

**Universidad San Francisco de Quito**

**Colegio de Jurisprudencia**

**Aplicación de la normativa de competencia en las Empresas  
Públicas**

**Michelle Marie Anderson Villagómez**

Sophia Espinosa Coloma, JSD, Directora

Tesis de Grado presentada como requisito para la obtención del título de  
Abogada.

Quito, noviembre de 2012

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**

**Colegio de Jurisprudencia**

**HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS**

***“Aplicación de la normativa de competencia en las Empresas Públicas”***

***Michelle Anderson Villagómez***

Dr. Vladimir Villalba  
Presidente del Tribunal e Informante

Dra. Sophie Espinosa  
Directora de Tesis

Dr. Pablo Sánchez  
Delegado del Decano e Informante

Dr. Luis Parraguez  
Decano del Colegio de Jurisprudencia

X

X

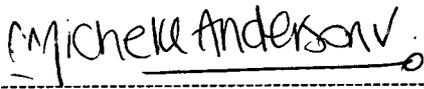
Quito, 21 de Enero de 2013

© 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:

A handwritten signature in black ink that reads "Michelle Anderson V.". The signature is written in a cursive style and is positioned above a horizontal dashed line.

Nombre: Michelle Marie Anderson Villagómez

C. I.: 171325383-7

Fecha: Enero 24 del 2013

## Acta de Grado

En la Universidad San Francisco de Quito, Colegio de Jurisprudencia, tuvo lugar la Defensa Oral del Ensayo Jurídico intitulado "Aplicación de la normativa de competencia en las Empresas Públicas", presentado por la estudiante, señorita Michelle Marie Anderson Villagómez previo a la obtención del título de Abogada.

Para tal efecto, el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, conformó el Tribunal de Grado, con los siguientes profesores:

Señor Doctor Vladimir Villalba, Presidente del Tribunal e Informante del Ensayo Jurídico;

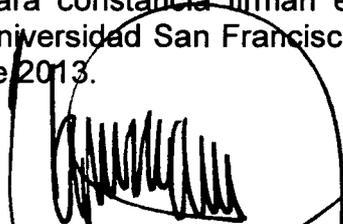
Señora Doctora Sophia Espinosa Coloma, Directora del Ensayo Jurídico;

Señor Doctor Pablo Sánchez, Delegado del Decano e Informante del Ensayo Jurídico.

El grado se instauró con la presencia física del Presidente e informante y el delegado del Decano e informante del ensayo jurídico; y, vía teleconferencia con la Directora del Ensayo Jurídico, quien autoriza a firmar en su nombre al Vicedecano del Colegio de Jurisprudencia de la USFQ, Farith Simon.

El Tribunal, después de haber examinado a la estudiante por espacio de una hora, le asignó a la Defensa Oral la calificación de 83.67/100, la que promediada con la obtenida en el trabajo escrito de 95.5/100, da la nota final de Grado de 89.58/100, equivalente a "B" la que se promediará con las notas obtenidas durante la carrera.

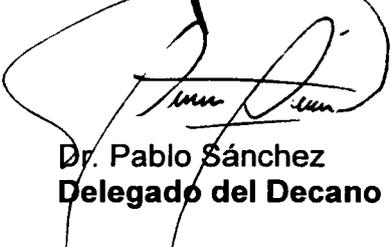
Para constancia firman el presente instrumento, en el Campus de Cumbayá de la Universidad San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, el día de hoy, 21 de enero de 2013.



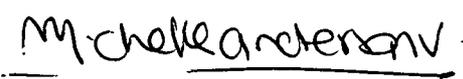
Dr. Vladimir Villalba  
Presidente del Tribunal



X Dra. Sophia Espinosa  
Directora del Ensayo Jurídico



Dr. Pablo Sánchez  
Delegado del Decano



Srta. Michelle Marie Anderson

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

EVALUACION DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO TESINA

TESINA/TITULO: Aplicación de la normativa de competencia en las Empresas Públicas

ALUMNO: Michelle Marie Anderson Villagómez

E VALUACIÓN:

a) Importancia del problema presentado.

El problema presentado por la estudiante es sin duda de gran trascendencia. El Derecho de Competencia es una rama nueva en el Ecuador, por tanto, existen varios temas que exigen ser analizados a profundidad, dadas las repercusiones que su tratamiento puede generar en el mercado. Este es el caso de la aplicación de la normativa de competencia en las Empresas Públicas. Si bien la LORCPM señala que las empresas públicas se encuentran dentro de su ámbito de aplicación, en la práctica no es tan fácil hacer uso de esta norma dadas las disposiciones contenidas en la LOEP, por tanto el problema jurídico presentado por la tesista es sin duda de interés para el momento que estamos viviendo.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.

La hipótesis es trascendente, ya que plantea que en ciertos escenarios, el trato privilegiado establecido en la LOEP para empresas públicas genera una distorsión en el mercado, afectando la entrada de nuevos agentes económicos. Esta postura es interesante ya que plantea cómo la injerencia de un Estado empresario puede causar una afectación a la libre competencia. Posición que nos hace ver la urgencia de sentar precedentes en esta área, con el fin de aclarar los posibles problemas que puede acarrear la concurrencia de la LOEP y la LORCPM.

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.

Los documentos empleados son suficientes y pertinentes.

d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada).

La investigación sigue una estructura consistente y sólida. Los argumentos han sido planteados con claridad y suficiencia. Es importante, recalcar que el uso del ejemplo en lo referente al pago del impuesto a la renta, así como el reparto del 15% de utilidades, provee un caso práctico en donde se puede visualizar de forma efectiva el efecto de los privilegios contenidos en la LOEP y cómo éstos afectan la libre competencia.

FIRMA DIRECTOR:

  
SORHIA ESPINOSA COLOMA, J.S.D.

Autorizo al Dr. Farjith Simon a firmar por mí.

---

VLADIMIR VILLALBA-PAREDES

Diciembre 24, 2012

Señor doctor  
Luis Sergio Parraguez Ruiz  
Decano del Colegio de Jurisprudencia  
**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**  
Campus de Cumbayá

**Ref:** INFORME DE TESINA  
Michelle Marie ANDERSON VILLÁGOMEZ

**Att:** Michelle Anderson  
Coordinadora Académica del Colegio de Jurisprudencia USFQ

Señor Decano:

Se nos ha solicitado un informe sobre la tesina intitulada «*Aplicación de la normativa de competencia en las Empresas Públicas*», presentada por la señorita **Michelle Marie ANDERSON VILLAGÓMEZ**, previo a la obtención del grado de abogada.

Al respecto, procedo a la evaluación de la investigación dentro de los siguientes parámetros:

- I -

### IMPORTANCIA DEL PROBLEMA PRESENTADO

1. Abstrayendo las disquisiciones doctrinarias que de tiempo en tiempo se han ido vertiendo, la norma *pro-competencia* tiene como objetivo la protección del mercado (centro de la tensión oferta-demanda), evitando las fuerzas que de manera potencial o de facto distorsionen el libre acceso de los agentes económicos y la libre elección del consumidor, promoviendo (aunque sea teóricamente) una eficiencia de producción, productos y precios.
2. Frente al mercado, la patología del fenómeno económico se presenta en una catálogo de conductas universalmente reconocidas como atentatorias a ese objetivo (acuerdos horizontales-carteles, acuerdos verticales-distribución, abuso de posición dominante, concentraciones-empresariales). En paralelo, el agente en posición monopólica y, específicamente, las empresas del Estado, desencadena un doble-tratamiento doctrinario, jurisprudencial y legislativo: (i) como un caso de excepción a la regulación de la competencia y, por otro lado, (ii) como un caso de flagrancia a la compe-



tencia.

3. Precisamente el régimen del Estado-empresario dentro de la normativa de competencia es el tema central de la investigación, aunque con una línea crítica respecto al carácter de excepción para el caso de empresas públicas que desarrollan actividades económicas asumidas por el Estado.
4. Específicamente la tesina aborda el tema de la asimetría en el tratamiento entre una empresa privada y una empresa pública (que no presta servicios de interés general) que se presentan en competencia en un mercado.
5. Por lo anterior, el tema es de alto interés, sobretodo reducido a casos concretos (y por casos me refiero a un estudio económico del mercado), aunque el nivel doctrinario-legislativo en el cual se desarrolla la investigación, tiene una aproximación al mismo.

- II -

### TRASCENDENCIA DE LA HIPÓTESIS PLANTEADA

6. La hipótesis no se presenta de forma expresa, por lo que debe ser inducida del contenido de la investigación, aunque puede concentrarse a si las medidas previstas por la normativa constitucional en relación a las del control del mercado y las del régimen de las empresas públicas generan casos distorsión en el mercado. Con mayor precisión: si la exención del impuesto a la renta y la no obligación de reparto de utilidades de las empresas públicas (independientemente al interés general o particular que desarrollen), constituyen una barrera de entrada o tratamiento discriminatorio frente a las empresas privadas del mismo mercado.
7. La hipótesis está sembrada en una matriz-normativa compleja. Por un lado, la norma constitucional que establece un modelo económico dual entre el "Régimen de Desarrollo para el Buen Vivir" que incentiva o justifica a las empresas públicas y el de la "Garantía del Mercado"; por otro, la norma comunitaria de la Decisión N° 608 sobre "la protección y promoción de la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina"; por otro, la norma de la regulación y control del poder de mercado, con el régimen de excepción para las empresas públicas (y las ayudas públicas); y, finalmente, la norma de las empresas públicas.
8. La investigación confirma positivamente la hipótesis al concluir que "[L]as medidas previstas por la normativa vigente en favor de las empresas públicas generan, en ciertos casos, una distorsión injustificada en el mercado, que afecta la libre competencia" [pág. 80]. Complementando con la afirmación "[...] aunque la LORCPM incorpora a las empresas públicas dentro de su ámbito de aplicación, el hecho de que éstas tengan privilegios para su administración, da lugar a que se creen desigualdades en el mercado que no son posibles de corregir con la misma ley" [pág. 82].

### SUFICIENCIA Y PERTINENCIA DE LOS MATERIALES EMPLEADOS

9. La investigación empieza (como otras) con una base teórica, decayendo lastimosamente en una visión de *deontología* del fenómeno de la empresa pública. Es decir, más allá de un análisis técnico-jurídico sobrio de la trilogía de la norma vigente constitucional-competencia-empresa pública, se cuestiona el *es actual* por un *deber ser* proyectado hacia lo que *debería ser* el tratamiento de la empresa pública, siempre con miras a favorecer la competencia (a saber: **a)** “[...] *centrando el análisis en dos de sus características más sencillas, se puede concluir que ambas deberían sujetarse a las mismas normas*” [pág. 71]; **b)** “[...] *la ley de competencia de un país debe tener un objeto más amplio y general*” [pág. 78]; **c)** “[...] *la Superintendencia de Control de Poder de Mercado- deberá ser lo suficientemente preparada e independiente ...*” [pág. 78]; **d)** “[...] *si es que el Estado está obligado constitucionalmente a actuar como proveedor de bienes y servicios, debería regirse a las prestaciones que corresponden únicamente a servicios públicos*” [pág. 79]; **e)** “[...] *el resto de actividades económicas debería dejarlas para el ejercicio de la actividad privada*” [pág. 79]).
10. Ciertamente la visión del *deber ser* escapa a la rigurosidad del *es*, dejando a la subjetiva de cada uno (ética personal) la creación de ese modelo ideal, que no admite sustento objetivo.
11. La investigación trabaja con la legislación relevante al fenómeno de la empresa pública. Sin embargo, hubiese sido de desear que dedique un capítulo a la evolución y naturaleza de la empresa pública, y no solo enunciar clasificaciones. Principalmente hubiese sido interesante contrastar la argumentación con ola de los procesos de modernización del Estado de 1998, en las que como técnica del acopio de la inversión se trabajó con la especie de compañía anónima (privada), la que posteriormente ha sido *transmutada* a empresa pública y sus consecuencias. Muchas de las inquietudes que la tesina aborda fueron ya debatidas en el foro local (si las empresas así constituidas están sujetas al impuesto a la renta, si los empleados tienen derecho a utilidades, si la sustracción de bienes es peculado y no robo).

### CONTENIDO ARGUMENTATIVO

12. La investigación se presenta siempre con una crítica al tratamiento actual de la empresa pública, principalmente en aquella empresa que asuma actividades que no tengan el carácter general. Inclusive, presta escepticismo (aunque a nivel teórico únicamente) sobre aquellas empresas públicas que prestan actividades de carácter general al preguntarse *¿la prestación de servicios públicos -tal como lo expresa el artículo 28 numeral 3ro- responde siempre al interés general? En la línea de esta tesina, no.* [pág. 45].

13. Existe sin embargo un *vademecum* de ideas controvertidas, así: **a)** considerar de manera general que es objeto de la norma de competencia un trato equitativo entre las empresas [pág. 2]; **b)** considerar que debe existir una composición accionaria en la empresa pública en favor del Estado [pág. 15]; **c)** considerar intercambiables las expresiones “personalidad”, “personería” y “persona” [pág. 17 y 18]; **d)** contradicción entre la naturaleza jurídica de la empresa pública que no distribuye -a manera de utilidades, participación laboral sobre los excedentes y la necesidad de eliminar el tratamiento discriminatorio [pág. 23 y 72]; **e)** considerar que en las sociedades de personas no se distingue el capital de los socios del capital de la compañía [pág. 26]; **f)** considerar a la Ley de Compañías vigente desde la promulgación de su codificación en el año 1999 [pág. 26]; **g)** considerar que existen “tipos” de sociedades en vez de “especies”, con sus diferencias conceptuales [pág. 26]; **h)** considerar que la Decisión No. 608 tuvo corto tiempo de aplicación [pág. 33]; **i)** considerar que la eficiencia implica “*producir al máximo con el fin de tener el menor costo*” [pág. 39]; **j)** considerar que las empresas públicas deben responder al interés público únicamente como es en la unión europea y en el régimen colombiano [pág. 47]; **k)** considerar que el tratamiento disímil del Estado a empresas privadas y públicas [pág. 53].
14. La investigación provoca algunas preguntas estructurales que debieron ser resueltas: i) Si el régimen de protección de la empresa pública, inclusive en el desarrollo de otras actividades económicas, que se encuentra a nivel constitucional, ¿puede ser superpuesto por la Decisión No. 608 en favor del bien jurídico de la protección de la competencia?; ii) ¿El Régimen del Desarrollo para el Buen Vivir puede justificar a nivel constitucional la distorsión que pudiera provocar la iniciativa estatal?; iii) ¿Puede el régimen de impuesto a la renta incluir a una empresa pública o -subsidiariamente, distribuir la exención del impuesto a la renta a las empresas privadas competidoras de la empresa pública para mantener una equidad? iv) ¿Debe considerarse a los excedentes de las empresas públicas como utilidades para fines de distribución al talento humano con miras a mantener la equidad? Las dos últimas inquietudes son una verdadera paradoja a la hipótesis de la tesina.
15. La redacción es amena, rica en conceptos y fácil de llevar en la mayoría de los pasajes. Aunque se menciona dos casos de empresas públicas que concurren en un mercado abierto a la competencia con empresas privadas [pág. 4], no aparece claro cuáles son esos casos sin meramente enunciarlos. No aparece claro tampoco la razón del porcentaje del 34.99% [pág. 81].
16. Aunque hay uniformidad en la metodología de citas al pie, hay pocos casos de quebranto de esa correspondencia [a saber, los *footnotes* 40, 41 y 43 no tienen un mismo signo ortográfico después de cada cita de la ciudad].
17. Hay algunas faltas de ortografía o errores tipográficos que debieron merecer atención previo a la presentación [a saber: “constitución” [pág. 1]; “internes” [pág. 245]; “Hardvard” [pág. 36 y 86]; “linea” [pág. 53]; “son” [pág. 54]; “entres”

[pág. 59]; "raiz" [pág. 60]; "estado" [pág. 63, 75, 82]; "Trabado" [pág. 69]; "general" [pág. 69]; "a menos de que" [pág. 76]; "puedan a dar" [pág. 82]; "Jornadas de sobre servicio público" [pág. 85]; "Can there be too mucho" [pág. 85]; "Apuntes DE Derecho Económico" [pág. 87]; "Medillín" [pág. 89].

Por lo anterior, la evaluación de la tesina de la referencia tiene el siguiente resultado:

	PARÁMETROS	NOTA
1	Importancia del problema presentado	15/15
2	Trascendencia de la hipótesis planteada	14/15
3	Suficiencia y pertinencia de los materiales empleados	17/20
4	Contenido argumentativo	45/50
<b>NOVENTA Y UNO sobre CIEN PUNTOS</b>		<b>91/100</b>

No asumo ni reivindico ninguna de las ideas anotadas en el trabajo.

En estos términos cumplo con la solicitud inicial.

**Atentamente,**



**Vladimir Villalba-Paredes**  
GB.USFQ/Tesinas/Informes/Anderson2012.info.01

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**  
**EVALUACIÓN DE INFORMANTE / TRABAJO ESCRITO TESINA**

**TESINA / TITULO**

*“Aplicación de la normativa de competencia en las Empresas Públicas”*

**ALUMNO**

*Michelle Marie Anderson Villagómez*

**EVALUACIÓN**

**Importancia del problema presentado (15 puntos)**

El problema planteado es de importancia para el estudio del derecho ya que analiza al derecho de competencia y su aplicación en las empresas públicas y la aplicabilidad de las normas de la Ley Orgánica de Empresa Públicas, frente a la Ley Orgánica de Regulación de Control de Poder de Mercado.

15 puntos

**Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador (15 puntos)**

La hipótesis planteada es de trascendencia dado que en la práctica las empresa públicas se hacen beneficiarias de lo establecido en la legislación, lo cual frente a la libre competencia puede producir distorsiones en el mercado. Este análisis contribuye a entender con mayor claridad de los posibles problemas y alternativas que se deben tener.

15 puntos

**Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados (20 puntos)**

La investigación realizada respeta los parámetros mínimos de rigurosidad científica aplicables. En efecto, contiene las referencias bibliográficas y citas de pie de páginas mínimas para demostrar, por una parte, la tarea investigativa efectuada y, por otra, el respeto debido a los derechos de propiedad intelectual de los autores de las obras que se citan. Los documentos y materiales empleados son suficientes y pertinentes.

20 puntos

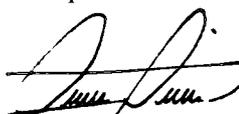
**Contenido argumentativo de la investigación (50 puntos)**

Considero que se trata de un esfuerzo académico serio, que demuestra un criterio jurídico formado y un nivel apropiado en el uso del lenguaje, en donde se realiza un análisis lógico y pertinente, dado que el derecho de competencia es una rama nueva en nuestra legislación

50 puntos

**TOTAL**

100/100 puntos



Pablo Antonio Sánchez  
Docente del Colegio de Jurisprudencia

© Derechos de Autor  
Michelle Marie Anderson Villagómez  
2012

*A mis padres por su entrega, invaluable apoyo y formación constante. A mi hermana por ser esa gran compañera que toda hermana menor necesita.*

*A mis abuelos por ser un modelo a seguir.*

*Muchas gracias Sophie. Tus ideas, motivación y  
paciencia han sido fundamentales para la  
consecución de esta tesina.*

*También agradezco a mis profesores, quienes en  
distintos momentos, han sabido compartir sus conocimientos  
y experiencia; en especial, Luis, Farith y Vladimir.*

## RESUMEN

La Constitución de la República del 2008 establece un modelo económico enmarcado dentro del Régimen de Desarrollo previsto en la misma. Con este nuevo régimen, el Estado adquiere un nuevo rol en la economía. Ahora toma el papel de un estado empresario, encargado de la provisión de bienes y servicios para la consecución del denominado Buen Vivir. En este sentido se ven ejerciendo sus actividades no solo en mercados monopólicos sino en mercados abiertos en concurrencia con empresas del sector privado; pero, con una ley que regula específicamente la gestión de las empresas públicas, la Ley Orgánica de Empresas Públicas (LOEP), prevé disposiciones especiales para todas las empresas públicas.

A partir de Octubre del 2011 está en vigencia la Ley Orgánica Regulación de Control de Poder de Mercado (LORCPM) es la norma nacional en materia de competencia que aplica para personas jurídicas, privadas y públicas. En este contexto, la presente tesina busca establecer que a pesar que de existe una norma aplicable a todo tipo de empresa, la LOEP crea disposiciones que dan un tratamiento favorable y privilegiado a las empresas públicas, que no son posibles de ser corregidas por las LORCPM.

## ABSTRACT

The Ecuadorian Constitution of 2008 establishes an economic model framed within the '*Régimen de Desarrollo*' provided in it. With this new model, the state takes on a new role in the economy. Now, the state is responsible for the provision of goods and services to achieve the so-called '*Buen Vivir*'. The state has constituted State Owned Enterprises (SOEs) in order to pursue the goals established in the Constitution. SOEs operate not only in monopolistic markets, but also in open markets along with private enterprises. SOEs are regulated by a specific law issued on October 2009, Ley Orgánica de Empresas Públicas (LOEP). The LOEP sets specific provisions for all kinds of SOEs.

On October 2011 the Ecuadorian anti-trust law was issued, named Ley Orgánica Regulación de Control de Poder de Mercado (LORCPM). The LORCPM applies to all companies, both private and public. In this context, this thesis seeks to establish that although there is a rule that applies to all types of enterprises, the LOEP provides a favorable treatment to SOEs, which is not possible to be corrected by the LORCPM.

# ÍNDICE

<b>Introducción</b>	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO 1: Conceptos Generales</b>	
1.1. Derecho de la Competencia	5
1.1.1. Surgimiento, definición y propósitos	5
1.1.2. Concepto y finalidad del Derecho de Competencia	7
1.1.3. Objetivos del Derecho de Competencia	8
1.1.4. El Mercado	10
1.1.5. Formas en las que interviene el Estado en el Mercado	12
1.2. Empresas Privadas y Públicas	13
1.2.1. Definición	14
1.2.2. Características	18
1.2.2.1. Personalidad Jurídica Propia	18
1.2.2.2. Sociedad de derecho público	20
1.2.2.3. Autonomía financiera, económica y de gestión	20
1.2.2.4. Patrimonio Propio	22
1.2.2.5. Finalidad de lucro	23
1.2.2.6. Interés público	23
1.2.2.7. Conformación del Capital Social	26
1.2.3. Tipos	26
1.2.3.1. Empresas Privadas	26
1.2.3.2. Empresas Públicas	26
<b>CAPÍTULO 2: Análisis normativo: Derecho de la Competencia</b>	
2.1. Constitución de la República del Ecuador	30
2.2. Norma Comunitaria	32
2.2.1. Objetivo	32
2.2.2. Ámbito de aplicación	33
2.2.3. Reglas de interés de la normativa comunitaria	34
2.3. LORCPM	35
2.3.1. Objetivo y alcance de la ley LORCPM	35
2.3.2. Normativa aplicable a empresas o entidades públicas	40
2.3.2.1. Regla general	41
2.3.2.2. Reglas particulares	44
2.3.2.2.1. Régimen de excepciones	44
2.3.2.2.2. Ayudas Públicas	48

### **CAPÍTULO 3: Tratamiento disímil del Estado a empresas privadas y públicas y sus efectos dentro del marco del Derecho de Competencia**

3.1. Relación entre la LOEP, la LORCPM y la Decisión 608	53
3.2. Exención del pago de Impuesto a la Renta	56
3.3. Participación de los trabajadores en las utilidades	66
3.4. Influencia de las medidas en la administración de la empresa pública vs. la empresa privada	70
3.5. Potenciales riesgos económicos: efectos de un trato disímil en el mercado.	72
3.6. Consideraciones adicionales con respecto a las medidas de la LOEP frente a la LORCPM	75
3.7. ¿Solución prevista en la LORCPM?	76
<b>CAPÍTULO 4: Conclusiones y Recomendaciones</b>	<b>78</b>
<b>Bibliografía</b>	<b>84</b>

## INTRODUCCIÓN

A partir de la vigencia de la actual Constitución de la República en octubre del 2008, el modelo económico de Ecuador dio un giro frente a las actuaciones durante la década de los noventa. Hoy en día, la importancia de las Empresas Públicas, como mecanismo de intervención del Estado en la economía, es una realidad. La intervención del Estado por medio de éstas, ya no se trata -en la realidad- de una actuación subsidiaria sino un rol más que éste realiza, y que es prioritario para el desarrollo económico de acuerdo con el marco constitucional económico vigente.

La empresa, que en general tiene como propósito el desarrollar una actividad económica, participa con otras en los distintos mercados que existen. En el caso de las empresas públicas, también se presenta esta realidad; no obstante que constitucionalmente su participación en el mercado debe atender a los propósitos del Régimen de Desarrollo establecido en la Constitución para la consecución del Buen Vivir. Actualmente, en la realidad ecuatoriana hay empresas que ofertan bienes y/o servicios que también lo hacen otras empresas del sector privado, por lo que se ven obligadas a competir en un mismo mercado. Posteriormente a la publicación de la Constitución, se publicó la Ley Orgánica de Empresas Públicas (LOEP), como una de las herramientas que permite la regulación del régimen económico previsto en la Norma Suprema. Esta normativa creó ciertas condiciones especiales para las empresas públicas.

Esta tesina se enmarca dentro del Derecho de la Competencia. Anteriormente, la norma en materia de competencia que regía en el Ecuador era la Decisión 608 de la CAN, norma supranacional, que entró en vigencia en el país a través del Decreto Ejecutivo 1614 en marzo del 2009. Se observó que las normas previstas en la LEOP podrían vulnerar el principio de no discriminación previsto en la norma comunitaria andina para la aplicación de la misma. Dos años después de la vigencia de la LOEP,

el Ecuador expidió la ley de competencia nacional cuyo ámbito de aplicación es tanto para personas privadas como públicas.

Tras el análisis de las disposiciones de la LOEP junto las establecidas en la Ley Orgánica de Regulación de Poder de Mercado, se pudo encontrar que permanecieron vigentes disposiciones legales a favor de las empresas públicas que podrían general un trato inequitativo en contra de las empresas del sector privado. Tomando en cuenta el papel que tienen las empresas públicas en el Ecuador, así como el corto tiempo de vigencia y experiencia que el Ecuador tiene en materia de Competencia, se vio la trascendencia de estudiar el posible efecto que las disposiciones de la LOEP tienen en relación con el objetivo de un régimen de competencia; de manera puntual, la exención en materia de Impuesto a la Renta y la no participación de los trabajadores en los excedentes de las empresas públicas.

Por lo expuesto, esta tesina plantea que pese a que la LORCPM incorpora a las empresas públicas dentro de su ámbito de aplicación, el hecho de que éstas tengan un régimen especial contenido en la LOEP, hace que estos agentes económicos gocen de privilegio para su administración, lo que da lugar, en ciertos escenarios, a que se cree un tratamiento desigual que distorsiona el mercado, efecto que no es posible de corregir con la misma ley.

El primer capítulo, a breves rasgos se propone abarcar las dos grandes nociones de esta tesina: el Derecho de la Competencia y las Empresas Públicas. Éste inicia con una breve historia del Derecho de Competencia así como la exposición de los objetivos macro que éste pretende alcanzar –construido a través del tiempo– para comprender cuál es su modelo actual y qué es lo que busca proteger. Estos primeros temas permiten tener una mayor comprensión de lo que se entiende como regulación de competencia. Luego, el capítulo inicial trata ciertos conceptos básicos del Derecho de la Competencia que permiten tener un primer acercamiento con su lenguaje y asimilar las definiciones de éstos. La segunda parte de este capítulo, como se mencionó anteriormente, busca definir y caracterizar el modelo de empresa pública previsto en nuestra legislación a partir de la vigencia de la LOEP, contrastándola con la empresa privada. En este sentido, el aporte del primer capítulo es lograr una proximidad con el Derecho de la Competencia y esbozar las características que diferencias y asemejan a una empresa pública y privada, con el fin de tener una base de entendimiento conceptual y la aclaración de nociones para entrar en el análisis de esta tesina. Por último este capítulo trae a colación la capacidad que tiene el Estado de actuar en tres papeles fundamentales dentro de un mercado: 1. como un

demandante u oferente de bienes y/o servicios; 2. como regulador, creando los parámetros y políticas económicas que influyen en el desarrollo del mercado; y, 3. Como autoridad de competencia a través de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado; lo que permite diferenciar los distintos papeles que tiene, todos dentro del Estado.

El segundo capítulo contiene un análisis de las normas en materia de competencia vigentes en el Ecuador. Parte de la Constitución y el modelo económico enmarcado en el Régimen de Desarrollo para la consecución del Buen Vivir y, en este, la posibilidad de que el Estado cree empresas públicas para las actividades relacionadas con los Sectores Estratégicos y los Servicios Públicos. Por otra parte, dentro del análisis constitucional, también se anuncia y analiza cuáles son los principios económicos establecidos en la Constitución, entre éstos, el libre mercado. Después, este capítulo analiza la norma comunitaria en materia de Competencia, la Decisión 608, su ámbito de aplicación y los principios que rigen a ésta que son aplicables a nuestro régimen de competencia interno. El segundo capítulo también examina las disposiciones relevantes al análisis de esta tesina de la LORCPM. En este sentido se analiza profundamente el objeto de la norma, sus virtudes y defectos; así como también el ámbito de aplicación de la LORPM, en vista de que aplica a todos los operadores de mercado, personas naturales o jurídicas de derecho público y privado. Y, finalmente, expone cuál es el régimen de excepciones y de ayudas públicas establecidos en la LORCPM. Este capítulo permite conocer cual es el modelo económico que está vigente actualmente en la Constitución de la República, las normas relativas a éste en materia de competencia y su aplicabilidad para las empresas públicas. En consecuencia, el capítulo concluye en que la participación de las empresas públicas en el mercado es indudable, sobre todo por la vigencia del Régimen de Desarrollo, por lo que resulta indispensable que las reglas del juego no creen discriminaciones y sean claras.

Por último, el tercer capítulo se centra en determinar cuáles son las normas previstas en la LOEP que crean un trato disímil a favor de las empresas públicas. Puntualmente, se analizan dos: 1. la exención del pago de Impuesto a la Renta a todas las empresas públicas y su ahínco en la legislación tributaria; y, 2. la no participación de los trabajadores en los excedentes generados por las empresas públicas. Ahora bien, el análisis con respecto a estos dos tópicos, se abarca desde el punto de vista de las consecuencias que tienen estas disposiciones legales en las decisiones de gestión estratégica de las empresas privadas, que como se explica a lo largo de la tesina y del capítulo, participan en un mismo mercado con otras empresas,

entre éstas, las públicas. Finalmente, para poder comprender de manera más práctica lo expuesto a lo largo de este capítulo, se analizarán dos casos de empresas públicas que concurren en un mercado abierto a la competencia con empresas del sector privado.

# CAPÍTULO 1

## CONCEPTOS GENERALES

### 1.1. Derecho de la Competencia

El subcapítulo a continuación tiene el propósito de determinar los preceptos básicos respecto al Derecho de Competencia que nos servirán como elementos de soporte para el análisis a lo largo de esta tesina. Es importante determinar cuál ha sido el desarrollo desde su surgimiento para poder entender su trascendencia en la economía. Asimismo, este subcapítulo permitirá al lector repasar ciertos conceptos esenciales para comprender su aplicación o no a las empresas públicas, así como los objetivos de toda política de competencia,

#### 1.1.1. Surgimiento, definición y propósitos

La historia de la humanidad ha estado conducida por distintas tendencias y doctrinas económicas que, de una u otra manera, han influenciado el desarrollo legislativo de las distintas sociedades. Una de las más fuertes es la doctrina económica de Adam Smith, que se fundamenta en que:

[...] existe un equilibrio natural en los impulsos humanos por virtud del cual las acciones de cada individuo, al buscar su propio provecho, redundan en bien de toda la comunidad. [...] De tal manera que] el Estado no debe intervenir en la economía, ya que ésta se rige por sus propias leyes naturales que la guían, como una «*mano invisible*», hacia su punto de equilibrio<sup>1</sup>.

Sin embargo, el desarrollo de la economía de los países ha venido acompañado por la aparición de empresas de gran tamaño<sup>2</sup> y lo propuesto, en el siglo XVII por el doctrinario ya mencionado, como modelo de competencia perfecta que es, resulta vulnerable a la luz de la realidad. Distintas crisis de la historia más reciente, como lo

---

<sup>1</sup> A. Miranda Londoño y J.D. Gutiérrez Rodríguez. “Fundamentos Económicos del Derecho de la Competencia”. En: *Jornadas Internacionales de Derecho sobre la Libre Competencia y Sectores Especiales*. Caracas, FUNEDA, 2007. (pp.29-161). p. 32.

<sup>2</sup> R. Christensen. “La nueva Ley de Monopolio”. *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones* (Año 13 N<sup>os</sup> 73 al 78). Dir. Héctor Cámara. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1980. p. 518.

es la de la Gran Depresión, han dejado como lección que es necesario que el Estado intervenga, aunque sea en un grado mínimo, con el fin de promover la competencia, para lograr los fines que se comentarán más adelante<sup>3</sup>, entre éstos, el bienestar general.

En contraste con la doctrina antes expuesta, la creada por Karl Marx proponía un Estado totalmente intervencionista. Esta teoría se fundamentó en la idea de una economía centralizada en la que el Estado, representado por el proletariado, era el que decidía cómo, cuánto y qué producir de acuerdo a la necesidad de la sociedad. Doctrina económica que, a pesar de que ha tenido aplicación en distintos países –Ex URSS, China, entre otros–, no ha tenido mayor acogida en las políticas económico-sociales de los estados.

Frente a los extremos de las teorías económicas mencionadas en los párrafos anteriores, la mayoría de las naciones han encontrado un punto más equilibrado: han logrado conseguir economías de mercado, con algún nivel de planificación y regulación. Es decir, economías en las que existe una libertad para que operen las fuerzas de mercado, pero con un grado –en mayor o menor medida– de actuación del Estado, con el fin de poder corregir las fallas de mercado que se presentan. De acuerdo a Joseph Stiglitz –citado por los autores Miranda y Gutiérrez–

[...] aunque muchas de las actividades económicas son realizadas por empresas privadas, otras son realizadas por el Estado. Por otro lado, éste influye, intencionalmente o no, en la conducta del sector privado mediante una variedad de reglamentos, impuestos y subvenciones<sup>4</sup>.

En este contexto, Stiglitz sostiene que:

[...] en cierto sentido, buena parte de las funciones del gobierno pueden sintetizarse en el establecimiento de la infraestructura en su sentido amplio: la infraestructura educativa, tecnológica, financiera, física, ambiental y social de la economía. Puesto que los mercados no pueden funcionar en un vacío, esta infraestructura es necesaria para que los mercados cumplan su papel esencial en el aumento de la riqueza y de los estándares de vida. Debido a que la construcción de la infraestructura está más allá del interés o de la capacidad de una empresa individual, ésta debe ser ante todo responsabilidad del gobierno<sup>5</sup>.

De la necesidad de intervención por parte del Estado, al menos en cuanto a regulación y control se refiere, surge la de crear la normativa necesaria para el proceso regulador. Entre estas normas, se encuentra la que norma las relaciones entre los agentes económicos de todos los sectores de producción. Así la regulación económica funciona como mecanismo “[...] de control del comportamiento de las

---

<sup>3</sup> A. Miranda Londoño, Alfonso y J.D. Gutiérrez Rodríguez. “Fundamentos Económicos del Derecho de la Competencia”. *Óp. cit.*, pp. 32-33.

<sup>4</sup> *Id.*, pp. 81-82.

<sup>5</sup> J. Stiglitz. “El papel del Gobierno en el desarrollo económico”. Portal de revistas Universidad Nacional de Colombia. p.352. Disponible en: <http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/ceconomia/article/viewFile/11460/22518>

empresas en el mercado [...]”<sup>6</sup> y, como lo explica el autor Cases Pallares, no pretende sustituir la lógica del mercado o el mercado en sí, sino que intenta corregir sus defectos<sup>7</sup>. En consecuencia, el Derecho de Competencia –como una rama del Derecho Económico– consiste en el establecimiento de ciertas condiciones esenciales para que exista competencia entre los distintos actores –agentes económicos– del mercado evitando, en gran medida, la generación de distorsiones en el mismo.<sup>8</sup>

Si bien hasta aquí se ha explicado que la aparición del *Antitrust Law* –como se denomina en Estados Unidos– responde al surgimiento de grandes empresas, hay quienes sostienen que tiene sus raíces en sociedades de la antigüedad, como Grecia<sup>9</sup>, el Imperio Romano y las sociedades europeas del siglo XVII. Sin embargo, cabe mencionar que se trataba de normas poco sofisticadas, a pesar de que cada una respondía a algún tipo de represión económica<sup>10</sup>. Por tanto, las normas de competencia como las conocemos hoy en día tienen su punto de partida en 1890 con el *Sherman Act* (EEUU), normativa que será revisada más adelante.

### 1.1.2. Concepto y finalidad del Derecho de Competencia

Hay autores que definen el Derecho de Competencia, según explica Belisario Betancur, como “[...] el conjunto de normas jurídicas que regulan la rivalidad entre los distintos agentes económicos para la búsqueda y conservación de una clientela”<sup>11</sup>. Sin embargo, enmarcar el concepto de esta rama del Derecho en la definición resultaría afirmar que el fin ulterior y único de esta ciencia recae en la protección de un conjunto de los operadores del mercado como es la clientela.

Pero desde el punto de vista de este trabajo, es importante que la definición de Derecho Antitrust abarque el fin último de esta área, como lo es la protección del mercado en sí, ya que de lo contrario se estaría hablando, más específicamente, del Derecho de Protección a los Consumidores. Además, como lo explica el mismo autor citado anteriormente, resulta imprescindible que el fundamento moderno para esta rama del Derecho recaiga

---

<sup>6</sup> LI. Cases Pallares. *Derecho Administrativo de la defensa de la competencia*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., 1995. p. 25.

<sup>7</sup> *Ibíd.*

<sup>8</sup> J. Cortazar Mora. *Curso de Derecho de la Competencia (Antimonopolios)*. Bogotá: Editorial Temis, S.A., 2011. p. 2.

<sup>9</sup> L.A. Sullivan y W.S. Grimes. *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*. St. Paul, Minn.: West Group, 2000. p. 2.

<sup>10</sup> *Id.*, pp. 2-4.

<sup>11</sup> B. Betancur. “Aproximación al Derecho de la Competencia”. En: *Derecho de la Competencia*. Dir. Marco Velilla. Bogotá: El Navegante Editores, 1998. p. 27.

[...] en salvaguardar ciertas condiciones objetivas del mercado [considerándose], así, que la competencia es un objeto del derecho que requiere protección porque permite obtener ciertos fines, traten estos de estabilidad en los precios, de pleno empleo o de crecimiento acelerado<sup>12</sup>.

De la aseveración citada, se puede deducir que el Derecho de la Competencia vela por la protección del mercado visto como un todo, en donde existen distintos actores – consumidores, productores, distribuidores, entre otros–, para obtener un objetivo de beneficio general para la economía de un país, por consiguiente, del interés y bienestar general<sup>13</sup>. Como sostiene Jorge Witker “[...] el [D]erecho de la [C]ompetencia protege más la competencia misma que a los competidores y/o consumidores [...]”<sup>14</sup>, para evitar que los agentes económicos bloqueen el desempeño de otros agentes productivos<sup>15</sup>.

### 1.1.3. Objetivos del Derecho de la Competencia

El alemán Franz Böhm, citado por Ulrich Immenga, describió la competencia como “el instrumento de desapoderamiento más genial de la historia”<sup>16</sup>.

Pues el Derecho Antitrust es un mecanismo de control de los poderes públicos sobre el mercado, para salvaguardar y promover la competencia óptima dentro del mismo y, además, para obtener una mayor eficiencia económica y bienestar de los consumidores –este último conseguido por la distribución de riqueza del productor al consumidor<sup>17</sup>–, entre otros fines, como una mejor asignación de la riqueza e innovación del mercado<sup>18</sup>. El hecho de que se fomente un mercado competitivo da lugar a que las empresas sean más eficientes y, por ende, que éstas hagan un mejor uso de sus recursos de tal manera que logren ofrecer a la demanda de los consumidores un mayor nivel de satisfacción<sup>19</sup>.

A la larga, resulta ser una cadena que beneficia a todo un conjunto que es el mercado y, consecuentemente, a la sociedad y a los ciudadanos individualmente

---

<sup>12</sup> *Id.*, p. 28.

<sup>13</sup> R. Dromi. *Competencia y Monopolio. Argentina, MERCOSUR y OMC*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999. p. 8.

<sup>14</sup> J. Witker. *Derecho de la Competencia económica en el TLCAN*. México: Editorial Porrúa, 2003. p. 12.

<sup>15</sup> *Id.*, p. 14.

<sup>16</sup> U. Immenga. *El Mercado y el Derecho*. Trad. José Miguel Embid Irujo y otros. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001. p. 24.

<sup>17</sup> O. Aguilar Valdez. “Competencia y regulación económica –lineamientos para una introducción jurídica a su estudio–”. En: *Jornadas sobre servicio público, policía y fomento*. Coord. Miriam M. Ivanega. 2ª ed. Buenos Aires: Ediciones RAP S.A., 2005. (pp. 59-121). p. 66.

<sup>18</sup> LI. Cases Pallares. *Derecho Administrativo de la defensa de la competencia*. *Óp. cit.*, p. 38.

<sup>19</sup> M.A. Zuluaga Giraldo. “La perspectiva colombiana de la promoción de la competencia”. En: *Derecho de la Competencia*. Dir. Marco Velilla. Bogotá: El Navegante Editores, 1998. (pp. 31-37). p. 32.

considerados. A pesar de que esta es la vertiente que se adopta en el presente trabajo, cabe mencionar que los objetivos de una política de competencia varían dependiendo de la óptica de la doctrina económica desde la que se mire. Al respecto, el tratadista Lluís Cases Pallares, explica como la jurisprudencia estadounidense ha tenido cambios de orientación, influenciados por una u otra doctrina. Así por ejemplo, mientras que en los años sesenta en la política de competencia de los EE.UU., y su aplicación en tribunales, primaba el objetivo social y político de esta rama<sup>20</sup>; en los años setenta la respuesta de la Escuela de Chicago se enfocaba esencialmente en la eficiencia económica y protección a los consumidores, debido a que su visión resultaba de la crítica a la anterior y su resultado en una crisis económica. Por lo tanto, más allá de determinar cuál es el objetivo primordial de una política de competencia, es importante para este trabajo resaltar que existe un conjunto de objetivos entrelazados y que, perfectamente, pueden funcionar en conjunto.

Mediante el Derecho de la Competencia se protege los intereses de competidores y consumidores, así como el interés público<sup>21</sup>. Si bien parece más pragmático el beneficio para los dos primeros, el interés público –entendido como aquél que vela las necesidades de una colectividad, o de la sociedad en general– es también alcanzado en la medida de que habiendo un mercado más competitivo, hay una mayor eficiencia en cuanto asignación de los recursos y, en consecuencia, “[...] la tasa de crecimiento de la economía aumenta en el largo plazo, produciéndose entonces un incremento del ingreso per-cápita y, por consiguiente, del nivel de vida de todos los habitantes”<sup>22</sup>. Además, un mercado competitivo permite libertad: libre entrada y salida de agentes económicos; por ende, garantiza “el derecho de desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva [...]”<sup>23</sup> garantizado en nuestra Carta Magna.

Adicionalmente, el Estado a través de la consideración de la competencia como un bien jurídico tutelado no solo logra garantizar el derecho de sus ciudadanos de desarrollar con libertad actividades económicas –antes mencionado–, sino que “[...] es capaz de proporcionar el marco adecuado para el libre desarrollo de la personalidad

---

<sup>20</sup>De acuerdo a Ll. Cases Pallares los objetivos con aspectos sociales y políticos serían: “[...] el acceso a los mercados, la protección de la independencia del comerciante, [...] que los precios estuvieran estrechamente relacionados con los costes, basándose en la justicia y la equidad [...]”. En: Ll. Cases Pallares. *Derecho Administrativo de la defensa de la competencia*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., 1995. p. 50.

<sup>21</sup> J. Witker. *Derecho de la Competencia económica en el TLCAN*. *Óp. cit.*, p. 12.

<sup>22</sup> M.A. Zuluaga Giraldo. “La perspectiva colombiana de la promoción de la competencia”. *Óp. cit.*, p. 34.

<sup>23</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 66, numeral 15. Registro Oficial 449 del 20 de octubre del 2008.

del individuo<sup>24</sup>. De acuerdo a los autores Miranda Londoño y Gutiérrez Rodríguez, el correcto funcionamiento del mercado depende, en gran medida, de la garantía de varios derechos económicos, como el de propiedad, la libertad de empresa, la de elección profesional, la de asociación y la de competencia económica<sup>25</sup>.

De manera más puntual, el autor colombiano Mauricio Velandia resume como bien jurídico tutelado del Derecho de Competencia, a la libre competencia, la que se evidenciará en el respeto de cuatro principios básicos: la libertad de elección por parte del consumidor, la libertad de entrada de nuevas empresas al mercado, la variedad de precios y servicios y la eficiencia del aparato productivo del país<sup>26</sup>. De lo que se puede abstraer que el Derecho de Competencia tendrá como objetivo, fundamentalmente, en la libertad de mercado –desde el lado de la oferta y de la demanda–.

Existen dos maneras como los autores explican cómo se alcanzan los objetivos de la protección de la competencia. De la primera de ellas –básicamente expuesta en el párrafo precedente– se puede entender que la protección del bien jurídico de la competencia, conlleva a una mayor eficiencia en el mercado obteniendo a la larga la protección del derecho de libertad económica de los ciudadanos<sup>27</sup>. A la inversa, la segunda manera –explicada por Abanto Vásquez– da a entender que el primer objetivo alcanzado es el individual y luego el social. Es decir, “[!]a competencia [...] es el medio de la libertad económica privada así como garante de la eficiencia económica productiva<sup>28</sup>. Esta segunda explicación resulta ser mucho más individualista ya que, además, sostiene que el fin primordial recae en lograr la libertad del individuo<sup>29</sup>.

Vista, de una u otra manera, es importante anotar que hay dos niveles alcanzados –aparte de cuál cobre más aceptación entre los conocedores de la materia– uno que atañe a toda la sociedad y otro que interesa a los sujetos individualmente considerados.

#### **1.1.4. El Mercado**

Como se ha mencionado anteriormente, la protección del mercado es el principio rector de la materia que nos ocupa. Tomando en consideración distintas visiones de lo que es el mercado, se entiende por éste el lugar en donde confluyen varios tipos de

---

<sup>24</sup> M. Abanto Vásquez. *El Derecho de la Libre Competencia*. Perú: Editorial San Marcos, 1997. p. 26.

<sup>25</sup> A. Miranda Londoño y J.D. Gutiérrez Rodríguez. *Óp. cit.*, pp. 88-89.

<sup>26</sup> M. Velandia. *Derecho de la competencia y del consumo*. 2ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011. p. 75.

<sup>27</sup> Visión que se puede entender de la lectura de los autores citados hasta ahora.

<sup>28</sup> M. Abanto Vásquez. *El Derecho de la Libre Competencia*. *Óp. cit.*, p. 26.

<sup>29</sup> *Id.*, p. 27.

actores con necesidades diferentes e intercambiables, desde un punto de vista de la oferta y la demanda<sup>30</sup>; sin dejar de lado otro participante como lo es el Estado, con la facultad de regulación. De acuerdo al tratadista Roberto Dromi, el mercado es el resultado de la interacción de los individuos y, por tanto, consiste en ser una construcción social<sup>31</sup>. Pues no se trata únicamente de un espacio de formación de precios, sino que es el entorno en el que confluye la autonomía de la libertad comercial de oferentes y demandantes<sup>32</sup>.

Es necesario “[...] aclarar que para el derecho de la competencia, el o los mercados no son una entidad abstracta, sino un escenario específico denominado mercado [...] relevante”<sup>33</sup>. Éste tiene dos aristas que deben ser tomadas en cuenta para su definición: el mercado de los productos, que está establecido por los productos sustitutos, similares y homogéneos; y, el mercado geográfico que consiste en la zona geográfica donde se presentan los efectos de las conductas de los actores del mismo<sup>34</sup>. Como se puede observar, y tomando en cuenta las palabras del profesor Rafael Illescas Ortiz, el concepto del mercado relevante está determinado por criterios económicos, no jurídicos; es decir, es una cuestión fáctica (hechos económicos) pero que el Derecho se ha encargado de establecer sus pautas de definición<sup>35</sup>. La importancia de la determinación del mercado relevante radica en la posibilidad de delimitar el campo de juego para evaluar la competencia entre las empresas<sup>36</sup>, y la existencia o no de comportamientos anticompetitivos.

Como se explicaba en la definición de Derecho de la Competencia –sintetizada en este trabajo– éste es el mecanismo de control de los poderes públicos sobre el mercado. Por ello, Dromi explica que

[...] la iniciativa de construir el mercado modifica la relación entre el Estado y la Economía y requiere de una administración pública con capacidad para orientar y garantizar las elecciones realizadas por los agentes económicos y controlar el funcionamiento del mercado evitando [actuaciones que distorsionen el mercado como, por ejemplo,] la formación de monopolios<sup>37</sup>.

---

<sup>30</sup> G. Martínez Medrano. *Control de los monopolios y defensa de la competencia*. Buenos Aires: Depalma, 2002. pp. 11-12.

<sup>31</sup> R. Dromi. *Competencia y Monopolio. Argentina, MERCOSUR y OMC*. Óp. cit., p. 11.

<sup>32</sup> O.R. Aguilar Valdez. “Competencia y regulación económica –lineamientos para una introducción jurídica a su estudio–”. Óp. cit., p. 63.

<sup>33</sup> J. Witker. *Derecho de la Competencia económica en el TLCAN* Óp. cit., p. 13.

<sup>34</sup> *Ibíd.*

<sup>35</sup> R. Illescas Ortiz. “Propiedad Industrial y Competencia Empresarial: Mercado Relevante y Derecho Aplicable”. En: *Derecho de la Propiedad Industrial*. Coord.: José I. Font Galán y otros. Madrid: DYKINSON, S.L., 1993. p. 264.

<sup>36</sup> G. Martínez Medrano. *Control de los monopolios y defensa de la competencia*. Óp. cit., p. 123.

<sup>37</sup> R. Dromi. *Competencia y Monopolio. Argentina, MERCOSUR y OMC*. Óp. cit., p. 11.

En esta medida, la intervención del Estado estaría justificada, fundamentalmente, en su propósito regulador. Es decir, haciendo uso de una de sus facultades como es la de normar y controlar ciertas situaciones para obtener determinado comportamiento de la sociedad. No obstante, es importante señalar, que esta actividad reguladora del Estado debe estar circunscrita a las necesidades del mercado, ya que un intervencionismo excesivo daría como resultado una afectación al bien jurídico protegido.

#### **1.1.5. Formas en las que interviene el Estado en el Mercado**

Tomando en consideración lo mencionado en el apartado anterior, el Estado siempre actuará de tres maneras con respecto al régimen de competencia; siendo el regulador –promulgando leyes y normas en materia de competencia–, el juzgador –aplicando la norma para determinar la existencia o no de actos violatorios de la libre competencia- y siendo un sujeto del mercado –ofertando o demandando productos y servicios en un mercado–.

Resultaría desacertado considerar que el Estado, como sujeto titular de derechos y obligaciones que es, prescinda de participar en el mercado para lograr sus objetivos. Hay que considerar que necesita adquirir bienes y servicios, para sí, de tal manera que pueda operar y cumplir su finalidad, por ejemplo, adquirir automóviles para aumentar los operativos policiales. A la inversa, el Estado también puede ofertar bienes y servicios de los que ostenta la titularidad, como lo son la electricidad y el agua potable, por ejemplo, por ser bienes o servicios que buscan satisfacer la necesidad de toda la población para alcanzar su bienestar. Para lo cual, generalmente, conforma empresas públicas de manera que, teniendo una forma personificada, tenga capacidad jurídica específica para adquirir derechos y obligaciones<sup>38</sup>.

Dromi, al referirse a las empresas públicas, advierte que la intervención del Estado en éstas, en un principio, era llamada ‘administración prestacional’; por medio de la que éste se convirtió en un sujeto económico más participando y dirigiendo actividades económicas. Consecuentemente, el autor sostiene que “su intervención era administrativa, pues generalmente traducía su obrar por medio de empresas públicas”<sup>39</sup>. Sin embargo, algunas constituciones ya han dejado de lado que la intervención del Estado en la economía, se da bajo el principio de subsidiaridad, es decir, “... solo por excepción y cuando falta [la iniciativa privada] se admite la iniciativa

---

<sup>38</sup> C. Villa Mirando. *Derecho Económico*.

<sup>39</sup> R. Dromi. *Empresas Públicas, de Estatales a Privadas*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1997. p. 15

pública”<sup>40</sup>. Y, en consecuencia, han considerado la prevalencia del principio de igualdad bajo el cual,

el Estado garantiza el pluralismo empresarial y que la economía nacional se sustenta en la coexistencia democrática de diversas formas de propiedad y empresa... [Es por ello que,] para los mercantilistas el reconocimiento de este régimen de paridad se asienta sobre el principio de competencia económica en el mercado<sup>41</sup>.

Pues, la actividad económica se desarrolla en las mismas condiciones de mercado que en las que se desarrollan las empresas del sector privado.

Al respecto, la doctrina liberal clásica consideró aberrante la idea de que el Estado intervenga en el economía y aduce que el mercado mismo puede retribuir la riqueza, sin embargo, la corriente neoliberal ha sostenido que la participación del Estado en la economía, a pesar de que siempre implica una distorsión de mercado, es necesaria siempre y cuando sea empleado de manera excepcional, es decir, bajo el principio de subsidiaridad<sup>42</sup>.

En consecuencia, no se puede excluir a las instituciones del sector público, comprendidas en el artículo 225 de la Constitución de la República del Ecuador –entre las que constan las empresas públicas–, de la participación en el mercado. Entendida dicha participación como una actuación adicional a la de su desempeño como autoridad regulatoria y juzgadora. En definitiva, el Estado, tiene una triple actuación en el mercado, que puede operar simultáneamente; por lo que es necesario definir las características de cada una con el fin de evitar conflictos de intereses o abusos de poder.

## **1.2. Empresas Privadas y Públicas**

La Empresa es una unidad que realiza una actividad económica determinada. De acuerdo a la definición dada por Sergio Le Pera, “es una actividad económica organizada para la producción o intercambio de bienes o servicios, con preponderante empleo del trabajo ajeno”<sup>43</sup>. Por ende, se puede decir que la empresa, en términos generales, es una unidad económica que realiza una actividad para la producción o el intercambio de bienes y servicios, organizando medios personales y materiales para su funcionamiento.

---

<sup>40</sup> C. Ochoa Cardich. “El marco constitucional económico de la actividad empresarial del Estado”. En: *Lecturas sobre temas constitucionales*. Comisión Andina de Juristas. Perú, 1990. p. 81

<sup>41</sup> A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy. The World Bank. OECD. Paris; 1998. pp.1.

<sup>42</sup> M. Anderson y M. Subía. “Régimen de Competencia de las Empresas Públicas en el Ecuador”. Universidad San Francisco de Quito: Derecho Económico. Verano 2009-2010. Trabajo no publicado.

<sup>43</sup> S. Le Pera. “La empresa”. En: *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones* (Año 3 N<sup>os</sup> 13 a 18). Dir. Isaac Halperin. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1970. p. 199.

En este preámbulo al desarrollo de las características, resulta importante aclarar que el concepto de empresa se diferencia del término e institución jurídica de sociedad. Pues la “sociedad” es aquella que se crea a través de un contrato con el fin de crear un ente –sujeto jurídico– con personalidad jurídica propia con objeto particular y establecido<sup>44</sup>. A pesar de ser conceptos distintos, comúnmente están entrelazados en vista de que el concepto jurídico de sociedad –que establece relaciones jurídicas– muchas veces<sup>45</sup> opera a través de una empresa, concepto que identifica en relaciones económicas<sup>46</sup>. Es por ello que en esta tesina se utilizara el concepto de empresa considerando que ésta implica que ha sido constituida –sea por una Ley en el caso de las empresas públicas o por un acto societario en el caso de las empresas privadas– jurídicamente.

La empresa puede ser privada o pública, dependiendo de la conformación que tenga. Sin embargo, sea cualquiera de las dos, debe reunir ciertos requisitos para ser considerada como tal. Debe tener un nombre, patrimonio propio, uno o varios dueños, debe desarrollar una actividad económica, etc. Empero, para la existencia legal de una empresa (compañía) se deben cumplir los requisitos establecidos en la Ley de Compañías y leyes especiales –en el caso de empresas privadas- o aquellos contemplados en la Ley Orgánica de Empresas Públicas – para las empresas estatales-.

### **1.2.1. Definición**

Dentro de la economía de un Estado, existen dos clases de empresas que intervienen desarrollando actividades económicas: empresas públicas y empresas privadas. La primera de ellas implica una forma de actuación del Estado. Es decir, conlleva la intervención directa en el mercado por medio del desarrollo de una actividad económica; a través de la conformación de empresas públicas, nacionales o seccionales, que se desenvuelven en diferentes sectores económicos de un país, pudiendo actuar como únicos oferentes –monopolio legal– o en conjunto con otros partícipes del sector privado.

Actualmente, en muchos países, las empresas públicas actúan en sectores cuya prestación tradicionalmente ha sido dada por el Estado, así como en sectores en que, históricamente, las empresas privadas han sido las que se han desempeñado.

---

<sup>44</sup> E.H. Richard. *Derecho Societario*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1998. pp. 7-8.

<sup>45</sup> Es importante aclarar que muchas veces la sociedad opera a través de una empresa ya que no siempre es así. Existen sociedades, como son las fundaciones que no necesariamente constituyen una empresa porque no desarrollan una actividad económica.

<sup>46</sup> G. Cabanellas. *Derecho Societario, parte general*. Buenos Aires: Editorial HELIASTA S.R.L., 1994. pp. 25-26.

Las exigencias de la actividad económica-industrial y de una sociedad en constante cambio y con grandes avances científicos y tecnológicos, han orientado al estado a la utilización de técnicas e instrumentos que eran consideradas dentro del campo exclusivo de la actividad particular, o de sus empresas.<sup>47</sup>

La empresa pública es aquella que, cumpliendo con el precepto descrito, es constituida con un aporte patrimonial público, bajo las reglas de una normativa especial –Ley Orgánica de Empresas Públicas, en el caso del Ecuador–.

De acuerdo a la definición establecida en la Ley Orgánica de Empresas Públicas (LOEP), éstas son

[...] entidades que pertenecen al Estado en los términos que establece la Constitución de la República, personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión. Estarán destinadas a la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y en general al desarrollo de actividades económicas que corresponden al Estado [...]<sup>48</sup>.

De lo establecido en el artículo 4 de la LOEP, se puede observar que carece de un elemento que se ha considerado fundamental al momento de definir y distinguir a una empresa pública; éste radica en la participación en el capital que tiene el Estado. Concepto que no está considerado de manera literal en la definición dada por la ley. Sin embargo, ésta remite a la Constitución de la República para el establecer sus términos. El artículo 315 de la Carta Magna prescribe que “[e]l 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 [...]<sup>49</sup>. Definición que tampoco aclara la conformación accionarial. Más allá de cuál sea la forma jurídica (sociedad anónima, empresa autárquica, etc.) que deben adoptar las empresas públicas, resulta importante tomar en cuenta las definiciones doctrinarias al respecto que sirven de apoyo. Así tomando la definición del tratadista español Juan de la Cruz Ferrer, quien explica que en el régimen español las empresas públicas son “[...] las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación, directa o indirecta, de la Administración del Estado o de sus Organismos Autónomos y demás Entidades estatales de derecho Público”<sup>50</sup>. Con ello, queda esclarecido el factor trascendental de

---

<sup>47</sup> M. Acosta Romero. *Compendio de Derecho Administrativo Parte General*. 2ª ed. México: Editorial Porrúa, 1998. p. 229.

<sup>48</sup> Ley Orgánica de Empresas Públicas, artículo 4. R.O. Suplemento No. 48 del 16 de octubre del 2009.

<sup>49</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 315. Registro Oficial 449 del 20 de octubre del 2008.

<sup>50</sup> J. de la Cruz Ferrer. *Apuntes de Derecho Público Económico, La intervención pública en la Economía y en la empresa*. Madrid: DYKINSON, S.L., 1992. p. 239.

que la conformación del capital en una empresa pública tiene que ser del Estado – central o seccional–, es decir, que la propiedad radique en éste.

En la legislación nacional, bajo el nuevo marco legal vigente desde la publicación de la LOEP a finales del año 2009, también se determina la existencia de otras entidades relacionadas con las empresas públicas definidas en líneas anteriores. En consecuencia, existen

[...]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.<sup>51</sup>

Tratadistas de otras legislaciones, han clasificado de distinta manera las empresas públicas, de acuerdo a su aspecto organizativo. Por ejemplo, Dromi al hacer una clasificación establece que existen, principalmente, cuatro tipos de empresas públicas: Entidades Autárquicas, Empresas del Estado, Sociedades del Estado y Sociedades Mixtas<sup>52</sup>. Por otro lado, el español Agustín Madrid Parra ha establecido una clasificación en base a la normativa que rige a cada una de las entidades con las que interviene el Estado como agente económico. Sostiene que bajo el Derecho Público, aparecen: 1) la misma Administración a través de un servicio administrativo; y, 2) Organismo autónomo sujeto con personalidad jurídica propia con carácter

---

<sup>51</sup> Ley Orgánica de Empresas Públicas. Artículo 4. Registro Oficial No. 48 16 de octubre 2009.

<sup>52</sup> Entidades autárquicas.- sujetos de derecho estatales, entes descentralizados con funciones administrativas o de gestión de servicios públicos; regidas bajo la ley o decreto de creación así como por su estatuto. Son entes con personalidad jurídica propia, que persiguen un fin público y se rigen, por completo, por el Derecho Público. Por lo tanto, emiten actos administrativos, celebran contratos administrativos, sus agentes son públicos y, en su mayoría, se les aplica las leyes de obras públicas, contabilidad y procedimientos administrativos.

Empresas del Estado.- entidades estatales descentralizadas que se dedican a actividades de índole comercial e industrial y el régimen jurídico es mixto en la medida que es semi-administrativo; es decir, habrá ocasiones en las que se le aplique el derecho público –en todo lo que atañe a sus relaciones con la Administración o el servicio público que presten– y otras en las que se les aplica el derecho privado –en todo lo que se refiere a sus actividades específicas, comerciales e industriales-.

Sociedades del Estado.- Sociedades anónimas en las que el Estado es el accionista único, y se someten a un régimen jurídico principalmente privado. Son entidades descentralizadas con patrimonio y personalidad jurídica propia. Consiguientemente, el capital es únicamente del Estado y su constitución deberá buscar la finalidad de carácter industrial y comercial o explotar servicios públicos.

Sociedades Mixtas.- Aquellas sociedades que tienen cualquier forma jurídica, pero que en cuyo capital cuentan con aportes del sector privado y del sector público. De acuerdo a Dromi, la participación puede ser mayoritaria o minoritaria, sin embargo, para el caso de nuestra legislación el Estado debía tener una participación mayoritaria para que el Estado conforme el capital. En: R. Dromi. *Empresas Públicas, de Estatales a Privadas*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1997.

administrativo o comercial-industrial. Mientras que bajo el Derecho Privado constan: 1) Sociedades anónimas cuyo fundador o único accionista sea el Estado; y, 2) Sociedades mixtas<sup>53</sup>.

En el caso del Ecuador, a *grosso modo*, hoy en día existen tres tipos principales de empresas por las que el Estado puede intervenir en la actividad económica, conforme se puede extraer de la LOEP: 1) Empresas Públicas, entendidas como organismos autónomos con personalidad jurídica propia –es decir, aquellas descritas en el primer inciso del artículo 4 de dicha ley–; 2) Empresas Mixtas, únicamente para el caso de empresas subsidiarias, bajo las condiciones que establece la misma ley; 3) Sociedades anónimas en las que el Estado tiene participación minoritaria y que se rigen por el Derecho Privado<sup>54</sup>. Tomando en cuenta lo mencionado, se debe concebir que en la normativa ecuatoriana se entiende que la empresa pública debe tener personería jurídica propia, tema que se tratará más adelante.

Por otro lado, las empresas privadas son un elemento fundamental de la economía de libre mercado en un país. En el caso ecuatoriano, la economía está compuesta, principalmente, por empresas privadas<sup>55</sup>. De ahí que su actuación resulta trascendental para el dinamismo y productividad del sistema económico de un país. Como actividad económica que organiza distintos factores de producción tiene características que la distinguen de la empresa pública.

Al tratar el término de empresa privada, es necesario aclarar que califica a diversos tipos de actividades económicas que pueden estar conformadas por una sola persona o por una sociedad, civil o legal. Sin embargo, para fines del presente trabajo, se delimitará el término para las sociedades mercantiles de capital en virtud de que éstas tienen los mismos parámetros de contraste con respecto a las empresas

---

<sup>53</sup> A. Madrid Parra. “La sociedad anónima pública, otras sociedades anónimas especiales y la fundación como empresario”. En: *Derecho Mercantil*. Guillermo J Jiménez (Coordinador). 8ª ed. Barcelona: Ariel Derecho, 2003. p. 546.

<sup>54</sup> Cabe aclarar que, en el caso de ciertas Sociedades Anónimas en las que el Estado tiene participación mayoritaria, conforme lo establecen la Disposiciones Transitorias de los puntos 2.2.1.4. y 2.2.1.5., y pertenecen al sector eléctrico, tienen un trato especial hasta que se dicte el nuevo marco jurídico de su sector; por lo que pueden seguir operando, en el ámbito societario, bajo la Ley de Compañías.

Otra excepción a los tres modelos de empresas descritas, son las sociedades anónimas, empresas de economía mixta o las subsidiarias de éstas, con capital accionario mayoritario del Estado o de sus instituciones, que desarrollen sus actividades en sectores estratégicos o de servicios públicos, constituidas en sociedad con empresas públicas de la comunidad internacional o con subsidiarias de éstas, que –de acuerdo a lo que se puede obtener del texto– continúan con el régimen al que se sujetaron conforme su constitución.

<sup>55</sup> Información obtenida del Catastro de Empresas Públicas, publicado por la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo SENPLADES. Disponible en: <http://www.senplades.gob.ec/web/senplades-portal/catastro-de-instituciones> (mayo, 2011)

estatales. Como sostiene el tratadista Joaquín Garrigues, cabe la distinción entre sociedad y empresa en virtud de que la primera es la titular de la segunda.

La empresa o sociedad mercantil, en términos generales, es una unidad económica que realiza una actividad para la producción o el intercambio de bienes y servicios, organizando medios personales y materiales para su funcionamiento. El concepto económico proporcionado por el tratadista español Garrigues, nos permite distinguir a la empresa privada de la empresa pública, ya que explica lo siguiente:

la empresa [privada] es la organización de los factores de la producción (capital, trabajo) con el fin de obtener una ganancia ilimitada. Los elementos integrantes de la empresa, en su compleja variedad, aparecen íntimamente ligados por la comunidad de destino económico (obtención de ganancia máxima), constituyendo una unidad organizada conforme a las exigencias de la explotación económica. [...] esta unidad de concepto se manifiesta también desde el punto de vista contable, que abarca toda la actividad de la empresa dentro de determinados periodos de tiempo [...] y separa el patrimonio mercantil del patrimonio privado del empresario.<sup>56</sup>

### **1.2.2. Características**

Es importante determinar las características las empresas privadas y públicas en la medida de que permitirá entender cual es realmente su diferenciación. En lo que tiene que ver con las empresas públicas, estas características permiten distinguirlas de otras entidades del Estado.

Las características analizadas en el presente apartado, se basan en las particularidades que definen a la empresa que hace la LOEP, puesto que éstas permiten crear parámetros de comparación iguales. El segundo y tercer inciso del artículo 315 de la Constitución de la República del Ecuador establece que

Las empresas públicas [...] 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, relaciones o asociadas de carácter público, en niveles que garanticen su desarrollo [...]<sup>57</sup>.

Tomando en cuenta las características que la Constitución establece sumadas a las que la definición de la LOEP también contempla (personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión) se puede determinar las siguientes características:

#### **1.2.2.1. Personalidad jurídica propia**

---

<sup>56</sup> J. Garrigues. *Curso de Derecho Mercantil*. 7ª ed. México: Editorial Porrúa, S.A., 1977. p. 169.

<sup>57</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 315. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

La personalidad jurídica, vista como la aptitud legal para ser sujeto de derechos y obligaciones, por sí mismo, distingue al titular de la empresa, en este caso del Estado, de la empresa misma. Pero cabe apuntar la aclaración hecha por Agustín Madrid Parra al respecto ya que explica que tal distinción (independencia), debe “[...] ser entendida en un sentido jurídico formal, en cuanto que tiene una personalidad jurídica propia, pero no en cuanto que se sustraiga al mandato de los órganos de decisión administrativos de los que por adscripción dependa [...]”<sup>58</sup>.

En cuanto a las empresas privadas se refiere, tanto la sociedad anónima como la compañía limitada cuentan con personalidad jurídica propia. De ahí que se puede afirmar que la compañía *per se* es distinta a los socios que la conforma, independientemente. La personalidad jurídica propia de la empresa se demuestra en las normas de la Ley de Compañías, por ejemplo el artículo 93 que establece que “[!]a compañía de responsabilidad limitada es siempre mercantil, pero sus integrantes, por el hecho de constituirla, no adquieren la calidad de comerciantes”.

Asimismo, es el caso expuesto por el tratadista español, Garrigues, cuando sostiene que la “[...] consecuencia de esta construcción [es que] los cambios de titular no tienen significación para la subsistencia de la empresa [...]”<sup>59</sup>.

La legislación ecuatoriana sí establece que la empresa pública debe tener personalidad jurídica propia, para considerarse como tal. A diferencia de otras legislaciones, como la alemana o la italiana, como lo ejemplifica el tratadista Alberto Alonso Ureba, que centran la determinación de empresa pública en la actividad que realiza. Es decir,

[d]etrás de la diferenciación estructural u organizativa de la empresa pública respecto de la Administración general, lo que realmente hay es una «exigencia funcional» a la que puede servir suficientemente la fórmula de «empresa-órgano» [...], pues lo esencial no es tanto el elemento organizativo, sino la actividad [...], jugando aquel elemento en ocasiones un papel subordinado[...]”<sup>60</sup>.

Sin embargo, sectores de la doctrina francesa, italiana y española, ya advirtieron sobre la necesidad de que la empresa pública, más allá de realizar actividades productivas, debe contar con personalidad jurídica propia –coincidiendo con el caso ecuatoriano–, así como de una completa autonomía financiera y administrativa (decisiones) respecto a la Administración<sup>61</sup>.

---

<sup>58</sup> A. Madrid Parra. “La sociedad anónima pública, otras sociedades anónimas especiales y la fundación como empresario”. En: *Derecho Mercantil*. Guillermo J Jiménez (Coordinador). 8ª ed. Barcelona: Ariel Derecho. 2003. p. 547.

<sup>59</sup> J. Garrigues. *Curso de Derecho Mercantil*. 7ª ed. México: Editorial Porrúa, S.A., 1977. p. 169.

<sup>60</sup> A. Alonso Ureba. *La Empresa Pública: Aspectos jurídico-constitucionales y de Derecho económico*. *Op. cit.*, p. 249.

<sup>61</sup> *Id.*, p. 250.

### **1.2.2.2. Sociedad de derecho público**

Las empresas privadas, más allá de regirse por la Constitución, tienen su marco regulatorio en la Ley de Compañías, para temas de su organización, y societarios en general. En materia laboral, por ejemplo, deben acogerse a las disposiciones establecidas en el Código del Trabajo. A fin de cuentas, en la cotidianidad están sumidas en el derecho privado; en consecuencia, puede hacer todo aquello que no está prohibido en la ley, siempre sujetándose al control de un ente estatal como lo es la Superintendencia de Compañías, para el caso ecuatoriano. Sin embargo, es necesario aclarar que, que el régimen legal –en temas específicos– que les aplica también dependerá del bien o servicio proporcionado por la empresa privada; esto debido a que algunos de bienes y servicios requieren de una regulación específica por sus características y finalidades, como pueden ser el sector de las telecomunicaciones.

Las empresas públicas, conforme lo establece el artículo 225 de la Constitución de la República, conforman el sector público. Pese a desarrollar una actividad económica que puede estar dentro de aquellas desempeñadas por el sector privado, las empresas públicas en el Ecuador –tomando en cuenta que no hay distintos tipos como en casos extranjeros– deben sujetarse a las disposiciones de la misma Constitución y a las de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, en primer orden. Esta característica marca una diferencia sustancial con respecto a una de las empresas estatales más comunes en otras legislaciones como es el caso de las Sociedades Anónimas cuyo único accionista el Estado, o es el accionista mayoritario. Este tipo de empresas, queda sujeta al régimen privado para su actuación, simplificando al mínimo las complicaciones burocráticas y legales propias de la estructura rígida de las entidades que cuentan con normas del derecho público y control; ello, les permite actuar con mayor agilidad y eficacia dentro del mercado.

### **1.2.2.3. Autonomía financiera, económica y de gestión**

Esta característica atañe más a las empresas públicas que a las privadas, por su consistente relación con la Administración Pública, sea central o local. Sin embargo, se aplica a la empresa privada en virtud de que la empresa tiene una personalidad jurídica propia y un patrimonio propio, particularidad que se topará más adelante.

La autonomía financiera, económica y de gestión de la empresa privada tiene como antecedente la finalidad propia de este tipo de actividad económica: generar una ganancia. Además, ésta se ve reflejada en la estructura organizacional que tiene, en el común de los casos. Pues, los órganos colegiados – de Gobierno y

Administración, en caso de haberlo (Junta de Accionistas o Socios y Directorios)– son los que se encargan de velar por la autonomía de la empresa, ante posibles interferencias tanto de los socios/accionistas como de personas exógenas a la sociedad. Sin duda, la empresa privada se rige por la voluntad de los socios representada en la Junta de Socios/Accionistas; pues, a la larga, su voluntad de aportar en el Capital de la compañía debe verse reflejada en su desempeño, pero esto siempre será velando la independencia que existe entre ésta y los titulares del Capital de la misma.

Como se mencionó anteriormente, la personalidad jurídica propia con la que operan las empresas públicas no necesariamente implica la autonomía operativa. Sin embargo, lo que procura esta característica es que la empresa pública se maneje efectivamente como empresa y no como una entidad pública más de la Administración que presta servicios a la sociedad. Por ende, la autonomía financiera exige que se dé una separación patrimonial frente a la Administración, de tal forma que, el patrimonio de la empresa no se obtenga coactivamente sino por su operación en el mercado mismo<sup>62</sup>.

[...] Esta actividad de producción con destino al mercado y sometida a las leyes del mercado es, a su vez, lo que permite distinguir la actividad económica asistencial o de las que se denominan [sic] «domésticas» de la Administración en el sentido de destinarse a su autoabastecimiento [...]<sup>63</sup>.

La autonomía financiera, por lo tanto, es una de las características que permiten sostener que, cualquiera sea su objeto, debe tener independencia financiera de la Administración y debe tener los mismos parámetros financieros y contables –sobre todo cuando se trata de empresas públicas que realizan actividades que normalmente las efectúa el sector privado– que el resto del mercado. No obstante, tomando en cuenta que la titularidad de la actividad radica en el Estado, Alonso Ureba advierte que también debería someterse a un régimen especial de contabilidad pública; así como también la Administración debe tener, a final de cuentas, responsabilidad en cuanto a la administración financiera y contable<sup>64</sup>. Como es el caso del régimen privado en el que las empresas deben demostrar eficiencia para poder cumplir con su obligación en relación a los accionistas y otros grupos de interés.

La autonomía de decisión, relacionada con la operativa, implica que la empresa tenga la capacidad e independencia de actuar y planificar en observancia del mercado, conforme a prácticas gerenciales y de buen gobierno corporativo. Esto

---

<sup>62</sup> *Id.*, p. 254.

<sup>63</sup> *Ibíd.*

<sup>64</sup> *Id.*, p. 255.

obligaría, en principio, que las empresas públicas prescindan de toda incidencia o práctica política que pueda restar valor a su accionista que es el Estado<sup>65</sup>. Empero, es importante tomar en cuenta la realidad al respecto, ya que como se ha mencionado anteriormente la empresa pública es un instrumento para que el Estado alcance sus objetivos, pero que también depende de la orientación que el gobierno tenga para existir. En consecuencia, resulta ajeno a la realidad afirmar que las empresas públicas no funcionan conforme las intenciones de los gobiernos seccionales o central. Pero lo más óptimo es lograr que éstas no interfieran en el desempeño de la empresa, para garantizar el cumplimiento de sus fines con independencia, eficacia y conforme a las normas del mercado en el que operan. A pesar de lo expuesto, autores como Miguel Acosta Romero, sostienen que una de las características de la empresa pública, precisamente es “que la empresa se encuentra vigilada y controlada en su actividad por el Estado, pudiendo señalar éste las orientaciones de la misma”<sup>66</sup>.

#### **1.2.2.4. Patrimonio propio**

Esta característica hace referencia al atributo que tienen las personas, naturales y jurídicas –privadas y públicas– de tener el conjunto de derechos y obligaciones apreciables en dinero.

Como afirma Joaquín Garrigues, la empresa

[...] es un patrimonio autónomo, distinto del patrimonio civil del comerciante, definido por su finalidad y cerrado en sí mismo; tiene su administración propia; suele tener [...] una especial representación y tiene siempre capacidad para las relaciones jurídicas (de crédito y deuda) frente a terceros [...]<sup>67</sup>.

El patrimonio de la empresa pública es conformado con el aporte, cualquiera sea su elemento de capital, del Estado o Administración. Sin embargo, como se da en las sociedades de derecho privado, el patrimonio es independiente al de sus socios o accionistas; en este caso, el patrimonio es distinto de la Administración que haya promovido su constitución. Además, relacionando esta característica con las anteriores, cabe mencionar que el patrimonio va de la mano con la autonomía financiera y la personalidad jurídica propia con la que la empresa pública cuenta. Pues, de lo contrario no se entendería que una empresa pueda tener su propia decisión y administración, si no está en sus manos el patrimonio con el que cuenta para operar. Conforme a lo establecido en el artículo 38 de la LOEP,

---

<sup>65</sup> OECD (Organisation for Economic Co-Operation and Development). *OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises*. Francia, 2005. Disponible en: <http://www.oecd.org/corporate/corporateaffairs/corporategovernanceofstateownedenterprises/34803211.pdf> (acceso: 1/10/2012).

<sup>66</sup> M. Acosta Romero. *Compendio de Derecho Administrativo Parte General*. Óp. cit., p. 233.

<sup>67</sup> J. Garrigues. *Curso de Derecho Mercantil*. Óp. cit., p. 171.

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.

A pesar de las características enunciadas en la ley, la doctrina también ha establecido otras características que resultan aplicables a la realidad normativa del Ecuador:

#### **1.2.2.5. Finalidad de lucro**

Por principio, las empresas privadas buscan desarrollar una actividad económica para obtener a cambio ganancias en un determinado periodo de tiempo; es decir, las empresas privadas tienen como finalidad la consecución de un lucro. El interés de asociación de socios o accionistas para constituir una sociedad o empresa, en el ámbito privado, lleva implícito la finalidad de generar recursos, no solo para garantizar el auto financiamiento y sostenibilidad de la empresa sino para los mismos socios, sea a través de la repartición de utilidades o del engrosamiento de su participación en el capital (a partir de la recapitalización de utilidades).

Los organismos del Estado –entre éstos, las empresa públicas– no buscan generar ganancias y riqueza a través del desempeño de sus actividades; sino atender las necesidades sociales para la consecución del bien común para toda la sociedad, más allá de la rentabilidad lograda por su operación.

Pero resulta poco adecuado afirmar que las empresas públicas, que gozan de personalidad y patrimonio propio, así como de autonomía financiera y económica, no busquen conseguir ganancias para garantizar estas características. Por ello, es mejor sostener que las empresas públicas no buscan generar riqueza para quienes la administran o para su titular, pero sí los ingresos suficientes para que puedan auto - gestionarse a través del un manejo económico y financiero adecuado que responda a principios de eficiencia y los demás establecidos en la LOEP<sup>68</sup>. En consecuencia, resulta improcedente la repartición de utilidades o excedentes generadas de la gestión empresarial entre el talento humano –de acuerdo a lo establecido en el artículo 25 de la LOEP–, teniendo que ser reinvertidas en la misma empresa o conforme lo establece la misma ley –artículo 39, inciso 3ro–.

#### **1.2.2.6. Interés público**

La conformación de una empresa pública responde al interés público o general. Esto es lo que marca una gran diferencia frente a la empresa privada que responde al interés que los particulares quieran atender, siempre y cuando ello no contravenga la

---

<sup>68</sup> El artículo 39 de la LOEP dispone que “Las empresas públicas deberán propender que a través de las actividades económicas que realicen se generen excedentes o superávit, los que servirán para el cumplimiento de los fines y objetivos previstos en el artículo 2 de esta Ley”.

ley, la moral y las buenas costumbres. No obstante, la Constitución del Ecuador no establece literalmente –como es el caso de la Constitución Española (a la que se refiere en la cita anterior)– que las actuaciones y la empresa misma debe responder al interés público. Sin embargo, tanto la Constitución ecuatoriana como la LOEP establecen que las empresas públicas se constituirán “[...] 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”<sup>69</sup>. Las políticas correspondientes a la prestación de los servicios públicos, conforme se entiende del artículo 85 de la Constitución de la República, deben hacer prevalecer el interés general sobre el particular<sup>70</sup>. Con respecto a la gestión de los sectores estratégicos, el artículo 314 del mismo cuerpo normativo, establece que los sectores estratégicos, “[...] de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social”<sup>71</sup>. En consecuencia, a través de la lectura global de la Constitución se puede comprender que las empresas públicas, encargadas de la gestión de los sectores públicos y prestación de servicios públicos, deberán operar con miras al interés general de la sociedad ecuatoriana. En apoyo a esta idea el autor español Luciano Pareja Alfonso sostiene que “[...] todas las actuaciones de los órganos de la administración pública deben responder al interés público que en cada caso y necesariamente siempre ha de concurrir [...], tanto si se trata de actos de autoridad como de actuaciones empresariales [...]”<sup>72</sup>.

[...] todas las actuaciones de los Organos [sic] de la Administración Pública deben responder al interés público que en cada caso y necesariamente siempre ha de concurrir [...], tanto si se trata de actos de autoridad, como de actuaciones empresariales [...]<sup>73</sup>.

---

<sup>69</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 315, inciso 1ro. Registro Oficial 449 del 20 de octubre del 2008.

<sup>70</sup> Art. 85.- La formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución, se regularán de acuerdo con las siguientes disposiciones: [...] 2. Sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto. En: Constitución de la República del Ecuador, artículo 85, numeral 2. Registro Oficial 449 del 20 de octubre del 2008.

<sup>71</sup> Constitución de la República del Ecuador, artículo 314, inciso 2do. Registro Oficial 449 del 20 de octubre del 2008.

<sup>72</sup> L. Pareja Alfonso. “Servicios Públicos y Servicios de Interés General: La renovada actualidad de los primeros”. En: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. p. 494. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2544/20.pdf>

<sup>73</sup> J. de la Cruz Ferrer. *Apuntes de Derecho Público Económico, La intervención pública en la Economía y en la empresa*. Óp. cit., p. 240.

Nada queda establecido en la Constitución con respecto a la operación de las empresas públicas que desarrollan otras actividades económicas, que no están enmarcadas en los dos supuestos anteriores. Entonces, ¿qué sucede con las empresas que, siendo públicas, realizan actividades económicas que no corresponden a la provisión de servicios públicos o a la gestión de sectores estratégicos? Como se han mencionado, en el caso de España, esta iniciativa pública en la actividad económica está justificada cuando así lo exigiere el interés particular<sup>74</sup>. En igual sentido, la legislación chilena ha establecido que el Estado y sus organismos pueden desarrollar actividades empresariales<sup>75</sup>; tomando en cuenta que la Administración – dentro de la que están consideradas las empresas del Estado– tiene como finalidad promover el bien común atendiendo las necesidades públicas<sup>76</sup>.

Tampoco puede acotarse, de la estricta lectura del texto constitucional y de la LOEP<sup>77</sup>, que aquellas actividades económicas que pueden desarrollar las empresas públicas a las que se hace referencia, deben cumplir con principio de subsidiaridad. Este principio, debe ser entendido como la justificación

[...] de la actividad empresarial del Estado solamente respecto de aquellos rubros en que la satisfacción de la demanda de bienes o servicios sea necesaria socialmente, y copulativamente, no esté siendo satisfecha por los particulares, ya sea porque estos [sic] no puedan o simplemente porque no quieran hacerlo<sup>78</sup>.

Por ende, la legislación ecuatoriana deja una ventana abierta la Administración –a todo nivel– para que pueda constituir las unidades económicas que estime necesarias para cubrir un sector del mercado que puede o no estar desarrollado por la iniciativa privada. Debido a la proveniencia de los bienes y fondos para conformar las empresas estatales, resulta importante considerar que siempre habrá que justificar, en algún grado –incluso el mínimo que pueda ser– el interés público de la actuación empresarial del Estado.

---

<sup>74</sup> Constitución Española, artículo 128, numeral 1. Disponible en: <http://www.boe.es/aeboe/consultas/enlaces/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>

<sup>75</sup> Constitución Política de la República de Chile, artículo 19, numeral 21°, inciso 2do. Disponible en: [http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion\\_Chile.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Chile.pdf)

<sup>76</sup> Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Artículo 3, inciso 1ro. Disponible en:

[www.sepchile.cl/SepWebNeo/CONTROLS/NEOCHANNELS/Neo\\_CH6165/Deploy/ley\\_18575\\_bases\\_grales\\_admdel%20estado.pdf](http://www.sepchile.cl/SepWebNeo/CONTROLS/NEOCHANNELS/Neo_CH6165/Deploy/ley_18575_bases_grales_admdel%20estado.pdf)

<sup>77</sup> Sin embargo, se podría tomar en cuenta el Considerando establecido en el segundo párrafo del Preámbulo de la Ley de Modernización del Estado, para establecer que el estado participa en una actividad económica, distinta a la gestión de sectores estratégicos o a la prestación de servicios públicos. Pues se establece “[q]ue el Estado Ecuatoriano ha auxiliado a la empresa privada cuando ésta se ha visto imposibilitada de continuar en la explotación de actividades empresariales, razón por la cual ha debido tomar a su cargo la explotación de dichas actividades [...]”.

<sup>78</sup> D. Pardow Lorenzo y R. Vallejo Garretón. “Derribando mitos sobre el estado empresario”. En: Revista chilena de derecho, v.35 N°1, pp.135-136 (versión online). Disponible en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372008000100006&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372008000100006&script=sci_arttext)

### **1.2.2.7. Conformación Capital Social**

El Capital Social es aquel que la compone parte del patrimonio de la empresa y representa la participación de quienes conforman la misma y que se integra con los aportes en numerario y/o en especie de quienes la conforman. De acuerdo a lo establecido en el la LOEP, cuando el Estado participa en la constitución de una sociedad mercantil esta siempre será pública. En consecuencia, si dentro de la conformación del capital existe aportes por parte del Estado, y éste se identifica como parte del capital social, la empresa es pública.

Por el contrario, y en consecuencia de lo establecido en el LOEP, una empresa es privada si dentro de su conformación del capital social cuenta únicamente con aportes de personas, naturales o jurídicas, de naturaleza privada.

### **1.2.3. Tipos**

Las empresas tienen distintas formas para poder alcanzar el fin para el que fueron creadas. No obstante, cuando se trata de empresas privadas la diferencia es básicamente en su estructura societaria. Y, cuando se trata de empresas públicas pueden diferenciarse en cuanto a la actividad que realizan. Estas ideas son las que se revisaran a continuación en esta sección.

#### **1.2.3.1. Empresas Privadas**

Las empresas privadas, cuando han sido legalmente constituidas, pueden ser sociedades de personas o de capital. Las primeras son la Compañía en Nombre Colectivo, Comandita Simple y Comandita por Acciones –sociedades en las que no se distingue el capital de los socios del capital de la compañía–. Las segundas son la Compañía de Responsabilidad Limitada y la Sociedad Anónima, ambas sociedades son las más recurridas dentro la realidad económica-jurídica ecuatoriana, debido a que hay un límite de su responsabilidad hasta por el monto de su participación en el capital social. Tanto las compañías personalistas como las de capital, distinguidas en líneas anteriores, están regladas por la Ley de Compañías vigente a partir de su publicación en el Registro Oficial 312 del 5 de noviembre de 1999. En la presente tesina, no se hará mayor hincapié en la diferenciación de los tipos de ‘empresas’ privadas, en virtud de que no tiene relevancia en el trabajo.

#### **1.2.3.2. Empresas Públicas**

Más allá de las clasificaciones que pueden recibir las empresas públicas de acuerdo a su conformación en el capital accionario o a la normativa –privada o pública– que les aplica, resulta determinante para el presente trabajo establecer cuáles son los dos tipos de empresas públicas de acuerdo a las actividades que

realizan u objeto que tienen. Las empresas públicas pueden servir como herramientas del Estado para diferentes funciones. Sosa Wagner sostiene que éstas pueden ser:

- a) La gestión de servicios públicos.
- b) La lucha antimonopolística o contra los estrangulamientos en sectores esenciales de la economía.
- c) Pueden servir para proteger las industrias que, dadas las características, son claves para la independencia nacional, por lo que no pueden caer en manos del capital extranjero.
- d) Como instrumentos al servicio de la planificación económica.
- e) Como arma contra la depresión económica y a favor del desarrollo de las regiones deprimidas o subdesarrolladas.
- f) Por fin, en el ámbito de la integración económica internacional, también han de jugar un papel relevante, a la vista de su importancia en los países desarrollados.<sup>79</sup>

La descripción citada anteriormente permite observar que las empresas públicas pueden constituirse con distintas finalidades. Entre éstas, la de prestar servicios públicos de interés general u otro tipo de servicios.

Conforme a lo establecido en el artículo 315 de la Constitución de la República 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”<sup>80</sup>. Este mismo artículo, por consiguiente, permite establecer una diferenciación del tipo de actividades que las empresas públicas pueden realizar. Aquellas empresas que desarrollan actividades de gestión de los sectores estratégicos quedarían abarcadas dentro de las empresas públicas que desarrollan servicios públicos de interés general ya que la Constitución ha establecido un rango de importancia por su influencia económica, social, ambiental y política que la mencionaremos más adelante.

Con estos antecedentes, a continuación se analizará los dos tipos de empresas públicas. El primer tipo, corresponde a aquellas empresas públicas que prestan servicios públicos de interés general. El segundo tipo atañe a las empresas públicas que realizan cualquier tipo de actividades económicas.

Las empresas públicas que prestan servicios de interés general, de acuerdo a lo que establece la ley, son aquellas que el Estado está obligado a constituir con el fin de atender al interés nacional, o bien puede delegar la participación a empresas mixtas o privadas, excepcionalmente, conforme dispone el artículo 316 de la Constitución de la República. Por lo general, este tipo de prestaciones debe darlas el Estado ya que éste garantiza que su provisión responda a principios de obligatoriedad, generalidad,

---

<sup>79</sup> A. Serra Rojas. *Derecho Administrativo doctrina, legislación y jurisprudencia*. 20ª ed. México: Editorial Porrúa, 1999. p.832.

<sup>80</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 315, inciso 1ro. Registro Oficial 449 del 20 de octubre del 2008.

uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad.

De acuerdo al criterio funcional, que es el que más se acerca a la determinación constitucional, servicio público se determina en la medida en que su cumplimiento satisfaga una necesidad de interés general; sin importar quién sea el ente que realice dicha actividad, pudiendo ser público o privado. Dicho de otra manera, “[...e]l carácter público de un servicio dado lo imprime la naturaleza de a necesidad a satisfacer mediante la prestación del servicio respectivo; si se trata de una necesidad de carácter general [...] el servicio sera [sic] público”<sup>81</sup>. Por ende, el criterio funcional se basa en la finalidad que debe cumplir el ejercicio de la actividad, mas no la naturaleza del órgano que presta o, en un principio, el régimen especial que determina el carácter de servicio público. Este criterio lleva a considerar la dificultad de lo que implica ‘necesidad pública’. Habrá que sostener, al respecto, que se trata de aquellas necesidades de las cuáles depende el desarrollo y progreso de la colectividad<sup>82</sup>, de allí su trascendencia.

En contraste con las empresas descritas en el párrafo anterior existen las empresas públicas que realizan cualquier tipo de actividad económica y que, normalmente, han sido gestionadas por empresas del sector privado. Dejando de ser actividades económicas estratégicas, de interés general o servicios públicos. En estos casos, la empresa pública deja de prestar los bienes y servicios de manera monopólica participando en el mercado con otras empresas del sector privado. Las razones de su participación en estos mercados, como lo afirma Sosa Wagner citado al inicio del apartado, son diversas. Pueden ser creadas con el fin de dinamizar el mercado, creando un nuevo competidor, creando beneficios para el consumidor así como para el mercado en sí.

En nuestro país, este tipo de empresas puede ejemplificarse en algunos casos como lo es Tame Línea Aérea del Ecuador, la Empresa Pública Cementera del Ecuador, Empresa Pública de Farmacos - Enfarma EP, Empresa Pública Televisión y Radio De Ecuador EP – RTVECUADOR, entre otras<sup>83</sup>.

Como se ha examinado a lo largo de este capítulo, el Derecho de Competencia es una herramienta legal que pretende proteger el dinamismo y las susceptibilidades del

---

<sup>81</sup> J. Fernández Ruiz. *Derecho Administrativo (Servicios Públicos)*. México: Editorial Porrúa S.A., 1995. p. 68.

<sup>82</sup> *Ibíd.*

<sup>83</sup> Información obtenida del Catastro de Empresas Públicas, publicado por la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo SENPLADES. Disponible en: <http://www.senplades.gob.ec/web/senplades-portal/catastro-de-instituciones> (mayo, 2011)

mercado. A través de distintos mecanismos, el Estado puede intervenir en la economía de un país. No obstante, el Derecho de Competencia es el que permitirá frenar los abusos derivados de los poderes económicos, adecuándose a la realidad del mercado. Pues lo que pretende no es impedir la entrada de competidores o el crecimiento de los mismos, sino la protección del mercado en sí –espacio en el que confluyen las libertades de entrada y de escogencia.

En un mercado, no solo participan personas –naturales y jurídicas– privadas. Por el contrario, los organismos e instituciones que conforman el sector público, participan diariamente en éste. En este sentido, tiene tres formas de actuar: 1. como un demandante u oferente de bienes y/o servicios; 2. como regulador, creando los parámetros y políticas económicas que influyen en el desarrollo del mercado; y, 3. Como autoridad de competencia a través de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado. Por consiguiente, las empresas estatales son un claro ejemplo de cómo el sector público es un operador más en el mercado. De ahí que sea importante analizar la aplicación de la normativa de competencia en estos agentes económicos, con el fin de identificar si sus peculiaridades pueden generar una distorsión en el mercado, que termine afectando a la libre competencia.

## CAPÍTULO 2

### ANÁLISIS NORMATIVO: Derecho de la Competencia

#### 2.1. Constitución de la República del Ecuador

La Constitución de la República del Ecuador como el cuerpo normativo supremo establece, de manera general, los principios relativos a la política de Estado, política social y política económica. De ahí su relevancia para poder entender las normas en vigencia referentes a los mercados, y más precisamente, al régimen de competencia en el Ecuador.

La Constitución actual se rige por el principio de libre mercado, conforme lo demuestran las disposiciones establecidas en la misma. Sin embargo, este principio siempre va de la mano del control e intervención por parte del Estado, acorde a la política económica establecida en nuestro país. Por un lado, el artículo 66, numeral 15 da la primera pauta con respecto a la afirmación enunciada, pues establece que las personas, tenemos derecho a “[...] desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental”<sup>84</sup>. Y, por otro lado, el artículo 335 del mismo cuerpo legal establece que:

El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos.<sup>85</sup>

Con este antecedente, -entrando directamente a la materia que atañe a esta tesina-, cabe mencionar que la misma Carta Magna establece la protección de

---

<sup>84</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 66, numeral 15. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

<sup>85</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 335. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

mercado con el fin de que el sistema económico, fomentado por ésta, “[...] propend[er] a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado [...]”<sup>86</sup>. Por tanto, existe una íntima relación entre libertad de empresa y libertad de competencia que justifica la necesidad de una disposición legal en la materia, que sea propio del estado ecuatoriano. “El mercado debe quedar garantizado no de manera ficticia, sino real. [...] la libertad de empresa debe respetar las reglas de competencia real [...] de lo contrario] se está haciendo un mal uso de de libertad de empresa [...]”<sup>87</sup>.

La limitación a la plena libertad de mercado, enmarcada dentro de las disposiciones constitucionales ya citadas, tiene su asiento en el numeral 6 del artículo 304 de la Norma Suprema ya que ésta dispone que la política comercial tiene, entre otros objetivos, el de “[e]vitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados”<sup>88</sup>. Del artículo citado, se puede colegir que la prohibición expresa de prácticas monopólicas y oligopólicas está consentida, en principio, para el caso de actores privados del mercado. Ello debido a que existen prácticas restrictivas a la competencia como lo son los monopolios estatales derivados de un monopolio natural que son comúnmente aceptados en beneficio del mismo mercado y del consumidor, en resumidas cuentas.

Para entender esto, resulta imprescindible mencionar que conforme a la actual Constitución el sistema económico, que fomenta el régimen de competencia, es parte del Régimen del Desarrollo para el Buen Vivir. Es decir, tanto el sistema económico, así como la disposición y excepción tácita contenida en el numeral 6 del artículo 304, tienen por objeto garantizar que los ciudadanos alcancemos los derechos propios del *sumak kawsay*. En base a este nuevo modelo de desarrollo queda también justificada la intervención del Estado en la economía, no solo como un generador de políticas, controlador o regulador, sino también como un actor más, a través de entidades públicas que prestan bienes y servicios en atención a las principales necesidades de los habitantes; y, en otros casos, como productor de bienes y servicios en competencia con otros actores del mercado.

Los objetivos de la política económica, siempre enmarcados en los enunciados del Régimen de Desarrollo, también determinan una medida con respecto a la política de competencia. Es así que:

---

<sup>86</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 283. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

<sup>87</sup> G. Ariño Ortiz. *Principios de Derecho Público Económico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p.261.

<sup>88</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 304, numeral 6. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

[...] el artículo 284 de la Constitución de la República establece los objetivos de la política económica, entre los que se encuentran: el asegurar una adecuada distribución del ingreso y de la riqueza nacional; incentivar la producción nacional, la productividad y competitividad sistémicas, la acumulación del conocimiento científico y tecnológico, la inserción estratégica en la economía mundial y las actividades productivas complementarias en la integración regional; y, mantener la estabilidad económica, entendida como el máximo nivel de producción y empleo sostenibles en el tiempo.<sup>89</sup>

El régimen de competencia, como se ha afirmado en el capítulo precedente, es producto de la regulación económica. De ahí que el sistema económico, sus principios y objetivos, establecidos en la Constitución de la República fueron determinantes para la formulación y promulgación de la LORCPM.

## **2.2. Norma Comunitaria**

Previo a la expedición de la Ley Orgánica de Regulación de Poder de Mercado (octubre del 2011), la única norma en materia de libre competencia fue la Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones expedida en marzo del 2005 y en vigencia en el Ecuador desde marzo del 2009 a través del Decreto Ejecutivo 1614<sup>90</sup>, el mismo que también determinó su forma de aplicación.

### **2.2.1. Objetivo**

De manera muy puntual, la normativa comunitaria en materia de libre competencia instrumentada en la Decisión 608 establece que su objeto es “[...] la protección y promoción de la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina, buscando la eficiencia en los mercados y el bienestar de los consumidores”<sup>91</sup>. El descrito es un objeto que claramente establece el propósito general y va de la mano con la concepción mencionada en el capítulo anterior sobre el Derecho de Competencia. No ahonda en particularidades de cuáles son las prácticas que pretende evitar, sancionar o qué comportamientos busca fomentar. En esta medida, la determinación para la aplicación de esta norma comunitaria se definirá en tanto en cuanto afecte la libre competencia, evitando la eficiencia de los mercados y el bienestar de los consumidores. A su vez se buscará la aplicación de la norma en cuestión para promover la competencia, animando la eficiencia de los mercados y el bienestar del consumidor.

Ahora bien, como es el caso de la Unión Europea, la Decisión 608 busca su objetivo dentro del territorio de sus Países Miembros. La norma comunitaria en materia

---

<sup>89</sup> Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Considerando. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre 2011.

<sup>90</sup> Normas para la aplicación de la Decisión 608 de la CAN. Registro Oficial 558. 27 de marzo del 2009.

<sup>91</sup> Decisión 608 de la Comunidad Andina (2005). Artículo 2.

de competencia, pretende evitar que las prácticas anticompetitivas, que puedan contradecir el objeto antes planteado, trasciendan las fronteras de sus Países Miembros y perjudiquen el mercado comunitario<sup>92</sup>.

### **2.2.2. Ámbito de aplicación**

En un inicio la Decisión 608 fue la norma que rigió internamente en materia de regulación de competencia en el Ecuador, a pesar de que tuvo corto tiempo de aplicación. Pero, a partir de la expedición de la LORCPM la norma comunitaria dejó de ser el instrumento para aplicación de casos locales, pues en la Disposición Transitoria 15ª de la LORCPM se deroga expresamente el Decreto Ejecutivo 1614 de la Comunidad Andina de Naciones.

La Decisión 608 es norma aplicable para todos los Países Miembros de la Comunidad Andina, independientemente de las legislaciones propias sobre la materia, pese a que deben ser concordantes. Una norma comunitaria de este tipo, como se establece en su Considerando, reconoce la necesidad de una regulación que tome en cuenta los efectos de la globalización y sus actuaciones a nivel subregional. De ahí que su ámbito de aplicación esté expresamente determinado en cuanto a territorialidad se refiere. En este sentido la Decisión 608 establece dos supuestos de las conductas que son objeto de su aplicación: la primera, son aquellas que practicadas en uno o más Países Miembros tengan efecto en uno o más Países Miembros, siempre y cuando la práctica no se origine y tenga efecto en un único país; y, la segunda, que esta conducta se origine en un país no miembro pero que tenga efectos en dos o más Países Miembros<sup>93</sup>. De lo expuesto se puede observar que la Decisión 608 es un instrumento que se aplica cuando las actuaciones de uno o varios agentes económicos tienen efectos en otros territorios de la subregión; dejando la aplicación y disposiciones de la ley nacional, en materia de competencia, para los casos en los que los actos y sus efectos sean puertas adentro.

En consecuencia, al ser una norma comunitaria, la Decisión 608 es superior a las disposiciones de la LORCPM y se aplicará en la medida en que los efectos de la actuación de uno o varios agentes económicos trascienda el territorio nacional perjudicando otro de la comunidad. Por ejemplo, si una empresa ecuatoriana con posición de dominio en Bolivia se reparte el mercado geográficamente con dos empresas más que participan en el mismo mercado, impidiendo la participación de otras empresas, podrá ser investigada por la Secretaría General de la Comunidad

---

<sup>92</sup> Aspecto que se puede determinar de la lectura del Artículo 5 de la Decisión 608 y que se explicará en párrafos posteriores.

<sup>93</sup> Decisión 608 de la Comunidad Andina (2005). Artículo 5.

Andina de oficio o a petición de cualquiera de los sujetos descritos en artículo 10 del instrumento regional en análisis<sup>94</sup>.

### **2.2.3. Reglas de interés de la normativa comunitaria**

A pesar de que el ámbito y las situaciones para la aplicación de la Decisión 608, como se describe en el apartado anterior, están expresamente limitados a actuaciones que tengan efectos en otro territorio de la Subregión –entre los Países Miembros–, resulta importante destacar ciertas normas que están prescritas en este instrumento que sirven de guía para el análisis de interés de esta tesina y que tienen relación con las empresas públicas y el Régimen de Competencia.

El tercer artículo es el que da una pauta inicial, en su literal a), ya que establece que esta decisión comunitaria se basará, entre otros, en el principio de no discriminación que implica “[...] otorgar un trato igualitario a todas las personas naturales o jurídicas en la aplicación de las normas de libre competencia, sin distinción de ningún género”<sup>95</sup>. Para comprender qué constituyen las personas naturales o jurídicas, en el literal citado, es necesario referirse a la descripción establecida en el primer artículo de la Decisión que establece que el agente económico es “[...] toda persona natural o jurídica, de derecho público o privado, con o sin fines de lucro, que oferta o demanda bienes materiales o inmateriales, o servicios en el mercado, así como los gremios o asociaciones que los agrupen”<sup>96</sup>.

El principio de no discriminación contemplado en el artículo 3 de la Decisión 608 incluye a las empresas públicas dentro de las personas, naturales o jurídicas, que deben recibir un trato igualitario en relación al resto, en cuanto a la aplicación de la norma de competencia. Cabe mencionar que la norma de competencia, en este caso, será la Decisión y la legislación interna sobre la materia, en virtud de lo expresamente establecido en el encabezado del artículo<sup>97</sup>. En este sentido, cuando se trata de empresas públicas que gestionan actividades económicas sin reservarse la titularidad exclusiva para hacerlo, deben participar como un agente más en el mercado<sup>98</sup>. Aspecto que no es aplicable para las empresas públicas que prestan servicios

---

<sup>94</sup> Artículo 10.- La Secretaría General podrá iniciar investigación de oficio o a solicitud de las autoridades nacionales competentes en materia de libre competencia o de los organismos nacionales de integración de los Países Miembros, o de las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, organizaciones de consumidores u otras entidades cuando existan indicios de que éstos han realizado conductas que pudieran restringir de manera indebida la competencia en el mercado.

<sup>95</sup> Decisión 608 de la Comunidad Andina (2005). Artículo 3.

<sup>96</sup> Decisión 608 de la Comunidad Andina (2005). Artículo 1.

<sup>97</sup> El encabezado del artículo 3 de la Decisión 608 establece que “La aplicación de la presente Decisión, y la legislación interna de competencia de cada uno de los Países Miembros que resulte aplicable conforme a ella, se basarán en los principios de [...]”

<sup>98</sup> G. Ariño Ortiz. *Principios de Derecho Público Económico*. Óp. cit., . pp. 295-296.

públicos; pues como se ha mencionado éstas suelen tener mayor flexibilidad en cuanto a la aplicación de las normas generales, porque persiguen un objetivo distinto: el bienestar de los consumidores, que serán en su mayoría todos los nacionales.

### **2.3. LORCPM**

La LORCPM, publicada en el Registro Oficial Suplemento 555, el 13 de octubre del 2011, es la ley antimonopolio ecuatoriana, es decir, es la norma que controla los abusos e irregularidades del poder de mercado. Por décadas, el sector empresarial del Ecuador, así como las distintas legislaturas, buscaron la expedición de una ley de este tipo. Así, la LORCPM marcará un antes y un después en la realidad de los distintos mercados de productos y servicios del país.

#### **2.3.1. Objetivo y alcance de la LORCPM**

En materia de los objetivos concretos de la ley, el artículo 1 de la LORCPM, establece que su objeto es

evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.<sup>99</sup>

Del artículo citado, se despliegan cuatro objetivos concretos de la LORCPM que confluyen a un fin particular: buscar la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores. Los objetivos antes mencionados se ven reflejados más adelante en las definiciones establecidas en la misma ley a lo largo de su articulado, ya que constituyen en sí las actuaciones contrarias al libre mercado: objetivo macro que todo régimen de competencia debe tener.

En este punto es importante destacar el objetivo de la legislación estadounidense, que es la que marcó la pauta en materia de Derecho de la Competencia. Así, la primera ley sobre el tema, el Sherman Act prohíbe cualquier tipo de acuerdo que pretenda limitar la competencia así como el establecimiento de monopolios. La legislación americana, en materia de competencia se regula en distintas leyes, no obstante algunos autores consultados resumen el objetivo en el propósito de evitar los acuerdos restrictivos de la competencia y el apareamiento generalizado de monopolios<sup>100</sup>; todo ello con el ánimo de cuidar el bienestar del consumidor. De

---

<sup>99</sup> Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 1. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre 2011

<sup>100</sup> D.T. Armentano. *Antitrust and monopoly. Anatomy of a policy failure*. 2ª ed. Oakland, CA: The Independent Institute, 1999. p. 5.

acuerdo a Hovenkamp, hoy en día las distintas escuelas económicas de Chicago y Harvard, coinciden en que el fin ulterior de la regulación de competencia recae en la protección del bienestar de los consumidores, pese a que inicialmente consideraron que perseguía objetivos intenciones distintas. Cabe mencionar que, pese a existir una concordancia entre estas escuelas económicas con respecto al objetivo, la diferencia entre ellas radica en las herramientas y políticas para alcanzar este objetivo<sup>101</sup>. César Gíner Parreño, autor español, afirma que un punto de encuentro entre economistas de distintas tendencias, es que “[...] suelen contemplar la política de competencia como una de las principales políticas económicas”<sup>102</sup>, independientemente del modelo económico que planteen: si debe o no haber una mayor o menor intervención del Estado en la economía.

Así, de manera textual el Sherman Act no establece un objetivo concreto. No obstante, es su aplicación, a través, de la jurisprudencia –así como la doctrina local–, la que ha permitido comprender la finalidad de la aplicación del Derecho de Competencia, es decir, la protección a la libre competencia. En el caso americano el Derecho de Competencia, como parte del *common law*, se ha ido desarrollando a través de la jurisprudencia (*case law*), lo que ha permitido interpretar y aplicar el *Sherman Act* de conformidad con la realidad del mercado. Así por ejemplo en el caso de *Matsushita Electric Industrial Co., Ltd, Et Al. V. Zenith Radio Corp. Et Al*, la Corte Suprema de los Estados Unidos establece que el Derecho de Competencia debe ser aplicado de tal manera que no atente contra el bien jurídico protegido; lo que se puede obtener de la cita a continuación: “But cutting prices in order to increase business often is the very essence of competition. Thus, mistaken inferences in cases such as this one are especially costly, because they chill the very conduct the antitrust laws are designed to protect”<sup>103</sup>.

Ahora, lo expuesto se contrasta con la explicitud con la que tratan otras legislaciones los objetivos de sus normas de competencia. Así, la norma de competencia puede responder a distintos propósitos. Dependiendo del objetivo de la protección de la competencia, puede variar el contenido y alcance del derecho de iniciativa económica<sup>104</sup>. Tomando como referencia y ejemplo el caso europeo, éste ha tenido tres etapas. La primera, que tuvo lugar en la década de los sesenta del XX, se

---

<sup>101</sup> H. Hovenkamp. *The Antitrust Enterprise*. Cambridge: Harvard University Press, 2005. p. 31.

<sup>102</sup> L. Berenguer Fuster y otros. *La nueva legislación española ante la evolución del Derecho de la Competencia*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 51.

<sup>103</sup> Corte Suprema de los Estados Unidos. *Matsushita Electric Industrial Co., Ltd, Et Al. V. Zenith Radio Corp. Et Al*. No. 83-2004. s/f.

<sup>104</sup> L. F. Pace. *Derecho Europeo de la Competencia*. Trad. Paloma López-Canciller. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007. p. 61.

centró en la protección del mercado visto como una unidad y en evitar la creación de barreras entre los estados como producto del comportamiento de los particulares<sup>105</sup>. La segunda, se resume en la protección de la competencia efectiva y de la estructura del mercado, etapa que tuvo lugar entre la década de los setenta y noventa del siglo XX. Finalmente, la tercera, pasa de tutelar la estructura del mercado a tutelar la eficiencia del mismo, en beneficio del consumidor<sup>106</sup>.

En cuanto a ejemplos de legislaciones latinoamericanas, la argentina en los antecedentes y motivaciones de su anterior ley –Ley 22.262– que se mantiene en lo esencial en la actual –Ley 25.156–, estableció tres objetivos concretos de su régimen en la materia que nos atañe. Estos se resumen en los siguientes: “a) Lograr una mejor utilización de los recursos productivos; b) Evitar distorsiones en la distribución del ingreso nacional; c) Asegurar el libre funcionamiento de los mercados, sin necesidad de recurrir a la intervención directa del Estado en la Economía”<sup>107</sup>. Como parte del desarrollo del Derecho de Competencia, debido a su aplicación en este país, la nueva ley se ha permitido ir más allá enlazado sus objetivos a los principios establecidos en la Constitución en lo relacionado a la materia económica. En consecuencia, el régimen de competencia argentino, hoy en día pretende el bienestar del interés económico general buscando el “[...] funcionamiento de mercados competitivos, fluidos y transparentes [... a través de la] igualdad de oportunidades y de trato para los agentes económicos, sin discriminación, transparencia y libertad de ingreso al mercado [...]”<sup>108</sup>.

El fin del régimen de competencia colombiano, por otro lado, se establece a partir de su Constitución, y está entendido como la protección a la libre competencia. Así, el artículo 333 de la Constitución Política de Colombia de 1991 prescribe que:

La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. [...] El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.<sup>109</sup>

En consecuencia, conforme lo expresa el segundo artículo del Decreto 2153 de 1992 la legislación de competencia en Colombia pretende “[...] que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios; que las empresas puedan participar libremente en los mercados; y, que en el mercado exista

---

<sup>105</sup> *Id.*, p. 62.

<sup>106</sup> *Id.*, pp. 64-67.

<sup>107</sup> G. Cabanellas. *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia/1*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 2005. p. 41.

<sup>108</sup> *Ibíd.*

<sup>109</sup> Constitución Política (Colombia). Artículo 333. 4 de Julio 1991.

variedad de precios y calidades de bienes y servicios”<sup>110</sup>, de forma que se pueda alcanzar la eficiencia del aparato productivo. Al respecto, el autor colombiano Mauricio Velandia resume como bienes jurídicos tutelados del Derecho de Competencia, la libertad de elección por parte del consumidor, la libertad de entrada de nuevas empresas al mercado y la eficiencia del aparato productivo del país<sup>111</sup>. Por las razones expuestas se puede abstraer que el régimen colombiano, se rige por objetivos generales y centrados, fundamentalmente, en la libertad de mercado –desde el lado de la oferta y de la demanda–.

Los objetivos que abrigan las legislaciones citadas como ejemplo en párrafos anteriores, en general, buscan propósitos globales y enmarcados en la protección de principios económicos que rigen su sistema legal y económico. En pocas palabras, éstos pretenden alcanzar un libre mercado en el que los consumidores no sean perjudicados y que el mismo mercado sea eficiente con sus recursos. Aspiraciones que claramente contrastan con el caso ecuatoriano cuyos propósitos están establecidos en la LORCPM y son sumamente específicos y puntuales. La norma nacional al respecto menciona como objetivos lo que en otras legislaciones implican las prácticas restrictivas *per se*. Ahora, desde el punto de vista de esta tesina, ello implica un riesgo ya que hay actos que podrían ser juzgados de acuerdo a la literalidad de la ley mas no de acuerdo al propósito pleno de la regulación de competencia. Pues, cabe recordar que las actuaciones no están aisladas de una realidad económica sino que requieren ser analizadas y estudiadas dentro de un contexto de mercado, tratando de lograr las aspiraciones generales del Derecho de Competencia. El hecho de que el objeto de la ley esté tan delimitado como consta actualmente podría implicar que requiera de más reglas o excepciones para ser aplicada, en un futuro. Por lo tanto, será necesario que todos los actos y prácticas – que podrían afectar la competencia en un mercado– sean analizados en observancia de lo que establece el artículo 3 de la LORCPM con respecto a la primacía de la realidad para la aplicación de la Ley:

Para la aplicación de esta Ley la autoridad administrativa determinará la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico. La forma de los actos jurídicos utilizados por los operadores económicos no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos<sup>112</sup>.

---

<sup>110</sup> Decreto 2153 (Colombia). Artículo 2. 30 de Diciembre 1992.

<sup>111</sup> M. Velandia. *Derecho de la competencia y del consumo*. Óp. cit., p. 75.

<sup>112</sup> Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 3. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre 2011.

Al inicio del presente apartado se mencionó que los objetivos concretos de la ley –que resultan ser actuaciones restrictivas de la competencia, como hemos mencionado– conducen a un fin en particular: buscar la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores. Al respecto, es importante describir con brevedad cada uno de los puntos.

La eficiencia, en términos simples, implica producir al máximo con el fin de tener el menor costo. Es decir, es la “[...] utilización racional de los recursos para poder obtener resultados óptimos”<sup>113</sup>. La eficiencia en el mercado es también el objetivo principal plasmado en la legislación de competencia actual del derecho comunitario europeo, como en la mayoría de las legislaciones. Bajo esta finalidad, se buscará lograr la asignación de recursos del modo más eficaz<sup>114</sup>. La relación entre competencia y eficiencia es estrecha y directa. Pues, en una economía de mercado, la eficiencia es el resultado de la competencia ya que permite una formación adecuada del precio así como una correcta asignación de recursos. Es decir, “[...] en tanto la competencia sea posible en el mercado, o si ésta se puede introducir por medios externos por las comisiones, el resultado de operación de las empresas [...] es necesariamente eficiente”<sup>115</sup>.

Bienestar general y de los consumidores, que se presenta como el objetivo más común y principal de los regímenes de competencia, conlleva a que las necesidades de los consumidores sean satisfechas, sin que la adquisición de bien o servicio implique un deterioro de su economía. Es decir, que no exista una inadecuada distribución de la riqueza, entre el consumidor y el operador económico. De acuerdo a Aguilar Valdez el bienestar general y de los consumidores se alcanza a través de la eficiencia, ya que ésta da lugar a la maximización de recursos tanto de productores –oferentes– como de consumidores –demandantes–<sup>116</sup>.

El establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible va de la mano del comercio justo. Este precepto busca alcanzar todos los principios sostenidos en la Constitución de la República con respecto al Régimen de Desarrollo en cuanto al sistema económico se refiere. Es decir, es una manifestación legal del sistema económico plasmado en la Constitución de Monte Cristi.

---

<sup>113</sup> P.I. Bernal. “La eficiencia económica en los servicios públicos domiciliarios. Una búsqueda para Diógenes”. En: *Derecho Económico, Tomo IV*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. (pp. 11-26). p. 15.

<sup>114</sup> L. F. Pace. *Derecho Europeo de la Competencia*. *Óp. cit.*, pp. 64-67.

<sup>115</sup> P.I. Bernal. “La eficiencia económica en los servicios públicos domiciliarios. Una búsqueda para Diógenes”. *Óp. cit.*, pp. 16-17.

<sup>116</sup> O.R. Aguilar Valdez. “Competencia y regulación económica –lineamientos para una introducción jurídica a su estudio–”. *Óp. cit.*, pp.74-75.

Por otro lado, es importante poder determinar a quién aplica la LORCPM, conforme a sus propias disposiciones, para avanzar con el análisis de la presente investigación. Al respecto, el artículo 2 de dicho cuerpo normativo establece que

Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional [...]<sup>117</sup>.

Por consiguiente, del artículo citado, claramente se establece que entre los operadores económicos a los que rige la ley, están las personas jurídicas de derecho privado y público.

Como se mencionó en el capítulo precedente, entre las personas jurídicas privadas, se encuentran las sociedades mercantiles como lo son la sociedad anónima y la compañía limitada. En cuanto a las personas jurídicas de derecho público, es importante la referencia a la Constitución de la República en su artículo 225, que establece cuáles son los organismos y entidades que conforman el sector público:

1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.
2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.
3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.
4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.<sup>118</sup>

Las empresas públicas son aquellas entidades descritas en el numeral tercero del artículo citado, puesto que, como unidad económica, se dedican a desarrollar actividades económicas que pueden o no ser servicio público, de acuerdo al texto de la ley y a la coyuntura actual. Por lo tanto, se trata de personas jurídicas de derecho público a las que, efectivamente, les aplica la LORCPM, por regla general. Sin embargo, existen ciertas excepciones establecidas en la Ley antes referida que crean un régimen particular para este tipo de empresas del que se tratará más adelante.

### **2.3.2. Normativa aplicable a empresas o entidades públicas**

El objetivo principal de la sección a continuación es analizar cuál es la disposición general de la LORCPM con respecto a las empresas públicas, brevemente explicado en la sección anterior. Asimismo, busca determinar cuáles son aquellas normas particulares establecidas en la misma norma jurídica para este tipo de empresas. Y, por último, aclarar cuál es el régimen de ayudas públicas que puede aplicarse a las empresas de capital estatal.

---

<sup>117</sup> Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 2. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre 2011.

<sup>118</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 225. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

### 2.3.2.1. Regla general

El texto prescrito en el artículo 2 de la LORCPM, analizado en la sección anterior, permite aseverar que todas las normas contenidas en ella son aplicables tanto a los operadores económicos de derecho privado como a aquellos de derecho público, entre las que se incluyen las empresas públicas.

Por lo tanto, las empresas públicas son un operador económico más en el mercado al que aplica la regulación nacional de competencia, contenida en la LORCPM, su reglamento, así como también la Decisión 608. Adicionalmente, el artículo 4 de la LORCPM que establece los lineamientos para la aplicación de las normas contenidas en ésta, expresamente dictamina que “[...] se observarán los principios de no discriminación, transparencia, proporcionalidad y debido proceso”<sup>119</sup>. En consecuencia, se entiende que todas las actuaciones y actos provenientes de una empresa pública con ingerencia en mercado, serán susceptibles de aplicación de la ley de competencia nacional.

El principio de no discriminación a la que se refiere el inciso citado, en el párrafo anterior, no está aislado de aquel establecido en la Decisión 608 que tiene la misma finalidad: evitar la aplicación desigual de una misma norma de competencia a un operador económico por su naturaleza jurídica, cuando se encuentra en las mismas circunstancias que otro. Este principio fortalece lo establecido en el artículo 2 de la LORCPM y puede ser argumentado en caso de que una empresa privada que participa en el mismo mercado reciba un trato diferenciado, sin ningún justificativo real. En resumen, el principio de no discriminación implica la igualdad de las personas – naturales y jurídicas– ante la Ley.

En este punto resulta importante transportar el concepto de no discriminación que se aplica a las personas naturales –con respecto a la defensa de sus derechos–, a las empresas bajo la regulación de competencia. En el ámbito del Derecho Internacional se ha prevé que una distinción es discriminatoria

[...] cuando la distinción no tiene justificación objetiva y razonable. La existencia de tal justificación debe evaluarse en relación con la finalidad y los efectos de la medida involucrada, habida consideración de los principios que normalmente imperan en las sociedades democráticas.<sup>120</sup>

Por consiguiente, por regla general opera la no discriminación que solo puede ser vulnerada, en el caso de que la diferenciación cumpla con “(a) tener una justificación

---

<sup>119</sup> Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 4. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre 2011.

<sup>120</sup> A. F. Bayefsky. *El Principio de Igualdad o No Discriminación en el Derecho Internacional*. Trad.: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Disponible en: <http://www.programamujerescdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/18/46.pdf>. p.11.

objetiva y razonable; esto es, debe perseguir una finalidad legítima; y (b) debe existir una relación razonable de proporcionalidad entre la finalidad y el medio empleado para lograrla”<sup>121</sup>. El pronunciamiento de cortes internacionales pueden servir de guía para explicar de mejor manera el significado y “límite” de principio de igualdad ante la ley. La Corte Europea en el caso *Lithgow y otros vs. Reino Unido* argumenta que el principio antes dicho protege a las personas naturales y jurídicas que están en circunstancias análogas o similares, de un trato diferenciado<sup>122</sup>. Los principios establecidos en el Derecho Internacional<sup>123</sup>, que pueden transportarse para la aplicación del Derecho en general cuando se presentan las mismas circunstancias. Por lo tanto, esto permite sostener que el Estado no solamente debe evitar crear discriminaciones entre empresas públicas y privadas, sino que tiene la obligación positiva de proteger a las personas contra la misma, de acuerdo a la Observación general hecha por el Comité de Derechos Humanos, ya que

todas las personas no solamente son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección de la ley, sino que también se prohíbe cualquier discriminación en virtud de la ley y garantiza a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación [...].<sup>124</sup>

Si bien el principio general de la normativa de competencia es considerar a todos los operadores económicos iguales antes la ley, se presentan excepciones –como las que se revisará en más adelante en este capítulo. En este campo, la legislación comunitaria europea es la que ha tenido un relevante desarrollo, a partir de su tratado constitutivo. La razón fundamental de ello fue –y es– establecer una misma política para todos los países miembros con respecto a su regulación de competencia para poder alcanzar los objetivos del mercado común. El actual artículo 86 del Tratado de Amsterdam<sup>125</sup> establece que:

1. Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 12 y 81 a 89, ambos inclusive.
2. Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general

---

<sup>121</sup> A. F. Bayefsky. *El Principio de Igualdad o No Discriminación en el Derecho Internacional*. Óp. cit., p.12.

<sup>122</sup> *Ibíd.*

<sup>123</sup> Principios que han sido desarrollados en sentencias, opiniones y recomendaciones a nivel interamericano y europeo, por ejemplo.

<sup>124</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, párr. 1. En: O'Donnell, Daniel. *Derecho Internacional de los derechos humanos*. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004. Disponible en: <http://www.hchr.org.co/publicaciones/libros/ODonnell%20parte3.pdf>, p. 923.

<sup>125</sup> Tratado de Amsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos. Publicado, publicado en el Diario Oficial n° C 340 de 10 de noviembre de 1997.

o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad.

Por consiguiente, como regla general las empresas públicas dentro de la Unión Europea no tienen prerrogativas en cuanto a la aplicación de las normas del Tratado. No obstante, la excepción a esta regla es para aquellas empresas que gestionan servicios de interés económico general; y, se aplica únicamente en las circunstancias en que la imposición de la regla general –descrita en el inciso primero y a las que éste hace referencia– pueda impedir que la empresa cumpla el objeto para la que fue creada, actuando monopolícamente. Recordando lo visto al final del capítulo anterior, los servicios públicos de interés económico general –mismos que el del artículo citado– implican aquellos servicios que su cumplimiento está ligado a un estándar mínimo al que todos los ciudadanos tienen derecho de obtener<sup>126</sup>.

Para argumentar la rigurosidad de la aplicación del actual artículo 86 –anterior artículo 90– del Tratado, se puede revisar la sentencia del Tribunal de Justicia europeo en el caso Höfner y Elser<sup>127</sup>. En este caso, el Tribunal de Justicia europeo analiza, entre otros temas, si es que la actividad de colocación personas calificadas para cargos ejecutivos y directivos, ejercida monopolícamente por el Instituto Federal de Empleo de Alemania, es un servicio público de interés general que puede beneficiarse de la excepción establecida en el segundo inciso del actual artículo 86 del Tratado. Al respecto, el Tribunal sostiene que el Instituto “[...] está sometido a las normas sobre la competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida el cumplimiento de la misión específica a él confiada, lo que no sucede en este caso [...]”<sup>128</sup> en virtud de que éste mantenía un monopolio de colocación de ejecutivos y directivos sin ser capaz de hacerlo a cabalidad, satisfaciendo la demanda de ese mercado<sup>129</sup>. Es decir, una empresa puede actuar monopolícamente –y, por consiguiente, puede no aplicársele las normas de competencia – únicamente cuando la actividad que realice esté destinada a satisfacer un interés económico general y puede cumplir esta misión sin valerse de otros operadores contratados para ello.

---

<sup>126</sup> J. Sarmiento García. *Concesión de Servicios Públicos*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999. pp. 34-35.

<sup>127</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta). *Klaus Höfner y Fritz Elser vs. Macrotron GmbH*. Asunto C-41/90. 23 Abril 1991.

<sup>128</sup> *Id.*, Párrafo 17.

<sup>129</sup> *Id.*, Párrafo 18.

Retomando la idea inicial sobre la sujeción de las empresas tanto públicas como privadas a las disposiciones establecidas en la LORCPM, el artículo 33 de la ley en cuestión reafirma lo expuesto, categóricamente. El capítulo III de la LORCPM trata el tema de las ayudas públicas –figura jurídico-económica que será analizada más adelante– y también contiene la obligatoriedad de los organismos estatales de sujetarse a las suposiciones establecidas en ella. De acuerdo a esta norma los

organismos, instituciones públicas, órganos de control, empresas públicas, de economía mixta, entidades públicas, gobiernos autónomos descentralizados, dentro de su potestad normativa, respecto de su contratación y de las prestaciones de servicios públicos realizadas en mercados relevantes de libre competencia, respetarán y aplicarán los principios, derechos y obligaciones consagrados en la presente Ley.<sup>130</sup>

El artículo citado permite argumentar que todos los organismos del Estado, incluidas las empresas públicas, están sujetos a las disposiciones de la Ley. La LORCPM les es aplicable a cualquier tipo de estos organismos o instituciones cuando ofertan un bien y/o servicio –empresas públicas– sino también cuando éstos adquieren bienes y/o servicios para la realización de sus actividades; por ejemplo, cuando un ministerio adquiere materiales de oficinas cuando para el desempeño de sus funciones, deberá hacerlo en observancia a las condiciones de mercado y sujetándose a las prohibiciones de la Ley.

### **2.3.2.2. Reglas particulares**

Como se analizó en la sección anterior la LORCPM rige, por la regla general, a las empresas tanto públicas como privadas. No obstante, existen dos artículos en esta Ley que permiten que se instaure políticas restrictivas de competencia, o que podrían crear inequidades en un mercado; impidiendo la aplicación de la LORCPM. Estos dos artículos se analizarán en esta sección.

#### **2.3.2.2.1. Régimen de excepciones**

El artículo 28 de la LORCPM establece los casos en los que se puede restringir la competencia, siempre y cuando la motivación para hacerlo radique en razones de interés público en cualquier sector de la economía nacional que se ampare dentro de éstos. Por consiguiente, el artículo en cuestión establece que

Será admisible el establecimiento de restricciones a la competencia mediante resolución motivada de la Junta de Regulación, por razones de interés público, en cualquier sector de la economía nacional, en los siguientes casos:

1. Para el desarrollo de un monopolio estatal en favor del interés público;
2. Para el desarrollo de sectores estratégicos de conformidad con la Constitución de la República;
3. Para la prestación de servicios públicos de conformidad con la Constitución de la República;

---

<sup>130</sup> Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 33. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre 2011.

4. Para el desarrollo tecnológico e industrial de la economía nacional; y,
5. Para la implementación de iniciativas de acción afirmativa a favor de la economía popular y solidaria.

Procederá el establecimiento de restricciones a la competencia cuando se generen beneficios específicos, concretos y significativos para la satisfacción del interés general, en el ámbito o industria en la que se establezcan, se incremente la eficiencia y se generen beneficios a favor de los consumidores o usuarios, que justifiquen la aplicación de las mismas.<sup>131</sup>

La legislación ecuatoriana permite las restricciones a la competencia cuando se dan en repuesta a cualquiera de los numerales listados en el artículo precedente. Posibilidades que encajan dentro del Régimen Económico enunciado en la Constitución de la República y analizado en este mismo capítulo. De su estricta lectura, los dos primeros numerales están relacionados con empresas públicas o pertenecen a sectores regulados como lo son los sectores estratégicos por su importancia establecida en el régimen económico constitucional; y, debido a su relevancia para el interés general e impacto en la economía. Pero, ¿la prestación de servicios públicos –tal como lo expresa el artículo 28 numeral 3ro– responde siempre al interés general? En la línea de esta tesina, no. Siempre habrá que tomar en cuenta dos requisitos que se han descrito previamente. El primero es que de acuerdo al criterio legal de Servicio Público –el que se relaciona más con el art. 314 de la Constitución– es necesario que el legislador haya querido que así lo sea expresamente, es decir, mediante su verificación por ley. Por lo tanto, será servicio público, bajo esta concepción, únicamente aquel que la ley determine como tal. Y, el segundo requisito es que cumpla las características de un servicio público de interés general: obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad, lo que responde al criterio funcional de servicio público, que se describió en el primer capítulo.

Asimismo, cabe preguntarse si los numerales 4 y 5 dejan, o no, el camino abierto para justificar restricciones que no necesariamente buscan la consecución del interés general de los ciudadanos. Pues, podría tratarse de actividades aisladas que, dentro de cada uno de los campos descritos –desarrollo tecnológico e industrial y economía popular y solidaria– beneficiarían solo a pocos, lo que no representa el interés general.

En contraste con legislaciones comparadas, muchas amparan la restricción de la competencia en sectores determinados, y en beneficio del interés general. Existe una lógica para ello en la medida de que en verdad persiga un interés general. En este sentido, por ejemplo, la legislación europea en materia de competencia, –citada en la sección anterior, artículo 86 del Tratado de Amsterdam– admite que aquellas

---

<sup>131</sup> Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 28. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre 2011.

empresas públicas que gestionan un servicio de interés económico general, dejen de cumplir con las normas de competencia y otras del mismo tratado cuando, de no hacerlo, estén impedidas de alcanzar su finalidad; artículo que también justifica la existencia de monopolios con el único fin de salvaguardar el interés general.

El sistema estadounidense de manera general, no diferencia entre las empresas públicas<sup>132</sup> y privadas, ni siquiera en cuanto a los servicios públicos se refiere (public utilities). No obstante, pueden verse dos excepciones. La primera, en cuanto a las government-sponsored enterprises (GSEs) que son empresas de derecho privado, con características propias, que por su impacto en la economía acceden ciertos beneficios como el no pago de tributos estatales<sup>133</sup>. La segunda excepción, nace a raíz del caso del caso Parker vs. Brown y que ha sido aplicado desde entonces, en el que la Corte Suprema de los EEUU, estableció que bajo el state action doctrine –contenida en la Enmienda 14<sup>a</sup>– las normas federales en materia de competencia (antitrust laws) no aplican para las medidas anticompetitivas impuestas por los estados, cuando estas medidas son previstas como políticas estatales (expresiones de soberanía de cada estado) creadas por el poder legislativo y ejecutivo estatal<sup>134</sup>.

Otro ejemplo radica en el caso colombiano, en el que la excepción más considerable es la establecida en el artículo 1 de la Ley 155/59 que no ha sido reformada por ley posterior Ley1340/09. El inciso segundo de este artículo establece que “[...] el gobierno puede autorizar acuerdos o convenios que, en vez de limitar la libre competencia, estén destinados a defender la estabilidad de los sectores básicos que produzcan bienes o servicios de interés para la economía general”<sup>135</sup>. Para el efecto, el Decreto 1302/64 establece que se considerará como

---

<sup>132</sup> “Beyond the federal level, U.S. states, counties, municipalities, and other sub-divisions of the states own, control, or participate in the management of entities that might be defined as SOEs. These entities play a significant role in the following sectors: transportation (including rail, urban transportation, airports and ports), energy (including electricity production and distribution), sports facilities, universities, hospitals, concessions in state-owned parks, buildings, and facilities, and distribution of alcoholic beverages. In some cases these entities compete with private firms offering the same or similar products or services, but in most cases the public offerings are differentiated and provided with a view to achieving a governmental, public service objective.” En: OECD (Organisation for Economic Co-Operation and Development). *Roundtable on the application of antitrust law to State Owned Enterprises. Discussion on corporate governance and the principle of competitive neutrality for State-Owned Enterprises*. Estados Unidos, 2009. Disponible en: <http://www.ftc.gov/bc/international/docs/antitrustlawroundtable.pdf>. párrafo 18.

<sup>133</sup> OECD (Organisation for Economic Co-Operation and Development). *Roundtable on the application of antitrust law to State Owned Enterprises. Discussion on corporate governance and the principle of competitive neutrality for State-Owned Enterprises*. Estados Unidos, 2009. Disponible en: <http://www.ftc.gov/bc/international/docs/antitrustlawroundtable.pdf>. párrafo 17.

<sup>134</sup> *Id.*, párrafos 19-20.

<sup>135</sup> Ley 55 de 1959, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas. Artículo 1, párrafo. Disponible en: [http://www.agronet.gov.co/www/docs\\_agronet/2006103011220\\_LEY\\_155\\_de\\_1959.pdf](http://www.agronet.gov.co/www/docs_agronet/2006103011220_LEY_155_de_1959.pdf)

[...] sectores básicos de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general y el bienestar social, todas aquellas actividades económicas que tengan o llegaren a tener en el futuro importancia fundamental para estructurar racionalmente la economía del país y abastecerlo de bienes o servicios indispensables al bienestar general, tales como:

El proceso de producción y distribución de bienes, destinados a satisfacer las necesidades de la alimentación, el vestido, la sanidad y la vivienda de la población colombiana;

La producción y distribución de combustibles y la prestación de los servicios bancarios, educativos, de transporte, energía eléctrica, acueducto, telecomunicaciones y seguros.<sup>136</sup>

Claro está que la norma citada, no deja al libre albedrío de quienes provean este tipo de bienes y servicios y que el gobierno haya autorizado el establecimiento de dichos convenios y acuerdos. Por el contrario, la regulación colombiana requiere que para que éstos puedan ser autorizados deberán reunir ciertos requisitos: “(i) ofrecer una descripción detallada de la práctica restrictiva [...]; (ii) demostrar que el sector es básico y de interés para la economía nacional, [...]; y (iii) ofrecer un mecanismo de supervisión que será implementado por la SIC”<sup>137</sup>. Para poder argumentar el segundo punto citado, es necesario determinar la importancia del sector en la economía porque de eso, básicamente dependerá que es un acuerdo en beneficio en aras del interés general.

Como se ha podido analizar, las legislaciones sí tienden a crear restricciones a la competencia cuando se trata de actividades que beneficiarán al bienestar general de los ciudadanos, a pesar de que en un inicio alcanzan fines distintos, como es el caso del sistema estadounidense. No obstante, relacionando el ejemplo europeo y colombiano con el caso ecuatoriano deberán responder estrictamente al interés general. Es decir, cabe las restricciones al Derecho de Competencia cuando se trata de actividades que conllevan prestaciones que deberán regirse por los principios –ya enunciados– de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. Es decir, de aquellas facilidades que permiten el desarrollo de la colectividad y la proveen de los elementos mínimos necesarios para su progreso. Ahora, también cabe mencionar que cada legislación establecerá cuáles son éstos bienes y servicios de interés general, dependiendo enteramente de su realidad social y económica, así como de su nivel de desarrollo. Por lo general, los países más desarrollados tienden a considerar de interés general las actividades que en sociedades menos desarrolladas son consideradas como un bien o servicio que atiende a necesidades de pocos.

---

<sup>136</sup> Decreto 1302 de 1964, Colombia. Artículo 1. Disponible en: [http://www.sic.gov.co/siyc/memoria/decreto/1964/decreto\\_1302\\_1964.html](http://www.sic.gov.co/siyc/memoria/decreto/1964/decreto_1302_1964.html)

<sup>137</sup> OECD (Organisation for Economic Co-Operation and Development). *Derecho y Política de competencia en Colombia*. Francia, 2009. Disponible en: <http://www.oecd.org/countries/colombia/44111213.pdf>

Finalmente, cabe destacar lo que el doctrinario mexicano Jorge Fernández Ruiz intenta explicar que

[...] el servicio público nace de la necesidad humana, mas no de cualquiera, sino de la común carencia insatisfecha que tienen una y muchas personas, lo que no significa que sean todas las de una sociedad, pero sí tantas, que la convierten en una necesidad de carácter general cuya satisfacción se inserta en el *telos* del Estado, quien tiene el deber ético de asegurar su satisfacción, cuyo cumplimiento se logra precisamente mediante el desarrollo de la actividad técnica que implica la prestación del servicio público<sup>138</sup>.

Para poder justificar la generación de “beneficios específicos, concretos y significativos para la satisfacción del interés general, en el ámbito o industria en la que se establezcan [...]”<sup>139</sup>, como en el caso colombiano, las restricciones serán un elemento de análisis por el órgano competente (en el caso colombiano la Superintendencia de Competencia). Así lo establecen los artículos 32 y 33 del Reglamento a la LORCPM. En virtud de que establecen que las restricciones tendrán un determinado control previsto para la Junta de Regulación. Este control implica que toda resolución emitida por el ente mencionado, con el fin de admitir restricciones a la competencia, establecidas en el artículo 28 de la LORCPM, deberá estar “[...] precedida y justificada por una evaluación de costo-beneficio, que tendrá en cuenta la idoneidad y necesidad de la medida de restricción a adoptarse”<sup>140</sup> y, además, será continuamente revisada por la Superintendencia de Competencia<sup>141</sup>.

#### **2.3.2.2.2. Ayudas públicas**

Las ayudas públicas constituyen una forma de intervención del Estado en el mercado, a través de aportes, subvenciones o beneficios a determinadas empresas dentro de un mercado. Es decir, “[...] constituye una forma de intervención en la economía que puede alterar el funcionamiento de los mercados”<sup>142</sup>, en consecuencia, tiene una implicación directa en el desempeño normal de los mismos. De acuerdo al autor colombiano Mauricio Velandia, el Estado, representado por una autoridad, tiene la potestad de limitar, dirigir y/o suspender el libre ejercicio de libertades que pueden influir en materia económica a en los distintos mercados. Dicha potestad permite que se creen “[...] situaciones favorables o desfavorables para algunas empresas, las cuales no son resultado de la contienda en un mercado de competencia, sino de las

---

<sup>138</sup> J. Fernández Ruiz. *Derecho Administrativo (Servicios Públicos)*. *Óp. cit.*, p. 135.

<sup>139</sup> Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 28. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre 2011.

<sup>140</sup> Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 32. Registro Oficial No. 697 de 28 de septiembre 2012.

<sup>141</sup> Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 33. Registro Oficial No. 697 de 28 de septiembre 2012.

<sup>142</sup> Comisión Nacional de Competencia (España). “Ayudas Públicas”. Disponible en: <http://www.cncompetencia.es/Default.aspx?TabId=217>

ventajas injustificadas que otorga el Estado a uno de los participantes de la lucha [...]”<sup>143</sup>. La definición legal qué constituye ayuda estatal se encuentra en el Reglamento a la LORCPM, el mismo que establece que

se entenderá que constituye ayuda pública, la ayuda concedida por el Estado o mediante la utilización de recursos públicos, que: (i) suponga o pueda suponer una ventaja económica para uno o varios operadores, que no habrían obtenido en el ejercicio normal de sus actividades; (ii) tenga un carácter selectivo para determinados operadores económicos o sectores.

En nuestra legislación nacional se prevé el otorgamiento de ayudas públicas – ayudas estatales– cuando están justificadas en razones de interés social o público o cuando ésta es dada en beneficio de los consumidores. Así el artículo 29 de la LORCPM establece que, bajo las condiciones antes mencionadas, procede el otorgamiento de las ayudas públicas cuando:

- a) Las ayudas de carácter social concedidas a un sector de consumidores, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en quien provea los bienes y servicios que se puedan adquirir con dichas ayudas;
- b) Las ayudas destinadas a la garantía de derechos para personas o grupos de atención prioritaria, o que de acuerdo con la Constitución requieran de medidas de acción afirmativa.
- c) Las ayudas destinadas a reparar los perjuicios ocasionados por fenómenos naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional;
- d) Las ayudas concedidas con el objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de la República, en la medida en que sean necesarias para compensar las desventajas económicas que las aquejen.
- e) Las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones y grupos sociales en los que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de desempleo o subempleo;
- f) Las ayudas para fomentar la realización de un proyecto estratégico de interés nacional o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía nacional;
- g) Las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria a lo previsto en esta Ley o al interés común;
- h) Las ayudas orientadas a impulsar la producción y transformación de alimentos, destinadas a garantizar la soberanía alimentaria y que se otorguen a pequeñas y medianas unidades de producción comunitaria y de la economía popular y solidaria;
- i) Las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y el régimen de la competencia en contra del interés común; y,
- j) Las demás categorías de ayudas que se establezcan mediante ley.

Del artículo citado queda claro que todas las ayudas públicas deberán responder a un interés superior que atienda a un interés general, sea que éste radique en toda la ciudadanía –o, al menos, gran parte de ella– o radique en determinados grupos: de un mismo territorio geográfico; de personas con características similares que requieran

---

<sup>143</sup> M. Velandia. *Derecho de la competencia y del consumo*. Óp. cit., pp. 291-292.

que una misma necesidad sea cubierta en aras de su condición; entre otros.

De las normas analizadas se deriva que la LORCPM no establece en qué podrán consistir este tipo de beneficios concedidos por el Estado, que generalmente han sido considerados como subsidios. No obstante, cabe mencionar que cuando se habla de este tipo de restricciones a la competencia pueden presentarse dos tipos: las ayudas públicas activas y las ayudas públicas pasivas. “Las medidas públicas positivas o activas (subsidios) a favor de una empresa, y [...a]quellas pasivas, como por ejemplo las medidas que impliquen un gasto fiscal para un competidor y no para otro”<sup>144</sup>. Al respecto el Reglamento a la LORCPM establece que

[...]as ayudas pueden otorgarse mediante subvenciones directas, cuando el ordenamiento jurídico lo permita; o de manera indirecta, mediante el otorgamiento de beneficios tales como el acceso privilegiado a líneas de financiación públicas; la compra de terrenos públicos a precios inferiores a los de mercado; préstamos o créditos en condiciones ventajosas; exenciones o reducciones de impuestos a operadores económicos o categorías de operadores económicos; garantías; prestación de servicios gratuitos o por debajo del precio de mercado por parte de la Administración; realización de trabajos de infraestructura que beneficien exclusivamente a determinados operadores económicos o sectores.<sup>145</sup>

El artículo referido revela que la legislación ecuatoriana ampara ambas clases de ayudas estatales, tanto las positivas como negativas. Algo importante que cabe recalcar es que cualquiera de las dos puede beneficiar a empresas del sector público como aquellas del sector privado. Esto pone en la mira tanto a la empresa como al Estado, para que cuando se proporcionen las ayudas públicas éstas deben ser en aras de lograr beneficios para el interés social o público, o en beneficio de los consumidores.

Por otro lado, y continuando el análisis del Reglamento a la LORCPM cabe aclarar que las ayudas públicas, por crear una ventaja económica para uno o algunos operadores de un mercado, requieren ser notificadas a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Esta notificación

deberá contener toda la información necesaria que justifique los fines que motivaron su implementación a fin de que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado compruebe que la ayuda otorgada no se aplica de manera abusiva o es contraria al objeto de la Ley.<sup>146</sup>

Notificación que además va de la mano con la evaluación que hace la autoridad de competencia en base a la información entregada y verificará a través de los

---

<sup>144</sup> M. Velandia. *Derecho de la competencia y del consumo*. Óp. cit., p. 292.

<sup>145</sup> Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 34, inciso 2do. Registro Oficial No. 697 de 28 de septiembre 2012.

<sup>146</sup> Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 35, inciso 2do. Registro Oficial No. 697 de 28 de septiembre 2012.

controles pertinentes si la ayuda cumple los propósitos para la que fue creada<sup>147</sup>. En el caso de que una ayuda pública “no cumple con el fin para el cual se otorgó, se aplica de manera abusiva o es contraria al objeto de la Ley”<sup>148</sup>

Una vez revisada la legislación nacional y vistos los ejemplos de legislaciones comparadas, se ha podido establecer sus diferencias conceptuales respecto a la finalidad y espíritu que propende las legislaciones de competencia citadas, como ejemplo: como en todas las áreas del Derecho, la legislación de cada país debe atender a sus realidades económicas, políticas y sociales. Debe buscar los mejores mecanismos que hagan frente alcanzar su política de Estado, más aún cuando ha sido establecida en su misma Constitución, como es el caso del Ecuador, en donde se ha encargado al aparato estatal el desarrollo de actividades económicas de distinta índole, importancia e impacto en la economía.

Después de haber revisado las jurisprudencias citadas en este capítulo, que contienen importante análisis se ha logrado ejemplificar cuál es el papel del régimen de competencia, la aplicación del mismo y su relevancia dentro de un mercado. Incluso, los ejemplos citados en cuanto a jurisprudencia denotan que a nivel del extranjero, ya se han tomado decisiones en base a ciertas experiencias, en virtud del tiempo de vigencia de sus legislaciones, que podrían servir como elementos de análisis para el estudio de casos nacionales; no es conveniente dejar de considerarlas ya que en un mundo globalizado como el de hoy, importa saber cómo se han resuelto conflictos de aplicación de ley en un determinado caso.

De la lectura y análisis de la Constitución y la normativa vigente en el Ecuador, al día de hoy, permite concluir que es indudable la participación del sector público –a través de empresas públicas– junto al sector privado, en un mismo mercado. El Régimen de Desarrollo que conduce al Sumak Kawsay –Buen Vivir– previsto en la misma Constitución, lo involucra de esta manera. El Estado, como se revisó en el capítulo anterior, ha tomado el papel de empresario, encargado de la provisión de bienes y servicios; ya no es un Estado que se encarga únicamente de proveer servicios netamente administrativos en razón del funcionamiento del aparato estatal. Lo que lleva a dar acento en que es necesario determinar claramente las reglas del juego en materia de competencia, y en toda aquella que pueda tener influencia en el papel de los operadores económicos en un mercado, para poder alcanzar un mercado

---

<sup>147</sup> Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 36. Registro Oficial No. 697 de 28 de septiembre 2012.

<sup>148</sup> Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 37. Registro Oficial No. 697 de 28 de septiembre 2012.

en el que prevalezca la eficiencia frente a cualquier tipo de distorsión. En fin, un mercado en el que el principio de no discriminación, contemplado en la norma andina así como en la legislación interna de competencia, sea respetado.

## CAPÍTULO 3

### Tratamiento disímil del Estado a empresas privadas y públicas y sus efectos dentro del marco del Derecho de Competencia

Dentro de este capítulo se verá las reglas particulares de las Empresas Públicas. En este sentido se tratará de ver cómo la LOEP es una herramienta legal que crea inequidades en favor de las empresas públicas frente a las del sector privado. Para ello será necesario ver la relación entre esta Ley, la regulación en materia de competencia vigente en el Ecuador. Después, analizar las normas que, en la línea de esta tesina, crean un trato diferenciado. Y, finalmente las consecuencias de éstas.

#### 3.1. Relación entre la LOEP, LORCPM y la Decisión 608

Antes de entrar a analizar las normas concretas de la LOEP resulta importante revisar la jerarquía normativa entre ésta, la LORCPM y la Decisión 608. De acuerdo a lo establecido en la Constitución, en el artículo 425

el orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.<sup>149</sup>

---

<sup>149</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 425. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

La Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones, es una norma comunitaria que es parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad, en virtud de que son manifestaciones de la voluntad de la Comisión, conforme lo establece el artículo 21 del Acuerdo de Cartagena<sup>150</sup>. Las normas de la Comunidad Andina, al ser parte de una entidad creada mediante un tratado regional, que el Ecuador ratificó, son normas comunitarias de aplicación directa en la estructura legal de todos los países miembros. Tanto así que el Tribunal Andino de Justicia, ha sostenido que existen dos principios esenciales del Derecho Comunitario “[...] que por él se tutelan: el de su aplicación directa y el de su preeminencia [...]. Por el de la preeminencia, que se deriva de la aplicación directa, se comprende la virtud que tiene la norma comunitaria de ser imperativa y de primar sobre la de derecho interno”<sup>151</sup>. Todo ello, procura la consecución de los objetivos para los cuales se creó y funciona la Comunidad Andina.

Por otro lado, la Ley Orgánica de Empresas Públicas entró en vigencia mediante su publicación en el Registro Oficial Suplemento No. 48 del 16 de octubre del 2009. Ésta tiene el carácter de ley orgánica –y así lo expone su tercer considerando–, en virtud de que el artículo 133 de la Constitución de la República dispone que serán orgánicas aquellas leyes que regulen la organización y funcionamiento de las instituciones creadas por la Constitución, entre las que están incluidas las empresas públicas como entidades creadas, por ley para la prestación de servicios públicos<sup>152</sup>, conforme lo establece el artículo 225 de la Constitución.

Finalmente, la Ley Orgánica de Control de Poder de Mercado entró en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 octubre del 2011. Ésta también es una norma de carácter orgánico conforme lo establece la Disposición General Primera, que dicta lo siguiente:

La presente Ley tiene el carácter de orgánica y prevalecerá sobre las normas de inferior jerarquía. De conformidad con la Constitución de la República, se aplicará sistemáticamente con las demás normas del ordenamiento jurídico, en el orden jerárquico previsto en su artículo 425<sup>153</sup>.

Sin mayores consideraciones, esta disposición es la que le da el rango jerárquico a la LORCPM para ser considerada como una ley orgánica.

---

<sup>150</sup> Decisión del Acuerdo de Cartagena 563. Artículo 21. R.O. No. 163 de 5 de septiembre 2003.

<sup>151</sup> Tribunal Andino de Justicia. Resolución del Tribunal Andino 51. R.O. 264 de 2 febrero 2004.

<sup>152</sup> Ley Orgánica de Empresas Públicas. Considerando. R. O. Suplemento No. 48 del 16 de octubre del 2009.

<sup>153</sup> Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Disposición General Primera. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre 2011.

El artículo 425 de la Constitución de la República ya citado, que establece cuál es el rango jerárquico para la aplicación de las leyes, nos da una respuesta inmediata de la relación entre la Decisión 608 y la LOEP. Siendo la Decisión 608 una norma parte de un ordenamiento jurídico que es aplicable conforme a la suscripción y ratificación de un tratado internacional está por encima de la LOEP que es una norma de derecho interno del Ecuador. Como se revisó en el capítulo anterior la Decisión 608 tiene un ámbito específico de aplicación en cuanto a la territorialidad<sup>154</sup>; no obstante, para todo aquello que no se establece en la legislación nacional de cada País Miembro, se estará a lo que la norma comunitaria dispone ya que se entiende que lo contenido en ella es el marco general en materia de libre competencia para todas la legislaciones, no debiendo contradecirla.

Distinta es la prevalencia de la LORCPM frente a la LOEP. En este caso, ambas leyes son orgánicas. El análisis de prevalencia debe hacerse desde la perspectiva de la materia en que cada una de las mencionadas se especializa. El Código Civil expresa en este sentido que: “Cuando una ley contenga disposiciones generales y especiales que estén en oposición, prevalecerán las disposiciones especiales.”<sup>155</sup> Por un lado, la LORCPM como su nombre lo indica y, tomando en cuenta el análisis que se ha hecho al respecto en esta tesina, regula especialmente la materia de competencia dentro del ordenamiento jurídico. Por el otro lado, la LOEP regula y dispone especialmente en lo que se refiere al régimen relacionado a las empresas públicas. Por lo tanto, al analizar la prevalencia de la LORCPM y la LOEP se debe tomar en cuenta la materia a interpretarse. Si existen disposiciones contrarias entre la LORCPM y la LOEP y la materia analizada es competencia, por regla general, prevalecerá la primera. A la inversa, si existen disposiciones contrarias entre la LORCPM y la LOEP y la materia analizada es empresas públicas, por regla general, prevalecerá la segunda. En todo caso, para determinar la ley aplicable deberá hacerse un análisis, caso por caso, tomando en cuenta de manera imprescindible a las disposiciones constitucionales y su espíritu. En el supuesto de que la materia analizada sea específicamente de competencia en empresas públicas, hay que tomar en cuenta que las empresas públicas se rigen por derecho público. En esta medida, pueden hacer únicamente lo establecido en la norma que les es aplicable a las

---

<sup>154</sup> En este sentido la Decisión 608 establece dos supuestos de las conductas que son objeto de su aplicación: la primera, son aquellas que practicadas en uno o más Países Miembros tengan efecto en uno o más Países Miembros, siempre y cuando la práctica no se origine y tenga efecto en un único país; y, la segunda, que esta conducta se origine en un país no miembro pero que tenga efectos en dos o más Países Miembros.

<sup>155</sup> Código Civil publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 46 de 26 de septiembre de 2005.

mismas, que es de derecho público y formulada precisamente para regular a este tipo de entidades.

En el caso que atañe a esta sección, ambas leyes son especiales, la LORCPM para materia de competencia y la LOEP para las empresas públicas. De ahí que el conflicto de normas no puede ser resuelto por un criterio de especialidad de la norma. Por el contrario, se debe acudir al criterio de temporalidad para determinar la prevalencia de una de las dos. En este sentido –y con los antecedentes expuestos sobre la expedición de ambas leyes– la LORCPM que es aplicable también a las empresas públicas sería la que prevalece por ser posterior. Si bien las normas de la LOEP no son totalmente opuestas a la LORCPM, pues incluso pueden encajar adentro de las reglas particulares de restricciones a la competencia y ayudas públicas, cuando atienden a las razones específicamente establecidas en la Ley y el Reglamento para el efecto y bajo las condiciones también previstas en esta normativa. No obstante, en normas específicas –como las que se analizan a continuación en este capítulo– la LOEP crea distorsiones en el mercado afectando su bien jurídico protegido. En estos casos concretos, y cuando no se encajan dentro de los supuestos de restricción a la competencia y ayudas públicas, es cuando la autoridad de competencia tendrá que aplicar en primer lugar la LORCPM y sentar un precedente al respecto. Mientras tanto, como se mencionó anteriormente, las empresas públicas al regirse por la LOEP, y por ser parte del aparato estatal, deben hacer lo expresamente establecido en la ley. Esto llevará a cuestionarse al final de este capítulo si las disposiciones de la LOEP que crean las distorsiones en el mercado, en plena vigencia actualmente, deberían o no derogarse expresamente, por contradecir el o bien jurídico del Derecho de la Competencia. En este sentido, cabe aclarar que la LORCPM no resuelve este problema porque la normativa de la LOEP, en rasgos generales, no constituye una antinomia a la LORCCP por ser una norma específica para regular las actuaciones y la gestión de las empresas públicas.

### **3.2. Exención del pago de Impuesto a la Renta**

Determinada la posición de la LOEP frente a la Decisión 608 y la LORCPM, a continuación se revisará las disposiciones que se consideran herramientas que crean inequidades a favor de las Empresas Públicas frente a las empresas privadas. En general, las disposiciones de la LOEP pretenden generar la estructura necesaria para alcanzar rentabilidad económica y social en beneficio del país.

El artículo 41 de la LOEP dispone que

Para las empresas públicas se aplicará el Régimen Tributario correspondiente al de entidades y organismos del sector público, incluido el de exoneraciones, previsto en el Código Tributario, en la Ley de Régimen Tributario Interno y demás leyes de naturaleza tributaria. Para que las empresas antes mencionadas puedan beneficiarse del régimen señalado es requisito indispensable que se encuentren inscritas en el Registro Único de Contribuyentes, lleven contabilidad y cumplan con los demás deberes formales contemplados en el Código Tributario, esta Ley y demás leyes de la República.

Las empresas públicas que presten servicios públicos estarán exentas del pago de regalías, tributos o de cualquier otra contraprestación por el uso u ocupación del espacio público o la vía pública y del espacio aéreo estatal, regional, provincial o municipal, para colocación de estructuras, postes y tendido de redes.

Las disposiciones de este artículo se aplicarán en observancia del objeto de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado<sup>156</sup>.

Ahora bien, resulta trascendental analizar por partes el artículo para conocer cuáles son aquellas exoneraciones establecidas en el Régimen Tributario a través del Código Tributario, la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno –ambas leyes orgánicas<sup>157</sup>–, y su reglamento.

El primer inciso del artículo citado establece la norma general para todas las Empresas Públicas. En este sentido, deberá aplicárseles el Régimen Tributario previsto para las entidades y organismos del sector público. Y, además, es obligatorio que las empresas estatales cuenten con ciertas características requeridas para todos los sujetos pasivos obligados a llevar contabilidad. La definición legal establecida en el artículo 24 del Código Tributario se traduce en que “[e]s sujeto pasivo la persona natural o jurídica que, según la ley, está obligada al cumplimiento de la prestación tributaria, sea como contribuyente o como responsable”<sup>158</sup>. La explicación doctrinaria por parte de Carlos Giuliani sobre el mismo concepto recae en que el sujeto pasivo “[...] es la persona individual o colectiva a cuyo cargo pone la ley el cumplimiento de la prestación y que puede ser el deudor (contribuyente) o un tercero”<sup>159</sup>. Los requisitos que están obligados a cumplir es que tengan un Registro Único de Contribuyentes (RUC) y lleven contabilidad, básicamente.

En este punto, cabe recordar lo revisado en el primer capítulo: las empresas públicas cuentan con patrimonio propio, autonomía financiera, presupuestaria, económica, administrativa y de gestión. En consecuencia, son un operador

---

<sup>156</sup> Ley Orgánica de Empresas Públicas. Artículo 41. R.O. Suplemento No. 48 del 16 de octubre del 2009.

<sup>157</sup> Conforme lo establece la disposición Final Segunda de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, a partir de su publicación (R.O. Suplemento No. 242 del 24 de noviembre del 2011 el Código Tributario adquirió la categoría de Ley Orgánica.

<sup>158</sup> Código Tributario. Artículo 4. R.O. Suplemento No. 38 del 26 de septiembre del 2005.

<sup>159</sup> C.M. Giuliani Fonrouge. *Derecho Financiero, Volumen I*. 6ª ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1997.

económico en el mercado que necesita realizar transacciones económicas para cumplir con su finalidad. De ahí que es necesario que la autoridad tributaria – independientemente de que esté o no exento del pago de impuestos– le identifique con un número de Registro Único de Contribuyentes<sup>160</sup>. Así como también la empresa deberá llevar el detalle de sus ingresos, gastos y control de su patrimonio a través de su contabilidad, para conocer cuál es su situación financiera y patrimonial. Pues, indistintamente de si el capital es privado o público, bajo la teoría económica las empresas son vistas como un agente económico que persigue principalmente objetivos económicos<sup>161</sup>, valga la redundancia, y por ende deberán tener los mismos parámetros para caracterizarse como tal.

En cuanto al Régimen Tributario aplicable para las empresas públicas conforme lo establece el Código Tributario, la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno y demás leyes en la materia, será necesario centrarse en las exenciones dispuestas en ambas leyes fundamentalmente. Así el artículo 35 del Código Tributario dispone que

Dentro de los límites que establezca la ley y sin perjuicio de lo que se disponga en leyes orgánicas o especiales, en general están exentos exclusivamente del pago de impuestos, pero no de tasas ni de contribuciones especiales:

1. El Estado, las municipalidades, los consejos provinciales, las entidades de derecho público, las empresas públicas constituidas al amparo de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y las entidades de derecho privado con finalidad social o pública;
2. Las instituciones del Estado, las municipalidades u otras entidades del gobierno seccional o local, constituidos con independencia administrativa y económica como entidades de derecho público o privado, para la prestación de servicios públicos; [...]

Las exenciones generales de este artículo no serán aplicables al impuesto al valor agregado IVA e impuesto a los consumos especiales ICE<sup>162</sup>.

Reafirmando lo establecido en el numeral 2 del artículo citado, el artículo 9 de la Ley Orgánica del Régimen Tributario Interno, establece que “[p]ara fines de la determinación y liquidación del impuesto a la renta, están exonerados exclusivamente los siguientes ingresos: [...] 2.- Los obtenidos por las instituciones del Estado y por las empresas públicas reguladas por la Ley Orgánica de Empresas Públicas [...]”<sup>163</sup>. La exoneración o exención implica una “[...] liberación de pago de impuesto, que la ley

---

<sup>160</sup> “Art. 2: Todas las personas naturales, empresas unipersonales y sociedades jurídicas o de hecho, y cualquier otra, que realicen actividades económicas en el Ecuador o que sean titulares de bienes o derechos que generen ganancias, beneficios, remuneraciones, honorarios y otras rentas, están obligados a inscribirse en el Reglamento Único de Contribuyentes”. En: Decreto Supremo No. 350 de Creación del Registro Único de Contribuyentes. R.O. 273 de 09 de abril de 1973.

<sup>161</sup> S. Undurraga Saavedra. “Empresas Estatales en la Economía”. En: Revista Chilena de Derecho (Vol. 14 No. 1). Publicada por: Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Disponible en: [http://drevistas.ucv.cl/detalles\\_numero.php?tituloID=91&numeroID=830](http://drevistas.ucv.cl/detalles_numero.php?tituloID=91&numeroID=830) (pp. 193-197)

<sup>162</sup> Código Tributario. Artículo 35. R.O. Suplemento No. 38 del 26 de septiembre del 2005.

<sup>163</sup> Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno. Artículo 9, numeral 2. R.O. Suplemento No. 463 de 17 de noviembre del 2004.

contempla a favor de ciertos entes o personas [...], o de determinada clase de ganancias [...]"<sup>164</sup>.

Antes de la entrada en vigencia de la LOEP, el mismo numeral de la LORTI, al tratar la exención del pago al impuesto a la renta de las instituciones del Estado, claramente disponía que

[...] estarán sujetos [*sic*] al impuesto a la renta las empresas del sector público, distintas de las que prestan servicios públicos, que compitiendo o no con el sector privado, exploten actividades comerciales, industriales, agrícolas, mineras, turísticas, transporte y servicios en general"<sup>165</sup>.

Cuestión coincidente con su propio Reglamento expedido mediante Decreto Ejecutivo no.1051 –que ya perdió vigencia–, que corroboró la regla de la LORTI disponiendo que “[...] están obligadas a la declaración y pago del impuesto a la renta las empresas públicas distintas de las que prestan servicios públicos que compitiendo o no con el sector privado explotan [...]"<sup>166</sup> las actividades enunciadas en el artículo vigente, en ese entonces, de la LORTI y ya citadas en líneas anteriores.

Esta corta referencia histórica, sobre las normas en materia de exenciones en la legislación inmediatamente anterior a la entrada en vigencia de la LOEP, demuestra que la política fiscal ha estado marcada por la política económica de cada gobierno. Además, esto se ve demostrado en el texto de la legislación de régimen tributario interno de reformas anteriores. Como ejemplo, en un momento determinado estuvieron exentas del pago al impuesto a la renta las instituciones del sector financiero estatal<sup>167</sup>, que hoy en día no se sujetan a las disposiciones de la LOEP y por ello no son elemento de este análisis.

El inciso final del artículo 35 del Código Tributario hace una aclaración que es de suma importancia en virtud de que dispone que las exenciones a las que se refiere dicho artículo –entre éstas las de las empresas públicas– son aplicables únicamente en cuanto al pago del Impuesto a la Renta y no a otro tipo de impuestos como es el

---

<sup>164</sup> C. A. Raimondi y A. Atchabahian. *El impuesto a las ganancias*. 3ª ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2000. p. 289.

<sup>165</sup> Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno. Artículo 9, numeral 2 anterior a la reforma hecha por la Ley Orgánica de Empresas Públicas R.O. Suplemento No. 463 de 17 de noviembre del 2004.

<sup>166</sup> Reglamento a la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno. Artículo 16. R.O. Suplemento No. 337 de 15 de mayo del 2008.

<sup>167</sup> Para efectos de lo dispuesto en la LRTI en materia de exenciones para las empresas del sector público distintas de las que prestan servicios públicos, que compitiendo con el sector privado, exploten actividades comerciales, industriales, agrícolas, mineras, turísticas y de servicios en general [...] se entenderá como empresas del sector público sujetas al impuesto a la renta, a aquellas entidades o unidades administrativas que realicen cualquier tipo de actividad económica que compita con el sector privado, excepto cuando tal actividad corresponda a la prestación de servicios públicos, sector financiero estatal o áreas de explotación reservadas para el Estado, aunque el sector privado también intervenga en ella por delegación o concesión. En: Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno (reforma vigente de marzo de 1998 a mayo de 1998). R.O. Suplemento No. 601 de 30 de diciembre del 1994.

IVA (Impuesto al Valor Agregado) y el ICE (Impuesto a los Consumos Especiales). Existe una diferencia sustancial entre el impuesto a la renta y el IVA e ICE. Por un lado, el Impuesto a la Renta es aquel que se aplica a las ganancias y/o utilidades<sup>168</sup> anuales de las personas naturales y jurídicas, después de realizarse las deducciones conforme lo dispuesto en la ley tributaria (LORTI), siempre y cuando estas ganancias superen la base imponible para el pago del impuesto, que establece anualmente el Servicio de Rentas Internas. Por otro el IVA es un impuesto que

[...] grava al valor de la transferencia de dominio o a la importación de bienes muebles de naturaleza corporal, en todas sus etapas de comercialización, así como a los derechos de autor, de propiedad industrial y derechos conexos; y al valor de los servicios prestados, en la forma y en las condiciones que prevé [la LORTI]<sup>169</sup>.

A *grosso modo* se trata de una prestación que nace a raíz de la transferencia de dominio, que debe tomar en cuenta las características prescritas en el artículo citado y conforme a lo que establecen los artículos siguientes con respecto a qué implica dicha transferencia de dominio. Finalmente, el ICE es aquel impuesto que se aplica “[...]de los bienes y servicios de procedencia nacional o importados, detallados en el artículo 82 de [la LORTI]”<sup>170</sup>; este tipo de bienes y servicios son, por ejemplo, productos del tabaco y sus sucedáneos, bebidas alcohólicas, servicios de televisión pagada, algunos tipos de vehículos motorizados, entre otros.

Por consiguiente, las empresas públicas, están exentas del pago del impuesto a la renta, es decir del impuesto sobre los ingresos que lograron alcanzar en el periodo de un año fiscal, una vez generadas las utilidades. No así de otros impuestos que pueden generarse en el giro diario de su actividad –IVA e ICE–, como explícitamente lo establece el enunciado del artículo 35 del Código Tributario. A menos de que la ley establezca que se trata de una transferencia o un bien con tarifa cero, como es el caso del artículo 55 de la LORTI que dispone las “donaciones a entidades y organismos del sector público, inclusive empresas públicas [...]”<sup>171</sup> son transferencias que no son objeto del impuesto al valor agregado.

Continuando con el análisis del segundo inciso del artículo 41 de la LOEP, citado

---

<sup>168</sup> Para efectos de este impuesto se considera renta: 1.- Los ingresos de fuente ecuatoriana obtenidos a título gratuito o a título oneroso provenientes del trabajo, del capital o de ambas fuentes, consistentes en dinero, especies o servicios; y 2.- Los ingresos obtenidos en el exterior por personas naturales domiciliadas en el país o por sociedades nacionales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98 de esta Ley. En: Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno. Artículo 2. R.O. Suplemento No. 463 de 17 de noviembre del 2004.

<sup>169</sup> Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno. Artículo 52. R.O. Suplemento No. 463 de 17 de noviembre del 2004.

<sup>170</sup> Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno. Artículo 75. R.O. Suplemento No. 463 de 17 de noviembre del 2004.

<sup>171</sup> Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno. Artículo 54. R.O. Suplemento No. 463 de 17 de noviembre del 2004.

previamente, éste establece directamente nuevas exenciones para aquellas empresas públicas que prestan servicios públicos, con respecto al pago de regalías, tributos u otro tipo de contraprestación “[...] por el uso u ocupación del espacio público o la vía pública y del espacio aéreo estatal, regional, provincial o municipal, para colocación de estructuras, postes y tendido de redes”<sup>172</sup>. Para determinar cuáles son las empresas a las que se refiere este artículo es necesario retomar lo establecido en la Constitución de la República en su artículo 314 que al tratar la responsabilidad del Estado en la provisión de servicios públicos prevé que serán 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”<sup>173</sup>, entre éstos, gas<sup>174</sup> y correo<sup>175</sup>.

Considerando las características previstas en la misma Constitución—y en varias ocasiones en el presente trabajo— de los servicios públicos, la disposición de la LOEP pretende alcanzarlas. Esto se da porque que la exención de las contraprestaciones citadas, encarece menos el costo del servicio. Costo que, a la larga, se ve reflejado en el precio que los ciudadanos deben cubrir para acceder a ese bien o servicio. Y, tomando en cuenta que el servicio público —por concepto— siempre responderá a una necesidad de la universalidad de los ciudadanos que les permitirá alcanzar para un estándar de vida mínimo a través de la satisfacción de aquellas necesidades de las cuáles depende el desarrollo y progreso de la colectividad<sup>176</sup>, mientras más bajo sea el precio el producto tiene mayor accesibilidad.

En relación a lo expuesto con respecto al segundo inciso del artículo 41 de la LOEP, la Procuraduría General del Estado, a través de la absolución de una consulta efectuada por el Ministerio de Electricidad y Energía Renovable y la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, argumentó que cuando se trate de empresas públicas de que prestan servicios públicos —a lo que se refiere el artículo 41 de la LOEP— y aquellas empresas de generación eléctrica, que no siendo públicas se acogen a un régimen de excepción amparado en las Disposiciones Transitorias 2.2.1.4. y 2.2.1.5. de la LOEP, éstas

---

<sup>172</sup> Ley Orgánica de Empresas Públicas. Artículo 41. R.O. Suplemento No. 48 del 16 de octubre del 2009.

<sup>173</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 314. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

<sup>174</sup> Reglamento para la comercialización del gas licuado. Artículo 4. R.O. No. 508 de 4 de febrero de 2002.

<sup>175</sup> Creación de la Empresa Pública Correos del Ecuador. Artículo 2. R.O. No. 184 de 3 de mayo de 2010.

<sup>176</sup> J. Fernández Ruiz. *Derecho Administrativo (Servicios Públicos)*. Óp. cit., p. 68.

están exentas del pago de regalías, tributos o de cualquier otra contraprestación por el uso u ocupación del espacio público o la vía pública y del espacio aéreo estatal, regional, provincial o municipal, para la colocación de estructuras, postes y tendido de redes, conforme lo prevé el artículo 41 inciso segundo de la Ley Orgánica de Empresas Públicas; y además, gozarán del derecho de uso gratuito de vías, postes, ductos, veredas e infraestructura similar de propiedad estatal, regional, provincial, municipal o de otras empresa públicas, según la Disposición General Octava de la misma Ley Orgánica, por lo que el cobro de la tasa referida en el inciso segundo del artículo 567 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, por el uso u ocupación del espacio público o la vía pública por parte de los gobiernos autónomos descentralizados no se aplica a las empresas públicas que prestan servicios públicos, ni a las empresas privadas referidas en los numerales 2.2.1.4 y 2.2.1.5 del Régimen Transitorio de la Ley Orgánica de Empresas Públicas que están sujetas a régimen tributario de excepción dispuesto en la indicada Ley Orgánica de Empresas Públicas<sup>177</sup>.

En esta medida, se aplicará lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 41 de la LOEP siempre y cuando se trate de los servicios públicos establecidos en la Constitución y, por delegación de ésta, en la Ley. Muchas veces, este tipo de servicios el Estado los provee a través de sus empresas públicas de manera monopólica, en la que aparentemente no afectaría a la competencia en virtud de que es el único participante en el mercado por las características del servicio. No así en todos los casos, como por ejemplo en el caso del correo en que la provisión de servicio también puede ser efectuado a través de empresas privadas, nacionales e internacionales. Lo que podría ocasionar un tratamiento disímil en materia de pago de contribuciones a la Administración –en cualquiera de sus formas– aspecto que se analizará más adelante a profundidad.

Finalmente, el último inciso del artículo 41 de la LOEP, fue añadido por la Disposición Reformatoria y Derogatoria vigésima de la LORCPM. Así establece que “[l]as disposiciones de este artículo se aplicarán en observancia del objeto de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado”<sup>178</sup>. ¿Qué es lo que implica este último inciso del artículo 41 de la LOEP? Pues este inciso nos traslada a lo analizado en el capítulo anterior sobre el primer artículo de la LORCPM. Es decir, las exenciones en materia tributaria que establece la LOEP deben siempre establecerse sin contradecir el objeto de la LORCPM. Como se advirtió en el mencionado análisis, al respecto del objeto de la ley de competencia ecuatoriana, éste resulta tener un propósito muy específico que está restringido a las prohibiciones expuestas en los cuatro casos que se consideran prácticas anticompetitivas y, por consiguiente, deja de lado el objetivo primordial de cualquier régimen de competencia, que es más general y

---

<sup>177</sup> Absolución de consultas de Procuraduría General Del Estado parte 104. Resolución de la Procuraduría General del Estado. R.O. Suplemento No. 486 del 7 de julio de 2011.

<sup>178</sup> Ley Orgánica de Empresas Públicas. Artículo 41. R.O. Suplemento No. 48 del 16 de octubre del 2009.

bajo el cual podrían o no encajar prácticas que no necesariamente están consideradas en el artículo 1 que contiene el objeto de dicha ley.

Este es, en consecuencia el primer inconveniente que se encuentra en la LORCPM. En materia tributaria, como se ha analizado hasta el momento, se crean exenciones para todas las empresas públicas sujetas a la ley de la materia, lo que se verifica en la consulta de impuesto causado y pagado que todo ciudadano puede hacer en el portal web del Servicio de Rentas Internas. Entre éstas existe una variedad de empresas que participan monopólicamente en el mercado –debido a las características del bien o servicio que proveen– y otras que participan en conjunto con otras empresas en un mercado abierto a la competencia. Algunos ejemplos<sup>179</sup>, obtenidos del Catastro de Empresas Públicas se pueden ejemplificar para ambos tipos: entre aquellas que participan monopólicamente en el mercado están EMAAP-Q y EMASEO<sup>180</sup>; entre aquellas que compiten con otras en un mismo mercado están CNT EP, EP-RTVECUADOR y ENFARMA EP, entre algunas otras<sup>181</sup>. Por ende, reiterando lo dicho: existe la posibilidad de que entre éstas exista un trato disímil por parte de la Administración que puede repercutir en la entrada o desempeño de sus competidores en el mercado.

Ahora bien, ¿cuál es la base legal por la que la Administración puede crear exenciones en materia tributaria en beneficio de ciertos sujetos pasivos o sectores de la economía? De acuerdo a lo que establece el artículo 301 de la Constitución de la República, cuando se trata de impuestos –como es el caso en análisis– solo podrán ser creados, modificados exonerados o extinguidos por iniciativa de la Función Ejecutiva y mediante ley sancionada por la Función Legislativa –Asamblea Nacional–. Esto siempre deberá estar enmarcado en los principios y propósitos que establece la misma Constitución para el régimen y la política tributaria; conforme el artículo 300 “[...]la política tributaria promoverá la redistribución y estimulará el empleo, la producción de bienes y servicios, y conductas ecológicas, sociales y económicas responsables<sup>182</sup>. De ahí que las exenciones tienen como propósito alcanzar los objetivos de la política tributaria de un Estado, en este caso la establecida en la sección del artículo citado.

---

<sup>179</sup> Información obtenida del Catastro de Empresas Públicas, publicado por la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo SENPLADES. Disponible en: <http://www.senplades.gob.ec/web/senplades-portal/catastro-de-instituciones> (mayo, 2011)

<sup>180</sup> Empresa Metropolitana de Alcantarillado y Agua Potable de Quito, Empresa Metropolitana de Aseo.

<sup>181</sup> Corporación Nacional de Telecomunicaciones, Empresa Pública Televisión Y Radio De Ecuador y Empresa Pública de Fármacos.

<sup>182</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 300. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Consecuentemente, para que exista una exención en materia de impuestos, es la Función Ejecutiva –a través del Presidente de la República– quien debe tener la iniciativa, la misma que deberá seguir los procedimientos constitucionales para la formación de la Ley y, por consiguiente, ser aprobada por la Asamblea Nacional. Ello no solo cuando se establece exenciones de impuestos sino también cuando los crea, modifica o elimina un impuesto, en general. Al respecto Rodolfo Spisso, argentino, resume que

El poder de imposición lleva consigo el de eximir. Ambos son el anverso y el reverso de una misma moneda. En tanto el poder de imposición exige que todos deban contribuir al sostenimiento de los gastos del Estado según sus respectivas capacidades económicas, por imperio del principio de igualdad [...], la facultad de eximir, necesariamente, se encuentra limitada y condicionada a la existencia de razones de índole económica o social impuestas en cumplimiento de objetivos constitucionales [que también se reflejan en el caso ecuatoriano].<sup>183</sup>

En este sentido, la decisión de la Administración deberá sustentarse en los propósitos establecidos para la política tributaria que pretenden alcanzar los objetivos establecidos en la Constitución ecuatoriana. Es decir, alcanzar el Suma Kawsay –o Buen Vivir– que es el eje transversal de la Carta Política por el que se deberían alcanzar los derechos y el cumplimiento del Régimen de Desarrollo establecido en el mismo cuerpo legal como marco general de la Constitución.

A pesar de lo expuesto en el párrafo anterior, que se resumen en la potestad estatal para establecer las exenciones de impuesto que considere pertinentes para la consecución de los propósitos establecidos en la Carta Magna, no se puede dejar de lado las normas constitucionales que también componen el Régimen de Desarrollo y que están relacionadas con la política comercial. El artículo 336, segundo inciso de la Constitución, parte del capítulo sobre Trabajo y Producción advierte que “[e]l Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley”<sup>184</sup>. A pesar de que este inciso es parte del artículo que trata el Comercio Justo, puede aplicarse en general para los distintos mercados, en virtud del compromiso asumido por el Estado y porque no limita el Comercio Justo a un sector de la economía o determinados tipo de producción sino que lo ve como un “[...] medio de acceso a bienes y servicios de calidad que minimice las distorsiones de la intermediación y

---

<sup>183</sup> R.R. Spisso. *Derecho Constitucional Tributario*. 2ª ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2000. p. 149.

<sup>184</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 336, inciso 2do. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

promueva la sustentabilidad”<sup>185</sup>.

Además, tampoco puede dejarse de lado la puntualización hecha al final del artículo 41 de la LOEP, sobre la prevalencia del objeto de la ley de competencia frente al régimen tributario que les aplica a las Empresas Públicas. Lo que se podría llevar un poco más profundo después de revisar los considerandos de la exposición de las LORCPM que también fueron analizados en el capítulo precedente. Por último, no se debería excluir el propósito del Derecho de Competencia en general, y que ha sido acogido acertadamente por otras legislaciones: la protección del mercado velando la libertad de elección de los consumidores y la libertad de entrada de otros competidores<sup>186</sup>. Pues a la larga esta será la consideración principal para poder determinar si las disposiciones de la LOEP podrían afectar la libre competencia, en el caso ecuatoriano, a través de un trato disímil que la legislación le concede.

Al tratar el principio de no discriminación, en el caso tributario relacionado con

[...] el principio de generalidad de la imposición[,] exige que, por una parte, todas las personas (naturales y jurídicas) –en tanto tengan capacidad de pago y queden tipificadas por una de las razones legales que dan nacimiento a la obligación tributaria, sin que tengan en cuenta para ello criterios extraeconómicos [...]– sean sometidas al gravamen tributario y que, por otra parte, no se admitan en el marco de un impuesto particular otras excepciones a la obligación tributaria subjetiva y objetiva que las que parezcan inexcusables por razones de política económica, social, cultural, sanitarias o por imperativos de la técnica tributaria.<sup>187</sup>

En el caso del artículo 41 de la LOEP, y las disposiciones del régimen tributario vigente en materia del no pago del impuesto a la renta de las empresas públicas, lo argumentado en la cita expuesta –con respecto a las razones ineludibles por razones de política económica y social– la exención no necesariamente implica la consecución de la política económica y social. El Régimen de Desarrollo previsto en la Constitución –que incluye la política económica y social–, desde la perspectiva estatal actual, puede alcanzarse a través de la actividad de las empresas públicas con la prestación de bienes y servicios a los particulares; mas no con la exención del pago del impuesto a la renta, que no aplica para empresas privadas en el mismo mercado. Pues a diferencia de los otros tipos de impuestos, de los que están exentas las empresas públicas que prestan servicios públicos –analizadas en párrafos anteriores– el impuesto a la renta tiene una incidencia en el costo del bien o el servicio, como tal, sino en las ganancias que tiene una empresa y en lo que puede hacer con éstas

---

<sup>185</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 336, inciso 1ro. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

<sup>186</sup> M. Velandia. *Derecho de la competencia y del consumo*. Óp. cit., p. 75.

<sup>187</sup> Fritz Neumark en: R.R. Spisso. *Derecho Constitucional Tributario*. 2ª ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2000. p. 326.

(reinvertir, capitalizar o repartir entre sus accionistas, por ejemplo, en el caso de las empresas privadas). En relación con la fundamentación en la política económica de una exención o ventaja tributaria, el ahora Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-66/02 –de la República Italiana contra Comisión de las Comunidades Europeas– sobre las ventajas fiscales concedidas a las instituciones financieras que adquieran instituciones bancarias públicas sostuvo que cuando se trata de beneficios “[p]uesto que no se aplican a todos los operadores económicos, no cabe considerarlas como medidas generales de política fiscal o económica”<sup>188</sup>.

En materia de tributación internacional, el Instituto de Estudios Fiscales de España, sostiene que los impuestos no deben influir, o deberían hacerlo en el menor grado posible, en las decisiones de inversión de una empresa extranjera.

La neutralidad tributaria hace referencia a la relación entre los impuestos y el objetivo de la eficiencia económica. La idea es que los impuestos no afecten, o lo hagan en el menor grado posible, la eficiencia de las economías, permitiendo que los recursos sean asignados a sus usos más productivos, de modo que tal asignación sea la respuesta a diferencias reales en los costes y tasas de rendimiento, más que respuesta a diferencia en los impuestos. En el caso de la tributación de las rentas del capital y en una situación de movilidad internacional del mismo, tal como ocurre en un mercado común, el concepto de neutralidad tributaria exige que los impuestos que recaen sobre el capital no modifiquen la localización de las inversiones que tendría lugar en ausencia de impuestos.<sup>189</sup>

En consecuencia –yendo un poco más lejos–, se estaría creando un trato discriminatorio no solo con las empresas privadas locales sino también con las empresas extranjeras que participan en el mismo mercado que las empresas públicas. Además de que el régimen favorable, en materia de impuestos, para las empresas estatales podría desanimar la inversión extranjera por parte de personas jurídicas del exterior por las razones expuestas en la referencia citada.

Varias sentencias<sup>190</sup> del Tribunal de Justicia de la Unión Europea han dejado claro que en materia impositiva, debe primar el principio de neutralidad. Vale mencionar

---

<sup>188</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda). *República Italiana vs. Comisión de las Comunidades Europeas*. Asunto C-66/02. 15 de diciembre de 2005.

<sup>189</sup> J.J. Rubio Guerrero. “Los principios básicos de la fiscalidad internacional y la doble imposición internacional”. En: *Manual de Fiscalidad Internacional*. 2ª ed. Dir.: Teodoro Cordón Ezquerro. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2004. (pp.63-92). p.79.

<sup>190</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala sexta). *Comisión de las Comunidades Europeas vs. República Francesa*. Asunto C-481/98. 3 de mayo de 2001.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala segunda). *Christiane Adam vs. Administration de l' enregistrement et des domaines*. Asunto C-267/99. 11 de octubre de 2001.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala quinta). *Comisión de las Comunidades Europeas vs. República Federal de Alemania*. Asunto C-109/02. 23 de octubre de 2003.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda). *Finanzamt Gladbeck vs. Edith Linneweber* (asunto C-453/02) y entre *Finanzamt Herne-West vs. Savvas Akritidis* (asunto C-462/02). Asuntos acumulados C-453/02 y C-462/02. 17 de febrero de 2005.

que, a pesar de que en las sentencias revisadas se trata de un trato diferenciado a las empresas públicas y privadas en cuanto al pago del IVA, el razonamiento del Tribunal puede ser trasladado a la exención del pago de Impuesto a la Renta a favor de las empresas públicas. En este sentido, el tribunal mencionado

[...] la determinación y la definición de las operaciones que pueden beneficiarse de un tipo impositivo reducido con arreglo a las mencionadas disposiciones de la Sexta Directiva son competencia de los Estados miembros afectados.

Sin embargo, al ejercer dicha competencia, los Estados miembros deben atenerse al principio de neutralidad fiscal. Dicho principio se opone a que mercancías o prestaciones de servicios similares, que por tanto compiten entre sí, sean tratadas de forma distinta desde el punto de vista del IVA, de manera que dichas mercancías o dichas prestaciones de servicios deben ser gravadas con un tipo impositivo uniforme<sup>191</sup>.

### **3.3. Participación de los trabajadores en las utilidades**

En materia de talento humano, la empresa pública debe someterse en primera instancia a lo dispuesto en la LOEP, en segunda a las normas del Código del Trabajo y, finalmente, a las leyes que regulan la administración pública –conforme lo establece el primer inciso del artículo 17 de la LOEP–siempre y cuando se trate de personal contratado y no de libre remoción puesto que en este último caso se rigen por las resoluciones del Directorio de la empresa.

En las empresas públicas, "[s]erán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro de las empresas públicas"<sup>192</sup>. Para ello la misma LOEP divide entre los tipos de prestación de servicios de talento humano en: Servidores Públicos de Libre Designación y Remoción, Servidores Públicos de Carrera y Obreros. En el primer caso, se trata de "[a]quellos que ejerzan funciones de dirección, representación, asesoría y en general funciones de confianza [...]"<sup>193</sup>. En el segundo caso se trata de "[p]ersonal que ejerce funciones administrativas, profesionales, de jefatura, técnicas en sus distintas especialidades y operativas, que no son de libre designación y remoción que integran los niveles estructurales de cada empresa pública [...]"<sup>194</sup>. Y, en el tercer caso se trata de los que sean definidos como obreros por "[...] la autoridad competente, aplicando parámetros objetivos y de clasificación técnica, [entre éstos] los cargos de trabajadoras y trabajadores que de

---

<sup>191</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala segunda). *Christiane Adam vs. Administration de l' enregistrement et des domaines*. Asunto C-267/99. 11 de octubre de 2001.

<sup>192</sup> Ley Orgánica de Empresas Públicas. Artículo 18. R.O. Suplemento No. 48 del 16 de octubre del 2009.

<sup>193</sup> Ley Orgánica de Empresas Públicas. Artículo 18, literal a. R.O. Suplemento No. 48 del 16 de octubre del 2009.

<sup>194</sup> Ley Orgánica de Empresas Públicas. Artículo 18, literal b. R.O. Suplemento No. 48 del 16 de octubre del 2009.

manera directa formen parte de los procesos operativos, productivos y de especialización industrial de cada empresa pública”<sup>195</sup>.

El artículo 25 de la LOEP establece que “[n]inguna utilidad ni ningún excedente será objeto de reparto entre el talento humano que labore en las empresas públicas y mixtas”<sup>196</sup>. Este artículo que tiene una disposición expresa para las empresas estatales y, que tomando en cuenta la jerarquía de la LOEP frente al Código del Trabajo, que es distinta a la disposición de la ley laboral ecuatoriana que aplica para todas las empresas privadas. Pues el Código del Trabajo prevé que “[e]l empleador o empresa reconocerá en beneficio de sus trabajadores el quince por ciento (15%) de las utilidades líquidas”<sup>197</sup>. Como se puede contrastar, existe un tratamiento disímil por parte de la norma de la LOEP a favor de las empresas públicas que les exime de este pago a sus trabajadores, cualquiera sea su categoría de acuerdo a la Ley.

El reparto de las utilidades entre los trabajadores de una empresa, implica la participación que éstos tienen en las ganancias de la misma. La Ley

[...] establece el porcentaje de participación, la definición de beneficio que se debe utilizar, los trabajadores comprendidos y las excepciones, y a veces la forma en que el monto establecido debe ser distribuido entre los trabajadores. Por lo tanto, en esencia se trata de un pago variable que procura ligar una parte de la remuneración total de los trabajadores al éxito de sus empresas medido por las ganancias de éstas.<sup>198</sup>

Esta medida, establecida en las legislaciones laborales de algunos países, está prevista para ser entregada como un porcentaje fijo concluido el cierre del año fiscal, como es el caso ecuatoriano. En otros casos, como el de Brasil, “[...] los actores sociales pueden definir los criterios de participación mediante la negociación, y pueden optar por un sistema ligado al lucro de la empresa, a resultados específicos, o bien a indicadores mixtos”<sup>199</sup> que pueden ser repartidos mensual, trimestral o semestralmente. Independientemente de cuál sea la modalidad que adopte, la participación de los trabajadores en las ganancias de la empresa, desde el punto de vista de esta tesina, se pretende retribuir el esfuerzo de ellos propiciando el

---

<sup>195</sup> Ley Orgánica de Empresas Públicas. Artículo 18, literal c. R.O. Suplemento No. 48 del 16 de octubre del 2009.

<sup>196</sup> Ley Orgánica de Empresas Públicas. Artículo 25. R.O. Suplemento No. 48 del 16 de octubre del 2009.

<sup>197</sup> Codificación del Código del Trabajo. Art. 97. R.O. Suplemento No. 167 de 16 de diciembre del 2005.

<sup>198</sup> A.E. Marinakis. “Participación de los trabajadores en las utilidades o resultados de las empresas en América Latina”. En: *Revista de la CEPAL* No.69. Diciembre de 1999. (pp. 71-84). Disponible en: <http://biblioteca.ues.edu.sv/revistas/10702772-4.pdf> (p. 72)

<sup>199</sup> A.E. Marinakis. “Participación de los trabajadores en las utilidades o resultados de las empresas en América Latina”. *Óp. cit.*, (p. 72)

compromiso y la fidelidad del trabajador hacia la empresa. El espíritu es una forma de dotar de manera equitativa de bienestar a todos quienes componen la empresa.

Para el cálculo de esta participación, el artículo 99 del Código del Trabajo

Los porcentajes o valores que las empresas destinen por disposición legal, estatutaria, o por voluntad de los socios a la formación o incremento de reservas legales, estatutarias o facultativas, a participación especial sobre las utilidades líquidas, en favor de directores, gerentes o administradores de la empresa, y a otras participaciones similares que deben hacerse sobre las utilidades líquidas anuales, se aplicarán luego de deducido el quince por ciento correspondiente a participación de utilidades.<sup>200</sup>

Como se puede observar en el artículo citado, el fin ulterior es justo, equitativo, redistributivo. Pero, en la realidad, el rubro de utilidades a los trabajadores no siempre obtiene el espíritu que creo la figura. Por el contrario, es visto como una carga tributaria adicional a las demás que debe para el empresario y, como una prebenda, por parte del trabajador, que no le exige mayor competitividad –incluso por los mecanismos legales que tiene para reclamarla–.

Julio César Trujillo, a través del análisis de la disposición del Código del Trabajo sobre este concepto, afirma que las instituciones que por su naturaleza no buscan fines de lucro, no deberán considerar este rubro en virtud de que no generan utilidades repartibles<sup>201</sup>. Ahora, al tratarse de las empresas públicas –como lo establece la LOEP y fue materia de análisis en el primer capítulo de esta tesina– las empresas públicas no persiguen un lucro, en el sentido de que no buscan enriquecer a su accionista; sino que deben lograr el alcance de los objetivos para las que fueron creadas. No obstante, hay que recalcar que las empresas pueden tener excedentes. Como toda actividad económica, busca generar ingresos no solo para subsistir en el ejercicio diario de su actividad sino también para alcanzar una mejora en la provisión del bien o servicio previsto en su objeto, así como también para quienes arriesgaron su capital para constituir la empresa, en el caso de las empresas privadas. El artículo 39 de la LOEP, de hecho, prevé la existencia de excedentes de una empresa pública. Así, “[l]as empresas públicas deberán propender que a través de las actividades económicas que realicen se generen excedentes o superávit, los que servirán para el cumplimiento de los fines y objetivos previstos en el artículo 2 [...]”<sup>202</sup> de la LOEP.

Ahora, ¿por qué el talento humano de una empresa pública, que genera

---

<sup>200</sup> Codificación del Código del Trabajo. Art. 99. R.O. Suplemento No. 167 de 16 de diciembre del 2005.

<sup>201</sup> J.C. Trujillo. *Derecho del Trabajo Tomo I*. 2ª edición. Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1986. p. 355.

<sup>202</sup> Ley Orgánica de Empresas Públicas. Artículo 39. R.O. Suplemento No. 48 del 16 de octubre del 2009.

excedentes, no puede acceder al reparto de un porcentaje de éstos? La respuesta a ello recae en que la empresa pública no genera utilidades y existe una prohibición expresa en la Ley al respecto. Pero si, como toda actividad económica tiene excedentes –que deben propenderse de acuerdo al mandato expreso del artículo citado–, podría generar un trato inequitativo, no solo para las empresas privadas que participan en su mismo mercado sino para sus trabajadores –análisis que no es materia de esta tesina<sup>203</sup>–.

Ahora, el trato disímil, en este caso no será previsto para el caso de los trabajadores de un tipo u otro tipo de empresa, sino para las empresas privadas. Pues, como se puede verificar en el artículo 99 del Código del Trabajo –ya citado en párrafos anteriores– para calcular la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas se deberá tomar el rubro de todas las ganancias, previo al pago a la cualquier otro aporte estatutario o reglamentario de participación especial en las utilidades a favor de directores, gerentes o administradores, e incluso, previo la asignación de un porcentaje de las reservas legales, estatutarias o facultativas de las empresas; así como tampoco se cuenta el rubro de del pago de impuesto a la Renta. En consecuencia, las empresas privadas –participando en el mismo mercado que una empresa pública– no contarán con el 100% de utilidades generadas en el año fiscal para destinarlas a cualquiera de sus propósitos, entre los cuales puede estar destinarlos a la reinversión en la misma empresa. Por el contrario, deberá contar con un 15% menos, de las ganancias anuales. Valor que deberá sumarse a los demás porcentajes que inciden en las utilidades anuales, como es el caso del Impuesto a la Renta, ya analizado en el apartado anterior.

### **3.4. Influencia de las medidas en la administración de la empresa pública vs. la empresa privada**

Como se ha analizado hasta el momento, existen dos rubros importantes que la empresa pública está exenta de cubrir, por Ley, y que tienen incidencia directa en las utilidades generadas por las empresas. Cabe recordar que este análisis se referirá a las empresas públicas que participan en un mercado abierto a la competencia y, que por tanto, participan con otras empresas privadas en la provisión del bien o servicio de que se trate. La razón de ello ya ha sido esbozada a lo largo de esta tesina y se puede resumir en que aquellas empresas que prestan servicios públicos, de manera monopólica en un mercado, no tienen un competidor con quien comparar su accionar

---

<sup>203</sup> Al respecto cabe mencionar que el artículo 30 de la LOEP prevé que los servidores de carrera y los obreros, de acuerdo con la definición de la misma ley, puedan tener otros ingresos por concepto de componente variable por cumplimiento de metas. Lo que es facultativo, por eso no se podría considerar que es una práctica semejante a la que se ejemplificó para el caso de Brasil.

o a quien afectar, al menos a primera vista.

Los dos rubros analizados en los apartados anteriores son la exención del pago por concepto de impuesto a la renta y la no participación del talento humano de la empresa pública en los excedentes de la misma. Lo analizado, conduce a entender que las empresas públicas cuentan con unas ventajas al momento de cerrar sus ejercicios anuales. No deben considerar entre sus ganancias rubros que las empresas privadas sí lo deben hacer. De forma que hay un menoscabo en cuanto a los réditos producidos en una misma actividad económica que una empresa pública. Lo que tiene influencia directa en las decisiones que tendrá la empresa a lo largo del año fiscal. Pues deberá adelantarse a generar gastos o inversiones para la misma empresa que reduzcan la utilidad anual, reduciendo así el monto a pagar por concepto de Impuesto a la Renta y pago por participación de los trabajadores en la empresa. Es decir, atenta contra la libertad de empresa que ampara las decisiones empresariales en beneficio de los gestores de un proyecto de actividad económica; mientras que en el caso de empresas públicas, las exime del pago por los mismos conceptos.

Las características de las empresas privadas y públicas ya fueron analizadas en el primer capítulo. Es de interés de esta tesina recalcar en que cada una de éstas tiene características propias. Pero, centrando el análisis en dos de sus características más sencillas, se puede concluir que ambas deberían sujetarse a las mismas normas. La primera de éstas es que las empresas públicas y privadas, cuentan con patrimonio propio e independiente de aquel que lo aportó. Como persona jurídica –de derecho público y privado, respectivamente– independiente, ya es titular de derechos y obligaciones, respondiendo con dicho patrimonio. De éste se deriva su autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión. La segunda de estas características recae en su objeto como empresa, en sí. Es decir, en la voluntad de quien la constituye para que desempeñe una actividad económica, que busque generar un rendimiento para la financiación de sus actividades y para reinvertirla, recapitalizarla o repartirla entre sus accionistas –en el caso de las empresas privadas<sup>204</sup>–. En consecuencia, en cuanto a su actividad y personalidad jurídica, deberían participar en el mercado con las mismas reglas del juego. La asimilación de lo expuesto impediría que el Estado cree normas discriminatorias con incidencia en la

---

<sup>204</sup> En este punto cabe hacer una aclaración, en el caso de las empresas públicas, no hay un reparto de utilidades entre sus accionistas como tal; en virtud de que el Estado es el que las constituye (único accionista). No obstante, la LOEP establece de que en caso de que los excedentes de la empresa pública que no se reinviertan en ésta, sus subsidiarias, filiales, agencias o unidades de negocio, deberán regresar al Presupuesto General del Estado –se podría decir que es comparable con el patrimonio del accionista, en este caso el Estado–.

actividad de los operadores de un mismo mercado y, en consecuencia, que se generen distorsiones en el mercado.

En este punto, resulta interesante constatar el caso de Argentina en materia de exenciones previstas para las empresas públicas, expuesto por los autores Raimondi y Atchabahian:

[En Argentina ...] la ley 22.016 derogó, para las ganancias imputables a ejercicios fiscales iniciados desde el 1 de enero de 1980, todas las exenciones que favorecieran a empresas del Estado, o en las cuales el Estado tuviera participación; la derogación abarcó todos los privilegios otorgados en leyes especiales, en cartas orgánicas, estatutos, etc., para todo ente que venda bienes o preste servicios a terceros a título oneroso. La eliminación de las exenciones de que gozaban ciertos entes estatales puso a éstos en un pie de igualdad con las empresas privadas, y por ello podían acogerse a regímenes de incentivos fiscales, con el derecho consiguiente de utilizar las desgravaciones que en ellos se contemplaran, como también se beneficiarios de exenciones objetivas.<sup>205</sup>

Es decir, una vez que las empresas públicas y privadas tengan los mismos elementos normativos que con influencia en las ganancias de una empresa, tienen – en principio– las mismas condiciones que les permiten acceder a ciertas clases de incentivos ya no dependiendo de su calidad de sujeto sino con base en el sector al que se pretende fomentar, como consta en el caso expuesto. Mismas condiciones, mismos beneficios.

### 3.5. Potenciales riesgos económicos: efectos de un trato disímil en el mercado.

En este apartado se pretende poner en un caso concreto cuál es el impacto que tienen las exenciones citadas en los puntos 3.2. y 3.3. de esta tesina; es decir, la exención de pago de Impuesto a la Renta a las empresas públicas y el no reparto de excedentes entre los trabajadores de una. Para el efecto, se ha analizado la incidencia que ambas medidas tienen en los resultados de una empresa, comparándolas entre ellas.

CARGA IMPOSITIVA EN PORCENTAJES EMPRESAS PÚBLICAS Y PRIVADAS		
DETALLE	EMPRESA PRIVADA	EMPRESA PÚBLICA
CARGA IMPOSITIVA PARTICIPACIÓN EMPLEADOS	15.00%	0.00%
CARGA IMPOSITIVA IMPUESTO A LA RENTA	19.55%	0.00%
<b>CARGA IMPOSITIVA TOTAL</b>	<b>34.55%</b>	<b>0.00%</b>

Lastimosamente, la información financiera de las empresas privadas es confidencial y restringida a terceros. Frente a la imposibilidad de prescindir de esta información –aún cuando la de las empresas estatales es pública–, para realizar un

<sup>205</sup> C. A. Raimondi y A. Atchabahian. *El impuesto a las ganancias*. 3ª ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2000. p. 292-293.)

análisis comparativo, se ha visto la necesidad de ejemplificar lo argumentado en un caso hipotético. La tabla a continuación refleja un estado de pérdidas y ganancias ('PyG') de una empresa pública y de una empresa privada. Para que el ejemplo refleje el impacto de manera más palpable los rubros que corresponden a cada uno de los conceptos del 'PyG', serán los mismos para ambas empresas que participan en el mismo sector, realizando la misma actividad.

<b>COMPARATIVO ENTRE EMPRESAS PÚBLICAS Y PRIVADAS<sup>206</sup></b>		
<b>DETALLE</b>	<b>EMPRESA PRIVADA</b>	<b>EMPRESA PÚBLICA</b>
VENTAS	1,000.00	1,000.00
COSTO DE VENTAS	600.00	600.00
<b>UTILIDAD BRUTA</b>	<b>400.00</b>	<b>400.00</b>
GASTO DE ADMINISTRACIÓN Y VENTAS	150.00	150.00
GASTO FINANCIERO	70.00	70.00
OTROS INGRESOS NETOS	5.00	5.00
<b>UTILIDAD ANTES DE IMPUESTOS</b>	<b>185.00</b>	<b>185.00</b>
PARTICIPACIÓN EMPLEADOS (15%)	27.75	0.00
IMPUESTO A LA RENTA (23%)	36.17	0.00
<b>UTILIDAD NETA</b>	<b>121.08</b>	<b>185.00</b>
<b>VENTAJA IMPOSITIVA EN PORCENTAJE %</b>	<b>0.00%</b>	<b>52.79%</b>

Como revela el ejemplo citado, la empresa pública que realiza una misma actividad que una empresa privada tiene una ventaja en el resultado de sus utilidades netas y, luego, influencia en la decisión de qué hacer con ellas. Pues el 52.79% de ventaja impositiva que tiene una empresa pública es en base a sus utilidades netas. Y, en contraste a lo que una empresa privada deja de tener en este mismo rubro incide directamente en las medidas que toma la empresa a final del año fiscal y una vez realizada la cancelación de impuestos correspondientes. En definitiva, la empresa privada tendrá un 65.45% de sus utilidades antes de impuestos mientras que a la empresa pública tendrá el 100% de los excedentes; diferencia que se traduce en que la última tendrá un 52.79% de ventaja en sus excedentes. Cabe recalcar, que en algunos escenarios este trato diferenciado se encuentra permitido por la LORCPM, como es el caso de las ayudas públicas. No obstante, no todos los supuestos encajan dentro de las restricciones permitidas por la LORCPM, son estos casos los que distorsionan el mercado afectando a la libre competencia.

¿Qué tipo de decisiones, que ambos tipos de empresas puedan tomar, serían perjudicadas para una empresa privada? La misma pregunta deja de lado la opción de repartir las utilidades o parte de éstas entre sus socios o accionistas, porque la

<sup>206</sup> Tabla elaborada con colaboración del Eco. Carlos Andrés Arturo. Noviembre del 2012.

empresa pública no los tiene. A pesar de que los excedentes de las empresas públicas pueden ser transferidos al Presupuesto General del Estado -y podría entenderse esto como un retorno a su “accionista” (Estado)– está es su única opción en caso de no destinar sus excedentes a la inversión o reinversión en las mismas empresas, sus filiales, subsidiarias, agencias o unidades de negocio, de acuerdo a lo que establece el artículo 39 de la LOEP. Pues las decisiones a las que se refiere esta tesina son a las que se toman a favor de la empresa una vez que se obtienen las utilidades netas con el fin de crecer como empresa o fortalecer un área o herramientas para el funcionamiento de la misma. Es decir, la empresa –tanto pública como privada– puede tomar la decisión de invertir o reinvertir sus utilidades netas – excedentes, en el caso de la empresa pública–.

El caso ejemplificado devela exactamente cuál es el porcentaje que una empresa pública tiene de ventaja en sus utilidades frente a una empresa privada que sea similar y sea coparticipante en un mismo mercado. Pues la empresa privada tendrá únicamente el 65.45% de sus utilidades para destinarlos a la inversión o reinversión. De manera que las decisiones estratégicas que la empresa privada adopte conforme a su modelo de negocio, situación financiera, su misión y visión, siempre tendrán una desventaja frente a una empresa pública competidora. Aspecto que no solo tiene un impacto en la empresa privada como único sujeto sino también en los niveles de productividad del sector así como incidencia en la economía del país.

Entonces, las normas establecidas en la LOEP conllevan a una desventaja a favor de las empresas públicas, frente a las empresas privadas que participan en el mismo mercado. Medidas que tiene incidencia directa en los recursos excedentes de las empresas privadas que podrían destinarlos a la inversión o reinversión de la empresa en aras a su plan de crecimiento y expansión de negocio, o a su estrategia. Desventaja que incluso puede representar un desincentivo para el acceso de otros competidores al mercado pudiendo crearse una barrera legal –o normativa– de acceso al mercado. Es decir, implica un desincentivo perverso porque se rompe en términos de igualdad en que las empresas deben competir en un mercado. Además, distorsiona la competitividad porque provee beneficios contra los que las empresas privadas no tienen recursos para contrarrestarlos o neutralizarlos. Por último, tomando en cuenta lo mencionado, este tipo de políticas ahuyentan las inversiones del sector privado en el país, ya que los agentes económicos deciden no invertir en estos mercados por no existir una tasa de retorno atractiva, consecuentemente, éstos se dirigen a otros países que ofrecen entornos amigables a la inversión, conscientes del beneficio que ésta tiene en el financiamiento del desarrollo de sus economías.

### **3.6. Consideraciones adicionales con respecto a las medidas de la LOEP frente a la LORCPM**

En el segundo capítulo se analizó las reglas particulares establecidas en la LORCPM que, en cierta forma, restringen la competencia en un mercado: Régimen de excepciones y las ayudas públicas. Tomando en cuenta lo revisado hasta este punto en el tercer capítulo, las normas de la LOEP que crean un trato disímil, su impacto e influencia, cabe preguntarse si ¿puede aplicarse una de estas dos normas particulares?

El primer caso –restricciones a la competencia– puede ser respondido de manera inicial. En concordancia con lo que se analizó en el 2.3.2.2.1. de esta tesina, las restricciones a la competencia son admisibles siempre y cuando se trate de razones de interés público, en cualquier sector de la economía nacional. Anteriormente, la discusión se centró en que si deben aplicarse estas restricciones en todos los casos aún cuando no se trate de servicios públicos que sean de interés general –a los que ya se ha hecho referencia en esta tesina–. No obstante, una vez analizadas cuáles son las medidas legales establecidas en la LOEP que crean un trato favorable para empresas públicas, es necesario analizar la conveniencia de estas restricciones a favor de éstas. Como se vio, las restricciones a la competencia son admisibles para un sector de la economía nacional, cuando se generen beneficios –con determinadas características– en el ámbito o industria en la que se establezcan<sup>207</sup>. Las disposiciones de la LOEP no atañen a un sector de la economía como tal sino a un tipo de empresas, las empresas creadas por el Estado para desarrollar su actividad en un sector determinado. Por consiguiente, no podría sostenerse el argumento de que las exenciones previstas en la LOEP son restricciones a la competencia.

El segundo caso tiene que ver con las ayudas públicas. Como también se analizó en el capítulo precedente éstas proceden bajo determinadas circunstancias y con el fin de alcanzar los propósitos establecidos en la misma Ley. En general, las exenciones en materia fiscal, se consideran una ayuda pública pasiva. Para la aplicación de las ayudas públicas, deberá observarse estrictamente las condiciones y características, porque si bien se trata de apoyar a un operador, no se pretende perjudicar a todo un mercado. Es decir, las ayudas deben estar justificadas en razones de interés social o público o en beneficio de los consumidores y procede cuando se a por cualquiera de las razones listadas en los literales del artículo 29 de la LORCMP. Como se revisó anteriormente, estos literales están delimitados a casos específicos –justamente para

---

<sup>207</sup> Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 28. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre 2011

evitar que se creen beneficios injustos en beneficio de la particulares perjudicando a un mercado—. Por lo tanto, de modo general, las medidas previstas en la LOEP relacionadas con la exención del pago de Impuesto a la Renta y el no pago de participación del talento humano en los excedentes de la empresa pública, no se adecuan a una razón específica de las establecidas en los literales del artículo 29 de la LORCPM, sobre todo, para todos los casos de empresas públicas.

### 3.7. ¿Solución prevista en la LORCPM?

Hasta el momento se ha analizado cuáles son las normas que causan las normas establecidas en la LOEP. Además se ha constatado cómo inciden estas normas en el desenvolvimiento de la empresa pública y la desventaja en la que están las empresas privadas que participan en el mismo mercado. Ahora bien, es necesario poder determinar si existe una solución, establecida en el LORCPM para evitar la aplicación de las normas cuestionadas en los casos de empresas públicas que atienden a un mercado abierto a la competencia.

La LORCPM si bien aplica tanto para empresas públicas como privadas, no tiene una solución para sancionar a las empresas públicas como tal, por ser agentes económicos que tienen una ventaja en el mercado; a menos de que se trate de acciones generadas por la misma empresa pública<sup>208</sup>. Como se ha analizado a lo largo de esta tesina, la LORCPM y la Decisión 608 de la CAN se rigen por el principio de no discriminación y el espíritu de la norma es aplicar sus reglas tanto a las empresas públicas como a las empresas privadas. No obstante, la LORCPM en cuanto a las normas, parte de la legislación ecuatoriana, que pueda generar desventajas en un mercado a favor de ciertas empresas –públicas en este caso– la ley establece una salida, que desde el punto de vista de esta tesina no implica una solución *per se*.

El artículo 38 de la LORCPM establece cuáles con las facultades de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Entre éstas la número 24 establece que la autoridad tiene entre sus atribuciones “Proponer la remoción de barreras, normativas o de hecho, de entrada a mercados, que excluyan o limiten la participación de operadores económicos”<sup>209</sup>. En consecuencia, la Ley le otorga a la autoridad de competencia la posibilidad de tener la iniciativa, en este caso concreto, para que el órgano legislativo elimine las normas que desde el punto de vista de esta tesina crean una ventaja para las empresas públicas en perjuicio de las empresas privadas. Ahora bien, ¿qué implica esta iniciativa? La posibilidad de que la

---

<sup>208</sup> Cuando tiene poder de mercado, por ejemplo, y puede

<sup>209</sup> Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 38, numeral 24. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre 2011.

Superintendencia haga el análisis de la LOEP y el impacto de éstas los mercados en que concurren ambos tipos de empresas; y, también verifique cuál es el perjuicio de este trato disímil a las empresas públicas. Y, de verificarse lo expuesto en esta tesina, proponer la eliminación de las exenciones del pago de Impuesto a la Renta y del pago del 15% de participación del Talento Humano en la empresa, para aquellas empresas públicas que compiten con otras en el mercado.

Ahora sí, la iniciativa mencionada conlleva a que sea la misma siga el curso regular establecido para la formulación, modificación o derogación previsto en la Constitución. Es decir, en términos simples, deberá pasar a debate y votación en el órgano legislativo y posteriormente al veto o sanción del ejecutivo. Cada resultado de esta etapa deberá basarse en estricto seguimiento del espíritu constitucional y los principios, normas y regímenes que éste establece. Marco constitucional que ampara la creación de empresas públicas como herramienta para el desarrollo de actividades para la consecución del Buen Vivir dentro del Régimen de Desarrollo.

## CAPÍTULO 4

### Conclusiones y Recomendaciones

1. La regulación en materia de competencia debe propender a la búsqueda de un mercado libre, abierto a la competencia, sin barreras de entrada en el que los oferentes tengan libre acceso a éste y los consumidores tengan la libertad suficiente para que elegir conforme a sus necesidades y preferencias. En esta medida, las normas relativas a la competencia deben regular, en el menor grado posible, la verdadera consecución de este objetivo.

Como se ha expuesto en reiteradas ocasiones a lo largo de esta tesina, el objeto de la Ley Orgánica de Regulación de Poder de Mercado, vigente en el Ecuador desde octubre del 2011, es sumamente limitado a las prácticas anticompetitivas *per se* que son desarrolladas como los comportamientos contrarios al libre mercado y sancionados a lo largo de la misma ley. Por el contrario, la ley de competencia de un país debe tener un objeto más amplio y general. Esto permitiría que los actos que no están previstos en la misma Ley – por una razón de que ésta olvidó prever o no ha sido reformada ante nuevas prácticas que se pueden presentar en el mercado en el futuro, por ejemplo– sean revisados y, posiblemente, sancionados por la autoridad por ser contrarios al objetivo del libre mercado previsto en la legislación y por tener efectos perjudiciales en el mercado, en el caso ecuatoriano, dentro del artículo 1 de la LORCPM. Tomando en cuenta de que la autoridad competente –en nuestro caso actualmente, la Superintendencia de Control de Poder de Mercado– deberá ser lo suficientemente preparada e independiente para tomar las acciones de caso para su investigación y posible sanción, si es que hubiese.

2. La Constitución de la República del Ecuador, vigente desde octubre del 2008, ampara un nuevo modelo de Estado. Dándole a éste una importante incidencia en el modelo económico para la consecución de lo que se ha denominado en la Norma Suprema como el Régimen de Desarrollo. En esta medida, el Estado ha tomado un rol protagónico en la economía, no solo como generador de políticas y normas al respecto y aplicador de sanciones; sino que ha adoptado la figura de ser un Estado empresario. Es decir, ha dejado de ser quien establece una política comercial y tributaria, para las empresas –privadas en su mayoría– y se ha convertido en un actor más en el mercado a través de la inversión directa en actividades productivas e industriales, que por lo general han podido ser desarrolladas por el sector privado. ¿Por qué? Pues su participación pretende garantizar la consecución del Régimen de Desarrollo, garantizando el Buen Vivir; concepto que, de acuerdo a lo que sostiene el Plan Nacional de Desarrollo de la SENPLADES, del 2009, implica “la satisfacción de las necesidades, la consecución de una calidad de vida y muerte digna, el amar y ser amado, y el florecimiento saludable de todos y todas, en paz y armonía con la naturaleza y la prolongación indefinida de las culturas humanas”<sup>210</sup>.

Como queda en evidencia, el concepto aludido en líneas anteriores –bastante abstracto, por cierto–, es el que justifica que el Estado participe como empresario en el mercado. Pues se supone que éste podrá proveer a los habitantes del Ecuador de bienes y servicios con las características que componen a un servicio público: obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad, lo que responde al criterio funcional de servicio público, y que se describió en el primer capítulo.

A criterio de esta tesina, si es que el Estado está obligado constitucionalmente a actuar como proveedor de bienes y servicios, debería regirse a las prestaciones que corresponden únicamente a servicios públicos, por las características que estos tienen; y, además, porque así garantizaría la provisión general de estas prestaciones para el desarrollo de los individuos. No obstante, el resto de actividades económicas debería dejarlas para el ejercicio de la actividad privada; fomentando la entrada de competidores en el mercado para satisfacer las necesidades que la oferta desee, de acuerdo a su libre elección. Es decir, promoviendo la eficiencia económica en los mercados evitando cualquier tipo de trato discriminatorio que pueda crear distorsiones en el mercado.

---

<sup>210</sup> SRI (Servicio de Rentas Internas). *Una Nueva Política Fiscal para el Buen Vivir*. Quito: Editado por Nadesha Montalvo R, 2012.

3. Las medidas previstas por la normativa vigente en favor de las empresas públicas, generan, en ciertos casos, una distorsión injustificada en el mercado, que afecta la libre competencia. Si bien el Estado puede crear las exenciones que considere pertinentes en materia tributaria, sobre todo, cuando se trata de tener una política económica y social coherente, éstas no deberían crear tratos discriminatorios en contra de un sector empresarial –en este caso, el sector empresarial privado– que participa con empresas públicas en un mismo mercado. El Estado no solo debe velar porque no se cree y aplique la norma en forma desigual, sino que también debe evitar formular y expedir legislación con normas o efectos discriminatorios. En caso de crear exenciones a favor de un determinado sector, bajo las condiciones ya explicadas, el Estado siempre deberá tomar en cuenta que son casos excepcionales para conseguir un fin específico y dentro del marco legal, en beneficio de toda la ciudadanía y del mercado en sí. Pues debe mantenerse siempre un equilibrio, ya que de lo contrario, los efectos serían más perjudiciales a mediano y largo plazo.

En materia de creación de exenciones, si bien a primera vista hay un trato a favor de las empresas públicas, y discriminatorio frente a las empresas privadas, esto podría ser materia de otra tesina en el campo tributario. La discriminación antes dicha, para esta tesina, a la larga tiene incidencia en la participación que tienen las empresas estatales en un mercado abierto a la competencia. Pues éstas participan con una ventaja: cuentan con el 100% de utilidad generada en el ejercicio fiscal para destinarlos a la inversión y reinversión. No así las empresas privadas que deben cancelar al Servicio de Rentas Internas el valor correspondiente al 23% de Impuesto a la Renta de las ganancias generadas en el mismo ejercicio fiscal, pagar a sus trabajadores el 15% de participación en las utilidades de la empresa y luego, –en caso de no existir una decisión contraria en Junta General– podrían destinarlos a la reinversión en la misma empresa, ya no el 100% de las utilidades, sino con un porcentaje menor. Las medidas actuales implican un limitante que puede afectar a las estrategias de crecimiento y expansión del negocio; lo que podría causar, en un futuro, reducción de competidores dentro de un mercado.

Las utilidades de una empresa, en general, pueden retornar al inversionista o accionista de la empresa, ya que es quien aporta en el capital para la conformación y desempeño de una empresa y asume el riesgo; o ser reinvertidas, de acuerdo a lo que decida la Junta General de Accionistas/Socios –en el caso de las empresas privadas– y lo que establezca la Ley –en el caso de las empresas

públicas—. Si bien el Estado puede mirarse como el “accionista” único de las empresas públicas, y puede disponer de los excedentes que éstas generan, en observancia de la Ley, éste dispone de la totalidad de los excedentes generados. Un ejemplo sencillo para comprender este argumento: suponiendo que dos empresas –una pública y otra privada– que participan en el mercado del transporte aéreo tiene excedentes ( $x$ ) al final del año y ambas deciden destinarlas la totalidad de éstos a la reinversión en desarrollo de tecnología para la misma empresa y así generar mayor de rentabilidad los siguientes años fiscales, la empresa pública contará con el 100% de  $x$  de excedentes para adquirir tecnología; mientras que la empresa privada podrá invertir en tecnología solamente el valor igual a  $x - 34.55\%$  de  $x$  (suponiendo que no tenga que hacer aportes a la reserva legal, estatutaria o facultativa u otras). De la misma forma si las empresas no reinvierten estos excedentes, sino que deciden: en el caso de la empresa pública enviarlas al Presupuesto General del Estado; en el caso de la empresa privada, repartirla entre sus accionistas/socios. El porcentaje que cumpliría este fin parte con el 34.55% menos para el caso de las empresas privadas.

4. Lo expuesto en la conclusión anterior demuestra que para una empresa privada que compite en el mismo mercado que una empresa pública, hay un trato desfavorable –y solo tomando en consideración los temas analizados en el capítulo 3–. Pues participar en una mercado en el que la empresa privada parte con un menoscabo en sus utilidades de al menos 34.55% representa un desincentivo para realizar esa misma actividad económica en el mismo mercado geográfico. Si bien la empresa privada puede ser más eficiente con la asignación de los recursos y general más excedentes (incluso antes del pago de participación a los trabajadores y antes del pago de Impuesto a la Renta), esto refleja un trato disímil que implica una barrera de entrada a un mercado. Pues el posible inversionista de una empresa de este tipo podría tomar su decisión de invertir por el impacto que tiene en el rendimiento la falta de neutralidad fiscal y aplicación de la laboral a favor de un clase de competidores –empresas públicas–. Materia que sí es de atribución de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, a través de sus órganos, el “[p]roponer la remoción de barreras, normativas o de hecho, de entrada a mercados, que excluyan o limiten la participación de operadores económicos”<sup>211</sup>, de acuerdo a lo previsto en el la LORCPM.

---

<sup>211</sup> Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 38, numeral 24. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre 2011.

El análisis expuesto en esta tesina lleva a ratificar la hipótesis de este trabajo en virtud de que demuestra que aún cuando la LORCPM incorpora a las empresas públicas dentro de su ámbito de aplicación, el hecho de que éstas tengan privilegios para su administración, da lugar a que se creen desigualdades en el mercado que no son posibles de corregir con la misma ley. Si bien, como se mencionó en el párrafo anterior, la Superintendencia de Control de Poder de Mercado puede proponer la eliminación de normas que impliquen barreras de mercado en general, esto aplica para el sector privado, pero no para el público porque no significa una derogatoria o modificación efectiva, o que éstas se puedan a dar *per se*. Pues para el ejercicio de esta atribución la LORCPM le otorga a la autoridad la facultad para actuar “[...] de oficio o a petición de parte y podrá requerir la documentación e información que estime pertinente en cualquier etapa procesal”<sup>212</sup>, lo que no se aplicaría en este caso. Por consiguiente, lo único que tiene es iniciativa de ley, por la cual lo que podría hacer es solicitar a las funciones Legislativa y Ejecutiva la revisión de las normas analizadas en el Capítulo 3 para que sean derogadas expresa o tácitamente, siguiendo siempre el proceso de formación de la ley, constitucionalmente establecido. Pero, en este punto hay que ser claros: la formulación, modificación o derogación de normas que están relacionadas con el Régimen de Desarrollo, como lo es la LOEP, deberán siempre mirar el objetivo de éste a través de la consecución del precepto constitucional del Buen Vivir –Sumak Kawsay– que puede resultar incompatible con la pretensión de la autoridad.

5. Finalmente, es indudable que el país necesita una ley de competencia. Si es que el Ecuador quiere estar a la vanguardia a los mercados internacionales debe tener una ley de competencia y una política clara al respecto. El sector empresarial, durante muchos años buscó la expedición de una norma en esta materia. Es por eso que la LORCPM ha sido un primer buen paso que ha dado el Estado ecuatoriano pero que es perfectible. Ojalá en el camino de la aplicación de esta Ley, que hasta ahora es muy corto, se vayan encontrando los tópicos que requieren de una nueva discusión, partiendo de la experiencia, del comportamiento de los mercados y de sus operadores económicos, así como de las nuevas políticas y regulaciones que se establezcan en materia de competencia. Uno de éstos tópicos debería ser las barreras normativas creadas

---

<sup>212</sup> Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 38, último inciso. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre 2011.

por la LOEP a favor de las empresas públicas y en desmedro de las empresas privadas que son copartícipes de un mismo mercado.

## Bibliografía

- Abanto Vásquez, Manuel. *El Derecho de la Libre Competencia*. Perú: Editorial San Marcos, 1997.
- Acevedo, Rafael A. "El modelo de la competencia basada en la eficiencia de las propias prestaciones y la publicidad desleal." En: *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones* (Año 31 N<sup>os</sup> 181 al 184). Dir. Alfredo J. Di Iorio. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1998. (pp. 495-516)
- Acosta Romero, Miguel. *Compendio de Derecho Administrativo Parte General*. 2<sup>a</sup> ed. México: Editorial Porrúa, 1998.
- Aguilar Valdez, Oscar R. "Competencia y regulación económica –lineamientos para una introducción jurídica a su estudio–". En: *Jornadas sobre servicio público, policía y fomento*. Coord. Miriam M. Ivanega. 2<sup>a</sup> ed. Buenos Aires: Ediciones RAP S.A., 2005. (pp. 59-121)
- Aguirre, Álvaro y otros. *Privatización en Bolivia: Mitos y realidades*. La Paz: CEDLA, 1991.
- Akalin, Oguz. *Leyes sobre competencia*. Trad. Luis Martínez. Bonn: INTERNATIONAL e.V., 1990.
- Albersten, Jorge. "El monopolio comodato esencial del servicio público". En: *Jornadas sobre servicio público, policía y fomento*. Coord. Miriam M. Ivanega. 2<sup>a</sup> ed. Buenos Aires Ediciones RAP S.A., 2005. (pp. 423-434)
- Alonso Ureba, Alberto. *La Empresa Pública: Aspectos jurídico-constitucionales y de Derecho económico*. Madrid: Editorial Montecorvo, S.A., 1985.
- Angostini, Claudio. "Hacia una política de evaluación de fusiones horizontales". En: *Estudios Públicos*, 107. pp. 99-128, Invierno 2007. Disponible en: [www.cepchile.cl/dms/archivo\\_3979.../r107\\_agostini\\_fusiones.pdf](http://www.cepchile.cl/dms/archivo_3979.../r107_agostini_fusiones.pdf)
- Ariño Ortiz, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Armentano, Dominick T. *Antitrust and monopoly. Anatomy of a policy failure*. 2<sup>a</sup> ed. Oakland, CA: The Independent Institute, 1999.
- Avaro, Dante PhD. "Regulación y Control de las Empresas Públicas". Seminario Internacional Sobre el rol de las Empresas Públicas en el Ecuador. Disponible en: [http://www.senplades.gov.ec/c/document\\_library/get\\_file?uuid=dcc91ad3-9694-4e69-871f-b33ab10521b3&groupid=18607](http://www.senplades.gov.ec/c/document_library/get_file?uuid=dcc91ad3-9694-4e69-871f-b33ab10521b3&groupid=18607)

- Atehortúa Ríos, Carlos Alberto. *Servicios públicos domiciliarios, proveedores y régimen de controles*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.
- Barra, Rodolfo C. “Los principios generales de la intervención pública: la regulación, la policía el fomento y el servicio público”. En: *Jornadas sobre servicio público, policía y fomento*. Coord. Miriam M. Ivanega. 2ª ed. Buenos Aires: Ediciones RAP S.A., 2005. (pp. 49-57)
- Barthelotti, César. “La Dicotomía entre el Derecho de la Competencia y las Patentes”. En: *Debate Constitucional con Jurisprudencia*. Ed. Luis Fernando Torres. Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2011. (pp. 99-106)
- Basedom, Jürgen. “La seguridad jurídica en el derecho económico europeo. Un principio jurídico general a la luz de la jurisprudencia en materia de derecho de la competencia”. En: *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones* (Año 31 N<sup>os</sup> 181 al 184). Dir. Alfredo J. Di Iorio. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1998. (pp. 289-307)
- Bayefsky, Anne F. *El principio de igualdad o no discriminación en el Derecho Internacional*. Trad.: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Disponible en: <http://www.programamujerescdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/18/46.pdf> (acceso: 1/10/2012)
- Belisario, Betancur. “Aproximación al Derecho de la Competencia”. En: *Derecho de la Competencia*. Dir. Marco Velilla. Bogotá: El Navegante Editores, 1998. (pp. 25-30)
- Bercovitz Rodríguez-Cano, Alberto. “El Derecho de Patentes”. En: *Derecho de la Propiedad Industrial*. Coord.: José I. Font Galán, José Justo Navarro Chinchilla y Ramón J. Vázquez García. Madrid: DYKINSON, S.L., 1993. (pp. 61-75)
- Berenguer Fuster, Luis y otros. *La nueva legislación española ante la evolución del Derecho de la Competencia*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- Bernal, Pedro Ignacio. “La eficiencia económica en los servicios públicos domiciliarios. Una búsqueda para Diógenes”. En: *Derecho Económico, Tomo IV*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. (pp. 11-26)
- Breyer, Stephen. “Cuándo y cómo regular los servicios de utilidad pública”. En: *Estudios Públicos*, 78 (otoño 2000). pp. 27-44. Disponible en: [www.cepchile.cl/dms/archivo\\_1339\\_343/rev78\\_breyer.pdf](http://www.cepchile.cl/dms/archivo_1339_343/rev78_breyer.pdf)
- Brunet, Marcelo. *n/a*. En: *Revista chilena de derecho*, vol. 33 N° 3, pp. 596-599 (versión online). Disponible en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372006000300009&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372006000300009&script=sci_arttext)
- Bruno, Valentina & Stijn Claessens. *Corporate Governance and Regulation: Can There Be Too Much Of a Good Thing*. The World Bank Finance & Private Sector Development. March/2007. (W.P.4140)
- Cabanellas, Guillermo. *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia/1*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 2005.
- Cabanellas, Guillermo. *Derecho Societario, parte general*. Buenos Aires: Editorial HELIASTA S.R.L., 1994.

- Cases Pallares, Lluís. *Derecho Administrativo de la defensa de la competencia*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., 1995
- Chavez Molina, Juan. “Régimen económico en el Estado y en la empresa privada”. En: *Temas de Derecho Tributario y de Derecho Público*. Coord. Jorge E Danós Ordóñez. Lima: Palestra Editores: 1996.
- Christensen, Roberto. “La nueva Ley de Monopolio”. *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones* (Año 13 N<sup>os</sup> 73 al 78). Dir. Héctor Cámara. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1980. (pp. 513-519)
- Comadira, Julio R. “El Derecho Administrativo como régimen exorbitante en el servicio público”. En: *Jornadas sobre servicio público, policía y fomento*. Coord. Miriam M. Ivanega. 2<sup>a</sup> ed. Buenos Aires: Ediciones RAP S.A., 2005. (pp. 17-47)
- Correa, Carlos M. “Licencias de Patentes y Derecho de la Competencia en América Latina”. En: *Los retos de la Propiedad Industrial en el siglo XXI*. Org. INDECOPI y OMPI. Perú: s/e, 1996. (pp. 243-259)
- Cruz Ferrer, Juan de la. *Apuntes de Derecho Público Económico, La intervención pública en la Economía y en la empresa*. Madrid: DYKINSON, S.L., 1992.
- Dromi, Roberto. *Competencia y Monopolio. Argentina, MERCOSUR y OMC*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999.
- Dromi, Roberto. *Empresas Públicas, de Estatales a Privadas*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1997.
- Encyclopedia Britannica Mobile. “Welfare State”. Disponible en: <http://m.eb.com/topic/639266/welfare-state>
- Fernandois Vönringer, Arturo. *Derecho Constitucional Económico, Tomo I*. 2<sup>a</sup> ed. Santiago: Editorial Pontificia Universidad Católica de Chile, 2006.
- Fernández Farreres, Germán. “El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía”. En: *Justicia Administrativa*. Disponible en: [http://www.lexnova.es/Pub\\_In/indices\\_In/rja\\_articulo\\_doctrinal.pdf](http://www.lexnova.es/Pub_In/indices_In/rja_articulo_doctrinal.pdf)
- Fernández Ruiz, Jorge. *Derecho Administrativo (Servicios Públicos)*. México: Editorial Porrúa S.A., 1995.
- García Cachafeiro, Fernando. *Derecho de la Competencia y actividad bancaria*. Madrid: LA LEY, 2003.
- Giuliani Fonrouge, Carlos M. *Derecho Financiero, Volumen I*. 6<sup>a</sup> ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1997.
- Gómez Ricardo, José. “Servicios Públicos en la Unión Europea”. En: *Derecho Económico, Tomo IV*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. (pp. 303-323)
- Heller, Agnes. *Teorías de las necesidades en Marx*. Trad. J.F.Yvars. 2<sup>a</sup> ed. Barcelona: Ediciones Península, 1978. Disponible en: <http://scribd.com/doc/51192299/3/III-El-concepto-de-%C2%ABnecesidad-social%C2%BB>
- Hovenkamp, Herbert. *The Antitrust Enterprise*. Cambridge: Harvard University Press, 2005.

- Ibarra Pardo, Gabriel. “La política de competencia en la Comunidad Andina de Naciones”. En: Colección de Derecho Económico. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.
- Illecas Ortíz, Rafael. “Propiedad Industrial y Competencia Empresarial: Mercado Relevante y Derecho Aplicable”. En: *Derecho de la Propiedad Industrial*. Coord. José I. Font Galán y otros. Madrid: DYKINSON, S.L., 1993. (pp. 261-279)
- Immenga, Ulrich. *El Mercado y el Derecho*. Trad. José Miguel Embid Irujo y otros. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001.
- Jaramillo, Felipe. “La política de la competencia y la integración regional”. En: *Derecho de la Competencia*. Dir. Marco Velilla. Bogotá: El Navegante Editores, 1998. (pp. 39-45)
- Le Pera, Sergio. “La empresa”. En: Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones (Año 3 N<sup>os</sup> 13 a 18). Dir. Isaac Halperin. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1970. (pp. 187-206)
- Lutsky, Claudio J. “El orden económico, las formas de mercado y la defensa de la competencia”. En: *Temas de Derecho Industrial y de la Competencia*. Dir. Carlos María Correa. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2000. (pp. 93-108)
- Madrid Parra, Agustín. “La sociedad anónima pública, otras sociedades anónimas especiales y la fundación como empresario”. En: *Derecho Mercantil*. Guillermo J Jiménez (Coordinador). 8<sup>a</sup> ed. Barcelona: Ariel Derecho, 2003.
- Marinakís, Andrés E. “Participación de los trabajadores en las utilidades o resultados de las empresas en América Latina”. En: Revista de la CEPAL No.69. Diciembre de 1999. (pp. 71-84) Disponible en: <http://biblioteca.ues.edu.sv/revistas/10702772-4.pdf>
- Márquez Robledo, Felipe. *Apuntes de Derecho Económico y Derecho de la Competencia*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2005.
- Martínez Medrano, Gabriel. *Control de los monopolios y defensa de la competencia*. Buenos Aires: Depalma, 2002.
- Mathis, James y Phedon Nocolaides. “Normas de competencia de la Comunidad Europea para economías en transición”. En: *Temas de Derecho Industrial y de la Competencia*. Dir. Carlos María Correa. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2000. (pp. 109-125)
- McEachern., William A. *Economía una introducción contemporánea*. 6<sup>a</sup> ed. México: Thomson Learning, s/a.
- Miranda Londoño, Alfonso y Juan David Gutiérrez Rodríguez. “Fundamentos Económicos del Derecho de la Competencia”. En: *Jornadas Internacionales de Derecho Sobre Competencia y Sectores Especiales*. Caracas: FUNEDA, 2007. (pp.29-161)
- Miranda Serrano, Luis M. Defensa de la competencia y adquisiciones de empresas en crisis en la Unión Europea. En: Revista valenciana de economía y hacienda. No. 9. pp. 183-216, Año 2003. Disponible en: [http://portales.gva.es/c\\_economia/web/rveh/pdfs/n9/emp\\_9.pdf](http://portales.gva.es/c_economia/web/rveh/pdfs/n9/emp_9.pdf)
- Montaña Plata, Alberto. *El concepto de Servicio Público en el Derecho Administrativo*. 2<sup>a</sup> ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

- Monti, L.aura M. “La responsabilidad del Estado por los actos, hechos y omisiones de las empresas prestadoras de obras y servicios públicos”. En: *Jornadas sobre servicio público, policía y fomento*. Coord. Miriam M. Ivanega. 2ª ed. Buenos Aires: Ediciones RAP S.A., 2005. (pp. 597-608).
- Mora Osejo, Humberto y Leonardo Augusto Torres Calderón. *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 2000.
- Morales Alzate, John Jairo. *Derecho económico constitucional*. Bogotá: Gustavo Ibáñez, 2002.
- ONU, UNCTAD (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Derarrollo). “Trabajos sobre la ley tipo de defensa de la competencia: comentario revisado sobre las relaciones entre los organismos de defensa de la competencia y los organismos reguladores, incluidos los reguladores sectoriales y comentario revisado sobre notificación, investigación y prohibición de fusiones que afectan mercados poco competitivos.” (TD/B/COM.2/CLP/31) Ginebra, 2002. Disponible en: <http://www.unctad.org/sp/docs/c2clp31.sp.pdf>
- Ochoa Cardich, César. “El marco constitucional económico de la actividad empresarial del Estado”. En: *Lecturas sobre temas constitucionales*. Comisión Andina de Juristas. Perú, 1990.
- O'Donnell, Daniel. *Derecho Internacional de los derechos humanos*. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004. Disponible en: <http://www.hchr.org.co/publicaciones/libros/ODonell%20parte3.pdf>
- OECD (Organisation for Economic Co-Operation and Development). *Derecho y Política de competencia en Colombia*. Francia, 2009. Disponible en: <http://www.oecd.org/countries/colombia/44111213.pdf>
- OECD (Organisation for Economic Co-Operation and Development). *OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises*. Francia, 2005. Disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/46/51/34803211.pdf>
- OECD (Organisation for Economic Co-Operation and Development). *Roundtable on the application of Antitrust Law to State-Owned Enterprises. Discussion on corporate governance and the principle of competitive neutrality for State-Owned Enterprises*. Estados Unidos, 2009. Disponible en: <http://www.ftc.gov/bc/international/docs/antitrustlawroundtable.pdf>
- Pace, Lorenzo Federico. *Derecho europeo de la competencia*. Trad. Paloma López-Carceller. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2007.
- Palacios Mejía, Hugo. “El inútil concepto de ‘servicio público’. Notas para una crítica desde la perspectiva de ‘law and economics’”. En: *Derecho Económico III*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.
- Pardow Lorenzo, Diego y Rodrigo Vallejo Garretón. “Derribando mitos sobre el estado empresario”. En: *Revista chilena de derecho* (v.35 N°1) pp.135-136 (versión online). Disponible en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372008000100006&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372008000100006&script=sci_arttext)
- Parejo Alfonso, Luciano. “Servicios Públicos y Servicios de Interés General: La Renovada Actualidad de los Primeros”. En: *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto*

de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en:  
<http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2544/20.pdf>

Parlamento Europeo. "Empresas públicas, derechos exclusivos o especiales, servicios públicos". Disponible en:  
[http://www.europarl.europa.eu/factsheets/3\\_3\\_4\\_es.htm](http://www.europarl.europa.eu/factsheets/3_3_4_es.htm)

Pérez Miranda, Rafael. "El control de las fusiones y la represión a las practicas monopólicas en el derecho mexicano". En: *Temas de Derecho Industrial y de la Competencia*. Dir. Carlos María Correa. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2000. (pp. 127-181)

Piedrahita Diaz, Francisco. "La experiencia de Empresas Públicas de Medellín". En: *La Ciudad en el Siglo XXI*. José Núñez del Arco y Carlos Trípodí (Coordinadores) Washington DC: BID Banco Interamericano de Desarrollo, 1998.

Pleyer, Klemens. "Influencias del sistema económico sobre la interpretación de las normas jurídicas". En: *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones* (Año 2 N<sup>os</sup> 7 a 12). Dir. Isaac Halperin. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1969. (pp. 27-39)

Quijano González, Jesús. "La ayudas públicas a las empresas en el Tratado de la Unión Europea (artículos 87, 88, 89): concepto, ámbito de prohibición, excepciones y control". En: *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones* (Año 3 N<sup>os</sup> 13 a 18). Dir. Raúl Aníbal Etcheverry. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2002. (pp. 1-55)

Raimondi, Carlos A y Adolfo Atchabahian. *El impuesto a las ganancias*. 3<sup>a</sup> ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2000.

Richard, Efraín Hugo. *Derecho Societario*. Buenos Aires: Editorial Astraea, 1998.

Roldán Martín, Áurea. "Los nuevos contornos del servicio público". En: *Derecho Administrativo Económico*. Madrid: Consejo General del poder judicial, 2000. (pp.17-56)

Rodríguez Chirillo, Eduardo. *Privatización de la Empresa Pública y Post Privatización*. Buenos Aires: ABELEDO-PERROT, 1995

Sainz Moreno, Fernando. "Orden Público Económico y Restricciones de la Competencia" En: *Revista de Administración Pública*. P. 597-644. Disponible en:  
[http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1977\\_084\\_597.PDF](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1977_084_597.PDF)

Sarmiento García, José. *Concesión de Servicios Públicos*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999.

Sarmiento Palacio, Eduardo. "Estructuras monopólicas de los servicios públicos". En: *Derecho de la Competencia*. Dir. Marco Velilla. Bogotá: El Navegante Editores, 1998. (pp. 65-82)

Saldarriaga Lopera, Gustavo. "Instrumentos de análisis económico para el estudio de la competencia". En: *Derecho de la Competencia*. Dir. Marco Velilla. Bogotá: El Navegante Editores, 1998. (pp. 83-105)

Schmidt, Karsten. *Derecho Comercial*. Trad. Federico E.G. Werner. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1997.

Serra Rojas, Andrés. *Derecho Administrativo doctrina, legislación y jurisprudencia*.

- Vigésima edición. México: Editorial Porrúa, 1999.
- Spisso, Rodolfo R. *Derecho Constitucional Tributario*. 2ª ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2000.
- SRI (Servicio de Rentas Internas). *Una nueva política fiscal para el Buen Vivir*. Quito: Editado por Nadesha Montalvo R, 2012.
- Sullivan, Lawrence y Warren S. Grimes. *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*. St. Paul, Minn.: West Group, 2000.
- Trujillo, Julio César. *Derecho del Trabajo Tomo I*. 2ª edición. Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1986.
- Undurraga Saavedra, Sergio. “Empresas Estatales en la Economía”. En: Revista Chilena de Derecho (Vol. 14 No. 1). Publicada por: Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Disponible en: [http://drevistas.ucv.cl/detalles\\_numero.php?tituloID=91&numeroID=830](http://drevistas.ucv.cl/detalles_numero.php?tituloID=91&numeroID=830) (pp. 193-197)
- Velandia, Mauricio. *Derecho de la competencia y del consumo*. 2ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.
- Velasco San Pedro, Luis Antonio. “La política europea de la competencia en el nuevo milenio”. En: Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones (Año 24 N<sup>os</sup> 1993 a 196). Dir. Raúl Aníbal Etcheverry. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1969. (pp. 77-99)
- Witker, Jorge. *Derecho de la Competencia económica en el TLCAN*. MÉXICO: editorial Porrúa, 2003.
- The World Bank y OECD (Organisation for Economic Co-Operation and Development). *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*. Director del Proyecto: R. Shyam Khemani. Washington, D.C., 1998.
- Zuluaga Giraldo, Marco Aurelio. “La perspectiva colombiana de la promoción de la competencia”. En: *Derecho de la Competencia*. Dir. Marco Velilla. Bogotá: El Navegante Editores, 1998. (pp. 31-37)

### **Plexo normativo**

- Absolución de consultas de Procuraduría General Del Estado parte 104. Resolución de la Procuraduría General del Estado. R.O. Suplemento No. 486 del 7 de julio de 2011.
- Codificación del Código del Trabajo. R.O. Suplemento No. 167 de 16 de diciembre del 2005.
- Código Tributario. Artículo 4. R.O. Suplemento No. 38 del 26 de septiembre del 2005.
- Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 del 20 de octubre del 2008.
- Constitución Española, artículo 128, numeral 1. Disponible en: <http://www.boe.es/aeboe/consultas/enlaces/documentos/ConstitucionCASTELLAN O.pdf>
- Constitución Política de la República de Chile, artículo 19, numera 21°, inciso 2do. Disponible en: [http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion\\_Chile.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Chile.pdf)

Creación de la Empresa Pública Correos del Ecuador. Artículo 2. R.O. No. 184 de 3 de mayo de 2010.

Decisión 608 de la Comunidad Andina (2005).

Decisión del Acuerdo de Cartagena 563. R.O. No. 163 de 5 de septiembre 2003.

Decreto 1302 de 1964, Colombia. Disponible en: [http://www.sic.gov.co/siyc/memoria/decreto/1964/decreto\\_1302\\_1964.html](http://www.sic.gov.co/siyc/memoria/decreto/1964/decreto_1302_1964.html)

Ley 55 de 1959, Colombia. Disponible en: [http://www.agronet.gov.co/www/docs/agronet/20061030111220\\_LEY\\_155\\_de\\_1959.pdf](http://www.agronet.gov.co/www/docs/agronet/20061030111220_LEY_155_de_1959.pdf)

Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, Chile. Disponible en: [www.sepchile.cl/SepWebNeo/CONTROLS/NEOCHANNELS/Neo\\_CH6165/Deploy/ley\\_18575\\_bases\\_grales\\_admdel%20estado.pdf](http://www.sepchile.cl/SepWebNeo/CONTROLS/NEOCHANNELS/Neo_CH6165/Deploy/ley_18575_bases_grales_admdel%20estado.pdf)

Ley Orgánica de Empresas Públicas, artículo 4. R.O. Suplemento No. 48 del 16 de octubre del 2009.

Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno. Artículo 9, numeral 2. R.O. Suplemento No. 463 de 17 de noviembre del 2004.

Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno (reforma vigente de marzo de 1998 a mayo de 1998). R.O. Suplemento No. 601 de 30 de diciembre del 1994.

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

Normas para la aplicación de la Decisión 608 de la CAN. Registro Oficial 558. 27 de marzo del 2009.

Reglamento a la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno. Artículo 16. R.O. Suplemento No. 337 de 15 de mayo del 2008.

Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Registro Oficial No. 697 de 28 de septiembre 2012.

Reglamento para la comercialización del gas licuado. R.O. No. 508 de 4 de febrero de 2002.

Tratado de Amsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos. Diario Oficial n° C 340 de 10 de noviembre de 1997.

## **Jurisprudencia**

Corte Suprema de los Estados Unidos. *Matsushita Electric Industrial Co., Ltd, Et Al. V. Zenith Radio Corp. Et Al.* No. 83-2004. s/f. pp.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala segunda). *Christiane Adam vs. Administration de l' enregistrement et des domaines.* Asunto C-267/99. 11 de octubre de 2001.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala quinta). *Comisión de las Comunidades Europeas vs. República Federal de Alemania.* Asunto C-109/02. 23 de octubre de 2003.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta). *Comisión de las Comunidades Europeas vs. República Francesa*. Asunto C-481/98. 3 de mayo de 2001.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda). *Finanzamt Gladbeck vs. Edith Linneweber* (asunto C-453/02) y entre *Finanzamt Herne-West vs. Savvas Akritidis* (asunto C-462/02). Asuntos acumulados C-453/02 y C-462/02. 17 de febrero de 2005.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta). *Klaus Höfner y Fritz Elser vs. Macrotron GmbH*. Asunto C-41/90. 23 de abril de 1991.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda). *República Italiana vs. Comisión de las Comunidades Europeas*. Asunto C-66/02. 15 de diciembre de 2005.