

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Posgrados

La lesión al derecho a la seguridad jurídica derivada de la falta de uniformidad en la definición de empresas subsidiarias, empresas filiales, así como de agencias y unidades de negocio dentro de la legislación ecuatoriana

María Gabriela Ortiz Morales

Luis Benalcázar, Doctor, Director de Tesis

Tesis de grado presentada como requisito para la obtención del título de Magíster en Derecho Administrativo

Quito, octubre de 2014

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Posgrados

La lesión al derecho a la seguridad jurídica derivada de la falta de uniformidad en la definición de empresas subsidiarias, empresas filiales, así como de agencias y unidades de negocio dentro de la legislación ecuatoriana

María Gabriela Ortiz Morales

Luis Benalcázar, Dr.
Director de Tesis

Vladimir Villalba Paredes, Dr. LLM.
Miembro del Comité de Tesis

Juan Pablo Aguilar, Dr.
Miembro del Comité de Tesis

Javier Robalino Orellana, Dr
Director de la Maestría en
Derecho Administrativo

Luis Parraguez, Dr.
Decano del Colegio de Jurisprudencia

Víctor Viteri Breedy, Ph. D.
Decano del Colegio de Posgrados

Quito, octubre de 2014

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma: _____

Nombre: María Gabriela Ortiz Morales

C.I. 171304103-4

Fecha: Quito, octubre de 2014

DEDICATORIA

A Martha, una madre incomparable, quien fue mi ejemplo de vida.

A mi hijo José Martín y a mi esposo Leopoldo, por ser quienes alientan mis días.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco de manera especial a los doctores Luis Benálcazar y Jorge Luis González, por ser mis guías y mi soporte en esta investigación.

RESUMEN

De conformidad con lo que establece la Constitución de la República del Ecuador, el Estado constituye empresas públicas con el objeto de que éstas sean herramientas de desarrollo social y económico. Para tal efecto, la Ley Orgánica de Empresas Públicas ha pretendido crear el marco jurídico adecuado para regular el funcionamiento de las empresas públicas, clasificándolas en empresas subsidiarias, empresas filiales, y finalmente, en agencias y unidades de negocio.

El texto que establece dicha clasificación plantea varias interrogantes debido a que a lo largo del contenido de la referida Ley Orgánica de Empresas Públicas, se confunde a los tipos de empresas resultantes de tal clasificación, así como los efectos que éstas originan. Esta problemática afecta a la seguridad como un derecho que está contemplado en el ordenamiento jurídico tanto como una garantía e inclusive como un estado del ser humano, vulnerada cuando el particular no tiene certeza en el sistema normativo debido a que encuentra contradicciones e inconsistencia en la legislación.

Por lo indicado, el objetivo de esta investigación es analizar la lesión al derecho a la seguridad jurídica derivada de la falta de uniformidad en la definición de empresas subsidiarias y filiales, así como de agencias y unidades de negocios en la legislación y regulaciones actuales, para finalmente determinar las implicaciones y consecuencias que aquello genera.

Para la consecución del objetivo planteado, este trabajo se apoyó en consultas a varios textos de Derecho Administrativo, tanto nacionales como internacionales; así como en consultas a libros que se encuentran en bibliotecas virtuales y que están disponibles en internet. Igualmente, se ha utilizado artículos escritos por importantes juristas, en los cuales se abordan aspectos relacionados con el tema de la presente investigación.

Con el estudio de la problemática jurídica aquí descrita, se pretende contribuir e incrementar el conocimiento jurídico de los lectores de esta tesis, respecto del régimen aplicable a las empresas públicas en el Ecuador.

ABSTRACT

In accordance with the provisions of the Constitution of the Republic of Ecuador, the State constitutes public companies in the order that they are tools of social and economic development. For this purpose, the Organic Law of Public Companies has tried to create the appropriate legal framework to regulate the functioning of public enterprises, classifying them into wholly owned subsidiaries, affiliates, and finally, in agencies and business units.

The text establishing such classification raises several questions since throughout the content of the aforementioned Organic Law of Public Companies, the types of companies resulting in such a classification is confused, as well as the effects that arising thereof. This problem affects security as a right that is enshrined in the legal system both as a warranty and even as a state of the human being, which is undermined when the individual has no certainty in the regulatory system since there are contradictions and inconsistency in the legislation.

In light of the above mentioned, the purpose of this research is to analyze the injury to the right to the legal certainty deriving from the lack of uniformity in the definition of subsidiaries and affiliates, as well as agencies and business units in the legislation and current regulations, to finally determine the implications and consequences arising thereof.

For achieving the proposed goal, this work is supported in research to several texts of administrative law, both national and international; as well as in reviewings to books found in virtual libraries available on the internet. In a similar way, articles written by prominent legal authors, which address issues related to the topic of this research, have been used.

The study of the legal issues described herein, is to contribute and raise legal awareness over the readers of this thesis, with respect to the regime applicable to public companies in the Ecuador.

TABLA DE CONTENIDO

Resumen	7
Abstract.....	8
INTRODUCCIÓN.....	10
CAPÍTULO I: LA SEGURIDAD JURÍDICA ENTENDIDA COMO UN DERECHO DE PROTECCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO.....	12
1.1. El Derecho Administrativo, origen de la seguridad jurídica.....	12
1.2. El principio de legalidad como presupuesto de la seguridad jurídica.....	14
1.3. La certeza y la eficacia de las normas como manifestación de la seguridad jurídica.....	15
1.3.1. La certeza	15
1.3.2. La eficacia	16
CAPÍTULO II: LA EVOLUCIÓN DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS EN EL ECUADOR, ANTECEDENTE DE LA LESIÓN AL DERECHO A LA SEGURIDAD JURÍDICA.....	18
2.1. Antecedentes históricos de las empresas públicas	18
2.2. Evolución de las empresas públicas en el Ecuador.....	20
2.3. La empresa como concepto general	29
2.4. Definición de las empresas públicas	31
CAPÍTULO III: LA FALTA DE UNIFORMIDAD EN EL TRATAMIENTO DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS, Y SU CLASIFICACIÓN DENTRO DE LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA, COMO ELEMENTOS ORIGINADORES DE LA LESIÓN A LA SEGURIDAD JURÍDICA	35
3.1. Las empresas públicas a la luz de la Constitución de la República del Ecuador... ..	35
3.2. Las empresas públicas como gestoras de los sectores estratégicos.....	39
3.3. Empresas públicas prestadoras de servicios públicos	43
3.4. Las empresas públicas a partir de la expedición de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.....	46
3.5. Modalidades de empresas públicas	50
3.5.1. Empresas subsidiarias	50
3.5.2. Régimen Transitorio planteado por la Ley Orgánica de Empresas Públicas	55
3.5.3. Empresas filiales	57
3.5.4. Agencias y unidades de negocio	58
CAPÍTULO IV: LOS EFECTOS DE LA FALTA DE UNIFORMIDAD EN EL TRATAMIENTO QUE RECIBEN LAS EMPRESAS PÚBLICAS, LESIONAN EL DERECHO A LA SEGURIDAD JURÍDICA.....	62
4.1. Dirección, administración y organización de las empresas públicas	62
4.2. La administración del talento humano en las empresas públicas.....	63
4.3. Solución de controversias de índole laboral.....	68
4.4. Control y auditoría en las empresas públicas.....	70
4.5. Los roles de las empresas públicas.....	75
4.5.1. Actuación de las empresas públicas a través del Derecho Administrativo	75
4.5.2. Actuación de las empresas públicas en el ámbito comercial	77
4.5.3. Manejo y administración del patrimonio de las empresas públicas.....	78
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	81
BIBLIOGRAFÍA	87

INTRODUCCIÓN

A partir de los cambios que experimentó el ordenamiento jurídico ecuatoriano durante el año 2008, la propia Constitución de la República del Ecuador ha dado lugar a que el Estado pueda constituir empresas públicas con la finalidad de producir bienes y servicios a través de la gestión de importantes sectores económicos y sociales. Lo mencionado generó la necesidad de que se expida la Ley Orgánica de Empresas Públicas, a fin de que dicho cuerpo legal regule los aspectos relacionados con la constitución, organización y funcionamiento de las empresas públicas que no pertenezcan al sector financiero.

En virtud de que la incorporación de las empresas públicas y su naturaleza misma son temas ampliamente discutidos en el ámbito del Derecho Administrativo, existe una amplia gama de criterios respecto a las razones para crearlas y mantenerlas; por ello, es importante analizar la realidad de las empresas públicas, sus aspectos fundamentales, la gestión que éstas realizan, así como el régimen jurídico que les es aplicable, con el objeto de desentrañar la problemática jurídica que se origina en razón de la clasificación de las empresas públicas que actualmente consta en la legislación ecuatoriana.

A lo largo de esta investigación se evidenciará la existencia de una seria lesión al derecho a la seguridad jurídica a partir de la falta de uniformidad en la definición de empresas subsidiarias, empresas filiales, así como de agencias y unidades de negocio, debido a la falta de prescripciones normativas claras, lo cual trae como consecuencia la existencia de regulaciones jurídicas no uniformes, generándose de esta manera, escenarios que encuentran soluciones poco coherentes entre sí en el ordenamiento jurídico.

Con la finalidad de ofrecer una aproximación a la problemática planteada, el primer capítulo de este trabajo está destinado a analizar a la seguridad jurídica garantizada como uno de los derechos de protección por la Constitución de la República. De su parte, el segundo capítulo abordará un aspecto adicional al tomar en cuenta lo relativo a la evolución de las empresas públicas en el Ecuador, como un antecedente de la lesión al derecho a la seguridad jurídica.

De igual manera, y a fin de examinar la falta de uniformidad en el tratamiento de las empresas públicas, y su clasificación dentro de la legislación nacional, como elementos originadores de la lesión a la seguridad jurídica; el tercer capítulo abarcará un estudio de la gestión de las empresas públicas a la luz de lo que dispone la Carta Magna y la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

Finalmente, en el cuarto capítulo se pasará a revisar los efectos de la falta de uniformidad en el tratamiento que reciben las empresas públicas y la manera en que aquello lesiona el derecho a la seguridad jurídica. Para tal efecto, se desarrollará los principales temas concernientes a la dirección, administración y organización de las empresas públicas.

CAPÍTULO I

LA SEGURIDAD JURÍDICA ENTENDIDA COMO UN DERECHO DE PROTECCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO

1.1. El Derecho Administrativo, origen de la seguridad jurídica

Dada la necesidad de establecer límites al poder y evitar las arbitrariedades de la autoridad, a partir del siglo XVII, el Derecho Administrativo se constituyó como un grupo de normas cuyo objetivo fue regular la actividad de la Administración, mediante la implementación de un sinnúmero de reglas que obligaron a que los actos de la actividad estatal se ajusten a las leyes, dando paso de esta manera a lo que hoy se conoce como seguridad jurídica.

A criterio de Carlos Enrique Marín¹, el Derecho Administrativo actual tiene lugar en una ciudadanía activa preocupada por el bien público, cuya finalidad no es sólo el control de la legalidad de los actos del ejecutivo, sino también la tutela efectiva de los derechos del recurrente, y de la Administración. Sin embargo, la proliferación de normas, muchas de ellas incluso contradictorias entre sí, constituye una agresión al Derecho y a la seguridad jurídica, lo cual genera menosprecio por la legislación.

De su parte, la seguridad ha sido concebida como una constante que ha adquirido importancia en la sociedad moderna, debido a que los seres humanos en sus inicios estaban rodeados de un sinnúmero de riesgos que amenazaban la convivencia. En tal sentido, la seguridad actualmente es considerada una garantía, una certeza, e inclusive un estado del ser humano que se genera por causas que le permiten prever acontecimientos futuros, y de esa manera, adoptar determinadas posiciones frente a ellos.

¹ Carlos Enrique MARÍN. “El Derecho Administrativo entre la modernidad y la globalización”. *Retos y Perspectivas del Derecho Administrativo*. Bogotá: Editorial Universidad de Rosario, 2009, pp. 49-64.

El autor Antonio-Enrique Pérez² señala que la seguridad jurídica viene entendida muchas veces como un fin a conseguir a través del Derecho, que se manifiesta como una exigencia objetiva de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico. Indica también que este derecho tiene una faceta subjetiva que se presenta como una certeza del Derecho, lo cual implica que un sujeto de un ordenamiento jurídico sepa con claridad y de antemano aquello que le está permitido y aquello que le está prohibido.

Igualmente, otros tratadistas como Mónica Madariaga manifiestan que la seguridad jurídica deriva del Derecho como un requerimiento de toda sociedad libre para desenvolverse racionalmente, dando estabilidad a los agentes productivos, y certeza a los individuos acerca de cuáles son sus derechos y cuáles sus deberes. Es decir que conciben a la seguridad jurídica como la certeza derivada de las normas, que obliga al Derecho a estructurarse según principios universales que la hacen posible.³

Ya en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el artículo 82 de la Constitución de la República, reconoce el derecho a la seguridad jurídica, de la siguiente forma: “Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”.

Asimismo, y a nivel jurisdiccional, la Corte Constitucional⁴, afirmó lo siguiente respecto de la seguridad jurídica:

Implica, que todas las personas tengan plena certeza y conocimiento de las posibles consecuencias jurídicas, por acción u omisión, de lo dispuesto en las normas que componen el ordenamiento jurídico, tal es así, que la Corte Constitucional en fallos anteriores ha precisado en cuanto al derecho a la seguridad, lo siguiente: “(...) su relevancia jurídica se traduce en la necesidad social de contar y garantizar con claros y precisos modelos normativos de conducta destinados a otorgar una seguridad de realización de las previsiones normativas. La seguridad jurídica determina las condiciones que debe tener el poder para producir un sistema jurídico (validez y eficacia) capaz de alcanzar sus objetivos, evitando aquellos aspectos del poder que pueden dañar la seguridad del ordenamiento normativo. A través de la seguridad jurídica se garantiza a la

² Antonio Enrique PÉREZ. *La seguridad jurídica*. Segunda edición revisada. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1994, pp. 28-30.

³ Mónica MADARIAGA. *Seguridad jurídica y administración pública en el siglo XXI*. Segunda edición actualizada. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1996. p. 25.

⁴ Corte Constitucional. *Sentencia N.º 052-14-SEP-CC, caso N.º 1155-11-EP*.

persona la certeza y existencia de un operador jurídico competente para que lo defienda, proteja y tutele sus derechos. En este contexto, la seguridad jurídica es el imperio de la Constitución y la ley, el Estado de derechos, donde se regula y se racionaliza el uso de la fuerza por el poder (quien puede usarlo, con qué procedimientos, con qué contenidos, con qué límites); asegura da certeza y previene sus efectos”.

A criterio de la autora de este trabajo, la seguridad jurídica debe ser comprendida como una garantía que da el Estado a la persona, en su calidad de regulador de la sociedad, la cual lleva implícita la idea de que existe un orden jurídico pleno, en el que hay un efectivo cumplimiento de las normas. Por tanto, es evidente que la seguridad jurídica está estrechamente relacionada con el principio de legalidad, como se analizará a continuación.

1.2. El principio de legalidad como presupuesto de la seguridad jurídica

En virtud de que el objetivo del Derecho Administrativo es establecer límites a la actividad que desarrolla el Estado, su rol y sus actuaciones deben estar respaldadas en las normas contenidas en el ordenamiento jurídico.

Al respecto, es importante mencionar que gran parte de la doctrina ha definido al principio de legalidad a partir de dos ideas fundamentales. Por un lado, tal principio ha sido considerado como el sometimiento de la actividad de la Administración a la normativa jurídica; y por otro, como el respeto a la jerarquía de las normas.

Sin embargo, hay que recalcar el hecho de que el principio de legalidad no es solamente el sometimiento de las actuaciones de la Administración, sino que comprende también la necesidad de la existencia previa de una norma que habilite el ejercicio de tales potestades. Así, la observancia del principio de legalidad se manifiesta en el cumplimiento de la normativa, lo cual da lugar a la existencia de la seguridad jurídica, concebida como un valor que implica la existencia de un orden jurídico y el acatamiento pleno de la legislación, en relación a los derechos y obligaciones de los individuos. Por tanto, es posible afirmar que la seguridad jurídica está fundamentada en la intangibilidad de las normas y de las relaciones surgidas en función de ellas.

En relación a lo manifestado, el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador dispone lo siguiente:

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

Del texto transcrito se puede apreciar que el principio de legalidad es una limitación al poder público y una medida para proteger a los derechos de las personas, por cuanto la actividad estatal es uno de los principales riesgos que pueden afectar a dichos derechos. De esta manera, el principio de legalidad llega a ser una garantía a la seguridad jurídica ya que al contar con normas que establezcan las atribuciones del Estado, de sus organismos, y de sus servidores, se otorga estabilidad a los particulares.

Lo manifestado respecto del principio de legalidad se complementa con el argumento que sostiene el doctor Marco Morales⁵, quien considera que en la actualidad, ese principio debe ser apreciado en un sentido más amplio, esto es que la Administración no sólo está obligada a cumplir lo dispuesto en la normativa jurídica, sino también a que sus actos sean apegados a Derecho.

1.3. La certeza y la eficacia de las normas como manifestación de la seguridad jurídica

1.3.1. La certeza

La certeza en el ámbito jurídico es concebida como una situación que genera confianza en los individuos, debido a la existencia de normas predeterminadas que establecen y regulan las relaciones de las personas, y las relaciones de éstos con la Administración.

Según plantea Eduardo García Máynez⁶, hay certeza respecto del ordenamiento jurídico cuando los destinatarios de las normas tienen conocimiento adecuado de los contenidos de las mismas, y por tanto, están en condiciones de orientar su conducta de acuerdo con ellas.

⁵ Marco MORALES, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones. 2011, p. 8.

⁶ Eduardo GARCÍA MÁYNEZ. *Filosofía del Derecho*. Novena Edición. México D.F.: Editorial Porrúa, 1997, pp. 477-478.

Para tal efecto, es indispensable que las normas tengan determinada permanencia, esto es, que su modificación no esté sujeta al arbitrio de las autoridades, sino que sea el mismo ordenamiento jurídico el que establezca a través de normas jerárquicamente superiores, el procedimiento para modificarlas; no obstante, el cumplimiento del referido procedimiento no es un justificativo para la realización de un sinnúmero de modificaciones ya que aquello estaría en contradicción con la permanencia de las mencionadas normas. Por ello, la certeza, y la seguridad jurídica pierden sentido cuando las disposiciones que regulan las distintas situaciones son modificadas con tanta rapidez que los ciudadanos no tienen tiempo para conocerlas, viéndose impedidos de adecuar de manera precisa su comportamiento.

En virtud de lo manifestado, es evidente que hay falta de seguridad jurídica cuando el ordenamiento normativo no da certidumbre a la sociedad, debido a la pérdida de unidad del Derecho que se genera en la lesión de las estructuras jurídicas, así como en la existencia de vacíos normativos y en la introducción de textos ambiguos en la legislación.

1.3.2. La eficacia

La observancia por parte de los destinatarios de una norma jurídica es lo que se conoce como eficacia.

El cumplimiento de una norma jurídica supone que la persona no ha realizado el hecho ilícito, o que lo ha realizado pero el órgano competente ha aplicado la sanción prevista en la norma; de manera que la eficacia deriva de poner en relación la norma con los comportamientos concretos de los particulares.⁷

En este sentido, la seguridad jurídica debe entenderse también como la eficacia del ordenamiento jurídico, dado que este último está encaminado a anticipar y prever las consecuencias de las acciones u omisiones. De hecho, cuando una norma no es aplicada, se convierte en ineficaz pues no está cumpliendo su función principal que es precisamente guiar el comportamiento de los individuos.

⁷ Gregorio ROBLES. “El pensamiento jurídico de Hans Kelsen: una lectura crítica de la teoría pura del derecho”. *Filosofía del Derecho*. Medellín: Sello Editorial, Universidad de Medellín, 2012, p. 264.

Inclusive, a la seguridad jurídica se la ha calificado como un valor inmanente de la normativa, debido a que cuando ésta funciona eficaz o satisfactoriamente, genera seguridad en la sociedad. Por lo que, si bien la implementación de normas jurídicas implica la existencia de un mecanismo efectivo de control, la seguridad garantiza a las personas la posibilidad de predecir las acciones de otros, especialmente de quienes tienen poder.

Por lo señalado, el derecho a la seguridad jurídica se ve transgredido por la ineficacia de las normas que es uno de los problemas jurídicos más relevantes en el Ecuador. Lo manifestado se evidenciará a lo largo de este trabajo, en la falta de uniformidad en la definición de empresas subsidiarias, empresas filiales, y agencias y unidades de negocios, así como en otras disposiciones que regulan la constitución y funcionamiento de las empresas públicas.

La problemática planteada está originada en la existencia de disposiciones cuyo contenido es ambiguo, lo cual le resta certeza al ordenamiento normativo, ya que como se ha indicado en líneas precedentes, los particulares no tienen garantía sobre las consecuencias concretas de dichas normas.

CAPÍTULO II

LA EVOLUCIÓN DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS EN EL ECUADOR, ANTECEDENTE DE LA LESIÓN AL DERECHO A LA SEGURIDAD JURÍDICA

2.1. Antecedentes históricos de las empresas públicas

La intervención del Estado en la economía, en los procesos de producción, e intercambio de bienes y servicios para la satisfacción de las necesidades humanas, así como el control de actividades económicas bajo una variedad de formas, especialmente como empresas públicas, no constituyen un fenómeno reciente, ni un episodio transitorio; es decir, son una presencia antigua, un fenómeno característico de la historia, de las sociedades y de los sistemas políticos.

El crecimiento del sector de las empresas públicas, se incrementó y se aceleró a partir del paso del capitalismo liberal al capitalismo de las microempresas y monopolios. De hecho, uno de los motivos más determinantes para la creación de las empresas públicas ha sido el deseo de estimular actividades nuevas, y de reconstruir aquellas que daban servicios deficientes.⁸

La mayor parte de los autores señalan que los antecedentes de las empresas públicas se encuentran en las compañías de las Indias Orientales, creadas por el gobierno holandés en 1602, con un gran capital y a las que se les otorgó el monopolio del comercio en esas islas, primordialmente del comercio de especias. La principal característica de esas empresas era que una gran parte del capital se suscribía por los Estados (especialmente Holanda, Inglaterra y Francia), y desarrollaban, además del monopolio del comercio, una serie de actividades administrativas y en algunas ocasiones hasta impartían justicia.⁹

⁸ Marcos KAPLAN. *Crisis y Futuro de la Empresa Pública*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, p. 9.
<http://www.bibliojuridica.org/libros/2/701/pl701.htm>.

⁹ Miguel ACOSTA. *Compendio de Derecho Administrativo*. Segunda Edición Actualizada. México D.F.: Editorial Porrúa, 1998, p. 228.

Durante el siglo XX las empresas públicas que se desarrollaron en regímenes democráticos y flexibles, tales como Francia, Gran Bretaña y Estados Unidos, se dedicaron principalmente a actividades de naturaleza comercial e industrial, incursionando luego inclusive en el campo financiero. En tanto, en los regímenes rígidos y totalitarios como Italia y Alemania, las empresas públicas se hicieron cargo de los servicios públicos, y de los sectores de la producción, a partir de lo cual disminuyeron los niveles de desempleo en la población de esas naciones.

Si bien en Europa se optó por satisfacer las necesidades colectivas a través de organizaciones burocráticas, Estados Unidos a pesar de contar con un capitalismo pujante era un país carente de una eficiente administración centralizada, lo cual le forzó a que la prestación de servicios públicos sea abordada desde empresas privadas a las que impuso a través de leyes, determinadas obligaciones tales como el acceso a los servicios por parte de todos los usuarios, el establecimiento de tarifas razonables, entre otras, y al establecimiento de un régimen muy riguroso en defensa de la libre competencia. Para este propósito se utilizó la doctrina anglosajona de las *public utilities* que comprendían el *common calling* y posteriormente, el *common carrier*. El elemento diferenciador de las actividades de *common calling* era la profesionalidad del prestador y su carácter lucrativo fundamentado en la utilidad pública de estas actividades; mientras que la doctrina del *common carrier* se basaba en la intervención y en la presentación de un cuadro jurídico para la organización de los servicios de interés general, justificándose en el contenido material de la actividad. No obstante, no fue suficiente la sola expedición de leyes intervencionistas para impulsar a los operadores de los *common utilities*, sino que también se creó organizaciones públicas garantizadoras de su aplicación, y comisiones reguladoras *ad hoc* para cada sector.¹⁰

Retomando el tema de las empresas públicas, es oportuno señalar que la naturaleza y evolución de la intervención del Estado a través de este tipo de empresas ha generado que éstas se encuentren ante realidades que traen consigo implicaciones tecnológico-productivas y electrónicas, lo cual les ha obligado a incrementar la investigación respecto

¹⁰ Ramón PARADA. *Derecho Administrativo I*. Tomo I. Décimo Octava Edición. Madrid: Marcial Pons, 2012, pp. 381-382.

a la actividad que realicen, a dominar los recursos que manejan, a ampliar el rol del Estado en la economía, y a redefinir las relaciones entre la economía y las empresas públicas.

En virtud de que la globalización ha creado un orden económico más exigente, actualmente los mercados compiten entre ellos a través de empresas públicas especializadas que planifican sus esfuerzos, a fin de alcanzar los objetivos trazados. Fue así como históricamente cada Estado configuró un sector público que comprendía un conjunto de actividades e instituciones que se hallan bajo su control directo y que le permiten intervenir de diversas maneras en el proceso socioeconómico.

2.2. Evolución de las empresas públicas en el Ecuador

A lo largo del tiempo, en el Ecuador la empresa pública ha sido definida como toda actividad organizada para la producción o el cambio de bienes y de servicios, sin importar que se desarrolle con las formas del Derecho Público o del Privado, se dirija a conseguir una ganancia o simplemente satisfaga determinadas necesidades.¹¹ Por lo mencionado, la noción de empresa pública había sido utilizada de manera imprecisa en el ordenamiento jurídico.

Al respecto, el autor Efraín Pérez sostiene que la denominación genérica “empresa pública” tradicionalmente ha tenido distintas especies tales como “estatales” o “no estatales”; sin embargo, la diferencia de género a especie no está consagrada en la legislación positiva, en la cual se habla indistintamente de empresas públicas y de empresas del Estado o estatales. De hecho, numerosos tratadistas dan el calificativo de “públicas” a las compañías privadas en las cuales el Estado tiene participación accionaria, es decir, aquellas en las que participan capitales públicos y privados.¹²

Hay que aclarar que no en todos los casos la participación accionaria del Estado, le da la calidad de “pública” a una compañía. De hecho, conforme al ordenamiento jurídico vigente, están formalmente excluidas del sector público, las corporaciones y sociedades

¹¹ Efraín PÉREZ. *Derecho Administrativo*. Volumen 2. Tercera edición actualizada. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009, pp. 680 y 681.

¹² Efraín PÉREZ. *Derecho Administrativo*. *Óp. cit.*, pp. 684-686.

constituidas con personería jurídica de Derecho Privado, no obstante que su capital o recursos sean mayoritaria o totalmente públicos, y que en algunos aspectos les sean aplicables las normas del Derecho Público.¹³

La calificación de “empresa pública” no implica obligatoriamente la aplicabilidad de normas que rigen a otro tipo de empresas, por cuanto la empresa pública tiene origen y finalidad públicos, en virtud de que detrás de ellas se encuentra el Estado. Por tanto, a las empresas públicas les rige una normativa que va de acuerdo a los objetivos trazados para éstas.

Uno de los aspectos que coincide con lo mencionado en el párrafo anterior, y que ha sido motivo de discusión de muchos autores, es si la empresa pública debe obtener o no lucro al llevar a cabo sus actividades. A pesar de que hay varios criterios en torno a este tema, todos los tratadistas han considerado que la empresa pública debe aprovechar al máximo sus recursos, sin que esto implique el otorgamiento de ventajas desmedidas para sus empleados. De hecho, Juan Pablo Cajarville¹⁴ considera que no es pertinente valorar la actuación de las empresas públicas con un parámetro empresarial privado de eficiencia de una organización de capital y trabajo destinada a obtener lucro, ya que esa no es la concepción de las empresas públicas para la legislación.

A fin de analizar la evolución de las empresas públicas en el Ecuador, es pertinente realizar una breve reseña de la manera en que éstas han estado presentes en importantes campos de la economía tales como el eléctrico, el petrolero y las telecomunicaciones.

De su parte, las empresas eléctricas han tenido un particular desarrollo en el país, puesto que se crearon en el siglo XIX para suministrar alumbrado únicamente a escasos sectores de la población debido a la poca capacidad de las plantas que se instalaban en esa época. Es así como su historia inicia en 1897 con el establecimiento de la empresa Luz y Fuerza Sociedad Anónima en la ciudad de Loja, lo cual dio lugar a que en ciudades como Quito, Guayaquil y Cuenca se instauren también empresas privadas que contaban con

¹³ Genaro EGUIGUREN. *Visión de la Administración Pública en la Nueva Constitución. La Nueva Constitución del Ecuador*. Quito: Editorial Ecuador, 2009, pp. 123.

¹⁴ Juan Pablo CAJARVILLE. *Sobre Derecho Administrativo*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008, pp. 300.

capital mayoritariamente extranjero que luego fueron transferidas a empresas nacionales constituidas como compañías anónimas, dando paso a que en lo posterior en algunos municipios dicten ordenanzas a través de las que crearon empresas municipales. En el caso específico de Quito, en 1937 el Ilustre Concejo Municipal de Quito creó la Empresa Municipal como Empresa Técnica Comercial, dependiente del Concejo, la cual solicitó un crédito al Banco Interamericano de Reconstrucción y Fomento para instalar una nueva central hidroeléctrica; sin embargo, para el otorgamiento del mismo la empresa se transformó en una compañía anónima, cuyos accionistas eran el Ilustre Municipio de Quito y el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

En 1972, el Instituto Ecuatoriano de Electrificación, INECEL adquirió el paquete accionario del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, y luego, en 1998 con la expedición de las reformas a la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, se liquidó el INECEL y se transfirieron las acciones que éste tenía en todas las empresas eléctricas del país, al Fondo de Solidaridad. No obstante, se estableció que la generación, transmisión o distribución de energía eléctrica sería realizada por compañías que independientemente de su estructura accionaria, para todos los efectos se someterían al régimen legal aplicable a las personas jurídicas de Derecho Privado.

Dado que en el 2009 se extinguió el Fondo de Solidaridad, las acciones que pertenecían a dicho Fondo pasaron al Estado, representado por el Ministerio de Electricidad y Energía Renovable, las cuales en el caso de la Empresa Eléctrica Quito S.A. constituyen el 56.99 por ciento del capital social.¹⁵

Hay que destacar que en la actualidad existen las siguientes empresas públicas en el sector eléctrico: la Empresa Pública Estratégica Corporación Eléctrica del Ecuador Celec EP que tiene a su cargo la provisión de energía eléctrica a través de la operación de proyectos hidroeléctricos ubicados en distintas provincias del país; la Empresa Pública Estratégica Corporación Nacional de Electricidad Cnel EP que distribuye y comercializa energía eléctrica en quince provincias del Ecuador; la Empresa Eléctrica Pública de

¹⁵ La Ley de Creación del Fondo de Solidaridad fue derogada por la Ley Orgánica de Empresas Públicas, norma que estableció que las sociedades anónimas del sector eléctrico se sometían al régimen transitorio para las sociedades anónimas en las que el Estado a través de sus entidades y organismos es accionista mayoritario, lo cual aún se encuentra en ejecución.

Guayaquil EP que presta servicios de generación, distribución y comercialización de energía eléctrica en Guayaquil; la Empresa Pública Estratégica Hidroeléctrica Coca Codo Sinclair Cocasinclair EP que es la que supervisa la construcción de la Central Hidroeléctrica Coca Codo Sinclair que operará a partir del año 2016; y la Empresa Pública Estratégica Hidroeléctrica del Litoral Hidrolitoral EP que tiene a su cargo la obra Multipropósito Baba ubicada en el norte de la provincia de Los Ríos, y que pretende contribuir a la satisfacción de la demanda nacional de electricidad.¹⁶

De igual manera, el ámbito petrolero empezó a desarrollarse en el Ecuador a partir de 1911, cuando la empresa inglesa Anglo perforó el primer pozo petrolero en Santa Elena, encargándose de la explotación, comercialización y refinación del crudo por más de sesenta años. Sin embargo, a partir de 1967, Texaco perforó pozos y construyó estaciones de perforación en la Amazonía asumiendo inclusive la operación del Sistema de Oleoducto Transecuatoriano. No obstante, hasta inicios de la década de los setenta se había establecido muy poca regulación para este sector.

Posteriormente, se creó la Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana CEPE, entidad que se encargó de la exportación de barriles de petróleo desde Esmeraldas, y que conformó un consorcio con Texaco para asumir la operación de algunas refinerías. Dado que paulatinamente aumentaba la actividad hidrocarburífera, en 1972 se expidió la Ley de Hidrocarburos la que entre otros aspectos estableció que los contratos petroleros podían durar máximo 20 años y fijó también la extensión de las concesiones.

En 1989 se creó la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, Petroecuador, en reemplazo de CEPE y se conformó un holding que estaba compuesta por una matriz y seis filiales, de las cuales tres eran permanentes (Petroproducción, Petroindustrial y Petrocomercial) y, tres eran temporales (Petropenínsula, Petroamazonas y Petrotransporte) a fin de que el Estado a través de sus empresas estatales, desarrolle actividades con criterios propios de la gestión empresarial y propicie nuevas inversiones para aumentar las reservas petroleras. Para tal efecto, se emitió la Ley Especial de Petroecuador y sus empresas filiales, norma que establecía que Petroecuador podía desarrollar las actividades que le asignaba la Ley de

¹⁶ Senplades, Empresas Públicas y Planificación: Su rol en la transformación social y productiva. Quito: Senplades, 2013, pp. 71-102.

Hidrocarburos, en todas las fases de la industria petrolera para la óptima utilización de los hidrocarburos que pertenecían al patrimonio del Estado.¹⁷

A pesar de la intervención estatal en este campo, la política petrolera se encaminó a dar apertura a las transnacionales, lo que dio lugar a que se lleven a cabo varias rondas petroleras para concesionar campos ubicados en distintas zonas del país, en las que se distribuían las ganancias extraordinarias del petróleo en partes iguales entre el Estado y las empresas concesionarias. Fue así como en el año 2007 inició el intercambio de crudo por derivados con Venezuela, y también se fijó una nueva política petrolera que incluyó el cambio de los contratos de participación suscritos con varias empresas internacionales, por contratos de prestación de servicios en los que se acordó que el crudo deje de ser propiedad de las empresas, y sea el Estado el que pague por la extracción de éste en observancia del decreto ejecutivo de 4 de septiembre de 2007, por el cual el Ecuador recibe una ganancia del 99 por ciento frente al uno por ciento del precio diferencial fijado en cada contrato.

En razón de los cambios que ha experimentado el ordenamiento jurídico ecuatoriano, conforme se examinará en lo posterior, actualmente existen las siguientes empresas públicas en el sector hidrocarburífero: la Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador EP Petroecuador, que tiene a su cargo la gestión de los recursos naturales no renovables, y que está facultada para intervenir en todas las fases de la actividad hidrocarburífera con excepción de las fases de exploración y explotación; la Empresa Pública de Exploración y Explotación de Hidrocarburos Petroamazonas EP que desarrolla actividades de exploración y explotación de hidrocarburos a nivel nacional y regional; y, la Empresa Pública Flota Petrolera Ecuatoriana EP Flopec que es una empresa de transporte marítimo de hidrocarburos en la costa del Pacífico.

En lo concerniente al campo de telecomunicaciones es importante rescatar que en 1970 el Presidente de la República del Ecuador consideró necesario iniciar un proceso de

¹⁷ Como se explicará más adelante, la Ley Orgánica de Empresas Públicas derogó la Ley Especial de Petroecuador y sus empresas filiales, estableciendo en su disposición transitoria primera que las empresas públicas o estatales existentes, para seguir operando debían adecuar su organización y funcionamiento a las normas previstas en esa Ley, en un plazo no mayor a ciento ochenta días contados a partir de su expedición, para lo cual se emitieron los respectivos instrumentos de creación de las nuevas empresas públicas, en los que se señaló que aquellas dejarán de existir y transferirán su patrimonio a las nuevas empresas públicas que se creen.

unificación de las mismas, para tal efecto expidió la Ley General de Telecomunicaciones que fue derogada en octubre de 1972 por la Ley Básica de Telecomunicaciones que creó el Instituto Ecuatoriano de Telecomunicaciones IETEL, como una entidad de Derecho Público adscrita al Ministerio de Obras Públicas, encargada del control y de la explotación de los servicios de telecomunicaciones, y resultante de la fusión de varias empresas de naturaleza privada que hasta ese entonces habían prestado dichos servicios.

En agosto de 1992, entró en vigencia la Ley Especial de Telecomunicaciones en razón de la necesidad de proveer servicios de telecomunicaciones regulados por un marco legal acorde con la particularidad de esos servicios; y, con el fin de modernizar el sector de las telecomunicaciones para que se desarrolle esta actividad con criterios de gestión empresarial y beneficio social. En virtud de los fines indicados, el legislador decidió separar las funciones de regulación, control y gestión, que hasta ese momento se encontraban centralizadas en una sola institución.

Este cuerpo legal creó la Empresa Estatal de Telecomunicaciones EMETEL Ecuador, asignándole funciones tales como el establecimiento, la explotación, el mantenimiento y el desarrollo de los sistemas de los servicios de telecomunicaciones que se prestaban en régimen de exclusividad por gestión directa del Estado.¹⁸ Asimismo, instauró la Superintendencia de Telecomunicaciones para que asuma la gestión, administración y control del espectro radioeléctrico, además de la facultad para otorgar concesiones para su uso y para la explotación de servicios portadores y finales de telecomunicaciones en el territorio ecuatoriano.

En 1995 se reformó la Ley Especial de Telecomunicaciones con el fin de modificar lo relativo al marco regulatorio, con la creación del Consejo Nacional de Telecomunicaciones y de la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, a la primera de estas instituciones se le asignó la representación del Estado para la administración y regulación de las telecomunicaciones, mientras que a la segunda de ellas, se le concedió la ejecución de la política de ese sector. En esta misma reforma se dispuso que EMETEL se transforme en una sociedad anónima, para luego escindirla y que las compañías resultantes de dicha

¹⁸ Juan David PÓLIT. “La titularidad de las telecomunicaciones en el Ecuador: el caso de Cuenca” *Revista Ruptura* No. 44, (2001), pp. 257-281.

separación sean vendidas en lo que se conoció como la privatización del sector de las telecomunicaciones. No obstante, en octubre de 1996 el Estado transfirió las acciones que tenía en EMETEL S.A. al Fondo de Solidaridad.

Con la escisión de EMETEL SOCIEDAD ANÓNIMA se dio vida jurídica a ANDINATEL S.A. y a PACIFICTEL S.A., como sociedades mercantiles de Derecho Privado, con cada una de las cuales se celebró un contrato de concesión de exclusividad temporal y regulada de prestaciones finales que utilizan el espectro radioeléctrico. Cabe mencionar que esta última reforma se dio por la necesidad de modernizar el campo de las telecomunicaciones, y de delegar la explotación de los servicios al sector privado para que se lo implemente mediante procedimientos públicos, transparentes, competitivos, sujetos a reglas previamente definidas y difundidas.

En 1998 entró en vigencia la Constitución Política de la República del Ecuador y estableció el sistema de economía social de mercado, que implicaba entre otros aspectos, promover el desarrollo de mercados competitivos y la libre competencia. En lo concerniente a la provisión de los servicios públicos, dentro de los que estaban comprendidas las telecomunicaciones, el artículo 249 de la referida norma constitucional señalaba que este servicio podía prestárselo 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.

En el año 2000, la Ley para la Transformación Económica del Ecuador incorporó algunas reformas a la anteriormente referida Ley Especial de Telecomunicaciones, con la finalidad de que los servicios de telecomunicaciones se otorguen en un régimen de libre competencia, de transparencia y de eficiencia del sector, para así poner fin al monopolio que hasta ese momento estaba a cargo del Estado. Posteriormente, en octubre de 2008 surgió la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT S.A. como resultado de la fusión de ANDINATEL S.A. y PACIFICTEL S.A. realizada de conformidad con la disposición transitoria tercera del Mandato Constituyente No. 15 expedido por la Asamblea Nacional Constituyente, que señalaba que para la gestión empresarial de las empresas eléctricas y de telecomunicaciones en las que el Fondo de Solidaridad era accionista

mayoritario, se podría ejecutar los actos societarios que sean necesarios para la reestructuración de dichas empresas.¹⁹

En la actualidad, en el ramo de las telecomunicaciones opera la empresa pública Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP, creada con el fin de explotar servicios de telecomunicaciones y desarrollar las demás actividades que conforme al ordenamiento jurídico ecuatoriano le compete a este sector; así como también existe la Empresa Pública Televisión y Radio de Ecuador EP RTVECUADOR, que brinda contenidos televisivos y radiofónicos a la ciudadanía; y, la Empresa Pública Correos del Ecuador CDE EP que se encarga de prestar servicios y proveer productos postales.

Como se puede constatar en esta breve reseña realizada, en la década de los años noventa se inició en el país un proceso de privatización de los recursos públicos, en virtud de lo cual se constituyeron compañías de acuerdo a figuras societarias de Derecho Privado, cuyo capital mayoritario o exclusivo le pertenecía al Estado. Tales sociedades, como por ejemplo ANDINATEL S.A. y PACIFICTEL S.A. debían tener una duración temporal ya que fueron creadas con el objetivo de venderlas a inversionistas privados una vez que éstas estuvieran en marcha, no obstante las sociedades referidas continuaron exclusivamente en manos del Estado, lo cual generó un sinnúmero de dudas respecto a su naturaleza jurídica debido a que acogieron mecanismos de control similares a aquellos aplicables al sector público.

Aquella inestabilidad se sumó a un sinnúmero de reformas legales, producto de lo cual se generó una enorme inseguridad jurídica en el país. No obstante, era necesario entrar en un proceso de privatización y concesión de servicios, con la finalidad de atenuar las cargas económicas que soportaba el Presupuesto General del Estado, por ello, en 1993 se promulgó la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada,²⁰ como una herramienta que desmonopolizaba y privatizaba los servicios públicos, a través de la delegación a la iniciativa privada de los

¹⁹ María Gabriela ORTIZ. *Análisis del alcance de la potestad de la Función Ejecutiva para la definición de políticas de precios en telecomunicaciones en el Ecuador, a partir de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*. Monografía. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, 2013.

²⁰ Publicada en el Registro Oficial No. 349 de 31 de diciembre de 1993.

mismos. Es decir, la intención del legislador fue la de simplificar las actividades para permitir la libre competencia.²¹

En virtud de lo indicado, las entidades que tenían a su cargo la prestación de servicios públicos y que fueron creadas como entidades públicas, se transformaron en compañías anónimas o de economía mixta, que experimentaron una huida del campo del Derecho Administrativo, para someterse al Derecho Privado. La privatización de dichas empresas fracasó, entre otras razones, porque la mayoría de éstas fueron manejadas políticamente, debido a la riqueza de los recursos que explotaban, y además porque las malas administraciones reportaron grandes pérdidas.²²

Desde entonces surgió la necesidad de que se expida una norma que regule de manera específica, clara y ordenada, el funcionamiento de las sociedades cuyo paquete accionario mayoritario pertenecía al Estado, a fin de satisfacer el interés de la comunidad, y de establecer criterios de rentabilidad, eficiencia y eficacia, aplicables a las mismas.

²¹ Inés BALDEÓN, Oswaldo CEVALLOS, Roberto SALGADO. *Las empresas mercantiles privadas con capital público*. Quito: Colegio de Abogados de Pichincha, 2006, pp. 3.

²² Las pérdidas en las que han incurrido algunas compañías cuyo capital cuenta con recursos públicos, se demuestra en el estado de resultados anual de la Empresa Eléctrica Regional Centrosur C.A., que refleja pérdidas en los años 2000, 2001 y 2005, y que se lo encuentra en la dirección electrónica <http://www.centrosur.com.ec/node/44>. De otra parte, la Empresa Eléctrica Regional Sucumbíos S.A., que también dispone de recursos públicos, reportó pérdidas en el año 2003 conforme se demuestra en el estado de resultados de ese ejercicio económico, que consta en la dirección electrónica <http://www.cnelsucumbios.com/html/aspectos.php>. Otro de los casos que sustenta las pérdidas sufridas por las empresas con capital público, se dio durante el ejercicio económico del año 2009, en la Empresa Eléctrica Regional del Sur S.A., de acuerdo al texto del plan de inversiones 2011-2020 de dicha empresa, disponible en www.eerssa.com, que en el punto número diez, concerniente a los resultados técnicos esperados, dice: “*En la actualidad se tiene un nivel de pérdidas del 12.07%, y se prevé lograr una reducción del 2% de pérdidas en el período 2011-2020, con la ejecución de obras de repotenciación de alimentadores primarios y reconfiguración de redes de distribución secundarias en el área de concesión de la EERSSA... Los ingresos de operación de la EERSSA distribuidor para el año 2009 se ubican en el orden de los USD 21 millones anuales, en tanto que los gastos de operación para el mismo período se ubican en USD 28 millones, lo que da un resultado neto de operación negativo del orden de USD 7 millones. Cabe señalar que esto se produce por la aplicación de tarifas deficitarias, en el área de concesión de la EERSSA, lo que da lugar al establecimiento de un déficit tarifario que es reconocido por el Estado.*”. De la misma manera, un caso similar ocurrió con la extinta Pacifictel S.A., que reportó pérdidas en los años 2006 y 2002, lo cual está reflejado en los balances generales y estado de resultados correspondientes a los períodos en mención. A pesar de que durante la elaboración de esta tesis se solicitó tales balances a la Superintendencia de Compañías, dicha entidad de control indicó que los mismos constituyen información reservada, conforme a lo dispuesto en el artículo 422 de la Ley de Compañías; por tanto no son considerados como información pública. No obstante, las pérdidas económicas generadas por la ex Pacifictel S.A., se las puede verificar en la dirección electrónica www.sri.gob.ec, que pertenece al Servicio de Rentas Internas, y en la cual se indica que dicha compañía no generó impuesto a la renta durante el período antes referido.

Para el efecto, la Carta Magna reconoce las formas de organización de la producción en la economía, entre las cuales se encuentran las denominadas “empresas públicas”.

2.3. La empresa como concepto general

El doctor Rodrigo Borja Cevallos²³ sostiene que la empresa es la acción de acometer algo, generalmente arduo y dificultoso. En el ámbito económico significa la unión de capital y trabajo para alcanzar un fin de lucro. A criterio del referido jurista, la empresa no es necesariamente una compañía o sea una sociedad de personas o de capitales jurídicamente organizada; el concepto de empresa es más amplio que el de compañía, esto significa que toda compañía, cualquiera que sea su clase, es una empresa, pero que no toda empresa es una compañía.

Así, la empresa ha sido considerada como un conjunto de elementos materiales e inmateriales, tales como el empresario, el capital, el patrimonio, los trabajadores, las utilidades, el intercambio mercantil, y los clientes; cuyo objetivo es obtener ganancias a través de la producción de bienes que se llevan al mercado. Se trata de una unidad económica y jurídica en la cual se agrupan y coordinan los factores humanos y materiales de la actividad económica, resaltando en ella la idea de coordinación, en combinación con la producción.

La empresa es un concepto económico, que ha sido considerado por varios autores como jurídicamente neutro, ya que está vinculado con diversas ramas jurídicas. Además, es una noción heterogénea en relación a la diversidad de factores que concurren a formarla, pues en la empresa se aúnan elementos que buscan su desarrollo.

A fin de analizar los orígenes de la empresa, hay que mencionar que los primeros intentos de identificar el Derecho Comercial con la empresa se manifestaron en Alemania; sin embargo, fue en Italia donde la escuela de Mossa estudió este tema a profundidad. Posteriormente, en el siglo XIX, la empresa comenzó a presentarse como un fenómeno real frente al orden jurídico, a través del establecimiento principalmente de hoteles y

²³ Rodrigo BORJA. *Enciclopedia de la Política*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 360.

empresas de transporte; desde entonces, se vio que la empresa no es sencilla en su relación con el Derecho, ya que en ella intervienen diversas disciplinas jurídicas que regulan los distintos aspectos de la empresa, como son el Derecho Administrativo, el Derecho Laboral, el Derecho Comercial, entre otros. Es decir, a partir de la idea económica de empresa, apareció la organización empresarial en el Derecho.²⁴

A lo largo del tiempo, la empresa ha permitido alcanzar objetivos sociales valiéndose de los factores de la producción, puesto que ha sido el centro de la realidad económica, el eje a cuyo alrededor gira todo el mecanismo económico y cuyo papel ha consistido en combinar los factores de la producción del mejor modo para obtener su máximo rendimiento.²⁵

En función de lo expuesto, y como no existe todavía un concepto definido de lo que se entiende por empresa; es difícil formular hasta donde la transformación de la economía penetra en el Derecho, y cuáles son las reglas definitivas de aquélla y la concreción total de sus finalidades.²⁶

Sin embargo, a criterio de la autora del presente trabajo, y en concordancia con lo que sostiene la doctrina, la empresa es un concepto que tiene una acepción económica y una jurídica; pero que de manera conjunta consiste en la organización de factores de la producción tales como el capital, el trabajo humano y la organización, con el objetivo de producir bienes y servicios, destinados a satisfacer las necesidades del mercado. Por ello, la empresa ha sido vista como figura o un instrumento destinado a la producción.

En consideración a la gama de elementos que intervienen en la noción de empresa, ésta requiere ser regulada por diversas ramas del Derecho que tienen a su cargo el establecimiento de la normativa que trate sobre las relaciones que tienen lugar a partir de lo

²⁴ Raúl ETCHEVERRY. *Derecho Comercial y Económico. Parte general*. Primera Edición, segunda reimpresión. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1998, pp. 485-486.

²⁵ Hernán JARAMILLO. *La Actividad Jurídica de la Administración*. Loja: Editorial Universitaria, 1995, p. 31.

²⁶ *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Tomo X. Buenos Aires. Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L. 1959. p. 55.

actualmente se conoce como “empresa”, debido a la necesidad de que interactúen los diversos factores que la componen.

Además del contenido económico que tiene la empresa, ésta tiene un contenido social, debido a que requiere de un grupo de personas que lleven a cabo las actividades para las cuales fue creada, y porque está inserta en la sociedad para la cual produce. Por otra parte, su tinte social queda demostrado también cuando contribuye al pleno desarrollo de la sociedad al promover los derechos consagrados en el ordenamiento jurídico del país al que cada empresa pertenece.

2.4. Definición de las empresas públicas

El mundo moderno se ha visto obligado a desplegar un amplio abanico de sistemas gubernamentales que inciden de varias maneras en la producción, el financiamiento, la distribución, el consumo y el control de ciertos bienes y servicios. En muchos países, la intervención del Estado tiene como uno de sus principales objetivos procurar una más equitativa distribución de la riqueza, regulando o realizando directamente ciertas actividades que han sido consideradas de interés público, tales como las vinculadas con el desarrollo económico, la seguridad social, la educación y la comercialización de productos de consumo general, entre otras.²⁷

En lo concerniente al interés público, hay que mencionar que algunos juristas lo definen como el conjunto de pretensiones relacionadas con las necesidades colectivas, que están bajo la protección e intervención del Estado. Sin embargo, se trata de un típico concepto jurídico indeterminado, entendido como una noción jurídica o expresión imprecisa, cuyo sentido concreto no está establecido con exactitud, y que se caracteriza por ser un concepto que resulta difícil delimitarlo con precisión, pero cuya aplicación admite una solución justa y correcta.

De hecho, una particularidad del concepto jurídico indeterminado referido es que en una determinada situación, simplemente se da o no se da, es decir no hay discrecionalidad

²⁷ Alejandro CARRILLO. *Las Empresas Públicas en México*. México D.F. Instituto Nacional de Administración Pública. 1976. p. 13. <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1692/pl1692.htm>.

en su aplicación. Por ello, es un término que cumple varias funciones, entre las cuales se encuentra la de justificar la intervención del Estado, así como establecer límites en la realidad.

Retomando el tema principal, es necesario mencionar que la empresa pública es un concepto genérico con el que se pretende aludir a todo tipo de organizaciones de carácter público que actúan en el campo de la producción de bienes y servicios de modo semejante a como lo hacen las empresas de titularidad privada.²⁸

De su parte, Roberto Dromi considera que se denomina “empresa pública” a toda empresa en sentido económico (organización de medios materiales y personales para realizar determinada explotación económica), que se encuentra en el sector público de la economía. Además, el mencionado autor señala como elementos constitutivos del concepto referido, los siguientes:

- **Elemento subjetivo:** *Pública*, que señala la participación de la Administración del Estado u otra persona administrativa pública o de propiedad privada, pero en razón de su naturaleza y actividad serán objeto de un tratamiento normativo especial, lo cual señala siempre la participación directa o indirecta del Estado.
- **Elemento objetivo:** *Empresa*, que se refiere a la actividad económica desarrollada.

Gran parte de la doctrina extranjera, entre ellos el autor Alfonso Nava,²⁹ considera que la empresa pública es ante todo una empresa que desarrolla la gestión económica del Estado, ya que de no ser económica su labor, sería una empresa estatal, pero no una empresa pública.

Este criterio se fundamenta en que si bien en la mayor parte de legislaciones no existe un precepto jurídico que establezca la diferencia entre empresa pública y empresa estatal,

²⁸ ESPASA CALPE S.A. *Diccionario Jurídico Espasa*. Editorial Espasa Calpe S.A. Madrid. 2001. p. 634.

²⁹ Alfonso NAVA. *Estudios Administrativos*. Primera Edición. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. 2009, pp. 243-246. <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2688>

doctrinariamente se considera que la empresa pública tiene un significado o contenido económico convencional, que quiere decir que es distinto en el tiempo y en el espacio; lo cual no ocurre en ocasiones en las que se usa la palabra “empresa” como sinónimo de tarea, propósito o meta, en las que frecuentemente el Estado patrocina, tutela o incentiva actividades en diversos campos tales como la educación, la cultura o inclusive la salud, y destina para ello recursos económicos.

En este tipo de situaciones, existen tratadistas que coinciden en que se está ante empresas estatales, pero no ante empresas públicas, debido a que aportar bienes o recursos públicos para una tarea que realiza el Estado, no implica la existencia de una empresa pública como tal.

Asimismo, algunos juristas se han inclinado por la idea de que construir una definición universal de empresa pública, es algo que resulta imposible en el tiempo y en el espacio, por cuanto se trata de realidades distintas en cada país, debido a que los objetivos económicos de las empresas públicas no tienen límites, ya que se desarrollan en regímenes legales dispersos.

A través de las empresas públicas se crea un intervencionismo estructural y permanente por el cual el Estado ya no solo regula, sino que gestiona empresarialmente sectores estratégicos de la economía. De esta manera se configura el Estado empresario, debido a que las empresas públicas son el idóneo instrumento de redistribución del ingreso y de acumulación de capital.³⁰

Entre los juristas no hay un acuerdo sobre si el Estado debe o no realizar actividades comerciales. Quienes consideran que el Estado no debe ser empresario, argumentan que la actividad comercial es propia de los administrados, por tanto, si el Estado participa en el mercado, da lugar a una gran diferencia entre los beneficios que podrían alcanzar los particulares y el Estado.

³⁰ Roberto DROMI. *Empresas Públicas de Estatales a Privadas*. Madrid: Ediciones Tres Américas, 1997, p. 14.

Por otro lado, quienes piensan que el Estado sí debe actuar como empresario señalan que el mismo Estado debe ser el principal agente económico, debido a su capacidad de normar y orientar el desarrollo de la colectividad, así como también por la facultad que tienen para emprender las actividades conducentes a producir los bienes y servicios que el país requiriera.³¹

Es claro que las empresas públicas son explotadas con el fin de satisfacer las necesidades en beneficio de la colectividad, por tanto la eficiencia de las mismas debe traducirse entonces, en el deber de dar satisfacción concreta a dichas demandas sociales, en la forma, cantidad y calidad, y con los medios y recursos que resulten idóneos para su gestión. A tales fines, y siendo el objetivo de las mencionadas empresas, eliminar o reducir las necesidades insatisfechas, el Estado debe tener un cabal conocimiento de ellas y de sus causas, para garantizar el acceso eficiente y equitativo de toda la población a los servicios públicos, asegurando además su calidad en el tiempo.³²

A partir del análisis desarrollado en este capítulo sobre la evolución de las empresas públicas en el Ecuador, a continuación se examinará la normativa que regula lo concerniente a la constitución, clasificación y funcionamiento de dichas empresas, y se demostrará que existe un sinnúmero de falencias que dan lugar a que no haya seguridad jurídica, en virtud de los conceptos expresados en el primer capítulo de este trabajo.

³¹ Cristián LARROULET. *Reflexiones en tanto al Estado Empresario en Chile*. CEP No. 22, 1984, p. 131. www.cepchile.cl/dms/archivo_1488_927/rev14_larroulet.pdf

³² Roberto DROMI. *Telecomunicaciones Interconexión y Convergencia Tecnológica*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2008, p. 10.

CAPÍTULO III

LA FALTA DE UNIFORMIDAD EN EL TRATAMIENTO DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS, Y SU CLASIFICACIÓN DENTRO DE LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA, COMO ELEMENTOS ORIGINADORES DE LA LESIÓN A LA SEGURIDAD JURÍDICA

3.1. Las empresas públicas a la luz de la Constitución de la República del Ecuador

En vista de que las empresas públicas son consideradas como unidades de producción que tienen una finalidad económica y que buscan generar beneficios, son entidades que necesariamente deben adoptar una estructura jurídica y una forma de organización para el desarrollo de sus actividades.

Al respecto, la Constitución de la República del Ecuador,³³ manifiesta lo siguiente:

Art. 315.- El Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas.

Las empresas públicas estarán bajo la regulación y el control específico de los organismos pertinentes, de acuerdo con la ley; funcionarán como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales.

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

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

³³ Publicada en el Registro Oficial No. 449, de 20 de octubre de 2008.

De la norma transcrita se desprende que la Constitución establece que las empresas públicas deben funcionar como sociedades de Derecho Público con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión.

A fin de analizar las características de las empresas públicas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, es necesario hacer las siguientes precisiones:

- El Derecho Público regula las relaciones en las que interviene el Estado dotado de imperio sobre la sociedad, en las cuales están involucrados intereses de la colectividad; por ello las empresas públicas se desempeñan como instituciones de Derecho Público.³⁴

En lo concerniente a las nuevas teorías sobre el Derecho Público, José Serna de la Garza en su obra “Globalización y Gobernanza: Las transformaciones del Estado y sus implicaciones para el Derecho Público”, dice que debido al transcurso del tiempo, el Estado y los conceptos asociados a él, requieren de una reconceptualización; sin que esto signifique la pérdida de sus características básicas como son el Estado territorial, el Estado constitucional y el Estado intervencionista, ni la pérdida de capacidades regulatorias y operacionales, a pesar de que en algunos Estados ya no tiene el monopolio del ejercicio operacional.

En relación a lo indicado en el párrafo anterior, el mencionado autor cita a Paul Starr, quien sostiene que el Derecho Público constituye el propio poder en los Estados modernos, y lo limita; es decir, en el Derecho Público se puede identificar una “función constitutiva” de la autoridad pública.

De hecho, lo público implica un proceso por el que ciertas actividades se llegan a considerar y definir como socialmente valiosas, ya que lo público implica un reconocimiento por parte del Estado, a una necesidad social que puede cambiar y variar en el tiempo.

³⁴ José SERNA DE LA GARZA. *Globalización y Gobernanza: Las transformaciones del Estado y sus implicaciones para el Derecho Público*. pp. 19 y 54.
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.html?l=2818>

De su parte, el autor Juan Barquera³⁵ afirma que el objetivo principal del Derecho Público es el bien común, y que una de sus funciones principales es la organización del Gobierno, debido a que el Derecho Público es la expresión auténtica de las condiciones con que un pueblo quiere ser gobernado, de la libertad que se reserva, y de las reglas que debe observar quien los mande.

- En lo concerniente a la personalidad jurídica, es criterio de la doctrina que a través de esta figura, se reconoce a una entidad la capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, frente a sí y a terceros, es decir otorga validez a las actuaciones de las personas naturales o jurídicas.

De hecho, el Código Civil define a la persona jurídica como una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.

Por tanto, el legislador se ha inclinado por otorgar personalidad jurídica a las empresas públicas, a fin de que éstas desarrollen sus actividades.

- Las empresas públicas gozan de autonomía, que es concebida como la facultad otorgada por la legislación a los entes públicos, para organizarse jurídicamente, lo cual comprende el establecimiento de su propio funcionamiento y administración en el manejo de su patrimonio y en el despacho de sus negocios, con el propósito de cumplir con los objetivos y metas institucionales. No obstante, el reconocimiento de la mencionada autonomía de las empresas públicas, éstas están obligadas a respetar los límites establecidos en el ordenamiento jurídico.³⁶

A nivel doctrinario, y en lo que tiene que ver con la autonomía de las referidas empresas, autores como Miguel Marienhoff (2000) aseveran que la problemática de las empresas públicas surge porque en muchas legislaciones, éstas son consideradas como entidades autárquicas debido a que son un medio que el Estado

³⁵ Juan BARQUERA. *Lecciones de Política y Derecho Público para Instrucción del Pueblo Mexicano*. Primera Reimpresión, p. 63. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/663/7.pdf>

³⁶ Diccionario Hispanoamericano de Derecho. Tomo I. Primera Edición. Bogotá: Grupo Latino Editores. 2008, p.190.

utiliza para realizar sus fines o funciones específicas, lo cual, a su criterio, es una falla de sistemática jurídica ya que la entidad autárquica cumple una función típica del Estado, en tanto que las empresas públicas realizan una actividad del Estado del mismo tipo de la que podrían desarrollar los particulares. Por tanto, la condición legal de ambos entes no podría ser la misma.³⁷

De otro lado, quienes defienden la autonomía de las empresas públicas explican que debido al peculiar papel que éstas cumplen, es necesario que se adecuen de manera dinámica a las transformaciones que impone el desarrollo económico, especialmente en países que experimentan una rápida y difícil evolución de su ámbito social y productivo. No obstante, dicha adecuación no debe realizarse de manera desordenada, ya que originaría desajustes económicos, sino que se la debe efectuar entendiendo cabalmente la función de hondo contenido social que tienen las empresas públicas.

Por lo expuesto, la autonomía es indispensable en las empresas públicas puesto que éstas requieren actuar con celeridad y organización en la realización de sus actividades, a fin de coadyuvar al cumplimiento de sus objetivos; lo cual a futuro, les permitirá evaluar su comportamiento y adaptar sus funciones a la satisfacción de los intereses generales.³⁸

De hecho, si se requiriere que las empresas públicas tengan un amplio margen autonómico, será aconsejable dotarles de atribuciones descentralizadas, y de patrimonio y personalidad jurídica propios.

³⁷ Respecto del razonamiento citado correspondiente a Miguel Marienhoff, es necesario precisar que las entidades autárquicas, son figuras del régimen jurídico argentino, que son comprendidas como personas jurídicas exclusivamente administrativas, es decir son entes descentralizados que tienen funciones administrativas. A pesar de que este aspecto es propio de un ordenamiento jurídico distinto al ecuatoriano, ha sido referido en la presente investigación como un criterio doctrinal relacionado con la autonomía de las empresas públicas.

³⁸ Clemente LICÓN. *Autonomía de las empresas públicas y las relaciones con el Gobierno Federal*. p. 670. <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1610/127.pdf>.

El antes referido artículo 315 de la Constitución ha sido cuestionado por juristas como el doctor Luis Fernando Torres,³⁹ quien considera que dicha disposición constitucional abre un abanico de infinitas posibilidades al intervencionismo estatal, por cuanto al Estado le corresponde mediante empresas públicas o mixtas de mayoría estatal, gestionar los sectores estratégicos; mientras que la iniciativa privada, solamente por excepción y mediante ley, puede asumir la gestión de tales sectores. Este criterio lo comparte también la autora de este trabajo puesto que de la investigación realizada se ha encontrado que con fundamento en el antes citado artículo 315, se ha establecido la Empresa Pública Importadora -EPI- cuyo decreto de creación le faculta inclusive a importar bienes requeridos por las entidades y organismos de la Función Ejecutiva, así como bienes cuya venta y comercialización se encuentre restringida por disposición de la autoridad competente, con la finalidad de garantizar el abastecimiento oportuno de dichos bienes.⁴⁰ Este aspecto, evidencia un privilegio concedido especialmente a esta institución por tratarse de una empresa pública.

3.2. Las empresas públicas como gestoras de los sectores estratégicos

En el año 2008, con la expedición de la Constitución de la República del Ecuador, se introdujo al ordenamiento jurídico la noción de “sectores estratégicos”, concebidos como aquellos campos de esencial transcendencia para el bien común y para el desarrollo de un país, ya que a través de ellos se da cumplimiento a cometidos públicos que difícilmente podría asumir el sector privado, y que requieren de la intervención del Estado.

El artículo 313 de la Constitución dispone que 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. Asimismo, la mencionada disposición indica que los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su transcendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y se orientarán al pleno desarrollo de los derechos y al interés social. Para el efecto, se consideran sectores estratégicos, la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables,

³⁹ Luis Fernando TORRES. *Presidencialismo Constituyente. Op. cit.*, pp. 428-429.

⁴⁰ Decreto Ejecutivo No. 92 de 21 de agosto de 2013.

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.

A nivel normativo, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización⁴¹ define a los sectores estratégicos, de la siguiente manera:

Art. 111.- Sectores estratégicos.- Son aquellos en los que el Estado en sus diversos niveles de gobierno se reserva todas sus competencias y facultades, dada su decisiva influencia económica, social, política o ambiental.

La facultad de rectoría y la definición del modelo de gestión de cada sector estratégico corresponden de manera exclusiva al gobierno central. El ejercicio de las restantes facultades y competencias podrá ser concurrente en los distintos niveles de gobierno de conformidad con este Código.

Son sectores estratégicos la generación de 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 virtud de que las empresas públicas están destinadas a gestionar los sectores estratégicos con alcance nacional e internacional, es necesario tener en cuenta que la Ley Orgánica de Empresas Públicas fue expedida con la finalidad de determinar los procedimientos para la constitución y funcionamiento de esas empresas públicas. Es así que en lo concerniente a la gestión que tales empresas públicas realicen, el mencionado Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, dice:

Art. 116.- Facultades.- Las facultades son atribuciones para el ejercicio de una competencia por parte de un nivel de gobierno. Son facultades la rectoría, la planificación, la regulación, el control y la gestión, y son establecidas por la Constitución o la ley. (...)

La gestión es la capacidad para ejecutar, proveer, prestar, administrar y financiar servicios públicos (...)

Por su parte, el antes mencionado autor Luis Fernando Torres señala que los sectores estratégicos no están enumerados taxativamente, pues a más de los ya indicados en la Constitución de la República del Ecuador, en la ley se pueden establecer otros sectores estratégicos, por cuanto una norma constitucional con un tipo tan abierto sirve para que actividades no estratégicas se transformen en “estratégicas”, y el Estado asuma el

⁴¹ Publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 303, de 19 de octubre de 2010.

respectivo control.⁴² Este aspecto evidentemente no genera certeza en la norma, y por ende lesiona la seguridad jurídica, que debe ser entendida como presupuesto y función del Derecho como tal.

Por otro lado, ya en materia de contrataciones de los sectores estratégicos, el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública indica que las contrataciones de bienes, obras y servicios incluidos los de consultoría, requeridas para las actividades dentro de los sectores estratégicos, podrán llevarse a cabo de régimen especial, siempre y cuando la máxima autoridad de la entidad contratante emita una resolución fundamentada demostrando la existencia de la necesidad específica que le faculta a acogerse a tal régimen.

De lo mencionado se aprecia que la explotación de los sectores estratégicos es de gran importancia para la economía nacional, debido a que son campos o áreas que generan riqueza si están bien explotados. Por ello, y a fin de evitar el abuso de los recursos económicos provenientes de dichos sectores, la Constitución de la República ha establecido que los excedentes que resulten de la actividad de las empresas públicas, podrán destinarse a la inversión⁴³ y reinversión en las mismas empresas o sus subsidiarias, relacionadas o asociadas, de carácter público, a fin de garantizar su desarrollo; mientras que los excedentes que no fueran invertidos o reinvertidos, se transferirán al Presupuesto General del Estado.

A criterio de la autora de esta investigación, los sectores estratégicos están destinados al desarrollo del interés social, debido a que el fin que persiguen es el bien común de la sociedad. Es por esto que tradicionalmente las empresas públicas han desempeñado un sinnúmero de actividades, de acuerdo a los lineamientos que el Estado ha definido, sin que esto implique la reserva de determinadas áreas de la economía productiva de bienes y servicios, exclusivamente para las empresas públicas.

⁴² Luis Fernando TORRES. *Presidencialismo Constituyente. Op. cit.*, pp. 428-429.

⁴³ Definida el conjunto de egresos y/o transacciones que se realizan con recursos públicos para mantener o incrementar la riqueza y capacidades sociales y del Estado.

De hecho, la diversidad de recursos económicos que posee un país es la que determinaría el grado de desarrollo industrial de éste. En tal virtud, cada Estado es el que decide las actividades económicas que le interesa explotar a través de las empresas públicas, sin que existan restricciones o barreras para trabajar dentro de los distintos campos de la economía.⁴⁴

⁴⁴ En Colombia, por ejemplo, el sector de los hidrocarburos está operado por Ecopetrol S.A. que es una sociedad anónima vinculada al Ministerio de Minas y Energía, y constituida conforme a las reglas del Derecho Privado con algunas excepciones dispuestas por la ley. Asumió los activos revertidos de la Tropical Oil Company que en 1921 inició la actividad petrolera tras la apertura del primer pozo y la posterior puesta en producción del campo que se le asignó. Ecopetrol emprendió sus actividades como una empresa del Estado, encargada de administrar el recurso hidrocarburífero del país, y creció en la medida en que incorporó a su operación otras concesiones. En 1961 asumió el manejo directo de algunas refinerías y en 1970 se ratificó su naturaleza como una empresa del Estado, vinculada, cuyo control está a cargo de la Contraloría General de la República. Asimismo, uno de los proveedores de energía eléctrica, gas por red, acueducto y alcantarillado en ese país es el Grupo EPM, que opera como una empresa industrial y comercial del Estado sometida a las disposiciones de la ley comercial, cuya filial es UNE EPM Telecomunicaciones que es la encargada de brindar servicios de telecomunicaciones. Los orígenes de este grupo datan de 1955, cuando el Consejo Administrativo de Medellín fusionó entidades que hasta ese momento prestaban sus servicios de manera autónoma e independiente. En el caso de Venezuela, Petróleos de Venezuela, Sociedad Anónima PDVSA es una empresa estatal, adscrita al Ministerio del Poder Popular para la Energía y Petróleo, cuyo único accionista es el Estado venezolano, posee refinerías en un sinnúmero de países que la catalogan como la tercera empresa en el mundo en capacidad de refinación de barriles de petróleo diarios. Esta empresa inició sus operaciones en 1976, y actualmente tiene a su cargo la explotación, producción, refinación, mercadeo y transporte de petróleo; sin embargo, por disposición de la Constitución venezolana de 1999, debe mantener el monopolio exclusivo de los hidrocarburos que se encuentren en el subsuelo sin que sea posible vender sus acciones a particulares, pero puede asociarse y entregar concesiones para la prestación de cualquier servicio vinculado con su objeto. PDVSA fue creada por decreto gubernamental en 1975, absorbiendo las operaciones y activos pertenecientes a la Corporación Venezolana del Petróleo y asumiendo a partir de 1976 la planificación, coordinación y supervisión de todas las operaciones petroleras del país, bajo la tutela del Ministerio de Energía y Minas, conforme al marco legal establecido en la Ley Orgánica que reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos. Hasta 1996, PDVSA por medio de sus empresas filiales tenía el monopolio de la venta, mercadeo y transporte de todo producto y derivado petrolero, no obstante por la apertura petrolera, se permitió que otras empresas comercialicen dichos productos pero con determinadas limitaciones. En el ámbito de las telecomunicaciones, la Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela CANTV es la principal empresa de telecomunicaciones de Venezuela, que está adscrita al Ministerio del Poder Popular para Ciencia, Tecnología e Industrias Intermedias y que actualmente tiene más de cuarenta y tres mil accionistas, entre los que constan empleados, jubilados y ex-trabajadores de la empresa, perteneciendo la mayoría de acciones al Estado. El origen de esta empresa se remonta a 1930 cuando tres socios obtuvieron una concesión del Ministerio de Fomento para construir y explotar una red de telefonía, adquiriendo progresivamente diferentes empresas telefónicas privadas que funcionaban en el país hasta convertirse en un monopolio. Debido a que CANTV presentó deficiencias y atraso tecnológico, en 1991 se sometió a un proceso de privatización que la motivó a modernizar sus servicios y ampliar su cobertura llegando a ser ahora un importante elemento en el Plan Nacional de Telecomunicaciones, Informática y Servicios Postales de Venezuela. Igualmente, el campo del sector eléctrico de Venezuela está a cargo principalmente de la Corporación Eléctrica Nacional S.A. Corpoelec que es una sociedad anónima estatal adscrita al Ministerio del Poder Popular para la Energía Eléctrica, producto de la unificación de varias empresas regionales que operaba en ese país, que se dispuso mediante un decreto ley expedido en el año 2007 que obedecía a la reorganización del sector eléctrico. Actualmente opera en varias regiones de Venezuela prestando servicios de generación, transmisión, y distribución y comercialización de energía eléctrica.

Por lo manifestado, es evidente que las empresas públicas son un modo de intervención del Estado en la economía. Sin embargo, para el desarrollo de los sectores estratégicos cuentan con condiciones más beneficiosas para competir y participar en el mercado; por ello es indispensable que aprovechen los recursos de manera eficiente y racional, y cumplan a cabalidad con sus objetivos de desarrollo y promoción de la industria que tienen a su cargo, a fin de que obtengan el máximo beneficio económico.

3.3. Empresas públicas prestadoras de servicios públicos

El servicio público ha sido concebido como el reconocimiento colectivo de la existencia de necesidades de interés general, y como consecuencia de ello, la decisión del Estado de satisfacerlas, de conformidad con las potestades que le asisten.

La Administración Pública ha sido tradicionalmente conceptuada como ejecutora de un conjunto de servicios públicos monopolizados en manos del Estado; sin embargo, éste ha asumido una dinámica forma de actuar impulsada por las transformaciones del ordenamiento jurídico.⁴⁵

La titularidad de un servicio público implica ante todo, un poder de dirección y control sobre la prestación de dicho servicio, que puede ser brindado por las empresas públicas, si los intereses generales, así lo exigen. La presencia de las empresas públicas en campos de interés público, respondió a motivaciones entre las que se destaca principalmente, la de transformar el orden económico y social, a fin de promover determinados sectores industriales, servir al mantenimiento del empleo, y para proporcionar ingresos al fisco.⁴⁶

A nivel doctrinario, Gastón Jéze⁴⁷ considera que los servicios públicos son aquellas necesidades de interés general que los gobernantes en un cierto país y en una época

⁴⁵ Gladys CAMACHO. El Control Público de las Telecomunicaciones en Chile. *Ponencias del Congreso Internacional de Derecho Administrativo*. México D.F. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. 2003, p. 1. <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2447/4.pdf>

⁴⁶ Eduardo RODRÍGUEZ. *Privatización de la Empresa Pública y Post Privatización*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1995, pp. 58, 66, 67.

⁴⁷ Gastón JÉZE. *Principios Generales del Derecho Administrativo*. Segunda Edición. Madrid: Editorial REUS S.A., 1928, p. 290.

determinada han resuelto satisfacer, a través de reglas y procedimientos que garanticen su funcionamiento.

Por su parte, el autor Juan Pablo Cajarville Peluffo⁴⁸ cita a Maurice Hauriou como el primero en elaborar conceptualmente la noción de “servicio público”, que ya aparecía con anterioridad en la jurisprudencia y en la doctrina, y lo definió como un servicio técnico prestado al público de una manera regular y continua para la satisfacción de una necesidad pública, y por una organización pública no lucrativa, para lo cual se compone de los siguientes elementos permanentes: una circunscripción territorial; funcionarios o empleados; medios materiales; y, medios financieros.

Otros tratadistas como Gilles Guglielmi,⁴⁹ señalan que para que una actividad sea considerada como servicio público, es necesario acumulativamente, lo siguiente:

- 1) que dicha actividad sea ejercida con un fin de interés general; y,
- 2) que exista una vinculación directa o indirecta entre dicha actividad y una persona pública.

En la época clásica los servicios públicos eran prestados exclusivamente por el Estado; sin embargo, a criterio de Libardo Rodríguez, la crisis de la noción de servicio público se manifiesta en el divorcio de dos nociones, por una parte, porque no todas las actividades de servicio público las realiza la Administración, pues algunas las efectúan los particulares, y por otra parte, porque no siempre la administración cumple actividades de servicio público en el sentido tradicional, ya que a veces desarrolla tareas de carácter privado, como puede suceder con la actividad de una empresa industrial y comercial del Estado. Esta distorsión entre las dos nociones ha llevado a que prevalezca la idea de que el servicio público es en lo fundamental una actividad que no necesariamente es llevada a cabo por organismos públicos.⁵⁰

⁴⁸ Juan Pablo CAJARVILLE. *Sobre Derecho Administrativo*. Op. cit. pp. 172 y 174.

⁴⁹ Gilles GUGLIELMI. *Gestión Privada de los Servicios Públicos*. Primera Edición. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2004, p. 71.

⁵⁰ Libardo RODRÍGUEZ. *Derecho Administrativo General y Colombiano*. Decimosexta edición, Bogotá: Editorial Temis S.A., 2008, p. 564.

Hay que indicar que a medida que la sociedad va evolucionando, aumentan las necesidades, y por tanto aumenta el número de actividades que se pueden encasillar como aquellas de servicio público; por tal motivo, continuamente se revisa la noción de servicio público.

Es así que en consideración a la complejidad de la noción de servicio público, el legislador ecuatoriano no ha incluido en la normativa una definición precisa de aquella; aunque la Constitución de la República del Ecuador señala que:

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

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

En concordancia con la norma citada, hay que indicar que el ordenamiento jurídico ecuatoriano reconoce la existencia de empresas públicas constituidas exclusivamente para brindar servicios públicos; no obstante, se aclara que en ellas debe haber una preeminencia en la búsqueda de la rentabilidad social.

A fin de garantizar la prestación de servicios públicos, la Constitución vigente, en el título concerniente a los derechos, ha incluido una sección que protege a las personas usuarias y consumidoras, cuyo objetivo principal es garantizar el derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a contar con información precisa y no engañosa sobre su contenido y características.

Para el efecto, el artículo 52 de dicho texto normativo, dice que la ley establecerá los mecanismos de control de calidad, los procedimientos de defensa de los consumidores, las sanciones por vulneración de derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios, y lo concerniente a la interrupción de los servicios públicos que no fuera ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor.

3.4. Las empresas públicas a partir de la expedición de la Ley Orgánica de Empresas Públicas

La doctora Inés María Baldeón⁵¹ afirma que la Ley Orgánica de Empresas Públicas nació como respuesta a la necesidad de establecer un marco jurídico que considere la existencia de personas jurídicas que aunque sean de Derecho Público, realicen emprendimientos de carácter económico orientado a obtener rentabilidad económica o social; y con la finalidad de determinar normas jurídicas que consideren la realidad de dichos emprendimientos.

Al respecto, es válido mencionar que el concepto de “emprendimiento” ha tomado importancia en las últimas décadas, debido a la necesidad de superar los permanentes y crecientes retos económicos del mercado. El emprendimiento se refiere a iniciar o crear un proyecto a través de identificación de ideas y oportunidades de negocios, viables para la producción de bienes y servicios, a fin de satisfacer las necesidades, por medio del desarrollo de un plan de negocio o la creación de empresas.

En conclusión, el emprendimiento es la aptitud para iniciar nuevos retos, programas o proyectos; así como para avanzar y alcanzar mayores logros económicos, orientados hacia la creación de riqueza.

De esta manera, la Ley Orgánica de Empresas Públicas surgió también por la necesidad de eliminar el estatus jurídico de algunas entidades consideradas como “híbridos” que carecían de una normativa clara y precisa, a fin de transformarlas en empresas públicas, sometidas a Derecho Público, que se constituyan como herramientas de desarrollo social y productivo.

La opinión de la autora de este trabajo investigativo, es que la promulgación de la Ley Orgánica de Empresas Públicas tenía como finalidad el establecimiento de un régimen jurídico uniforme aplicable para las compañías que tenían capital estatal. Sin embargo, de la lectura de la referida normativa se desprende que a través de ella se ha dado origen a un

⁵¹ Inés BALDEÓN. “Ley Orgánica de Empresas Públicas”. *Revista Novedades Jurídicas*. Op.cit. pp. 8-14.

régimen propio y exclusivo para las empresas públicas, que aplica corrientes jurídicas y criterios particulares distintos de aquellos de índole tradicional en el Derecho Administrativo; lo que ha generado un sinnúmero de inquietudes especialmente en lo concerniente al tratamiento del talento humano de las empresas públicas, y a la naturaleza de los actos, hechos y contratos de este tipo de empresas, como se analizará más adelante.

La aparición de nuevas concepciones jurídicas en el texto legal antes señalado, ha sido motivo de confusión en quienes tienen a su cargo la administración de las empresas públicas, debido a que una normativa poco clara da lugar a desconcierto e incertidumbre en la sociedad que está obligada a cumplirla. Además, esta situación origina casos en los que cada empresa pública empieza a entender la norma de manera distinta, y a aplicarla de acuerdo a sus intereses, lo cual afecta a la seguridad jurídica que es la razón de ser un sistema legal.

Con este antecedente, hay que señalar que en el Suplemento del Registro Oficial No. 48 de 16 de octubre de 2009, se publicó la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que contiene once títulos, nueve disposiciones generales y diez disposiciones transitorias, en los que se encuentran disposiciones que regulan la constitución, organización y funcionamiento de las empresas públicas que gestionan sectores estratégicos, prestan servicios públicos, se dedican al aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos, y de aquellas que desarrollan actividades económicas que correspondan al Estado.

La norma citada fue además creada con el objetivo de establecer mecanismos para que las empresas públicas que 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 mida su eficacia operativa, administrativa y financiera.

Por lo indicado, a la Ley Orgánica de Empresas Públicas deben someterse tanto las empresas que con anterioridad a la expedición de dicha normativa eran empresas públicas o estatales, incluidas las que fueron creadas por los Municipios y Gobiernos Provinciales del país o en general por instituciones públicas, como también aquellas que tenían formas

jurídicas de Derecho Privado pero que cuentan con recursos públicos. Además, incluye en su normativa a las empresas subsidiarias y a las empresas filiales o sucursales de las empresas públicas, como también a las agencias o unidades de negocio.

En virtud de los objetivos expuestos, la Ley Orgánica de Empresas Públicas define a las empresas públicas de la siguiente manera:

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

Las empresas subsidiarias son sociedades mercantiles de economía mixta creadas por la empresa pública, en las que el Estado o sus instituciones tengan la mayoría accionaria.

Las empresas filiales son sucursales de la empresa pública matriz que estarán administradas; por un gerente, creadas para desarrollar actividades o prestar servicios de manera descentralizada y desconcentrada.

Las Agencias y Unidades de Negocio son áreas administrativo - operativas de la empresa pública, dirigidas por un administrador con poder especial para el cumplimiento de las atribuciones que le sean conferidas por el representante legal de la referida empresa, que no gozan de personería jurídica propia y que se establecen para desarrollar actividades o prestar servicios de manera descentralizada y desconcentrada.

Si bien el antedicho artículo 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas hace una distinción en las definiciones de “empresas subsidiarias”, “empresas filiales”, “agencias” y “unidades de negocio”; es preciso indicar que en el resto del texto de la mencionada Ley, se usa de manera indistinta dichos términos, a pesar de que el alcance que tiene cada una de ellas, es diferente.

Respecto a la creación de las empresas públicas, la referida Ley Orgánica señala que éstas se crearán de la siguiente manera:

- Mediante decreto ejecutivo para las empresas constituidas por la Función Ejecutiva;

- Por acto normativo legalmente expedido por los gobiernos autónomos descentralizados; y,
- Mediante escritura pública para las empresas que se constituyan entre la Función Ejecutiva y los gobiernos autónomos, para lo cual se requerirá del decreto ejecutivo y de la decisión de la máxima autoridad del organismo autónomo descentralizado, en su caso.

Las universidades públicas pueden constituir empresas públicas o mixtas que se someterán al régimen establecido en la Ley para las empresas creadas por los gobiernos autónomos descentralizados o al régimen societario, respectivamente. La constitución de dichas empresas se realizará mediante resolución de creación adoptada por el máximo organismo universitario competente, en la que se determinarán los aspectos relacionados con su administración y funcionamiento.

De su parte, y en lo concerniente a la creación de las empresas públicas, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, establece que los gobiernos regional, provincial, metropolitano o municipal podrán crear empresas públicas siempre que esta forma de organización convenga más a sus intereses y a los de la ciudadanía; garantice una mayor eficiencia y mejore los niveles de calidad en la prestación de servicios públicos de su competencia o en el desarrollo de otras actividades de emprendimiento.⁵²

Para el cumplimiento de sus objetivos, las empresas públicas pueden ejercer sus actividades en el ámbito local, provincial, regional, nacional o internacional, para lo cual, sus órganos de dirección y administración serán el Directorio, y la Gerencia General.

En función de los roles que tienen el Directorio y la Gerencia General en una empresa pública, la Ley Orgánica de Empresas Públicas señala que es atribución del Directorio aprobar la creación de filiales o subsidiarias, nombrar a sus administradores de acuerdo a una terna presentada por el Gerente General, y sustituirlos; así como, es atribución del

⁵² Artículo 277.

Gerente General, resolver sobre la creación de agencias y unidades de negocio de las empresas públicas.

En este punto, es importante destacar que la Constitución de la República del Ecuador dice: “Art. 225.- El sector público comprende: (...) 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...”

De lo expuesto, se observa que la Ley Orgánica de Empresas Públicas establece un procedimiento propio de creación de las empresas públicas, a pesar de que la Constitución de la República del Ecuador ordena que éstas deben ser creadas por la Constitución o por la ley. Por tanto, a criterio de la investigadora, es indiscutible que la mencionada Ley Orgánica no está en concordancia con lo establecido en el texto constitucional, demostrándose así un quebramiento a lo que se conoce como seguridad jurídica, y por ende generándose desconfianza en el orden jurídico.

Si bien es indispensable que exista un marco jurídico que regule de manera general el funcionamiento de las empresas públicas, es claro que cada una de ellas debería ser creada a través de una ley propia que justifique y señale concretamente las reglas para su organización, en razón de la importancia de los sectores que tienen a su cargo, y de la trascendencia de las actividades económicas que realizan. A través de esta alternativa de procedimiento de creación de las empresas públicas, se daría cumplimiento a lo que ordena el artículo 225 de la Constitución vigente, y por tanto, se haría imprescindible reformar el actual artículo 5 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que trata lo concerniente a la creación de tales empresas, a fin de que haya armonía entre las normas citadas.

3.5. Modalidades de empresas públicas

3.5.1. Empresas subsidiarias

El proceso por el cual el Estado ha asumido la realización de actividades económicas propias de la iniciativa privada en la mayor parte de los países de signo occidental,

especialmente europeo, significa como hecho objetivo, la utilización de las distintas formas jurídicas societarias del Derecho Comercial.⁵³

Una subsidiaria es considerada como una entidad controlada por otra, conocida como controladora o matriz, que puede adoptar diversas modalidades, entre las que se incluyen las entidades sin forma jurídica definida, tales como las fórmulas asociativas con fines empresariales.⁵⁴

A nivel normativo, y como se indicó en páginas anteriores, el segundo inciso del artículo 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, establece que: “Las empresas subsidiarias son sociedades mercantiles de economía mixta creadas por la empresa pública, en las que el Estado o sus instituciones tengan la mayoría accionaria”.

De su parte, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en el numeral 11 del artículo 6, señala que las empresas subsidiarias son las personas jurídicas creadas por las empresas estatales o públicas, sociedades mercantiles de Derecho Privado en las que el Estado o sus instituciones tengan participación accionaria o de capital superior al cincuenta por ciento.

En este punto, es importante indicar que de acuerdo a la Ley de Compañías⁵⁵, las sociedades de economía mixta son aquellas que están integradas por el Estado y por particulares, con el objeto de satisfacer necesidades de orden colectivo, prestar nuevos servicios públicos o mejorar aquellos ya establecidos. Esta participación conjunta se da con el objeto de que la administración, y los fines de dichas empresas sean realizadas en sociedad entre sus integrantes.

La intervención del Estado en las sociedades de economía mixta ha estado justificada desde el nacimiento de dichas entidades a través de las grandes compañías de navegación y colonización de la Edad Moderna, en las cuales los monarcas y los vasallos realizaban

⁵³ Juan CASSAGNE. *Derecho Administrativo*. Sexta Edición Actualizada. Buenos Aires: Abeledo Perrot. 1998. p. 401.

⁵⁴ Definición tomada de las Normas Internacionales de Contabilidad NIC No. 27.

⁵⁵ Codificación publicada en el Registro Oficial No. 312 de 5 de noviembre de 1999.

aportes conjuntamente debido a que por medio de ellas se desarrollaban actividades de interés general.

En lo concerniente a la noción de empresas subsidiarias, es necesario indicar que la Ley Orgánica de Empresas Públicas es el único cuerpo legal que diferencia las nociones de “empresas subsidiarias” y “empresas filiales”, ya que las demás normas que integran el ordenamiento jurídico ecuatoriano, no encuentran tal diferencia, sino que las considera como términos sinónimos.

Respecto de la definición misma de empresa subsidiaria, la Procuraduría General del Estado emitió el siguiente pronunciamiento:

...En el ordenamiento jurídico ecuatoriano no existe una definición única de lo que se entiende por compañía o sociedad subsidiaria, así, según los artículos 193 de la Ley de Mercado de Valores y 67 de la Ley General de Sistema Financiero, es compañía o sociedad subsidiaria aquella en la cual otra compañía o sociedad tiene una participación directa o indirecta superior al 50% del capital; en tanto que para la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, en su artículo innumerado siguiente al 4, incorporado por la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, así como en los artículos 4 y 5 del reglamento de aplicación de ella, tales porcentajes no son determinantes para tal relación entre compañías matriz y subsidiaria. Sin embargo, lo que se puede apreciar es que se puede entender que existe relación de subsidiaridad entre sociedades o compañías cuando unas compañías son titulares de una proporción importante de las acciones o de la participación de otra...⁵⁶

En lo que tiene que ver con la administración de las empresas subsidiarias, el artículo 13 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, dice:

ARTÍCULO 13.- GERENTES DE FILIALES Y SUBSIDIARIAS.- El Directorio resolverá la creación de filiales y subsidiarias que actuarán de manera desconcentrada a través de la gestión de una o un Gerente, de libre nombramiento y remoción, que cumplirá bajo su exclusiva responsabilidad, las siguientes atribuciones: (...)

3. Administrar la filial o subsidiaria, velar por su eficiencia empresarial e informar al Gerente General de su gestión;...

⁵⁶ Oficio de la Procuraduría General del Estado No. 0981, de 3 de septiembre de 2008, publicado en el Registro Oficial No. 464 de 11 de noviembre de 2008.

A partir de las consideraciones antes expuestas sobre las empresas subsidiarias, hay que mencionar que el hecho de tener esa calidad, trae consigo la aplicabilidad de algunas disposiciones de Derecho Público, tales como las siguientes:

- El artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece que el Sistema Nacional de Contratación Pública regula los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, que realicen las compañías mercantiles cualquiera hubiere sido o fuere su origen, creación o constitución que posean o administren bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título se realicen a favor del Estado o de sus instituciones; siempre que su capital, patrimonio o los recursos que se le asignen, esté integrado en el cincuenta por ciento o más con participación estatal; y en general toda contratación en que se utilice, en cada caso, recursos públicos en más del cincuenta por ciento del costo del respectivo contrato.

Asimismo, el artículo 103 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública faculta a las empresas subsidiarias, a que se sujeten a las disposiciones sobre contrataciones relacionadas con el giro específico de sus negocios, que dicha ley establece.

- El artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público dice que estarán comprendidos en el ámbito de esa normativa, en lo concerniente a remuneraciones, derechos y obligaciones en lo que fuere aplicable, las corporaciones, fundaciones, sociedades civiles o mercantiles, con o sin fines de lucro, con o sin finalidad social o pública, cuya participación en el capital o patrimonio esté compuesto por más del cincuenta por ciento por aporte de las instituciones del Estado, de los gobiernos autónomos descentralizados o de recursos públicos. Sin embargo, se aclara que en las

empresas públicas, sus filiales, subsidiarias o unidades de negocios, se aplicará lo dispuesto en el Título IV de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

- El artículo 146 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas señala que el Estado Central a nombre de la República del Ecuador podrá otorgar garantía soberana a favor de entidades y organismos del sector público, que contraigan deuda pública para el financiamiento de proyectos y programas de inversión en infraestructura, o para proyectos, programas de inversión que generen la rentabilidad necesaria para el servicio de la deuda. La garantía del Estado, únicamente podrá autorizarse, cuando la entidad u organismo del sector público, inclusive las empresas del Estado, sus subsidiarias o filiales, evidencien que cuentan con capacidad de pago de la deuda respectiva.
- El número 4 del artículo 34 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas determina que en el evento de que una sociedad tenga la calidad de subsidiaria de una empresa pública, esta última tiene amplia capacidad para invertir sus recursos económicos y excedentes en la ejecución de proyectos a desarrollarse en las empresas, subsidiarias, filiales, agencias y unidades de negocio, en los términos que apruebe el Directorio.
- Asimismo, el número 9 del referido artículo 34 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas establece la posibilidad de que las empresas públicas realicen procesos de contratación concentrados y unificados para la provisión de bienes, obras y servicios que requieran de forma general y común las filiales y subsidiarias de la misma, a fin de garantizar la eficiencia en el uso de los recursos.
- El artículo 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas dispone que las empresas públicas tienen capacidad asociativa para el cumplimiento de sus fines y objetivos empresariales, para lo cual podrán constituir cualquier tipo de asociación, alianzas estratégicas, sociedades de economía mixta con

sectores públicos o privados, en el ámbito nacional e internacional. Para el efecto, no requerirán de concursos públicos, los procesos de asociación con otras empresas públicas o subsidiarias de éstas, de países que integren la comunidad internacional.

- El artículo 39 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas indica que el Directorio de cada empresa pública establecerá el porcentaje destinado al presupuesto de inversión y reinversión, a fin de que sus subsidiarias, filiales, agencias, unidades de negocio, puedan cumplir con su Plan Estratégico y Planes Operativos, para asegurar su vigencia y participación en el mercado.
- La disposición general quinta de la Ley Orgánica de Empresas Públicas dice que las empresas públicas, sus subsidiarias y filiales no están obligadas a llevar su contabilidad aplicando normas de contabilidad gubernamental, y tampoco están obligadas a gestionar sus recursos financieros a través de la Cuenta Única del Tesoro Nacional.

3.5.2. Régimen Transitorio planteado por la Ley Orgánica de Empresas Públicas

En virtud de que la Ley Orgánica de Empresas Públicas debía prever un proceso de transición que no interrumpa o limite la capacidad de las empresas ya constituidas, el mencionado cuerpo legal implementó un régimen transitorio contenido en varias disposiciones, dentro de las cuales se indica que:

2.5. RÉGIMEN TRANSITORIO DE LAS EMPRESAS SUBSIDIARIAS.- Las empresas subsidiarias que con anterioridad a la expedición de esta Ley se constituyeron como sociedades anónimas y cuyo capital se integró mayoritariamente con recursos provenientes de: 1) entidades del sector público; 2) empresas públicas municipales o estatales; o, 3) sociedades anónimas cuyo accionista único fue el gobierno central o los Gobiernos Autónomos Descentralizados; optarán, según lo decida el directorio de la empresa pública matriz, por cualquiera de las siguientes alternativas: a) Transformarse en empresas de economía mixta; o, b). Transformarse en empresas públicas. En el primer caso exclusivamente para los asuntos societarios se regirán por la Ley de Compañías, para los demás aspectos tales como el régimen tributario, fiscal, laboral, contractual, de control y de funcionamiento de las empresas se observaran [sic] las disposiciones contenidas en esta Ley.

Al respecto, la Procuraduría General del Estado, al absolver una consulta efectuada por la Ilustre Municipalidad de Rumiñahui, sobre si a la Empresa de Manejo de Desechos Sólidos de Rumiñahui EMDES CEM podría considerarse una empresa subsidiaria, sin sujetarse a régimen transitorio alguno, y si ésta se asimilaría a lo que la Ley Orgánica de Empresas Públicas define como una empresa subsidiaria, por cuanto su organismo matriz sería la Ilustre Municipalidad de Rumiñahui; o ¿cuál sería el procedimiento aplicable a efectos de cumplir con el régimen transitorio señalado en la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica de Empresas Públicas?, la mencionada institución respondió:

La Empresa de Manejo de Desechos Sólidos de Rumiñahui EMDES CEM, constituida antes de la promulgación de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, no puede considerarse una empresa subsidiaria, toda vez que el artículo 4 de esa ley confiere ese carácter a las sociedades mercantiles de economía mixta creadas por una empresa pública, carácter que no tiene la Municipalidad de Rumiñahui, lo que hace necesario adecuar su creación, funcionamiento y control a la nueva ley, conforme lo dispone en forma expresa la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, observando un proceso análogo al establecido en el numeral 2.1.1. de dicha transitoria, que compete aplicar al Concejo Cantonal, como máxima autoridad de la Municipalidad de Rumiñahui, órgano que deberá resolver la aplicación de las alternativas previstas en el numeral 2.2.1.2. de la citada transitoria segunda, esto es la fusión, liquidación, escisión o disolución de la compañía de economía mixta; comprar acciones de propiedad del accionista minoritario privado; y, constituir tenedoras de acciones de las empresas en las cuales es accionista.

Si la Municipalidad resuelve comprar las acciones del accionista privado minoritario, según lo prevé el numeral 2.2.1.3., la sociedad se disolverá sin liquidarse, debiendo observar el mismo procedimiento previsto en el numeral 2.1.1. de la Transitoria Segunda de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, sin que ello implique la liquidación de la empresa sino su transformación en empresa pública, debiéndose expedir al efecto la respectiva ordenanza, de conformidad con el artículo 5 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

Hasta tanto, conforme lo prevé el numeral 2.2.1.4 de la Transitoria Segunda de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, la empresa seguirá operando como compañía de economía mixta regulada por la Ley de Compañías, exclusivamente para los asuntos de orden societario. Para los demás aspectos tales como el régimen tributario, fiscal, laboral, contractual, de control y de funcionamiento de las empresas se observarán las disposiciones contenidas en esta Ley. Las acciones de estas compañías no podrán ser transferidas al sector privado.⁵⁷

De lo indicado se desprende que la Ley Orgánica de Empresas Públicas otorga la calidad de empresas subsidiarias exclusivamente a las sociedades mercantiles de economía

⁵⁷ Oficio de la Procuraduría General del Estado No. 14154 de 18 de mayo de 2010, publicada en el Registro Oficial No. 243 de 26 de julio de 2010.

mixta creadas por una empresa pública, en las que el Estado tenga mayoría accionaria. El cumplimiento de la condición mencionada es fundamental, a pesar de que en el Ecuador existen muchas sociedades anónimas que se constituyeron de acuerdo a las disposiciones de la Ley de Compañías, cuyo porcentaje mayoritario pertenecía al Estado; sin embargo, dichas compañías no pueden ser consideradas como subsidiarias por cuanto éstas fueron creadas con anterioridad a la expedición de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, lo cual implica que las instituciones que tuvieron participaciones accionarias mayoritarias en ellas, al no tener la calidad de empresas públicas, no podían crear empresas subsidiarias al amparo de la normativa que actualmente se aplica a las empresas públicas.

3.5.3. Empresas filiales

Una empresa filial es una organización económica que hace parte de la unidad que representa una empresa de mayor tamaño, que se fragmenta en establecimientos y organizaciones de menor tamaño, se ubican en partes diferentes a la empresa base y actúan bajo la dirección de ésta, gozando de cierta autonomía.⁵⁸

El tercer inciso del artículo 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas indica: “Las empresas filiales son sucursales de la empresa pública matriz que estarán administradas por un gerente, creadas para desarrollar actividades o prestar servicios de manera descentralizada y desconcentrada.”

En el ámbito societario, la doctrina No. 147 de la Superintendencia de Compañías, al analizar lo concerniente a las sucursales, señala que éstas no son sino un apéndice jurídico y económico de una compañía. Por lo mismo, la sucursal, en sí, no es una compañía ni tiene personalidad jurídica, es tan solo una proyección extraterritorial de la matriz.

El criterio mencionado es aplicable también al campo de las empresas públicas por cuanto el referido inciso tres del artículo 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, establece que las filiales son sucursales de la empresa pública matriz; lo cual quiere decir

⁵⁸ Diccionario Hispanoamericano de Derecho. Tomo I. Op. cit. p.732.

que las filiales pertenecen a la empresa pública considerada en su conjunto, sin que éstas sean personas jurídicas independientes.

Al igual que en el caso de las empresas subsidiarias, le corresponde al Directorio de cada empresa pública, la creación de sus filiales, cada una de las cuales estará a cargo de un Gerente al que se le encomendará la administración y que deberá cumplir con las atribuciones que determina el artículo 13 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, señalado en páginas anteriores.

De acuerdo a la opinión de algunos autores ecuatorianos, la figura de las empresas filiales consta en el texto de la Ley Orgánica de Empresas Públicas como un rezago de la extinta Ley Especial de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador PETROECUADOR y sus empresas filiales,⁵⁹ por cuanto dicha normativa ordenaba la creación de empresas estatales filiales para llevar a cabo actividades operativas tales como exploración y producción, industrialización, y comercialización y transporte. Para el efecto, dichas empresas filiales tenían personalidad jurídica y autonomía administrativa y operativa.

3.5.4. Agencias y unidades de negocio

Para el Diccionario de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, una agencia es una oficina que gestiona negocios o presta algunos servicios.⁶⁰

Por su parte, el cuarto inciso del referido artículo 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, en lo relativo a las Agencias y Unidades de Negocio, señala:

Las Agencias y Unidades de Negocio son áreas administrativo - operativas de la empresa pública, dirigidas por un administrador con poder especial para el cumplimiento de las atribuciones que le sean conferidas por el representante legal de la referida empresa, que no gozan de personería jurídica propia y que se establecen para desarrollar actividades o prestar servicios de manera descentralizada y desconcentrada.

⁵⁹ Derogada por la Ley Orgánica de Empresas Públicas, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 48 de 16 de octubre de 2009.

⁶⁰ Guillermo CABANELLAS. *Diccionario de Derecho Usual*. Tomo I. 26ava. Edición. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1998, p. 204.

En este punto es necesario indicar que la atribución de crear agencias y unidades de negocio le corresponde al Gerente General de la empresa pública, como responsable de la administración y gestión de la misma; para el efecto, éstas serán dirigidas por administradores, y podrán establecerse dentro o fuera del país.

Por ello, y en lo que tiene que ver con el ámbito de gestión de las agencias y unidades de negocio, la Ley Orgánica de Empresas Públicas ha planteado la desconcentración empresarial, figura en función de la cual las contrataciones de las empresas públicas de ámbito nacional se deben realizar de manera desconcentrada.

La desconcentración consiste en la transferencia de la titularidad y el ejercicio de las competencias atribuidas a los órganos administrativos en otros jerárquicamente dependientes de aquellos. Esta técnica de traslación de competencias suele tener por sujetos a un órgano de carácter central frente a otro de competencia territorialmente limitada, pero puede también darse de un órgano jerárquicamente superior a otro inferior aún cuando ambos tengan la misma competencia territorial.⁶¹

Para el efecto, el artículo 4 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece que en aplicación de los principios de Derecho Administrativo, son delegables todas las facultades previstas para la máxima autoridad, tanto en la Ley como en el referido Reglamento General, aun cuando no conste en dicha normativa la facultad de delegación expresa.⁶²

De hecho, la Ley Orgánica de Empresas Públicas establece que una de las atribuciones de los Gerentes Generales de las empresas públicas será el otorgamiento de poderes especiales a favor de los administradores de las agencias y unidades de negocio, para el cumplimiento de las facultades a ellos encomendadas.

Como consecuencia de lo mencionado en el párrafo anterior, las agencias y unidades de negocio se encuentran legalmente facultadas para lo siguiente:

⁶¹ <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/desconcentracion/desconcentracion.htm>

⁶² Inclusive las máximas autoridades de las empresas públicas pueden delegar la suscripción de contratos a funcionarios o empleados de dichas empresas.

- Contar con su propio Plan Operativo, aprobado por el Gerente General de la empresa pública.
- Contratar la ejecución de obras y adquisición de bienes o prestación de servicios, de acuerdo a los montos autorizados por la normativa interna de cada empresa pública, y siempre y cuando la máxima autoridad de la misma, le haya otorgado el poder especial correspondiente, de conformidad a lo previsto en el artículo 4 del Reglamento General de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública.⁶³
- Contratar la ejecución de obras y adquisición de bienes o prestación de servicios declaradas emergentes en los términos previstos en la ley, de la cuantía que fueren, previa la autorización favorable del Gerente General de la empresa pública.

Respecto de los procesos desconcentrados de contratación, la Procuraduría General del Estado al absolver una consulta efectuada por la Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador EP PETROECUADOR, sobre si es procedente que dicha empresa efectúe procesos independientes por zonas y/o regiones, para las actividades complementarias tales como servicios de alimentación y seguridad física, limpieza de derrames y otros que se requiere a nivel nacional sin que eso se considere subdivisión de cuantías, ha dicho lo siguiente:

Es procedente que la Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador EP PETROECUADOR, para garantizar el desarrollo operativo normal de sus actividades específicas, y facilitar la administración, fiscalización y control de los servicios cuya contratación está sujeta a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, pueda efectuar procesos desconcentrados de contratación, por zonas y/o regiones, a través de sus agencias o unidades de negocio, conforme lo prevé el numeral 9 del artículo 34 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, a efectos de que la contratación de servicios como alimentación, seguridad física, limpieza de derrames y otros de similar naturaleza, que se requieran a nivel nacional, se efectúen bajo la responsabilidad de los administradores de las respectivas agencias o unidades de negocio, sin que esto se considere subdivisión del objeto de la contratación, en tanto aquello se hubiere previsto

⁶³ De acuerdo al artículo 9 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la entidad contratante que cuente con establecimientos desconcentrados administrativa y financieramente, tales como: sucursales, regionales, agencias, unidades de negocios territorialmente delimitadas, entre otras, podrá inscribir a cada uno de dichos establecimientos como unidad de contratación individual, para lo que será condición indispensable que éstos posean un RUC independiente. En este caso, el responsable del establecimiento desconcentrado será considerado como máxima autoridad, para los efectos previstos en la Ley y en el Reglamento General.

en el respectivo plan anual de contrataciones aprobado en la forma prescrita por el artículo 22 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública...⁶⁴

Además de lo ya indicado a lo largo de este capítulo, hay que señalar que existen disposiciones de la Ley Orgánica de Empresas Públicas cuyo contenido no es claro, lo cual ha dado lugar a que las empresas públicas efectúen diversas consultas a la Procuraduría General del Estado, a fin de que las absoluciones que emita dicha institución determinen el alcance de las normas, y de esta manera respalden las actuaciones de quienes prestan sus servicios en este tipo de empresas. La problemática en cuestión vulnera la seguridad jurídica ya que produce desconfianza en las normas vigentes, y sobre lo que éstas serán en el futuro, lo cual evidentemente le hace menos útil al sistema legal.

⁶⁴ Publicada en el Registro Oficial No. 296 de 8 de octubre de 2010.

CAPÍTULO IV

LOS EFECTOS DE LA FALTA DE UNIFORMIDAD EN EL TRATAMIENTO QUE RECIBEN LAS EMPRESAS PÚBLICAS, LESIONAN EL DERECHO A LA SEGURIDAD JURÍDICA

4.1. Dirección, administración y organización de las empresas públicas

La administración de las empresas está destinada al tratamiento de lo concerniente a la dirección, organización, y coordinación de las mismas, con el objetivo de la satisfacción de las necesidades sociales.

Con la finalidad de alcanzar las metas fijadas en la planificación institucional, las empresas establecen un sistema de roles que deben desarrollar los miembros de las entidades para trabajar juntos de forma óptima; tal sistema se denomina estructura organizacional.

Para la administración de las empresas públicas, éstas deben someterse a las disposiciones de la Ley Orgánica de Empresas Públicas. Para el efecto, y como ya se había indicado previamente, el artículo 6 de la citada norma dice que son órganos de dirección y administración de éstas, el Directorio y la Gerencia General.

Así, en el caso de las empresas públicas creadas por la Función Ejecutiva, el Directorio estará integrado por el Ministro del ramo correspondiente o su delegado permanente, quien lo presidirá; el titular del organismo nacional de planificación o su delegado permanente, y por un miembro designado por el Presidente de la República.

En el evento de que las empresas públicas hayan sido creadas por los gobiernos autónomos descentralizados, o aquellas creadas entre la Función Ejecutiva y los gobiernos autónomos descentralizados, el Directorio está conformado por el número de miembros que se establezca en el acto normativo de creación, pero en ningún caso tales Directorios estarán integrados por más de cinco miembros.

En el caso de las empresas públicas creadas por gobiernos autónomos descentralizados, la presidencia del Directorio estará a cargo del Alcalde, Prefecto o Gobernador Regional, o su delegado. Mientras que en las empresas creadas entre la Función Ejecutiva y los gobiernos autónomos descentralizados, la presidencia la ejercerá quien sea elegido de entre los miembros principales del Directorio.

Finalmente, en las empresas públicas creadas por más de un gobierno autónomo descentralizado, la presidencia del Directorio la ejercerá la autoridad que designen los representantes legales de dichos gobiernos.

En cuanto a los Gerentes Generales de las empresas públicas se refiere, la Ley Orgánica de Empresas Públicas señala que éstos serán designados por el Directorio de cada entidad, y ejercerán la representación legal, judicial y extrajudicial de la empresa, así como también serán responsables de la gestión empresarial, administrativa, económica financiera, comercial, técnica y operativa.

En lo concerniente a la dirección y administración de las empresas públicas, además de las disposiciones establecidas por la Ley Orgánica de Empresas Públicas, las normas internas de cada empresa determinan las atribuciones de los Directorios y de los Gerentes Generales de las empresas públicas.

4.2. La administración del talento humano en las empresas públicas

La organización administrativa opera a través de agentes que constituyen el elemento personal de la Administración Pública. Los recursos humanos son el factor principal para el desarrollo administrativo, ya que asumen responsabilidades concretas por el manejo de asuntos públicos; por tanto, su actuación debe ser eficiente.⁶⁵

Las personas que prestan sus servicios para el Estado pueden tener varias clases de vinculación con él, siendo la principal con los llamados servidores públicos.

⁶⁵ Emilio CHUAYFFET. *Derecho Administrativo*. Primera Edición. México D.F.: Universidad Autónoma de México, 1983, pp. 26-27.

Como explica Juan Carlos Benalcázar,⁶⁶ el motivo fundamental de un régimen jurídico propio está dado por la consideración de la materia gestionada y de las especiales características en las que debe realizarse tal gestión, lo cual exige una determinada característica de los derechos, obligaciones y régimen de responsabilidad. La presencia de un fin público que cumplir, y la necesidad de mantener regularidad, eficiencia y eficacia en la labor de las entidades públicas y de los servicios que prestan, justifica un específico régimen jurídico de trabajo, acorde a las particularidades de la labor que se desempeña.

Cuando se ejercen competencias públicas, no solamente se presta un servicio al ente público como tal, sino que se presta un servicio a la colectividad de ciudadanos que reclaman el servicio de ese ente público, por ello se trata de un servicio por cuenta del ente público. Además, al delimitar las responsabilidades de los servicios públicos, se involucra la responsabilidad del Estado, pues frente a los administrados, el servidor público no actúa por sí mismo sino en base a las competencias que le otorga el ordenamiento jurídico, por ello la responsabilidad del Estado no desaparece cuando el servidor público que dictó un determinado acto deja de ser tal, sino que permanece.⁶⁷

En razón de lo señalado, la Constitución de la República del Ecuador, establece:

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.

La remuneración de las servidoras y servidores públicos será justa y equitativa, con relación a sus funciones, y valorará la profesionalización, capacitación, responsabilidad y experiencia.

⁶⁶ Juan BENALCÁZAR. *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*. Quito: Andrade & Asociados Fondo Editorial, 2007, p. 160.

⁶⁷ Aída GARCÍA. Régimen de los Servidores Públicos y régimen de los trabajadores; derechos constitucionales de estas categorías. *Revista Ius Redigere in Artem. Foro Mundial de Jóvenes Administrativistas. Sección Ecuador No. 1*, (enero-abril de 2007), p. 2.

Por su parte, la Ley Orgánica de Empresas Públicas⁶⁸ señala que son 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. Para el efecto, las modalidades de vinculación de los servidores públicos y obreros de las empresas públicas, son las siguientes:

- *Nombramiento para personal de libre designación y remoción*: quienes no tendrán relación laboral;
- *Nombramiento para servidores públicos*: según lo estipulado en la Ley Orgánica de Empresas Públicas; y,
- *Contrato individual de trabajo*: para los obreros, amparados por el Código de Trabajo y la contratación colectiva.

En torno a este tema, el doctor Iván Nolivos⁶⁹ sostiene que la segmentación entre servidores públicos y obreros es injusta y discriminatoria por cuanto unos están amparados por las normas que regulan la Administración Pública, y otros, por las normas contenidas en el Código del Trabajo, a pesar de que todos ellos tienen una misma característica en común, que es prestar sus servicios personales para el mismo empleador. Sin embargo, el tratamiento que reciben es diferenciado en situaciones jurídicas similares, lo cual, a criterio del mencionado jurista, vulnera el principio constitucional de la igualdad.⁷⁰

Por otro lado, quienes defienden la idea de que los obreros estén sometidos al Código del Trabajo, argumentan que la situación de los obreros del sector público es igual a la de los obreros que prestan sus servicios para el sector privado, ya que en ambos casos, realizan actividades en las que prima una labor manual a la intelectual; por tanto, no puede haber un régimen particular para ellos.⁷¹

⁶⁸ Artículos 18 y 19.

⁶⁹ Iván NOLIVOS. “Ley Orgánica del Servicio Público”. *Revista Novedades Jurídicas*. Número 54. Quito: Ediciones Legales, (2010), p. 6.

⁷⁰ En virtud de que en varias empresas públicas ecuatorianas aún no se ha clasificado como servidores o como obreros, a quienes prestan sus servicios en ellas; algunos tratadistas sostienen que en los casos en los que surjan controversias concernientes a dicha categorización, sería factible aplicar el principio de supremacía de la realidad, que consisten en que cuando hay discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en los hechos.

⁷¹ Respecto de quienes tienen la calidad de obreros, el segundo inciso del artículo 10 del Código del Trabajo dice que el Estado, los consejos provinciales, las municipalidades y demás personas jurídicas de

En lo concerniente a la administración del talento humano de las empresas públicas, la Ley Orgánica de Empresas Públicas establece que dicha función le corresponde al Gerente General o a quien éste delegue expresamente. No obstante, dice también que le corresponderá al Directorio de cada empresa pública, la expedición de normas internas de administración del talento humano, que regularán los mecanismos de ingreso, ascensos, promoción, régimen disciplinario, vacaciones y remuneraciones para el talento humano de las mismas; lo cual concuerda con lo dispuesto en la parte concerniente al ámbito de aplicación de la Ley Orgánica del Servicio Público.

De su parte, los consultores del proyecto denominado “Ley Orgánica de Empresas Públicas” afirman que uno de los objetivos de dicha ley es la creación de un tercer régimen que regule los aspectos laborales de los servidores públicos de las empresas públicas, y que sea distinto de aquel que es aplicable al resto del sector público, debido a que las empresas públicas no deben ser tratadas al igual que las demás instituciones públicas.⁷²

De hecho, uno de los aspectos que evidencia la instauración de un régimen laboral particular para las empresas públicas es que para la Ley Orgánica de Empresas Públicas, uno de los principios que orienta la administración del talento humano, es el sistema de remuneración variable, que consiste en bonificar económicamente el cumplimiento individual, grupal y colectivo de índices de eficiencia y eficacia establecidos a nivel

Derecho Público tienen la calidad de empleadores respecto de los obreros de las obras públicas nacionales o locales. Se entiende por tales obras no sólo las construcciones, sino también el mantenimiento de las mismas y, en general, la realización de todo trabajo material relacionado con la prestación de servicio público, aun cuando a los obreros se les hubiere extendido nombramiento y cualquiera que fuere la forma o período de pago.

⁷² En lo concerniente a la creación de regímenes especiales, Juan Carlos Benalcázar sostiene que la ex Empresa Estatal Petróleos del Ecuador Petroecuador tenía una normativa institucional que rompía injustificadamente el régimen jurídico laboral previsto para dicha entidad, por cuanto la extinta Ley de Especial de Petroecuador y sus Empresas Filiales pretendía crear un sistema propio de gestión de los recursos humanos, sobre la base de criterios, que a guisa de acomodado con la “gestión empresarial petrolera”, no constituían razón suficiente para definir una suerte de isla dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. La capacitación e investigación científica, la búsqueda de eficacia y eficiencia, o la optimización del personal en base a criterios empresariales, son exigibles a cualquier entidad pública, y aún más, son paradigmas que el moderno Derecho Administrativo empieza a resaltar con especial énfasis. Por tanto los criterios señalados en la derogada norma anteriormente citada, eran absolutamente insuficientes para establecer un régimen jurídico especial, y que terminó siendo similar o idéntico al que en su momento establecía la extinguida Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa. Op. cit. p. 161.

reglamentario, que se reconocerán proporcionalmente al cumplimiento de tales índices, y siempre y cuando las empresas generen ingresos propios.

Tal principio está sustentado en que los servidores de las empresas públicas deben constituir un aporte en el manejo y producción de las empresas, con el fin de obtener los mayores beneficios económicos posibles, y al mismo tiempo, obtener mejores condiciones laborales, para evitar la fuga de personal al sector privado.

La corriente sostenida por los consultores del proyecto denominado “Ley Orgánica de Empresas Públicas” ha sido muy criticada, por cuanto el artículo 229 de la Carta Magna es clara al establecer que 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, sin establecer excepción alguna para los servidores públicos que presten sus servicios para las empresas públicas. Por tanto, es bastante cuestionado el hecho que los Directorios de las empresas públicas regulen tales aspectos, por cuanto esa es una labor que le corresponde a la ley,⁷³ conforme lo determina la misma Constitución de la República del Ecuador.

Si bien el título IV de la Ley Orgánica de Empresas Públicas trata lo relativo a la gestión del talento humano de las empresas públicas; allí no se encuentran reguladas todas las situaciones que pueden surgir de las relaciones laborales con quienes prestan sus servicios en las mencionadas instituciones. Al respecto, es importante señalar que la Carta Magna plantea lo siguiente:

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.

⁷³ De acuerdo al artículo 1 del Código Civil, la ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite. Son leyes las normas generalmente obligatorias de interés común.

De la norma transcrita resulta que los aspectos que no han sido considerados dentro del referido título IV de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, deben ser regulados por las leyes que se ocupan de la administración pública; es decir, en lo concerniente a aspectos laborales, aplicaría la Ley Orgánica del Servicio Público, por ser la norma que trata lo relativo al servicio público y a la carrera administrativa; mas no el Código de Trabajo, por cuanto dicho cuerpo legal no contempla la categoría de servidores públicos, en su contenido.

Por otra parte, y en lo que respecta al reparto de utilidades y excedentes que resulten de la gestión empresarial, la Ley Orgánica de Empresas Públicas dispone que ninguna utilidad, ni ningún excedente será objeto de reparto entre el talento humano que labore en las empresas públicas o mixtas; lo cual guarda concordancia con el artículo 328 de la Carta Magna que dice que en las empresas en las cuales el Estado tenga participación mayoritaria, no habrá pago de utilidades.

4.3. Solución de controversias de índole laboral

Otro aspecto que no es claro en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, es lo concerniente a la solución de controversias de índole laboral de los servidores que prestan sus servicios en las empresas públicas. Al respecto, el artículo 32 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, dice lo siguiente:

Art. 32.- Solución de controversias.- Las controversias que se originaren de las relaciones laborales entre las empresas públicas y sus servidores de carrera u obreros, serán resueltas por la autoridad del trabajo o los jueces de trabajo competentes, quienes para el efecto observarán las disposiciones especiales previstas en este Título.

Si bien el artículo 19 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas indica que los obreros que prestan sus servicios para las empresas públicas están sometidos a las disposiciones del Código del Trabajo, el artículo 32 del mismo cuerpo legal no es preciso al establecer cuál es la “autoridad del trabajo” competente para resolver las controversias resultantes de las relaciones laborales de los servidores públicos, ya que aparentemente parecería ser que

quienes deben conocer tales litigios son los jueces de trabajo, aunque dichos funcionarios no estén amparados por el Código del Trabajo.⁷⁴

Sobre este tema es necesario señalar que el Código del Trabajo es un cuerpo normativo que contiene disposiciones adjetivas y sustantivas que guardan armonía entre sí. Por tanto, aplicar únicamente la parte procesal de tal Código para resolver las controversias de índole laboral de los servidores públicos, no es una alternativa del todo viable ya que existen derechos y obligaciones que reciben tratamiento distinto en ambos regímenes.

Además, el hecho de que los jueces del trabajo conozcan controversias en las cuales se discute lo concerniente a actos administrativos emitidos por las instituciones del Estado respecto de las relaciones laborales con sus servidores, equivale a que tales jueces tramiten litigios en los cuales están de por medio aspectos de naturaleza administrativa.

La problemática señalada en el párrafo anterior también tiene lugar en las filiales, subsidiarias o unidades de negocio de las empresas públicas, por cuanto la Ley Orgánica del Servicio Público dispone que en ellas se aplique el título IV de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, relativo a la gestión del talento humano de las empresas públicas; lo cual quiere decir que la Ley Orgánica del Servicio Público, que tiene igual jerarquía que la Ley Orgánica de Empresas Públicas, intentó suplir los vacíos encontrados en el texto de ésta última.

⁷⁴ La Corte Constitucional, en la sentencia No. 007-11-SCN-CC publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 482 de 1 de julio de 2011, declaró la constitucionalidad de los artículos 29 (competencia y procedimiento en las relaciones contractuales generadas entre las empresas públicas y servidores de carrera y obreros) y 31 (prohibiciones para servidores de carrera y obreros de las empresas públicas) de la Ley Orgánica de Empresas Públicas ante la consulta planteada por el Juez Encargado Segundo de Garantías Penales de Esmeraldas, por la aparente contradicción con el artículo 229 de la Constitución de la República. Con relación al artículo 29 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, la Corte Constitucional señaló que el referido artículo 229 de la Constitución vigente le concede al legislador potestad normativa para configurar y legislar en materia de recursos humanos, y en ejercicio de esta atribución constitucional ha establecido la normativa aplicable para regular a los servidores públicos pertenecientes a la Administración Pública en general en la Ley Orgánica de Servicio Público, así como la normativa aplicable al personal de las empresas públicas en la Ley Orgánica de Empresas Públicas. Por lo que el artículo 29 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas ha establecido un régimen propio y especial para el personal de empresas públicas, razón por la cual no cabe distinguir una jurisdicción para los servidores y otra para los obreros, cabiendo una sola jurisdicción, la de los jueces laborales, en virtud del artículo 568 del Código del Trabajo.

4.4. Control y auditoría en las empresas públicas

Miguel Galindo⁷⁵ afirma que el control es uno de los principios básicos de la administración, ya que es considerado como la técnica que consiste en poner en marcha planes, proyectos y órdenes, así como registrar todos los procesos, con el fin de determinar si lo proyectado o presupuesto concuerda con los resultados reales obtenidos, y si éstos se han logrado de acuerdo con los objetivos planeados.

Por su parte, el doctor Hernán Jaramillo⁷⁶ manifiesta que si bien todo órgano de administración ejerce poderes y competencias de revisión de sus propios actos, existen organismos de control de mayor jerarquía que revisan los actos administrativos a los órganos de menor jerarquía.

El control por parte de los organismos jerárquicos del Estado está dirigido principalmente a garantizar el obrar público de acuerdo con los mandatos constitucionales y legales, a impedir el cometimiento de actos dolosos por parte de los servidores públicos en la administración de los recursos financieros, lo cual implica la verificación del grado de responsabilidad y probidad de los servidores públicos, así como la orientación del trabajo hacia el cumplimiento y fines de la organización.

De la mano de la noción de control, va la auditoría, que es una recopilación y evaluación de datos sobre información cuantificable de una entidad, con el objeto de determinar e informar sobre el grado de correspondencia entre la información y los criterios establecidos.⁷⁷

De acuerdo a lo que dispone la Constitución de la República del Ecuador, la Contraloría General del Estado es un organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, y de la consecución de los objetivos de las

⁷⁵ Miguel GALINDO. *Teoría de la Administración Pública*. Segunda Edición. México D.F.: Editorial Porrúa, 2003, p. 134.

⁷⁶ Hernán JARAMILLO. *Manual de Derecho Administrativo*. Cuarta Edición. Loja: Editorial de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Loja, 1999, p. 315.

⁷⁷ Alvin ARENS Y James LOEBBECKE. *Auditoría un enfoque integral*. Sexta Edición. México D.F.: Prentice Hall Hispanoamericana S.A, 1996, p. 1.

instituciones del Estado y de las personas jurídicas de Derecho Privado que dispongan de recursos públicos. Por ende, el referido organismo, de conformidad con las disposiciones del ordenamiento jurídico, realiza el control mediante las técnicas y las modalidades de la auditoría, con el fin de examinar, verificar y evaluar las gestiones administrativa, financiera, operativa y, cuando corresponda, la gestión medio ambiental de las instituciones y organismos sujetos a su control, comparando el referente jurídico o técnico, establecido en las normas jurídicas, los conocimientos científicos y las normas técnicas pertinentes, con la realidad o hecho originado en la acción de las personas, con el objeto de presentar comentarios, conclusiones y recomendaciones sobre la legalidad, efectividad, economía y eficiencia de las operaciones y programas evaluados.⁷⁸

Asimismo están también sometidas al control de la Contraloría General del Estado, las personas jurídicas y entidades de Derecho Privado, exclusivamente sobre los bienes, rentas u otras subvenciones de carácter público de que dispongan, cualesquiera sea su monto. En las referidas entidades, se evalúan las gestiones administrativas, financieras, operativas, y cuando corresponda, la gestión medio ambiental, y la actuación de los servidores de las mismas.

En relación a lo expuesto, la Ley Orgánica de Empresas Públicas ha implementado un sistema de control de recursos públicos un tanto distinto al tradicional y propio para las empresas públicas, tal como lo indica la siguiente disposición:

Art. 47.- Control y auditoría.- Las empresas públicas estarán sujetas a los siguientes controles:

1. A la Contraloría General del Estado de conformidad con el artículo 211 de la Constitución, y esta Ley;
2. A la Unidad de Auditoría Interna de la empresa pública, que ejecutará auditorías y exámenes especiales, de conformidad con lo establecido en esta Ley; y,
3. Al Consejo de Participación Ciudadana, en los términos en que su Ley Orgánica lo señale.

La Contraloría General del Estado dirigirá el sistema de Control Administrativo en las empresas públicas, que se compone de los Sistemas de Control Externo e Interno establecidos en esta Ley.

⁷⁸ Artículo 1 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, publicado en el Registro Oficial No. 119, de 7 de julio de 2003.

La Contraloría General realizará el Control Externo mediante auditoría financiera a través de empresas especializadas en cada industria o sector, calificadas para el efecto. La Contraloría determinará el proceso de selección de las firmas especializadas.

La Auditoría Financiera informará respecto a un periodo determinado, sobre la razonabilidad de las cifras presentadas en los estados financieros de una empresa pública y el cumplimiento de las normas legales y reglamentarias aplicables; concluirá con la elaboración de un informe profesional de auditoría, en el que se incluirán las opiniones correspondientes.

La empresa pública contará con una unidad de Auditoría interna de conformidad con la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, encargada de realizar el control previo y concurrente (...).

De su parte, la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado dispone que las instituciones del Estado, contarán con una Unidad de Auditoría Interna,⁷⁹ cuando ésta se justifique, que dependerá técnica y administrativamente de la Contraloría General del Estado. Sin embargo, la Ley Orgánica de Empresas Públicas, a través de la norma aquí descrita, deja en claro que cada empresa pública obligatoriamente deberá contar con una Unidad de Auditoría Interna, a fin de que ésta realice el control correspondiente; por tanto, la creación de dicha Unidad ya no es opcional.

De igual manera, la referida Ley Orgánica de Empresas Públicas ha sido específica al establecer que en las empresas públicas, la Contraloría General del Estado deberá realizar el control externo por medio de empresas especializadas; lo cual, hasta antes de la expedición de dicha norma, quedaba a criterio del organismo de control, en los casos en los que la materia a auditarse exigía personal especializado del que éste no disponía.

En consideración a que la Contraloría General del Estado ejerce control también en las personas jurídicas y entidades de Derecho Privado que cuenten con recursos públicos, por cuanto éstos no pierden su calidad de “públicos”; las empresas filiales, subsidiarias y agencias de negocios también están sujetas a dicho control. Por tanto, de acuerdo a lo que

⁷⁹ De acuerdo a lo que establecen las Normas de control interno para las entidades, organismos del sector público y personas jurídicas de Derecho Privado que dispongan de recursos públicos, las Unidades de Auditoría Interna estarán integradas por personal multidisciplinario que mediante técnicas y procedimientos de auditoría, evaluarán la eficiencia del sistema de control interno, la administración de riesgos institucionales, la efectividad de las operaciones y el cumplimiento de leyes y regulaciones aplicables que permitan el logro de los objetivos institucionales. Además, proporcionarán asesoría en materia de control a las autoridades, niveles directivos, y servidores de la entidad, para fomentar la mejora de procesos y operaciones.

indica el Reglamento General de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, en dichas entidades también se podrá establecer unidades de auditoría interna.

Conforme se ha indicado, el antes mencionado artículo 47 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, ha implementado un sistema de control específico para las empresas públicas, por una parte la Contraloría General del Estado es la entidad encargada de realizar el control externo e interno, y por otra, la Unidad de Auditoría Interna de cada empresa pública será la que ejecute las auditorías y exámenes especiales.

De la misma manera, el referido artículo 47 señala que las empresas públicas estarán sujetas también al control del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social,⁸⁰ que es la entidad encargada de impulsar y establecer mecanismos de control social en los asuntos de interés público. De hecho, una de sus atribuciones es la emisión de informes que determinen la existencia de indicios de responsabilidad, así como la formulación de recomendaciones, y el impulso de las acciones legales que en virtud de ello correspondan.⁸¹

A criterio de la autora del presente trabajo investigativo, el hecho de que el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social intervenga en el control de las empresas públicas, implica que se le otorgue la misma categoría y funciones similares a aquellas que realiza la Contraloría General del Estado, a pesar de que el mencionado Consejo no cuenta con grupos de profesionales multidisciplinarios y especializados en la realización de funciones de control, a diferencia de lo que sí se da en la Contraloría General del Estado, que es un organismo que cuenta con varios años de trayectoria.⁸²

⁸⁰ El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social forma parte de la Función de Transparencia y Control Social, en tal virtud, asumió las principales funciones que antes se le asignaban a la Comisión de Control Cívico de la Corrupción, tiene a su cargo el impulso y establecimiento de mecanismos de control social en asuntos de interés público, y además se ha convertido en la entidad que designa a la primera autoridad de la Procuraduría General del Estado, la Defensoría del Pueblo, la Defensoría Pública, la Fiscalía General del Estado, la Contraloría General del Estado, y las superintendencias.

⁸¹ Inclusive el numeral 6 del artículo 208 de la Constitución de la República del Ecuador, faculta al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social a actuar como parte procesal en las causas que se instauren como consecuencia de sus investigaciones.

⁸² La actual Contraloría General del Estado, nació a la vida jurídica el 2 de diciembre de 1927, bajo la denominación de Contraloría General de la Nación, como consecuencia del asesoramiento prestado al país, por la Misión Kemmerer, a partir de la vigencia la Ley Orgánica de Hacienda, publicada en el Registro Oficial No. 448, de 16 de noviembre de 1927. Dicho organismo se originó como un departamento independiente del Gobierno, con el objeto de realizar el control fiscal, compilar cuentas y constituir la oficina

Además, hay que considerar que la Función de Transparencia y Control Social, de la cual forma parte el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, fue creada como un espacio de participación social que no debería ser una función del Estado, sino el resultado de la actuación permanente de la sociedad civil organizada, a fin de evitar la formación de instituciones de control burocráticas y lentas. Es por ello que si el control social se constituye en una función más del Estado, ésta sigue en manos de los representantes que han sido elegidos para dirigir las entidades que forman parte de la cuarta función, mas no a cargo de la sociedad propiamente dicha, convirtiéndose así en un elemento justificador de dichas autoridades.

Por otra parte, la Función Ejecutiva también efectúa actividades de control administrativo sobre las empresas públicas, por cuanto en el caso de aquellas que son creadas por la Función Ejecutiva, el Directorio de éstas está integrado por el Ministro del ramo correspondiente, o por su delegado, quien tendrá a su cargo la Presidencia del Directorio; lo cual implica el ejercicio de control sobre dicho órgano, por cuanto éste tiene facultades para el establecimiento de políticas y metas, así como para la aprobación de programas y planes de trascendencia en las actividades que desempeñan las empresas públicas.

En lo concerniente al control de la administración del recurso humano y remuneraciones, la propia Ley Orgánica de Empresas Públicas, señala que el Ministerio de Relaciones Laborales será el encargado de efectuar el control posterior en este ámbito, a través de firmas externas especializadas; lo cual es adecuado a fin de precautelar los derechos de quienes prestan sus servicios para el Estado, y para vigilar el cumplimiento de las normas expedidas en materia laboral.

Respecto de las actividades que realizan las empresas públicas, es necesario mencionar que en determinados casos estarían sometidas al control que llevan a cabo las Superintendencias, debido a que son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas y sociales, y de los servicios que

central de la Contabilidad del Estado. En la Constitución de 1967 se le asignaron, además, funciones de fiscalización, y a partir de 1977, se el encargó el sistema de control gubernamental moderno de los recursos públicos.

prestan las entidades públicas y privadas. Un ejemplo del mencionado control se encuentra en el campo de las telecomunicaciones, por cuanto se trata de un sector estratégico cuya gestión está a cargo de empresas públicas, y en el que la Superintendencia de Telecomunicaciones tiene atribuciones otorgadas por la ley,⁸³ para controlar a los operadores que explotan servicios de telecomunicaciones.

4.5. Los roles de las empresas públicas

4.5.1. Actuación de las empresas públicas a través del Derecho Administrativo

La Administración Pública en su concepción dinámica, implica el ejercicio de las funciones que, en general le asigna el ordenamiento jurídico, en especial la norma jurídica, para la realización de los fines que se propone el Estado. Los actos administrativos, como declaración unilateral del órgano, son los actos típicos del Derecho Administrativo, puesto que son el conducto por el cual se manifiesta la Administración hacia los particulares; es decir, en el Derecho Público se impone principalmente la voluntad de la Administración, declarada en forma unilateral.⁸⁴

El autor Ramiro Borja y Borja⁸⁵ cita a Sabino Álvarez – Gendín, quien señala que la función administrativa se pone en evidencia a través de actos y hechos administrativos; los hechos son preparatorios o consiguientes del acto administrativo, el cual produce efectos jurídicos, a diferencia de aquéllos. Mientras que el acto administrativo es la declaración de voluntad de un órgano administrativo en materia administrativa, productora de efectos jurídicos.

En la legislación ecuatoriana, respecto del acto administrativo, el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva,⁸⁶ establece que: “Art. 65.- Acto administrativo.- Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa.”

⁸³ Letra c) del artículo 35 de la Ley Especial de Telecomunicaciones

⁸⁴ Hugo CALDERÓN. *Derecho Administrativo*. Primera Edición. Guatemala: Editorial Orion, 2006, pp. 255-256.

⁸⁵ Ramiro BORJA Y BORJA. *Síntesis del pensamiento humano en torno a lo jurídico*. Tomo VIII. Quito: Editorial Pedro Jorge Vera. 2005. p. 3472.

⁸⁶ Publicado en el Registro Oficial No. 536, de 18 de marzo de 2002.

Por su parte, el número 8 del artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece que están sujetas a ese cuerpo legal, las compañías mercantiles cualquiera hubiere sido o fuere su origen, creación o constitución que posean o administren bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título se realicen a favor del Estado o de sus instituciones; siempre que su capital, patrimonio o los recursos que se le asignen, esté integrado en el cincuenta por ciento o más con participación estatal; y en general toda contratación en que se utilice, en cada caso, recursos públicos en más del cincuenta por ciento del costo del respectivo contrato.

De su parte, la disposición general primera de la Ley Orgánica de Empresas Públicas dice: “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.”.

Al respecto, los profesionales que formaron parte del proyecto “Ley Orgánica de Empresas Públicas” sostienen que únicamente los actos, hechos y contratos llevados a cabo por las empresas públicas para la construcción de obra pública e infraestructura, son de naturaleza administrativa; por tanto, los actos, hechos y contratos que realicen con fines distintos, no tendrían esta calidad.

Este criterio dista mucho de las teorías que tradicionalmente han regido el Derecho Administrativo, debido a que en las instituciones de Derecho Público siempre han aplicado las reglas correspondientes a la Administración Pública en general, sin que ello implique realizar exclusiones en función de la naturaleza de cada acto, hecho o contrato; más aún cuando el mismo artículo 315 de la Carta Magna señala que las empresas públicas funcionarán como sociedades de Derecho Público.

Sobre este tema, y ya en el ámbito de la doctrina, Gastón Jéze⁸⁷ considera que la naturaleza de los actos no es modificada por la calidad de su autor; por tanto, para determinar la mencionada naturaleza jurídica de un acto, es preciso averiguar su contenido, y el efecto jurídico querido.

4.5.2. Actuación de las empresas públicas en el ámbito comercial

Las empresas públicas al realizar las actividades propias del giro de su negocio, esto es, la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos a la colectividad, o el desarrollo de actividades económicas, actúan en el ámbito comercial a través de la aplicación de normas propias de cada materia. Así, el artículo 104 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece que este tipo de contrataciones cuando estén reguladas por leyes específicas que rigen sus actividades o por prácticas comerciales o modelos de negocio de aplicación internacional, y los contratos de orden societario, no se sujetan a la normas de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, ni de su Reglamento. Lo mencionado está en concordancia con la disposición general quinta del Reglamento General referido, que dice:

Quinta.- Los contratos que se rijan por leyes especiales o que respondan a formatos regulados, tales como pólizas de seguros, servicios básicos, servicios de telecomunicaciones y otros, no observarán los formatos de los modelos de pliegos obligatorios, ni cumplirán con las cláusulas obligatorias del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Lo mencionado encuentra sustento en que en los actos de creación de las empresas públicas se ha establecido que para el cumplimiento de su objeto, éstas podrán realizar toda clase de actos o contratos civiles, mercantiles y comerciales, observando para el efecto, la normativa aplicable a cada caso. No obstante, para la autora de este trabajo, el hecho de que el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública contemple las disposiciones antes señaladas implica entre otros aspectos que en las empresas públicas se aplique prácticas comerciales reguladas inclusive por normas de Derecho Privado, lo cual le vuelve confuso al accionar de este tipo de

⁸⁷ Gastón JÉZE. *Técnica jurídica, servicio, función pública y sus servidores*. Volumen 2. Primera Edición. México D.F.: Editorial Jurídica Universitaria S.A., 2007, p. 18.

empresas, puesto que para unos temas aplica figuras de Derecho Público, y para otros, figuras de Derecho Privado, a pesar de que su finalidad es el cumplimiento de su cometido netamente público cuyo límite estaría entonces determinado en el objeto para el que fue creada o en el mismo giro específico del negocio.

Además de lo ya manifestado es pertinente indicar que si bien la Ley Orgánica de Empresas Públicas en varias de sus disposiciones se refiere a la actividad comercial que llevan a cabo las empresas públicas, no existe un título específico destinado a este aspecto, sino que lo hace de manera dispersa en todo el contenido del texto legal. No obstante, dicho cuerpo legal señala que es atribución de los Gerentes Generales de las empresas públicas, la implementación de decisiones comerciales que permitan la venta de productos o servicios, a fin de atender las necesidades del mercado, tendiendo a que a través de las actividades económicas que realicen, se generen excedentes o superávit, que servirán para el cumplimiento de los fines y objetivos de cada empresa. Esta atribución evidentemente deja a criterio de las máximas autoridades el optar por una u otra decisión comercial, otorgándole una gran medida de subjetividad a esta facultad en la que se encuentra inmersa la gestión de importantes campos de la economía nacional.

En lo relacionado con la actividad comercial de las empresas subsidiarias, y en consideración a que éstas se asemejan más a las personas jurídicas privadas, se aplica el Derecho Privado en las acciones de dichas sociedades, de acuerdo a las disposiciones que para el efecto establece el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

4.5.3. Manejo y administración del patrimonio de las empresas públicas

La Administración Pública, para el desempeño de las tareas que le corresponde, cuenta con un conjunto de medios entre los cuales se encuentran los bienes. Se trata de bienes materiales o incorporales, muebles o inmuebles, o inclusive derechos que se someten a un régimen jurídico especial. Al ser la Administración una organización destinada por esencia al servicio de los intereses generales, está claro que no puede usar y disponer de los bienes

que le pertenecen como un propietario particular, sino que están destinados al cumplimiento de los fines de interés público.⁸⁸

Tradicionalmente, los bienes han sido considerados como todas aquellas cosas susceptibles de satisfacer necesidades humanas, de las cuales se generan derechos que forman parte de un patrimonio. Al respecto, el artículo 583 del Código Civil dice lo siguiente: “Art. 583.- Los bienes consisten en cosas corporales o incorporales. Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro. Incorporales las que consisten en meros derechos, como los créditos, y las servidumbres activas.”.

De su parte, el artículo 38 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas señala: "ARTÍCULO 38.- PATRIMONIO.- Constituye patrimonio de las empresas públicas todas las acciones, participaciones, títulos habilitantes, bienes tangibles e intangibles y demás activos y pasivos que posean tanto al momento de su creación como en el futuro (...)".

El análisis del patrimonio es un tema que le corresponde al Derecho Civil, no obstante, cuando las empresas públicas o el mismo Estado intervienen como propietarios de bienes, es necesario enfocar al patrimonio desde el punto de vista del Derecho Administrativo. En tal virtud, y conforme lo dispone el mencionado artículo 38 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, a cada empresa pública le pertenecen los bienes que durante su existencia jurídica le han sido asignados; de hecho, a las empresas subsidiarias, por ser sociedades mercantiles de economía mixta, y por tanto personas jurídicas capaces de contraer derechos y obligaciones, y al ser distintas de los socios individualmente considerados, les pertenecen los bienes que bajo cualquier modo lícito hubieran adquirido.

Sin embargo, es importante tener en cuenta que si bien los bienes pertenecen a cada empresa pública, éstos están sujetos al sistema de control de la administración de bienes del sector público, debido a que, según lo que determina la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, se entienden por recursos públicos, todos los bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los

⁸⁸ Miguel SÁNCHEZ, Rafael BARRANCO, Federico CASTILLO Y Francisco DELGADO. *Los Bienes Públicos (Régimen Jurídico)*. Primera Edición. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1997, pp. 19-20.

derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título, realicen a favor del Estado o de sus instituciones, personas naturales o jurídicas u organismos nacionales o internacionales.

De hecho, según indica la mencionada ley orgánica, los recursos públicos no pierden su calidad de tales al ser administrados por corporaciones, fundaciones, sociedades civiles, compañías mercantiles y otras entidades de Derecho Privado, cualquiera hubiere sido o fuere su origen, creación o constitución, hasta tanto los títulos, acciones, participaciones o derechos que representen ese patrimonio, sean transferidos a personas naturales o personas jurídicas de Derecho Privado, de conformidad con la ley.⁸⁹

Por tanto, se expidió el Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de bienes del Sector Público⁹⁰, que se aplica para la gestión de los bienes de propiedad de los organismos y entidades del sector público comprendidos en el artículo 225⁹¹ de la Constitución de la República del Ecuador, de las entidades de Derecho Privado que disponen de recursos públicos, y para los bienes de terceros que por cualquier causa estén en el sector público bajo custodia o manejo. Dicho reglamento tiene por finalidad normar la adquisición, manejo, utilización, egreso, traspaso, préstamo, enajenación y baja de los diferentes bienes, muebles e inmuebles, que constituyen el patrimonio de las entidades y organismos del sector público, que exclusivamente se emplearán para los fines propios del servicio público.

⁸⁹ Artículo 3.

⁹⁰ Publicado en el Registro Oficial No. 378 de 17 de octubre de 2006.

⁹¹ Establece que 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.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusiones

- De acuerdo a lo que establece la Constitución de la República del Ecuador, la seguridad jurídica es un derecho que se fundamenta en el respeto a la Constitución, y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.
- Doctrinariamente, la seguridad jurídica es concebida como una cualidad del ordenamiento jurídico que implica la certeza de sus normas y la consiguiente previsibilidad de su aplicación, a partir de una adecuada formulación de las normas y del cumplimiento de los destinatarios de éstas.
- Si bien la certeza se fundamenta en la continuidad y estabilidad de las normas, esto no implica que debe haber un ordenamiento jurídico estático, sino que éste debe responder a la realidad social de cada momento.
- El Estado se ha visto inmiscuido en la economía de las distintas naciones a lo largo de la historia, a fin de satisfacer las necesidades sociales. Sin embargo, a partir del siglo XX, se generó un protagonismo creciente del Estado en las actividades industriales de los principales países europeos debido a que se generalizó la idea de que el Estado debía ser el sujeto que debía impulsar el crecimiento económico.
- Debido a la necesidad de producir bienes y servicios de gran trascendencia en la economía nacional, y ante la inexistencia de una normativa específica aplicable a dichas actividades, en el Ecuador se había adoptado diversas figuras de Derecho Público y Privado para crear empresas estatales o compañías que contaban con recursos públicos, y que estaban destinadas a participar en distintos campos a fin de satisfacer los requerimientos de la sociedad.
- El hecho de que los sectores estratégicos no estén definidos específicamente en las normas origina una excesiva intervención del Estado en la economía nacional,

puesto que se deja establecida la posibilidad de que el Estado participe en las actividades que a su criterio sean sectores estratégicos. Sin embargo, no es viable que el Estado intervenga en el mercado indefinidamente y sin limitación alguna, ni aún a pretexto de salvaguardar la economía.

- Los postulados normativos establecidos en la Constitución expedida en el año 2008 se caracterizan por la centralización de las tareas relativas a la gestión de los sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos y el aprovechamiento sustentable de recursos naturales, así como el desarrollo de otras actividades económicas, en las empresas públicas. En esta línea, la Ley Orgánica de Empresas Públicas surgió debido a la necesidad de la promulgación de una norma jurídica de carácter general que regule la actividad de las empresas públicas en el país, formándolas como empresas competitivas, eficientes y modernas, que cumplan los objetivos para los cuales se las crea, con la finalidad de que evolucionen los sectores estratégicos del país.

No obstante, el texto de la referida Ley contiene disposiciones ambiguas y poco claras que quebrantan la seguridad jurídica puesto que las empresas públicas han adoptado un régimen jurídico muy particular que ha generado que éstas se constituyan en un híbrido jurídico al ser personas jurídicas de Derecho Público con personalidad jurídica y autonomía, que utilizan indistintamente instrumentos característicos del Derecho Privado y del Derecho Público; sin embargo, están sometidas a normas de Derecho Público en lo que respecta a temas de control.

- A pesar de que la Constitución de la República del Ecuador establece que los organismos y entidades para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado, deben ser creados por la Constitución o por la ley; la Ley Orgánica de Empresas Públicas señala un procedimiento de constitución de empresas públicas distinto al que menciona la Constitución vigente, sin considerar que la gestión que llevan a cabo dichas empresas es la misma que indica esta última. Esta problemática evidentemente transgrede la seguridad jurídica al no existir armonía en los textos que regulan los procedimientos referidos.

- Si bien la Ley Orgánica de Empresas Públicas regula la constitución y funcionamiento de las empresas públicas; de igual manera, fomenta el crecimiento desproporcionado del Estado, así como el incremento de la concentración de poder del mismo.
- La clasificación de las empresas públicas planteada por el artículo 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, no es clara al establecer las definiciones de las empresas públicas; por ende, tampoco son inteligibles las diferencias entre empresas filiales, y agencias y unidades de negocio.
- A pesar de que la Ley Orgánica de Empresas Públicas define y pretende diferenciar a las clases de empresas públicas existentes; a lo largo del texto de dicha ley se utiliza de manera indistinta los términos “empresas subsidiarias”, “empresas filiales” y “agencias y unidades de negocio”, aunque los alcances de dichos términos son distintos. Por tanto, se evidencia la inexistencia de una legislación uniforme en el tratamiento de la clasificación de las empresas públicas, violando de esta manera al derecho a la seguridad jurídica.
- El modelo de desarrollo fundamentado en la libre iniciativa para crear sociedades productoras de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la sociedad, se ve amenazado si no se reduce el rol empresario del Estado. Sin embargo, si el Estado decide continuar desempeñando el rol indicado, se deberá expedir regulaciones que impidan la utilización política y abusiva de sus instituciones, a fin de que haya igualdad de oportunidades entre la empresa pública y la privada.
- La Ley Orgánica de Empresas Públicas señala que los Directorios de las empresas públicas expedirán normas internas de administración del talento humano en los que se regulen los mecanismos de ingreso, ascenso, promoción, régimen disciplinario, vacaciones y remuneraciones. No obstante, a criterio de la autora de este trabajo dicha disposición no está en concordancia con el artículo 229 de la Constitución de la República que indica que la ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público, sin excepción alguna.

- En la Ley Orgánica de Empresas Públicas no se establece cual es la normativa aplicable para los aspectos relacionados con el talento humano de las empresas públicas, que no estén regulados por las disposiciones que emitan los respectivos Directorios de éstas, lo cual demuestra la existencia de vacíos legales en dicha normativa.
- En la Ley Orgánica de Empresas Públicas no es clara la naturaleza que tiene los actos, hechos y contratos de las empresas públicas que no hayan sido celebrados para la construcción de obra pública e infraestructura, lo que da lugar a que no haya certeza respecto de las disposiciones que regulan este tema.
- A lo largo del análisis realizado en este trabajo sobre los distintos aspectos que regula la Ley Orgánica de Empresas Públicas relativos a la constitución, organización y funcionamiento de las empresas públicas, así como de las empresas subsidiarias, filiales, y agencias y unidades de negocio, se ha demostrado que existe una serie de disposiciones legales cuyo contenido es poco inteligible, y que inclusive varias de ellas no están en armonía con otras normas previstas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Esta problemática genera incertidumbre y confusión, y vulnera el derecho a la seguridad jurídica consagrado en el artículo 82 de la Constitución de la República.
- Es indispensable tener en cuenta que el fracaso de las empresas públicas implicaría la caída del bienestar general de la sociedad, ya que destruiría los pilares de la economía nacional, por cuanto éstas intervienen en los sectores estratégicos que son los que aseguran el crecimiento económico. En tal virtud, si este tipo de empresas cuenta con un régimen jurídico bien estructurado, claro y sin contradicciones, éstas pueden contribuir significativamente al desarrollo del país.

Recomendaciones

- Se recomienda que se reforme la legislación ecuatoriana a fin de que las empresas públicas estén regidas únicamente por disposiciones de Derecho Público, para evitar la existencia de un régimen jurídico particular y ambiguo que regule a este tipo de instituciones y que genere su huida al Derecho Privado.
- Se sugiere que el Ejecutivo expida el Reglamento a la Ley Orgánica de Empresas Públicas, para que dicho instrumento clarifique aspectos de orden jurídico que dificultan la aplicación y cumplimiento de la referida ley.
- Se propone que se reforme el artículo 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, con el objetivo de que se identifique las diferencias entre empresas filiales, y, agencias y unidades de negocio.

Para el efecto, se sugiere que la definición de agencias y unidades se mantenga con el texto que actualmente consta el cuarto inciso del artículo 4 de la referida Ley Orgánica, y que se modifique la definición de empresa filial, de conformidad con el siguiente texto:

“Las empresas filiales son entes jurídicos-económicos de la empresa pública, que tienen personalidad jurídica propia, pero que dependen y están bajo el control de la matriz, con el propósito de desarrollar las mismas actividades económicas o prestar los mismos servicios que ésta, exclusivamente en territorio extranjero, de manera descentralizada y desconcentrada. Para el efecto, estarán dirigidas por un administrador que cuente con un poder suficiente para representar legal, judicial y extrajudicialmente, a la entidad en la jurisdicción del país extranjero en donde se halle incorporada.”.

A través del texto propuesto se clarifica la distinción entre lo que son las empresas filiales, y la definición que la Ley otorga a las agencias y unidades de negocio; evidenciándose que las empresas filiales ejercen las mismas actividades que la empresa pública matriz, solo en el extranjero, mientras que las agencias y unidades

de negocio se desenvuelven dentro del Ecuador. En concordancia con lo sugerido, será necesario también reformar el penúltimo inciso del artículo 5 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, a fin de que allí se elimine la frase “y podrá establecerse agencias o unidades de negocio, dentro o fuera del país.”.

- Es necesario reformar el artículo 5 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas por cuanto el procedimiento de constitución de las empresas públicas que allí se establece, está en contradicción con lo que indica el artículo 225 de la Constitución de la República del Ecuador, que dispone que los organismos y entidades para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado, deben ser creados por la Constitución o por la ley.
- Es indispensable que en la legislación ecuatoriana se clarifique el tratamiento jurídico que deben recibir los servidores de las empresas públicas, en lo concerniente a las relaciones laborales que mantienen con sus empleadores, debido a que actualmente no hay certeza respecto a cual es la normativa aplicable a ellos.
- Se recomienda reformar el artículo 32 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que trata lo concerniente a la solución de controversias que se originen de las relaciones laborales entre las empresas públicas y sus servidores, por cuanto la mencionada disposición no establece específicamente cuál es la autoridad del trabajo competente para conocer tales litigios.
- Se sugiere que se modifique la disposición general primera de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, con el objeto de que se precise cual es la naturaleza de los actos, hechos y contratos que celebren las empresas públicas, que no están destinados a la construcción de obra pública e infraestructura.

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA, Miguel. *Compendio de Derecho Administrativo*. Segunda Edición Actualizada, México D.F.: Editorial Porrúa, 1998.
- ARENS, Alvin. LOEBBECKE James. *Auditoría un enfoque integral*. Sexta Edición. México D.F.: Prentice Hall Hispanoamericana S.A., 1996.
- BALDEÓN, Inés. “Ley Orgánica de Empresas Públicas”. *Revista Novedades Jurídicas*, año VII, No. 48, (2010).
- BALDEÓN, Inés. CEVALLOS, Oswaldo. SALGADO, Roberto. *Las empresas mercantiles privadas con capital público*. Quito, 2006.
- BENALCÁZAR, Juan. *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*. Quito: Andrade & Asociados Fondo Editorial, 2007.
- BORJA, Rodrigo. *Enciclopedia de la Política*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1997.
- BORJA Y BORJA, Ramiro. *Síntesis del pensamiento humano en torno a lo jurídico*. Tomo VIII. Quito: Editorial Pedro Jorge Vera, 2005.
- CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual*. Tomo I., veintiseisava edición, Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1998.
- CALDERÓN, Hugo. *Derecho Administrativo*. Guatemala: Editorial Orion, 2006.
- CAJARVILLE, Juan Pablo. *Sobre Derecho Administrativo*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008.
- CASSAGNE, Juan. *Derecho Administrativo*. Sexta Edición Actualizada, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998.
- CHUAYFFET, Emilio. *Derecho Administrativo*. México D.F.: Universidad Autónoma de México. 1983.
- Diccionario Hispanoamericano de Derecho. Tomo I., Bogotá: Grupo Latino Editores, 2008.
- DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. Novena edición actualizada, Buenos Aires: Ciudad Argentina Editorial de Ciencia y Cultura, 2001.
- DROMI, Roberto. *Telecomunicaciones Interconexión y Convergencia Tecnológica*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2008.

- DROMI, Roberto. *Empresas Públicas de Estatales a Privadas*. Madrid: Ediciones Tres Américas, 1997.
- EGUIGUREN, Genaro. *Visión de la Administración Pública en la Nueva Constitución. La Nueva Constitución del Ecuador*. Primera Edición, Quito, Editorial Ecuador, 2009.
- Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo X. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L., 1959.
- ESPASA CALPE S.A. *Diccionario Jurídico Espasa*. Primera Edición. Madrid: Editorial Espasa Calpe S.A., 2001.
- ETCHEVERRY, Raúl. *Derecho Comercial y Económico. Parte general*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1998.
- GALINDO, Miguel. *Teoría de la Administración Pública*. Segunda Edición. México D.F.: Editorial Porrúa, 2003.
- GARCÍA, Aída. Régimen de los Servidores Públicos y régimen de los trabajadores; derechos constitucionales de estas categorías. *Revista Ius Redigere in Artem. Foro Mundial de Jóvenes Administrativistas. Sección Ecuador No. 1, enero-abril, (2007)*.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Filosofía del Derecho*. Novena Edición. México D.F.: Editorial Porrúa, 1997.
- GUGLIELMI, Gilles. *Gestión Privada de los Servicios Públicos*. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2004.
- JARAMILLO, Hernán. *La Actividad Jurídica de la Administración*. Loja: Editorial Universitaria, 1995.
- JARAMILLO, Hernán. *Manual de Derecho Administrativo*. Cuarta Edición, Loja: Editorial de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Loja, 1999.
- JÉZE, Gastón. *Principios Generales del Derecho Administrativo*. Segunda Edición. Madrid: Editorial REUS S.A., 1928.
- JÉZE, Gastón. *Técnica jurídica, servicio, función pública y sus servidores*. Volumen 2. México D.F.: Editorial Jurídica Universitaria S.A., 2007.
- MADARIAGA, Mónica. *Seguridad jurídica y administración pública en el siglo XXI*. Segunda edición actualizada, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1996.
- MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Quinta Edición Actualizada, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000.
- MARÍN, Carlos Enrique. “El Derecho Administrativo entre la modernidad y la globalización”. *Retos y Perspectivas del Derecho Administrativo*. Bogotá: Editorial Universidad de Rosario, 2009.

- MORALES, Marco. *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011.
- NOLIVOS, Iván. “Ley Orgánica del Servicio Público”. *Revista Novedades Jurídicas*, año VII, No. 54, (2010).
- ORTIZ, María Gabriela. *Análisis del alcance de la potestad de la Función Ejecutiva para la definición de políticas de precios en telecomunicaciones en el Ecuador, a partir de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, 2013.
- PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo I*. Tomo I. Décimo Octava Edición. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- PÉREZ, Antonio. *La Seguridad Jurídica*. Segunda edición revisada, Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1994.
- PÉREZ, Efraín. *Derecho Administrativo*. Volumen 2. Tercera edición actualizada, Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009.
- PÓLIT, Juan David. “La titularidad de las telecomunicaciones en el Ecuador: el caso de Cuenca” *Revista Ruptura No. 44*, (2001).
- ROBLES, Gregorio. “El pensamiento jurídico de Hans Kelsen: una lectura crítica de la teoría pura del derecho”. *Filosofía del Derecho*. Medellín: Sello Editorial, Universidad de Medellín. 2012.
- RODRÍGUEZ, Eduardo. *Privatización de la Empresa Pública y Post Privatización*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1995.
- RODRÍGUEZ, Libardo. *Derecho Administrativo General y colombiano*. Decimosexta Edición, Bogotá: Editorial Temis S.A., 2008.
- SÁNCHEZ, Miguel. BARRANCO, Rafael. CASTILLO, Federico. DELGADO, Francisco. *Los Bienes Públicos (Régimen Jurídico)*. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1997.
- SENPLADES, *Empresas Públicas y Planificación: Su rol en la transformación social y productiva*. Quito: Senplades, 2013.
- TORRES, Luis Fernando. *Presidencialismo Constituyente*. Quito: Editora Jurídica Cevallos Ecuador, 2009.

CUERPOS LEGALES

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

Código Civil, Codificación 2005-010, Suplemento del Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005.

Código del Trabajo, Codificación 2005-017, Suplemento del Registro Oficial No. 167 de 16 de diciembre de 2005.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 306 de 22 de octubre de 2010.

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

Decreto Ejecutivo No. 92 de 21 de agosto de 2013.

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

Ley Especial de Telecomunicaciones, Registro Oficial No. 996 de 10 de agosto de 1992.

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

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto de 2008.

Ley Orgánica del Servicio Público, Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 294 de 6 de octubre de 2010.

Normas de control interno para las entidades, organismos del sector público y personas jurídicas de Derecho Privado que dispongan de recursos públicos, Registro Oficial No. 87, de 14 de diciembre de 2009.

Normas Internacionales de Contabilidad NIC No. 27

Registro Oficial No. 296 de 8 de octubre de 2010

Registro Oficial No. 243 de 26 de julio de 2010

Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Suplemento del Registro Oficial No. 588, de 12 de mayo de 2009.

Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Registro Oficial No. 119, de 7 de julio de 2003.

Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de bienes del Sector Público, Registro Oficial No. 378, 17 de octubre de 2006.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional. Sentencia No. 052-14-SEP-CC. Caso N°. 1155-11-EP.

Corte Constitucional. Sentencia No. 007-11-SNC-CC, Suplemento del Registro Oficial No. 482 de 1 de julio de 2011.

FUENTES ELECTRÓNICAS

BARQUERA, Juan. *Lecciones de Política y Derecho Público para Instrucción del Pueblo Mexicano*. 1991. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/663/7.pdf>

CARRILLO, Alejandro. *Las Empresas Públicas en México*. 1976.
<http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1692/pl1692.htm>

CAMACHO, Gladys. El Control Público de las Telecomunicaciones en Chile. *Ponencias del Congreso Internacional de Derecho Administrativo*. 2003.
<http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2447/4.pdf>

KAPLAN, Marcos. *Crisis y Futuro de la Empresa Pública*. 1994.
<http://www.bibliojuridica.org/libros/2/701/pl701.htm>.

LARROULET, Cristián. *Reflexiones en tanto al Estado Empresario en Chile*. 1984.
www.cepchile.cl/dms/archivo_1488_927/rev14_larroulet.pdf

LICÓN, Clemente. *Autonomía de las empresas públicas y las relaciones con el Gobierno Federal*. (s.f.). <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1610/127.pdf>

NAVA, Alfonso. *Estudios Administrativos*. 2009.
<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2688>.

SERNA DE LA GARZA, José. *Globalización y Gobernanza: Las transformaciones del Estado y sus implicaciones para el Derecho Público*. 2010.
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.html?l=2818>.

<http://www.encyclopediajuridica.biz14.com/d/desconcentracion/desconcentracion.htm>

www.centrosur.com.

www.cnelsuscumbios.com

www.contraloria.gob.ec

www.eerssa.com

www.sri.gob.ec