que no podían pagar sus hipotecas, y es así que surgió el New Deal norteamericano cuyos programas estatales: subsidio al paro, seguridad social, fondos de garantía de depósitos, mejora de condiciones laborales, regulación de la bolsa de valores, ayudaron al control de la economía, pues ésta no se podía recuperar por sí misma.

El Estado interviene en distintas formas en asocio con la empresa privada, corrigiendo las fallas del mercado o con subvenciones a los más necesitados.<sup>19</sup> John Maynard Keynes, teórico económico inglés del Estado de Bienestar – Welfare State - fue quien defendió también una intervención del Estado necesaria y oportuna.

El famoso milagro alemán que deviene de la aplicación de una economía social de mercado otorgó décadas de estabilidad y prosperidad inclusive manteniéndose sólida y firme ante la crisis financiera y económica de los años 2008 y 2009:

*L'économie sociale de marché est un modèle économique et social réussi qui a valu à l'Allemagne un redressement économique spectaculaire après la fin de la Seconde Guerre mondiale (le fameux « miracle économique allemand »), des décennies de stabilité et de prospérité et la maîtrise des conséquences économiques de la réunification allemande. Ce modèle s'est avéré particulièrement solide pendant les*

---

<sup>18</sup> Gaspar Ariño Ortiz, “Empresa Pública, Empresa Privada, Empresa de Interés General” (Pamplona, España, Editorial Aranzandi. SA, 2007),54

<sup>19</sup> María Elena Jara, “Constitución económica ecuatoriana y desarrollo”. En Revista Novedades Jurídicas, Año VI, Número 37, Julio 2009, 26

*périodes de crise. Ainsi, lors de la crise financière et économique (2008/2009), l'ordre économique allemand a encore une fois confirmé sa solidité. Aucun autre pays industrialisé n'a su mieux gérer les soubresauts de l'économie mondiale suite à la faillite de la banque Lehman Brothers. Même face à la crise de la dette publique qui frappe l'Europe actuellement, l'économie nationale allemande se montre particulièrement stable et résistante.*<sup>20</sup>

La Economía Social de Mercado es un sistema económico que reconoce la libre iniciativa privada y el funcionamiento de las reglas de mercado, pero en el que el Estado puede y debe intervenir en distintas formas, sea coadyuvando a lo que realiza la empresa privada, sea actuando cuando ella no lo hace, sea corrigiendo las imperfecciones del mercado, o subvencionando a los más necesitados, cuando así las circunstancias lo imponen.<sup>21</sup>

La carta constitucional del año 1998 refiere a una economía social de mercado<sup>22</sup> que mantiene el desarrollo de los derechos económicos, sociales y culturales, pero fortalece el mercado como institución central de la economía y reduce y restringe el concepto de un Estado regulador y orientador del mercado y del sector privado. Varios gobiernos de los períodos anteriores al actual se valieron de resquicios o dudosas interpretaciones de la Constitución de 1998, o de legislación abiertamente inconstitucional, para aplicar políticas neoliberales.<sup>23</sup>

¿Ecuador tuvo una economía social de mercado? Claramente que no, pues tampoco encontró el camino para regular y controlar al mercado a través de una norma que defienda y regule la competencia, situación que es compartida por otros autores,<sup>24</sup> cuando afirman que la defensa de la competencia y la seguridad social son la columna vertebral de este sistema que no llegó a regir en el Ecuador.

---

<sup>20</sup> Siegfried F. Franke David Gregosz “Economie Sociale de Marche. Qu’est – ce que cela signifie concrètement?” Konrad Adenauer Stiftung, 2013, en <http://www.kas.de/wf/doc/11312-1442-330.pdf>, 5. Ultimo acceso. 09 de Diciembre de 2015.

<sup>21</sup> Jorge Gallardo, “Los principios fundamentales e una economía social de mercado”, Fundación Konrad Adenauer, Quito, 1994, en María Elena Jara Vásquez, “Constitución económica ecuatoriana y desarrollo” Revista Novedades Jurídicas, año IV, núm. 37, Julio 2009, p. 26.

<sup>22</sup> Constitución Política de la República del Ecuador, Art. 244 en Registro Oficial del 1º de Agosto de 1998.

<sup>23</sup> Agustín Grijalva, “La Constitución económica del Ecuador” en Serie Estudios Jurídicos “Estado Derecho y Economía”, Edit. Agustín Grijalva, María Elena Jara y Dunia Martínez, (Quito, UASB/Corporación Editora Nacional ,2013), p.84

<sup>24</sup> María Elena Jara, “Constitución económica ecuatoriana y desarrollo” p. 26.

### 1.1.3. Economía social y solidaria en la Constitución de 2008.

En el Ecuador, la Constituyente de Montecristi del 2008 definió un nuevo sistema económico como social y solidario, diferenciándose del sistema económico antecesor de 1998, que lo identificó como una economía social de mercado<sup>25</sup>. Al tratar de social y solidario, sus definiciones se identifican con la obra del economista suizo León Walras quien la define con un campo de la actividad en el que proliferan las cooperativas, las mutualidades y las asociaciones<sup>26</sup>

La economía social y solidaria tiene como eje fundamental al ser humano como sujeto y fin, constituye la justificación del sistema económico en donde existe una pluralidad de actores económicos que José Luis Coraggio los clasifica así:

1. “Empresas privadas, motivadas por el afán de lucro, estructuradas alrededor de la relación patrón – empleados.
2. Empresas públicas y entes del Estado, productores de bienes, servicios y en particular de bienes públicos con fines de asegurar la cohesión social y la redistribución de modo de avanzar en la realización de los derechos como camino al Buen Vivir.
3. Cooperativas, asociaciones con fines económicos no de lucro, y comunidades, todas ellas formas de organización en base a lazos comunitarios heredados o construidos y a la asociación libre de trabajadores, también denominadas en conjunto economía popular y solidaria.
4. Domésticas, reconociendo las formas de trabajo productor de bienes y servicios para el propio consumo, en particular la economía de cuidado en las unidades domésticas o sus extensiones vía asociación o lazos de comunidad.
5. Familiares, abarcando una multiplicidad de formas de acción económica organizada como emprendimientos con trabajo familiar.
6. Autónomas, abarcando una diversidad de trabajos autónomos de individuos no asociados.”<sup>27</sup>

Agustín Grijalva hace un análisis del sistema económico que plantea la Constitución de Montecristi desde dos elementos, como son la economía social y la economía solidaria, definiendo a la economía social como aquella que enfatiza la participación democrática de quienes aportan con su trabajo en la gestión de los procesos productivos, propugna la primacía del trabajo sobre el capital y la provisión de bienes y servicios de óptima calidad a los consumidores así como el reconocimiento de los derechos económicos sociales y culturales; la economía

---

<sup>25</sup> En la Constitución de Bolivia la denomina economía plural y en Venezolana economía popular.

<sup>26</sup> María Elena Jara, “Constitución económica ecuatoriana y desarrollo” p. 27 .

<sup>27</sup> José Luis Coraggio, “Economía Social y Solidaria. El trabajo antes que el Capital” En: [www.coraggioeconomia.org](http://www.coraggioeconomia.org), p. 338. Última acceso 03 de Octubre de 2015

solidaria se erige como un principio económico que se complementa entre todos los sectores de la economía en donde la productividad y la competitividad deben tener una característica sistémica y no en función de la unidad de producción<sup>28</sup>.

La naciente Constitución de la República de 2008, en su Art. 283, expresa:

“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 en buen vivir”

María Elena Jara, anotando en su ensayo las discusiones de las actas de la Constituyente de Montecristi de 2008, recoge la explicación de la mayoría oficialista frente al nuevo sistema económico propuesto:

“El nuevo sistema económico que se pretende construir ha sido denominado social y solidario. Estos adjetivos marcan una dirección y una intencionalidad que se resume en el paso de una economía centrada en el mercado la acumulación y el capital a una que pone en el centro de su atención al ser humano. El establecimiento del objetivo de este sistema como la producción y la reproducción de la base material que garantiza el buen vivir apunta en dos direcciones: romper la visión clásica de la economía como una forma de administración de la escasez y recuperar la noción de economía como hecho fundamentalmente material frente a la ficción monetaria y financiera que la gobierna actualmente. Finalmente, los principios de funcionamiento que se establecen deben guiar este nuevo sistema hacia garantizar la soberanía económica, la progresiva superación del modelo extractivista, el reconocimiento del ser humano y su trabajo como única fuente real de valor, posibilitar el fortalecimiento de formas de intercambio más solidarias e impulsar formas de consumo que no comprometan nuestro presente, ni la base material de las futuras generaciones.<sup>29</sup>

La Asamblea constituyente de Montecristi recogió, en el Acta 55, los siguientes objetivos de la economía:

“1. Inclusión de agentes económicos excluidos, a través del aprovechamiento de la capacidad productiva local y del fortalecimiento de redes asociativas; 2. Redistribución de ingresos a través de la acción del estatal; 3. Ampliación de los derechos sociales y económicos; 4. Inclusión de dimensiones culturales, ecológicas y éticas en la noción de desarrollo, diferenciándola de la noción de crecimiento económico”<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> Agustín Grijalva “Constitución Económica del Ecuador”, p. 88

<sup>29</sup> Asamblea Constituyente, Informe de mayoría de la Mesa No. 7 , Acta núm. 55, p. 15

<sup>30</sup> María Elena Jara, “Constitución económica ecuatoriana y desarrollo”, p.28

El profesor Agustín Grijalva resume una distinción entre la Economía Social de Mercado propuesta en la Constitución del 98 y la nueva propuesta constitucional Economía Social y Solidaria en cuanto a que: el mercado es un elemento complementario y no central de la economía, la existencia de la primacía del trabajo sobre el capital, la planificación es fundamental y no marginal, un fortalecimiento de la economía comunitaria que ahora es prioritaria. Serían estos las características más importantes del nuevo sistema económico constitucionalizado.<sup>31</sup>

Carlos Marx Carrasco, economista y uno de los funcionarios destacados en el proceso de gobierno actual, expresa:

“Este socialismo requiere, sin duda, también del mercado. El modelo económico es social, solidario, y con mercado – el mercado que, desde luego, tiene su parte, no como propietario de los destinos de la sociedad sino como instrumento o mecanismo de ayuda para resolver los problemas económicos sociales -, y no como el dogma neoliberal propugna: un mercado dueño de los destinos de la sociedad. Para el socialismo del siglo XXI el Buen Vivir (sumak kawsay) no es el imperio de la razón y el positivismo pragmático que exacerba el egoísmo y excluye a los muchos; por el contrario, es sabiduría solidaria, es pan con alma, es inclusión total con respeto a la diversidad. Es la razón cordial de vivir.”<sup>32</sup>

Como podemos observar, la empresa pública constituye un partícipe y actor económico importante en la nueva propuesta constitucional económica, alejándose del Estado mínimo y del principio de subsidiaridad propuesto por la economía social de mercado y en su expresión máxima por el liberalismo.

#### **1.1.4. Principio de Subsidiariedad.**

Los pros y contras de un Estado Empresario y su creación de empresas públicas siempre han estado en la discusión en muchas economías y, cerca de nuestra realidad, tenemos la experiencia chilena que sin duda aplica sin miramientos el principio de subsidiariedad respecto del Estado y las razones de sus posiciones son varias, y entre ellos tenemos a Miguel Kast, quien, en una exposición sobre la Administración del Estado y el principio de subsidiariedad, manifestaba:

“[...] el Estado debe enmarcarse en tres principios básicos: que los beneficios efectivamente lleguen a los más pobres, cosa que no ha ocurrido; b) que el beneficiario tenga libertad para escoger, y c) que el Estado no sea un gestor monopólico. El Estado

---

<sup>31</sup> Agustín Grijalva, “La Constitución Económica del Ecuador”, p. 86.

<sup>32</sup> Carlos Marx Carrasco, “¿Por qué una nueva economía en una nueva Constitución? en La Nueva Economía en la Nueva Constitución del Ecuador” (Quito, Centro de Estudios Fiscales del Servicios de Rentas Internas, Publingraf, , 2015), p. 76

debe cautelar que la gente ejerza realmente el principio de la libre elección. Para ello es necesario que el Estado sea sólo uno más de los que ofrece un servicio, pues sólo así se resguardará la calidad del servicio al ofrecerse un abanico amplio de oportunidades al usuario, las tendencias monopólicas de las empresas del Estado son tan fuertes y tan dañinas como las de una empresa privada, con la diferencia de que a la empresa privada le resulta más difícil obtener leyes que refuercen o mantengan su poder monopólico. En cambio, la empresa del Estado, por lo general, tiene acceso a la ley junto con tener acceso al negocio. El Estado productor genera una gran inestabilidad política, porque hace que la lucha por el poder de parte de los distintos políticos en pugna sea cada vez más violenta. El grado de violencia es variable. Si en la conquista del poder, se juega el empleo, se juegan las tasas de interés, las posibilidades de trabajar, de importar, de exportar, y se juega, en el fondo, la vida diaria de cada ciudadano, la lucha por el poder va a ser cada vez más violenta. A la inversa, mientras menos sea lo que hay en juego al conquistar la administración del Estado, mientras más sea esta una conquista desinteresada de servicio público, menos violenta va a ser la lucha partidista.”<sup>33</sup>

La intervención del Estado en la economía, a través de la empresa pública,<sup>34</sup> ha tenido sus defensores y detractores, lo que en realidad concluye que dicha intervención ha sido necesaria para muchas economías deprimidas en momentos históricos violentos como el caso Europeo, como lo manifestaba Ariño Ortiz.<sup>35</sup>

La empresa pública ha sido un instrumento económico utilizado por el Estado con varias justificaciones expuestas por las políticas cepalinas<sup>36</sup> en el caso Latinoamericano, así como por las políticas Keynesianas en el Estado de Bienestar, y que se maximizó su expresión en las economías planificadas. Lo cierto es que no cabe duda que la empresa pública es un instrumento para corregir los fallos del mercado y que muchas veces luego pueden convertirse las mismas en los fallos del Estado con

---

<sup>33</sup> Miguel Kast, “Relaciones de la Política Económica con la Administración del Estado de Chile: El Estado Empresario y el Principio de Subsidiaridad” en: Estudios Públicos, Editor Julio Dittborn en [http://www.cepchile.cl/dms/archivo\\_1489\\_920/rev13\\_kastl.pdf](http://www.cepchile.cl/dms/archivo_1489_920/rev13_kastl.pdf) p.12 y ss. Última visita 12 de septiembre de 2015.

<sup>34</sup> La Economía de bienestar estableció a través de la teoría de los fallos de mercado que son tres los motivos que justifican la intervención pública en la economía: la eficiencia económica (bienes públicos, externalidades, industrias con costes decrecientes, información incompleta y asimétrica, mercados no competitivos, etc.), la mejora en la distribución de la renta y la riqueza y la consecución del desarrollo dentro de un marco de estabilidad anti cíclica (teorías del desarrollo, teorías keynesianas, etc.). Ver más en Luis Ángel Hierro Recio, José Miguel Herrera Maldonado, “Mecanismos de Intervención del sector público. Las Empresas Públicas”, Departamento de Economía e Historia Económica de la Universidad de Sevilla en: <http://personal.us.es> Última visita 2015.12.01

<sup>35</sup> Gaspar Ariño Ortiz, “Empresa Pública, Empresa Privada, Empresa de Interés General, 28

<sup>36</sup> Las políticas cepalinas fueron desarrolladas por la C.E.P.A.L (Comisión Económica para América Latina y el Caribe) 1940 – 1960, cuya tesis se decantó por la defensa de las económicas emergentes Latinoamericanas frente al diseño de políticas perjudiciales por los países desarrollados en su único interés de lograr materias primas con bajo valor agregado, y una expresión de esa defensa el desarrollismo a través de la creación de empresas públicas.

sus empresas públicas, si dicha intervención no viene acompañada de diagnósticos e intervenciones acorde a cada realidad nacional de cada país.

Gaspar Ariño Ortiz explica que el orden social ha jugado siempre en función de los principios de subsidiariedad del Estado que protege la libertad individual, derecho de propiedad y un sistema de mercado como instrumento de asignación de recursos y satisfacción de necesidades y, el principio de solidaridad que busca la igualdad formal y material en la asignación de esos recursos siendo el Estado social el titular colectivo de los bienes y actividades económicas y como portador de prestaciones para todos.<sup>37</sup>

Estos principios han sido íconos en los pensamientos económicos desde la perspectiva del Estado Empresario y el Estado Subsidiario que han desarrollado importantes políticas económicas, el primero desde la perspectiva de la intervención del Estado y el segundo desde la noción de un Estado mínimo y regulador, este último manifestándose en los procesos de privatización tanto en Europa como Latinoamérica.

Definir la subsidiariedad del Estado en la economía no es tarea fácil, primeramente debemos determinar los ámbitos de carácter asistencial que lo ejecutan generalmente los ministerios, secretarías etc., y el ámbito netamente comercial y las cuales pudiesen ser desarrolladas por la empresa privada.

Contar con justificaciones para analizar la subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado resulta de suma importancia, y eso es lo que la política económica debe proponer y resolver al analizar en forma técnica la subsidiariedad del Estado, pues otorgaría importantes elementos para la discusión.

Un interesante estudio publicado en el Boletín Latinoamericano de la Competencia explica que los criterios técnicos podrían tener como objetivos: “(i) brindar mayores garantías a las empresas privadas de que no estarán sometidas a una competencia desleal por parte del Estado; (ii) brindar a los contribuyentes garantías de que sus recursos no serán utilizados en proyectos con finalidades no prioritarias o populistas por parte de los gobiernos de turno y (iii) brindar garantías a los usuarios de que el sector público concentrará sus esfuerzos en aquellas actividades en las que se requiere de manera prioritaria su asistencia (educación, salud, entre otros) y en

---

<sup>37</sup> Gaspar Ariño Ortiz, “Empresa Pública, Empresa Privada, Empresa de Interés General, p. 30.

aquellos servicios o productos para las cuales la oferta privada resulta inexistente o insuficiente”<sup>38</sup>

Compartimos que toda intervención en la economía, inclusive a través de la empresa pública, debe obedecer a estudios y criterios técnicos, y no a las simples expectativas coyunturales. Se establece, en primer lugar, que exista un interés público que identifique aquellos supuestos en que la oferta de bienes y servicios por parte del Estado puede suplementar o sustituir una oferta inexistente o insuficiente de parte del sector privado; en segundo lugar, analizar el carácter subsidiario estableciendo los mercados potencialmente comerciales que no pueden ser atendidos por la iniciativa privada o que aquella sea insuficiente; y, finalmente como tercer punto, la existencia de una habilitación legal necesaria, más sería constitucional para que el Estado pueda intervenir en el mercado.<sup>39</sup>

Sin duda se puede advertir que la intervención en las economías por parte del Estado con las empresas públicas carece en Ecuador, como en otras economías, de un estudio y desarrollo metodológico en orden a establecer y analizar la subsidiariedad con parámetros técnicos que otorgue certeza y posibilidades de éxito a cualquier intervención estatal. Estas propuestas bien podrían ser objeto de estudio y análisis por una de las instituciones recién creadas en nuestro país, como la Superintendencia de Control de Poder de Mercado<sup>40</sup>.

En el caso ecuatoriano es oportuno hacer una breve comparación entre la Constitución de 1998 y la vigente del año 2008. En la primera colocó a la empresa pública en una posición igualitaria frente a la empresa privada - Art. 245 y siguientes, aunque tenía un contenido lírico, en la misma norma constitucional también se creó el Fondo de Solidaridad cuyos objetivos fueron privatizar la empresa pública. Lo que sin duda colocó a la empresa pública como subsidiaria en el papel económico que podían desempeñar. Diferente situación se observa en la vigente Constitución que propugna

---

<sup>38</sup> Gonzalo Ruiz, Martha Martínez y Eduardo Quintana, “El carácter subsidiario de la actividad empresarial del Estado desde una perspectiva de políticas de competencia” Boletín Latinoamericano de Competencia, Pág. 108 – 109. En: <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/>. Último acceso: 04 de Octubre de 2015.

<sup>39</sup> *Ibíd.*, p.110.

<sup>40</sup> En el caso Peruano fue el INDECOPI quien desarrolló algunos análisis de subsidiariedad fundamentados en una metodología aplicativa para aquello. Más información sobre esta metodología podemos encontrar en: Gonzalo Ruiz, Martha Martínez y Eduardo Quintana, “El carácter subsidiario de la actividad empresarial del Estado desde una perspectiva de políticas de competencia” Boletín Latinoamericano de Competencia, p. 112 y ss. En: <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/>

a la Empresa Pública como un actor importante en el desarrollo económico del nuevo modelo.

El Estado interviene a través de las empresas públicas por dos razones fundamentales, la primera por cuanto la capacidad del sector privado es insuficiente para proyectos que generalmente requieren cuantiosas inversiones, y la segunda por cuanto el privado no tiene interés en prestar ciertos servicios públicos, que no les otorga rendimiento, y por ello la Empresa Pública entra a corregir esas distorsiones que el mercado no las puede resolver, entonces, hablar del principio de subsidiariedad como un principio absoluto es un error, este siempre deberá ser de especial análisis frente a los casos concretos, es decir, jamás debe considerarse que este principio sólo existe en modelos aperturistas, sino más bien, es necesario considerar su aplicación en modelos como los que propone la constitución actual.

## **1.2. Empresa Pública en el contexto de la Constitución Económica ecuatoriana.**

### **1.2.1. ¿Qué es la empresa pública?**

La CEPAL define a la empresa pública como aquellos entes productores y/ o comercializadores de bienes y servicios en los que el sector público detente la propiedad total o mayoritaria, directa o indirectamente. Por lo tanto, la intención es que el estudio considere a todos los servicios, direcciones, corporaciones, compañías y sociedades que desarrollan tareas de carácter empresarial no siendo obligatoria en la definición empresarial la búsqueda de utilidades sino que lo decisivo será la presencia de una administración por parte del ente público que no solamente esté orientada por fines puramente sociales y que, en la mayoría de los casos, dicha administración o gestión sea alternativa de la que podría realizar una empresa privada <sup>41</sup>.

La empresa pública es una de las formas jurídicas a través de las cuales se organiza e instrumentaliza la iniciativa pública en la economía. Se trata de una técnica o modelo de auto organización, a través de la cual, las Administraciones Públicas

---

<sup>41</sup> CEPAL, Proyecto sobre Empresas Públicas. Esquema Metodológico. En las Empresas Estatales de América Latina. CLAD. Caracas 1976 en Jorge Manuel Aguirre Hernández, “las Empresas Públicas” en: [juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/11/pr/pr4.pdf](http://juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/11/pr/pr4.pdf). p. 85. Último acceso: 30 de Noviembre de 2015.

llevan a cabo la potestad discrecional que la Carta Magna les atribuye para intervenir en el mercado.<sup>42</sup>

La OCDE otorga una definición sencilla de la empresa pública como aquella empresa que ejecuta negocios establecidos por los gobiernos centrales o locales cuyos administradores pertenecen al gobierno.<sup>43</sup>

Nuestra normativa de empresas públicas las define como aquellas entidades que pertenecen al Estado, son personas jurídicas de derecho público con patrimonio propio, dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión que están destinadas al desarrollo de sectores estratégicos, prestación de servicios públicos, aprovechamiento sustentable de recursos naturales o bienes públicos, y en sí al desarrollo de actividades económicas que corresponden al Estado.<sup>44</sup>

Antes de mencionar a la empresa pública en el Ecuador, es importante aclarar que con la vigencia de la Constitución de 1998 en nuestro país se constituyeron y se transformaron empresas públicas (caso EMETEL) en sociedades anónimas, es decir, empresas del estado bajo el régimen de una sociedad privada, cuyo finalidad fue ejecutar las políticas privatizadoras de empresas estatales, que no tuvieron mayor éxito, pues dichas políticas fracasaron en su camino y como realmente fracasaron en países como Argentina, Perú, etc. Hoy en día las reglas de la empresa pública en el Ecuador son muy claras desde la norma constitucional, no puede existir una empresa pública sino bajo la regulación de la Ley Orgánica de Empresas Públicas con sus excepciones como las Empresas de Economía Mixta, estas últimas para su constitución exigen que el capital del Estado debe al menos tener el 51%.

En nuestro país las empresas públicas pueden constituirse por decreto ejecutivo en el caso de las instituciones de la función ejecutiva, acto normativo para el caso de los Gobiernos Autónomos Descentralizados (GAD s), escritura pública en el caso de unirse entidades de la función ejecutiva y los GAD s, y finalmente por resolución del máximo organismo de la universidad pública. Los principios que denota la Ley de Empresas Públicas van desde contribuir al desarrollo humano, buen vivir, promover el

---

<sup>42</sup> Francisco Oliva Blázquez, “A vueltas con el concepto de empresa: La Empresa Comunitaria y la Empresa Pública” (Quito, Estudios Jurídicos, núm. 35, Corporación Editora Nacional, UASB, 2013 p. 141.

<sup>43</sup> OECD, “Working Group on Privatization and Corporate Governance of State Owned Assets” en <http://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceofstate-ownedenterprises/42095493.pdf>

<sup>44</sup> Ley Orgánica de Empresas Públicas Art. 5 en Suplemento de Registro Oficial 48, 16-X-2009.

desarrollo sustentable, actuar en la exploración, explotación e industrialización de los recursos naturales renovables y no, provisión de servicios públicos.<sup>45</sup>

### **1.2.2. Origen de la Empresa Pública.**

Guajardo Soto, citando a autores como Millward, Toninelli, Bouneau y Fernández, Díaz – Fuentes y Comín, refiere que el origen de las empresas públicas en Europa se encuentra en las manufacturas reales, astilleros, y arsenales del Antiguo Régimen, y fue en el siglo XIX cuando surgió el perfil moderno de la empresa pública por el crecimiento de las infraestructuras, la industrialización y la urbanización. En el caso de Latinoamérica, los factores de creación fueron la protección del mercado interno, las subvenciones al sector privado, el suministro de servicios, fomento del crecimiento o bien para recaudar recursos frescos sin incurrir a impuestos directos. Incipientes indicios de ello se dieron antes de 1914, apareciendo en forma consistente desde las décadas de 1930 y 1940 en los sectores de energía e infraestructuras, para expandirse en los decenios de 1960 y 1970 con la industrialización y la urbanización.<sup>46</sup>

La posguerra en Europa dejó economías debilitadas y un sector privado sin capacidad de reacción que provocó sin duda una depresión económica que difícilmente el sector privado por sí solo podía sobreponer. Es por ello, que hoy en día no deja de reconocerse el papel que jugó la empresa pública en estas economías deprimidas de la posguerra, pues su rol en dichas circunstancias exigió una intervención del Estado.<sup>47</sup>

Como vemos, las empresas públicas en el caso europeo fueron el motor de la industrialización y sostenimiento económico europeo y han sido un instrumento de regulación del Estado para intervenir en la economía. Uno de sus ejecutores más sobresalientes en Europa en los años 40 fue el político y presidente francés Charles de Gaulle quien manifestaba:

“Mañana será misión del Estado asegurar por sí mismo el desarrollo de las grandes fuentes de energía, carbón, electricidad, petróleo; también de los principales medios de transporte, por ferrocarril, mar o aire, y de los instrumentos financieros sobre los cuales todo lo anterior descansa. Es misión del Estado elevar la producción

---

<sup>45</sup> Ecuador, Ley Orgánica de Empresas Públicas, Art. 4 en Suplemento del Registro Oficial núm. 48, de 16-X-2009.

<sup>46</sup> Guillermo Guajardo Soto, “Empresas Públicas en América Latina: Historia, conceptos, casos y perspectivas, Revista de Gestión Pública, Volumen II, Número I, Enero – Junio 2013. En [http://www.revistadegestionpublica.cl/Vol\\_II\\_No\\_1/Guajardo.pdf](http://www.revistadegestionpublica.cl/Vol_II_No_1/Guajardo.pdf). Última visita 2015.10.01.

<sup>47</sup> *Ibíd.*

metalúrgica a nivel necesario. Es misión del Estado disponer de crédito de la Nación para dirigir el ahorro nacional hacia las grandes inversiones y evitar que los grandes grupos de interés actúen en contra del interés nacional<sup>48</sup>

Ariño Ortiz, remontándose a los años cuarenta y siguientes, se pregunta: ¿Dónde estaba el sector privado en España? ¿Cuál era en España el sector privado? ¿Dónde estaban las corporaciones industriales españolas capaces de competir en el mundo? La respuesta a estas interrogantes las otorga el mismo Ariño Ortiz y responde que, en los años 50 y 60, el Estado tuvo que convertirse en empresario, porque era quizás el único capaz de reunir el capital y la fuerza suficiente para poner en marcha la industria y los grandes servicios en España.<sup>49</sup>

Como observamos, la empresa pública y su presencia como un agente económico relevante en las economías europeas de la posguerra tuvo una justificación a su intervención y fueron aquellos escenarios de destrucción y barbarie en donde el Estado fortaleció y sacó a flote a muchas de esas economías, siendo el ejecutor de grandes intervenciones públicas.

El ocaso de dichas empresas públicas vino a mediados de los años noventa y siguientes con los procesos de privatizaciones, reducción del tamaño del Estado entre otras políticas. Pues la empresa pública que otrora fue un puntal en el sostenimiento económico de los países europeos, como lo afirma Guillermo Guarjardo Soto, cayó en su eficiencia, productividad y requería de fuertes inversiones para su competitividad<sup>50</sup>.

Ahora bien, tampoco es que el proceso de privatizaciones y reducción del tamaño del Estado anuló a la empresa pública. Hoy en día, algunos países europeos mantienen insignes empresas públicas, más aún luego de la crisis económica de 2009 que afectó a Europa, especialmente España, Grecia, Portugal, situación que ha generado un repensar en el Estado empresario especialmente en la economía inglesa e italiana.

Francia y Gran Bretaña en la posguerra mundial fueron los países que más leyes nacionalizadoras emitieron a diferencia de uno de los países más socialistas europeos como lo es Suecia, país que tuvo los más reducidos índices de nacionalizaciones

---

<sup>48</sup> Gaspar Ariño Ortiz, “Empresa Pública, Empresa Privada, Empresa de Interés General, p. 25.

<sup>49</sup> *Ibíd.*, p. 42.

<sup>50</sup> Informe del Centro Europeo de la Empresa Pública en: Gaspar Ariño Ortiz, “Empresa Pública, Empresa Privada, Empresa de Interés General, p. 135.

previando así que no siempre la empresa pública tenga necesariamente que acompañar a una determinada tendencia política o tenga por principio que estar ausenta de otras.<sup>51</sup>

El caso de Italia, España y Austria justificó el surgimiento de una empresa pública a raíz también de la devastadora segunda guerra mundial, países donde existía una empresa privada que hubiese sido capaz de llevar a cabo la reconstrucción de aquellos, camino que Alemania no siguió, pues este país tomó un camino totalmente diferente y fundamentó su reconstrucción en la empresa y el capital privado.

Según Francisco Morales los principales motivos sobre el origen de las empresas públicas en América Latina son:

- a) Suministro de los servicios públicos tradicionalmente prestados o controlados por el Estado;
- b) Viejos monopolios coloniales;
- c) Nacionalizaciones en diferentes ramas y periodos;
- d) Apoyo a la ejecución de políticas o planes económicos
- e) Compra de empresas privadas en quiebra para mantener el empleo y producción;
- f) Cubrir la falta de inversión privada;
- g) Producir aquellas ramas necesarias, que por su baja rentabilidad o alto riesgo de inversión, ausentan al sector privado;
- h) Evitar la penetración extranjera en las actividades de tecnología de punta y,
- i) Cubrir necesidades sociales.”<sup>52</sup>

Las motivaciones o fines que concluye Ariño Ortiz citando a Ramón Tamames, para la creación de empresas públicas por los Estados, se resumen:

- a) “Razones militares o de seguridad nacional;
- b) Justificaciones de política económica, por el carácter estratégico del sector, la envergadura y el elevado riesgo de la inversión o el larguísimo plazo del proyecto, es decir, la inexistencia o insuficiencia de la iniciativa privada;
- c) La necesidad de luchar contra los monopolios y gestión de los monopolios naturales (servicios públicos), fiscales o comerciales;
- d) Razones de reestructuración económica sectorial, por qué, sólo así es posible obtener la financiación necesaria o acudir a los mercados internacionales;
- e) La empresa pública como instrumento de planificación y lucha contra el ciclo, ello sucede especialmente en sistemas socialistas o comunistas, y finalmente;
- f) La gran motivación es la de la insuficiencia o inexistencia de la iniciativa privada, que se manifiesta en diferentes campos y en diferentes modalidades, entre las que se suelen citar, además de los servicios públicos sociales (educación, sanidad, asistencia social, cultura, etc.) sectores como la vivienda, alimentación, el suelo urbano, la promoción de la investigación tecnológica, ciertas industrias de punta que exigen una inversión inicial.”<sup>53</sup>

---

<sup>51</sup> *Ibíd.*, 35

<sup>52</sup> Francisco Morales C., “La Empresa Pública en América Latina, Origen, desarrollo y crisis: El caso de Chile, en: [www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/rap/cont/77/trb/trb9.pdf](http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/rap/cont/77/trb/trb9.pdf). Última visita 23 de septiembre de 2015, p. 57

<sup>53</sup> *Ibíd.*, p. 58 – 60

En América Latina, la inversión extranjera tuvo dos momentos importantes que generaron su interés: el primero, la privatización de sectores estratégicos y servicios públicos en los años noventa; y, el segundo y reciente, la inversión en proyectos extractivistas, ambos segmentos de inversión con alta rentabilidad<sup>54</sup>. Fuera de esto, en el caso ecuatoriano y entendemos de la región, el sector privado doméstico no tiene la capacidad económica ni interés para invertir en proyectos de envergadura que el Estado sí los necesita, y tampoco son de interés de la iniciativa privada aquellos servicios públicos que generan rentabilidad social mas no económica. Estas serían las motivaciones más importantes en nuestro caso.

En el constitucionalismo ecuatoriano aparece la empresa pública, inicialmente como simples referencias coyunturales en las Constituciones de 1845, 1906 y 1929.<sup>55</sup>

Aunque para el año 1929 hubo cambios importantes por las conquistas de la Revolución Juliana cuyos resultados derivaron en un papel más activo del Estado, este fue incipiente como empresario, y es a raíz de la Constitución de la República del año 1946 donde ya el Estado fija su rol en las áreas estratégicas del Estado y tiene un papel importante.<sup>56</sup> Cabe destacar en este punto que “The Guayaquil and Quito Railway Company”, que a inicios del siglo XX era privada, fue nacionalizada en el año 1946, momento en el cual apareció otra empresa pública denominada Empresa de Abonos del Estado.<sup>57</sup>

En la Constitución Política del año 1967, el Estado se reserva el derecho a intervenir para suplir, fomentar y complementar la iniciativa privada; para estos años la Constitución no prevé ninguna regulación o referencia a la empresa pública y más

---

<sup>54</sup> Alicia Bárcena, Secretaria Ejecutiva de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, CEPAL, entrevistada por Xavier Basantes, en Semanario Lideres, Quito, 21 de Noviembre de 2015.

<sup>55</sup> Estas constituciones refieren a promover y fomentar la educación pública y el progreso de las ciencias y de las artes, concediendo con este objeto, por tiempo limitado privilegios exclusivos o las ventajas e indemnizaciones convenientes para la realización o mejora de empresas u obras públicas interesantes a la Nación, o para el establecimiento de artes o industrias desconocidas en el Ecuador.

<sup>56</sup> Constitución de la República (1946) Art. 146.- El Estado explotará preferentemente en forma directa las riquezas del subsuelo. Puede hacer concesiones para su explotación a individuos o a sociedades constituidas conforme a las leyes ecuatorianas, a condición de participar justa y equitativamente en el rendimiento de la empresa y de que los concesionarios se obliguen a invertir una parte prudencial de sus utilidades en beneficio de la economía nacional. Los concesionarios no podrán transferir sus derechos a terceras personas, sin expresa autorización del Estado. Art. 198.- Prohíbanse los monopolios, salvo los del Estado, y éstos no podrán ser cedidos a persona ni empresa alguna, nacional ni extranjera.

<sup>57</sup> Efraín Pérez, “La Empresa Pública en el Ecuador”, Quito, 2010, p. 5, en [www.estade.org](http://www.estade.org). Última visita: 2015.12.09.

bien coloca su posición en forma subsidiaria.<sup>58</sup> Sin embargo de ello, la dictadura del año 1973 a 1976 interviene con empresas públicas en la economía a través del Plan Integral de Transformación y Desarrollo con la estructuración de las empresas públicas como la Empresa Nacional de Almacenamiento y Comercialización (ENAC), Empresa Nacional de Productos Vitales (ENPROVIT), Instituto Ecuatoriano de Electrificación (INECEL), hidrocarburos con la Corporación Estatal Petrolera del Ecuador –CEPE, actualmente PETROECUADOR, telecomunicaciones IETEL, Transportes Navieros Ecuatorianos TRANSSAVE, Flota Petrolera ecuatoriana FLOPEC<sup>59</sup>

### **1.2.3. Intervención de la empresa pública.**

La historia de la empresa pública en el Ecuador ha dejado amargas experiencias a través de los distintos gobiernos, salvo excepciones puntuales como las empresas públicas del cantón Cuenca, caso ETAPA, otras a nivel nacional como en su momento constituyó Corporación Ecuatoriana de Petróleos del Ecuador, pero en un análisis global, su desempeño fue ineficiente, y aquello lo recoge en forma sucinta Gabriela Calderón Burgos quien refiere a dos estudios en los años noventa de Victoria Lawson de la Universidad de Washignton y Morris D. Whittaker de la Universidad Pública de Utah quienes documentaron los casos de las empresas públicas Enac, Enprovit, Fertisa, Pronamec, Emade, Ensemillas, Endes entre otras, que solo generaron pérdidas, concluyendo que este engranaje de empresas públicas contribuyó a un colapso de la producción en la sierra.<sup>60</sup>

---

<sup>58</sup> Constitución Política de la República, (1967), Art. 59.- El Estado se reserva el derecho a explotar determinadas actividades económicas para suplir, fomentar y complementar la iniciativa privada, sin menoscabo de los intereses legítimos de esta. Las empresas que exploten servicios públicos que tiendan al monopolio, podrán ser nacionalizadas con arreglo a la ley.

<sup>59</sup> Efraín Pérez, “La Empresa Pública en el Ecuador”, en [www.estade.org](http://www.estade.org), Quito, 2010, p. 5.

<sup>60</sup> Gabriela Calderón Burgos, “Ecuador: Este cuento ya lo vivimos” El Universo, (Guayaquil) 10 de junio de 2008.

En 1998, la Constitución de Sangolquí colocó al Estado<sup>61</sup> como un agente económico más en la economía, sin embargo; de ello existieron normas también con carácter constitucional que viabilizaba la privatización de empresas públicas.<sup>62</sup>

Si la historia de la empresa pública dejaba muchos cuestionamientos, cabe preguntarse ¿por qué razón en el año 2008, tras el fracaso de la política de privatización de éstas, la Constituyente de Montecristi las promovió como actoras fundamentales en la economía?<sup>63</sup> no sólo en sectores estratégicos sino para la prestación de servicios públicos y otros sin limitación alguna.

La norma constitucional vigente expresa:

Art. 315 “El Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas. Las empresas públicas estarán bajo la regulación y el control específico de los organismos pertinentes, de acuerdo con la ley; funcionarán como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales.

---

<sup>61</sup> Constitución Política de la República (1998), Art. 245.- 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. Art. 246.- 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. Art. 247.- Son de propiedad inalienable e imprescriptible del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, los minerales y sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso las que se encuentran en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial. Estos bienes serán explotados en función de los intereses nacionales. Su exploración y explotación racional podrán ser llevadas a cabo por empresas públicas, mixtas o privadas, de acuerdo con la ley.- Art. 249.- 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.

<sup>62</sup> Constitución de la República (2008), Art. **Art. 250, inc. 2º**.- El capital del Fondo de Solidaridad provendrá de los recursos económicos generados por la transferencia del patrimonio de empresas y servicios públicos, excepto los que provengan de la transferencia de bienes y acciones de la Corporación Financiera Nacional, Banco de Fomento y organismos del régimen seccional autónomo, y se administrará de acuerdo con la ley.

<sup>63</sup> Constitución de la República (2008) Art. 277: “Para la consecución del buen vivir, serán deberes generales del Estado: 4) Producir bienes, crear y mantener infraestructura y proveer servicios públicos

Los excedentes podrán destinarse a la inversión y reinversión en las mismas empresas o sus subsidiarias, relacionadas o asociadas, de carácter público, en niveles que garanticen su desarrollo. Los excedentes que no fueran invertidos o reinvertidos se transferirán al Presupuesto General del Estado.

La ley definirá la participación de las empresas públicas en empresas mixtas en las que el Estado siempre tendrá la mayoría accionaria, para la participación en la gestión de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos.”<sup>64</sup>

Cuando se debatía el contenido de este artículo en la Asamblea Constituyente de Montecristi, existieron tres intervenciones de constituyentes que se destacan en cuanto a su contenido, a saber: Pablo Lucio Paredes, Diego Borja y Fernando Cordero, a las que haré referencia en este acápite:

Pablo Lucio Paredes:

“Me parece fundamental dejar abiertas las opciones de participación pública y privada en todas las actividades. No creo que podemos decir en tal o cual actividad no puede haber esa participación y cerrar la puerta. Creo que lo importante en una Constitución es dejar abiertas las puertas, a que, a medida que el país va caminando, esas opciones se puedan o no ir ejerciendo en función de las orientaciones que va tomando la sociedad. Segundo, creo que tiene que decirse con claridad, y no está ahí en el texto, yo lo he propuesto, las condiciones legales y contractuales en que funcionan las instituciones públicas y privadas en un mercado, y que tienen que tener ambas un tratamiento legal y ambas tienen que tener, entre otras cosas, muy importante, reguladores independientes que controlen al mismo tiempo y de la misma manera, al privado y al público que están en este mercado. Por eso yo he planteado que toda empresa pública tiene que funcionar en base a una concesión. Es decir, un contrato que diga explícitamente la relación entre la sociedad, que somos los dueños, y esa empresa pública, qué hace, cómo lo hace, qué metas tiene, qué objetivos tiene, qué obligaciones tiene que cumplir. Obviamente, la concesión a una empresa pública puede ser en su contenido, diferente a la concesión a una empresa privada, puede tener otros elementos que hacer, pero tiene que tener elementos que puedan evaluar y, si la empresa pública no cumple con esos planteamientos de la concesión, se le debe retirar esa concesión, igual que se le retira a una empresa privada cuando no lo cumple. Me parece un tema importantísimo. Estoy planteando en el articulado con mucha claridad un tema fundamental: la posibilidad de tener accionariado popular; es decir, que los ciudadanos participemos, no como dueños indirectos, no como que el Estado ya nos está representando y a través del Estado somos dueños. No. Los ciudadanos debemos tener participación como accionistas y propietarios en las empresas públicas”<sup>65</sup>

La flexibilidad constitucional que propone el constituyente a favor de una empresa pública que desarrolle cualquier tipo de actividad económica es positiva, pues de esta

---

<sup>64</sup> Constitución de la República del Ecuador (2008), Art. 315.

<sup>65</sup> Asamblea Constituyente 2008, Acta 056 de la Asamblea Constituyente del año 2008. En [www.montecristivive.com](http://www.montecristivive.com), p. 27-34. Última visita 2015.08.24.

manera puede adaptarse cualquier realidad social y económica al marco constitucional propuesto.

Respecto a la competencia a la que deben someterse tanto empresas públicas como privadas, coincidimos con dicho requerimiento en pos de un mercado eficiente y transparente, pero como veremos más adelante se aprobaron ciertas limitaciones constitucionales al respecto.

Sobre la concesión como una forma de delegación de sectores estratégicos, servicios públicos o actividades de interés general para el Estado vemos que, la concesión no es la única vía posible para lograr fines con la misma empresa estatal, pero es positivo que una empresa pública pueda perder sus prerrogativas o beneficios frente a resultados o evaluaciones negativas. De esta forma, se generaría un efecto económico por la norma que podría finalizar con la resolución o terminación del contrato.

El accionariado público en realidad posibilita que las empresas públicas tengan un lazo de relación más cercano con los ciudadanos y donde pueda expresarse criterios, cambios, control ciudadano, es decir, una empresa pública más cerca de sus beneficiarios, explicando las formas de su estructura el mismo constituyente en su informe como aquellos procedimientos en donde el ciudadano común perteneciente a los grupos de menores ingresos son propietarios de las acciones de la empresa pública.

Las acciones, según lo plantea el constituyente referido, pueden ser adquiridas:

- a) A título gratuito, por entrega hecha por el Fondo de Apoyo para la inclusión económica, a los ciudadanos calificados en los quintiles 1, 2 y 3 de acciones representativas de capital social de cada una de las compañías de su propiedad, a más de que toda acción proveniente de esta fuente constituye patrimonio familiar.
- b) A título gratuito por entrega de acciones que en total representen el 10% del capital inicial o el 10% de los sucesivos aumentos de capital de las compañías públicas o privadas concesionarias del Estado, cuyo objeto social sea la vialidad, la exploración o explotación de recursos naturales, renovables o perecibles o la explotación de bienes o prestación de servicios estratégicos cuya propiedad no sea del Fondo de Apoyo para la inclusión económica. La empresa entregará directamente las utilidades al ciudadano propietario, en sumas iguales, una por cada uno de los ciudadanos, y
- c) En el capital de toda empresa pública, organizada como sociedad en cualquiera de las formas reconocidas por la ley, se destinará obligatoriamente el 30% para accionariado ciudadano, con opción de pago en el plazo de 24 meses, sea en numerario o en especie.

Se podrán dar facilidades de pago especiales a los ciudadanos de los quintiles 1, 2 y 3, y d) Por herencia, cuando el causante hubiese sido accionista del capital social de una empresa pública.<sup>66</sup>

Siguiendo con las exposiciones de los constituyentes, Diego Borja refirió:

“No estoy de acuerdo señor Presidente, en esa cuestión de la ciudadanía de las empresas públicas. Acá lo que se trata es de ciudadanizar el Estado, de la posibilidad de que en el Estado esté presente la representación de la ciudadanía, para que los grupos oligárquicos no se tomen el Estado a favor de ellos mismos. ¿Quién se tomó Petroecuador en su momento? ¿Quién controló el petróleo? ¿Quién ha controlado la electricidad y las telecomunicaciones y cómo han manejado los contratos?...No es un modelo socialista ni un modelo de Estado distinto...Acá se trata de ciudadanizar el Estado para que los ciudadanos puedan cambiar esta historia.”<sup>67</sup>

Fernando Cordero:

“...En plena noche neoliberal, señor Presidente, cuando la discusión en la década, que llaman algunos la década perdida, era qué es mejor lo público o lo privado. En la ciudad de Cuenca hicimos exactamente todo lo contrario de lo que aconsejaba el neoliberalismo y los organismos internacionales. Todos nos ofrecían crédito para privatizar el agua, todos nos ofrecían crédito en las mejores condiciones para enajenar lo que tenía Cuenca y que era una empresa pública. La receta cuencana fue crear más empresas públicas. Cuando yo terminé la Alcaldía no había una empresa, había once empresas y todas son exitosas, todas han ganado premios de eficiencia...Las empresas públicas, señor Presidente, necesitan en la Constitución un estado especial, un estatus especial. Por ejemplo, mientras una empresa privada de telecomunicaciones reúne a su directorio y compra los equipos que debe comprar para hacer telefonía, la única empresa pública que hay en el Ecuador...demora un año en comprar las mismas cosas que la empresa privada compra en una semana. Eso no es competencia. Eso es exactamente esa vieja metáfora de la carrera entre un tigre suelto, que es la empresa privada, y un burro amarrado, que querían seguirle llamando así al Estado. No hay como seguir soportando ese tipo de competencia que es absolutamente incorrecta, el Estado puede competir. Los colombianos han demostrado a Colombia que las empresas públicas de Medellín, generan no menos de doscientos mil millones de dólares al año de ganancias, por tanto, también hay que irnos quitando esas ideas totalmente anacrónicas de que lo malo es ganar. Nosotros tenemos que irnos acostumbrando que lo malo o lo bueno pueden ser lo que se haga con la ganancia, no necesariamente ganar. Para poder subsidiar, en algunos casos hay que cobrarle lo justo siempre, pero a veces, hasta un poco más de lo que cuesta al que puede pagar, porque esos subsidios son indispensables...Si el Estado va a ser el prestador de servicios públicos, no basta enunciar como sectores estratégicos. Me parece que ahí hay que

---

<sup>66</sup> Asamblea Constituyente, Acta 056 de la Asamblea Constituyente. En [www.montecristivive.com](http://www.montecristivive.com), p. 42-44. Última visita 2015.08.24.

<sup>67</sup> Asamblea Constituyente, Acta 056 de la Asamblea Constituyente. En [www.montecristivive.com](http://www.montecristivive.com), p. 98-102. Última visita 2015.08.24.

hacer una mejor redacción de los dos elementos. Los servicios públicos, esos que son de potestad exclusiva del Estado su manejo, porque son, justamente estratégicos tienen que quedar claros...”<sup>68</sup>

El expositor afirma que la empresa pública se encuentra en desventaja frente a la empresa privada en cuanto al sistema de contratación regulada para el sector público. Aquello es una realidad, pero tampoco se podría pensar en una desregulación al respecto, sino más bien en hacerla más eficiente y eficaz.

La posición del constituyente alimenta una empresa pública en los sectores estratégicos con flexibilidad hacia la subsidiariedad del sector privado, y que las empresas públicas puedan generar ganancias y direccionar los subsidios.

La Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, en adelante SENPLADES, estructuró un estudio sobre la empresa pública en el Ecuador.<sup>69</sup> Dicho estudio analiza la historia de la empresa pública en Ecuador y lo fundamenta en la necesidad actual de la empresa pública como un agente económico motor para el desarrollo del país, especialmente, en la intervención de áreas estratégicas, en función del cambio de la matriz productiva, claro está, que también Gobiernos Autónomos Descentralizados GAD han considerado su proyección en base a experiencias exitosas como las empresas públicas del Municipio de Cuenca en referencia a ETAPA.

La SENPLADES argumenta que el Estado no puede ser marginado de los sectores estratégicos, siendo éstos últimos recuperados en el nuevo marco constitucional y para ello necesita de las empresas públicas, reconociendo que las mismas vienen de un proceso de desgaste que limitó sus funciones y eficiencia.<sup>70</sup>

La situación de dispersión y mínimo control en la que se desenvolvían las empresas públicas por la autonomía legal acompañada de las políticas privatizadoras y neoliberales fueron una razón para el fortalecimiento de las empresas públicas recuperando el Estado su rol protagónico como agente dinamizador de la economía. Uno de los instrumentos con los que cuenta el Estado para intervenir en la economía es la creación de empresas públicas como instrumentos de política económica. Esto

---

<sup>68</sup> Asamblea Constituyente, Acta 056 de la Asamblea Constituyente. En [www.montecristivive.com](http://www.montecristivive.com), p. 98-102. Última visita 2015.08.24.

<sup>69</sup> Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, “Empresas Públicas y planificación: Su rol en la transformación social y productiva, 1ª edición, Quito, 2013. En <http://www.planificacion.gob.ec/wpcontent/uploads/downloads/2014/02/Libro-Empresas-Publicas-web.pdf>. Última visita 2015.08.28

<sup>70</sup> *Ibíd.* p. 32

significa una mayor presencia estatal en sectores estratégicos, la recuperación de las empresas públicas existentes y la gestión soberana de los recursos no renovables como petróleo y minería, además de una recuperación de la inversión pública y social.<sup>71</sup>

La Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, clasifica a las empresas públicas en tres categorías, aquellas que deben lograr ganancias financieras, las que deben prestar un servicio social y finalmente las que son temporales y se enfocan en la construcción de proyectos definidos. Esta atribución la ha asumido la propia SENPLADES en función de su potestad discrecional, lo cual, tiene sus limitaciones.

La empresa pública en la Constitución de 2008 es un instrumento técnico al que Estado acude para regular su intervención en el mercado, y con la cual se estructura y organiza la iniciativa pública en la economía. La norma no circunscribe su creación únicamente a sectores estratégicos del Estado<sup>72</sup> sino incluso promueve su creación en cualquier actividad económica<sup>73</sup>, lo que sin duda acarrea más dudas que aciertos en función de la concurrencia, es decir, rompe el principio de subsidiariedad y entra como un agente económico prioritario en el nuevo modelo económico de una economía social y solidaria.

A raíz de la norma constitucional que define a la empresa pública se generaron algunas dudas sobre el alcance e interpretación de la misma. Se entendía que sólo a través de la empresa pública se puede intervenir en los sectores estratégicos y en la

---

<sup>71</sup> *Ibíd.*, 33

<sup>72</sup> El Art.313 de la Constitución de la República de 2008, dice “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, 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.” En la misma forma el Art. 314 de la Constitución del 2008 expresa: “El Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas. Las empresas públicas estarán bajo la regulación y el control específico de los organismos pertinentes, de acuerdo con la ley; funcionarán como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales. Los excedentes podrán destinarse a la inversión y reinversión en las mismas empresas o sus subsidiarias, relacionadas o asociadas, de carácter público, en niveles que garanticen su desarrollo. Los excedentes que no fueran invertidos o reinvertidos se transferirán al Presupuesto General del Estado. La ley definirá la participación de las empresas públicas en empresas mixtas en las que el Estado siempre tendrá la mayoría accionaria, para la participación en la gestión de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos.”

<sup>73</sup> Constitución de la República del Ecuador, Art. 277, núm. 4.- Para la consecución del buen vivir, serán deberes generales del Estado: 4. Producir bienes, crear y mantener infraestructura y proveer servicios públicos.

provisión de los servicios públicos, e inclusive la Administración Pública para el cumplimiento de sus propios fines debería acudir a la empresa pública. Sin embargo, la Corte Constitucional para el período de Transición del Ecuador emitió una sentencia interpretativa al respecto y aclaró su alcance.<sup>74</sup>

---

<sup>74</sup> Corte Constitucional, sentencia No. 001 – 12 – SIC – CC (R.O. 629-S, 30-I-2012), expresa: "el Pleno de la Corte Constitucional interpreta los artículos 313, 315 y 316 de la Constitución de la República, en los siguientes términos: Debe entenderse que las empresas públicas únicamente gozan de la facultad de gestionar los sectores estratégicos y/o prestar los servicios públicos, para los que hubieren sido autorizadas, sin que les esté permitido a su vez, a dichas empresas públicas, delegar a la iniciativa privada la gestión de los sectores estratégicos y/o la prestación de los servicios públicos, lo cual es competencia de los organismos pertinentes conforme lo establecido en la ley. 2. Por lo tanto, solo el Estado Central puede autorizar a las empresas públicas la gestión de los sectores estratégicos y/o la prestación de los servicios públicos. Dicha autorización se realizará a través de las autoridades de control y regulación competentes de la Administración Pública o gobierno central, que tengan dicha atribución legal. Interpretese la gestión del sector estratégico como la prestación del servicio público relacionado con el respectivo sector estratégico. 3. Por otra parte, debe interpretarse que el Estado Central, a través de las autoridades de control y regulación competentes de la Administración Pública o gobierno central, que tengan dicha atribución legal, podrá delegar a empresas mixtas, o excepcionalmente a la iniciativa privada o economía popular y solidaria, la gestión de los sectores estratégicos y/o la prestación de los servicios públicos, en los casos contemplados en la ley de la materia o sector pertinente. 4. También debe interpretarse que cuando las instituciones del Estado requieran gestionar algún sector estratégico como medio para poder prestar los servicios públicos que les son inherentes, como en el ejemplo que expone el señor presidente de la república en la solicitud de interpretación constitucional, respecto al Ministerio de Defensa, aquellas no necesitan constituir empresas públicas ni compañías de economía mixta para poder acceder a los títulos habilitantes respectivos, a través de las autoridades de control y regulación competentes de la Administración Pública o gobierno central, que tengan dicha atribución legal. Así, para concederle frecuencias dentro del espacio radioeléctrico al Ministerio de Defensa para la gestión de sus comunicaciones, dicha entidad podría ser directamente beneficiaria de un título habilitante, sin necesidad de tener que constituir una empresa pública. 5. Asimismo, se interpretará en lo atinente a casos de excepción indicados en el punto 3 de esta sentencia esto es, para que la iniciativa privada y la economía popular y solidaria puedan gestionar sectores estratégicos y/o prestar servicios públicos en el ámbito de las disposiciones constitucionales consultadas, deberán ceñirse a lo establecido en la ley correspondiente y a lo regulado por las autoridades competentes de la Administración Pública o gobierno central, que tengan dicha atribución legal"

En la nueva propuesta constitucional, el Estado interviene en la economía a través de instrumentos indirectos de política económica y también con instrumentos directos por medio de la empresa pública, que en los últimos años ha realizado fuertes inversiones en proyectos energéticos, multipropósitos, entre otros.

El modelo de desarrollo constitucional propuesto configura una empresa pública como instrumento técnico de intervención en la economía monopolizadora de la provisión de servicios públicos y de la intervención en las áreas estratégicas del Estado, y permite la intervención de empresas de economía mixta, y excepcionalmente del sector popular y solidario y sector privado.<sup>75</sup> Nuestro país, a raíz de la vigente Constitución, tomó un rumbo contracorriente en la región, pues a nivel latinoamericano y europeo la empresa pública entró en fuertes procesos privatización.

La norma constitucional deja atrás cualquier restricción del Estado en la intervención en la economía a través de las empresas públicas y lo que pregona es la necesidad que las empresas públicas sean el motor de desarrollo de la economía. El principio de solidaridad predomina sobre el de subsidiariedad. Ante ello nos preguntamos: ¿El Ecuador necesita de las empresas públicas ahora? ¿Existe un estudio profundo de lo que ha fallado el sector privado o el sector público en el Ecuador para tomar aquella decisión? o ¿Esta posición refleja únicamente una carga ideológica?

Si bien el mercado y la privatización de servicios básicos y sectores estratégicos funcionaron en algunas economías europeas, Reino Unido (Industria del Gas Natural), así como Latinoamericanas, Chile (Telecomunicaciones), no todos los países pueden dar el mismo testimonio. Incluso, el mismo estado de California en los Estados Unidos tuvo una experiencia catastrófica con el caso de la Electricidad.<sup>76</sup> Un ejemplo por demás conocido en Latinoamérica es el caso argentino o peruano.<sup>77</sup> En este último país, Mario Vargas Llosa, quien fue de los grandes promotores de las privatizaciones

---

<sup>75</sup> Constitución de la República del Ecuador, Art. Art. 316.- El Estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria. La delegación se sujetará al interés nacional y respetará los plazos y límites fijados en la ley para cada sector estratégico. El Estado podrá, de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades, en los casos que establezca la ley

<sup>76</sup> Mark Armstrong and David E. M. Sappington, "Regulation, Competition, and Liberalization" *Journal of Economic Literature*, Vol. XLIV (June 2006), 325 – 366 en <http://else.econ.ucl.ac.uk/papers/uploaded/177.pdf>. Último acceso: 07 de octubre de 2015.

<sup>77</sup> Ver más en Jorge Enrique Cermesoni, "Ventajas y Desventajas de las privatizaciones de servicios públicos" en *Reforma del Estado y Derechos Humanos* (Lima, Comisión Andina de Juristas, 1999).

en Perú, asegura que las privatizaciones fracasaron porque “le entregamos las empresas estatales al sector privado y dejamos que ese sector generara una actividad monopólica sin ninguna regulación.”<sup>78</sup>

Se aduce, según la SENPLADES, que una de las razones por las cuales la empresa pública en el Ecuador era deficiente y mal administrado se debía a razones de tipo regulatorio, es decir, no existía normativa expresa que ordene y regule a la empresa pública.

La transición necesaria de la empresa pública hacia el nuevo modelo propuesto exige que las empresas cuyo marco regulatorio era el derecho privado <sup>79</sup> pasen a la nueva regulación de las empresas públicas, pues sólo a través de éstas es posible ejecutar, según el nuevo marco constitucional, los sectores estratégicos y brindar servicios públicos, salvo excepciones que serán analizadas en lo posterior.

En una entrevista realizada en ese entonces al principal de la SENPLADES, Pavel Muñoz, manifestó respecto de las Empresas Públicas, que estas son necesarias por el cambio de matriz productiva que propugna el Ecuador y aquellas que entran a competir en el mercado se las debe observar como empresas públicas complementarias y no en competencia, pero aquello, no comulga con lo que expresa la misma Constitución de la República y la Ley de Empresas Públicas. Estas posibilitan la creación de cualquier empresa pública para cualquier actividad económica.

Entre las empresas públicas que buscan rentabilidad económica están en el sector petrolero como Petroamazonas EP, Petroecuador EP., cuyos resultados mucho dependen del escenario internacional, a precios altos resultados satisfactorios. En la telefonía se encuentra la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT, cuyos resultados han sido importantes. También podemos nombrar dentro de aquellas que buscan rentabilidad económica a la Corporación Eléctrica del Ecuador, CELEC, Correos del Ecuador EP, Flota Petrolera Ecuatoriana FLOPEC EP, Astinave EP, Empresa Pública Cementera del Ecuador EPCE, Unidad Nacional de Almacenamiento, Santa Bárbara EP, Empresa Nacional de Fármacos, Enfarma EP,

---

<sup>78</sup> Eduardo Sarmiento Palacio, “Privatizaciones, Monopolios, y Regulación en las Empresas de Servicios Públicos” ( Bogotá, El navegante editores, Comp. Marco Antonio Velilla, 2005) en: Los Servicios Públicos como Instrumento de Solidaridad y Cohesión Social del Estado, 231.

<sup>79</sup> En nuestro país algunas de las empresas estatales como EMETEL, en el sector de las telecomunicaciones fueron escindidas en dos compañías Andinatel S.A., y Pacifictel S.A., cuyo objetivo era su privatización, fracasando aquello.

Empresa Nacional Minera Enami E.P, TAME EP, estas últimas no han tenido buenos resultados y es el caso de TAME que tras años consecutivos acumula pérdidas.

Las empresas públicas también las hay que buscan la rentabilidad social y que no tienen como objetivo una utilidad financiera, tenemos a Ferrocarriles del Ecuador EP, Empresa Pública de Parques Urbanos y Espacios Públicos EP, Infraestructuras Pesqueras del Ecuador EP, Empresa Pública de Habitat y Vivienda, Televisión y Radio del Ecuador EP RTV.

Finalmente, entre las empresas públicas con objetivos de construcción de proyectos están Yachay EP, Coca Codo Sinclair EP, Empresa Pública del Agua, Empresa Pública de Desarrollo Ecuador Estratégico EP entre otras.<sup>80</sup> Tenemos que añadir aquí las decenas de empresas públicas creadas por los GAD s. Es importante poner de manifiesto que en estos casos se ha reemplazado la capacidad ejecutora del ejecutivo con entidades enfocados en proyectos puntuales, lo cual, podría tener sus bemoles.

Para finalizar el análisis en este punto, podemos concluir que la Constitución de Montecristi de 2008 estableció los principios sobre los cuales justifican la existencia de la empresa pública como un agente económico que responde a principios de solidaridad y no únicamente a números que reflejen ganancia.

Los planes para el Buen Vivir de los años 2007- 2010, 2009 – 2013 y 2013 – 2017 catapultan a la empresa pública como agentes de la transformación productiva y destacan su rol en el aseguramiento de la soberanía y la eficiencia de gestión en los sectores estratégicos y a través de ellas no solo se pretende generar renta extractiva, sino también potenciar la reconversión productiva hacia la sociedad del conocimiento.<sup>81</sup>

Es interesante el nuevo matiz doctrinario que tiene la empresa pública como un agente principal en la economía para el desarrollo de industrias básicas, para generar empleo y encadenamientos productivos con el sector privado pero también debemos contrastar el comportamiento de la misma a través del tiempo, pues debemos realizar un diagnóstico de los fallos de la empresa pública en el pasado y ¿qué garantías tenemos para que la nueva estructura no afecte al mercado?

---

<sup>80</sup> Todas estas empresas fueron creadas a raíz de la vigencia de la Ley Orgánica de Empresas Públicas entre otras que serán de análisis más adelante.

<sup>81</sup> Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, “Empresas Públicas y planificación: Su rol en la transformación social y productiva, 1ª edición, Quito, 2013, p. 17. En <http://www.planificacion.gob.ec>

Desde luego, esas garantías no existen. La normativa ha dejado al ejecutivo y en su orden a los GAD s, tal discrecionalidad en la creación de empresas públicas.

### **1.3. Principio de libre competencia en el contexto de la Constitución económica ecuatoriana.**

#### **1.3.1. Antecedentes normativos.**

A pesar que desde la Constitución del año 1979 existían expresas disposiciones constitucionales para promocionar y regular la competencia e incluso algunas cartas políticas<sup>82</sup> ya se referían a los monopolios u oligopolios, en el Ecuador, han existido una serie de normas dispersas y netamente declarativas que trataban los elementos de estudio del derecho de la competencia. Un ejemplo de aquello fue el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones:<sup>83</sup>

En la misma forma también lo recoge la Ley de Propiedad Intelectual<sup>84</sup>, Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones, y Prestación de Servicios por parte de la

---

<sup>82</sup> Constitución de 1929: art. 151, núm. 15; Constitución de 1945: art. 141, núm. 12; Constitución de 1945: art. 194; Codificación de la Constitución de 1997: art. 60; Constitución de 1998: art. 244 núm. 3.

<sup>83</sup> Ecuador Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones en Suplemento del Registro Oficial, núm. 351, 29-XII-2010. Art. 17 “Trato no discriminatorio.- Los inversionistas nacionales y extranjeros, las sociedades, empresas o entidades de los sectores cooperativistas, y de la economía popular y solidaria, en las que éstos participan, al igual que sus inversiones legalmente establecidas en el Ecuador, con las limitaciones previstas en la Constitución de la Republica, gozaran de igualdad de condiciones respecto a la administración, operación, expansión y transferencia de sus inversionistas y no serán objeto de medidas arbitrarias o discriminatorias” Art. 19.- Derechos de los inversionistas.- Se reconocen los siguientes derechos a los inversionistas: b. El acceso a los procedimientos administrativos y acciones de control que establezca el Estado para evitar cualquier práctica especulativa o de monopolio u oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado u otras prácticas de competencia desleal.”

<sup>84</sup> Ecuador, Codificación de la Ley de Propiedad Intelectual, Art. 284 en Suplemento del Registro Oficial 426, 28-XII-2006.

iniciativa Privada<sup>85</sup>, Ley Orgánica de Empresas Públicas<sup>86</sup> y Ley Orgánica del Régimen de Soberanía Alimentaria.<sup>87</sup>

Antes de la vigencia de una normativa efectiva con rango de ley que defienda la competencia, en nuestro país, se aplicaron también normas comunitarias emitidas por la Comunidad Andina de Naciones, en adelante CAN, que de alguna forma tenían fuerza normativa para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la CAN.<sup>88</sup>

Mediante Decisión 616 la Comisión de la Comunidad Andina se resolvió autorizar al país la aplicación de las normas contenidas en la Decisión 608 referentes a la protección y promoción de la libre competencia, y mediante Decreto Ejecutivo<sup>89</sup> el Gobierno del Ecuador se acogió a las normas sobre competencia que introduce la prohibición de los acuerdos y la colusión entre empresas que restrinjan la competencia y el abuso de posición dominante, siempre que se trate de prácticas o conductas que afecten al comercio intracomunitario.

Esta Decisión limitaba su radio de acción únicamente a casos que afecten el comercio intracomunitario siendo excluidas del ámbito de aplicación de la Decisión 608 las prácticas con origen y efectos en un único Estado miembro.<sup>90</sup>

El Ecuador, motivado por la disposición que posibilitaba la aplicación de la normativa comunitaria en el país, creó la Subsecretaría de Defensa de la Competencia y Defensa del Consumidor bajo la dirección del Ministerio de la Producción, MIPRO.

---

<sup>85</sup> Ecuador, Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones, y Prestación de Servicios por parte de la iniciativa Privada en Registro Oficial 349, 31- XII- 1993. “Art. 47.- Monopolios.- Prohíbese la existencia de monopolios en cualesquiera de sus formas y en consecuencia, se autoriza a terceros el establecimiento de actividades o la prestación de servicios de igual o similar naturaleza...”

<sup>86</sup> Ecuador, Ley Orgánica de Empresas Públicas en suplemento del Registro Oficial 48, de octubre de 2009, Art. 2 Nro. 9.- Establecer mecanismos para que las empresas públicas, actúen o no en sectores regulados abiertos o no a la competencia con otros agentes u operadores económicos mantengan índices de gestión con parámetros sectoriales e internacionales, sobre los cuales se medirá su eficacia operativa, administrativa y financiera

<sup>87</sup> Ecuador, Ley Orgánica del Régimen de Soberanía Alimentaria, en Suplemento al Registro Oficial No. 583 de 05 de Mayo de 2009.

<sup>88</sup> Acuerdo de Cartagena, Art. 105. En: Francisco Marcos, ¿Una política de competencia para Ecuador?, Boletín Latinoamericano de Competencia, p. 29. En:<http://ec.europa.eu/competition>.

<sup>89</sup> Decreto Ejecutivo 1614, en Registro Oficial No. 558 del 27 de Marzo de 2009. Último acceso 23 de Octubre de 2015.

<sup>90</sup> Francisco Marcos, “¿Una política de competencia para Ecuador?”, Boletín Latinoamericano de Competencia, p. 29. En: [http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin\\_21\\_2.pdf](http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_21_2.pdf). Última visita 23 de Octubre de 2015.

Ecuador ha tenido varios intentos normativos <sup>91</sup> en orden a aprobar una norma que defienda la competencia y el esfuerzo que estuvo más cerca fue en el año 2002, norma que fue aprobada por el Congreso pero vetada por el Presidente de la República <sup>92</sup> en ese entonces se atribuye esos fracasos a la reticencia del sector empresarial del Ecuador y a su clase política.<sup>93</sup>

Un reportaje de dicho año en Diario El Universo titulaba: “Polémica por veto a la ley de competencia”, que expresaba un total rechazo a la negativa de aprobar una norma que defienda la competencia en el país.<sup>94</sup>

Con las afirmaciones antes referidas, era obvio que cierto sector industrial empresarial del Ecuador con influencia en las decisiones gubernamentales jamás estuvo dispuesto siquiera a una regulación mínima de la competencia, pues para ellos se afectaba a la libertad de empresa. Así, Ecuador una vez más quedaba rezagado junto con Bolivia de las regulaciones cuyos bienes jurídicos a proteger eran el mercado, la competencia, el consumidor.

Otra de las razones por las cuales el sector industrial y empresarial rechazaba la normativa de competencia tenía que ver con el tamaño del mercado ecuatoriano, que

---

<sup>91</sup> Otros proyectos de Ley fueron presentados por los congresistas Rafael Dávila, Protección de la Libertad Económica, Julio Noboa con el proyecto Ley Antimonopolio y de la Libre Competencia, y finalmente el proyecto denominado Ley de Protección de las Libertades Económicas encabezada por la diputada Susana González.

<sup>92</sup> En aquel momento histórico ejercía el encargo Presidencial el señor Pedro Pinto, personaje ligado al sector empresarial

<sup>93</sup> Francisco Marcos, ¿Una política de competencia para Ecuador?, Boletín Latinoamericano de Competencia, p. 31.

<sup>94</sup> Editorial, El Universo, (Guayaquil) “El veto total a la Ley de Competencia tranquilizó al sector empresarial de las cámaras de Comercio de Quito y Guayaquil y generó malestar entre los diputados que elaboraron el proyecto y los técnicos del Ministerio de Comercio Exterior. El cuerpo legal, que vetó totalmente el jueves en la noche el presidente encargado, Pedro Pinto, no podrá ser tratado de nuevo por el Congreso durante un año. Pinto consideró que pese a que el país necesita de forma urgente la regulación sobre competencia, la ley presentada por el Congreso era “inadecuada”. El veto produjo alivio a las cámaras de Comercio de Quito y Guayaquil, quienes consideraron que la ley obstaculizaba a la libre empresa. Joaquín Zevallos, de la Cámara de Comercio de Guayaquil, aseguró que concordaba con la decisión de Pinto, pues una ley como la concebida por el Congreso no era adecuada. También indicó que existen mecanismos para contrarrestar la formación de monopolios: mover aranceles, hacer uso de los derechos del consumidor, entre otros. El sector empresarial del Azuay, que se había expresado en meses anteriores partidario de la ley, ayer se mostró cauto al respecto. Xavier Abad, vicepresidente de la Cámara de Industrias de Azuay, dijo que si bien en un primer momento las cámaras del Azuay participaron en la elaboración de la ley, nunca conocieron cuál era el documento aprobado. Contra el veto el ministro de Comercio Exterior (e), Miguel Chiriboga, indicó que el veto preocupaba, pues la ley había sido trabajada durante dos años con ayuda de expertos en la materia. La presidenta de la Comisión de Defensa del Consumidor, Susana González, culpó a Édgar Terán y Joaquín Zevallos, de la Cámara de Comercio de Quito y de Guayaquil, respectivamente, de ser responsables del veto total. La diputada sostuvo que esas cámaras “pretenden que se apruebe, a futuro, una ley de acuerdo a sus intereses” en Editorial del Diario El Universo el Viernes 15 de noviembre de 2002. En: <http://www.eluniverso.com/2002/11/15/0001/9/34D1E5A396094F219E366EC04A2EFA0A.html>. Última vista el 2015.11.01.

era pequeño y con la estructura del tejido empresarial que era muy concentrado<sup>95</sup> es decir nuestra economía ha dependido y depende de los oligopolios.<sup>96</sup>

Ha sido una temática de todo gobierno, inclusive de los de derecha en este país, que debe garantizarse las condiciones mínimas para que la inversión extranjera confíe en el país, incluso de sectores que propugnan políticas neoliberales. Pero ello jamás ocurrió. Es así que ciertos autores refieren a que la ausencia de una política de competencia en el Ecuador disuade la inversión externa, pues ésta ve con mucho recelo el acceso y la actividad en los mercados ecuatorianos proclives a la colusión, a la integración vertical y a las prácticas abusivas.<sup>97</sup>

Antes de la vigencia de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, el Gobierno a través del Ministerio de Productividad, MIPRO, y la SENPLADES desarrollaron estudios sobre la concentración de los mercados en el Ecuador, y sus resultados exponen claramente la concentración de la economía ecuatoriana.<sup>98</sup> En la misma forma, la desaparecida Secretaría de Competencia determinó que el 81,3% de las actividades económicas se encontraban altamente concentradas.<sup>99</sup>

Un estudio que no fue mayormente difundido, realizado por Abraham Hollander, dio a conocer ciertas estructuras que afectaban la competencia en el Ecuador evidenciando por sectores de la economía los abusos y prácticas concertadas que ciertos agentes económicos ejecutaban.<sup>100</sup>

---

<sup>95</sup> Francisco Marcos. ¿Una política de competencia para Ecuador?, Boletín Latinoamericano de Competencia, p. 31.

<sup>96</sup> Ver más en la reciente obra publicada por la Superintendencia de Control de Poder de Mercado que hizo una compilación interesante sobre “Monopolios y Poder en la Historia del Ecuador”

<sup>97</sup> Christina D. Storz, Timothy G. Taylor y Gary F. Fairchild, “A Primer on Exporting to Ecuador” Junio 2004, EDIS document FE511, a publication of the Department of Food and Resource Economics, Florida Cooperative Extension Service, Institute of Food and Agricultural Sciences, University of Florida, Gainesville, FL (publicado en Febrero de 2005), p. 7 (el documento es un resumen de la Ecuador Country Commercial Guide FY2003, elaborada por el Departamento de Estado Norteamericano). En Francisco Marcos, ¿Una política de competencia para Ecuador?, Boletín Latinoamericano de Competencia, p. 31. En: Boletín Latinoamericano de Competencia, p. 31 en: [http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin\\_21\\_2.pdf](http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_21_2.pdf). Última visita: 2015.09.14.

<sup>98</sup> La portada, Economía, Ley Antimonopolio, “Ya viene el lobo” En revista Vanguardia, Julio 2011 No. 297, p. 16.

<sup>99</sup> Datos presentados por la Subsecretaría de Competencia, durante la mesa sobre competencia de la IV Conferencia Internacional de Derecho Económico organizada por la Universidad Andina Simón Bolívar, en María Elena Jara Vásquez, “Fundamentos Constitucionales de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado”, Estado, Derecho y Economía, Estudios Jurídicos 35, Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, p. 198.

<sup>100</sup> Abraham Hollander, “Competencia en Ecuador”. Este estudio fue parte de los textos de la Maestría en Derecho de Mercado, promoción 2006 – 2007 proporcionado por la docente María Elena Jara.

Las razones por las cuales debe contarse con una normativa que regule el mercado sobran. Incluso muchas organizaciones internacionales, como la OMC, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, elaboraron una Ley tipo de Defensa de la Competencia, Ley tipo de la UNCTAD e incluso el mismo Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América elaboró un documento titulado ¿Los países en desarrollo debieran dedicar escasos recursos gubernamentales a la promulgación y aplicación de leyes de competencia? y expresan:

“Parece claro que la respuesta es afirmativa, que esos países son tan vulnerables como los países desarrollados a las clases de medidas anticompetitivas descritas anteriormente. En efecto, hay por lo menos tres razones para creer que las leyes de competencia son especialmente importantes a medida que los países en desarrollo liberalizan sus economías. Primero, la mayoría de los países en desarrollo... tienen economías repletas de grandes empresas que dominan industrias específicas, muchas veces debido a políticas y prácticas del pasado. A medida que estas empresas son privatizadas, no reciben con agrado el surgimiento de la competencia a sus productos en el mercado nacional, y podrían emprender medidas dirigidas a disuadir la importación o distribución de esos productos rivales....Segundo, donde la liberalización económica ha incluido cierto desmantelamiento de los monopolios de las grandes empresas, podría haber una tendencia entre los gerentes de los componentes recientemente separados de la vieja empresa a cooperar más que a competir en el mercado...Tercero...la promulgación, aplicación y publicación de una ley de competencia, para que la población tenga conocimiento de que la llegada del capitalismo no significa el abandono de todas las reglas y protecciones para los actores pequeños del mercado. Probablemente no sea una exageración declarar que, en algunos países la promulgación de una ley de competencia ha sido un requisito previo a la promulgación de otras leyes de liberalización...”

Finalmente, el país en el año 2011 pudo contar con una ley que regule los actores económicos en el mercado, denominada Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado,<sup>101</sup> una normativa que recoge las más importantes instituciones del derecho de la competencia.

El objeto de esta ley es evitar, prevenir, 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

---

<sup>101</sup> Ecuador, Ley Orgánica de Control y Regulación de Poder de Mercado, en el Suplemento del Registro Oficial, núm. 555,13-X-2011.

bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.<sup>102</sup>

### **1.3.2 Principio de libre competencia.**

Competir en su acepción más general refiere al momento que un agente económico enfrenta a otro u otros en su objetivo de lograr ser escogido por un mercado determinado. La competencia en su sentido lato y natural es sinónimo de concurrencia, duelo, reto, oposición, riña, debate, refriega, concurso, para conseguir un objetivo común, que otros competidores desean alcanzar al mismo tiempo, dinámica en la cual subyacen su carácter concurrencial y conflictual. La competencia como fenómeno económico es aquella dinámica para llegar a un objetivo competencial de relevancia económica para obtener bienes económicos dentro de las regulaciones de un sistema económico que comprende una dimensión dual entre los que ofrecen y los que adquieren en un contexto concurrencial y conflictual de especial interés para el Derecho.<sup>103</sup>

La libre competencia se concibe como el resultado fáctico y efectivo de la integración de las libertades económicas mencionadas y de aquellas libertades jurídicas coadyuvantes a la realización de empresa: libertad de iniciativa económica privada (toda persona puede ejercer libremente una actividad económica destinada al mercado), libre autonomía de la voluntad (cada cual puede establecer relaciones jurídicas y fijar su contenido), y libertad para determinar la organización de la propia actividad empresarial, la forma, calidad, cantidad y precio de los productos o servicios.<sup>104</sup>

La libre competencia es un principio positivizado en nuestra Constitución de la República que se desprende del contenido esencial de otro como es el derecho de las personas a la libertad de empresa. Este último principio lo recoge la vigente Constitución de la República en su Art. 66 No. 15 que expresa:

---

<sup>102</sup> Ecuador, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Art. 1.

<sup>103</sup> Ignacio Font Galán, "Constitución Económica y Derecho de la Competencia. Editorial Tecnos, S.A., Madrid 1987, p. 166. En: Ernesto Blume Fortini, "La Constitución Económica Peruana y el Derecho de la Competencia" [www.dialnet.uniroja.es/descarga.articulo.5109698.pdf](http://www.dialnet.uniroja.es/descarga/articulo.5109698.pdf). Última visita 2015.11.03.

<sup>104</sup> Gaspar Ariño Ortiz, "Propiedad Libertad y Empresa p. 61 y 62 En: Javier Viciano Pastor, "Libre Competencia e Intervención pública en la Economía, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p.129.

“El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental.”

Partiendo de la premisa de que no existe un ejercicio absoluto de los derechos fundamentales, como tampoco un contenido sin límites, todos los derechos fundamentales pueden ser limitados en un momento dado. Estas limitaciones han sido desarrolladas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia constitucional internacional en lo que se denomina el contenido esencial de los derechos fundamentales, que no es otra cosa que lograr establecer en un caso concreto y acorde a la realidad social límites al ejercicio de un derecho fundamental.

La doctrina al tratar del principio de libertad de empresa busca responder a una interrogante: ¿Cuál es el contenido esencial de este principio? Javier Viciano Pastor encuentra algunas respuestas, entre ellas, definirlo como aquellos derechos del ciudadano que garantizan la libertad de acceso, libertad de decisión, libertad de competencia y la libertad de cese.<sup>105</sup>

Para el mismo autor, la libertad de empresa, que en sus inicios fue un derecho de los denominados de autonomía o de primera generación, hoy en día puede clasificarse como un derecho de segunda generación, como un derecho que se alza contra los abusos que se originan por un concepto de libertad de empresa absoluto, y por tanto requiere de la intervención del Estado para su propia defensa.<sup>106</sup> En nuestra realidad constitucional, todos los derechos fundamentales tienen un mismo peso, que varía según el caso concreto en estudio.

El derecho de la competencia nace como una respuesta a los abusos de quienes tienen una posición privilegiada en el mercado, así como de quienes ejercen prácticas que destruyen la competencia en una economía y finalmente este derecho impone límites a competidores desleales en el mercado.

La libertad de empresa es aquella que requiere o se ejecuta al contar con normas que defiendan la competencia y de una intervención que prohíbe los abusos que los privados pueden hacer de esa libertad.<sup>107</sup> La libertad de empresa o el derecho a desarrollar actividades económicas la misma norma constitucional establece los límites

---

<sup>105</sup> Javier Viciano Pastor, “Libre Competencia e Intervención Pública en la Economía, 160.

<sup>106</sup> *Ibíd.* P. 117

<sup>107</sup> *Ibíd.*, p. 118.

a su ejercicio y que pudiesen afectar su contenido no esencial, como es la solidaridad, responsabilidad social, y ambiental.

La responsabilidad ambiental limita la libertad empresa en su desarrollo cuando ésta no logra controlar sus externalidades, la contaminación. El principio de solidaridad puede expresarse de diversas formas en la normativa infraconstitucional como normas tributarias y, la responsabilidad social puede deducirse de normas laborales, de protección al usuario o consumidor, así como de las normas que defienden la competencia en el mercado.

Hoy en día, es muy criticado el papel empresarial del Estado cuyos resultados no son justificables excepto en áreas muy sensibles para la estabilidad económica y política de los países pequeños. Así mismo, no existe razón alguna para defender el argumento de que los sistemas libres y desregulados favorecen al mercado, pues todas las eficiencias confirman una tendencia inevitable hacia la formación de monopolios privados cuando la legislación económica carece de mecanismos eficaces para estimular la competencia, sancionar la concentración del poder de mercado, prevenir y mitigar delitos económicos.<sup>108</sup>

A través de nuestra historia constitucional, el derecho a la libertad de empresa, con sus diferentes concepciones, siempre ha sido considerado un derecho individual, es así que la primera Constitución de la República establecía que todos pueden ejercer libremente cualquier comercio o industria que no se oponga a las buenas costumbres, en la misma forma lo hicieron otras normas constitucionales posteriores.<sup>109</sup> En la misma forma, varias Constituciones recogieron, en su momento, disposiciones referentes a los monopolios y oligopolios.<sup>110</sup>

En nuestro país, las normas constitucionales relativas a la competencia en el mercado fueron meros enunciados de papel, pues jamás se trabajaron en programas,

---

<sup>108</sup> Alfredo Mancero Saman, “El régimen económico del Estado Ecuatoriano” en Los grandes temas de la reforma constitucional, Programa de Apoyo al Sistema de Gobernabilidad democrática. Gobierno del Ecuador – BID, Quito, 1997. En: Santiago Andrade Ubidia, “Hace falta una ley que promueva y proteja la competencia económica” Revista IURIS DICTIO, Revista del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, Año II, No. 4, Agosto 2001.

<sup>109</sup> Constitución de 1830, Art. 62. En la misma forma, recogieron este derecho la Constitución 1843 (Art. 96), Constitución de 1878 (Art. 17, No. 2), Constitución de 1884 (Art. 27), Constitución de 1897 (Art. 18), Constitución de 1906 (Art. 26, No. 12), Constitución de 1929 (Art. 151, No. 15 y 17), Constitución de 1945 (Art. 141, No. 12 y 14), Constitución de 1946, (Art. 187 No. 10), Constitución de 1961 (Art. 191, No. 10), Constitución de 1979 (Art. 19, No. 10), Constitución de 1998 (Art. 23 No. 16).

<sup>110</sup> Constitución de 1929: art. 151, núm. 15; Constitución de 1945: art. 141, núm. 12; Constitución de art. 194; Codificación de la Constitución de 1997: art. 60; Constitución de 1998: art. 244 núm.

políticas públicas y normas secundarias que desarrollen el control y la regulación de la competencia, ejemplos de los son las primeras normas constitucionales que hacen referencia a la competencia en el año 1967,<sup>111</sup> lo hace así mismo la Constitución del año 1979,<sup>112</sup> 1998.<sup>113</sup>

Podríamos afirmar que, desde el año 1979, existía una omisión constitucional del legislador al no cumplir con una norma que defiende la competencia, situación que derivó en una mayor concentración de nuestra economía.<sup>114</sup> Y, son estos los principios constitucionales o fundamentales lo que entregan las directrices conceptuales y normativas para entender como concibe la Constitución la competencia económica.<sup>115</sup>

El principio de libre competencia es un derecho de los agentes económicos en un mercado a tener un acceso y desarrollo justo, en donde su éxito no dependa de circunstancias ajenas dirigidas por otros competidores sino de sus propias decisiones. Esas circunstancias se pueden observar a través de prácticas restrictivas de la competencia, abuso de posición de dominio y la competencia desleal.

Las características del derecho a la libre competencia económica han sido desarrolladas ampliamente por la jurisprudencia, entre ellas por la Corte Constitucional

---

<sup>111</sup> Constitución Política de la República del Ecuador (1967) Art. 93.- Cuando el Estado o cualquier entidad semipública administre negocios o empresas, en competencia con los particulares, lo hará tomando en cuenta todos los elementos que intervienen en la fijación de costos.

<sup>112</sup> Constitución Política de la República del Ecuador (1979), Art. 45.-La organización y funcionamiento de la economía debe responder a los principios de eficiencia y justicia social a fin de asegurar a todos los habitantes una existencia digna, permitiéndoles, al mismo tiempo, iguales derechos y oportunidades frente a los medios de producción y de consumo. El desarrollo, en el sistema de economía de mercado, propende al incremento de la producción y tiende fundamentalmente a conseguir un proceso de mejoramiento y progreso integral de todos los ecuatorianos. La acción del Estado tiene como objetivo hacer equitativa la distribución del ingreso y de la riqueza en la comunidad. Se prohíbe, y la ley la reprime, cualquier forma de abuso del poder económico, inclusive las uniones y agrupaciones de empresas que tiendan a dominar los mercados nacionales, a eliminar la competencia o aumentar arbitrariamente los lucros.

<sup>113</sup> Constitución Política de la República, (1998), Art. 244.-Dentro del sistema de economía social de mercado al Estado le corresponderá: 1. Garantizar el desarrollo de las actividades económicas, mediante un orden jurídico e instituciones que las promuevan, fomenten y generen confianza. Las actividades empresariales pública y privada recibirán el mismo tratamiento legal. Se garantizarán la inversión nacional y extranjera en iguales condiciones 3. Promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos. Impulsar la libre competencia y sancionar, conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen.

<sup>114</sup> El economista Patricio Ruiz realiza un análisis sobre la concentración de un total de 57 ramas industriales: es muy alta en 30 ramas, es alta en 20 ramas, es media en 7 ramas y son competitivas 0 ramas. De las cincuenta y siete ramas de industrias examinadas, ninguna es competitiva. En algunas ramas, la concentración en 4 o menos establecimientos llega al ciento por ciento de la producción en: Santiago Andrade Ubidia, "Hace falta una ley que promocióne y proteja la competencia económica" Revista IURIS DICTIO, Revista del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, Año II, No. 4, Agosto 2001. P. 101.

<sup>115</sup> Agustín Grijalva Jiménez y José Vicente Troya Jaramillo, "Elementos para un derecho de la competencia en Ecuador", Revista FORO No. 1, UASB – Ecuador, p. 6.

de Colombia en una serie de sentencias que resumen a este derecho como: un derecho individual de todos, un derecho de interés colectivo cuyo objeto es defender los derechos o intereses de los consumidores, debiéndose aplicar de manera igualitaria a las empresas privadas y públicas, es un derecho económico de carácter no absoluto que puede ser limitado por el bien común, la función y responsabilidad social y no excluye la intervención proporcional y razonable del Estado para resolver fallas en el mercado, su núcleo esencial consiste en la posibilidad de acceso al mercado por parte de los oferentes sin barreras injustificadas.<sup>116</sup>

Sin duda en nuestro país, por muchos años, pese a tener disposiciones constitucionales, muchos agentes económicos, consumidores, el orden económico en sí, fueron afectados por el abuso de posición de dominio, prácticas restrictivas o víctimas de la competencia desleal, no existiendo normas que pudiesen garantizar una protección efectiva. Lo único que había era una vía administrativa con limitaciones, la Subsecretaría de Competencia y del Consumidor. Por otro lado, podía pensarse en constitucionalizar los casos vía garantía constitucional de Acción de Protección, pues no había forma de tutelar esos derechos.<sup>117</sup>

La Constitución de Montecristi, estableciendo una economía social y solidaria recoge los mismos principios básicos sobre la competencia económica en el mercado, pero marcando excepciones abiertas e imprecisas con respecto de la empresa pública. Los principios constitucionales vigentes que iluminan el derecho económico y especialmente el de la competencia en nuestro país se encuentra en el Título VI Régimen de Desarrollo, Capítulo IV Soberanía Económica y en el Capítulo VI Trabajo y Producción.<sup>118</sup>

---

<sup>116</sup> Juan David Gutiérrez, “El derecho a la libre competencia económica según la Corte Constitucional de Colombia” en: <http://lalibrecompetencia.com/2013/07/29/el-derecho-a-la-libre-competenciaeconomica-segun-la-constitucional-de-colombia/>. Última visita 2015.10.22

<sup>117</sup> Personalmente patrocine un proceso judicial vía acción de protección que pudiese ser un referente en la protección de los derechos de los competidores en el mercado antes de la vigencia de la normativa de defensa de la competencia. Ver juicio No. 764.2010 Robín Patricio Salinas Calva, Cable Express vs. Empresa Eléctrica Regional de Sur y TV Cable.

<sup>118</sup> Constitución de la República ( 2008)., tít. VI, “Régimen de Desarrollo”, cap. Sexto, “Trabajo y Producción”, Sección Quinta, “Intercambios Económicos y Comercio Justo” art. 355, en Registro Oficial 449, 20-X-2008. “Art. 304. La política comercial tendrá los siguientes objetivos: 6. Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados” Art. 355.- Inciso 2ndo. El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal”

Ante la expresión del numeral seis del Art. 304 de la Constitución de la República que establece evitar prácticas monopólicas y oligopólicas particularmente en el sector privado, la pregunta sería: ¿Se deja abierta la posibilidad de evitar esas prácticas en el sector público? o en su defecto ¿Cierra totalmente la posibilidad de evitar esas prácticas en dicho sector? Esto ya ha sido saldado por la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado como veremos más adelante.

Estas normas también hacen alusión a la fijación de precios para protección de la producción nacional, pero para algunos teóricos aquello va contra la concepción misma de la competencia en los mercados. Cabe preguntarnos en este punto ¿si es justificable una excepción de regulación de precios en el mercado frente al derecho de la competencia? o ¿si son suficientes y eficientes las normas de competencia para evitar las especulaciones o abusos en el mercado? Indudablemente, esta cuestión ha sido recogida por la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado que otorga la posibilidad al Ejecutivo para temporalmente controlar precios.<sup>119</sup>

Finalmente, la última norma que hace mención a la competencia se contiene en el Art. 336 al establecer un deber del Estado de asegurar la transparencia y eficiencia en los mercados y el deber de fomentar la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, que son los principios que ha recogido la norma infra constitucional en esta materia.

Respecto de la norma constitucional que al parecer dirigiría las normas de competencia únicamente para el sector privado, se puede analizar este punto bajo tres perspectivas, respecto del ámbito de aplicación subjetiva de la legislación de competencia, el principio de igualdad en el derecho de la competencia y la acción del Estado. Respecto a la primera, la particularización del sector privado no está acorde a la práctica y legislación de competencia actual pues otorga ciertos privilegios para legalizar algunas prácticas anticompetitivas de empresas del Estado. Entrándose de la segunda perspectiva, el principio de igualdad exige una prohibición de la aplicación en las relaciones comerciales o de servicio de condiciones desiguales para prestaciones

---

Art. 336.- El Estado impulsará y velará por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad. El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley”

<sup>119</sup> Ecuador, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Art. 23.

<sup>120</sup> Marcelo Marín Sevilla, “La Competencia en la nueva Constitución del Ecuador”, en Revista Novedades Jurídicas, Año VI, Número 31, Enero de 2009, p. 21.

equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. Y finalmente, como tercera perspectiva, viene la acción del Estado que constituye la excepción al ámbito de aplicación subjetiva y al principio de igualdad, pues el Estado puede eximir la aplicación de la legislación de competencia por razones de interés público y a través de una norma con rango de Ley y no como se ha planteado en la Constitución en forma general y sin excepción.<sup>120</sup>

María Elena Jara afirma que estamos frente a una Constitución que impulsa la presencia de un Estado productor, que compite en diferentes sectores con el sector privado y lo ideal hubiese sido que la Constitución consagre normas de competencia justas pues las normas de competencia tienen un destinatario principal que es el sector privado y único destinatario de los mecanismos sancionatorios y propicia que el Estado productor y regulador asuma los roles de juez y parte, excluyendo al Estado del ámbito de la normativa de defensa de la competencia, favorece su presencia bajo condiciones preferentes en áreas en las que podría ser menos eficiente que el sector privado perjudicando a los consumidores. Desde esta perspectiva, existe una contradicción entre el fomento de igualdad de condiciones en el mercado, al que se refiere el Art. 336, inc. 2do. de la Constitución, y el tratamiento desigual entre particulares y el Estado consagrado en Arts. 304, núm. 5 y 335 inc. 2do. de la misma.<sup>121</sup>

---

<sup>120</sup> Marcelo Martín Sevilla, “La Competencia en la nueva Constitución del Ecuador”, en Revista Novedades Jurídicas, Año VI, Número 31, Enero 2009, p.21.

<sup>121</sup> María Elena Jara Vásquez, “Constitución económica ecuatoriana y desarrollo” en Revista Novedades Jurídicas, Año VI, Número 37, Julio 2009, p. 31.

## Capítulo Segundo

### La Empresa Pública y el Derecho de la Competencia

#### 2.1 La empresa pública en situación de monopolio desde la perspectiva del derecho de competencia.

Los monopolios del Estado existen por una serie de justificaciones, desde la ineficacia e ineficiencia del sector privado, pasando por el desinterés de este último en estas áreas y es más que deben estar acorde a las realidades sociales de cada nación. Es por ello, que las razones y consecuencias varían. Unos Estados no se reservan nada para sí, otros tienen una participación subsidiaria en la economía, mientras que por otro lado existen aquellos en donde su intervención es preponderante, dejando atrás el principio de subsidiariedad del Estado reemplazándolo por el de solidaridad. Inclusive, existe una tendencia moderna de intervención en aquellas economías que pasaron por procesos de privatización y desregulación del Estado como las europeas.

Actualmente, existe un nuevo ciclo económico de intervención del Estado en la economía y algunos autores, como German Coloma, afirman que estamos asistiendo a una reversión de la tendencia anti-intervencionista, puesto que, tímidamente, parecen estar apareciendo señales de una mayor demanda de intervención del Estado en ciertos sectores. Dichas señales todavía no se encuentran apoyadas por un cambio en la teoría económica de la organización de servicios públicos, por lo cual su evaluación debe aún ser efectuada utilizando las herramientas teóricas disponibles, justificando esta nueva intervención bajo tres criterios que la teoría económica ha desarrollado en la asignación recursos como la eficiencia, equidad, y compatibilidad de incentivos, que se resumiría en la búsqueda de una función de bienestar.<sup>122</sup>

La corriente que dominó en el mundo occidental fue el paso de un Estado productor – empresario de bienes y servicios en 1940 - 1970 hacia un Estado subsidiario que potencializó las privatizaciones en Europa - 1980 y América Latina – 1990 –. Ecuador, como hemos comentado, no entró en un proceso de privatización

---

<sup>122</sup> German Coloma, “Empresa Pública, privatización, regulación y competencia: su papel en la provisión de servicios de infraestructura” en <http://www.ucema.edu.ar/publicaciones>. Última visita: 2015.11.14

profundo, pues, aquí las organizaciones sociales jugaron un papel importante en las decisiones gubernamentales de esas épocas, llegando a privatizar un reducido grupo de actividades económicas.

“La complejidad técnica, económica y social del mundo hacen imprescindibles la educación; la sanidad; la cobertura contra los riesgos de la enfermedad; la vejez o el paro; los transportes; las comunicaciones; los suministros de agua, gas y electricidad; el abastecimiento de alimentos y mercancías, etc. Como señaló FORSTHOFF, el Estado social debe asegurar estas prestaciones que garantizan un mínimo vida a los ciudadanos. Este fin puede alcanzarse por dos vías: a través del estricto control del Estado sobre las prestaciones efectuadas por empresas privadas, o bien por la creación de empresas pertenecientes a la Administración. La primera vía fue la escogida a menudo en Europa hasta las grandes nacionalizaciones de los años cuarenta y es la que sigue en los Estados Unidos y Canadá; la segunda vía se ha ido progresivamente imponiendo y ampliando en Europa en los últimos cincuenta años, aunque en algunos sectores se está iniciando un proceso de signo inverso.”<sup>123</sup>

### **2.1.1 Servicios Públicos y Sectores Estratégicos como monopolios del Estado.**

La presencia del Estado como un monopolio generalmente se la expresa en los servicios públicos<sup>124</sup>, que nacen como una respuesta a las economías liberales dentro del Estado de Bienestar cuyo objetivo ya no es únicamente reconocer el desarrollo individual que cada persona podría adquirir en la economía de mercado o liberal en función de su libertad, sino un reconocimiento también a los derechos económicos, sociales y culturales de las personas, pues estos derechos son esenciales para la vida y dignidad del ser humano y, el mercado por sí solo no los puede proveer o peor aún no existe el interés en otorgarlos.

Los servicios públicos constituyen una fortaleza dentro de una economía social de mercado, que no busca únicamente el desarrollo económico de Estado sino un desarrollo también social a través de bienes y servicios que son indispensables para la vida en cualquier sociedad. Servicio público es aquella actividad que prioritariamente

---

<sup>123</sup> Juan de la Cruz Ferrer, “La Actividad de Prestación y el Régimen de los Servicios Públicos” en Apuntes de Derecho Público Económico, La intervención pública en la Economía y en la Empresa” (Madrid, KYKINSON, S.L, 1992), p.199.

<sup>124</sup> La noción de servicio público fue acuñada por el Derecho público francés y posteriormente se extendió al resto de Europa continental adquiriendo todo su apogeo en el seno del Estado de Bienestar surgido en la postguerra. Ver más en Gómez Acebo y Pombo “Teoría y Práctica de las Privatizaciones” (Madrid, Ed. McGraw – Hill, 1997), p. 29.

– pero no exclusivamente – desempeña el Estado, mediante la cual toda persona obtiene acceso a ciertos suministros que son indispensables para la vida en común y que no deben ser interrumpidos bajo ninguna circunstancia sino, por el contrario, prestarse de manera constante y segura.<sup>125</sup>

Los derechos económicos, sociales y culturales en la historia constitucional ecuatoriana comienzan a tener cierta protección a raíz de la Constitución del año 1884,<sup>126</sup> como una prestación del Estado a través de normas dispersas y meramente declarativas, lo que se mantuvo en la Constitución Política de la República del Ecuador del año 1878, 1897, 1906, 1929, ésta última abarcando la seguridad social. La Constitución del año 1945 estatuye un adelanto importante en cuanto a los derechos laborales, seguridad social inclusive.

Para la Constitución de la República del año 1960, 1967 alcanza importancia también la salud y los servicios públicos constitucionalizados se observan ya en la Constitución Política de la República de año 1979, 1998 y la vigente Constitución reconoce y garantiza a las personas el acceso a bienes y servicios públicos <sup>127</sup> estableciendo una serie de garantías constitucionales para su tutela.

Entre los servicios públicos <sup>128</sup> que enumera la Constitución vigente ecuatoriana, podemos anotar el agua potable, riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias y otras que la Ley así las determine. <sup>129</sup> La carta política también ha recogido de la doctrina las características o principios propios de un servicio público como son la obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. Además, el Estado se reserva el control y regulación sobre sus precios y tarifas. <sup>130</sup>

Los servicios públicos por excepción pueden ser delegados a la iniciativa privada cuando se cumplen algunos requerimientos que exige la norma y su

---

<sup>125</sup> José Gregorio Hernández Galindo, “Los Servicios Públicos en la Constitución Política” (Bogotá, Ed. Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005) en “Los Servicios Públicos como Instrumento de Solidaridad y Cohesión Social del Estado” Comp. Marco Antonio Velilla, 63.

<sup>126</sup> Constitución de la República (1884).Art. 34. Inciso segundo.- La enseñanza primaria es gratuita y obligatoria, sin perjuicio del derecho de los padres para dar la que tuvieren a bien. Dicha enseñanza y la de artes y oficios serán costeadas de los fondos públicos en Constitución Política de la República.

<sup>127</sup> Ecuador, Constitución de la República, Art. 66.

<sup>128</sup> Al momento se discute en la Asamblea Nacional algunas enmiendas constitucionales entre ellas caracterizar a la comunicación como un servicio público.

<sup>129</sup> Ecuador, Constitución de la República, Art. 314.

<sup>130</sup> *Ibíd.* Art. 314.

competencia es nacional<sup>131</sup> o seccional.<sup>132</sup> Un ejemplo de aquello es lo que sucede en la ciudad de Guayaquil, que desde el año dos mil viene delegando la prestación de algunos servicios públicos al sector privado tales como recolección de basura, agua potable, aeropuertos, incluso en algún momento delegó la seguridad pública. La ciudad de Quito recientemente delegó al sector privado el servicio público de aeropuertos, es decir, el privado actúa como un monopolio.

Sobre la regulación de los servicios públicos en el país existe normativa sectorial que define, controla, regula cada sector como el eléctrico,<sup>133</sup> hidrocarburos,<sup>134</sup> agua,<sup>135</sup> etc.

Nuestra Constitución deja abierta la posibilidad de delegar la provisión de servicios públicos así como la participación en los sectores estratégicos a empresas mixtas en las que el Estado tenga mayoría accionaria, y no sólo vía participación en la empresa mixta sino que deja también abierta la posibilidad, y en forma excepcional, de delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria el ejercicio de estas actividades conforme la ley lo establezca.<sup>136</sup>

De la misma manera la administración, regulación, control y gestión de los sectores estratégicos están reservados para el Estado siendo excepcional su delegación al sector privado mediante norma correspondiente.<sup>137</sup> Los sectores estratégicos que enumera la Constitución de la República son a saber: 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 norma secundaria.<sup>138</sup> La norma constitucional también define como un servicio de orden público al sistema financiero.<sup>139</sup>

---

<sup>131</sup> Ecuador, Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones en suplemento del Registro Oficial Art. 100 en Suplemento del Registro Oficial 351, 29-XII-2010.

<sup>132</sup> Ecuador, Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomías y Descentralización en Suplemento del Registro Oficial 303-S, 19-X-2010, Art. 283.

<sup>133</sup> Ecuador, Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica, en Tercer Suplemento del Registro Oficial 418, 16-I-2015.

<sup>134</sup> Ecuador, Ley de Hidrocarburos (Decreto Supremo 2967) en Registro Oficial 711, 15 – XI- 1978

<sup>135</sup> Ecuador, Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y aprovechamiento del Agua en Segundo Suplemento del Registro Oficial 305, 6-VIII-2014.

<sup>136</sup> Ecuador, Constitución de la República, Art. 316.

<sup>137</sup> Ecuador, Constitución de la República, Art. 313.

<sup>138</sup> *Ibíd.*

<sup>138</sup> *Ibíd.*

<sup>139</sup> Ecuador, Constitución de la República, Art. 308.

La calificación de un sector estratégico o servicio público no sólo la Constitución podría definirlo sino que también el constituyente delega al legislador la posibilidad de agregar más sectores y servicios públicos bajo esta definición. Un sector estratégico es aquel que el Estado lo considera vital para su economía y no puede perder su control sobre éste, pues juegan papeles decisivos en el bienestar y gobernabilidad de un país.

Los sectores estratégicos pueden considerarse aquellos que, como su nombre lo indica, son esenciales para el manejo de las políticas públicas económicas en un país, que son muy sensibles e importantes y sobre ellos se han tejido muchas teorías sobre su publicación o privatización.

Como hemos mencionado, la creación de monopolios estatales va de la mano con la prestación de servicios públicos por parte del Estado así como se reserva éste el control, regulación y desarrollo de los mismos. Lo que no sucedió con la Constitución Política de la Republica del año 1998, que si bien tenía normas con el mismo contenido, relegó al Estado hacia una participación subsidiaria.

Hay quienes sostienen que los servicios públicos son una derogación de la competencia, pues esta, en las sociedades occidentales, ha tenido mucha aceptación y más bien el debate sobre el servicio público permitió concebir a la competencia bajo un ángulo social y democrático, ya que en la intervención en varios países europeos el Estado organizó servicios públicos esenciales para la colectividad, pero la ineficiencia decepcionó a la población y fue cuando la competencia fue presentada como una fuente de progreso social. Gracias a ésta, las capas desfavorecidas de la población accederían a los bienes y servicios que estaban fuera de su alcance con el mercado organizado por la autoridad. Así, con la competencia, se reforzaba la libertad sin ignorar la solidaridad. La competencia serviría a la vez de base a la política económica y a la política en el campo social.<sup>140</sup>

### **2.1.2 Monopolios públicos.**

Como lo habíamos expresado, los monopolios son aquellas características propias de un agente económico que tiene poder en el mercado, capaz de no depender

---

<sup>140</sup> Paúl Nihoul, “Introducción al Derecho de la Competencia” (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005), p. 62.

de los demás competidores y que podría, por su posición, afectar la libre competencia en el mercado.<sup>141</sup>

La Constitución no es precisa al referirse que la política comercial tendrá como objetivos evitar los monopolios u oligopolios, pues como ya hemos hecho referencia en el capítulo anterior, estos de por sí no afectan la competencia. Su abuso debe ser regulado y sancionado<sup>142</sup> y, es así como nuestra Ley no prohíbe la existencia de los mismos, si no que sanciona los actos de abusos de poder de mercado, restricciones que afectan a la competencia y la competencia desleal.<sup>143</sup>

Inicialmente, los monopolios públicos en la doctrina y en la práctica contrastan con los principios del derecho de la libre competencia, pues, en el caso nuestro, el Estado por norma constitucional no permite la competencia en dichos sectores por considerarlos de interés nacional. Es decir, constitucionalmente, Ecuador justifica la presencia de monopolios estatales y en estos difícilmente podrá existir competencia en el mercado, pero sí puede delegarlos al sector privado bajo criterios de excepcionalidad.

Cuando existe base normativa para la presencia de un monopolio estatal, la doctrina los denomina monopolios legales o artificiales, que se diferencian de los monopolios naturales por cuanto estos últimos y por excepción en el derecho de la competencia son permitidos por un criterio de eficiencia, pues una sola empresa puede generar toda la producción del mercado a menor costo, como por ejemplo el servicio de agua potable, alcantarillado, etc.

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado deja abierta la posibilidad de que, por resolución motivada y por razones de interés público, se restrinja la competencia a través de resolución de la Junta de Regulación<sup>144</sup>, en orden a promover un monopolio estatal, desarrollar sectores estratégicos, prestación de servicios públicos, lograr el desarrollo tecnológico e industrial de la economía nacional, y como una medida de acción afirmativa hacia los sectores de la economía popular y solidaria.<sup>145</sup>

De los motivos por los cuales se podría restringir la competencia, no existe una certeza o seguridad jurídica sobre los criterios técnicos para promover un monopolio

---

<sup>141</sup> Ecuador, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Art.8.

<sup>142</sup> Constitución Política de la República, Art. 306, núm. 6.

<sup>143</sup> Ecuador, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Art. 9.

<sup>144</sup> Órgano creado por la novísima Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

<sup>145</sup> *Ibíd.*, Art. 28

estatal y que deberían estar en la Ley lo que podría admitirse inclusive en sectores no estratégicos y no considerados como servicios públicos, y así lo refiere al tratar otra excepción como el desarrollo tecnológico e industrial de la economía.

Finalmente, abrir otra posible excepción a la competencia a favor del sector de la economía popular y solidaria en función de una acción afirmativa, es positivo, pero podría resultar un trato desigual, pues para otorgar aquellas acciones afirmativas debe existir un análisis técnico.

Como una condicionante a la restricción de la competencia, podemos observar que la propia norma exige que se generen beneficios específicos, concretos y significativos para la satisfacción del interés general, sean eficientes y generen beneficios a favor de los consumidores o usuarios.<sup>146</sup> El Reglamento a esta Ley establece normativas de seguimiento y evaluación de las restricciones que pueden ser revocadas.<sup>147</sup>

Lo curioso de esta norma es que se haya incluido en la propia Ley nacional excepciones a la libre competencia lo cual, inicialmente, es positivo por cuanto otorgaría cierta seguridad jurídica a la intervención del Estado como tal, pero esa seguridad jurídica el privado no la tendría, puesto que delega a un ente administrativo, como es la Junta de Regulación, que pueda decidir los supuestos casos para restringir la competencia, lo cual genera incertidumbre en el agente económico privado, cuando las restricciones deberían ser claras, técnicas y por Ley, garantizando el derecho a la seguridad jurídica.

Entre los objetivos que presenta la Ley Orgánica de Empresas Públicas, están el prevenir y corregir conductas que distorsionen las condiciones para la provisión de bienes y servicios tendientes a impedir, restringir, falsear o distorsionar no la competencia, sino más bien las condiciones de acceso de los usuarios a dichos bienes y servicios, lo cual podría tener otra lectura, es decir, proteger el acceso a los servicios públicos esenciales.<sup>148</sup>

---

<sup>146</sup> *Ibíd.*, Art. 28, Inc., final.

<sup>147</sup> Ecuador, Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado en Registro Oficial 697, 7-V-2012, Art. 38, 39.

<sup>148</sup> Ecuador, Ley Orgánica de Empresas Públicas en Art. 2.- Ley s/n (Suplemento del Registro Oficial, 16-X-2009). Art. 2, núm. 8.-“Prevenir y corregir conductas que distorsionen las condiciones para la provisión de bienes y servicios y en general cualquier otro acuerdo o práctica concertada, escrita o verbal, oficial u oficiosa, entre dos o más agentes económicos, tendientes a impedir, restringir, falsear o distorsionar las condiciones de acceso de los usuarios a dichos bienes y servicios; 9.- Establecer mecanismos para que las empresas públicas, actúen o no en sectores regulados abiertos o no a la

Entenderíamos de la norma antes referida, que coloca a la empresa pública como una reguladora más del mercado de bienes y servicios, no solamente públicos sino de cualquier índole, inclusive en sectores abiertos a la competencia. Podría manifestarse que esta posición normativa fue dada por cuanto, en el año de su expedición, no existía regulación alguna para el mercado y, es más, no establece un procedimiento para lograr aquel objetivo. Actualmente, existe una regulación y entes competentes para el ejercer el control, no siendo de conocimiento del que realiza esta investigación un caso concreto en el país en que se haya creado una empresa pública con el objetivo referido.

En función de lo expuesto, los monopolios públicos en el Ecuador están sometidos a la normativa <sup>149</sup>que regula a los agentes económicos en el mercado, pues, si bien pueden ostentar la calidad de un monopolio público, no por ello está exento del control de la autoridad en lo que respecta a las normas de abuso de posición de dominio, pues estos abusos no sólo pueden venir de un competidor, sino también de un agente económico, tenga la calidad que sea, lo que se armoniza con la doctrina y el derecho de la competencia comparado.

Y, tanto la doctrina como la legislación comparada no distinguen a los actores en cuanto a la aplicación de normas de la competencia, ante lo cual concordamos, lo otro distorsionaría los mercados. En ningún caso, se puede aceptar que los monopolios, sean públicos o privados, aunque tengan como objeto de su actividad los servicios públicos o las actividades de interés económico general, queden librados a su suerte y puedan repetirse los abusos y las distorsiones a la economía que históricamente acompañaron a los monopolios públicos.<sup>150</sup>

### **2.1.3 La empresa pública en situación de competencia desde la perspectiva del derecho de competencia.**

Es totalmente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia que las empresas públicas deben someterse a las normas de la competencia. Así, por ejemplo, la Corte de Justicia de la Comunidad Europea, hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea,

---

competencia con otros agentes u operadores económicos, mantengan índices de gestión con parámetros sectoriales e internacionales, sobre los cuales se medirá su eficacia operativa, administrativa y financiera.

<sup>149</sup> Ecuador, Ley Orgánica de Regulación de Control del Poder de Mercado, Art. 2.

<sup>150</sup> “Santiago Andrade Ubidia, “Lineamientos para un Régimen Jurídico de la Competencia en Ecuador” Revista Jurídica, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Guayaquil, p. 52.

considera que, en el contexto del derecho de la competencia, la noción de empresa comprende toda entidad que ejerce una actividad económica, independientemente de su situación jurídica y a su modo de financiamiento:

“La Cour de justice des Communautés européennes considéré ainsi dans son arrêt du 23 avril 1991, HOFNER que dans le contexte du droit de la concurrence... la notion de entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement”<sup>151</sup>

La misma definición de empresa pública en el Ecuador, a nivel constitucional y legal,<sup>152</sup> motiva su regulación como monopolios del Estado y también empresas públicas abiertas a la competencia, es decir, una complementación entre regulación y competencia.

Recordemos, en este punto, que la SENPLADES distinguió bajo su discrecionalidad algunas categorías de empresas públicas,<sup>153</sup> entre ellas, las que buscan una rentabilidad económica, siendo estas las que estarían en competencia con el sector privado.

No creemos que sea lo óptimo haber dispuesto en norma constitucional y sin limitación alguna que el Estado pueda entrar a competir con el privado en otros campos que no sean aquellos reservados al Estado, pues, dicha discrecionalidad debería tener limitaciones en orden a proteger a los competidores privados, al mercado, pues, para ningún emprendedor sería justo competir en desigualdad de condiciones con una empresa pública creada al vaivén de los intereses de la autoridad.

Las reglas para que un agente económico público en el mercado compita en igualdad de condiciones con el sector privado se interpretan del mismo marco constitucional, en su Art. 336, cuando establece que el Estado fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades.

En la misma forma, la ley que regula los mercados en nuestro país confirma

---

<sup>151</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea aff.C-41/90, en: Pierre Devolve, “Les Enterprise publiques et le droit de la concurrence, p. 3 en: <http://www.asmp.fr>. Último acceso: 02 de diciembre de 2015.

<sup>152</sup> Ecuador, Ley Orgánica de Empresas Públicas, Art. 4.- Las empresas públicas son entidades que pertenecen al Estado en los términos que establece la Constitución de la República, personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión. Estarán destinadas a la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y en general al desarrollo de actividades económicas que corresponden al Estado.

<sup>153</sup> Las Empresas Públicas se dividen en aquellas para la construcción de un proyecto determinado, las que buscan rentabilidad social y las que buscan una rentabilidad económica.

que las disposiciones normativas son aplicables para todos operadores económicos, sean personas naturales, jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras con o sin fines de lucro.<sup>154</sup> En este último punto, inclusive sería aplicable para el sector público y las empresas públicas sujetas a un monopolio estatal, cuando su comportamiento restrinja la competencia, lo cual es saludable para un sistema de mercado.

Tanto la doctrina, jurisprudencia y marcos regulatorios comparados aplican la normativa de competencia tanto para el sector público como sector privado, así por ejemplo lo hace el sistema europeo de defensa de la competencia a partir de sus Art. 81 y 82 del Tratado de la Unión Europea, que no exceptúa al sector público ni sus empresas de su control y generalmente se desempeñan dentro del derecho privado.

Al respecto, un interesante estudio sobre el comportamiento de los Estados y la empresa pública expresa:

*“Governments may erect many types of regulatory barriers to limit competition. For example, bias by the government to protect SOEs may take the form of favorable lending rates vis- a – vis private firms. SOEs therefore may have a different cost of capital than do private firms. This may have an effect of an implicit subsidy for SOEs. Government may open its purse to provide for lower borrowing rates than market rates. SOEs also may benefit from discriminatory regulation. SOEs may not be required to pay taxes or may be immune from antitrust. Moreover, SOEs may benefit from information asymmetries. Information asymmetries occur where SOEs have data that private competitors do not where the governments collect the data. An SOE can use its economies of scope to create high barriers to entry that effectively forecloses competition by efficient competitors”<sup>155</sup>*

La competencia entre la empresa pública y la empresa privada en nuestro país se puede dar en algunas áreas como la exploración y explotación de hidrocarburos a través de Petroamazonas EP; Petroecuador EP; telecomunicaciones, con la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP; Flota Petrolera Ecuatoriana, Flopec EP; Correos del Ecuador EP, Astinave EP; Empresa Pública Cementera del Ecuador EPCE, TAME EP; Empresa Nacional de Fármacos, ENFARMA EP; Empresa Nacional Minera Enami EP; Fabricamos Ecuador Fabrec EC; El Telégrafo EP; Empresa Pública Importadora EPI EP; Santa Bárbara EP.

---

<sup>154</sup> Ecuador, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Art. 2.

<sup>155</sup> Daniel Sokol, “Competition Policy and Comparative Corporate Governance of State – Owned Enterprises” 2009, BYU L.Rev. 1713 (2009), en: <http://scholarship.law/facultypub/147>. Último acceso: 03 de diciembre de 2015.

Creeríamos que la concurrencia entre la empresa pública y privada es necesaria, pese a existir escenarios favorables para la empresa pública como lo veremos más adelante, lo que de alguna manera también podría limitar su desarrollo en mercados competitivos globales, en donde no dejan de estar presentes las empresas públicas y su tratamiento como una empresa más en el mercado, lo que sin duda podría acarrear inconvenientes con las autoridades de competencia de otras latitudes.

## **2.2. Aspectos problemáticos de la Empresa Pública desde la perspectiva de la competencia**

### **2.2.1 Conflicto de intereses entre entidad controlada y entidad controladora.**

No cabe duda que incluso países con institucionalidad más fuerte que la nuestra y con muchos años de experiencia en temas de competencia han estado enfrentados, como hemos visto, a un conflicto de intereses que genera la empresa pública en competencia o no. En nuestro país, podríamos advertir que es un problema potencial, un reto para el ente de control y para los agentes económicos en el mercado tanto públicos como privados, pues el ente controlador y regulador también es parte del Estado al igual que las empresas públicas.

En cuanto a las empresas públicas en competencia, por norma constitucional y sectorial, tendrían la misma libertad que el privado de acceso al mercado. Esto último no es el problema, sino los comportamientos anticompetitivos que pueden derivarse de las empresas públicas en competencia.

En la economía más liberal, los Estados Unidos, David E. M. Sappington y Gregory Sidak manifiestan que los conflictos entre empresas públicas y privadas en competencia generalmente suceden, pero que las sanciones a las empresas públicas no se ejecutan, o más bien los entes de control dejan hacer y dejan pasar estos actos que restringen la competencia. Llegan afirmar inclusive que en los Estados Unidos de Norteamérica no existe ni un solo caso en su jurisprudencia que haya sancionado a la empresa pública por actos contra la competencia y que generalmente los casos

judiciales por el comportamiento anticompetitivo de las empresas públicas se han perdido.

*“For more than a century after the passage of the Sherman Act, the United States led the world in developing a body of legal and economic principles for analyzing anticompetitive behavior by private enterprises. The U.S. Constitution, however, is thought to immunize much of the anticompetitive behavior by SOEs from U.S. antitrust law. Within the American federalist system, the Supreme Court has long addressed whether states may impose and supervise policies that reduce competition. These cases articulate the state action immunity in U.S. antitrust law, which generously immunizes states (and, less generously, municipalities) from antitrust claims as long as they actively supervise the suppression of competition. The crude rule of thumb is that private plaintiffs suing states for anticompetitive behavior generally lose.”<sup>156</sup>*

Al parecer, la protección que el mismo Estado otorga a sus empresas se replica en nuestra realidad. Personalmente en nuestro ejercicio profesional y antes de la vigencia de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, denunciábamos ante la extinta Subsecretaría de Competencia a la Empresa Pública Petroecuador EP, por cuanto esta ejercía un trato desigual al comercializar combustibles para uso industrial, pues a unos que se dedicaban a la misma actividad del actor les otorgaba a precio nacional, y a otros a precio internacional. Incluso, se comercializaba a precio nacional a algunas empresas calificadas como mineras, para quienes claramente la norma establecía un precio internacional. Nunca existió respuesta de la Subsecretaría de Competencia.

Este proceso lo judicializamos ante la justicia constitucional, vía acción de protección,<sup>157</sup> en donde los jueces manifestaron su incompetencia del caso en estudio por tratarse de un asunto de legalidad y que requería algunos pronunciamientos de la Administración, sustanciarse el caso ante los Tribunales de lo Contencioso Administrativo. Acudimos ante los prenombrados Jueces denunciando el trato desigual, el mismo que podía verificarse de las mismas certificaciones otorgadas por la Empresa Pública Petroecuador en sus clasificadores de clientes, quienes jamás se pronunciaron sobre el trato desigual y más bien aquello jamás fue analizado. Y,

---

<sup>156</sup> David E.M. Sappington y J. Gregory Sidak, “Competition, Law for State – Owned Enterprises” Antitrust Law Journal, Vol. 71, No. 2, 2003, 481 en: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers>. Última visita: 2015.11.14

<sup>157</sup> Ecuador, Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Loja., Decorteja v. Petroecuador E.P. No. 11111-2010-0301. Resolución: 08 de febrero de 2011.

finalmente, el caso llegó ante la Conjuetz Casacional de Sala de lo Contencioso Administrativo, quien ni siquiera admitió el recurso de casación.<sup>158</sup>

Un segundo caso, que pusimos a conocimiento de la justicia constitucional antes de la existencia de entes administrativos competentes para ello, constituyó una denuncia vía acción de protección a la única proveedora de electricidad en la región, la Empresa Eléctrica Regional de Sur ( hoy empresa pública), entidad que por varios años sólo otorgaba autorización vía contrato con una sola empresa de televisión por cable para el tendido de sus instalaciones en la urbe. La empresa eléctrica se negaba a autorizar a otros operadores del mercado el uso de su infraestructura física. Ante ello, la justicia constitucional en apelación observó el trato desigual que afectaba al mercado, condenó a la entidad demandada a tratar en la misma forma a los demás competidores en el mercado, pues nunca justificaron el trato desigual.<sup>159</sup>

En el caso alemán, el tratamiento de la empresa pública y empresa privada en igualdad de condiciones, inclusive casos judicializados como el caso que comenta el profesor Mastmacker quien aduce que en dicho país existen administrativa y judicialmente numerosos precedentes que comprueban que esta legislación se ha aplicado indistintamente a empresas públicas y privadas. Un ejemplo es el caso de las radioemisoras y estaciones de televisivas que son públicas pero operaban en condiciones de competencia privada.<sup>160</sup>

Al momento, en la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, bajo la vigencia de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, no se conoce que haya existido denuncia en contra de alguna institución del sector público, alguna empresa pública en competencia o no. Sin embargo de ello, la Superintendencia tiene un gran reto, que ya los sistemas comparados lo han advertido y, como se explicó anteriormente, siendo uno de los precedentes más importantes en esta materia lo ocurrido con el caso Deutsche Post en el año 2001 en la Jurisprudencia Europea, en donde la Comisión Europea sancionó a la oficina postal pública más importante de

---

<sup>158</sup> Ecuador, Tribunal de lo Contencioso Administrativo No. 5, Caso. Decorteja Vs. Petroecuador EP, No. 11801-2010-0138, Resolución 17 de abril de 2014.

<sup>159</sup> Ecuador, Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja, Ver juicio No. 764.2010 Robín Patricio Salinas Calva, Cable Express vs. Empresa Eléctrica Regional de Sur. Resolución 08 de noviembre de 2010.

<sup>160</sup> Mesa Redonda, “Legislación y Práctica de la libre competencia, un coloquio con el profesor ERNST J. Mestmacker en: <http://www.cepchile.cl>

Alemania por cuanto infringió las normas de competencia utilizando sus superávits para subsidiar sus actividades y establecer precios predatorios.<sup>161</sup>

Un estudio sobre la empresa pública de la CEPAL llega a la conclusión que en varios países existe al menos un consenso básico en torno a las características que deben tener las agencias reguladoras como son: independencia y que no se encuentren condicionadas por el poder ejecutivo; autonomía para la realización de sus funciones con presupuesto suficiente y previsible que no la haga dependiente del poder ejecutivo, así mismo como respeto e inexistencia de actos de interferencia de parte de otros niveles de gobierno en sus decisiones técnicas; y finalmente, transparencia en las decisiones, las que deben de ser discutidas públicamente antes de ser emitidas.<sup>162</sup>

Finalmente, es oportuno manifestar que la empresa pública no puede funcionar igual que en la privada por varias razones, pues en ésta el beneficio es un motivo secundario y no principal, no puede quebrar y la verdadera diferencia entre ellas es que la empresa pública no existen accionistas que corran un riesgo.

### **2.2.2. Financiamiento.**

Lo ideal para un sistema de concurrencia, entre empresa pública y privada es que el mercado goce de salud y, por ello, constituye un reto que la empresa pública utilice sus propios medios y espacios para financiar su desarrollo, y que no dependa del Estado para superar crisis internas, pues aquello, sin duda, afecta la competencia.

La OCDE recomienda que las empresas públicas tengan acceso a financiamiento en una forma competitiva y se eviten situaciones en que el Estado asuma la responsabilidad de la deuda. Además, todas aquellas acciones adicionales que una empresa pública por razones sociales o de políticas públicas deba ejercer deben estar también reguladas, para que todos los grupos interesados puedan saber qué pueden esperar de ellas y cuáles son sus límites de actuación.<sup>163</sup>

---

<sup>161</sup> David E.M. Sappington y J. Gregory Sidak, “Competition, Law for State – Owned Enterprises” *Antitrust Law Journal*, Vol. 71, No. 2, 2003, 494 en: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract>. Última visita: 2015.11.14.

<sup>162</sup> Patricio Rozas Bolbatín y José Luis Bonifaz F “Notas sobre la teoría de la empresa pública de servicios de infraestructura y su regulación” Comisión Económica para América Latina y el Caribe, CEPAL, Naciones Unidas, en <http://repositorio.cepal.org>, p. 61. Última visita: 2015.11.20.

<sup>163</sup> *Ibíd.*

Se dice que la principal tentación que los Estados miembros tienen respecto a las empresas en las que ejercen influencia dominante es otorgarles ayudas económicas. En general, todas ellas son incompatibles en cuanto puedan falsear la competencia, salvo aquellas que se contemplan expresamente. No obstante, ninguno de los dos supuestos se libra del control de la Comisión.<sup>164</sup> Esta Comisión Europea se encarga de exigir el cumplimiento de los Tratados por parte de los Países miembros, en el caso que nos ocupa, sobre el contenido del Art. 82 y 83 del Tratado de la Unión Europea que hace referencia a la defensa de la competencia.

La Ley Orgánica de Empresas Públicas establece las formas de financiamiento de estas a través de las subvenciones y subsidios hacia la empresa pública que otorga servicios públicos que busca rentabilidad social y que generalmente son monopolios del Estado.<sup>165</sup>

No obstante que la norma distingue entre las empresas públicas en competencia o no con el sector privado, establece que estas empresas se financiarán con ingresos provenientes de la comercialización de bienes y prestación de servicios así como de otros emprendimientos; rentas de cualquier clase que produzcan los activos, acciones, participaciones; acceso a los mercados financieros, nacionales o internacionales, a través de emisión de obligaciones, titularizaciones, contratación de créditos; beneficio de garantía soberana; inyección directa de recursos estatales, reinversión de recursos propios.

Observamos que no existen excepciones técnicas para que el Estado financie a las empresas públicas en competencia, lo que establece un escenario propenso a falsear

---

<sup>164</sup> Álvaro Canales Gil, “El Sector Público Empresarial desde la perspectiva de la Unión Europea” en [dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1961526.pdf](http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1961526.pdf), p. 93. Último acceso: 14 de octubre de 2015.

<sup>165</sup> Ecuador, Ley Orgánica de Empresas Públicas, Art. 40.- Rentabilidad social y subsidios.- Sin perjuicio de lo señalado en el artículo anterior, se reconoce la existencia de empresas públicas constituidas exclusivamente para brindar servicios públicos, en las cuales haya una preeminencia en la búsqueda de rentabilidad social, a favor de las cuales el Estado podrá constituir subvenciones y aportes estatales que garanticen la continuidad del servicio público. Las subvenciones y aportes se destinarán preferentemente para la expansión de los servicios públicos en las zonas en las que exista déficit de los mismos o para los sectores de atención social prioritaria. Los planes anuales de operación deberán considerar los programas de expansión a los que se refiere este artículo. Los proyectos sociales vinculados a políticas públicas específicas que decida desarrollar el gobierno central a través de las empresas públicas, cuya ejecución conlleve pérdidas económicas o en los que no se genere rentabilidad, deberán contar con una asignación presupuestaria o subsidio específico para su financiamiento. El Ministerio Rector o el gobierno autónomo descentralizado, según corresponda, determinará los requisitos que se deberán cumplir para recibir subvenciones o subsidios, que en todo caso tendrán el carácter de temporales y los mecanismos de evaluación de los servicios que se provean.

el mercado,<sup>166</sup> la concurrencia entre las empresas públicas y privadas,<sup>167</sup> y que no debemos confundir con las ayudas públicas que muchos sistemas en concurrencia permiten con excepciones con rango de ley.

Las ayudas públicas son una prestación en metálico o en natura (algo positivo como las subvenciones), e intervenciones diversas que aligeran las cargas que gravan una empresa y tienen las siguientes características: 1. Son otorgadas por el Estado, región o Municipio; 2. Son fondos estatales, aunque sean administrados por instituciones distintas a la autoridad pública; 3. Adoptan cualquier forma: subvenciones, exoneraciones de tributos, bonificaciones de intereses, garantía de préstamos, cobertura de pérdidas o cualquier otra forma, etc.

Ecuador no es la excepción respecto de las ayudas públicas que pueden estar dirigidas al sector público, privado o de la economía social y solidaria, y las contempla la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado en su Art. 29.

Para concluir este punto, debemos hacer mención que muchos países desarrollados han estructurado un sistema de control expedito sobre las cuentas de las empresas públicas, pues se ha montado un verdadero sistema de control sobre ellas, especialmente con autorías externas que transparentan el desempeño económico de las empresas evitando con ello una práctica recurrente de estas en maquillar sus estados financieros.<sup>168</sup>

### **2.2.3 Tratamiento tributario.**

En este punto y en el caso ecuatoriano, debemos diferenciar a una empresa pública cuyo objeto es la rentabilidad económica de aquellas que buscan una rentabilidad social o se estructuraron para un proyecto definido, división que, recordaremos, es meramente administrativa, pues la exoneración o no sujeción de tributos afectaría la concurrencia de la empresa pública frente a la empresa privada.

---

<sup>166</sup> Rafael Ripoli, “Libre competencia y ayudas a las empresas públicas. Normativa de la Unión Europea” en Revista Valenciana de Estudios Económicos, núm. 25, 1998, 444, en [http://www.begv.gva.es/gavinagv/index.html?URL=http://www.begv.gva.es/GAVINAGVCGI/BASIS/TPRES/WWW/CAT2/SDW?W%3DSUBJ\\_OPAC+EQ+%22directiva+CE%22+ORDER+BY+EV E RY+YEAR/D%26M%3D21%26R%3DY](http://www.begv.gva.es/gavinagv/index.html?URL=http://www.begv.gva.es/GAVINAGVCGI/BASIS/TPRES/WWW/CAT2/SDW?W%3DSUBJ_OPAC+EQ+%22directiva+CE%22+ORDER+BY+EV E RY+YEAR/D%26M%3D21%26R%3DY), Último acceso 23 de agosto de 2015.

<sup>167</sup> Ecuador, Ley Orgánica de Empresas Públicas, Título VI Del Régimen Económico y del Financiamiento, Cap. I, Del Régimen Económico, Art. 42.

<sup>168</sup> Ver más en José María Lozano Irueste, “Control de la empresa pública” en <http://dialnet.unirioja.es> Último acceso 01 de diciembre de 2015.

El tratamiento tributario a las empresas públicas varía entre diferentes países según la fortaleza de sus economías. Hay países que no consideran exoneraciones sobre los tributos a la renta como las economías industrializadas, a saber Reino Unido, Francia, Canadá, Alemania, y España. Otras economías desarrolladas otorgan el mismo tratamiento tributario a la empresa pública y privada en competencia como es el caso de Indonesia, Malasia, Tanzania.<sup>169</sup> En la región Bolivia, Chile, Uruguay, Colombia, Argentina y Brasil, las empresas públicas no tienen exoneraciones absolutas.

Al respecto, un interesante artículo sobre la tributación de las empresas públicas nos dice:

*“To ensure that state – owned enterprises generate a rate of return approximately equal that of other private – sector enterprises, they must be required to pay similar effective rates of tax as does private enterprises. In order to have a viable tax system for state owned enterprises, such a system must limit the deductibility of the interest expense of these firms. State – owned enterprises should also be restricted in their use of particular tax incentives that are designed for private enterprises. In addition, the goods and services produced by state owned companies should bear indirect taxes at the same rate as do other similar products in the economy, and no special provision given that would enable them to delay payment of these taxes”<sup>170</sup>*

La normativa de empresas públicas hace una referencia expresa respecto a la aplicación del mismo régimen tributario que tiene el sector público<sup>171</sup> y aplicable a la empresa pública, sin distinguir si es una empresa en competencia con el sector privado, y respecto de la primera enfoca a aquellas empresas que prestan servicios públicos que pueden tener o no una rentabilidad económica.<sup>172</sup>

---

<sup>169</sup> Glenn P. Jenkins, “Taxation and State – Owned Enterprises, Development Discussion paper, No. 225, abril 1986, Harvard Institute for International Development, en <http://www.queensjdiexec.org>. Último acceso 01 de diciembre de 2015

<sup>170</sup> *Ibíd.*

<sup>171</sup> Constitución de la República, Art. 225.- El sector público comprende: 1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social. 2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado. 3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado. 4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.

<sup>172</sup> Art. 41.- **Régimen tributario.**-Para las empresas públicas se aplicará el Régimen Tributario correspondiente al de entidades y organismos del sector público, incluido el de exoneraciones, previsto en el Código Tributario, en la Ley de Régimen Tributario Interno y demás leyes de naturaleza tributaria. Para que las empresas antes mencionadas puedan beneficiarse del régimen señalado es requisito indispensable que se encuentren inscritas en el Registro Único de Contribuyentes, lleven contabilidad

Pero, mientras la norma antes referida hace alusión a una exoneración total de todo tipo de tributos, el Código Orgánico Tributario refiere tal exoneración únicamente a los impuestos, incluso sin exoneración alguna sobre el Impuesto al Valor Agregado, IVA, pero contempla la posibilidad de la devolución de éste.<sup>173</sup>

La Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno exonera a las empresas públicas en competencia o no con el sector privado del impuesto a la renta,<sup>174</sup> impuesto a la salida de divisas<sup>175</sup> e impuesto a las tierras rurales.<sup>176</sup> Además, la empresa pública no es sujeto de IVA<sup>177</sup> y tiene tarifa cero en las importaciones que realiza.<sup>178</sup> También son exoneradas igualmente a los tributos al comercio exterior<sup>179</sup>

---

y cumplan con los demás deberes formales contemplados en el Código Tributario, esta Ley y demás leyes de la República. Las empresas públicas que presten servicios públicos estarán exentas del pago de regalías, tributos o de cualquier otra contraprestación por el uso u ocupación del espacio público o la vía pública y del espacio aéreo estatal, regional, provincial o municipal, para colocación de estructuras, postes y tendido de redes. Las disposiciones de este artículo se aplicarán en observancia del objeto de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

<sup>173</sup> 173 Ecuador, Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, artículo innumerado luego del Art. 73 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno. Art. 35.- Exenciones generales.- Dentro de los límites que establezca la ley y sin perjuicio de lo que se disponga en leyes orgánicas o especiales, en general están exentos exclusivamente del pago de impuestos, pero no de tasas ni de contribuciones especiales: 1. El Estado, las municipalidades, los consejos provinciales, las entidades de derecho público, las empresas públicas constituidas al amparo de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y las entidades de derecho privado con finalidad social o pública; Las exenciones generales de este artículo no serán aplicables al impuesto al valor agregado IVA e impuesto a los consumos especiales ICE.

<sup>174</sup> Ecuador, Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, Art. 9, No. 2 en Suplemento del Registro Oficial 463, 17-XI-2004.

<sup>175</sup> Ecuador, Ley reformativa para la Equidad Tributaria, en Suplemento del Registro Oficial 242, 29-XII-2007.

<sup>176</sup> *Ibíd.*, Art. 179, lit. e).

<sup>177</sup> Ecuador, Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, Art 54 núm. 5. No se causará el IVA en los siguientes casos: 5. Donaciones a entidades y organismos del sector público, inclusive empresas públicas; y, a instituciones de carácter privado sin fines de lucro legalmente constituidas, definidas como tales en el Reglamento.

<sup>178</sup> Art. 55.- Transferencias e importaciones con tarifa cero.- Tendrán tarifa cero las transferencias e importaciones de los siguientes bienes: 9.- Los que introduzcan al país:

c) En los casos de donaciones provenientes del exterior que se efectúen en favor de las entidades y organismos del sector público y empresas públicas; y las de cooperación institucional con entidades y organismos del sector público y empresas públicas;

<sup>179</sup> Ecuador, Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones en Suplemento del Registro Oficial 351, 29-XII-2010, Art. 125.- Exenciones.- Están exentas del pago de todos los tributos al comercio exterior, excepto las tasas por servicios aduaneros, las importaciones a consumo de las siguientes mercancías: d. Las que importe el Estado, las instituciones, empresas y organismos del sector público, incluidos los gobiernos autónomos descentralizados, las sociedades cuyo capital pertenezca al menos en el 50% a alguna institución pública, la Junta de Beneficencia de Guayaquil y la Sociedad de

El Código Orgánico de Ordenamiento Territorial, Descentralización y Autonomías, en adelante COOTAD, también establece una serie de exenciones tributarias con respecto de impuestos que administran los Gobiernos Autónomos Descentralizados, GAD s, tal es así, que las empresas públicas están exentas de pago del impuesto predial urbano, alcabalas, activos totales,<sup>180</sup> no así de tasas y contribuciones especiales<sup>181</sup> lo que se armoniza con el contenido del Código Tributario, pero la Ley Orgánica de Empresas Públicas únicamente exime del pago de tributos en referencia a las empresas públicas que presten servicios públicos, por el uso u ocupación del espacio público o la vía pública y del espacio aéreo estatal, regional, provincial o municipal para la colocación de estructuras, postes y tendido de redes.

Debe mencionarse, en este punto, que la transitoria décima de la Ley Orgánica de Empresas Públicas dejó sin efecto todo acto administrativo tributario de determinación, inclusive aquellos en conocimiento de la justicia, que podrían tener tanto las administraciones tributarias de carácter central como seccional o de excepción en contra de las empresas públicas.<sup>182</sup>

---

Lucha Contra el Cáncer (SOLCA). Las importaciones de las empresas de economía mixta estarán exentas en el porcentaje que corresponda a la participación del sector público

<sup>180</sup> Ecuador, Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomías y Descentralización, en Suplemento del Registro Oficial 303-S, 19-X-2010, Arts. 509, 520, 534 a), 554 a).

<sup>181</sup> *Ibíd.* Art. 567.- El Estado y más entidades del sector público pagarán las tasas que se establezcan por la prestación de los servicios públicos que otorguen las municipalidades, distritos metropolitanos y sus empresas. Para este objeto, harán constar la correspondiente partida en sus respectivos presupuestos (...)

<sup>182</sup> 10.4.- Como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 41 de esta Ley, queda sin efecto todo proceso de determinación directa, complementaria o presuntiva que se hubiere iniciado en contra de cualquiera de las personas jurídicas que como consecuencia de la expedición de esta Ley, están sujetas a su ámbito de aplicación, incluyendo aquellos procesos iniciados contra sociedades cuyos pasivos han sido asumidos por la empresa pública, mediante la instrumentación de cualesquier figura mercantil o societaria permitida por la Ley, incluso antes de la vigencia de la misma; quedando por tanto sin efecto toda orden de determinación, acta borrador, actas definitiva y en general toda otra clase de actos administrativos vinculados o conexos, así como toda clase de juicios contenciosos tributarios derivados de cualquier acto administrativo de determinación tributaria. El Director General del Servicio de Rentas Internas dictará la o las resoluciones correspondientes para dar de baja los títulos de crédito emitidos con ocasión de los procesos de determinación directa, complementaria o presuntiva antes referidos, originados con anterioridad a la vigencia de la presente Ley, respecto de las personas jurídicas señaladas en el inciso anterior. Igualmente, en forma complementaria, el Director General del Servicio de Rentas Internas ordenará el archivo de toda causa que se encuentre ventilando dentro de la jurisdicción coactiva de la entidad a su cargo, iniciada en contra de las personas jurídicas señaladas en el inciso primero de este numeral.

El régimen de exoneración o no sujeción tributaria<sup>183</sup> a favor de las empresas públicas no distingue entre la empresa pública que interviene como monopolista, las que otorgan servicios públicos, las que buscan rentabilidad social, las que persiguen la construcción de un proyecto específico y, la empresa pública en concurrencia con el sector privado, es decir, así como están concebidas las disposiciones normativas, la competencia puede verse afectada por las ventajas que se otorgan inclusive a las empresas públicas en franca competencia con el sector privado.

#### **2.2.4 Obligaciones laborales.**

El talento humano en el sector público en nuestro país se encuentra regulado por dos tipos de normas, que hacen la distinción entre un trabajador u obrero cuyas disposiciones se contemplan en el Código del Trabajo y, aquellos que tienen la calidad de servidores públicos regulados por la Ley Orgánica de Servicio Público.

Contrariamente a lo que sucede en materia impositiva, el régimen laboral actual de la empresa pública no distingue un régimen distinto entre empresa pública y empresa privada, que no sea el Código de Trabajo, a no ser de las normas de servicio público dirigidas para quienes ejercen un cargo de dirección en las empresas públicas, quienes no están sometidos al régimen laboral, sino más bien a las normas de la Ley Orgánica de Servicio Público, como lo veremos más adelante. La Constitución de la República del Ecuador hace una diferenciación de quienes están sujetos a las normas de la Ley Orgánica de Servicio Público.<sup>184</sup>

---

<sup>183</sup> La exoneración difiere de la no sujeción tributaria, pues en la primera expresamente la ley se refiere a una exoneración en donde se generó la obligación tributaria, mientras que en la segunda la norma no contempla obligación alguna.

<sup>184</sup> Constitución de la República del Ecuador, Art. 229.-Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público. Los derechos de las servidoras y servidores públicos son irrenunciables. La ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores. Las obreras y obreros del sector público estarán sujetos al Código de Trabajo. Art. 326, El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios. 16. En las instituciones del Estado y en las entidades de derecho privado en las que haya participación mayoritaria de recursos públicos, quienes cumplan actividades de representación, directivas, administrativas o profesionales, se sujetarán a las leyes que regulan la administración pública. Aquellos que no se incluyen en esta categorización estarán amparados por el Código del Trabajo.

Estas normas constitucionales están desarrolladas tanto en el Código del Trabajo como en la Ley Orgánica de Empresas Públicas al clasificar dentro de la división de su talento humano a los servidores públicos y obreros.<sup>185</sup>

Inicialmente el tratamiento laboral en las Empresas Públicas difiere de la empresa privada en cuanto, en las primeras no se distribuyen utilidades<sup>186</sup> mientras que, en la empresa privada, es obligatorio hacerlo y, respecto de la contratación colectiva, no aplica para quienes ejercen dirección o administración, lo que no sucede en el sector privado.<sup>187</sup>

Para los agentes económicos en competencia tanto del sector público como del sector privado, tener normas laborales en igualdad de condiciones es sano para el mercado e incluso para la comparación eficiente de dos competidores. Sin embargo, existen otras razones de interés general, que han motivado al Ejecutivo a proponer hace un año algunas enmiendas a la Constitución, que al momento que nos encontramos desarrollando el presente estudio, se han aprobado en la Asamblea Nacional quince enmiendas constitucionales. Entre ellas figura aquella que eximiría al sector público en general, incluidas las empresas públicas, de la aplicación del Código del Trabajo, pues, hoy en día toda persona que ingrese a laborar en el Estado estará sometida a la Ley Orgánica de Servicio Público.

La enmienda a la que hacemos mención elimina del Art. 229 de la Constitución de la República la frase “Las obreras y obreros del sector público estarán sujetos al

---

<sup>185</sup> Ecuador, Ley Orgánica de Empresas Públicas, Art. 18.- Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro de las empresas públicas. La prestación de servicios del talento humano de las empresas públicas se someterá de forma exclusiva a las normas contenidas en esta Ley, a las leyes que regulan la administración pública y a la Codificación del Código del Trabajo, en aplicación de la siguiente clasificación: a. Servidores Públicos de Libre Designación y Remoción.- Aquellos que ejerzan funciones de dirección, representación, asesoría y en general funciones de confianza; b. Servidores Públicos de Carrera.- Personal que ejerce funciones administrativas, profesionales, de jefatura, técnicas en sus distintas especialidades y operativas, que no son de libre designación y remoción que integran los niveles estructurales de cada empresa pública; y, c. Obreros.- Aquellos definidos como tales por la autoridad competente, aplicando parámetros objetivos y de clasificación técnica, que incluirá dentro de este personal a los cargos de trabajadoras y trabajadores que de manera directa formen parte de los procesos operativos, productivos y de especialización industrial de cada empresa pública. Las normas relativas a la prestación de servicios contenidas en leyes especiales o en convenios internacionales ratificados por el Ecuador serán aplicadas en los casos específicos a las que ellas se refieren.

<sup>186</sup> Ecuador, Ley Orgánica de Empresas Públicas, Art. 25.- Ninguna utilidad ni ningún excedente será objeto de reparto entre el talento humano que labore en las empresas públicas y mixtas.

<sup>187</sup> Ecuador, Ley Orgánica de Empresas Públicas, Art. 26.- Contrato colectivo.- En las empresas públicas o en las entidades de derecho privado en las que haya participación mayoritaria de recursos públicos están excluidos de la contratación colectiva el talento humano que no tenga la calidad de obreros en los términos señalados en esta Ley, es decir, los Servidores Públicos de Libre Designación y Remoción, en general quienes ocupen cargos ejecutivos, de dirección, representación, gerencia, asesoría, de confianza, apoderados generales, consultores y los Servidores Públicos de Carrera.

Código de Trabajo”, así como también elimina del numeral 16 del Art. 326 la última frase que dice: “Aquellos que no se incluyen en esta categorización estarán amparados por el Código del Trabajo”, y se incluye la frase después de la palabra profesionales “y demás servidores públicos”.

Al mismo tiempo que elimina al sector obrero o trabajador del sector público, que como repetimos incluye las empresas públicas, también se propone una transitoria dirigida a aquellos trabajadores que tienen un derecho adquirido en función de las normas actuales. Dicha transitoria dice:

“Las y los obreros del sector público que antes de la entrada en vigencia de la presente Enmienda Constitucional se encuentran sujetos al Código del Trabajo mantendrán los derechos garantizados por este cuerpo legal. Una vez en vigencia la presente enmienda Constitucional, las y los obreros que ingresen al sector público se sujetarán a las disposiciones que regulan al mismo.”

Aprobadas ya las enmiendas constitucionales, no solamente el Estado sino las empresas públicas en competencia gozarán de una ventaja competitiva muy importante frente a las empresas privadas, además de las que ya tienen en materia impositiva.

Dentro del informe para primer debate de las Enmiendas Constitucionales, el representante del Ejecutivo en el Ministerio de Relaciones Laborales afirmó, en referencia a los sindicatos, entre otras cosas, que jamás puede asumirse un conflicto capital – trabajo en el sector público, y que este es de naturaleza del sector privado.

188

---

<sup>188</sup> En el caso de un contrato colectivo entre una empresa pública o una institución pública y la organización de los trabajadores, llámese comité de empresa o dirigencia sindical como se llame, pues, ese conflicto al no existir, el Estado tiene que garantizar que se respeten plenamente los derechos de los trabajadores incluido el derecho a una remuneración digna, acorde con las variables determinantes de ese salario y que tiene que ver con la productividad, con el desarrollo tecnológico, con el esfuerzo de la organización de los trabajadores, que tiene que ver con la necesidad, por ejemplo si es una empresa pública prestadora de servicios no puede incrementarse los salarios sin tomar en cuenta la necesidad de prestación de servicios públicos de calidad y accesibles a la comunidad, porque los salarios pueden, perdón la palabra, dispararse y esto impactar fuertemente a las tarifas de los servicios públicos. Allí se debe ponderar con la sana crítica el interés colectivo de tener servicios públicos de calidad y a precios razonables, y el legítimo interés también de los trabajadores de percibir remuneraciones dignas. Consecuentemente, si es que en la empresa pública, si en el sector público los accionistas somos todos los ecuatorianos, ese conflicto tiene que entenderse definitivamente desde otra óptica. Hay que abrir completamente el debate. Podría pensarse en una contratación colectiva que tal vez amerite otra denominación, convenio colectivo, pero que no negocie el tema económico, el tema remunerativo, porque está clarísimo que el conflicto capital – trabajo en el sector público no existe. Entonces, vamos a discutir las condiciones de trabajo, el tema de la capacitación y otros similares, el tema de la participación de los trabajadores en la administración misma de la institución, de la empresa, creo que es otra cosa, pero no hacen ningún sentido la contratación colectiva sobre materia salarial.

Si bien las respuestas del oficialismo sobre esta enmienda se concentran en las ventajas y tratamiento igualitario que tendrían los trabajadores con una sola normativa para el sector público, creemos que la razón de fondo son los abusos que los sindicatos, con la venia de los gobernantes de turno, auparon muchos excesos e injusticias que están a la vuelta de la esquina, en desmedro de los intereses nacionales. Compartimos con las justificaciones otorgadas por Carlos Marx Carrasco, pues la sindicalización en el sector público y especialmente en las empresas públicas ha traído serios problemas financieros y excesos que han afectado directamente en la eficiencia y eficacia de los servicios públicos esenciales, y a aquellas empresas que buscan una rentabilidad social, mas no económica. Sí debería hacerse una distinción en cuanto a la empresa pública que compite con el sector privado, pues, a más de competir en igualdad de condiciones, otorgaría mejores elementos cualitativos para evaluar su desempeño.

De darse estas enmiendas en el Ecuador, no solo serán dirigidas al sector público, empresas que prestan servicios públicos como monopolios del Estado, sino también a la empresa pública en competencia con el sector privado. Aquellas, sin duda, afectarían los principios básicos sobre los que descansa el derecho de la competencia y que son definidos por la misma Constitución de la República cuando refiere que el Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades.<sup>189</sup>

### **2.2.5 Potestad coactiva y otras prerrogativas.**

Finalmente, una herramienta propia de las instituciones del sector público es la potestad coactiva que tiene la administración frente a los administrados, pero dicha prerrogativa también se extiende hacia los clientes y usuarios o consumidores de las empresas públicas, inclusive en competencia con el sector privado.<sup>190</sup> Así mismo, los

---

<sup>189</sup> Constitución de la República del Ecuador, Art. 336.

<sup>190</sup> Ecuador, Ley Orgánica de Empresas Públicas, Disposición General Cuarta.-Jurisdicción coactiva.- Las empresas públicas, para la recaudación de los valores adeudados por sus clientes, usuarios o consumidores, gozan de jurisdicción coactiva, que se la ejercerá de conformidad con la reglamentación interna de la empresa pública y demás normativa conexas. Todas las empresas públicas suspenderán los pagos a quienes la Contraloría General del Estado haya establecido glosas de responsabilidad civil culposa que se hayan confirmado en sede administrativa, por cualquier causa y respecto de cualquier empresa pública o entidad del Estado, sin perjuicio del posterior ejercicio de la jurisdicción coactiva señalada en esta Ley. La suspensión de pagos antes referida se efectuará hasta el monto de la glosa y servirá para garantizar su pago y no se cancelará por la presentación del juicio de excepción a la coactiva.

actos que emite la empresa pública son de naturaleza administrativa al igual que los contratos que celebra<sup>191</sup> y, en esta parte, está obligada a dar estricto cumplimiento al principio de estricta legalidad<sup>192</sup> en materia administrativa. Esto hasta cierto punto complica su desenvolvimiento en el mercado al momento de contratar con el régimen común,<sup>193</sup> restricciones que no las tiene el sector privado, pero abre la posibilidad de contar con un régimen especial<sup>194</sup> cuando se perfeccione una asociación con el privado.

### **2.2.6. Abogacía de la Competencia.**

La doctrina así como diferentes legislaciones contemplan un sistema interesante de promoción de la competencia, a través de lo que se denomina abogacía de la competencia que no es más que la posibilidad de que el organismo de control utilice vías preventivas entre los agentes económicos del mercado.

La Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia define a la abogacía de la competencia como un instrumento de origen legal cuyos objetivos principales son el fomento de la cultura de la libre competencia al interior del Estado y el control del ejercicio de la facultad de intervención del gobierno en la economía. Para ella, es un instrumento cuyo fin es unificar el criterio de las instituciones que hacen parte de la rama del poder público en asuntos relacionados con la competencia.<sup>195</sup>

La abogacía de la competencia se refiere a todas las actividades adelantadas por la autoridad de competencia relacionadas con la promoción de un medio favorable a la competencia en las actividades económicas a través de mecanismos no represivos,

---

<sup>191</sup> Ecuador, Ley Orgánica de Empresas Públicas, Disposición General Primera.- Naturaleza de los actos, hechos y contratos de las empresas públicas.- Los actos, hechos y contratos que expidan, ejecuten o celebren las empresas públicas para la construcción de obra pública e infraestructura exclusivamente, son de naturaleza administrativa.

<sup>192</sup> Constitución de la República, Art. 226.

<sup>193</sup> Ibid, Ver, Art. 43, núm. 2do.

<sup>194</sup> Ibid., Art. 34, núm. 3ro. Régimen Especial.- En los casos en que las empresas públicas hubieren suscrito contratos o convenios tales como: alianzas estratégicas, asociación, consorcios u otros de naturaleza similar, será el convenio asociativo o contrato el que establezca los procedimientos de contratación y su normativa aplicable. En el caso de empresas constituidas con empresas de la comunidad internacional las contrataciones de bienes, obras y servicios se sujetarán al régimen especial que se contemple en el documento de asociación o acuerdo celebrado para tal efecto. En lo no previsto en el respectivo convenio o contrato, se estará a las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

<sup>195</sup> Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia en <http://www.sic.gov.co/drupal/abogaciade-la-competencia>.

básicamente, a través de sus relaciones con otras entidades gubernamentales y fortaleciendo el conocimiento por parte de la sociedad de los beneficios de la competencia.<sup>196</sup>

Nuestro ente de Control acertadamente ha creado una naciente Intendencia de Abogacía de la Competencia en orden a promocionar la competencia entre los agentes económicos. De la misma resolución de su creación, se observa que su misión es coordinar, supervisar las acciones tendientes a la creación de un ambiente competitivo mediante la eliminación de barreras legales, promocionar la libre competencia y su normativa.

Estos instrumentos orgánicos pueden convertirse en una herramienta útil para promocionar la libre competencia entre las empresas del sector público en competencia, y bien poder tener más atribuciones como en el caso colombiano en donde llegan a realizar estudios de la afectación del mercado con la intervención de una empresa pública.

---

<sup>196</sup> Definición adoptada por la International Competition Network, en el encuentro en Nápoles- Italia, en el año 2002.

## Conclusiones

1ª.- Hoy en día, la intervención del Estado en la economía expresada en subsidios, regulaciones de precios, tributos, empresas públicas, regulación de la competencia, control de externalidades, etc., tiene otro cariz, distinto a la ola de privatizaciones que se dieron tanto en Europa como en América Latina en la década del ochenta y noventa. Ecuador ha aplicado políticas económicas contra cíclicas que se manifiestan en una fuerte inversión pública en proyectos denominados emblemáticos, energía, investigación, caso Yachay, y otros estratégicos para el Estado que difícilmente el privado podría haberlos realizado, incluso por su baja rentabilidad.

2º. - La Constitución Económica en nuestro país elimina la concepción de un Estado que interviene subsidiariamente en la economía y más bien lo coloca como un Estado empresario y solidario dentro de un sistema económico cuyo fin principal es el ser humano. Por ello, recupera y se reserva sin limitación alguna el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos al igual que su responsabilidad primigenia en el otorgamiento de servicios públicos, como agua potable y riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructura portuaria y aeroportuaria y los demás que determine la ley, sin cerrar la posibilidad de que estos puedan ser delegados al sector privado. Así, marca una diferencia importante de la Constitución inmediata anterior del año 1998. El Ecuador jamás ha contado con una empresa pública que cimiente las bases de la estructura económica del país, por su conocida historia de ineficiencia, es decir, jamás el país tuvo una empresa pública que otorgue el espaldarazo inicial para el desarrollo no solo económico, que sí tuvieron las empresas públicas en Europa, pues las inversiones necesarias en proyectos de importante envergadura han sido prioritarias tal y como lo hicieron China o Singapur en los años noventa alejándose de los recomendaciones del Consenso de Washington.

3º.- En el Ecuador, la empresa pública como monopolio del Estado se constituye en un soporte del nuevo modelo económico constitucional para brindar servicios de interés general como servicios públicos esenciales y gestionar las áreas estratégicas del Estado.

4° Las disposiciones constitucionales y legales dejan abierta la posibilidad de que el Estado pueda intervenir en otras áreas en competencia con el sector privado, bajo los principios de transparencia, eficiencia y en igualdad de condiciones, principios que también los recoge la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Ante ello, es necesario que, para la creación de empresas públicas en competencia, el sistema deba contar con garantías mínimas, que nos las hay actualmente, vía regulaciones y evaluaciones técnicas rigurosas que posean fuerza normativa y evitar que se afecte la libre competencia. Este rol bien podría cumplir la Intendencia de Abogacía de la Competencia en nuestro país.

5°.- Es positivo para la concurrencia en el Ecuador que se cuente con una normativa tan esperada que defienda la competencia en el mercado, incluso aplicable al sector público, empresas públicas como monopolios del Estado y empresas públicas en competencia. Sin embargo, las condiciones de competencia entre una empresa pública en concurrencia y la empresa privada en el Ecuador no observan el principio de igualdad material que pregonan nuestra Constitución y la propia ley que regula al mercado, pues existe un trato desigual normativo frente a exoneraciones tributarias, formas de financiamiento, régimen laboral diferente y, potencialmente, la parcialidad de la autoridad de control, lo que sin duda falsea la concurrencia en el mercado, siendo una obligación del Estado garantizar una seguridad jurídica tanto para el público en competencia como para el privado. Es más la Empresa Pública en competencia puede limitar su ámbito de acción al Ecuador, pues difícilmente otros sistemas de defensa de la competencia dejarían que factores como estos afecten a sus propias empresas públicas o privadas.

## Bibliografía

### Autores:

- Ariño, Gaspar. «Propiedad Libertad y Empresa.» En Libre competencia e Intervención pública en la Economía, de Javier Viciano. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.
- Armstrong, Mark, y David Sappington. «Regulation Competition, and Liberation Journal of Economic Literature.» else.econ.ucl.ac.uk. 06 de 2006. <http://else.econ.ucl.ac.uk/papers/uploaded/177.pdf> (último acceso: 03 de 10 de 2015).
- Bárcena, Alicia, entrevista de Xavier Basantes. Seminario Líderes (21 de 12 de 2015).
- Borja, Rodrigo. «El Estado y Mercado.» El Comercio, 04 de 12 de 2001.
- Bassols, Coma Martin Constitución y Sistema Económico. Madrid: Ed. Tecnos, 1988
- Calderón, Burgos Gabriela «“Ecuador: Este cuento ya lo vivimos” El Universo, 06 de 10 de 2008.
- Carrasco, Carlos. ¿Por qué una nueva economía en una nueva Constitución? en la Nueva Economía en la Nueva Constitución del Ecuador. Quito: Centros de Estudios Fiscales del Servicio de Rentas Internas, Publingraf, 2015.
- Ecuador, La Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Loja., Caso Decorteja v. Petroecuador E.P. No. 11111-2010-0301 (Caso Decorteja v. Petroecuador E.P. No. 2010).
- Ecuador, Tribunal de lo Contencioso Administrativo No. 5., Caso. Decorteja Vs. Petroecuador E.P. No. 11801-2010-0138 (de 2010).
- Cermesoni, Jorge. Ventajas y desventajas de las privatizaciones de servicios públicos en reforma del estado y derechos humanos. Lima: Comisión Andina de Turistas, 1999.
- Coloma, German. «www.ucema.edu.ar.» Empresa Pública, privatización, regulación y competencia: su papel en la provisión de servicios de infraestructura. s.f. <http://www.ucema.edu.ar/publicaciones> (último acceso: 14 de 11 de 2015).
- —. [www.montecristivive.com](http://www.montecristivive.com). s.f. <http://www.montecristivive.com> (último acceso: 24 de 08 de 2015).

- Constituyente, Asamblea. «Informe de mayoría de la Mesa No. 7.» Montecristi, 2008.
- Coraggio, José Luis. [www.coraggioeconomia.org](http://www.coraggioeconomia.org). s.f. <http://www.coraggioeconomia.org> (último acceso: 03 de 10 de 2015).
- Corral, Fabián. «El Estado improductivo.» El comercio, 21 de 06 de 2010.
- Corte Constitucional. Nro. 001-12-SIC-CC R.O. 629-S (30 de 01 de 2013).
- Desarrollo, Secretaría Nacional de Planificación y. Empresas Publicas y Planificación: Su rol en la Transformación social y productiva. 2013. <http://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/2014/02/Libro-Empresas-Publicas-we.pdf>. (último acceso: 28 de 08 de 2015).
- —. «Empresas Publicas y planificación: Su rol en la transformación social y productiva.» [www.planificacion.gob.ec](http://www.planificacion.gob.ec). 2013. <http://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/Libro-Empresas-Publicas-web.pdf>. (último acceso: 28 de 08 de 2015).
- Estrategias de desarrollo, el rol del Estado y el sector privado, Mesa redonda organizada por el Banco Mundial. s.f. <http://www.gsb.columbia.edu/faculty> (último acceso: 03 de 10 de 2015).
- Ferrer, Juan de la Cruz. La Actividad de Prestación y el Régimen de los Servicios Públicos, Apuntes de Derecho Público Económico. Madrid: KYKINSON S.L., 1992.
- Ferrer, Juan de la Cruz. «La Actividad de Prestación y el Régimen de los Servicios Públicos.» En Apuntes de Derecho Público Económico, La intervención pública en la Economía y en la Empresa, de Juan de la Cruz Ferrer. Madrid: KYKINSON, S.L., 1992.
- Gajardo, Guillermo. «Empresas Públicas en América Latina, Historias, conceptos, casos y perspectivas.» [www.revistadegestionpublica.cl](http://www.revistadegestionpublica.cl). 01 de 2013. [http://www.revistadegestionpublica.cl/Vol\\_II\\_No\\_1/Guajardo.pdf](http://www.revistadegestionpublica.cl/Vol_II_No_1/Guajardo.pdf) (último acceso: 01 de 10 de 2015).
- Galarza, César Montaña. «Concepto y campo problemático del Derecho Económico.» Revista Foro No. 4 USAB-Ecuador, CEM, Quito, 2005.
- Gallardo, Jorge. Los principios fundamentales en una economía social de mercado. Quito: Fundación Konrad Adenauer, 1994.
- Grijalva, Agustín. La con. s.f.

- —. La Constitución Económica el Ecuador. Quito: Corporación de Editora Nacional, 2013.
- Gutiérrez, Juan David. «El derecho a la libre competencia económica según la Corte Constitucional de Colombia.» [www.lalibrecompetencia.com](http://www.lalibrecompetencia.com). 29 de 07 de 2013. <http://www.lalibrecompetencia.com/2013/07/29/el-derecho-a-la-libre-competencia-econocmica-segun-la-constitucional-de-colombia> (último acceso: 22 de 10 de 2015).
- Hernández, José Gregorio. «Los servicios Públicos en la Constitución Política.» En Los Servicios Públicos como instrumentos de Solidaridad y Cohesión social del Estado, de Marco Antonio Velilla. Bogotá: Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005.
- Hierro, Luis. Mecanismos de Intervención del sector público. Departamento de Economía e Historia Económica de la Universidad de Sevilla, s.f.
- Jara, María Elena. «Constitución económica ecuatoriana y desarrollo.» Novedades Jurídicas, 2009.
- Jara, María Elena. «IV Conferencia Internacional de Derecho Económico.» Fundamentos constitucionales de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Quito: Corporación Editora Nacional, s.f.
- Jenkins, Glenn P. «Taxation and Stated – Owned Enterprises, Development Discussion paper, No. 225,» Harvard Institute for International Development., Abril 1986.
- Kast, Miguel. «Relaciones de la Política Económica con la Administración del Estado de Chile: El estado empresario y el principio de subsidiariedad.» Estudios públicos. s.f. [http://www.cepchile.cl/dms/archivo\\_1489\\_9210/rev13\\_kast1.pdf](http://www.cepchile.cl/dms/archivo_1489_9210/rev13_kast1.pdf) (último acceso: 12 de 09 de 2015).
- Mancero, Alfredo. «Estado y Economía en la Constitución Ecuatoriana.» Memorias del Seminario Internacional de Derecho Constitucional Comparado. Quito, 1998.
- —. La Constitución Económica del Estado Ecuatoriano y las nuevas condiciones de la economía mundial. Quito: USAB, 1997.
- Martos, Francisco. «, ¿Una política de competencia para Ecuador?, Acuerdo de Cartagena.» s.f. [http://ec.europa.eu/competition/blc/boletin\\_21\\_2.pdf](http://ec.europa.eu/competition/blc/boletin_21_2.pdf) (último acceso: 23 de 10 de 2015).

- Morales, Francisco. La empresa pública en América Latina, origen, desarrollo y crisis el caso de Chile. s.f. <http://www.juridicas.uman.mx/publica/librev/rev/rap/cont/77/trb9.pdf>. (último acceso: 23 de 09 de 2015).
- Nihoul, Apul. Introducción al Derecho de la Competencia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
- OECD. «OECD, “Working Group on Privatisation and Corporate Governance of State Owned Assets”.» [www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceofstate-ownedenterprises/42095493.pdf](http://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceofstate-ownedenterprises/42095493.pdf). s.f. <http://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceofstate-ownedenterprises/42095493.pdf> (último acceso: 28 de 08 de 2015).
- Oliva, Francisco. A vueltas con el concepto de empresa. La Empresa Comunitaria y la Empresa Pública. Quito: Estudios Jurídicos, Corporación Editora Nacional UASB, 2013.
- Pastor, Javier Viciano Libre competencia e intervención pública en la economía. Valencia: Tiran lo Blanch, 1995.
- Paul Crampton. «Striking the right balance between competition and regulation: The key is learning from our mistakes.» APEC – OECD Co – operative Initiative on Regulatory Reform: Third Workshop Jeju Island, 2002: Korea.
- Pérez, Efraín. «La empresa pública en el Ecuador.» 2010. <http://www.estade.org>. (último acceso: 09 de 12 de 2015).
- Pombo, Gómez Acebo y. Teoría y Práctica de las Privatizaciones. Madrid: Ed. McGraw-Hill, 1997.
- Registro Oficial No. 629S. No. 001-12-SIC-CC (Corte Constitucional, 30 de 01 de 2012).
- Reyes, Varios Compilación y estudio introductorio Eduardo Almeida. Monopolios y Poder en la Historia del Ecuador. Quito: Superintendencia de Control del Poder de Mercado, 2015.
- Ripoli, Rafael. «Libre competencia y ayudas a las empresas públicas. Normativa de la Unión Europea”.» Revista Valenciana de Estudios Económicos, núm. 25, 1998.
- Patricio Salinas, Cable Express Vs. Empresa Eléctrica Regional del Sur, Tv Cable. 764-2010 (2010).

- Rodríguez, Rodrigo Uprimmy y Cesar. «“Constitución y modelo económico en Colombia: hacia una discusión productiva entre economía y derecho” (ponencia, Modelo Económico y Constitución,» ponencia, Modelo Económico y Constitución, Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad. Bogotá, 2005.
- Ruiz, Gonzalo, Martha Martínez, y Eduardo Quintana. «El carácter subsidiario de la actividad empresarial del Estado desde una perspectiva de políticas de competencia.» Boletín Latinoamericano de Competencia. s.f. <http://ec.europa.eu/competition/publications/bcl/> (último acceso: 31 de 10 de 2015).
- Ruiz, Sergio. «El nuevo rol de las empresas públicas.» En construcción de un estado democrático para el Buen Vivir: Análisis de las principales transformaciones del Estado Ecuatoriano, 2007-2013.
- Saldarriega, Gustavo. Instrumentos de Análisis Económico para el Estudio de la Competencia en Derecho de la Competencia. s.f.
- Samán, Alfredo Mancero. «El Régimen económico del Estado Ecuatoriano.» IURIS DICTIO Revista del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Quito, 04 de 08 de 2001.
- Sandel, Michael. Justicia, ¿Hacemos lo que debemos? Bogotá: Imp. Nomos Impresores, s.f.
- Sarmiento, Eduardo. «Privatizaciones, Monopolios, y Regulación en las empresas de Servicios Públicos.» En Los servicios públicos como Instrumentos de solidaridad y cohesión social del Estado, de Marco Velilla. Bogotá: El Navegante, 2005.
- Sidak, David E.M.Sappington y J. Gregory. «Competition, Law for State-Owned Enterprises Antitrust Law Journal. » [www.papers.ssrn.com](http://www.papers.ssrn.com). 2003. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers> (último acceso: 14 de 11 de 2015).
- Sokol, Daniel. «Competition Policy and Comparative Corporate Governance of State-Owned Enterprises. » [www.scholarship.law/facultypub/147](http://www.scholarship.law/facultypub/147). 2009. <http://scholarship.law/facultypub/147> (último acceso: 28 de 08 de 2015).
- Stiglitz, Joseph. La Economía del sector público. Madrid: Antonio Bosch, 2000.
- Storz, Christina, y Timothy Taylor y Gary Fairchild. «A Primer on Exporting to Ecuador.» [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu). 02 de 2004.

[http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin\\_21\\_2.pdf](http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_21_2.pdf) (último acceso: 14 de 09 de 2015).

- Troya, José Vicente, y Agustín Grijalva. «Elementos para un derecho de la competencia en Ecuador.» Revista FORO No. 1 USAB, s.f.
- Ubidia, Andrade. «Hace falta una ley que promocióne y proteja la competencia económica.» IURIS DICTIO Colegio de jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, 2001.
- Universo, Redacción Diario El. Polémica por veto a la Ley de Competencia. 15 de 11 de 2002. <http://www.eluniverso.com/2002/11/15/001/9/34D1E5A396094F219E363EC04A2EFA0A.html> (último acceso: 01 de 11 de 2015).
- Velásquez, Jorge Alberto Witker. Derecho Económico. México: Colección de Textos Jurídicos UNAM, s.f.
- Virtual, Wikipedia Enciclopedia. [www.wikipedia.com](http://www.wikipedia.com). s.f. <http://www.wikipedia.com> (último acceso: 01 de 11 de 2015).
- Vives, Xavier. «El Buen Gobierno de las Empresas Públicas” IESE Business School.» <http://blog.iese.edu/xvives/files/2012/01/Buen-gobierno-de-las-empresas-p%25C3%25BAblicas.pdf>. s.f. <http://blog.iese.edu/xvives/files/2012/01/Buen-gobierno-de-las-empresas-p%25C3%25BAblicas.pdf>. (último acceso: 01 de 11 de 2015).

#### Normas:

- «CONSTITUCION POLITICA GRANCOLOMBIANA DEL AÑO 1830.» Diario de la Convención Nacional 1830. 01 de 01 de 1830. TITULO VIII DE LOS DERECHOS CIVILES Y GARANTIAS Art. 62.
- CONSTITUCIÓN POLITICA DEL AÑO 1843, Decreto Legislativo 0 Fecha de publicación: 01 de 04 de 1843, Diario de la Convención Nacional 1843 TITULO XVII, DE LOS DERECHOS Y GARANTIAS DE LOS ECUATORIANOS (Art. 96).
- CONSTITUCIÓN de 1945, Decreto Legislativo 0 Registro Oficial 228, 06 de 03 de 1945 (Art. 141, No. 12 y 14), TITULO DECIMO TERCERO DE LAS GARANTIAS FUNDAMENTALES SECCION PRIMERA DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES Art. 141.

- «CONSTITUCION POLITICA DEL AÑO 1946.» Registro Oficial 773. Quito, 31 de 12 de 1946. ) Art. 146.
- «CONSTITUCION POLITICA DEL AÑO 1884.» Diario de la Convención Nacional 1884. 04 de 02 de 1884, TITULO IV DE LAS GARANTIAS
- «CONSTITUCION POLITICA DEL AÑO 1878.» Diario de la Convención Nacional 187, 31 de 03 de 1878, TITULO II DE LOS ECUATORIANOS, DE SUS DEBERES Y DERECHOS POLITICOS SECCION III De las garantías (Art. 17, No. 2)
- «CONSTITUCION POLITICA DEL AÑO 1897, Registro Oficial Suplemento 272, 14 de 01 de 1897, TITULO IV DE LAS GARANTIAS (Art. 18).
- CONSTITUCION POLITICA DEL AÑO 1929.» Constitución de 1929. 26 de 03 de 1929. art. 151, Constitución de 1929: art. 151, núm. 15; PARTE SEGUNDA TITULO XII DE LAS GARANTIAS FUNDAMENTALES Art. 151.
- «CONSTITUCION POLITICA DEL AÑO 1906 Decreto Legislativo 0 Publicación: Registro Oficial 262, 24 de 12 de 1906 (Art. 26, No. 12), TITULO VI DE LAS GARANTIAS INDIVIDUALES Y POLITICAS Art. 26.
- «CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR 1961.» Constitución del Ecuador. Quito, 1961.
- «CONSTITUCION POLITICA DEL AÑO 1967.» Registro Oficial 133. Quito, 15 de 05 de 1967. Art. 59.
- «CONSTITUCION POLITICA DEL AÑO 1979.» Registro Oficial 800. 1979, 21 de 03 de 1979. Art. 45.
- «CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, CODIFICACION 1997.» Registro Oficial 2. Quito, 13 de 02 de 1997. TITULO III DE LA ECONOMIA SECCION I Disposición General, Art. 60.
- «CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, 1998.» Registro Oficial 1. 08 de 11 de 1998. (Art. 23 No. 16). Capítulo 2 De los derechos civiles Art. 23. Art. 245.- Art. 247.- Art. 249.- Art. 250, Art. 244.
- «CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR 2008.» Registro Oficial 449. 20 de 10 de 2008. Art. Art. 250, inc. 2º.- Art. 277, Art.313, Art. 314, Art. 277, núm. 4, Art. 316, Art. 244 núm. 3. título VI, “Régimen de Desarrollo”, cap. Sexto, “Trabajo y Producción”, Sección Quinta, “Intercambios Económicos y Comercio Justo” art. 355, en Registro Oficial 449,

- 20-X-2008. «Art. 304, Art. 355.- Inciso 2do, Art. 336, Art. 66. Art. 314, Art. 308. . 313, 315 y 316. Art. 225, Art. 229, Art. 326, y 226
- Ecuador. «Ley Orgánica de Empresas Públicas, Título VI Del Régimen Económico y del Financiamiento, Cap. I, Del Régimen Económico, Art. 42...», Suplemento del Registro Oficial No. 48, Quito, 16 de 10 de 2009.
  - —.Ecuador, «Codificación de la Ley de Propiedad Intelectual.» Suplemento del Registro Oficial Nro. 426. Quito, 28 de 12 de 2006.
  - —. Ecuador, «Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones.» Registro Oficial No. 351. Quito, 29 de 12 de 2010.
  - —. Ecuador, «Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomías y Descentralización.» Registro Oficial No. 303-S. Quito, 19 de 10 de 2010.
  - —.Ecuador, «Decreto Ejecutivo No. 1614.» Registro Oficial No. 558. Quito, 27 de 03 de 1999.
  - —. Ecuador, «Ley de Hidrocarburos.» Decreto supremo No. 2967 Registro Oficial No. 711. Quito, 15 de 10 de 1978.
  - —. Ecuador, «Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones, y Prestación de Servicios por parte de la iniciativa Privada.» Registro Oficial No. 349. Quito, 31 de 12 de 1993.
  - —. Ecuador, «Ley Orgánica de Empresas Publicas.» Suplemento del Registro Oficial No. 48. Quito, 16 de 10 de 2009.
  - —. Ecuador, «Ley Orgánica del Régimen de Soberanía Alimentaria.» Suplemento al Registro Oficial Nro. 583. Quito, 05 de 05 de 2009.
  - —.Ecuador, «Ley reformatoria para la Equidad Tributaria.» Suplemento del Registro Oficial 242. Quito, 29 de 12 de 2007.
  - —.Ecuador, «Codificación de la Ley de Propiedad Intelectual.» Suplemento del Registro Oficial Nro. 426. Quito, 28 de 12 de 2006.
  - —. Ecuador, «Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomías y Descentralización.» Registro Oficial No. 303-S. Quito, 19 de 10 de 2010.
  - —. Ecuador, «Ley de Hidrocarburos.» Decreto supremo No. 2967 Registro Oficial No. 711. Quito, 15 de 10 de 1978.
  - —. Ecuador, «Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones, y Prestación de Servicios por parte de la iniciativa Privada.» Registro Oficial No. 349. Quito, 31 de 12 de 1993.

- —. Ecuador, «Ley Orgánica de Regulación de Control del Poder de Mercado.» Registro Oficial No. 555. Quito, 13 de 10 de 2011.
- —.Ecuador, «Ley reformativa para la Equidad Tributaria.» Suplemento del Registro Oficial 242. Quito, 29 de 12 de 2007.
- —. «Reglamento a le Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.» Registro Oficial no. 697. Quito, 7 de 05 de 2012.