



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

**SITUACIÓN LEGAL DE LAS EMPRESAS
ELÉCTRICAS DEL ECUADOR EN
PROCESO DE TRANSFORMACIÓN A
EMPRESAS PÚBLICAS**

**Trabajo de Graduación previo a la obtención del título de
Abogado de los Tribunales de Justicia de la República del
Ecuador**

Autor: Juan Bernardo Mera Peña

Director: Dr. Antonio Martínez Borrero

Cuenca - Ecuador

2018

DEDICATORIA

Dedico este estudio a:

David, por ser mi mentor, mi guía y mi mayor inspiración; este logro lo he
obtenido gracias a ti.

Samanta y Alexandra, gracias por la infinita paciencia, apoyo y cariño que me
han sabido brindar a lo largo de mi carrera y mi vida.

María Elisa, te agradezco la infinita paciencia, el incondicional apoyo, el
constante aliento, el perpetuo amor y la fuerza que me has dado cada día para
alcanzar este objetivo.

A Mentor y Pepe, dos grandes fuentes de inspiración y ejemplos a seguir en el
día a día.

A Susana y Mercedes, dos pilares fundamentales a lo largo de mi vida.

AGRADECIMIENTO

Dirijo mis más sinceros agradecimientos a todos quienes formaron parte de este camino a mi lado, familia, amigos, maestros y a la Universidad del Azuay, pues gracias a todos ellos he podido cumplir una de mis más anheladas metas.

Agradezco al Dr. Antonio Martínez Borrero por el tiempo invertido en el desarrollo del presente estudio y por haberme apoyado a lo largo de mi formación universitaria.

Finalmente Agradezco a la Empresa Eléctrica Regional Centro Sur C.A., especialmente a su Presidente Ejecutivo, Francisco Carrasco Astudillo por la apertura y apoyo que me han sabido brindar para poder llevar a cabo el presente estudio, en el marco de los convenios suscritos entre la EERCSCA, la Universidad del Azuay y mi persona.

Índice

DEDICATORIA	I
AGRADECIMIENTO	II
RESUMEN.....	V
ABSTRACT	VI
INTRODUCCIÓN.....	7
CAPÍTULO I.....	10
ORGANIZACIÓN DE LA ECONOMÍA EN NUESTRO PAÍS, EN EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN	
POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE 1998	10
1.1.- CONFORMACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO.....	11
1.2.- FUNCIONAMIENTO DEL SECTOR PRIVADO.	17
1.3.- LOS SECTORES ESTRATÉGICOS.	21
1.4.- PROCESO ORIENTADO A LA PRIVATIZACIÓN DE LOS SECTORES ESTRATÉGICOS.....	23
1.5.- SITUACIÓN HISTÓRICA Y LEGAL DE LA EMPRESA ELÉCTRICA REGIONAL CENTRO SUR C.A., EN EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1998.	25
CAPÍTULO II.....	33
ORGANIZACIÓN DE LA ECONOMÍA EN NUESTRO PAÍS EN EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE 2008	
REPÚBLICA DE 2008	33
2.1.- CONFORMACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO EN EL ACTUAL MARCO CONSTITUCIONAL	34
2.2.- LOS SECTORES ESTRATÉGICOS DE LA ECONOMÍA.	37
2.3.- LAS SOCIEDADES DE DERECHO PÚBLICO.	40
2.4.- EXPERIENCIA DEL FUNCIONAMIENTO DE EMPRESAS PÚBLICAS ALREDEDOR DEL MUNDO. ..	41
CAPÍTULO III.....	51
CONSTITUCIÓN DE LAS SOCIEDADES DE DERECHO PÚBLICO	
CONSTITUCIÓN DE LAS SOCIEDADES DE DERECHO PÚBLICO	51
3.1.- LA LEY ORGÁNICA DE EMPRESAS PÚBLICAS –LOEP-.....	52
3.2.- MECANISMOS DE CONSTITUCIÓN DE EMPRESAS PÚBLICAS	57
3.3.- CARACTERÍSTICAS DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS EN ASPECTOS LABORAL, TRIBUTARIO, CONTROL, CONTRATACIÓN PÚBLICA, ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA, ETC.	62
3.4.- REALIDAD LEGAL DE EMPRESAS PÚBLICAS QUE FUERON CONSTITUIDAS CON ANTERIORIDAD AL 2008 POR LEY U ORDENANZA MUNICIPAL	86
CAPÍTULO IV.....	90
CONSTITUCIÓN DE EMPRESAS PÚBLICAS QUE ANTES MANTUVIERON ESTRUCTURA SOCIETARIA . 90	
4.1.- MECANISMO DE TRANSFORMACIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES EN EMPRESAS PÚBLICAS	91
4.2.- ASPECTOS Y DISPOSICIONES SOCIETARIAS VINCULADAS A DICHA CONSTITUCIÓN.	102
CAPÍTULO V.....	108

PROCESO DE TRANSFORMACIÓN EN EL SECTOR ESTRATÉGICO DE LA GENERACIÓN Y LA DISTRIBUCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA	108
5.1.- DISPOSICIONES SOBRE EL RÉGIMEN LEGAL APLICABLE, CONSTANTES EN LA LEY ORGÁNICA DE EMPRESAS PÚBLICAS.	109
5.2.- LA LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO DE ENERGÍA ELÉCTRICA –LOSPEE-.....	112
5.3.- EMPRESAS ELÉCTRICAS QUE AGOTARON SU PROCESO DE TRANSFORMACIÓN.....	121
5.4.- EMPRESAS ELÉCTRICAS QUE NO HAN CONCLUIDO SU PROCESO DE TRANSFORMACIÓN: CASO DE LA EMPRESA ELÉCTRICA REGIONAL CENTRO SUR C.A.	126
CAPÍTULO VI.....	132
PROPUESTA DE REFORMAS A LA NORMATIVA EXISTENTE O PROMULGACIÓN DE NUEVA NORMATIVA QUE PERMITA LA CONSOLIDACIÓN DEL PROCESO DE TRANSFORMACIÓN Y UN ADECUADO FUNCIONAMIENTO DEL SECTOR DE LA ECONOMÍA CONFORMADO POR LAS EMPRESAS PÚBLICAS	132
6.1.- A LA LEY DE COMPAÑÍAS.	134
6.2.- A LA LEY ORGÁNICA DE EMPRESAS PÚBLICAS.....	137
6.3.- A LA LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO DE ENERGÍA ELÉCTRICA –LOSPEE-	144
CONCLUSIONES.....	148
BIBLIOGRAFÍA.....	150

RESUMEN

Este estudio analiza la problemática de aquellas empresas privadas que, siendo parte de los sectores estratégicos, iniciaron su transformación a empresas públicas en el año 2008 y, como consecuencia de aquello, han tenido que implementar ciertas acciones y superar múltiples obstáculos para adaptarse a este cambio, al no contar con la normativa legal suficiente de sustento.

Se exponen los mecanismos utilizados por estas, que les han permitido continuar brindando sus servicios y se emiten recomendaciones que serán útiles para culminar dicho proceso. Se analiza también la necesidad de incorporar reformas legales considerando nuevas figuras societarias que permitirán culminar la transformación en la que éstas se hallan, dado que la Ley de Compañías prohíbe este tipo de transformación ya iniciado.

ABSTRACT

This study analyzed the problems of the private companies that belonged to strategic sectors. These companies began their transformation into public companies in 2008. The enterprises implemented certain actions to overcome the multiple difficulties in order to get adapted to this change, which was a difficult process due to the lack of sufficient legal regulations. The mechanisms that allowed them to continue offering their services were exposed and recommendations were issued in order to complete the process. The need to incorporate legal reforms considering new corporate figures was also analyzed. These reforms would allow the companies to complete their transformation since the Law of Companies prohibits this type of restructuring.




Translated by
Ing. Paul Arpi

SITUACIÓN LEGAL DE LAS EMPRESAS ELÉCTRICAS DEL ECUADOR EN PROCESO DE TRANSFORMACIÓN A EMPRESAS PÚBLICAS

I

INTRODUCCIÓN

A raíz de la promulgación de la Constitución de la República del año 2008¹, nuestro país entró en una etapa de grandes cambios en diferentes ámbitos de orden Constitucional y Legal y de manera particular importantes innovaciones relacionadas a los sectores económicos del país y específicamente el sector público.

Es necesario recordar que dichos cambios obedecen o constituyen un reflejo directo de la ideología u orientación política que prima actualmente dentro de nuestro país, de mano del anterior gobierno y se entiende que del actual, pues, a diferencia de lo que sucedía con la vigencia de la Constitución Política de la República del año 1998², con la cual se mantenía una tendencia liberal de nuestra economía, es decir, una tendencia que apuntaba a concepciones privatizadoras en materia de recursos públicos, en la actualidad, desde la vigencia del actual ordenamiento Constitucional, se considera que durante los últimos diez años, se ha manejado una visión contraria, más bien nacionalista, apoyada totalmente en el concepto del estatismo económico, es decir, la visión de un Estado muy grande que se refleja en la creación de entidades estatales –léase Instituciones o Empresas Públicas-, que tengan como objeto la intervención en diversos sectores y en el caso de éstas últimas, la explotación de sectores económicos respecto de los cuales el Estado tendría un interés ya sea social, político o económico.

En este orden de ideas, dentro nuestra actual Constitución se consideran y han incorporado múltiples sectores considerados como estratégicos para el desarrollo del Estado, en razón de su trascendencia y magnitud, estando dentro de ellos la energía en todas sus formas, señalándose el Estado será el responsable de la

¹ Constitución de la República. R.O. N° 449 del 20 de Octubre de 2008.

² Constitución Política de la República del Ecuador. R.O. N° 1 del 11 de Agosto de 1998.

provisión de servicios públicos, previstos dentro de ellos la energía eléctrica, “cerrando”, de ésta manera, las puertas a eventuales procesos de privatización de éste tipo de sectores.

Bajo esta consideración se entiende que todas aquellas empresas vinculadas directamente a este sector estratégico deberán mantenerse o pasar a manos del Estado, a efecto de que este, en el marco de esta visión Estatista, puede efectuar una debida administración, regulación, control y gestión de las mismas.

Consecuentemente con lo indicado, la propia Constitución establece que se deberá constituir empresas públicas que tengan como objeto la gestión de los sectores estratégicos y la prestación de servicios públicos, sin embargo desconociéndose de alguna manera la situación legal de dichas Empresas a esa fecha, pues en ningún momento se refiere –el texto Constitucional- a aquellas sociedades mercantiles previamente constituidas mediante acto societario, bajo una estructura de sociedades anónimas, como lo son o fueron las Empresas Eléctricas del país, aparentemente olvidando una realidad societaria, esto es que estas sociedades ya venían prestando el servicio público de energía eléctrica bajo esa condición societaria y consecuentemente, de una u otra manera se encontraban gestionando el sector estratégico de la energía.

Sobre la base de lo indicado, todas las Empresa Eléctricas del país, a partir de la promulgación de la Constitución del 2008³, entraron o iniciaron un proceso de transformación, en virtud del cual pasarían de ser Compañías Mercantiles a constituirse en Sociedades de Derecho Público o Empresas Públicas.

No obstante lo indicado y a pesar del tiempo transcurrido, hasta la actualidad, no todas las Empresas Eléctricas han logrado culminar este proceso de mutación dado que no existe una normativa adecuada que viabilice dicho cambio y peor aún, habiéndose emitido las disposiciones transitorias constantes en las mismas y orientadas a permitir dicho cambio, han perdido su vigencia, debido a una temporalidad establecida para su ejecución y en el caso de otras normas como la

³ Constitución de la República. R.O. N° 449 del 20 de Octubre de 2008

Ley de Compañías⁴, no han sido reformadas y más bien mantienen disposiciones referentes a que toda transformación no prevista en esta disposición –Ley de Compañías- es nula, debiendo recalcar que la transformación de una sociedad o compañía anónima a una empresa pública no se encuentra prevista en dicha normativa y por lo tanto podría ser considerada nula.

Estos factores junto con otros adicionales han provocado que estas sociedades mercantiles en actual proceso de transformación, mantengan este estatus quo hasta la actualidad, generándose una especie de limbo jurídico o indefinición de sus estructuras legales, aplicando en ocasiones normativa que atañe directamente al ámbito privado, no obstante la necesidad de estar regidas permanentemente por normativa orientada netamente al ámbito público, específicamente definido para aquellas.

Resulta pues imperativo analizar cómo dichas Empresas Eléctricas –sociedades mercantiles en proceso de transformación en Empresas Públicas- han podido subsistir hasta la actualidad en medio de esta incertidumbre, subsistencia entendida como el sustento normativo que han venido aplicando para sostener su vida normativa y poder con ello continuar brindando sus servicios y cumpliendo su objeto social de una manera regular hasta la presente fecha, a fin de procurar hallar soluciones o propuestas que permitan consolidar, finalmente, este proceso de transformación en el que se encuentran, mediante, de ser el caso, el contarse con sugerencias de reformas puntuales a ciertos cuerpos legales, como a su vez elaborar un proyecto de la parte pertinente de un Reglamento, que viabilice y permita finalizar este proceso en el cual se encuentran.

⁴ Ley de Compañías. R.O. N° 312 del 5 de Noviembre de 1999.

CAPÍTULO I

ORGANIZACIÓN DE LA ECONOMÍA EN NUESTRO PAÍS, EN EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE 1998

1.1.- CONFORMACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO

La Constitución Política de la República del año 1998⁵, estuvo vigente dentro de nuestro ordenamiento jurídico hasta el año 2008, año en el cual se promulgó la Constitución que a la presente fecha rige en nuestro ordenamiento jurídico; en este anterior cuerpo normativo, se preveía que el Estado Ecuatoriano estaba conformado por dos grandes segmentos de la economía, conforme lo instituía el Art. 245 de dicho cuerpo normativo, que establecía que “La economía ecuatoriana se organizará y desenvolverá con la coexistencia y concurrencia de los sectores público y privado.”, previendo, a su vez, un trato igualitario entre estos sectores económicos, es decir, lo que se buscaba era una armónica coexistencia entre estos dos grandes sectores.

Conforme puede evidenciarse de la citada disposición, la conformación de los sectores económicos en nuestro país, como en la mayoría de los países occidentales que mantienen una tendencia liberal, es una economía caracterizada por la coexistencia y participación en los diversos sectores de la misma, es decir, tanto del sector público, como privado, debiendo definir constantemente las fronteras existentes entre dichos sectores de la economía; lo referido, se halla descrito, en las palabras del autor Joseph Stiglitz (2000) , en su obra “Economía del Sector Público”, a través de la cual se realiza un estudio del papel económico que cumple un Estado, ambientado, lo referido, precisamente en el esfera de los estados occidentales.

En el indicado marco de ideas, la economía de nuestro país se desarrollaba en medio de la coexistencia de los sectores económicos tanto público, como privado, debiéndose considerar cómo se encontraba estructurado el sector público durante la vigencia de la Carta Política del año 1998.

Para solventar el cuestionamiento planteado, es necesario remitirnos al texto de la ya mencionada Constitución Política de la República la cual, en su Art. 118 nos describe directa y taxativamente la conformación del sector público de la

⁵ Constitución Política de la República del Ecuador. R.O. N° 1 del 11 de Agosto de 1998.

economía ecuatoriana, al señalar:

“Art. 118.- Son instituciones del Estado:

1. Los organismos y dependencias de las Funciones Legislativa, Ejecutiva y Judicial.

2. Los organismos electorales.

3. Los organismos de control y regulación.

4. Las entidades que integran el régimen seccional autónomo.

5. 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.

6. Las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos.

Estos organismos y entidades integran el sector público.”

Es de esta manera como se estructuraba el sector público en el Ecuador en el período comprendido entre el año 1998 al 2008, siendo el mismo similar a como se estructuraba la economía en periodos anteriores incluso; es así que se realiza una enumeración taxativa de todos aquellos organismos y entidades que conformaban dicho sector, excluyendo del mismo a toda entidad que no se encontraba enmarcada en dicha disposición.

Vale considerar que dicha norma, constituyó una disposición de carácter pública que no admitía por tanto interpretación extensiva o análoga, debiendo por tanto entenderse como una Institución del Sector Público a las ahí descritas y ninguna otra, conforme el mandato del Art. 119 del indicado texto Constitucional.

Lo señalado deja en evidencia que otros entes jurídicos, cuya naturaleza no se “ajuste” a esta descripción Constitucional (1998), no podrían ser considerados parte del sector público.

Vale considerar que la conformación de las indicadas sociedades mercantiles no se “ajustaba” pues a ninguna de las categorías señaladas taxativamente en el Art.118 de la Constitución Política de la República, pues no constituyeron dependencias de ninguna de las funciones ejecutiva, legislativa y judicial, no fueron organismos electorales, no fueron organismo de control y/o regulación, no integraron el régimen seccional autónomo, ni fueron organismos creado por la Constitución o Ley, ni creados por un acto legislativo seccional.

Lo indicado deja entrever que las sociedades mercantiles que fueran en su momento creadas en base a un contrato de compañías y/o un acto societario, es decir, de conformidad con lo establecido en el Art.1 de la Ley de Compañías⁶ y demás disposiciones pertinentes de este cuerpo normativo y que tenían la particularidad de ser conformadas como sociedades mercantiles anónimas y como consecuencia de aquello se encontraban gobernadas por normativa que aplicaba directamente al ámbito privado, de manera independiente a que dentro de su estructura accionaria se encontraban únicamente como accionistas de estas o en forma mayoritaria a entidades del sector público, no podían ser consideradas como parte del sector público.

Cabe destacar que no en todas estas sociedades mercantiles anónimas sucedió lo mismo, pues en ciertos casos, existía –y aún existe- una participación en la titularidad de sus acciones, tanto del sector público, así como de entes privados o personas naturales, siendo un claro ejemplo de lo indicado la Empresa Eléctrica Quito S.A., constituida como sociedad mercantil dentro de la cual, son accionistas, a más de diversas entidades del sector público, varios inversionistas privados debiendo considerarse que este hecho, es decir la participación accionaria de públicos y privados en el capital social de ésta Empresa no nos sitúa frente a una compañía de economía mixta, pues dicha empresa no fue constituida bajo esta figura societaria, sino ante una sociedad anónima.

Lo antes manifestado se sustenta en el hecho de que la naturaleza jurídica de una compañía no depende de la naturaleza jurídica de sus socios u accionistas, es

⁶ Ley de Compañías. R.O. N° 312 del 05 de noviembre de 1999.

decir, es una persona jurídica con una naturaleza propia, misma que ha sido creada en virtud de la “*afectio societatis*”⁷ que existía entre los socios al momento de su constitución y que a más de esta, existía interés por parte de ellos en juntar sus capitales a efecto de que a través del funcionamiento de la sociedad mercantil, puedan obtener ganancias que beneficiarían a todos quienes habían participado en la constitución de cada una de estas compañías, mediante sus aportes, lo antes indicado se complementa con lo expuesto por el Dr. César Dávila Torres, en su obra Derecho Societario, cuando el manifiesta en lo referente a la constitución de una compañía, que “Ello la convierte en propietaria de un patrimonio diferente a los patrimonios de los socios o accionistas individualmente considerados, del cual usará y dispondrá a su talante, y deviene unidad económica destinada a realizar el objeto social.” (Dávila Torres, 2011, pág. 9) En razón de lo indicado es que puede existir una compañía con tan particulares características.

Lo indicado queda en total evidencia de la simple lectura de dos disposiciones legales de enorme importancia:

Art.1 de la Ley de Compañías⁸: “Contrato de compañías es aquel por el cual dos o más personas unen sus capitales o industrias para emprender en operaciones mercantiles y participar de sus utilidades.”

Art. 1957 del Código Civil⁹: “Sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común, con el fin de dividir entre sí los beneficios que de ello provengan. La sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.”

Vale considerar que compatible con lo señalado y respecto de la naturaleza jurídica de sociedades mercantiles como las Empresas Eléctricas, existió –en su

⁷ Término utilizado en el ámbito societario para definir la intención que tienen los socios de juntar sus capitales a efecto de constituir una sociedad mercantil -persona jurídica-, mediante un acto societario; dicha intención deberá permanecer en el tiempo, permitiendo el normal funcionamiento de dicha sociedad.

⁸ Ley de Compañías. R.O. N° 312 del 05 de noviembre de 1999.

⁹ Código Civil. R.O.S. N° 46 del 24 de Junio de 2005.

momento- numerosa jurisprudencia coincidente, emitida por la en ese entonces denominada Corte Suprema de Justicia, misma que concluía que las Empresas Eléctricas son sociedades mercantiles privadas que deben sujetar su accionar a la normativa del sector privado y que el hecho de brindar un servicio público en nada cambia su naturaleza, así como numerosos pronunciamientos de la Procuraduría General del Estado las cuáles señalan que las Empresas Eléctricas eran personas jurídicas de derecho privado.

A su vez lo expuesto mantenía coherencia con lo señalado en el inciso segundo del artículo 4 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado¹⁰ vigente en ese entonces, que señalaba el régimen jurídico de las personas jurídicas de derecho privado con participación estatal al indicar:

“Para todos los efectos contemplados en esta Ley, están sometidas al Control de la Contraloría General del Estado las personas jurídicas de derecho privado con fines sociales o públicos cuyo capital social, patrimonio, fondo o participación tributaria esté integrado en el 50% o más con recursos públicos. Las demás personas jurídicas de derecho privado, que no tengan finalidad social o pública aun cuando su capital esté integrado en más del 50% con recurso públicos y aquellos cuyo capital social patrimonio, fondo o participación tributaria este integrado con recursos públicos menor al 50% estarán sometidos a la vigilancia y control de las superintendencias de compañías, de bancos y seguros o del respectivo órgano de control. La Contraloría General del Estado, en estos casos efectuará el control de los recursos públicos administrados por ellas a través del accionista socio o participe del sector público, con sujeción a lo establecido en esta ley, en cuanto a la gestión desarrollada por este en los órganos de gobierno y administración de la empresa receptora de los recursos públicos y acerca de las gestiones empresariales económicas y financieras mediante el análisis de los estados financieros informes de auditoría externa e interna y de los administradores y representantes legales, después de cada ejercicio económico. El ejercicio de estas

¹⁰ Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. R.O.S. N° 595 del 12 de junio de 2002.

facultades, la Contraloría General del Estado, la efectuará en coordinación con los respectivos órganos de control...”

Vale considerar que las indicadas sociedades mercantiles no mantenían una finalidad social o pública, sino un objetivo orientado a la obtención de lucro, tanto así que en varios ejercicios económicos distribuían utilidades.

Todo lo antes referido lo podemos observar de manera más detallada en la estructura societaria de la Empresa Eléctrica Regional Centro Sur C.A., misma que tiene como accionistas a múltiples Gobiernos Autónomos Descentralizados, entre ellos a tres Gobiernos Provinciales hoy Gobiernos Autónomos Descentralizados Provinciales (Azuay, Cañar y Morona Santiago), a los Municipios de Cuenca, Biblián, Santa Isabel, Morona y Sigsig hoy Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales; y, al Ministerio de Electricidad y Energía Renovable, antes Fondo de Solidaridad y con anterioridad a aquello INECEL, es decir, todos accionistas pertenecientes al sector público, propietarios de acciones en una sociedad mercantil anónima que no era parte del sector público del Ecuador, al tener una naturaleza jurídica diversa a la de sus socios.

Vale considerar que tampoco el hecho de brindar este tipo de sociedades mercantiles un servicio público, les otorga per se la calidad de públicos, tanto más que la propia Constitución Política del Estado -1998-¹¹, en el Art. 249 al referirse a los servicios públicos indicaba: “Podrá prestarlos directamente o por delegación a empresas mixtas o privadas, mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual, de acuerdo con la ley”. Es de esta manera que se deja el criterio de ser público, por prestar un servicio público no resulta adecuado prevaleciendo el criterio de su naturaleza jurídica privada en consideración a su constitución como sociedades mercantiles anónimas, independientemente que tienen dentro de la integración de su capital únicamente o en su mayoría, a entidades del sector público.

¹¹ Constitución Política de la República del Ecuador. R.O. N° 1 del 11 de Agosto de 1998.

Más aún, la Ley de Régimen del Sector Eléctrico¹², que estuvo vigente en nuestro ordenamiento jurídico hasta el año 2015, en su Art. 26 también venía a solventar dichas dudas sobre la naturaleza de éstas empresas, cuando establecía textualmente que:

“La generación, transmisión o distribución de energía eléctrica será realizada por compañías autorizadas, y establecidas en el país, de conformidad con esta Ley y la de Compañías. Las compañías a las que se refiere esta disposición, independientemente de su estructura accionaria, se someterán para todos los efectos, incluyendo el tributario y el laboral, al régimen legal aplicable para las personas jurídicas de derecho privado.”

Todo lo indicado permite concluir que todas las empresas eléctricas del país, creadas mediante acto societario, a pesar de tener entre sus accionistas a entidades del sector público, estaban excluidas de la estructura del sector público del Ecuador, durante la vigencia de la Constitución Política de la República del año 1998¹³ y por lo tanto, eran empresas privadas regidas por la normativa aplicable a dichas sociedades mercantiles de este sector.

1.2.- FUNCIONAMIENTO DEL SECTOR PRIVADO.

Definido y entendido el alcance Constitucional -1998- respecto del primer gran segmento de la economía de nuestro país, corresponde analizar al sector privado, que conforme lo estudiado previamente y de acuerdo al Art. 245 de la Constitución del año 1998, confluye conjuntamente con el sector público en la economía ecuatoriana.

Para efectos del indicado análisis es necesario indicar que este sector se encuentra conformado por todas aquellos entes que no se encuentran reguladas

¹² Ley de Régimen del Sector Eléctrico. R.O.S. N° 43 del 10 de Octubre de 1996.

¹³ Constitución Política de la República del Ecuador. R.O. N° 1 del 11 de Agosto de 1998.

por la disposición del Art. 118 de la Constitución de la República del año 1998¹⁴, es decir, todas aquellas personas jurídicas que no estén regidas por la normativa aplicable de derecho público, para lo cual es necesario considerar lo señalado en la Ley de Compañías¹⁵, cuerpo normativo que será la principal fuente normativa para este tipo de sociedades.

Frente a lo antes indicado, es preciso ejemplificar ciertas diferencias que existen entre las sociedades de derecho público y las de derecho privado; en el primer caso, este tipo de sociedades generalmente son constituidas mediante acto legislativo, es decir, ya sea mediante una ley o la propia Constitución, generalmente orientadas al cumplimiento o prestación de un servicio público, teniendo como una característica particular el hecho de que este tipo de compañías no están orientadas al lucro, sino que, éstas tienen como finalidad la rentabilidad social.

A diferencia de las antes indicadas, las sociedades regidas por la Ley de Compañías dista del proceso de constitución de aquellas empresas públicas, pues desde un primer momento, será el interés de dos o más socios (dejando de lado las particulares sociedades unipersonales de responsabilidad limitada) plasmado en un acto societario, que se conjuga con la finalidad de generar una rentabilidad económica, entiéndase lucro, en base a la operación que efectúe la sociedad, que a diferencia de las antes mentadas, tendrán la más amplia y diversa gama de actividades en las cuales se puedan desempeñar, siempre y cuando no estén las mismas prohibidas por la Ley.

A partir del Art. 1 de la Ley de Compañías podemos observar cómo se genera un distanciamiento en lo que respecta a la concepción y finalidad de las compañías de uno y otro sector, ahondando aún más esta divergencia entre una y otra a partir de la disposición del Art. 2 del cuerpo legal mencionado, pues en el indicado se hace referencia a las diversas especies de sociedades mercantiles que pueden existir, hallándose entre ellas a la sociedad anónima, la compañía de responsabilidad limitada, la compañía de economía mixta, la compañía en

¹⁴ Constitución Política de la República del Ecuador. R.O. N° 1 del 11 de Agosto de 1998

¹⁵ Ley de Compañías. R.O. N° 312 del 05 de noviembre de 1999.

comandita (ya sea simple o por acciones) y la compañía en nombre colectivo; con lo indicado, podemos observar que se prevé la existencia de varios tipos de sociedades mercantiles, a diferencia del ámbito público en el cual sus Instituciones Públicas tienen un objetivo previsto en la propia Constitución y/o en la Ley, como lo fue la Ley de Régimen Municipal, posteriormente la Ley Orgánica de Régimen Municipal (vigente desde el 15 de octubre de 1971) en su momento y actualmente COOTAD¹⁶, con estructuras específicas conforme sus finalidades.

En lo que respecta a las especies de compañías previstas en la Ley de Compañías¹⁷, es menester precisar que cada una de ellas tiene ciertas particularidades en lo que a su estructura respecta, pues por ejemplo, algunas compañías son de tipo personalista y otras de tipo capitalista (responsabilidad limitada – anónimas); a su vez, tendrán variaciones en la división del capital social, pues en unas compañías este se divide en acciones y en otras tendremos participaciones, variando la denominación de quienes forman parte de la compañía, pues tendremos en unas compañías a socios y en otras a accionistas.

Estas son unas pocas diferencias existentes entre unas y otras especies de sociedades, no siendo procedente efectuar, en el presente trabajo, un análisis exhaustivo de las diferencias que entre unas y otras se presentan a lo largo de la Ley de Compañías y en el orden práctico.

Es en el indicado marco legal y de la mano de gobiernos de tendencia liberal que surge en nuestro país un proceso privatizador, el cual tuvo un mayor impacto a finales del siglo pasado, cuando en el año 1993, se promulgó la denominada Ley de Modernización del Estado, privatizaciones y prestación de servicios públicos por parte de la iniciativa privada¹⁸, que en palabras de Juan Bernardo León Orellana representó un proceso de reforma estructural integral del Sector Público, en los aspectos de: desburocratización y desregularización del Estado;

¹⁶ Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. R.O.S. N° 303 del 19 de octubre de 2010.

¹⁷ Ley de Compañías. R.O. N° 312 del 05 de noviembre de 1999.

¹⁸ Ley de Modernización del Estado, privatizaciones y prestación de servicios públicos por parte de la iniciativa privada. R.O. N° 349 del 31 de diciembre de 1993.

descentralización y desconcentración del Sector Público; y, desmonopolización y privatización de Estado; con lo indicado, podemos observar que nuestro país en un incipiente intento de promover la iniciativa privada empezó a efectuar una estructuración normativa, pues se empezaron a promulgar otras normas tales como la Ley de Mercado de Valores¹⁹, la Ley de Régimen del Sector Eléctrico²⁰ y la Ley de Presupuestos del Sector Público²¹, entre otras, que permitiría encaminar a este proceso para lograr una apoteosis en lo que respecta a la privatización en nuestro Estado, pese a existir un retraso respecto de lo que se venía dando otros países sudamericanos, no obstante, conforme lo indica el propio autor, fue quizás la complicidad del en ese entonces Congreso de la República, conjugada con el desconocimiento de políticos, gobernantes y pueblo en general, aquello que no permitió avanzar en este aspecto, como lo habían realizado otros Estados, factores al cual, al criterio del suscrito, coadyuvó a la carencia de éxito de este proceso, la existencia de no muy claros intereses económicos, orientados no precisamente a obtener para el Estado los mejores réditos, sino a tratar de beneficiar al inversionista privado por sobre los intereses comunes.

Es de esta manera que se intentó dar un cambio radical al manejo del Estado, pues tan solo algunos años atrás de la Constitución Política del Estado -1998-²², la orientación política más bien se encontraba encaminada hacia el agrandamiento del sector público, buscando generar de una u otra manera una suerte de monopolización, de aquellos considerados sectores estratégicos, conforme se observaba en la Constitución de la República del año 1979²³; el indicado cambio y su orientación a un proceso privatizador, se plasmó definitivamente en la carta política del año 1998, en la cual se otorgó una mayor apertura a la iniciativa privada, buscando reducir el tamaño de un estado totalmente burocratizado, ineficiente y orientado a dar ciertas ventajas al sector privado sobre el público.

¹⁹ Ley de Mercado de Valores. R.O.S. N° 215 del 22 de febrero de 2006.

²⁰ Ley de Régimen del Sector Eléctrico. R.O.S. N° 43 del 10 de octubre de 1996.

²¹ Ley de Presupuestos del Sector Público. R.O.S. N° 76 del 30 de noviembre de 1992.

²² Constitución Política de la República del Ecuador. R.O. N° 1 del 11 de Agosto de 1998.

²³ Constitución Política del Ecuador. R.O. N° 800 del 27 de marzo de 1979

Definitivamente, con la promulgación de la Constitución del año 1998²⁴ parecía que este proceso privatizador que buscaba una igualdad entre estos dos grandes sectores de la economía tendría finalmente la acogida que se buscaba desde el inicio de este proceso con orientación neoliberal, no obstante, este proceso se vio truncado, quizás gracias a la inestabilidad política que sobrevino en nuestro país al inicio del nuevo milenio, que no permitió la total implementación de esta ideología en nuestro Estado y que en virtud de esta inestabilidad permitió la fácil consumación de un incipiente nacionalismo populista como una nueva orientación política denominada socialismo del siglo XXI, a raíz de la promulgación de la Constitución del año 2008²⁵.

1.3.- LOS SECTORES ESTRATÉGICOS.

A diferencia de lo previsto dentro de la actual Constitución de la República, la Carta Magna del año 1998 no tenía previsto como tal a los Sectores Estratégicos de la economía, pues, como se observa en aquel texto constitucional, al remitirnos al Título IX, Capítulo Primero, a partir del Art. 246, podemos encontrar dispersos a aquellos sectores de la Economía del país que en función de los intereses estatales, se genera una suerte de afectación en su dominio, estableciendo que este -su dominio- es inalienable e imprescriptible, evidentemente dichas prerrogativas en favor del Estado, mismo que se reservaría para sí tanto facultades de exploración, explotación, concesión, entre otras.

Conforme ya se ha manifestado, a lo largo de las disposiciones contenidas dentro de la referida Constitución podemos encontrar a los recursos naturales no renovables, los productos del subsuelo, los minerales y sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluidos los que se encuentran en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial; las frecuencias electromagnéticas para la difusión de señales de radio, televisión y otros medios; y, el agua.

²⁴ Constitución Política de la República del Ecuador. R.O. N° 1 del 11 de Agosto de 1998.

²⁵ Constitución de la República. R.O. N° 449 del 20 de Octubre de 2008.

A más de lo indicado, dicha Constitución preveía que respecto de la diversidad biológica, reservas naturales, áreas protegidas y parques nacionales, el Estado ecuatoriano tenía un derecho soberano, reservándose para sí la conservación y utilización sostenible, permitiendo eso si la inclusión de la iniciativa privada. De todas las antes mencionadas, no distan de las actualmente previstas dentro de la Constitución vigente, diferenciándose entre uno y otro cuerpo normativo por la incorporación de nuevos sectores estratégicos.

Con todo lo referido, debemos tener en cuenta que en base a los intereses estatales se ejecutan los procesos tanto de exploración, explotación y extracción, no obstante, en muchas ocasiones dada la dificultad que representa para el Estado la ejecución de dichas acciones, así como por sus limitaciones económicas y administrativas, sustentados en la prerrogativa constitucional de considerar la iniciativa privada, son encomendadas al sector privado gestiones que antes mantenía el Estado mediante figuras contractuales tales como la concesión, delegación, otorgamiento de permisos, etc.

La indicada situación no fue ajena a las empresas eléctricas del país encargadas tanto de la generación, transmisión, distribución y comercialización de la fuerza eléctrica –denominación otorgada en la Constitución del año 1998²⁶, actualmente, energía en todas sus formas-; dichas empresas, conforme se ha venido manifestando, constituidas como sociedades mercantiles anónimas, con capitales libremente negociables y pertenecientes netamente al sector privado de la economía, encargadas de proveer estos servicios públicos se constituyeron en un claro objetivo de privatización, plasmado en la Ley de Régimen del Sector Eléctrico²⁷, que por diversos factores, ya mencionados algunos de ellos, no logro concretarse.

El indicado panorama tuvo un cambio radical, pues con la promulgación de la Constitución del año 2008²⁸, en la que se plasma la ideología del grupo gobernante, mismo que pasó de una visión privatizadora (consecuente con la

²⁶ Constitución Política de la República del Ecuador. R.O. N° 1 del 11 de Agosto de 1998.

²⁷ Ley de Régimen del Sector Eléctrico. R.O.S. N° 43 del 10 de octubre de 1996.

²⁸ Constitución de la República. R.O. N° 449 del 20 de Octubre de 2008

tendencia neoliberal con la que se manejó el Estado a partir del año 98) a una visión nacionalista, orientada a la creación de un mayor aparataje estatal que permita controlar al Estado la provisión de los diversos servicios públicos que anteriormente se encontraban en manos de privados, buscando de esta manera generar una suerte de monopolio y por ende un absoluto control, tanto en el ámbito de la producción como la distribución de los servicios públicos.

Es de esta manera que en la actualidad, podemos observar que han sido creadas un sinnúmero de Empresas Públicas orientadas a la provisión de servicios públicos y a más de esto, algunas empresas pertenecientes al sector privado se vieron inmersas en un proceso de transformación a empresas públicas:

Con todo lo indicado, podemos observar que pese a no existir una denominación como tal de “Sectores Estratégicos”, estos ya se encontraban previstos en la Constitución Política de la República del año 1998²⁹, misma que en diversas disposiciones regadas en el texto Constitucional, guardaba para sí –y la consecución de sus fines-, el derecho respecto de estos sectores, pero dejando abierta la posibilidad de la participación del sector privado en tan delicadas actividades como son la exploración, explotación y provisión tanto de los servicios públicos como de los sectores estratégicos de la economía del país.

1.4.- PROCESO ORIENTADO A LA PRIVATIZACIÓN DE LOS SECTORES ESTRATÉGICOS.

Una vez superados los regímenes militares que gobernaron nuestro Estado y con el retorno de la democracia, de manera paulatina se fueron superando modelos nacionalistas, siendo a partir del gobierno del Presidente Febres Cordero (1984-1988) que en nuestra patria se empezó a observar una directa influencia de intereses empresariales –privados-, que denotó el inicio de un proceso guiado por una ideología neoliberal, que tenía como finalidad la incorporación de procesos privatizadores en el Estado, primordialmente en lo que respecta a las empresas que eran parte del aparataje estatal.

²⁹ Constitución Política de la República del Ecuador. R.O. N° 1 del 11 de Agosto de 1998.

Dicho proceso neoliberal perduró en nuestro país debido a la orientación política de diversos Gobiernos, misma que perduró hasta el año 2008, en el cual se dio un giro radical plasmado en la norma con la promulgación de la Constitución de Montecristi³⁰.

Vale considerar que en nuestro país durante la vigencia de la Constitución Política de la República del año 1998³¹, continuando con el proceso iniciado a partir del año 1984, como ya se indicó previamente, no todo el proceso privatizador fracasó, pues importantes sectores de la economía ecuatoriana fueron sometidos a dichos cambios, con lo cual se produjo un proceso de privatización a través del cual, gran cantidad de empresas estatales y en general los recursos públicos pasaron a manos de privadas, buscando a través de este medio, acortar el inflado aparataje estatal que existía en aquella época, del cual se beneficiaron sectores privados de la economía, tal el caso de la venta de empresas como Ecuatoriana de Aviación.

Pese a la declaración realizada por la Constitución Política de la República del año 1998, en su Art. 244, en el cual define a la economía del estado como una “economía social de mercado”, este postulado no fue cumplido, pues esta Constitución a diferencia de la del año 1979³², dejó de lado lo que en aquella se denominaba como “áreas de explotación reservadas para el Estado”, permitiendo la injerencia de la iniciativa privada en estos sectores tan importantes para el Estado.

Más aún, se puede verificar que en el tercer inciso de la disposición previamente citada se hace referencia a la concesión, pero en ningún momento se incluye dentro de esta figura a los recursos naturales no renovables, entendiéndose a criterio del suscrito que pese al estar ante bienes de interés nacional, se deja un camino libre para que sea la iniciativa privada la que pueda explorar y explotar

³⁰ Constitución de la República. R.O. N° 449 del 20 de Octubre de 2008.

³¹ Constitución Política de la República del Ecuador. R.O. N° 1 del 11 de Agosto de 1998.

³² Constitución Política del Ecuador. R.O. N° 800 del 27 de marzo de 1979

dichos recursos, situación que a criterio del suscrito, es correcta, siempre y cuando existan límites normativos, plasmados en la realidad en dichos procesos tanto de exploración como en el de explotación, y más aún, que existan los mecanismos de control adecuados para evitar un impacto ambiental y ecológico desproporcionado, medido únicamente por la ambición de quien ejecute dichas acciones.

1.5.- SITUACIÓN HISTÓRICA Y LEGAL DE LA EMPRESA ELÉCTRICA REGIONAL CENTRO SUR C.A., EN EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1998.

RECuento HISTÓRICO:

El breve análisis respecto a lo que fue la economía de nuestro país durante la vigencia de la Constitución del año 98³³, así como la sucinta referencia respecto del proceso privatizador que vivió nuestro país a partir del año 1984, no difiere en gran medida de lo ocurrido en las Empresas Eléctricas ecuatorianas, sin embargo es importante realizar un análisis de lo que fue el régimen legal de la Empresa Eléctrica Regional Centro Sur C.A. en dichos periodos, y en general, un análisis histórico de esta sociedad mercantil que actualmente se encuentra aún inmersa en un proceso orientado a su transformación en Empresa Pública, pues dicho análisis nos brinda una visión general de sus orígenes, misma que nos permite comprender su actual proceso.

En el año 1950, el en ese entonces Alcalde de la Ciudad de Cuenca Enrique Arízaga Toral, en representación del ente Municipal, conjuntamente con el Representante Legal de la Corporación de Fomento, el señor Gustavo Diez Delgado, iniciaron conjuntamente los trámites legales pertinentes para la creación de una sociedad mercantil que tendría como objeto la prestación de los diversos servicios relacionados con la energía eléctrica, es decir que abarcarán desde la generación, la distribución y la comercialización de este servicio; vale considerar que con anterioridad a estos años, se brindaba el servicio de energía

³³ Constitución Política de la República del Ecuador. R.O. N° 1 del 11 de Agosto de 1998.

eléctrica en las distintas ciudades por pequeñas unidades de generación aisladas y/o empresas cuya capacidad era totalmente limitada, lo cual redundaba en que las ciudades y cantones cuenten con un reducido servicio de energía eléctrica, siendo el caso, en la ciudad de Cuenca, el servicio brindado por la Empresa Luz y Fuerza de la familia Ramírez.

En el marco de lo señalado y una vez culminados los respectivos procedimientos para la constitución de una Empresa Municipal que brinde este vital servicio a la ciudad de Cuenca, señalado en párrafo anterior, la misma fue inscrita bajo el número 17 de fecha 11 de septiembre del año 1950 la compañía que en aquel entonces se denominaba “Empresa Eléctrica Miraflores S.A.”, bajo una estructura de una compañía anónima, teniendo como su accionista mayoritario a la Ilustre Municipalidad de Cuenca, con un total del sesenta por ciento del capital social y a la Corporación de Fomento que tenía en su poder el cuarenta por ciento restante de las acciones de la Empresa Eléctrica Miraflores.

La indicada compañía llevó a cabo sus operaciones tanto mercantiles como industriales a través de la Central que se encuentra ubicada a orillas del Río Yanuncay, misma que había sido entregada para su uso y como aporte para futura capitalización por parte de la Ilustre Municipalidad de Cuenca, a la naciente Empresa Eléctrica Miraflores.

Paulatinamente la Empresa Miraflores fue incrementando y adquiriendo diversos bienes tanto muebles como inmuebles que aportaron en la operación de la Empresa Miraflores S.A., que entre los años 1961 y 1963 sumó dos nuevos e importantes accionistas, siendo estos el Centro de Reconversión Económica Azuay, Cañar y Morona Santiago (CREA) y el en aquel entonces denominado Instituto Ecuatoriano de Electrificación (INECEL); en ese mismo año se procedió al cambio de denominación de la que hasta el momento había sido “Empresa Eléctrica Miraflores S.A.”, a “Empresa Eléctrica Cuenca S.A.”, manteniendo la estructura societaria que hasta el momento la había caracterizado.

Su operación continuó con total normalidad hasta el año 1979, cuando la promulgación de la Ley Básica de Electrificación³⁴ dispuso que todas las Empresas Eléctricas dejen de brindar sus servicios en un ámbito cantonal y pasen a prestarlo de manera Regional, abarcando un área de concesión mucho mayor a la que en aquella época manejaba; por lo indicado, la “Empresa Eléctrica Cuenca S.A.” cambio su denominación y más allá de pasar a denominarse “Empresa Eléctrica Regional Centro Sur C.A.” paso a tener un ámbito de gestión regional con la aportación por parte del INECEL de varios sistemas eléctricos aislados en diversos cantones y ciudades, hasta entonces de su propiedad; es así que, en razón de la promulgación del cuerpo normativo referido –Ley Básica de Electrificación- y el aporte en especie de los indicados sistemas eléctricos, el INECEL pasó a ser el accionista mayoritario de esta Empresa Eléctrica, a la cual se le otorgó un área de concesión mayor, al incorporar a las provincias de Azuay y Cañar –cuando hasta aquel entonces había prestado estos servicios exclusivamente para el cantón Cuenca-; años más tarde, en razón del Plan Nacional de Electrificación³⁵ –vigente en aquella época- y el satisfactorio servicio que la nueva Empresa Centro Sur había venido prestando en este período, la INCEL incorporó a ésta Empresa al Sistema Eléctrico de Morona Santiago SEMS como parte del área de concesión de la Empresa Regional Centro Sur C.A. en el año 1987, en un comienzo en base a un convenio de Administración y luego como un aporte de sus activos.

Hasta aquel momento la Empresa Eléctrica Regional Centro Sur C.A., en el marco de la Ley Básica de Electrificación, conforme se indicó previamente, venía prestando los servicios de generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica, contando para ese entonces con varias generadoras hidroeléctricas y térmicas como Saucay, Saymin, Monay y El Descanso, pues para ese entonces la Central Yanuncay por su limitado tamaño y obsolescencia tecnológica se hallaba ya en desuso, así como con varias micro generadoras en distintos cantones como la Central Río Blanco en Gualaceo, la

³⁴ Ley Básica de Electrificación. R.O. N° 387 del 10 de Septiembre de 1973.

³⁵ Documento elaborado quinquenalmente dentro del cual se fijan las directrices de acción para las diversas entidades que conforman el sector eléctrico del país, a efecto de que puedan afrontar el crecimiento del consumo de energía eléctrica durante este período.

Central de Macas, etc., y en general un sistema de distribución de energía eléctrica y alumbrado público, situación particular de la CENTROSUR que difería mucho del sector eléctrico a nivel nacional en que poca inversión se había realizado en el sector eléctrico, a excepción de pequeñas centrales en distintos lugares del país y como única con importancia la Central Hidroeléctrica Paute a través de la cual se prestaba servicio para todo el Ecuador.

Toda esta situación relacionada a la falta de inversión en el sector eléctrico generó que en el año 1996 se promulgue y ponga en vigencia un nuevo régimen jurídico aplicable a todas las Empresas Eléctricas del país, con el cual se dispuso se proceda con la segmentación de las diversas actividades propias del sector eléctrico –la generación, la transmisión, la distribución y comercialización-, debiendo estas proceder a escindirse en diversas compañías que tengan un objeto social específico, sea este la generación, la transmisión o la distribución y comercialización.

El indicado cambio normativo se orientaba a tratar de conseguir un libre mercado en el sector eléctrico en el cual las diversas empresas compitan entre sí, buscando con aquello incentivar la inversión que en este sector no había existido hasta aquel entonces.

En razón de lo antedicho, en el año 1999 la Empresa Eléctrica Regional Centro Sur C.A. procedió a escindirse en dos compañías, manteniendo una de ellas tanto la misma denominación, como su integración accionaria; y, la empresa escindida se denominó Empresa Electro Generadora del Austro S.A. (ELECAUSTRO), misma que mantuvo –y mantiene- hasta la presente fecha total independencia respecto de la primera compañía; en base a la escisión referida, la Empresa Eléctrica Centro Sur C.A. se dedicó exclusivamente a las actividades relacionadas a la distribución y comercialización de energía eléctrica en su área de concesión que mantenía: Azuay, Cañar y Morona Santiago. Cabe destacar que a nivel país la CENTROSUR fue la única Empresa Eléctrica que pudo dar cabal cumplimiento a esta disposición legal y consolidar un proceso de escisión y con ello permitir el nacimiento de un nuevo actor en el sector eléctrico, una generadora de electricidad proveniente de un proceso de escisión.

Cabe destacar que a lo largo de la historia de la Empresa Eléctrica Regional Centro Sur C.A., fue incorporando en su estructura accionaria a diversos Municipios y Gobiernos Provinciales –mismos que eran beneficiarios de los servicios que esta brindaba- y en general a otras entidades pertenecientes al sector público, todas ellas realizando aportes en especie o a través de figuras contables como el registro en favor de los Gobiernos Provinciales de los valores cancelados por clientes Industriales y Comerciales correspondientes al Fondo de Electrificación Rural y Urbano Marginal FERUM³⁶.

Esta estructura societaria que se ha descrito, permaneció intacta hasta el año 2008, en el cual, conforme se ha venido manifestando a lo largo de la presente investigación, a raíz de la promulgación de la Constitución del año 2008³⁷, se presenció un cambio radical con la incorporación de la energía eléctrica como un sector estratégico y más aún, la necesidad legal de iniciar un proceso de transformación de la sociedad mercantil –CENTROSUR- a una Empresa Pública, proceso que no está por demás recalcar, no ha podido culminarse hasta la presente fecha.

ANÁLISIS LEGAL:

El indicado recuento histórico de la situación en general del sector Eléctrico Nacional y en particular de la Empresa Eléctrica Regional Centro Sur C.A., obviamente, como no puede ser de otra manera se sustenta en el ámbito legal que rigió a esta sociedad mercantil conforme lo determinado de las normas vigentes en cada periodo y particularmente en el marco de la Constitución Política de la República del año 1998³⁸, recalcando nuevamente, que la estructura de esta sociedad permaneció intacta hasta la vigencia de la Constitución del año 2008.

³⁶ Fondo destinado a la electrificación o mejora de la electrificación en zonas rurales o urbano marginales, al cual aportaban los consumidores industriales y comerciales con un monto equivalente al 10% del consumo mensual. El FERUM desaparece a raíz de la promulgación del Mandato Constituyente N° 15, dado que en este se estableció que todos los valores de inversión –para el sector eléctrico- deben provenir del Presupuesto General del Estado.

³⁷ Constitución de la República. R.O. N° 449 del 20 de Octubre de 2008

³⁸ Constitución Política de la República del Ecuador. R.O. N° 1 del 11 de Agosto de 1998.

A efecto de llevar a cabo el mentado análisis es imperante iniciar desde la constitución de la Empresa Eléctrica Miraflores S.A., una sociedad mercantil que viene a ser el origen mismo de la actual Empresa Eléctrica Regional Centro Sur C.A.; la indicada compañía fue creada mediante acto societario a través del cual los accionistas de esta juntaron sus capitales con la intención de establecer una nueva compañía; al respecto, podemos observar que dicha constitución fue realizada –en su momento- en el marco del Código Civil³⁹, mismo que regía en todos sus ámbitos a las diversas especies societarias previstas en él, al no existir una norma específica (caso actual de la Ley de Compañías⁴⁰), dentro de las cuales se encontraba la sociedad anónima, especie en la cual se encuadró a las necesidades de los accionistas de la Empresa Eléctrica Miraflores y de esta manera, con la respectiva inscripción en el Registro Mercantil del cantón Cuenca, bajo el No. 17 de fecha 11 de septiembre del año 1950, inició sus actividades.

Cabe destacar que en el año de constitución de la Empresa Miraflores S.A., la rama del derecho societario ecuatoriano se encontraba contenida o enmarcado en la norma civil general, esto es en el Código Civil, que como ya se indicó previamente, preveía a las diversas especies societarias que podían existir en el país, normando a este tipo de compañías en todos sus ámbitos; es necesario indicar que pese a que el Código Civil se mantiene vigente hasta la actualidad, en el año 1960 se promulgó el Código de Comercio⁴¹, norma que pasó a regir a la rama societaria, retirando (derogando) a estas regulaciones del Código Civil; pese a esta transformación normativa y la que sobrevino años más tarde con la promulgación de la Ley de Compañías en el año 1977, la estructura societaria de la Empresa Eléctrica CENTROSUR se mantuvo intacta, dado que esta nueva normativa continuó regulando de igual manera a las sociedades mercantiles y a su vez incorporó nuevos tipos de compañías que en los otros cuerpos legales antes referidos no se encontraban previstos.

En consecuencia, podemos observar que la Empresa Eléctrica Regional Centro

³⁹ Código Civil. R.O.S. N° 46 del 24 de Junio de 2005.

⁴⁰ Ley de Compañías. R.O. N° 312 del 05 de noviembre de 1999.

⁴¹ Código de Comercio. R.O.S N° 1202 del 20 de agosto de 1960.

Sur C.A., durante la vigencia de la Constitución del año 1998⁴² se encontraba tutelada íntegramente por la Ley de Compañías⁴³, es decir, estaba en su totalidad regida por normativa del sector privado, como una SOCIEDAD MERCANTIL, a diferencia de su estructura actual; este cuerpo normativo que reguló a esta sociedad mercantil desde su promulgación hasta el año 2008, regía en todo lo referente a sus mandatarios, capacidad de la compañía, conformación, estructura, administradores, tipos de juntas, el capital social y sus acciones, derechos y obligaciones de sus accionistas, en fin, en todo lo que respecta a la estructura societaria, funcionamiento y organización. A más de lo referido, es menester señalar que en virtud de esta sumisión de la Empresa Eléctrica a la Ley de Compañías, esta se encontraba sujeta íntegramente al control de la Superintendencia de Compañías, entendida como un organismo técnico que ejercía control y vigilancia sobre las compañías de derecho privado, con la finalidad de determinar que estas actúen de conformidad con la ley.

Pero a más de encontrarse tutelada por la Ley de Compañías, en los diversos ámbitos de funcionamiento la Empresa Eléctrica Regional Centro Sur C.A. se encontraba normada por otros cuerpos normativos propios del sector privado, como por ejemplo, en el ámbito laboral, esta compañía –en su totalidad- se encontraba regida por el Código de Trabajo⁴⁴ que venía a regular lo referente a las relaciones laborales que existían entre la parte patronal y sus trabajadores, a más de la existencia de varios contratos colectivos que se habían suscrito a lo largo de la existencia de esta compañía; podemos observar también que en el ámbito tributario, la Empresa Eléctrica se sujetaba a un régimen común, como cualquier sociedad de derecho privado, siendo sujeto pasivo de todo tipo de tributos, a diferencia del régimen tributario actual, gracias al cual esta goza de ciertas exenciones en el pago de algunos tipos de tributos, como impuestos, no así tasas y contribuciones especiales de mejoras.

Otro ejemplo más de sujeción a normativa privada que regía en esta sociedad es el régimen aplicable al Representante Legal de esta compañía pues en función

⁴² Constitución Política de la República del Ecuador. R.O. N° 1 del 11 de Agosto de 1998.

⁴³ Ley de Compañías. R.O. N° 312 del 05 de noviembre de 1999.

⁴⁴ Código de Trabajo. R.O.S. N° 167 del 16 de diciembre de 2005.

de la estructura societaria y las funciones que a este le correspondían ejecutar, su cargo estaba regulado por las reglas del mandato, es decir, regulado por el Código Civil⁴⁵, teniendo en cuenta que entre la Empresa Eléctrica y su Representante Legal no mediaba una relación de dependencia, pues este era únicamente un mandatario que cumplía sus funciones atendiendo los intereses de su representada; a más de lo indicado, este mandatario no recibía una remuneración por sus servicios prestados, sino que este recibía un honorario por su trabajo.

Lo indicado evidencia como la Constitución del año 1998⁴⁶ permitía a la iniciativa privada la inversión y gestión en sectores de la economía de enorme importancia y trascendencia e incluso en el ámbito de los sectores más sensible para el Estado -en razón de la importancia que para este representaba y representa- como el ámbito de los actualmente considerados sectores estratégicos, facultando a estos tanto la explotación de estos sectores, como la prestación de servicios públicos a consecuencia de esta explotación, es por ello que en el marco de esta Constitución, las Empresas Eléctricas en nuestro país se gestionaron como sociedades netamente privadas, pese a su particular estructura accionaria, orientadas incluso a un proceso de privatización, conociéndose que las acciones en una sociedad anónima mercantil son libremente negociables.

Es así que se mantuvo para estas sociedades desde una óptica de privatización y en general de la posibilidad de que el sector privado intervenga en este tipo de sectores su carácter de empresa privada, prestando simplemente este servicio bajo la modalidad de concesión, previsto en la Ley de Régimen del Sector Eléctrico⁴⁷, no obstante no haberse logrado, por la complejidad del sector, en el marco de la indicada normativa, consolidar un proceso de venta o privatización de éstas Empresas, entendido el mismo no como un desempeño bajo una estructura mercantil privada, porque como ha quedado indicado esta estructura ya la mantenían, sino considerando la transferencia de la titularidad de las acciones de manos de Instituciones del sector público a inversionistas privados.

⁴⁵ Código Civil. R.O.S. N° 46 del 24 de Junio de 2005

⁴⁶ Constitución Política de la República del Ecuador. R.O. N° 1 del 11 de Agosto de 1998.

⁴⁷ Ley de Régimen del Sector Eléctrico. R.O.S. N° 43 del 10 de octubre de 1996.

CAPÍTULO II

ORGANIZACIÓN DE LA ECONOMÍA EN NUESTRO PAÍS EN EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE 2008

2.1.- CONFORMACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO EN EL ACTUAL MARCO CONSTITUCIONAL

Una vez realizado el análisis de la conformación de la economía en nuestro país y particularmente de lo que fue el sector público del Ecuador en el marco de la Constitución del año 1998⁴⁸, es menester centrarnos en la realidad que vive nuestro país a raíz de la vigencia de la Constitución de Montecristi del año 2008⁴⁹.

Promulgada nuestra actual Constitución, se observó que con esta no se produjo una gran transformación en lo que respecta a la estructura o conformación del sector público, dado que este cuerpo normativo en su Art.225 mantuvo en su mayor parte similitud en cuanto al alcance del Art. 118 de la Constitución Política de la República del año 1998, incorporando ciertos cambios en lo que respecta a los organismos electorales, pues recordemos que con esta nueva Constitución se produjo un cambio en la tradicional separación de poderes, propuesta por los estudiosos del derecho John Locke y Montesquieu, que suponía una división tripartita de las diversas funciones o poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial), pues nuestra Constitución actualmente considera la existencia de cinco funciones, entiéndase poderes del Estado, entre ellos la Función Electoral, por lo que incluye a ésta función (Electoral) en el numeral primero del Art.225 y “crea” una quinta Función del Estado al establecer en este numeral a la de Transparencia y Control Social; a su vez, aparentemente excluye a los organismos de control y regulación, sin embargo, de la lectura del primer numeral se colige que estos se encuentran incorporados en el ámbito del control social. Todo lo antes indicado se verifica con la lectura del Art. 225 de la Constitución de la República del año 2008, que establece:

“Art. 225.- El Sector Público comprende:

1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.

⁴⁸ Constitución Política de la República del Ecuador. R.O. N° 1 del 11 de Agosto de 1998.

⁴⁹ Constitución de la República. R.O. N° 449 del 20 de Octubre de 2008

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.”

Como podemos observar, conforme ya se explicó anteriormente, la Empresa Eléctrica Regional Centro Sur C.A., y en general todas las empresas eléctricas del país –en su antigua estructura- no se encontraban englobadas dentro de la estructura del Sector Público del Estado, dado que estas no son un organismo dependiente de ninguna de las Funciones del Estado, no forman parte de las entidades del régimen autónomo descentralizado (pese a que parte de sus accionistas si forman parte de este régimen); tampoco han sido creadas por la Constitución o la Ley, en su caso para la prestación de servicios públicos o desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado; y, no han sido creadas mediante acto normativo de un GAD⁵⁰ para la prestación de un servicio público.

Conforme se ha señalado anteriormente, estas sociedades mercantiles no formaban parte del sector público, en los términos del Art.118 de la Constitución Política del Estado, ni en el marco del actual Art. 225 de la Constitución de la República, pues estas sociedades que operaban en el marco de la Ley de Compañías⁵¹, fueron creadas mediante acto societario, siendo este principio de su constitución el aspecto que a criterio del suscrito determina su realidad legal dentro y como parte del sector privado, no siendo por tanto parte de lo que entendemos como sector público, no obstante al servicio público que estas brindan.

⁵⁰ Gobierno Autónomo Descentralizado.

⁵¹ Ley de Compañías. R.O. N° 312 del 05 de noviembre de 1999.

Pese a lo indicado, dentro de las disposiciones de la Constitución de la República del año 2008⁵² se incorporaron, no en el Art.225, sino con posterioridad, a los denominados sectores estratégicos entre los cuales se consideró a la energía en todas sus formas, es decir entre ellas la energía eléctrica, integrándose de ésta manera en la disposición del inciso segundo del Art. 313 de la Constitución, a un sector de decisión y control exclusivo del Estado, en razón de su magnitud y la trascendencia que tiene para este, Estado, la gestión de los mismos; en tal virtud, al ser una facultad exclusiva del Estado, la gestión de éstos importantes sectores, la propia Constitución establece que deben crearse Empresas Públicas para que estas sean las encargadas de la “gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos ...” como a su vez la regulación y el control de estos. Cabe destacar que mediante sentencia interpretativa⁵³ de la Corte Constitucional se diferenció la gestión que tienen las Empresas Públicas delegatarias de servicios públicos, de la administración, regulación y control que recae sobre el Estado.

Es de esta manera como la Constitución de la República que aparentemente había dejado de lado y excluido del sector público (Art.225) a las sociedades mercantiles que para la época de la promulgación de la Constitución se encontraban brindando servicios públicos, pero que operaban como sociedades mercantiles y respecto de las cuáles se podría generar una potencial encrucijada o indefinición referente a su naturaleza legal, pues si bien éstas eran sociedades originadas en actos societarios del ámbito netamente privado que se encontraban prestando y gestionando servicios públicos frente a una disposición del más alto rango jerárquico normativo que establecía que estos servicios debían ser prestados principalmente por Empresas Públicas, correspondía entonces “adaptar” o “ajustar” su naturaleza a un régimen afín al del sector público, pero bajo una caracterización especial, no como Institución pública, sino como una sociedad de derecho público.

Al efecto esta aparente indefinición o indeterminación legal en el cual se verían inmiscuidas este tipo de sociedades mercantiles hasta ese entonces de derecho

⁵² Constitución de la República. R.O. N° 449 del 20 de Octubre de 2008.

⁵³ Sentencia No. 001-12-SIC-CC; Registro Oficial Suplemento 629 del 30 de Enero del 2012

privado, pero prestadoras de servicios públicos, halló su solución con la Disposición Transitoria Primera de esta Constitución, dentro de la cual se previó la necesidad de la promulgación de ciertas leyes, entre ellas, una Ley que regule a los servicios públicos, por lo que el Legislativo en efecto promulgó la Ley Orgánica de Empresas Públicas⁵⁴, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 48 de fecha 16 de octubre de 2009, dentro de la cual se estableció la regulación, constitución y funcionamiento de las que se denominaría Empresas Públicas –EP-, como a su vez los diversos mecanismos de creación y transformación que debían aplicarse los entes jurídicos que operarían bajo esta estructura de empresas públicas; en virtud de lo señalado, esta ley (LOEP), en su Disposición Transitoria Segunda estableció que en el plazo de noventa días debía producirse la transformación de ciertas sociedades anónimas a empresas públicas, entre ellas la Empresa Eléctrica Regional Centro Sur C.A.

Es necesario destacar que a través de esta disposición todas las sociedades anónimas que encuadraban en esta disposición transitoria debían iniciar un período de transformación, mismo que hasta la actualidad muchas de estas sociedades no han podido culminar, en virtud de diversos factores y entre ellos, a criterio del suscrito, la existencia de una limitación legal, cual es la existencia de una prohibición expresa de la Ley de Compañías⁵⁵ que prohíbe ejecutar transformaciones distintas a las previstas en esta ley, norma que debería ser reformada para evitar una antinomia.

2.2.- LOS SECTORES ESTRATÉGICOS DE LA ECONOMÍA.

Uno de los aspectos importantes que incorporó la Constitución del año 2008⁵⁶ fue la introducción como tal de los denominados Sectores Estratégicos debiéndoselos considerar como esferas que en virtud de la trascendencia y magnitud que estos representan para el Estado, este se ha reservado para sí las facultades de su administración, regulación, control y gestión.

⁵⁴ Ley Orgánica de Empresas Públicas. R.O.S. N° 48 del 16 de octubre de 2009.

⁵⁵ Ley de Compañías. R.O. N° 312 del 05 de noviembre de 1999.

⁵⁶ Constitución de la República. R.O. N° 449 del 20 de Octubre de 2008

A diferencia de la Constitución del año 98⁵⁷, nuestra actual Constitución realizó una puntualización taxativa de todos estos sectores, estableciendo dentro de su Art. 313 entre ellos a la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico y el agua, pero a más de ellos, deja abierta la posibilidad de incorporar a nuevos sectores estratégicos que la ley determine como tales.

Vale considerar que la gestión privativa de éstos sectores que el Estado se reserva para sí y particularmente en el aspecto de servicios NO puede considerarse como una conducta monopólica proscrita, de aquellas tipificadas como infractoras en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado⁵⁸ pues el Estado con la norma Constitucional citada justifica esta gestión monopólica para sí, debiendo entenderse a esta conducta como una gestión monopólica tolerada justamente bajo el concepto de su derecho a gestionar los sectores estratégicos señalada en la Norma Suprema, es decir, no ingresan o pueden estar considerados dentro del ámbito de competencia desleal o conductas proscritas en la Ley de Control de Mercado; vale considerar que respecto de la gestión de estos sectores, la inversión privada puede tolerarse pero de manera excepcional, previa autorización por parte del Ejecutivo, bajo formas de concesión regulada y limitada a condiciones de tiempo, pago por la misma, condiciones, etc., por ende, si bien el Estado concede o autoriza la inversión sin embargo continúa siendo el titular y por tanto único gestor de estos.

Este tipo de consentimiento de gestión de sectores estratégicos lo encontramos operativo en nuestro país cuando el Estado ha concesionado por ejemplo la generación hidroeléctrica mediante centrales de generación a empresas privadas como Hidroabánico S.A., empresa que a partir del año 2007 ha sido la encargada de la generación de electricidad, a través de proyecto hidroeléctrico Abánico, que está localizado en la región Sur Oriental del Ecuador, en la provincia de Morona Santiago, siendo este proyecto el encargado de generar un total de 37.50

⁵⁷ Constitución Política de la República del Ecuador. R.O. N° 1 del 11 de Agosto de 1998.

⁵⁸ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. R.O.S N° 555 del 13 de Octubre de 2011.

MW; cabe destacar que en el año 2004 esta empresa privada suscribió un contrato de concesión con CONELEC (actualmente ARCONEL) para el otorgamiento de la concesión tanto de la construcción del proyecto hidroeléctrico, como a su vez de la operación de este, a través del cual ha mantenido su operación hasta la actualidad, a su vez.

Es menester precisar que la permisividad de gestión en los sectores estratégicos no se ha presentado en sectores del sector eléctrico relacionados a la distribución o comercialización de la energía eléctrica en nuestras ciudades.

Cabe destacar que de manera consecuente con la administración y gestión de estos sectores estratégicos, estos constituyen importantes servicios públicos, de vital importancia para la ciudadanía y desarrollo en nuestro país, siendo esta la razón por la que Constitucionalmente se ha visto la imperante necesidad de resguardar la prestación de estos servicios y gestión de éstos sectores, particular que fue conseguido mediante las disposiciones constitucionales consideradas en los Arts. 313 y 315 de la Carta Magna, a través de las cuales el Estado se reserva para sí la prestación de estos servicios, responsabilizándose por el otorgamiento de los mismos; este particular a criterio del suscrito, halla su justificación lógica en virtud de la importancia que tienen estos sectores el desarrollo de la economía del país, como por ejemplo la prestación del servicio de agua potable, luz eléctrica, telecomunicaciones, hidrocarburos, etc., servicios sin los cuales el desarrollo cotidiano de los ciudadanos no podría darse de manera adecuada, situación por la que el Estado busca proteger estos intereses colectivos y se compromete Constitucionalmente a prestarlos amparados en ciertos principios como los obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad, debiendo garantizarse una efectiva prestación de los mismos, en coherencia con lo cual la gestión directa de estos servicios públicos no se orienta a obtener lucro directamente, sino que tienen como su finalidad la rentabilidad social, apartándose absolutamente del concepto de las sociedades previsto en nuestra legislación en que las aportaciones a las mismas, obviamente se realiza con la finalidad de obtener y distribuir entre sus socios o accionistas las ganancias obtenidas.

En razón de lo indicado, para el aprovechamiento de estos sectores estratégicos y la gestión de servicios públicos, se previó la creación de empresas públicas, de directa administración estatal, a efecto de resguardar la prestación de estos servicios y cumplir con la prestación de estos bajo los preceptos constitucionales antes indicados, por lo que los excedentes de estas empresas estatales, a diferencia de las sociedades privadas, se destinarán a la reinversión en estas mismas empresas o bien en empresas subsidiarias o relacionadas con estas, garantizando el desarrollo no solo de estas empresas públicas, sino en general de estos sectores estratégicos de la economía del Estado.

2.3.- LAS SOCIEDADES DE DERECHO PÚBLICO.

En el marco de la visión señalada anteriormente y conforme al mandato del Art. 315 de la Constitución de la República, éste cuerpo legal prevé la creación entes jurídicos pertenecientes al Estado, denominados empresas públicas, que tienen como finalidad la gestión de los sectores estratégicos previstos en la Constitución y la Ley, y a su vez –parte de éstos- tendrán a su cargo la prestación de servicios públicos, que se brinden como consecuencia de la explotación de dichos sectores estratégicos.

Estas sociedades de derecho público son personas jurídicas, que por definición Constitucional gozan de autonomía económica, financiera y administrativa, es decir, son entes que pese a ser parte del sector público, deberían gestionarse de manera independiente a las demás Entidades o Instituciones que conforman el sector público; pese a tener estas sociedades ciertas similitudes con las sociedades mercantiles del derecho privado, distan mucho los diferente tipos de sociedades mercantiles privadas previstas en la Ley de Compañías⁵⁹, pues tienen evidentes diferencias en aspectos fundamentales, por ejemplo, en lo que respecta a su constitución, pues a diferencia de las sociedades privadas que son creadas a través de un acto societario, las empresas públicas son constituidas ya sea mediante acto normativo o decreto ejecutivo; pero es quizá una de las más la más importantes diferencias –sino la más importante- y que obviamente va a

⁵⁹ Ley de Compañías. R.O. N° 312 del 05 de noviembre de 1999.

generar la absoluta distinción entre una sociedad mercantil y una de derecho público es la finalidad que tienen cada una de ellas, pues las sociedades mercantiles siempre tienen como finalidad el lucro, es decir, buscan obtener rédito o utilidad basado en las actividades que estas ejecutan, salvo las fundaciones civiles sin ánimo de lucro que tienen otro tratamiento normativo, distando totalmente del principio de la rentabilidad social que persiguen las empresas públicas, pues si bien estas con sus actividades pueden generar réditos económicos o ganancias, como ya se explicó en líneas anteriores, este será destinado a la reinversión, ya sea en la propia empresa pública o en una de sus subsidiarias, buscando el desarrollo de estas.

De lo indicado, se observa que nuestra actual Constitución resguarda para sí a ciertos sectores económicos de la economía, considerados estratégicos como a los servicios públicos, manteniendo ciertas prerrogativas en beneficio del Estado, mismas que deben ser ejecutadas a través de la constitución y operación de Empresas Públicas, como ya se ha visto anteriormente, generando para sí una suerte de actividad monopólica o exclusiva para sí al excluir al sector privado de la prestación de ciertos servicios públicos o gestión de sectores estratégicos; a su vez, hemos podido observar que pese a tener ciertas similitudes con las sociedades mercantiles de derecho privado, existen grandes diferencias con las empresas públicas, teniendo incluso, un régimen legal muy diverso, que será analizado en capítulos posteriores.

2.4.- EXPERIENCIA DEL FUNCIONAMIENTO DE EMPRESAS PÚBLICAS ALREDEDOR DEL MUNDO.

La estructura y gestión de Sociedades de Derecho Público, no constituye una solución o descubrimiento de nuestra Constituyente de Montecristi, pues este tipo de estructuras han existido por mucho tiempo en distintos lugares, lo que sí, su presencia en nuestra legislación y con esto en la economía del país, constituye una importante innovación considerada en el texto Constitucional del año 2008.

Al rededor del mundo las empresas públicas han existido desde hace mucho tiempo atrás, teniendo objetivos y enfoques variables, dependiendo del país en el que se encuentren y las circunstancias que median para su creación y desempeño de actividades, pese a esto, estas siempre se han encontrado enfocadas hacia la consecución de las finalidades de los propios Estados y sustentadas generalmente en principios de responsabilidad social.

El origen de las empresas públicas lo podemos encontrar desde hace muchos años en Europa, cuando este tipo de empresas fueron creadas para administrar servicios trascendentales para la época en la cual se desarrollaron, encontrándose este tipo de entidades en los astilleros, los arsenales y manufacturas; cabe destacar que todas estas industrias eran gestionadas por el Estado; corresponde pues para encontrar sus orígenes remontarnos a la Europa de hace varios siglos atrás, en manos de los Monarcas y Familias Reales, que bajo conceptos absolutistas abarcaban no solamente la totalidad de los poderes del Estado, con una enorme cantidad de funciones a su cargo, sino además intervenían en diversos sectores de la economía mediante este tipo de empresas, cuya gestión encargada a los administradores de las mismas generaba una suerte de desconcentración de la administración de las mismas mediante la creación de estas empresas que manejaban la industria estatal.

Pese a lo referido, la estructura y un perfil ya definido de las empresas públicas actuales tiene un origen más reciente, siendo necesario remontarnos únicamente a finales del siglo XIX, un siglo marcado sin duda alguna por la revolución industrial que se vivió tanto en Europa como en América, teniendo este último continente como su principal exponente a los Estados Unidos, país que pese al tipo de economía que manejaba, como a su ideología con una economía liberal, vio en la necesidad de crear empresas estatales encargadas de la provisión de ciertos servicios, como por ejemplo el de ferrocarriles.

Respecto a la creación de este tipo de empresas, ya se indicó previamente que al ser empresas que pertenecen directamente a un Estado su gestión debe estar orientada hacia la consecución de los fines que este se propone, sea en el ámbito económico, social e incluso político; coinciden varios autores al rescatar ciertas

características que se presentan el momento de la creación de estas empresas, coincidiendo en que una de las primordiales características de las mismas es su orientación al suministro de servicios o a la protección del mercado interno –al menos en Latinoamérica- frente al recelo que se tiene a la inversión extranjera y que el volumen de la misma atente contra la soberanía de una nación; y, con ello consecuentemente, a la búsqueda de crecimiento, fomentando el Estado siempre condiciones privilegiadas para este tipo de empresas, permitiéndolas tener un desarrollo más acelerado frente a las que pertenezcan al ámbito privado.

Pese a que comúnmente se habla de la ineficiencia de estas empresas estatales, es preciso rescatar que a nivel mundial, existe gran cantidad de empresas públicas que se encuentran en lo más alto del ranking mundial de empresas que tienen verdadera influencia en el escenario económico mundial, que han tenido en las últimas décadas un desarrollo, pues pasaron de ser departamentos gubernamentales de economías emergentes, sin mayor trascendencia, a ser verdaderas potencias de la economía mundial; sobre este tema, la revista *The Economist* en su artículo denominado “The Rise of the State Capitalism” (2012), realiza un estudio sobre el tema y concluye que diez de las mayores empresas petroleras y de gas a nivel mundial –medidas en base a sus reservas- son de propiedad estatal, entre ellas la Corporación Nacional de Petróleo de China, una corporación que para el año 2014 contaba más de un millón y medio de trabajadores y generaban ganancias netas que bordean los 400 mil millones de dólares, según su informe anual presentado en el año 2015; nos muestra como ejemplo a una de las telefónicas más grandes del mundo, China Mobile, una empresa estatal que contaba para el año 2012 con aproximadamente 600 millones de clientes y se posicionó en el año 2017 como una de las 20 mejores empresas del mundo, según estudio realizado por la consultora británica PwC, basándose en la capitalización de mercado de las empresas que se encuentran en este top mundial.

Como indican ciertos autores, las empresas estatales se han convertido en una tendencia actual en los países más desarrollados del mundo, justamente para preservar el poder del Estado como tal, como lo hemos observado, denominando a este fenómeno como “capitalismo de estado”, que consiste en que el estado se

convierte en un empresario más, abarcando la administración y gestión de los medios de producción, buscando de esta manera tener mayor relevancia en el ámbito económico no solo interno, sino que busca tener un impacto incluso a nivel mundial. Este modelo de gestión o producción estatal tuvo mayor auge a partir del año 2000, cuando gran cantidad de estados lo adoptaron, pese a esto, este modelo ya se había visto en el siglo XVII con la Compañía Británica de las Indias Orientales y que fue adaptado para la realidad actual.

En Latinoamérica este sistema no ha tenido la misma repercusión que a nivel mundial, pues dada la orientación ideológica existente en muchos de ellos, si bien ha existido un gran apego a las empresas estatales, sin embargo, el mismo no ha tenido una visión capitalista como lo han hecho los países que acogieron este capitalismo de estado, sino más bien en base a principios como el de responsabilidad social –como lo ha hecho nuestro país desde el año 2008-, es decir siempre orientados desde una óptica alejada de la ambición de obtención de lucro para el enriquecimiento del Estado como tal. Con lo indicado, no se quiere decir que esto sea una regla general, pues por ejemplo, Brasil ha pasado a convertirse en accionista mayoritario de la compañía petrolera PETROBRAS, dado el éxito que esta ha tenido en América Latina, al convertirse en la mayor empresa de esta región, teniendo en cuenta que es una empresa de capital abierto.

Recordemos que a nivel mundial se ha llegado a una suerte de consenso en lo que respecta al alcance de la denominación de Empresa Pública, estableciendo que serán tales todas aquellas empresas en las cuales un estado posea de manera directa o indirecta más del 50% de las acciones de esta, por lo que tendrá de manera directa la batuta para la toma de decisiones de estas empresas. Bajo este supuesto, contenido en el estudio realizado por Przemyslaw Kowalski, Max Büge, Monika Sztajerowska y Matias Egeland, contenidos en su artículo denominado “State-Owned Enterprises trade effects and policy implications” (2013), demuestran que a nivel mundial, 204 de las empresas más grandes del mundo tiene participación estatal mayoritaria, es decir, son empresas estatales y las ventas combinadas de estas representan el 6% del PIB mundial.

Con el análisis global realizado, queda demostrado el éxito que han tenido las empresas estatales a nivel mundial y que a criterio propio desmantelan el prejuicio existente con el cual se inició el presente apartado, referido a la ineficiencia o ineficacia de la administración pública frente una supuesta eficiencia que siempre debería tener el sector privado.

Centrándonos en Latinoamérica, es imperante iniciar este análisis enfocándonos en el ámbito histórico general de los países que la conforman, pues a lo largo de la historia, las ideologías u orientaciones políticas que han primado en estos han sido siempre coincidentes, es decir, es un fenómeno reiterado que se ha visto en nuestros países, pues, como se podrá observar más adelante, estos pasaron por regímenes nacionalistas, militares de facto, neoliberales, para actualmente existir varias naciones en el denominado socialismo del siglo XXI, un régimen orientado entre otros por una visión nacionalista.

Ya se ha mencionado anteriormente que las empresas públicas tienen su origen en el Siglo XVII en Europa, pero en Latinoamérica el desarrollo de estas empresas es tardío, pues recién a finales del siglo XIX, como lo indica el autor Guillermo Guajardo (2013) existe un incipiente indicio de la existencia de compañías estatales, con la creación de la Empresa de Ferrocarriles del Estado en Chile, en el año 1884, o Ferrocarriles Nacionales de México en el año 1907; pese a esto, el autor indica que estas aparecen de forma consistente entre la década de 1930 y 1940 para los sectores de energía e infraestructura y que para la década de 1960 y 1970 se expande hacia la industrialización y la urbanización.

Para aquella época en la que surgen las empresas públicas como tal en Latinoamérica (1930-1940), se empezó a observar una tendencia ideológica que apuntaba hacia el socialismo y comunismo, inspirados en los postulados marxistas que habían empezado a recorrer el mundo desde hace algunos años atrás, por lo que en muchos países latinoamericanos se empezaron a tomar estas premisas que apuntaban hacia la nacionalización, es decir, buscaban estatizar todas las fuentes que generaban riqueza en los países para que sea el estado mediante su aparataje el encargado de redistribuir la riqueza tanto producida por este, como la generada por quienes la habían acumulado tiempo atrás. Con lo

indicado, para poder sostener la enorme carga que recaía referente a la gestión que debía hacer el Estado, era imperante la necesidad de crear empresas que pudieran gestionar de una manera y hasta cierto punto autónoma todos los servicios y explotación de ciertos sectores económicos considerados trascendentales para los Estados, es de esta manera que se empiezan a crear empresas públicas para poder soportar esta carga.

Este sistema primó en algunos países de Latinoamérica durante varios años como por ejemplo en Cuba en el que bajo un sistema socialista se realizó un proceso de estatización de toda o casi toda la economía; a diferencia de ello en otros países latinoamericanos, por la influencia de las tendencias socialistas a nivel mundial, se intentaron instaurar este tipo de regímenes, como fue el caso de Chile, pero los mismos nunca llegaron a un pleno funcionamiento y más bien en la década de los setenta del siglo pasado se generaron una serie de golpes de Estado auspiciados por las fuerzas armadas de todos los Estados, que fueron o bien derrocando paulatinamente a los líderes socialistas de los países latinoamericanos o en general instaurándose gobiernos militares de facto que eviten el avance de ésta tendencia política, como por ejemplo en Argentina en la que subió al poder la junta militar presidida por Jorge Videla en el año 1976, en Ecuador asumió el poder Guillermo Rodríguez Lara en el año 1972, entre otros, mismos que estuvieron pocos años al mando de estos Estados; a diferencia de estos en países como Chile asumió el poder Augusto Pinochet en el año 1973, quien se extendió en el mismo hasta el año 1990; a diferencia de estos, existieron otros países en los cuales las dictaduras militares se instauraron muchos años antes y culminaron casi conjuntamente con las de los primeros países mencionados, entre ellos tenemos el caso de Paraguay en el cual Alfredo Stroessner asumió el poder en el año 1954 y lo dejó en 1984, a su vez también tenemos el caso de República Dominicana con Rafael Trujillo quien gobernó desde el año 1930 hasta 1961 continuando posteriormente con otra dictadura militar.

Vale indicar que estos gobiernos de facto, en estos diferentes países, si bien sus administraciones dictatoriales militares mantuvieron ciertas tendencias nacionalistas de la economía y con ello conceptos de control y gestión estatal de ciertos sectores de la economía, ejemplo de ello, en nuestro país la creación de instituciones de gran fortaleza como la Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana CEPE en el campo hidrocarburífero, el Instituto Ecuatoriano de Telecomunicaciones IETEL en dicho campo y el INECEL en el sector de la generación y distribución eléctrica.

Con posterioridad y superado dichos periodos de gobiernos de facto - militares, los países latinoamericanos llegaron a tener gobiernos de corte neoliberal, con tendencias privatizadoras, de mano de los cuales a diferencia de las tendencias nacionalistas se iniciaron agresivos procesos privatizadores en toda Latinoamérica, a partir de la década de 1980, a través de los cuáles se buscaba que todas las empresas estatales y medios de producción empezaron a venderse indistintamente al sector privado, reduciendo totalmente el enorme aparataje estatal que se había gestado; este proceso provocó que en muchos países varios sectores estratégicos pasaran a manos de la iniciativa privada, generándose una explotación desmedida de éstos recursos, sin tener reparo alguno en muchas ocasiones por temas ambientales e incluso con la generación de peligrosos monopolios, dado que para aquella época la normativa que protegía estas prácticas era muy limitada o nula.

Como ejemplo de aquello está el proceso privatizador en la República Argentina, en el que el Estado Argentino se deshizo completamente del sector energético y de telecomunicaciones; otro ejemplo es México, que durante este proceso vendió todo el sector de telecomunicaciones a un único inversionista privado y cerró su empresa ferroviaria.

En nuestro País en medio de esta tendencia política e ideológica de privatizaciones, y en el marco de la Ley de Modernización del Estado⁶⁰ se deshizo de empresas públicas importantes como la Cemento Nacional, Bolsa de

⁶⁰ Ley de Modernización del Estado, privatizaciones y prestación de servicios públicos por parte de la iniciativa privada. R.O. N° 349 del 31 de diciembre de 1993

valores tanto de Quito como de Guayaquil, Compañía Financiera Ecuatoriana, compañías aéreas como Ecuatoriana de Aviación, entre otras, que pasaron de control estatal a manos privadas, no así en sectores como la Distribución y Comercialización de energía eléctrica, en el cual si bien se iniciaron fuertes gestiones orientadas a aquello, estos procesos, debido quizá a la complejidad técnica y administrativa de los mismo no lograron concretarse.

Finalmente, con el inicio del nuevo milenio, las tendencia neoliberales privatizadoras no han tenido su mejor apogeo y más bien a lo largo de América Latina empezaron a instaurarse gobiernos nuevamente de corte nacionalista, bajo la denominación de socialismo del siglo XXI o por lo menos de tendencias menos extremas, a través de los cuales se ha buscado o bien dar marcha atrás a las privatizaciones a través de diversos mecanismos legales procurando volver a tener el control sobre los sectores estratégicos de la economía o bien mantener para el Estado la gestión de sectores estratégicos, y con esto el volver a generarse un aparataje Estatal enorme, lleno de cargas y con grandes dificultades de control, por lo cual, como ya se indicó, históricamente, se genera la necesidad de desconcentrar todas estas funciones abarcadas, encontrándose como un mecanismo idóneo para aquello y bajo el concepto de su autonomía a la creación de empresas públicas.

En Latinoamérica, las Empresas Públicas han estado pues presentes desde el siglo XIX, teniendo en cada uno de estos países experiencias muy similares, pues como ya se ha indicado, ha existido siempre una “armonización ideológica” gracias a la cual se ha tenido siempre en períodos temporales la misma orientación política, obviamente en cada estado con su matiz propio, pero teniendo en común el hecho de que pese a las condiciones adversas que se han presentado –léase privatizaciones- a través de los cuales muchas de esas empresas desaparecieron o pasaron a manos de la iniciativa privada, las Empresas Públicas constituyen un modelo de gestión que perdura hasta la actualidad y que a criterio propio ha tenido modelos de gestión exitosos, ejemplo de aquello es la Empresas Pública de Medellín en Colombia, encargada de la prestación de servicios públicos domiciliarios energéticos, mismos que son brindados con gran eficiencia y eficacia, así como con los mejores resultados

económicos; lo indicado es contrastable con los resultados del Premio CIER⁶¹ Internacional en la categoría Plata, mismo que es entregado a través de la medición de múltiples indicadores tales como calidad del suministro de energía (interrupción, variación y rapidez en la reanudación), en información y comunicación (notificación de interrupción, derechos y deberes, y uso eficiente y seguro), en atención al cliente, imagen, responsabilidad social empresarial; el indicado galardón fue entregado a esta Empresa Pública Municipal basado en la gestión de esta en el año 2017, compitiendo con aproximadamente 59 empresas de toda América Latina; lo manifestado es destacable dado que en este ámbito no solo se realiza esta medición a empresas públicas, sino que también compiten empresas del ámbito privado.

Otro claro ejemplo de lo señalado lo encontramos en Costa Rica, país que a través de este tipo de empresas han garantizado el acceso a servicios esenciales tales como la electricidad, el agua, salud y educación, bajo premisas notables como la equidad, calidad y sostenibilidad ambiental, es decir, orientadas directamente al desarrollo social y bienestar de sus ciudadanos, como lo indica el autor Guajardo en su obra *Empresas Públicas en América Latina: Historia, Conceptos, Casos y Perspectivas*.

Nuevamente, a criterio propio, en la actualidad no solo en Latinoamérica, sino alrededor del mundo hemos podido presenciar un resurgimiento de la necesidad de contarse con empresas públicas antes eclipsadas por el proceso privatizador y la búsqueda de mantener para el Estado el control y gestión de Sectores Estratégicos, no a través de un enorme aparato burocrático ineficiente e ineficaz, pero si a través de sociedades de derecho público correcta y eficientemente administradas, con similar operación que muchas sociedades mercantiles privadas; gracias a este resurgimiento, como ya se advirtió en líneas anteriores, actualmente podemos observar que los estados se han involucrado en mayor medida en el ámbito empresarial y han buscado un mayor protagonismo.

⁶¹ Comisión de Integración Energética Regional: organización de carácter internacional que busca la integración del Sector Energético Regional.

Para concluir, cabe resaltar nuevamente que la finalidad que tienen las empresas públicas en Latinoamérica a criterio del suscrito están orientadas a la consecución de los fines Estatales, buscando obviamente el bienestar y desarrollo de quienes forman parte de estos Estados; No considera el suscrito en la conveniencia de que cada Estado tenga un aparato burocrático monumental, pero tampoco en que los Estados se deshagan o privaticen Sectores Estratégicos de su economía o de servicios primordiales, cuya gestión puede resultar vital para lograr su desarrollo, considerando que quizá el adecuado equilibrio para aquello surja de adecuada gestión de estos sectores a través de las Empresas Públicas cuya labor se oriente directamente a la explotación de sectores estratégicos y a la prestación de servicios públicos.

CAPÍTULO III

CONSTITUCIÓN DE LAS SOCIEDADES DE DERECHO PÚBLICO

3.1.- LA LEY ORGÁNICA DE EMPRESAS PÚBLICAS –LOEP-

Antes de la promulgación de la Constitución de la República del año 2008⁶² no existía en nuestro país una ley específica encargada de la regulación de las Empresas Públicas, pues, como ya se ha indicado en capítulos anteriores, la explotación de los actualmente conocidos como sectores estratégicos de la economía no se encontraba prevista a través de sociedades de derecho público y el Estado no se reservaba para sí los beneficios de su gestión, en razón de lo indicado no resultaba necesaria y por tanto no se preveía la creación de Empresas Públicas encargadas de estas tareas, no siendo menester contarse con una ley que las regule.

Lo indicado responde como se ha expresado antes a la orientación política que antecedió a los actuales modelos conocidos como socialismo del siglo XXI, los cuáles no priorizaban la intervención del Estado en los sectores estratégicos y por tanto no requerían Empresas Públicas y en contrario, mantenían el tradicional paradigma de la no intervención del Estado en estos sectores y más bien su gestión por parte del sector privado al que consideraban absolutamente eficiente, a diferencia del modelo político que motivó el actual marco legal de nuestro país el que prioriza la gestión de estos entes estatales mediante el fortalecimiento del sector público, como una mayor intervención estatal, buscando siempre el mayor protagonismo en la esfera económica por parte del propio Estado.

Es pues a través de la promulgación de la actual Constitución de la República, que se modifica el tradicional paradigma anteriormente descrito, en el marco del cual se implementó la necesidad de creación de Empresas Públicas –EPs-, a través de su Art. 315, mismas que estarían encargadas de la gestión de los sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de los recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas, entendidos todos ellos como esferas dentro de las cuales el Estado posee un interés directo, sea en el ámbito económico, social o político.

⁶² Constitución de la República. R.O. N° 449 del 20 de Octubre de 2008.

En función de lo referido, al no haber existido una ley específica que regule a este tipo de empresas estatales, fue la propia Constitución del año 2008⁶³ la encargada de prever el marco Constitucional dentro del cual se sustentaría la creación de estas sociedades estatales, mediante la expedición de una normativa que regule en todos sus aspectos la creación y vida jurídica de las Empresas Públicas, habiéndose incluido a través de una Disposición Transitoria la necesidad de promulgar entre varios cuerpos normativos, uno encaminado específicamente a la regulación de las empresas pertenecientes al Estado conforme puede evidenciarse en la Disposición Transitoria Primera, numeral 6, en el que se dispuso que en el plazo máximo de trescientos sesenta días se debía promulgar una ley que regule el Sector Público, entendido como una Ley que regule la creación de éste tipo de sociedades.

En virtud de esta disposición Constitucional y dentro del plazo otorgado por la Constitución de la República, en fecha 16 de octubre del año 2009, en el suplemento No. 48 del Registro Oficial, fue oficialmente promulgada la denominada Ley Orgánica de Empresas Públicas⁶⁴ (LOEP), misma que a partir de dicho momento y conforme lo establece la propia ley, empezaría a regir en todo lo relativo a “... la constitución, organización, funcionamiento, fusión, escisión y liquidación de las empresas públicas que no pertenecían al sector financiero y que actúen en el ámbito internacional, nacional, regional, provincial o local...”.

Una vez promulgada la LOEP, se pusieron en evidencia, de su texto, el diferente tratamiento que tendrían los diversos aspectos societarios propios de las sociedades mercantiles reguladas por la Ley de Compañías⁶⁵ frente a las empresas públicas, pudiendo advertirse ya las principales disimilitudes que entre estas existían y entre ellas la fundamental, relacionada a su objeto final, cual es el objeto mismo que reviste una sociedad mercantil privada que es la obtención de lucro o réditos económicos a través de la ejecución de las actividades previstas dentro de su objeto social, a diferencia de las EPs, mismas que no tiene como fin

⁶³ Constitución de la República. R.O. N° 449 del 20 de Octubre de 2008.

⁶⁴ Ley Orgánica de Empresas Públicas. R.O.S. N° 48 del 16 de octubre de 2009.

⁶⁵ Ley de Compañías. R.O. N° 312 del 05 de noviembre de 1999.

el lucro, sino la rentabilidad social, siendo pues esto la principal diferencia entre sociedades mercantiles y empresas públicas: el afán de lucro.

Así mismo diferencia fundamental la podemos observar en que las empresas públicas, a diferencia de las sociedades privadas, son de propiedad única y exclusiva del Estado, es decir, no existe una división del capital social ya sea a través de acciones o participaciones, como se observa en los diversos tipos de compañías privadas que existen, particular que tiene relación con la finalidad misma de la sociedad mercantil de intervenir sus accionistas o socios en la participación de las utilidades que generan éstas; en la sociedad de derecho público la rentabilidad social supone que sus utilidades o réditos sean reinvertidos en la propia empresa o en empresas subsidiarias de esta conforme lo señala la Ley Orgánica de Empresas Públicas⁶⁶ en su Art. 25, que establece “Ninguna utilidad ni ningún excedente será objeto de reparto entre el talento humano que labore en las empresas públicas y mixtas.”, la indicada disposición tiene a su vez concordancia con el contenido del Art. 39 de la misma Ley, que establece 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. El Directorio deberá establecer el porcentaje destinado al presupuesto de inversión y reinversión que le permita a la empresa pública, sus subsidiarias, filiales, agencias, unidades de negocio cumplir con su Plan Estratégico y Planes Operativos y asegurar su vigencia y participación en el mercado de su sector. En cuanto al reparto de excedentes, aquellos que correspondan a la participación de la empresa pública, observarán los principios y normas previstos en el artículo 315 de la Constitución de la República, es decir se destinarán a la inversión y reinversión en las mismas empresas, sus subsidiarias, relacionadas o asociadas, en niveles que garanticen su desarrollo. Los excedentes que no fueran invertidos o

⁶⁶ Ley Orgánica de Empresas Públicas. R.O.S. N° 48 del 16 de octubre de 2009.

reinvertidos se transferirán al Presupuesto General del Estado para que sean utilizados en los fines que la Función Ejecutiva considere pertinente, con excepción de los correspondientes a los gobiernos autónomos descentralizados que de conformidad a lo dispuesto en el Art. 292 de la Constitución de la República, se considerarán recursos propios que se integrarán directamente al presupuesto del gobierno autónomo descentralizado correspondiente. Los excedentes que conciernan a la participación del o de los demás socios de la empresa de economía mixta, se regirán por la legislación societaria.”

Es menester indicar que pese a no tener las Empresas Públicas como su finalidad la obtención de utilidades, es imprescindible tener presente que a través de la prestación de los servicios públicos o gestión de sectores estratégicos estas empresas deberían obtener siempre una contraprestación dineraria proveniente de sus tarifas, las que en suma coadyuvarán a la generación de rentabilidad destinada al crecimiento empresarial a la continuidad y permanencia en la explotación de estos sectores de la economía y consecuentemente en beneficio de la sociedad; vale considerar que la reinversión, permite a las Empresas Públicas tener un mayor crecimiento, permitiendo optimizar los mecanismos de prestación de los servicios públicos y el perfeccionamiento de los mecanismos de explotación de los sectores estratégicos.

Lo indicado se sustenta en la disposición del Art. 40 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas⁶⁷, en el cual se prevé que:

“... se reconoce la existencia de empresas públicas constituidas exclusivamente para brindar servicios públicos, en las cuales haya una preeminencia en la búsqueda de rentabilidad social, a favor de las cuales el Estado podrá constituir subvenciones y aportes estatales que garanticen la continuidad del servicio público. Las subvenciones y aportes se destinarán preferentemente para la expansión de los servicios públicos en las zonas en las que exista déficit de los mismos o para los sectores de atención social prioritaria...”

⁶⁷ Ley Orgánica de Empresas Públicas. R.O.S. N° 48 del 16 de octubre de 2009.

Otra gran diferencia que trajo consigo la Ley Orgánica de Empresas Públicas⁶⁸ se presenta en lo que respecta a la auditoría y control de dichas entidades, pues en el ámbito societario privado las sociedades mercantiles se encuentran reguladas y sujetas al control de la Superintendencia de Compañías, pero en el caso de las Empresas Públicas la LOEP prevé que:

“La Contraloría General del Estado dirigirá el sistema de Control Administrativo en las empresas públicas, que se compone de los Sistemas de Control Externo e Interno establecidos en esta Ley. La Contraloría General realizará el Control Externo mediante auditoría financiera a través de empresas especializadas en cada industria o sector, calificadas para el efecto...”

En razón de lo indicado no deben hallarse controladas por la Superintendencia de Compañías, sino deberán contar con una Unidad de Auditoría Interna dependiente de la Contraloría General del Estado, de la propia Contraloría mediante auditorías y exámenes especiales; y, finalmente, se encuentra a su vez regulada por el Consejo de Participación Ciudadana, de conformidad a su Ley Orgánica.

Las indicadas diferencias traídas a colación son algunas de las más destacables evidenciadas de la comparación de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y la Ley de Compañías⁶⁹, sin embargo hay que considerar que así como mantienen profundas diferencias, también mantienen aspectos cercanos, como la autonomía financiera y administrativa, que debería hallarse presente tanto en las sociedades mercantiles como en las Empresas Públicas.

Si bien en la Constitución de la República del año 2008⁷⁰ el Estado se reservó para sí la gestión de los Sectores Estratégicos de la economía, mediante la creación de Empresas Públicas, no obstante, en la Constitución no se hace referencia –como podrían haberse considerado- a las sociedades mercantiles que

⁶⁸ Ley Orgánica de Empresas Públicas. R.O.S. N° 48 del 16 de octubre de 2009.

⁶⁹ Ley de Compañías. R.O. N° 312 del 05 de noviembre de 1999.

⁷⁰ Constitución de la República. R.O. N° 449 del 20 de Octubre de 2008

hasta la fecha de su promulgación ya se encontraban prestando servicios públicos o gestionando los sectores estratégicos bajo modalidades contractuales como la concesión, situación que generó un vacío normativo que fue subsanado un año después con la Promulgación de la Ley Orgánica de Empresas Públicas⁷¹ que en su Disposición Transitoria Segundo denominado “Régimen Transitorio de las Sociedades Anónimas a Empresas Públicas”, procedió a regular el vacío que había generado la Constitución, estableciendo el régimen transitorio aplicable para las sociedades anónimas que a partir de la promulgación de esta ley debían convertirse en Empresas Públicas, siempre que el Estado consolide el paquete accionario como sería el caso de la Empresa Eléctrica Regional Centro Sur C.A.

A través de estas disposiciones la LOEP otorgó un plazo no mayor a noventa días contados a partir de su promulgación, para que a través de un decreto ejecutivo, promulgación de una norma regional u ordenanza municipal, se proceda a la creación de nuevas empresas públicas, para que las sociedades existentes procedan a transferir sus patrimonios y subrogando tanto en sus derechos como obligaciones, procediendo a disolverse de manera forzosa, sin liquidación, que esta Ley creó para el efecto y que supone la extinción legal de estas sociedades, proceso que debían cumplir tanto la Empresa Eléctrica Regional Centro Sur C.A., como otras Empresas Eléctricas del país que no han concluido dicho proceso como son la Empresa Eléctrica del Norte S.A. EMELNORTE, la Empresa Eléctrica Quito S.A., la Empresa Eléctrica Cotopaxi S.A. ELEPCO, la Empresa Eléctrica Ambato S.A., la Empresa Eléctrica Riobamba S.A., la Empresa Eléctrica Azogues, la Empresa Eléctrica del Sur S.A. y la Empresa Eléctrica Galápagos S.A., por diversos motivos que serán analizados más adelante.

3.2.- MECANISMOS DE CONSTITUCIÓN DE EMPRESAS PÚBLICAS

Una de las diferencias notables que existe en cuanto a los mecanismos de constitución de Empresas Públicas frente a la forma de constitución de sociedades mercantiles es que ellas tienen un trámite constitutivo totalmente distinto.

⁷¹ Ley Orgánica de Empresas Públicas. R.O.S. N° 48 del 16 de octubre de 2009.

En las sociedades mercantiles su constitución, en cualquier de aquellas, parte de estar presente la *afectio societatis*, es decir, la intención que deben tener ya sean los socios o los accionistas de una compañía al momento de juntar sus capitales para emprender en un negocio para lo cual realizan la constitución de esta, ánimo que debe permanecer durante toda la existencia jurídica de la compañía y que se manifiesta en diversos actos societarios y entre ellos particularmente el de constitución de la sociedad mercantil.

A diferencia de aquello en las empresas públicas, al no tener socios o accionistas no existe esta intención o ánimo societario y más bien se puede observar la obligatoriedad de creárselas sobre la base de la promulgación de disposiciones normativas como aquella constante en el Art.7 de la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica⁷² cuando señala como deber y responsabilidad privativa del Estado satisfacer las necesidades del servicio público de energía eléctrica y alumbrado público, para en su segundo párrafo señalar que dicha prestación será realizada por el Gobierno Central “a través de empresas pública...”; lo indicado evidencia que para la constitución de Empresas Públicas NO cabe o se requiere de la *afectio societatis*, sino del cabal cumplimiento de disposiciones normativas como la señalada.

Es de considerar adicionalmente que la constitución de las sociedades mercantiles debe ser instrumentada mediante una escritura pública, celebrada ante Notario, en la cual en primer lugar se plasme la *afectio societatis* de los socios o accionistas de estas y a su vez se haga constar el Estatuto Social que regirá a estas sociedades en todos sus aspectos particulares, pues los aspectos generales están regidos por la Ley de Compañías⁷³; en cuanto pues al mecanismo como se instrumenta la creación de las sociedades de derecho público dista mucho de la forma de instrumentarse las mercantiles pues como se verá más adelante, estas no requieren de una escritura pública celebrada ante Notario y menos aún de un estatuto que rija su funcionamiento pues las empresas públicas al regir su vida legal en el marco del derecho público podrán hacer únicamente

⁷² Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica. R.O.S. N° 418 del 16 de enero de 2015.

⁷³ Ley de Compañías. R.O. N° 312 del 05 de noviembre de 1999.

lo que se encuentre facultado por la ley (carecen de autonomía de voluntad), a diferencia de las sociedades privadas que en el marco de la autonomía de la voluntad de sus accionistas pueden realizar todo aquello que no esté prohibido en la norma.

Es también diferencia importante que se presenta respecto a la constitución de las compañías mercantiles, en el *íter constitutivo* de éstas que en el ámbito privado se plasma en primer lugar en la ejecución de la reserva de denominación (luego de reunidos los requisitos para su aprobación), a continuación se procede con la elaboración de minuta que contiene su Estatuto Social, elevar la misma a escritura pública para posteriormente proceder con la inscripción de la compañía en el Registro Mercantil del cantón respectivo; a continuación, se procederá con la respectiva apertura del expediente societario dentro de la Superintendencia de Compañías, quienes a través de una resolución deberán aprobar –o negar de ser el caso- la constitución de la compañía, para luego ejecutar ya sus trámites operativos orientados al cumplimiento de su objeto social, tales como obtener el Registro Único de Contribuyentes (RUC), proceder con la apertura de la cuenta bancaria de la compañía, dentro de la cual deberá consignar el monto del capital de la sociedad (en caso de ser constituida mediante aportes en numerario).

A diferencia de todo lo antes indicado, las Empresas Públicas deben ser constituidas de maneras muy distintas a las observadas en el ámbito privado, hallándose en la Ley Orgánica de Empresas Públicas⁷⁴ (norma de derecho público) los mecanismos de creación de este tipo de empresas; vale destacar que previo a la expedición de la ley antes citada no existía una ley que regulara los mecanismos de creación de éstas, pese a lo indicado, al ser una normativa nueva y en un ámbito nuevo en nuestra legislación y economía a criterio propio, aún carece de precisión y debería abordar ciertos temas que no se consideran como por ejemplo se prevé la existencia de un Directorio como organismo colegiado superior de Administración de las Empresas Públicas, no obstante, en ningún momento se definen sus funciones y peor aún la LOEP prevé que será el propio Directorio el encargado de aprobar y modificar el reglamento que a este lo

⁷⁴ Ley Orgánica de Empresas Públicas. R.O.S. N° 48 del 16 de octubre de 2009.

regule, al respecto mal podría este organismo atribuirse funciones no sustentadas en la indicada norma de derecho público.

Para solventar el indicado inconveniente correspondería promulgarse el respectivo Reglamento General a la Ley (que hasta la presente fecha no ha sido promulgado), dentro de la cual se fijen, entre otros, funciones generales para todos los directorios de las Empresas Públicas, con las atribuciones específicas que estos tendrían, subsanando una potencial arbitrariedad que hipotéticamente podría palpase en el máximo órgano colegiado de una Empresa Pública establezca sus propias funciones.

Al efecto la Ley Orgánica de Empresas Públicas⁷⁵ prevé los mecanismos de constitución de estas empresas, por lo cual, es menester proceder con el análisis de su quinto artículo mismo que establece:

“Art.5.- La creación de empresas públicas se hará:

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

2. Por acto normativo legalmente expedido por los gobiernos autónomos descentralizados; y,

3. Mediante escritura pública para las empresas que se constituyan entre la Función Ejecutiva y los gobiernos autónomos descentralizados, para lo cual se requerirá del decreto ejecutivo y de la decisión de la máxima autoridad del organismo autónomo descentralizado, en su caso.”

De la disposición transcrita se evidencia como, de manera taxativa, la LOEP regula que una Empresa Pública podrá ser creada únicamente mediante uno de los supuestos previstos en esta disposición, es decir, a través de un Decreto Ejecutivo para empresas concomitantes a esta función, por acto normativo que provenga de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, al ser entes pertenecientes al sector público; y, a través de una escritura pública que deberá

⁷⁵ Ley Orgánica de Empresas Públicas. R.O.S. N° 48 del 16 de octubre de 2009.

ser otorgada en el caso en el que se cree una empresa pública en la cual tengan un interés directo tanto un Gobierno Autónomo Descentralizado, como la Función Ejecutiva, en cuyo caso podría evidenciarse un cierto *afectio societatis* de estos dos actores, pero obviamente distinto de la *afectio societatis* de las sociedades mercantiles, por las razones antes indicadas (ánimo de lucro).

A más de los mecanismos antes descritos, la misma disposición previamente citada de la Ley Orgánica de Empresas Públicas⁷⁶ prevé una suerte de excepciones a los mecanismos de constitución taxativos previstos, dado que a más de aquellos se establece que las Universidades Públicas podrán constituir Empresas Públicas o mixtas, que no son materia del presente estudio pero que vale indicar tienen un régimen aplicable similar al cual se someten las Empresas Públicas creadas por los Gobiernos Autónomos Descentralizados o bien, al régimen societario, mientras que en caso de tratarse de compañías mixtas; tanto el aspecto relacionado al funcionamiento, como al de su constitución y administración, deberán ser determinados en su Estatuto Social.

A más de la excepción antes planteada, se prevé la posibilidad de creación de otro tipo de Empresas Públicas, denominadas de coordinación, teniendo las indicadas como finalidades privativas las de la articulación y planificación de acciones de un determinado grupo de empresas públicas, todas ellas creadas por un mismo nivel de gobierno, con miras a incrementar la eficiencia en los ámbitos técnico, administrativo y financiero de las empresas públicas a su cargo. Sobre este tipo de empresas estatales, cabe destacar la existencia de una única Empresa Pública que ha sido creada con esta finalidad, es decir la empresa EMCO EP (Empresa Coordinadora de Empresas Públicas) creada mediante Decreto Ejecutivo Nro. 842 de 07 de diciembre de 2015, publicado en el Registro Oficial Nro. 647 del 11 de diciembre de 2015, con el objetivo de planificar, articular, coordinar, controlar y validar las políticas y acciones de todas las empresas públicas, sus subsidiarias, filiales, agencias y unidades de negocio, constituidas por la Función Ejecutiva y de las que se llegaran a crear, fusionar o suprimir, con el fin de lograr mayores niveles de eficiencia en la gestión técnica, administrativa

⁷⁶ Ley Orgánica de Empresas Públicas. R.O.S. N° 48 del 16 de octubre de 2009.

y financiera.⁷⁷

De manera adicional las Empresas Públicas además de su respectiva denominación deberán considerar las siglas EP o estar acompañados de las palabras Empresa Pública, denominación que denota la pertenencia de este tipo de empresas al sector público y pueden llevar a cabo sus actividades en diversos ámbitos, tanto nacionales (local, provincial, regional y nacional), como en el ámbito internacional, estos dos últimos particulares que guardan cierta similitud con las sociedades mercantiles que deben tener así mismo la denominación de por ejemplo S.A. o Cía. Ltda., que caracterice el tipo de compañía y así mismo pueden desempeñar sus actividades en diversos ámbitos territoriales (local, provincial, regional, nacional e internacional) aunque actualmente con un solo objeto social y en general actividades orientadas a un determinado objeto social).

Finalmente, esta normativa prevé que al momento de la creación de la Empresa Pública, mediante cualquier mecanismo previsto a más de la decisión de creación se debe establecer la conformación inicial del patrimonio de la Empresa Pública, detallando los bienes tanto muebles como inmuebles que formen este patrimonio; cabe indicar que respecto a la conformación de este patrimonio, se hace alusión únicamente a la conformación a través de un aporte en especie, no obstante no se hace mención a un eventual aporte en numerario que se realizaría para la conformación del patrimonio dinerario que estas Empresas Públicas tendrían al momento de su creación.

3.3.- CARACTERÍSTICAS DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS EN ASPECTOS LABORAL, TRIBUTARIO, CONTROL, CONTRATACIÓN PÚBLICA, ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA, ETC.

Para tener una mejor comprensión del funcionamiento de las Empresas Públicas es menester realizar un símil de las mismas con las sociedades mercantiles que se encuentran bajo el régimen privado, pues como es conocido, este tipo de sociedades han existido durante muchos años atrás en el país y más aún, la

⁷⁷ Información obtenida de la página web: <http://www.emco.gob.ec/creacion-emco-ep/>

normativa aplicable a este tipo de sociedades ha existido desde la promulgación del Código Civil⁷⁸ que rige hasta la actualidad e incluso realizar un símil con las Instituciones Públicas, pues de este ejercicio podrá evidenciarse como en nuestra Constitución de la República busco tomarse para las EPs ciertos aspectos propios de las sociedades mercantiles y otros del sector netamente público, ejercicio que permitirá facilitar el análisis de las diversas características propias de las empresas públicas y conocer a cabalidad los diversos aspectos que a éstas caracteriza.

LABORAL:

Dentro del ámbito laboral, las sociedades mercantiles al ser compañías privadas están regidas en su totalidad por el Código de Trabajo⁷⁹, salvo en lo que respecta al Representante Legal (léase Gerente General – Presidente) de la compañía, pues esta figura no se halla contenida en este cuerpo normativo, sino se regirá por el Código Civil bajo la figura del mandato civil, siendo la razón de este último particular el hecho de que este cargo no cumple con los requisitos indispensables para la existencia de una relación laboral, específicamente careciendo de requisitos indispensables para considerar la existencia de una vinculación laboral cuales son la subordinación y el pago de una remuneración, pues podría entenderse si existe prestación de servicios.

Centrando el análisis del ámbito laboral en las empresas públicas, en primer lugar es menester analizar la disposición del Art. 326, numeral 16 de la Constitución de la República del año 2008⁸⁰, dado que dicha disposición contiene el núcleo del régimen laboral del sector público. La indicada disposición establecía antes de la enmienda Constitucional del año 2015⁸¹:

⁷⁸ Código Civil. R.O.S. N° 46 del 24 de Junio de 2005.

⁷⁹ Código de Trabajo. R.O.S. N° 167 del 16 de diciembre de 2005.

⁸⁰ Constitución de la República. R.O. N° 449 del 20 de Octubre de 2008

⁸¹ Enmienda s/n (Suplemento del Registro Oficial 653, 21-XII-2015).

“Art. 326.- El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios:

16. En las instituciones del Estado y en las entidades de derecho privado en las que haya participación mayoritaria de recursos públicos, quienes cumplan actividades de representación, directivas, administrativas o profesionales se sujetarán a las leyes que regulan la administración pública. Aquellos que no se incluyan en esta categorización estarán amparados por el Código del Trabajo.”

Conforme puede evidenciarse de ésta norma se dividía de una manera clara a los servidores del sector público y dentro de éstas a los servidores de las Empresas públicas en dos grupos claramente diferenciados: el primero sujeto a las leyes que regulan la Administración Pública (léase Ley Orgánica de Servicio Público o Ley Orgánica de Empresas Públicas⁸²) y el segundo grupo (obreros sujetos al Código del Trabajo y Contratos Colectivos de Trabajo, de existirlos).

El indicado texto Constitucional fue reformado mediante las enmiendas Constitucionales publicadas en el R.O. 653 de fecha 21 de diciembre de 2015, estableciéndose en reemplazo del indicado texto, el siguiente:

“Art. 326.- El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios:

16. En las instituciones del Estado y en las entidades de derecho privado en las que haya participación mayoritaria de recursos públicos, quienes cumplan actividades de representación, directivas, administrativas o profesionales y demás servidores públicos, se sujetarán a las leyes que regulan la administración pública. Bajo este régimen, los servidores públicos tendrán derecho a la organización para la defensa de sus derechos, para la mejora en la prestación de servicios públicos, y a la huelga de conformidad con la Constitución y la ley. En virtud de que el Estado y la administración pública tienen la obligación de velar por el interés general, sólo habrá contratación colectiva para el sector privado.”

⁸² Ley Orgánica de Empresas Públicas. R.O.S. N° 48 del 16 de octubre de 2009.

Conforme puede evidenciarse con la enmienda Constitucional se incluye a TODOS los servidores públicos dentro de un mismo grupo, sujetos todos a las leyes que regulan la Administración Pública (léase Ley Orgánica de Servicio Público o Ley Orgánica de Empresas Públicas⁸³), no obstante esta Enmienda Constitucional fue declarada INCONSTITUCIONAL por la forma en resolución emitida por la Corte Constitucional de fecha 1 de agosto de 2018, Sentencia Constitucional No. 018-18-SIN-CC, quedando como consecuencia de aquello en firme el texto inicial del Art.326 numeral 16 del texto Constitucional, es decir como originalmente fue planteada por la Asamblea de Montecristi.

Vale considerar que la mentada disposición Constitucional se refiere directamente a las entidades públicas y en las entidades en las que el Estado tiene mayoría accionaria, es decir, bajo criterios de diversos autores, aquellas forman parte del sector público debiendo considerar que por tanto resulta aplicable, tanto a las Instituciones Pública señaladas taxativamente en el Art.225 del texto Constitucional como a entidades en las que exista mayoría accionaria, carácter que se ajusta a todas las Empresas Publicas e incluso a sociedades mercantiles de economía mixta.

Continúa puntualizando la citada norma Constitucional el régimen al cual se sujetan los servidores de éstas instituciones verificándose dos regímenes muy claros, aunque con la Enmienda Constitucional declarada INCONSTITUCIONAL busco unificarse los mismos: el de aquellos servidores que están sujetos a las Leyes que regulan la ADMINISTRACIÓN PÚBLICAS (LOSEP – LOEP) y con una expresa exclusión a los obreros que laboran en estas instituciones y que deberían sujetarse al Código del Trabajo y por ende a sus Contratos Colectivos de Trabajo.

Al respecto es imperante hacer un breve análisis de ésta situación pues con la promulgación de la Constitución del año 2008⁸⁴ en el artículo y numeral antes señalados, se hacía una clara distinción entre obreros y Empleados que trabajaban en las instituciones públicas, señalando que los primeros nombrados

⁸³ Ley Orgánica de Empresas Públicas. R.O.S. N° 48 del 16 de octubre de 2009.

⁸⁴ Constitución de la República. R.O. N° 449 del 20 de Octubre de 2008

(obreros) debían someterse al régimen laboral privado, es decir, su relación laboral estaba amparada directamente por el Código de Trabajo⁸⁵ y por tanto Contratos Colectivos de Trabajo (de existirlos); años más tarde, a raíz de la Consulta Popular llevada a cabo en nuestro país en el año 2015, a efecto de aprobar diversas enmiendas constitucionales, dentro de las cuales se encontraba una directamente relacionada a la disposición del artículo 326, numeral 16; al haberse aprobado las mismas (reformas constitucionales), se expidió la Resolución Legislativa No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 653 de fecha 21 de Diciembre del 2015, a través de la cual se incorporó el texto citado del indicado artículo.

Con la reforma constitucional del Art.326.16 se trastornó la situación de los obreros que trabajaban en las instituciones públicas, pues con esta disposición, los obreros dejarían de estar amparados por el Código del Trabajo y pasaron a ser obreros-servidores públicos sujetos a las Leyes que regulan la administración pública (LOSEP – LOEP).

Vale indicar que para instrumentar esta enmienda Constitucional de promulgó la Ley Orgánica Reformatoria a las Leyes que rigen el Sector Público⁸⁶ en la cual respecto de los obreros se estableció grupos de obreros: los primeros que ya tenían esta calidad y habían iniciado su prestación de servicios antes de las Enmiendas Constitucionales quienes mantendrían sus derechos sujetos al Código del Trabajo, mientras que los “nuevos” obreros, a ingresar con posterioridad a las enmiendas se sujetarían a la LOSEP o LOEP conforme se desprende del texto que me permito transcribir:

“Disposición Transitoria Primera: Las y los obreros de las instituciones del sector público que antes de la entrada en vigencia de las Enmiendas constitucionales, publicadas en el Suplemento del Registro Oficial No. 653 de 21 de diciembre de 2015, se encontraban sujetos al Código del Trabajo, mantendrán los derechos individuales y colectivos garantizados por dicho

⁸⁵ Código de Trabajo. R.O.S. N° 167 del 16 de diciembre de 2005.

⁸⁶ Ley Orgánica Reformatoria a las Leyes que rigen el Sector Público. R.O.S. N° 1008 del 19 de mayo de 2017.

cuerpo legal; y por tanto, a través de los procedimientos y cumpliendo los requisitos previstos en ese Código, podrán negociar y suscribir contratos colectivos.”

Debe recordarse que esta enmienda fue declarada INCONSTITUCIONAL, sin embargo la Ley Orgánica Reformatoria a las Leyes que rigen el Sector Público⁸⁷, no ha sido derogada o declarada su inconstitucionalidad (hasta la fecha de ejecución de éste trabajo), particular que de por sí es un absurdo, pues la una fue promulgada para instrumentar las Enmiendas, por lo que sin vigencia las Enmiendas al 326.16, no tendría razón de ser la citada ley.

En aplicación de esta disposición (Ley Orgánica Reformatoria a las Leyes que rigen el Sector Público), Empresas Públicas como la Empresa Eléctrica Regional Centro Sur C.A., mantuvieron a quienes hasta la fecha de expedición de la indicada Enmienda habían tenido la calidad de obreros en el mismo estatus con sujeción al Código del Trabajo, dado que aplicarla con anterioridad significaría vulneración de ciertos derechos de los mismos, dado que, por ejemplo, dentro de la nueva disposición del numeral 16 del Art. 326 de la Constitución de la República y citada Ley Reformatoria se prohibió expresamente la contratación colectiva en el sector público, hecho que podía significar una disminución en ciertos beneficios remunerativos y sociales alcanzados a través de conquistas laborales plasmadas en los diversos contratos colectivos, no así respecto de los nuevos obreros contratados los cuales pasaron a formar parte de la nómina de servidores públicos en calidad de Empleados y con distintos beneficios legales.

No está por demás manifestar que dicho texto constitucional, con su Enmienda, dejó de tener coherencia y más bien entró en cierta contradicción con la Ley Orgánica de Empresas Públicas⁸⁸, dado que en esta ley en reiteradas ocasiones se habla de la diferenciación que existe entre un obrero y un servidor público (empleado), refiriendo específicamente al régimen legal al que unos y otros están sujetos.

⁸⁷ Ley Orgánica Reformatoria a las Leyes que rigen el Sector Público. R.O.S. N° 1008 del 19 de mayo de 2017.

⁸⁸ Ley Orgánica de Empresas Públicas. R.O.S. N° 48 del 16 de octubre de 2009.

Se debe considerar eso sí que de la lectura de la Ley de Empresas Públicas se denota una deficiente redacción, ya que en múltiples ocasiones, pese a la diferenciación aludida, se viene a confundir o tratar como símiles a las calidades de servidores públicos-Empleados, con los obreros, pudiendo hallar la mayor contradicción o al menos imprecisión en el Art. 32 de la LOEP, en el cual se habla de la solución de controversias entre empresas públicas y sus servidores de carrera u obreros, confundiendo, fusionando o al menos dándoles un trato legal igualitario entre servidores públicos y obreros, cuando señala ésta disposición que estas controversias deberán ser ventiladas ante Autoridades o Jueces de Trabajo, al parecer olvidando que quienes se encuentran contratados como servidores de carrera tienen un régimen laboral totalmente distinto al que ostentan los obreros, ya que los primeros son servidores administrativos y por ende deberían estar sujetos a Jueces de dicho ámbito (Jurisdicción Contenciosa Administrativa).

Así mismo surgió una evidente contradicción por la norma Constitucional Enmendada respecto de la Ley Orgánica de Empresas Públicas⁸⁹, pues la Enmienda Constitucional del Art.326.16 limitó la contratación colectiva, sin embargo se mantuvo el del Art. 26 de la LOEP, el cual faculta la contratación colectiva en las EPs, obviamente para quienes tengan la calidad de obreros.

Se evidencia que no obstante la Enmienda Constitucional NO se reformaron cuerpos legales como la LOEP en aspectos como los indicados y más aún al promulgarse la Ley Orgánica Reformatoria a las Leyes que rigen el Sector Público⁹⁰ se reformó la LOEP en un solo aspecto intrascendente en materia laboral, pero NO los artículos antes indicados, lo cual significa un absoluto absurdo pues el legislativo nunca prestó atención a esta serie de contradicciones existentes. Vale recordar que la citada enmienda Constitucional fue declarada INCONSTITUCIONAL, sin embargo, hasta la actualidad perduran esta serie de incongruencias y particularmente la vigencia de la Ley Orgánica Reformatoria a

⁸⁹ Ley Orgánica de Empresas Públicas. R.O.S. N° 48 del 16 de octubre de 2009.

⁹⁰ Ley Orgánica Reformatoria a las Leyes que rigen el Sector Público. R.O.S. N° 1008 del 19 de mayo de 2017.

las Leyes que rigen el Sector Público⁹¹.

En virtud de las falencias legislativas señaladas correspondió a las propias empresas definir un régimen aplicable coherente manteniendo a los servidores públicos obreros (el texto Constitucional les da este carácter en su Art. 229⁹²) - contratados antes y durante la vigencia de la Constitución del 2008⁹³ y previo a la reforma constitucional del año 2015- bajo el amparo del Código del Trabajo mientras que a los nuevos obreros les fue otorgado nombramientos de carrera sujetos a la LOEP pese a cumplir las mismas actividades de los “antiguos” obreros- habiéndoseles pagado una igual remuneración, en virtud del principio de: “a igual trabajo, igual remuneración”, pero en la práctica, todos aquellos obreros que se encontraban amparados en el Código de Trabajo⁹⁴, poseían mayor cantidad de beneficios sociales, obtenidos a través de contratos colectivos, generándose una absurda distinción.

El criterio adoptado, antes descrito, no solo fue fruto de una interpretación propia que realizaron diversas Empresas Públicas o aquellas que se encontraban en proceso de transformación a la fecha de las enmiendas realizadas, sino en atención a la disposición considerada en la Ley Orgánica Reformatoria a las Leyes que Rigen el Sector Público, a través de su Art. 22 que establece que:

⁹¹ Ley Orgánica Reformatoria a las Leyes que rigen el Sector Público. R.O.S. N° 1008 del 19 de mayo de 2017.

⁹² “Art. 299.- El Presupuesto General del Estado se gestionará a través de una Cuenta Única del Tesoro Nacional abierta en el Banco Central, con las subcuentas correspondientes.

En el Banco Central se crearán cuentas especiales para el manejo de los depósitos de las empresas públicas y los gobiernos autónomos descentralizados, y las demás cuentas que correspondan.

Los recursos públicos se manejarán en la banca pública, de acuerdo con la ley. La ley establecerá los mecanismos de acreditación y pagos, así como de inversión de recursos financieros. Se prohíbe a las entidades del sector público invertir sus recursos en el exterior sin autorización legal.”

⁹³ Constitución de la República. R.O. N° 449 del 20 de Octubre de 2008

⁹⁴ Código de Trabajo. R.O.S. N° 167 del 16 de diciembre de 2005.

“A continuación del artículo 247 (se refiere al Código del Trabajo) incorpórese el siguiente artículo innumerado:

"Art....- La negociación y contratación colectiva en el sector público prevista en el presente Título, se aplica únicamente respecto de quienes con anterioridad a la fecha de la publicación de las enmiendas constitucionales en el Suplemento del Registro Oficial No. 653 de 21 de diciembre de 2015, tenían la calidad de trabajadores en el sector público, siempre y cuando no hubieren cambiado con posterioridad su régimen."

Existe un aspecto de evidente importancia en las indicadas enmiendas Constitucionales al Art.326, numeral 16 que no obstante no ser materia de éste estudio no pueden dejarse de lado por su importancia, cual es el hecho de que las mismas, de no haberse declarado su INCONSTITUCIONALIDAD habrían significado en virtud de la prohibición constitucional de la contratación colectiva en el ámbito público una cuenta regresiva para la existencia de organizaciones sindicales del sector público, pues dado que a partir de las reformas constitucionales el régimen de contratación para los obreros pasó a hacerse como servidores públicos, atados a la prohibición de celebración de contratos colectivos, para estos ya no tenía gran sentido la afiliación a las agremiaciones existentes, dado que ellos ya no podían ser beneficiarios de los beneficios plasmados en los contratos colectivos de trabajo; esta situación histórica podrían haber significado para el país el fin de las organizaciones laborales del sector público y la contratación colectiva, sin embargo esta posibilidad histórica ha sido actualmente desperdiciada por la Corte Constitucional con la indicada sentencia, que de no haberse emitido hubiésemos podido apreciar el fin de los sindicatos en el ámbito público, dado que al paulatinamente jubilarse los obreros de las empresas públicas o dejar de prestar sus servicios en estas entidades, las agrupaciones gremiales perderían fuerza al no tener nuevos afiliados y más aún, hubiesen perdido su capacidad económica, pues los aportes hubiesen empezado a disminuir, hasta finalmente desaparecer.

En función pues de la sentencia constitucional emitida nuevamente existiría la diferenciación entre obreros y servidores públicos en las entidades estatales, eliminándose a su vez la prohibición de contratación colectiva para los obreros en las empresas públicas, es decir, se mantiene a salvo el texto constitucional inicial que fue reformado en el año 2015, lo cual significa que la contratación colectiva pública y las organizaciones sindicales del sector público ya no tendrían ese fatal destino:-

En resumen el régimen laboral de las Empresas Públicas se define claramente de los Arts. 18 y 19 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas⁹⁵ que señalan:

“Art. 18.- Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro de las empresas públicas.

La prestación de servicios del talento humano de las empresas públicas se someterá de forma exclusiva a las normas contenidas en esta Ley, a las leyes que regulan la administración pública y a la Codificación del Código del Trabajo, en aplicación de la siguiente clasificación:

- a. Servidores Públicos de Libre Designación y Remoción.- Aquellos que ejerzan funciones de dirección, representación, asesoría y en general funciones de confianza;
- b. Servidores Públicos de Carrera.- Personal que ejerce funciones administrativas, profesionales, de jefatura, técnicas en sus distintas especialidades y operativas, que no son de libre designación y remoción que integran los niveles estructurales de cada empresa pública: y,
- c. Obreros.- Aquellos definidos como tales por la autoridad competente, aplicando parámetros objetivos y de clasificación técnica, que incluirá

⁹⁵ Ley Orgánica de Empresas Públicas. R.O.S. N° 48 del 16 de octubre de 2009.

dentro de este personal a los cargos de trabajadoras y trabajadores que de manera directa formen parte de los procesos operativos, productivos y de especialización industrial de cada empresa pública.

Las normas relativas a la prestación de servicios contenidas en leyes especiales o en convenios internacionales ratificados por el Ecuador serán aplicadas en los casos específicos a las que ellas se refieren.”

“Art. 19.- Las modalidades de vinculación de los servidores públicos y obreros de las empresas públicas son las siguientes:

1. Nombramiento para personal de libre designación y remoción, quienes no tendrán relación laboral. Su régimen observará las normas contenidas en el capítulo II del Título III de esta Ley:

2. Nombramiento para servidores públicos, expedido al amparo de esta Ley y de la normativa interna de la Empresa Pública; y,

3. Contrato individual de trabajo, para los obreros, suscritos al amparo de las disposiciones y mecanismos establecidos en la Codificación del Código del Trabajo y en el contrato colectivo que se celebre.”

Del análisis de estas disposiciones se evidencia una clara sujeción de los SERVIDORES PUBLICOS de éstas Empresas Públicas a la LOEP, no a la LOSEP y más aun manteniendo como normas supletoria al Código del Trabajo, conforme lo señala el Art. 33 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas⁹⁶, que establece que “En todo lo no previsto expresamente en este Título y siempre que no contraría los principios rectores de la administración del talento humano de las empresas públicas, se estará a lo que dispone la Codificación del Código de Trabajo en lo relativo a la contratación individual”, mientras que para las Instituciones Públicas señaladas en el Art.225 prevalece la LOSEP para sus Empleados y el Código del Trabajo para sus obreros.

⁹⁶ Ley Orgánica de Empresas Públicas. R.O.S. N° 48 del 16 de octubre de 2009.

TRIBUTARIO:

En cuanto al ámbito tributario de las Empresas Públicas, este se encuentra previsto en el primer inciso del Art. 41 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas⁹⁷, en el cual se prevé 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.”

En virtud de la disposición antes descrita, se establece que las Empresas Públicas aplicarán el régimen tributario que tienen las entidades y organismos del sector público, dado que, como ya se ha indicado anteriormente, estas empresas estatales también forman parte del sector público del Estado; al respecto del régimen aludido, se evidencia una enorme ventaja tributaria que tendrían las empresas Públicas estatales frente a las sociedades privadas y en general frente a sujetos pasivos de tributos nacionales y/o locales como Impuesto a la Renta, Impuesto al Previo Urbano, Impuesto a las Patentes, etc., pues en el Art. 35 del Código Tributario⁹⁸ es claro al referirse de las exenciones generales, este establece, en su parte pertinente que *“... en general están exentos exclusivamente del pago de impuestos, pero no de tasas ni de contribuciones especiales:*

El Estado, las municipalidades, los consejos provinciales, las entidades de derecho público, las empresas públicas constituidas al amparo de la Ley

⁹⁷ Ley Orgánica de Empresas Públicas. R.O.S. N° 48 del 16 de octubre de 2009.

⁹⁸ Código Tributario. R.O.S. N° 38 del 14 de junio de 2005.

Orgánica de Empresas Públicas y las entidades de derecho privado con finalidad social o pública;”

De la disposición citada se puede observar que las Empresas Públicas regidas por la Ley Orgánica de Empresas Públicas⁹⁹ estarán exentas del pago de impuestos, no siendo así el pago de tasas y contribuciones especiales. Vale indicar que sobre este particular y por información proporcionada por la Empresa Eléctrica Regional Centro Sur C.A. el indicado régimen de exenciones tributarias sobre impuestos, en efecto está siendo observado, tanto a nivel nacional, como a nivel local.

Podría considerarse que la indicada ventaja existente para las Empresas Públicas y que se resume en la exención del pago de impuestos, puede no ser considerada como tal (ventaja) dado que se trate de impuestos directos o indirectos el sujeto activo del tributo siempre será el Estado, sin embargo al ser las Empresas Públicas de propiedad del mismo podría entenderse que se confunden las personas del sujeto activo y sujeto pasivo del impuesto, lo cual podría entenderse no constituye una gran ventaja, dado que el valor de los impuestos queda en el propio Estado, no obstante si resulta importante pues teniendo las Empresas Públicas un patrimonio autónomo, la indicada exención le brinda beneficios y preserva la liquidez de sus recursos.

Vale indicar que podría entenderse esta situación como NO ventajosa pues -como hemos observado anteriormente, al ser el Estado el destinatario final de los tributos recaudados, es decir, el dinero de impuestos pasa a manos de este, por lo que, de no existir la exención, el propio Estado estaría gravando la actividad que este realiza a través de su Empresa Pública y más aún, el dinero que este recaudaría por concepto de tributos, pasaría únicamente del patrimonio de la Empresa Pública perteneciente al Estado al propio Estado situación que de no preverse constituiría un verdadero absurdo, en función de que el Estado estaría sacando el dinero de un bolsillo para pasarlo al otro.

⁹⁹ Ley Orgánica de Empresas Públicas. R.O.S. N° 48 del 16 de octubre de 2009.

Por otro lado la disposición que se refiere al régimen tributario de las Empresas Públicas es correcta al excluir de la exención a las tasas y contribuciones especiales o de mejora, dado que en primer lugar las tasas son contraprestaciones dinerarias que se cancelan en razón de la prestación de un servicio, por ejemplo la tasa de recolección de basura; y, en segundo lugar las contribuciones especiales o de mejora son aquellas que se cancelan en virtud de un hecho generador que esté directamente relacionado a la ejecución de una obra pública que beneficie directamente a una persona sea natural o jurídica, el más claro ejemplo de este tributo se encuentra en la pavimentación de una vía pública, resultando por tanto lógico y correcto que no exista una exención de éstos otros tributos, en los que a diferencia de los impuestos, existe una contraprestación directa.

Es menester también realizar mención dentro del ámbito tributario al aspecto referido a la reinversión de los excedentes que genere la Empresa Pública, pues en este ámbito existe una gran diferencia frente al sector privado, dado que las Empresas Públicas, como se ha mencionado en capítulos anteriores, están obligadas a reinvertir sus excedentes, permitiendo un mayor crecimiento en la Empresa Pública; la diferencia aludida radica en el hecho de que las Empresas Públicas no están obligadas a realizar el reparto de utilidades, al no preverse este particular en el Art. 315 de la Constitución de la República y en virtud de la prohibición expresa que contiene la Ley Orgánica de Empresas Públicas¹⁰⁰ en su Art. 25 al establecer que ninguna utilidad o excedente podrá ser repartido entre el talento humano de la Empresa Pública; en el caso de las sociedades mercantiles privadas, siempre debe existir el reparto de las utilidades o excedentes que se generen, debiendo repartirse entre los trabajadores de la compañía un total del 15% del excedente total generado en un período fiscal; a más de lo indicado; se debe considerar que en las sociedades mercantiles es posible también la reinversión de utilidades siempre y cuando exista la resolución unánime de su Junta de Accionistas, sin embargo resultaría discutible en un ámbito mercantil que siempre se de esta reinversión de utilidades y no exista una distribución, pues aquello, de alguna manera atentaría en contra del

¹⁰⁰ Ley Orgánica de Empresas Públicas. R.O.S. N° 48 del 16 de octubre de 2009.

concepto mismo de una sociedad mercantil, cual es el afán de lucro y más aún podría afectar el derecho de los accionistas que jamás perciban ganancias, situación por la cual la Ley de Compañías¹⁰¹ considera que en caso de existir oposición de uno de sus accionistas NO podrán reinvertirse todas las utilidades.

No se debe olvidar y constituye diferencia fundamental entre las sociedades mercantiles privadas y las Empresas Públicas, que en las primeras en caso de no resolverse la reinversión del 85% restante del excedente logrado luego de un ejercicio fiscal, estas estarán obligadas al pago del Impuesto a la Renta correspondiente, a diferencia de las Empresas Públicas que en razón de la exención del pago de impuestos, en virtud de las razones anteriormente expuestas, no deberán realizar el pago de este tributo.

CONTROL:

En lo que respecta al control de las Empresas Públicas, la LOEP prevé que estas estarán sujetas a tres instancias de controles diferentes, que son: la Contraloría General del Estado; una Unidad de Auditoría Interna; y, al Consejo de Participación Ciudadana, a diferencia del control al cual están sujetas las sociedades mercantiles privadas, como son el de auditoría externa (en ciertos casos), el comisario de la compañía y de existir una Unidad de Auditoría Interna, siendo su instancia general de control la Superintendencia de Compañías que particularmente efectúa control societario.

Se torna interesante el hecho del control al cual se encuentran sujetas actualmente las Empresas Públicas pues en virtud de la existencia de estas tres instancias previstas se cuenta con mayor control y supervisión y con esto existe menores posibilidades de la existencia de irregularidades, situación diferente a cuando estas empresas operaban como sociedades mercantiles en las que no intervenía la Contraloría General del Estado, sino exclusivamente sus órganos de control interno lo indicado supone que la confianza en este tipo de sociedades debería acrecentarse, y que el accionar de las mismas sea mucho mejor, todo lo

¹⁰¹ Ley de Compañías. R.O. N° 312 del 05 de noviembre de 1999.

cual permita una correcta potenciación de estas entidades, permitiendo un verdadero desarrollo y crecimiento.

El primer control al cual están sujetas las Empresas Públicas tiene su sustento en el Art. 211 de la Constitución del Estado, referido directamente a la Contraloría General del Estado, pues en este se indica que esta entidad será la encargada de ejecutar el debido control a las entidades, sean públicas o privadas, que utilicen los recursos del Estado, por ende, las Empresas Públicas están sujetas al control de esta entidad; el indicado, de acuerdo a la LOEP, será realizado mediante un Sistema de Control Administrativo del cual se encarga la Contraloría General del Estado, teniendo a través de este un control tanto interno como externo, consistiendo este último en una auditoría financiera realizada por empresas especializadas que son seleccionadas por la propia Contraloría y que deberán emitir al fin de su intervención un informe profesional de auditoría dentro del cual estarán contenidas las opiniones correspondientes.

El segundo control es ejecutado por la Unidad de Auditoría Interna, siendo este control parte de los ejecutados por la propia Contraloría General del Estado mediante exámenes especiales conforme lo señalado en el Art. 14 de su ley orgánica y/o a través de su Unidad de Auditoría Interna, misma que dependerá técnica y administrativamente de la Contraloría General del Estado; en el caso de las Empresas Públicas, esta dependencia está justificada a través de la disposición del Art. 47 en su inciso quinto.

Finalmente, el tercer control previsto por la Ley Orgánica de Empresas Públicas¹⁰² no se halla desarrollado de igual manera que los controles anteriores, en esta misma ley, sino que deja a merced de lo dispuesto en la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana¹⁰³, en lo que respecta a los controles de las Empresas Públicas, que en este caso, en sus artículos 10 y 11 hace mención a la obligatoriedad anual de rendición de cuentas al cual están obligados los Representantes Legales de las Empresas Públicas, debiendo presentar balances

¹⁰² Ley Orgánica de Empresas Públicas. R.O.S. N° 48 del 16 de octubre de 2009.

¹⁰³ Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. R.O.S. N° 22 del 09 de septiembre de 2009.

anuales y niveles de cumplimiento de obligaciones laborales, tributarias y cumplimiento de objetivos.

CONTRATACIÓN PÚBLICA:

En lo que respecta a la contratación pública, es bien sabido que en las sociedades mercantiles privadas no existe restricción alguna en el ámbito contractual, es decir, estas podrán contratar con cualquier persona sea natural o jurídica, sin necesidad de llevar a cabo un concurso público, pues la contratación en estas puede ser realizada con total libertad, en el marco de la autonomía de la voluntad que prevalece en el sector privado o a lo mucho en sujeción a sus normas internas, a diferencia de las Empresas Públicas que están sujetas a un distinto régimen de contratación.

Lo antes mencionado se evidencia de la lectura del Art. 34 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas¹⁰⁴, mismo que establece que “Todo proceso de contratación de obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría, así como las contrataciones en actividades de prospección, exploración, explotación, refinación, comercialización, industrialización de los recursos hidrocarburíferos, las contrataciones de bienes de carácter estratégico necesarias para la defensa nacional, que realicen las empresas públicas, estarán sujetos al Plan Nacional de Desarrollo, con observancia del presupuesto nacional y empresarial” en relación con el Art.1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública¹⁰⁵.

Como ya se indicó anteriormente, toda contratación, al interior de las EPs, se debe realizar a través del Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP) con sujeción a cualquiera de los regímenes previstos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; a más de esto, la disposición antes transcrita prevé que estarán sujetos –a más del SNCP- al Plan Nacional de Desarrollo, en observancia al presupuesto nacional y empresarial, respecto a este particular,

¹⁰⁴ Ley Orgánica de Empresas Públicas. R.O.S. N° 48 del 16 de octubre de 2009.

¹⁰⁵ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. R.O.S. N° 395 del 04 de agosto de 2008.

cabe destacar que no en todas las Empresas Públicas o sociedades mercantiles en proceso de transformación a Empresas Públicas la contratación se sujeta (estrictamente – más bien lo considera como una guía) al Plan Nacional de Desarrollo y al presupuesto nacional, pues por un lado existe el concepto de autonomía consagrado en el Art.315 del texto Constitucional y por otro sus recursos no provienen del Presupuesto General del Estado, no así a considerar su presupuesto propio (empresarial), dado que tanto el presupuesto de explotación, como de inversión de las Empresas Públicas proviene de su propia tarifa por la prestación del servicio que estas brindan y gracias a la cual se permite la auto sustentación de estas, no hallándose por tanto sujetas al presupuesto nacional, a diferencia de las Instituciones Públicas consideradas en el Art.225 cuyo presupuesto si proviene del Presupuesto General del Estado.

Un claro ejemplo de las dos situaciones son el de La Empresa Eléctrica Regional Centro Sur C.A., como sociedad mercantil en proceso de transformación a Empresa Pública que en virtud del servicio que esta brinda y al cobrar una tarifa, esto le permite tener una autonomía en el ámbito económico, a diferencia de Instituciones Públicas como sería un Ministerio o Empresas Públicas que no brindan servicios públicos como sería EMCO EP, la Empresa Pública coordinadora de otras Empresas Públicas, que al no cobrar una tarifa, estas están sujetas directamente a la disponibilidad del presupuesto nacional para todo lo que se refiera a sus necesidades de explotación e inversión.

Esta situación permite a las Empresas Públicas o sociedades mercantiles en proceso de transformación a Empresas Públicas que brindan servicios públicos y cobran una tarifa en virtud del servicio tener autonomía financiera en los términos del Art.315 de la Constitución, que es una de las características particulares de estas Empresas Públicas, pues al no estar sujetas a la disponibilidad económica del Estado para la ejecución de sus actividades, sino que depender directamente de su disponibilidad patrimonial les permite un mayor desarrollo, siempre y cuando cuenten con la fijación de tarifas reales y no políticas por parte de su órgano regulador.

En función de la sujeción que tienen las Empresas Públicas o actualmente las sociedades mercantiles en proceso de transformación a Empresas Públicas, al Sistema Nacional de Contratación pública, tanto por la Ley Orgánica de Empresas Públicas¹⁰⁶, como a su vez por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública¹⁰⁷, estas anualmente deberán llevar a cabo el correspondiente Plan Anual de Contratación (PAC), que deberá ser aprobado por el Presidente Ejecutivo de la entidad y que está orientado al cumplimiento de los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo, dentro del cual se establecerá el presupuesto correspondiente al ejercicio económico del año al que corresponda el PAC; el indicado Plan será publicado en la página Web de cada Entidad obligada, dentro de los quince primeros días del mes de enero de cada año, pudiendo reformarlo cuantas veces sea necesario.

A más del Plan Anual de Contratación, las Empresas Públicas o sociedades mercantiles en proceso de transformación a empresas públicas están obligadas a elaborar un plan estratégico quinquenal, que será aprobado por el Directorio de la entidad y que guardará relación con las políticas del gobierno nacional o de los gobiernos autónomos descentralizados, el Plan Nacional de Desarrollo y en general, con los intereses del Estado. Cabe destacar a su vez que el Plan Estratégico será una de las herramientas orientadas a la evaluación de los administradores de las Empresas Públicas o sociedades mercantiles en proceso de transformación a Empresas Públicas.

Al inicio del análisis referido a la contratación pública, se habló de la contratación de bienes o servicios, indicando que estos están sujetos a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y consecuentemente al Sistema Nacional de Contratación Pública, respecto a este particular, debemos entender que es un régimen de contratación común en estas empresas, pero a más de este, la propia LOEP prevé un régimen distinto, al cual denomina régimen especial y que establece que en los casos en que las empresas públicas –y sociedades mercantiles en proceso de transformación a Empresas Públicas–

¹⁰⁶ Ley Orgánica de Empresas Públicas. R.O.S. N° 48 del 16 de octubre de 2009.

¹⁰⁷ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. R.O.S. N° 395 del 04 de agosto de 2008.

hubieren suscrito contratos o convenios tales como: alianzas estratégicas, asociación, consorcios u otros de naturaleza similar, será el convenio asociativo o contrato el que establezca los procedimientos de contratación y su normativa aplicable; aparentemente con esta disposición se quiere orientar a estas empresas promoviendo la celebración de alianzas estratégicas o convenios de cooperación, no obstante, esta disposición desde la óptica del suscrito se vuelve una cláusula abierta que podría permitir a las entidades sujetas a esta normativa a que al realizar una alianzas estratégicas, asociación, consorcios u otros de naturaleza similar, puedan estas fijar un régimen de contratación totalmente distinto al establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública¹⁰⁸, pudiendo estas entidades establecer regímenes de contratación totalmente permisivos a diferencia de los previstos por la LOSNCP, pese a lo indicado, aparentemente la orientación de esta disposición es otra, sin embargo, la disposición no tiene una correcta redacción y como se ha evidenciado, genera una peligrosa permisibilidad.

Cabe a su vez destacar que en ningún régimen de contratación se requiere un informe previo de Contraloría General del Estado, Procuraduría General del Estado o cualquier otro órgano externo de la Empresa Pública, el indicado informe previo se requerirá únicamente cuando se vaya a contratar un crédito o una línea de crédito en los casos previstos en el Art. 13 de la Ley Orgánica para la Ley Orgánica para la Recuperación del Uso de los Recursos Petroleros del Estado y Racionalización Administrativa de los Procesos de Endeudamiento¹⁰⁹; es menester indicar que la indicada normativa a la actualidad ya no se encuentra vigente, motivo por el cual, pese a no haber existido una reforma expresa a la Ley Orgánica de Empresas Públicas¹¹⁰, tácitamente se entiende que en ningún caso se requiere un informe previo.

¹⁰⁸ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. R.O.S. N° 395 del 04 de agosto de 2008.

¹⁰⁹ Ley Orgánica para la Recuperación del Uso de los Recursos Petroleros del Estado y Racionalización Administrativa de los Procesos de Endeudamiento. R.O. N° 308 del 03 de abril de 2008.

¹¹⁰ Ley Orgánica de Empresas Públicas. R.O.S. N° 48 del 16 de octubre de 2009.

Dentro del régimen de contratación pública de las Empresas Públicas cabe también indicar que todas aquellas entidades estatales que tengan capacidad de financiera, podrán recibir de parte del Estado las denominadas Garantía Soberanas, es decir, préstamos otorgados por parte del Estado y que pueden ser destinados únicamente para proyectos de inversión, previa aprobación del Directorio de la Empresa Pública y en base a un estudio de capacidad de pago elaborado por el Ministerio de Finanzas.

A más de todo lo indicado, en este ámbito se habla de las prohibiciones de quienes forman parte de las Empresas Públicas, en las calidades que ostenten al brindar sus servicios en estas, es decir, quienes forman parte de su Directorio, son Administradores de estas, servidores de carrera o libre remoción; u, obreros, se encuentran prohibidos de intervenir, ya sea a título personal o por intermedio de su cónyuge, parientes o compañías en las que estos sean socios o accionistas, en negociaciones con la Empresa Pública.

Otro de los particulares que atañen al régimen de contratación de las Empresas Públicas, es el referido a la desconcentración empresarial, que supone que las contrataciones deben realizarse de manera desconcentrada, es decir, en el caso en el que una Empresa Pública tenga una agencia o unidad de negocio, estas últimas deberán contar cada una con su plan operativo propio, distinto al de la Empresa Pública y que deberá ser aprobado respectivamente por el Gerente General de la entidad; en el ámbito de contrataciones referentes a ejecución de obras, adquisición de bienes, prestación de servicios e incluso consultoría, la contratación se la hará de igual forma, es decir, desconcentrada, hasta el monto que el Directorio de la Empresa Pública haya autorizado para el efecto y por ende hallándose bajo la supervisión del Administrador de la agencia o unidad de negocio, que tendrá bajo su responsabilidad toda contratación hasta por el monto designado por el Directorio. Vale resaltar que en el caso de que las contrataciones antes indicadas sean declaradas emergentes, independientemente del monto de estas, se deberá contar obligatoriamente con autorización previa y favorable del Gerente General de la Empresa Pública.

Finalmente, en busca de mayor eficiencia en la utilización de los recursos de la Empresa Pública, el Gerente General podrá disponer que se efectúen dos tipos distintos de contratación, en primer lugar, se podrán efectuar contrataciones concentradas y unificada, en el caso de requerirse provisión de bienes, obras y servicios, que sean requeridos tanto por la Empresa Pública, como por sus agencias o unidades de negocio; y, en segundo lugar, podrán llevarse a cabo procesos de contratación en el que participe una Empresa Pública en sociedad con otras empresas o instituciones públicas, bajo un Convenio de Asociatividad temporal y principalmente a efectos de beneficiarse un una economía de escala.

De manera general la sujeción de estas Empresas Públicas al Sistema Nacional del Contratación Pública si bien puede generar beneficios en cuanto al control del uso adecuado de recursos, así como provecho en cuanto a beneficiarse ciertos procesos adecuados considerados en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública¹¹¹ como la subasta inversa electrónica, sin embargo sujeta a éstas Empresas a pesados y en muchos casos difíciles procesos de contratación que le pueden restar efectividad y eficiencia, siendo éste quizá un factor que las ubica en una condición de desventaja frente a las sociedades mercantiles.

ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA:

La organización de la administración de una Empresa Pública, estará distribuida principalmente en dos órganos distintos, encargados de la dirección y administración de estas empresas.

En primer lugar se contará siempre con un Directorio de la Empresa Pública, entendido como el máximo organismo colegiado dentro de esta, encargado de la toma de decisiones más trascendentales en una Empresa Pública, su integración está sujeta al origen de la constitución de la Empresa Pública, pues varía su integración en el caso de ser una Empresa Pública creada por la Función Ejecutiva o por un Gobierno Autónomo Descentralizado, pues en el primer caso

¹¹¹ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. R.O.S. N° 395 del 04 de agosto de 2008.

serán miembros del Directorio: El Presidente del Directorio de la Empresa Pública coordinadora del sector o su delegado permanente –será el encargado de presidir este Directorio-; un titular del Ministerio del Sector correspondiente o a su vez un delegado permanente y finalmente, un delegado de la Presidencia de la República; pese a lo manifestado, la LOEP prevé que de considerarlo el Presidente de la República necesario, se podrá integrar mediante Decreto Ejecutivo a un miembro permanente adicional a los antes referidos. No está por demás expresas que la LOEP establece que quienes integren el Directorio de la Empresa Pública, deberán acreditar un cierto grado de conocimiento y experiencia en el ámbito de ejercicio de la Empresa Pública.

Difiere de la conformación indicada en el caso de las Empresas Públicas creadas por los Gobiernos Autónomos Descentralizados o creadas conjuntamente por la Función Ejecutiva y un GAD, dado que los Directorios de estos estarán conformados por el número de miembros previstos dentro del acto normativo de creación, constando en este los temas relativos a requisitos y períodos; pese a esta aparente apertura que presenta la LOEP, es esta propia Ley la que determina que en ningún caso el Directorio estará integrado por más de cinco miembros.

Ahora, existe a su vez cierta distanciación entre los Directorios de las Empresas Públicas creadas por los Gobiernos Autónomos Descentralizados y por estos últimos conjuntamente con la Función Ejecutiva, dado que en el primer caso, los miembros del Directorio serán comúnmente los responsables de las áreas en las cuales la Empresa Pública ejecute sus actividades; y, el acto normativo de creación de una Empresa Pública constituida por gobiernos autónomos descentralizados podrá establecer que dentro de su integración pueda existir la participación de representantes de la ciudadanía, sociedad civil, sectores productivos y de usuarios, en caso de así requerirse.

Con respecto a las diferencias que se presentan en los Directorios, cabe destacar otra de suma importancia, pues en todos los casos difiere la figura que ostenta la Presidencia de dicho organismo colegiado, pues en el caso de las Empresas Públicas creadas por la Función Ejecutiva, ostentará la dirección del Directorio el Ministro del ámbito en el cual la empresa desarrolle su actividad o su

delegado; en el caso de las Empresas Públicas creadas por los Gobiernos Autónomos Descentralizados, presidirán el Directorio el Alcalde, el Prefecto o el Gobernador –dependiendo de la competencia del Gobierno Autónomo Descentralizado–, a su vez podrán ser representados por el respectivo delegado; podría darse el caso en el cual la Empresa Pública sea creada por múltiples GADs, por lo cual en este caso el Presidente del Directorio será designado por los Representantes Legales de cada uno de los GADs; y, finalmente, cuando la Empresa Pública sea creada conjuntamente entre la Función Ejecutiva y un Gobierno Autónomo Descentralizado, el Presidente del Directorio será designado mediante elección entre los miembros que conforman dicho organismo colegiado. Las funciones que el Presidente del Directorio ostentará, vendrán a ser designadas en el acto constitutivo de la Empresa Pública y mediante normativa interna de la Empresa Pública.

En segundo lugar, tenemos a los Administradores de la Empresa Pública, en este caso se hará referencia al Gerente General, que es la figura sobre la cual recae la representación legal, judicial y extrajudicial de la Empresa Pública y que en virtud de estas responsabilidades serán a su vez los encargados de la gestión empresarial, administrativa, económica, financiera, comercial, técnica y operativa de la Empresa Pública; es menester indicar que para ostentar dicho cargo se requerirá la designación efectuada por el Directorio de la Empresa Pública, debiendo el Gerente General ser una persona ajena a la Empresa Pública y que al asumir las responsabilidades antes descritas, este deberá dedicarse a tiempo completo a estas, por lo que se vislumbra una prohibición expresa de ejercicio de actividades profesionales en otros ámbitos distintos a los de la empresa a la cual representan, salvo la excepción prevista por la Constitución de la República en su Art. 230, el cual se refiere a que los servidores públicos podrán desempeñar conjuntamente con su cargo la docencia universitaria, siempre que esta no interfiera en el horario de labor en la Empresa Pública.

Para poder ostentar el indicado cargo, la persona designada por el Directorio deberá cumplir con un mínimo de requisitos, entre ellos el poseer por lo menos un título profesional de tercer nivel y demostrar características tales como experiencia y conocimiento vinculados a la actividad de la Empresa Pública; a

su vez se establecerán requisitos particulares para cada empresa dentro de su normativa interna.

Vale considerar que la organización administrativa de las sociedades mercantiles en proceso de transformación en Empresas Públicas es absolutamente distinto, puesto que tienen, bajo la figura societaria, dentro de sus estamentos administrativos en primer lugar a la Junta General de Accionistas como máximo organismo administrativo, al Directorio de la Compañía conforme la conformación establecida en el Estatuto Social de la misma, dado que no es una figura considerada en la Ley de Compañías¹¹², no obstante considerar la misma la posibilidad de existir cuerpos colegiados de administración y por último el representante legal de la misma, caso este de la Empresa Eléctrica Regional Centro Sur C.A., obviamente en el marco de lo establecido en las disposiciones transitorias 2.2.1.4 y 2.2.1.5 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas¹¹³ que establece que para efectos societarios continuarán aplicando la Ley de Compañías.

3.4.- REALIDAD LEGAL DE EMPRESAS PÚBLICAS QUE FUERON CONSTITUIDAS CON ANTERIORIDAD AL 2008 POR LEY U ORDENANZA MUNICIPAL

La Constitución de la República en su Art. 315 prevé que tanto para la gestión de sectores estratégicos, como para la prestación de servicios públicos se deberán crear Empresas Públicas, que tendrán objetivos específicos sin embargo en el texto constitucional no se hace mención a ciertos entes que antes de la promulgación de la Constitución ya operaban como una especie de Empresas Públicas y se encontraban brindando servicios públicos o gestionando los sectores estratégicos, por lo que se generó una incertidumbre al respecto que fue solucionada con la promulgación de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, misma que en su Disposición Transitoria Primera, considerando la indicada situación de hecho, estableció que aquellas Empresas Públicas, ya sean estatales

¹¹² Ley de Compañías. R.O. N° 312 del 05 de noviembre de 1999.

¹¹³ Ley Orgánica de Empresas Públicas. R.O.S. N° 48 del 16 de octubre de 2009.

o municipales para seguir operando deben adecuar su organización y funcionamiento a las disposiciones de la LOEP en un plazo no mayor a ciento ochenta días desde la expedición de esta Ley.

Se previó a su vez que una vez transcurrido el plazo previsto para esta adecuación, se debía expedir ya sea el respectivo Decreto Ejecutivo, norma u ordenanza, a través de los cuales se cree una Empresa Pública a la cual todos los trabajadores que operaban en la existente, serían transferidos a la nueva Empresa Pública, manteniendo intactos temas tales como años de servicio y permanencia en sus cargos.

En nuestra ciudad de Cuenca, se pueden ver algunos casos de empresas municipales que habiendo tenido operación antes de la vigencia Constitucional y de la LOEP debieron acogerse a este régimen transitorio que permitió a estas continuar con su normal operación y más bien regularizar su existencia legal, caso por ejemplo de la actual EMOV EP, antes conocida como EMTET, una empresa municipal creada en el año 1997 a través de una ordenanza dictada por el Ilustre Concejo Cantonal de Cuenca y que en aquella época era la encargada de la organización, administración y operación de los servicios prestados por los Terminales Terrestres de Cuenca, de los puestos designados para el estacionamiento vehicular y del control y regulación de las frecuencias asignadas por el en ese entonces denominado Concejo Provincial de Tránsito; las indicadas competencias estuvieron a su cargo hasta que en el año 2009 –dentro del término previsto por la LOEP- en el que se creó paralelamente la actual Empresa Pública denominada EMOV EP, a la cual fueron transferidos todos sus trabajadores y demás prerrogativas y obligaciones de la empresa municipal EMTET; la nueva Empresa Pública fue creada pues mediante ordenanza denominada “Ordenanza de Constitución, Organización y Funcionamiento de la Empresa Pública Municipal De Movilidad, Tránsito y Transporte de Cuenca–EMOV EP”, a través de la cual se buscaba gestionar, organizar, regular y controlar el sector estratégico al cual esta pertenece, siendo esta empresa una persona jurídica de derecho público, con patrimonio propio, dotada de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión.

Un segundo ejemplo que se trae a colación es el de la actual Empresa Pública EMAC EP, que fue creada como una empresa municipal en el año 1998, bajo el nombre de Empresa Municipal de Aseo de Cuenca, a través de una ordenanza municipal; de igual manera que el caso antes citado, esta empresa municipal tuvo su transformación en el término previsto por la LOEP, acogiéndose al régimen para estas programado y siendo creada mediante ordenanza municipal, la cual estableció:

“Créase la Empresa Pública Municipal de Aseo de Cuenca - “EMAC – EP-”, como una persona jurídica de derecho público, con patrimonio propio, dotada de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión, que opera sobre bases comerciales y cuyo objetivo es la prestación de servicios públicos de barrido, limpieza, recolección, transporte, tratamiento y disposición final de residuos sólidos no peligrosos y peligrosos, así como del mantenimiento, recuperación, readecuación y administración de áreas verdes y parques en el cantón Cuenca incluyendo el equipamiento en ellas construidas o instaladas, sus servicios complementarios, conexos y afines que pudieren ser considerados de interés colectivo, así como otros servicios que resuelva el Directorio, los mismos que se prestarán en base a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, universalidad, accesibilidad, regularidad, calidad, responsabilidad, continuidad, seguridad y precios equitativos.”

De todo lo antes indicado podemos observar que este tipo de empresas cumplieron en su totalidad el procesos de transformación al cual debieron sujetarse, a diferencia de varias sociedades mercantiles que hasta la actualidad se hallan inmersas en este proceso de transformación a Empresas Pública, quizás este particular se da en virtud de que el régimen que las empresas municipales poseían antiguamente era muy similar al de las actuales Empresas Públicas, como parte del sector público, con dependencia Municipal a diferencia de las sociedades mercantiles como la Centro Sur en la que debido a su composición de accionistas es menester para el Estado consolidar el paquete accionario a

efectos de su transformación definitiva, a diferencia de las empresas municipales que no tenían este particular, pues no existía una división accionaria, siendo los Municipios, en el caso de las ciudades del cantón Cuenca su único propietario.

En virtud de esta facilidad que tuvieron estas empresas municipales para llevar a cabo la transformación a la cual debieron sujetarse, en la actualidad estas se hallan totalmente operativas aplicando el régimen previsto para las Empresas Públicas.

CAPÍTULO IV

CONSTITUCIÓN DE EMPRESAS PÚBLICAS QUE ANTES MANTUVIERON ESTRUCTURA SOCIETARIA

4.1.- MECANISMO DE TRANSFORMACIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES EN EMPRESAS PÚBLICAS

Dentro de la Ley Orgánica de Empresas Públicas¹¹⁴, en sus Disposiciones Transitorias, se hallan previstos diversos mecanismos de transformación de las sociedades mercantiles a Empresas Públicas, a través de regímenes transitorios para ciertos casos particulares que al momento de la transformación de estas sociedades anónimas podían presentarse; los supuestos que prevé la LOEP son: la transformación de sociedades anónimas –a Empresas Públicas- en las que el estado sea accionista único a través de sus entidades u organismos; transformación de sociedades anónimas en las que el estado a través de sus entidades u organismos sea accionista mayoritario; y, la transformación de sociedades anónimas o de economía mixta en las que el estado a través de sus entidades y organismos es accionista minoritario.

En cada uno de los casos particulares, la LOEP previó un régimen transitorio, considerándose de manera aparente todos los escenarios posibles y procedimientos que la transformación requería, pese a esto, como se ha hecho mención en capítulos anteriores, a criterio del suscrito el régimen previsto es insuficiente y no considera la totalidad de aspectos que debería, por lo que en el capítulo final del presente trabajo, esto se verá reflejado en un proyecto de reforma que abarcará aspectos adicionales que a criterio de mi persona sería necesarios para lograr un exitoso proceso de transformación para las sociedades mercantiles a Empresas Públicas.

Previo a efectuar los respectivos análisis de cada uno de estos regímenes transitorios, no está por demás hacer mención a los mecanismos de transformación de compañías, previsto en la Ley de Compañías¹¹⁵ en su Art. 331, del cual se evidencia que en ningún momento se prevé la transformación de sociedades anónimas a Empresas Públicas, permitiéndose únicamente la transformación de compañías anónimas a compañías de economía mixta, en

¹¹⁴ Ley Orgánica de Empresas Públicas. R.O.S. N° 48 del 16 de octubre de 2009.

¹¹⁵ Ley de Compañías. R.O. N° 312 del 05 de noviembre de 1999.

nombre colectivo, en comandita, de responsabilidad limitada o viceversa y que es esta misma disposición la que establece que cualquier otro tipo de transformación no prevista en esta, estará viciada de nulidad; cabe destacar que pese a la promulgación de varios cuerpos normativos, relacionados al proceso de transformación en el que varias compañías se encuentran, en ninguno de estos se ha efectuado una reforma expresa a esta disposición sino se refiere que se habla en las disposiciones transitorias de la LOEP que estos regímenes estarán por sobre cualquier disposición de otras normas, entendida que por su carácter de orgánica prevalecería sobre la Ley de Compañías¹¹⁶.

No obstante la indicada prevalencia legal de la norma Orgánica que se sustente en el ordenamiento jerárquico Kelseniano, considerado en el Art.425 de la Constitución, sin embargo lo adecuado para poder llevar a cabo un exitoso proceso de transformación hubiera sido de la mano de la Ley Orgánica de Empresas Públicas¹¹⁷ reformar también la Ley de Compañías, a fin lograr que este proceso sea inobjetable una vez culminado y no existan observaciones del organismo de control societario, pues de la lectura de la LOEP y vigencia de la citada disposición de la Ley de Compañías se entendería que una vez llevados a cabo los procesos de transformación, en el marco de la disposición societaria podrían entenderse la nulidad de los procesos de transformación distintos a los admitidos por esa norma, situación que podría poner en riesgo su validez pudiendo asumirse que adolecerían de nulidad.

A criterio propio, esta podría ser una limitante para las sociedades mercantiles en su proceso de transformación o cuando menos una situación que ponga en riesgo sus procesos, dado que, de declararse ~~ser~~ nula su transformación, todos los actos realizados con posterioridad a esta, es decir, una vez que se ha convertido en Empresa Pública, no serían válidos.

Quedando anotada la indicada preocupación y centrando el análisis en los regímenes con anterioridad mencionados, es menester iniciar el estudio respecto

¹¹⁶ Ley de Compañías. R.O. N° 312 del 05 de noviembre de 1999.

¹¹⁷ Ley Orgánica de Empresas Públicas. R.O.S. N° 48 del 16 de octubre de 2009.

a la transformación de las sociedades anónimas a Empresas Públicas en los casos en los que el Estado sea accionista único a través de sus entidades y organismos; al efecto para las sociedades mercantiles que tengan esta particularidad, la LOEP previó un plazo de noventa días a partir de la promulgación de dicha ley para que estas cumplan con la transformación, el indicado proceso debía realizarse a través de la emisión de un Decreto Ejecutivo o promulgación de una norma regional u ordenanza municipal, que debía ser expedida ya sea por el Presidente de la República o la máxima Autoridad del Gobierno Autónomo Descentralizado, respectivamente, para que a través de estos instrumentos se cree la nueva Empresa Pública y de ésta forma la sociedad mercantil proceda a transferir todo su patrimonio, es decir, activos y pasivos, derechos y obligaciones, incluso deberes de orden laboral bajo las mismas condiciones en las que estos venían operando, debiendo de esta manera proceder la sociedad mercantil a disolverse de manera forzosa, sin entrar en un proceso de liquidación, de esta manera se produce la extinción legal de la sociedad anónima y la Empresa Pública al entrar en operaciones se entiende que ha procedido a subrogar en todo lo que se refiere a derechos y obligaciones a la empresa extinguida.

Como se ha observado, el régimen de transición antes aludido demanda llevar a cabo un proceso de disolución forzosa sin liquidación, es decir, nuevamente la LOEP crea un régimen diverso o ajeno al previsto en la Ley de Compañías¹¹⁸, sin reformarla, dado que nuevamente esta normativa establece las causas taxativas para la disolución de las sociedades mercantiles; sin embargo de lo indicado, en su último numeral del Art. 361 de la Ley de Compañías en el que se refiere a la disolución de este tipo de sociedades se establece podrá operar esta figura “Por cualquier otra causa determinada en la Ley o en el contrato social”, por lo que se podría entender se halla permitido llevar a cabo la disolución en los términos establecidos en la LOEP, no obstante se confunden dos figuras jurídicas distintas –previstas en la Ley de Compañías- ya que habla de la *transformación* que deben sufrir las sociedades mercantiles –primera figura- pero a su vez indica que estas deberán disolverse de manera forzosa –segunda figura-, juntándose en este caso dos figuras legales diversas, dado que al referirse

¹¹⁸ Ley de Compañías. R.O. N° 312 del 05 de noviembre de 1999.

a la transformación de una compañía, se refiere a la mutación que esta sufrirá en su especie, mientras que cuando se habla de disolución forzosa, ésta figura que se refiere como tal a la extinción legal de una compañía, particular que evidencia en la LOEP el hecho de utilizarse dos figuras que como tal no son compatibles entre sí, dado que ambas prevén un destino diverso para las sociedades mercantiles.

A su vez, en virtud de la indicada confusión de figuras jurídicas que efectúa la LOEP, misma que prevé que debe operar la disolución forzosa de una sociedad mercantil y no debe darse la liquidación, no obstante, es menester indicar que la liquidación es una instancia posterior, indispensable para culminar la existencia jurídica de una sociedad mercantil y “cerrar” su expediente societario, sin embargo, a través de las Disposiciones Transitorias lo que se hizo fue ejecutar una reforma tácita aunque temporal a la Ley de Compañías¹¹⁹, es decir, se aplicaba este régimen únicamente en la transformación de estas sociedades mercantiles.

Además de lo indicado, la Disposición Transitoria Segunda prevé que el Superintendente de Compañías deberá *sin más trámite*, al momento de la expedición del Decreto Ejecutivo o la promulgación de la norma regional u ordenanza municipal, proceder a ordenar la cancelación de la inscripción de la sociedad anónima extinta, en el respectivo Registro Mercantil; al respecto, es menester indicar que pese a esta disposición el Registrador Mercantil al momento de inscribir la cancelación de la compañía no tendría un sustento societario legal para proceder con el mismo, pues la figura que se pretende aplicar, como se indica no está prevista dentro de la Ley de Compañías, pues jamás no se efectuó la reforma lógica y necesaria para poder aplicar y llevar a cabo la transformación sin desatender ninguna norma, sin embargo vale indicar que en el caso de las Empresas en las que se ha ejecutado la transformación ha realizado la inscripción de las indicadas cancelaciones sin tener un correcto sustento normativo.

¹¹⁹ Ley de Compañías. R.O. N° 312 del 05 de noviembre de 1999.

Continúa el régimen transitorio indicando que para la transformación a efectuarse no se requiere autorización de ningún tipo por parte de ningún órgano de la sociedad mercantil, indicando que se trata de una disolución forzosa, no obstante a criterio del suscrito, el sustento no es el correcto, ya que no cabría autorización de ningún tipo ya que en este tipo de compañías como se indicó anteriormente, el Estado es el único accionista y por tener interés directo en la transformación, no cabría oposición alguna por parte de ningún organismo o entidad ajena.

Conforme lo indica el Dr. David Mera en su trabajo denominado Régimen Laboral en las Empresas Públicas: Período de Transición de las Sociedades Mercantiles del Sector Eléctrico en Empresas Públicas, uno de los casos más icónicos de los procesos de transformación en el régimen citado es el de la actual Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP, la actual Empresa Pública ha sufrido una gran cantidad de transformaciones, pues hace varios años atrás esta era una Institución Pública perteneciente al Estado, bajo la denominación de IETEL, que posteriormente con los regímenes privatizadores pasó a dividirse en dos empresas distintas, Pacifictel S.A. y Andinatel S.A., en un intento por privatizarlas, que posteriormente unificarse y convertirse en la Corporación Nacional de Telecomunicaciones S.A. CNT, la cual finalmente, acogándose al régimen previsto por la LOEP, antes citado, se transformó en la actual Empresa Pública Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP, creada mediante Decreto Ejecutivo No. 218, publicado en el Registro Oficial No. 122 de fecha 03 de febrero del 2010, culminando la transformación de la indicada sociedad mercantil a Empresa Pública.

El tercer régimen previsto –que por temas didácticos se lo aborda en este orden– referido al régimen transitorio para las sociedades anónimas o de economía mixta en las que el estado a través de sus entidades y organismos es accionista minoritario, prevé que las disposiciones de la LOEP no serán aplicables a estas y que deberán continuar en observancia a las disposiciones pertinentes de la normativa de su constitución, es decir, Ley de Compañías¹²⁰, por lo tanto, el

¹²⁰ Ley de Compañías. R.O. N° 312 del 05 de noviembre de 1999.

régimen en esta previsto establece que no habrá cambio alguno en estas, incluso permitiendo que pueda llevarse a cabo un proceso de desinversión que en los casos de instituciones públicas que por mandato constitucional solamente pueden participar en emprendimientos económicos en sectores estratégicos, se torna obligatorio iniciar el proceso de desinversión.

Finalmente, el segundo régimen transitorio previsto, de mayor importancia para nuestro estudio, se refiere a las sociedades anónimas en las que el estado a través de sus entidades y organismos sea accionista mayoritario, en esta disposición se hace una división, en la cual se habla específicamente de las sociedades anónimas pertenecientes al sector eléctrico, en primer lugar, y posteriormente se hace alusión a otras empresas en las que el Estado tenga participación mayoritaria, de manera general.

Respecto al régimen transitorio de las sociedades anónimas del sector eléctrico, referido específicamente a aquellas que tengan como objeto social la generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica aplicarán un régimen muy similar al antes descrito, es decir, se deberá constituir una Empresa Pública a través de los mecanismos previstos en el Art. 5 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas¹²¹, paralelamente con las sociedades mercantiles existentes, para que una vez constituida la EP, esta subrogue en todo lo referido a derechos y obligaciones de la sociedad mercantil e incluso mantengan la fuerza laboral en esta; pese a lo indicado, estos dos regímenes distan en ciertos aspectos, pues para las sociedades mercantiles del sector eléctrico se previó en primer lugar que las acciones y certificados de aportes para futuras capitalizaciones pertenecientes al Fondo de Solidaridad debían pasar a manos del Ministerio de Electricidad y Energía Renovable (MEER), que actualmente pasó a estar regulado por el Ministerio de Energía y Recursos Naturales no renovables; vale recordar que en la época política de privatizaciones, en el país se creó mediante ley el Fondo de Solidaridad, a fin de que mismo facilite los procesos orientados a la privatización de las Empresas Eléctricas del país, por lo que, acciones de todas estas fueron transferidas a este fondo, que a su vez, en base a esta disposición

¹²¹ Ley Orgánica de Empresas Públicas. R.O.S. N° 48 del 16 de octubre de 2009.

transitoria, debió transferir todas las acciones que poseía, al Ministerio de Electricidad y Energía Renovable MEER.

Una vez culminado este proceso de transferencia, el Ministerio de Electricidad podía optar por tres alternativas previstas por la Ley Orgánica de Empresas Públicas¹²², teniendo un plazo no mayor a 180 días para resolver lo referente a la transferencia de acciones de quienes eran accionistas de estas sociedades mercantiles, tanto públicos como privados; en primer lugar, la LOEP prevé que el indicado Ministerio podrá resolver –unilateralmente- la fusión, liquidación, escisión o disolución de las sociedades anónimas en las que es accionista; en segundo lugar, establece que el MEER podrá comprar las acciones de las cuales son accionistas minoritarios tanto personas naturales o jurídicas públicas o privadas, buscando consolidar la totalidad de las acciones en manos del Gobierno; y, la tercera opción se refiere a la creación de empresas holdings –tenedoras de acciones- de las empresas en las cuales este es accionista. De los caminos antes indicados, el camino óptimo para la transformación de las sociedades mercantiles a Empresas Públicas y elegido por los Gobiernos de turno sería la consolidación de la totalidad del paquete accionario en manos del Ministerio de Electricidad, es decir, a través de la compra de acciones a accionistas minoritarios.

Dado que esta última opción fue la elegida para llevar a cabo el proceso de transformación de las sociedades mercantiles, se previó a su vez que las acciones que debía adquirir el Ministerio de Electricidad, debía ser valoradas por parte de un experto en el ramo correspondiente, que debe ser designado, en el caso de adquirir las acciones a un GAD, por parte de este último y el MEER y en el caso de no existir consenso en 30 días, será el Ministerio el encargado de la designación; y, en el caso de adquirir las acciones a un privado, el experto será designado únicamente por el Ministerio. Es menester indicar que a criterio propio, esta facultad otorgada al Ministerio de manera casi exclusiva, podría eventualmente prestarse para una valoración no objetiva, pues el experto designado podría ser una persona afín que subvalore el costo de las acciones

¹²² Ley Orgánica de Empresas Públicas. R.O.S. N° 48 del 16 de octubre de 2009.

perjudicando al titular de las mismas.

El problema surgido en torno a este mecanismo o escenario de transformación radica en que el proceso de consolidación de las acciones, no se cumplió conforme el último inciso del numeral 2.2.1.2, en el cual se establece que el pago deberá darse en un período no superior a 365 días de conformidad con la disponibilidad del Presupuesto General del Estado, no habiéndose podido consolidar los paquetes accionarios al menos de las Empresas Eléctricas que operan en la sierra ecuatoriana y Galápagos, a diferencia de las que operaban en la región costa, que sí lograron consolidarse y de esta manera se creó la compañía Empresa Eléctrica Pública Estratégica Corporación Nacional de Electricidad CNEP EP resultante del proceso de transformación de varias sociedades mercantil que a su vez mantuvo como Unidades de Negocio a las sociedades mercantiles que culminaron su transformación a esta última.¹²³

Finalmente, en este mismo régimen previsto para las sociedades mercantiles en las que el Estado es accionista mayoritario prevé un régimen de excepción establecido en caso de no poder ejecutarse los procesos antes indicados, mismo que en sus disposiciones transitorias 2.2.1.4 como el 2.2.1.5 contemplan esta excepción, variando únicamente en el hecho de que en el primero se refiere directamente a las empresas eléctricas que se desempeñen en el ámbito de la generación, transmisión, distribución y comercialización eléctrica y en el siguiente numeral se refiere a las compañías a las cuales hace referencia el Mandato Constituyente No. 15 de fecha 23 de julio del 2008, en su Disposición Transitoria Tercera, misma que se refiere específicamente a varias Empresas Eléctricas del país; en estas dos disposiciones establecen que si dentro del plazo otorgado para la consolidación de acciones, no se lograra llevar a cabo el indicado proceso y por ende la sociedad mercantil no culmine su proceso de transformación, esta seguirá operando bajo la figura de sociedad mercantil para los aspectos netamente societarios y en los ámbitos tales como el régimen tributario, fiscal, laboral, contractual, de control y de funcionamiento, estas se sujetarán a las disposiciones de la Ley Orgánica de Empresas Públicas¹²⁴, es

¹²³ <https://www.cnelep.gob.ec/quienes-somos/>

¹²⁴ Ley Orgánica de Empresas Públicas. R.O.S. N° 48 del 16 de octubre de 2009.

decir se crea una especie de ficción legal para estas sociedades mercantiles en las que no culminó su proceso de transformación legal, en las que no obstante mantener una estructura societaria y no haber culminado la transformación asumen ya un status como si fueran empresas públicas para todos los efectos, a excepción del societario que debe seguir aplicándose.

El régimen de sociedades en la situación indicada en líneas anteriores no solo se encuentra planteado en la LOEP, sino que se ahonda en ciertos aspectos en la Disposición General Décimo Segunda de la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica¹²⁵ (LOSPEE), ya que en este cuerpo normativo promulgado en el año 2015, se otorgó un nuevo plazo de 360 días para que el Ministerio de Electricidad y Energía Renovable efectúe todas las acciones necesarias para consolidar los paquetes accionarios de todas las sociedades mercantiles a las cuales hace referencia la Disposición Transitoria Tercera del Mandato Constituyente No. 15 y las de la Disposición Transitoria Segunda de la LOEP en su numeral 2.2.1.5 –, estableciendo nuevamente que estas sociedades mercantiles deberán disolverse sin liquidarse y transformarse en Empresas Públicas, incurriendo nuevamente en el absurdo al cual hice referencia en líneas anteriores dado que nuevamente mezclan figuras previstas en la Ley de Compañías¹²⁶ en este caso, a diferencia de la aparente reforma tácita temporal a la que aludí en líneas anteriores, no se prevé en ningún momento que esta disposición prevalecerá sobre cualquier otra normativa y finalmente olvidan nuevamente ejecutar las reformas indispensables a la Ley de Compañías para poder culminar el proceso de transformación de las sociedades mercantiles a Empresas Públicas, sin embargo podría considerarse la prevalencia de esta nueva normativa también con carácter de orgánica.

A más de lo referido, se prevé en esta misma Disposición que será el Ministerio de Electricidad y Energía Renovable el encargado de efectuar la respectiva consolidación de los valores registrados en estas empresas tanto en sus capitales ya suscritos a través de escrituras de aumento de capital social, como aquellos

¹²⁵ Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica. R.O.S. N° 418 del 16 de enero de 2015.

¹²⁶ Ley de Compañías. R.O. N° 312 del 05 de noviembre de 1999.

constantes en las cuentas contables de aportes para futura capitalización, para a su vez determinado los valores necesarios para “comprar” las acciones a valor nominal solicitar al Ministerio de Finanzas para que este otorgue los recursos necesario para efectuar la consolidación accionaria que debía efectuarse con los recursos provenientes del Presupuesto General del Estado acción que no está por demás indicar fue realizada por el MEER en cuanto a establecer los valores requeridos en cada Empresa, ejecutar su consolidación y solicitarlos al Ministerio de Finanzas, sin embargo éste último no ha entregado los recursos necesarios para aquello, habiéndose incluso, a la presente fecha incrementado esos valores debido a nuevos incrementos como resoluciones posteriores a éste año referentes a reinversión de utilidades; Vale indicar que sobre esta obligación legal las Empresas Eléctricas Distribuidoras en el plazo de quince días notificaron a este Ministerio MEER con el valor nominal en libros de las acciones y aportes para futura capitalización, correspondiente a cada sociedad mercantil, valor que fue efectivamente determinado y requeridos los recursos.

Es de considerar que la citada norma de la LOSPEE establece que en el caso de que alguna institución pública del Gobierno Central o Empresas Públicas del Sector Eléctrico sean accionistas de estas sociedades mercantiles en proceso de transformación estarán obligadas a transferir a título gratuito al Ministerio de Electricidad y Energía Renovable todas las acciones que a estas pertenezcan en las sociedades mercantiles en proceso de transformación.

Una diferencia fundamental entre lo establecido en los regímenes transitorios de la LOEP y la LOSPEE es que el valor de las acciones a ser adquiridas, en el primer caso se indica será su valor definido con el apoyo de un experto, pudiendo entenderse como un negocio “en marcha”, mientras que en la última norma citada se habla ya de su valor nominal, lo cual podría significar una antinomia en estos dos cuerpos legales orgánicos que debería ser reformada.

Lo que si se debe resaltar es que nuevamente esta Disposición General de la LOSPEE empata con la Disposición Transitoria Segunda de la LOEP, al establecer que las acciones que a un Gobierno Autónomo Descentralizado correspondan en las sociedades mercantiles en proceso de transformación al ser

transferidas al MEER, podrán ser pagadas a través de la ejecución de obras de infraestructura a ser realizadas en la circunscripción territorial que a este corresponda, como por ejemplo con un aporte del gobierno central para la construcción de una carretera u otras obras que asciendan hasta el valor total de las acciones transferidas.

El grave problema que presenta esta Disposición General de la LOSPEE se genera en el último inciso pues esta prevé que una vez cumplido un año de la vigencia de esta ley –plazo vencido el 16 de enero de 2016- en el caso en el que no se hubiera podido efectuar la consolidación de la totalidad del paquete accionario de una compañía, por diversos motivos, en el caso de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, el Directorio de la empresa deberá disponer a su Representante Legal que proceda a expedir nuevas acciones e inscribirlas en el Libro de Acciones y Accionistas en favor del Ministerio de Electricidad y Energía Renovable, anulando las antiguas acciones, sin que se requiera el cumplimiento de otro requisito o procedimientos para tal efecto.

Como observamos, la transferencia gratuita de acciones hubiese resultado tan sencillo como esperar el transcurso del año de promulgación de la LOSPEE para que estas empresas transfieran las acciones de los GADs a al Ministerio de Electricidad sin que este tenga que pagar centavo alguno por la indicada, lo cual resulta contrario a norma constitución pues constituiría una suerte de mecanismo confiscatorio ya que sustrae un patrimonio (acciones) que los GADs e incluso accionistas privados como en el caso de la Empresa Eléctrica Quito tienen, privándolos del derecho mantenido en determinadas sociedades mercantiles, entregándolas por este mecanismo a este Ministerio; este mecanismo previsto en la LOSPEE a mi entender resulta inconstitucional en consideración al mandato de la propia Constitución de la República que en su Art. 323 establece que se encuentra prohibida toda forma de confiscación; finalmente, culmina la disposición indicando que esta resolución podrá ser impugnada en vía judicial.

Vale considerar que existe en esta disposición citada un nuevo error legal en cuanto a considerar que deben ser los Directorios los que deberían ordenar a su Representante Legal que proceda a expedir nuevas acciones e inscribirlas en el

Libro de Acciones y Accionistas en favor del Ministerio de Electricidad y Energía Renovable, pues en las sociedades mercantiles es más bien su Junta de Accionistas quien tienen atribuciones de orden societario y no sus Directorios los que simplemente constituyen órganos colegiados de administración que se hallan limitados en la norma y Estatutos a emitir decisiones de orden societario.

Afortunadamente, pese a que han transcurrido más de dos años de la expedición de la LOSPEE, ninguna sociedad mercantil en proceso de transformación ha tomado la desacertada e inconstitucional decisión de retirar las acciones que a los pertenecen a los otros accionistas, pese a que hasta la fecha no ha podido efectuarse la consolidación de los paquetes accionarios de estas sociedades.

Para culminar el presente análisis, es menester recalcar que en todos estos regímenes previstos por la LOEP, incluido el del numeral 2.2.2, al cual por no ser objeto del presente trabajo no se ha hecho referencia pero que establece un proceso análogo y casi similar en su totalidad a los previstos para las compañías anónimas en las que el Estado es tanto accionista único y mayoritario, se debe efectuar de manera previa a la disolución forzosa de la compañía, la creación de una Empresa Pública, la cual subroga en todos sus aspectos a estas sociedades privadas, teniendo siempre presente que esta constitución deberá realizarse en el marco de lo establecido en el Art. 5 de la LOEP, que en capítulos anteriores ya fue analizado.

4.2.- ASPECTOS Y DISPOSICIONES SOCIETARIAS VINCULADAS A DICHA CONSTITUCIÓN.

En lo relativo a los aspectos societarios, cabe destacar que no existen como tal disposiciones normativas dentro de la Ley de Compañías¹²⁷ que regulen la Constitución o existencia de las Empresas Públicas, dado que como ya se analizó anteriormente, este tipo de empresas podrán ser constituidas únicamente de conformidad con el Art. 5 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas¹²⁸, es decir,

¹²⁷ Ley de Compañías. R.O. N° 312 del 05 de noviembre de 1999.

¹²⁸ Ley Orgánica de Empresas Públicas. R.O.S. N° 48 del 16 de octubre de 2009.

serán constituidas mediante un Decreto Ejecutivo, una norma regional u ordenanza municipal y mediante escritura pública previa promulgación de un Decreto Ejecutivo, situación lógica pues la razón de ser de la Ley de Compañías¹²⁹ es regular y normar los aspectos societarios, dentro de los cuáles no cabe la gestión de Empresas Públicas.

En el marco del estudio realizado es menester analizar los aspectos vinculados a la constitución de las Empresas Públicas mediante los procesos indicado y como los mismos pueden entenderse podrían hallarse viciados por nulidad, lo cual, de ser así afectará a las Empresas Públicas en todos sus aspectos posteriores a su constitución.

Como se ha planteado ya en párrafos anteriores, el proceso que iniciaron múltiples sociedades anónimas, obedece a un régimen transitorio apartado o ajeno de la realidad normativa que prevé la Ley de Compañías, aunque las disposiciones transitorias de la LOEP señalan que para aspectos societarios éstas Empresa considerarán la Ley de Compañías, pues en ningún momento la normativa expedida orientada a la regulación de Empresas Públicas, realizó una reforma a la Ley de Compañías, que no está por demás indicar, es indispensable realizarla, omisión en la reforma de este cuerpo normativo, que a criterio propio, podría afectar la constitución de las Empresas Públicas y acarrear la nulidad de dichos procesos.

Lo antes referido se evidencia inicialmente con la disposición del Art. 330 de la Ley de Compañías, cuando este indica que la transformación de una compañía opera cuando esta adopta una figura jurídica distinta, por ejemplo, pasa de ser una sociedad anónima a una compañía de responsabilidad limitada; continúa la disposición estableciendo que al adoptar esta nueva figura jurídica o especie de compañía, no opera la disolución de esta y mucho menos pierde su personería jurídica.

¹²⁹ Ley de Compañías. R.O. N° 312 del 05 de noviembre de 1999.

Es lógica la disposición prevista en la Ley de Compañías¹³⁰, pues al operar la transformación únicamente muta la especie de compañía, pero esta continúa operando bajo las disposiciones que a la especie de compañía adoptada le corresponden y por ende esta no pierde su personería, sin tener a su vez que proceder con la respectiva liquidación de la compañía.

En el caso del régimen previsto por la Ley Orgánica de Empresas Públicas¹³¹, se habla de la transformación que deben sufrir las sociedades anónimas, pero a diferencia de lo establecido en la Ley de Compañías, la LOEP establece que con la transformación de la compañía debe llevarse a cabo una disolución forzosa, por lo que evidentemente, con esta disolución se debería extinguir la personería jurídica de la sociedad mercantil, sin embargo, se prevé que esta no debe llevar a cabo el proceso de liquidación de la sociedad, sino que únicamente el Superintendente de compañías deberá disponer la cancelación de la compañía.

Al respecto se observa que la LOEP confunde dos figuras distintas del ámbito societario, la transformación y la disolución –que tiene incluso causas taxativas previstas en la Ley de Compañías-, siendo estas dos figuras muy distintas y que tienen dos objetos diversos, pues la una solo se refiere al cambio de figura o especie societario y la otra se refiere a la extinción legal de la compañía, respectivamente; por lo que observamos, la LOEP genera un régimen totalmente distinto al previsto en la Ley de Compañías.

Es de esta manera que se genera una grave problemática, pues el inconveniente es que se quiere utilizar a estas figuras societarias de manera distintas a las permitidas por la Ley de Compañías, sin que esta ley haya sido reformada de manera tácita o expresa, pues la LOEP únicamente establece que estos regímenes transitorios prevalecerán sobre otras leyes, no siendo esta disposición una reforma en sentido estricto, sino a criterio propio una omisión legislativa que debe ser subsanada para llevar a cabo correctamente la transformación de las sociedades mercantiles.

¹³⁰ Ley de Compañías. R.O. N° 312 del 05 de noviembre de 1999.

¹³¹ Ley Orgánica de Empresas Públicas. R.O.S. N° 48 del 16 de octubre de 2009.

Lo que sucede con estos procesos no son transformaciones como tales, pues únicamente es una subrogación de todo lo que se refiere a activos, pasivos, derechos y obligaciones, sin que opere como tal una transformación, ya que se crea una nueva empresa en el ámbito público y en ningún momento la sociedad mercantil pasa de ser una compañía privada a una empresa pública, ya que incluso, una vez producida la subrogación, se disuelve la compañía privada y empieza a operar la Empresa Pública; por lo indicado, se sostiene que no es como tal un proceso de transformación que sufre la compañía, a consecuencia de que el legislador confunde las figuras societarias aplicables, debiendo al menos para ejecutar el indicado proceso, ejecutar una reforma a la Ley de Compañías¹³², ya sea adaptando las figuras que se pretenden utilizar o incorporando una nueva figura societaria como la que se está utilizando, es decir, una figura de subrogación.

El problema se agrava dado que al utilizar la figura de transformación, prevista dentro de la Ley de Compañías en su Art. 331 que establece que “La compañía anónima podrá transformarse en compañía de economía mixta, en colectiva, en comandita, de responsabilidad limitada o viceversa. Cualquier transformación de un tipo distinto será nula” es la propia ley la que se encarga de prever la nulidad de una potencial transformación diversa, que en el caso del presente trabajo está ocurriendo, al transformarse una sociedad mercantil a una empresa pública.

Como ya mencioné previamente, la LOEP establece que esta Ley prevalecerá sobre cualquier otra normativa que prevea algo distinto, más aún por su carácter de orgánica, no obstante esto no es una reforma tácita bajo ningún punto de vista, sino una confusión u omisión del legislativo desatendiendo la normativa legal existente, pues lo que se debió hacer para poder actuar conforme a ley y de manera correcta, sin generar contradicciones ni riesgos en los indicados procesos era efectuar una reforma expresa a la Ley de Compañías a través de las Disposiciones de la LOEP.

¹³² Ley de Compañías. R.O. N° 312 del 05 de noviembre de 1999.

Cabe destacar que si bien podríamos pensar que existe una reforma realizada por la LOEP de manera tácita, lo indicado no es pertinente, pues la norma de la Ley de Compañías¹³³ es absolutamente válida y vigente para aspectos societarios, sabiendo que la propia LOEP establece que para asuntos societarios, como sería una transformación y/o una liquidación, deben observarse las disposiciones de la Ley de Compañías. Más aún podría pensarse que al ser los regímenes aludidos, considerados en la LOEP y LOSEP transitorios y más aún mantener una temporalidad establecida en dichas disposiciones, dado que se otorgó un plazo de transformación para las sociedades anónimas y la consolidación de sus paquetes accionarios, una vez vencido dicho plazo se entendería estas normas perdieron eficacia legal y ya no surtirían efecto alguno.

En el sentido antes descrito, al no encontrarnos frente a una reforma expresa de la LOEP, al producirse la transformación de las compañías anónimas a empresas públicas, hallándose expresamente prohibida la indicada transformación, previéndose la nulidad para esta, el proceso de transformación de las Empresas Públicas nacidas a raíz de la transformación de sociedades anónimas podría adolecer de nulidad y por ende, todas las actuaciones efectuadas luego de su constitución –viciada de nulidad-, pudiendo todo esto acarrear graves consecuencias legales a estas empresas.

Como se ha observado en el presente subcapítulo, las disposiciones relacionadas a la constitución de empresas públicas, provenientes de sociedades mercantiles que existían previo a la expedición de la LOEP, se incorporaron a nuestro ordenamiento jurídico a través de disposiciones transitorias, previstas en este último cuerpo normativo y que, a través de una disposición se buscó la prevalencia de estos regímenes a las leyes ya existentes, sin apuntar a la reforma de estas, sin embargo, como he sostenido a lo largo del presente trabajo, estos regímenes transitorios no se hallan incorporados como tal a nuestro ordenamiento, pues son temporales, lo cual a criterio del suscrito, luego de la vigencia de estas disposiciones transitorias, estaríamos ante empresas constituidas por mecanismos no previstos dentro de nuestro ordenamiento

¹³³ Ley de Compañías. R.O. N° 312 del 05 de noviembre de 1999.

jurídico y que podrían generar consecuencias adversas y no solo en razón de un mecanismo temporal, sino que la problemática puede surgir también en virtud de haber ejecutado un procedimiento prohibido por la ley y que como consecuencia de aquello una eventual nulidad, no solo de la constitución de la empresa pública, sino que también de los actos por esta ejecutada luego de su transformación, al estar viciada con la nulidad la constitución y por ende la existencia jurídica de la empresa estatal.

Por lo indicado, a criterio propio, el camino a seguir para la efectiva y total transformación de las sociedades mercantiles, no es la aplicación de las ya expiradas disposiciones transitorias, sino que, se debería ejecutar una reforma a múltiples cuerpos normativos, como se propondrá en el capítulo final del presente trabajo.

CAPÍTULO V

PROCESO DE TRANSFORMACIÓN EN EL SECTOR ESTRATÉGICO DE LA GENERACIÓN Y LA DISTRIBUCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA

5.1.- DISPOSICIONES SOBRE EL RÉGIMEN LEGAL APLICABLE, CONSTANTES EN LA LEY ORGÁNICA DE EMPRESAS PÚBLICAS.

Previa la promulgación de nuestra actual Constitución de la República, dado que las Empresas Eléctricas de todo el país estaban estructuradas como sociedades anónimas se hallaban por tanto reguladas en sus aspectos de funcionamiento por la Ley de Compañías¹³⁴, sin embargo, con la vigencia tanto de nuestra actual Constitución, como de la Ley Orgánica de Empresas Públicas¹³⁵, el régimen aplicable a éstas tuvo un cambio radical, pues como se recordará, estas sociedades mercantiles debieron iniciar un proceso de transformación para convertirse en Empresas Públicas, evidentemente, abandonando su calidad de privadas.

Con la promulgación de la Constitución de la República y principalmente de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, para dar inicio al proceso de transformación antes referido, las Empresas Eléctricas del país en primer lugar tuvieron que sujetarse al régimen transitorio previsto en la LOEP, en su Disposición Transitoria Segunda, numeral 2.2.1, que previó un régimen específico para las sociedades anónimas del sector eléctrico, es decir, aplicable a todas las empresas eléctricas del país.

Como ya se abordó en el capítulo anterior, todas las empresas eléctricas que hasta la fecha de promulgación en el Registro Oficial de la Ley Orgánica de Empresas Públicas tenían una estructura societaria privada, bajo la figura de sociedades anónimas, pero que, tenían como accionista único o mayoritario al Estado a través de sus entidades y organismos, pudieron acogerse a este régimen, que establecía, como ya se indicó en capítulos anteriores, que para ejecutarse este proceso de transformación, se debía proceder con la creación de una Empresa Pública, en el marco de lo establecido en el Art. 5 de la LOEP, de conformidad al plazo establecido en este régimen transitorio, para que de esta manera la Empresa Pública constituida proceda a subrogar en todo lo que se

¹³⁴ Ley de Compañías. R.O. N° 312 del 05 de noviembre de 1999.

¹³⁵ Ley Orgánica de Empresas Públicas. R.O.S. N° 48 del 16 de octubre de 2009.

refiere a activos, pasivos, patrimonio, derechos, obligaciones y fuerza laboral, de la sociedad mercantil, que una vez ejecutadas estas acciones previamente indicadas, esta debía iniciar un proceso de disolución forzosa, sin entrar en un proceso de disolución, pese a que esta disolución conllevaba la extinción legal de la sociedad mercantil, sin embargo, la nueva Empresa Pública absorbería para sí la personería jurídica de esta sociedad mercantil.

De la misma manera, se estableció que debía realizarse una transferencia de las acciones de todas empresas eléctricas, para que estas pasen a manos del Ministerio de Energía y así pueda efectuarse una consolidación de los paquetes accionarios de estas Empresas Eléctricas, empero, este ha sido uno de los particulares que mayor problemática ha generado, pues de no agotarse dicho proceso de consolidación del paquete accionario con los acuerdos del caso, podría llevarse a cabo una transferencia forzosa, que no resulta conveniente para quienes son accionarios minoritarios de estas sociedades mercantiles en la mayoría de casos los GADs Provinciales y Municipales que en su momento, societariamente, conformaron las mismas.

Vale considerar que no todos los GADs Provinciales y Municipales son accionistas de estas empresas, pero bajo una estructura societaria no todos ellos conformaron el capital social de estas sociedades anónimas, pues por diversos motivos, varios GADs no intervinieron en la conformación societaria, mientras que un gran número de estos lo hicieron para formar parte, como accionistas, de las empresas eléctricas.

Cabe destacar a su vez que el problema generado por la transferencia de acciones se da en virtud del valor a pagar, pues pese a que se prevé que se debe designar a un perito para que establezca el valor que posee cada uno de los accionistas en cada una de estas empresas eléctricas y se debe producir su transferencia, al no haberse efectuado este particular en el tiempo otorgado, se faculta a que el Directorio de la nueva Empresa Pública faculte a su Representante Legal para que este proceda con la expedición de nuevas acciones a favor del Ministerio de Electricidad, eliminando las acciones anteriores, es decir, se produciría una potencial confiscación de las acciones que todos los GADs no llegaron a

transferir dado que pudo no haber existido acuerdos compensatorios o de pago por el valor al cual ascendían sus acciones o simplemente el Estado no contó con recursos para aquello .

Aparentemente, con estas disposiciones, podría entenderse que los GADs al ser parte del Estado no se verían afectados, sin embargo ellos no forman parte del régimen ejecutivo, por lo que se verían afectados por esta transferencia de acciones en su patrimonio, ya que el valor del mismo quedaría en manos del propio Estado no siéndoles compensado dicho valor; el legislador al incluir esta disposición confiscatoria al parecer olvidó que estos niveles de gobierno, como su propio nombre lo indica, son autónomos, tanto funcional como económicamente, recibiendo del Gobierno central únicamente los aportes considerados en las Leyes pertinentes para la ejecución de sus obras o prestación de sus servicios, por lo que existiría una grave afección patrimonial directa a los Gobiernos Autónomos Descentralizados, al menos en la parte de sus aportes que realizaron como aportes en especies o dinero, lo cual obviamente era provenientes de los patrimonios autónomos de cada uno de estos GADs.

Otro problema grave es el hecho de existir accionistas privados en algunas de las empresas eléctricas (caso de la Empresa Eléctrica Quito S.A.) cuyos accionistas privados deberían ser compensados económicamente en el valor de sus acciones, al menos a su valor nominal situación que torna más grave aún al alcance de la citada disposición confiscatoria.

En función de la problemática antes mencionada, las sociedades mercantiles que operan en el sector eléctrico, en una gran parte no han podido culminar su proceso de transformación a empresas públicas, pues como se ha indicado si existen empresas públicas (sociedades mercantiles) que han podido culminar su proceso de transformación, como lo veremos más adelante; por lo indicado las sociedades que se encuentran aún en proceso de mutación o transformación (caso actual de la CENTROSUR), se hallan aplicando hasta la presente fecha el régimen de excepción previsto en la LOEP, que establece que para temas estrictamente societarios estas sociedades mercantiles estarán regidas por la Ley

de Compañías¹³⁶, pero que para temas laborales, de administración, tributarios, etc., estas deben aplicar las disposiciones de la Ley Orgánica de Empresas Públicas¹³⁷, bajo una ficción legal de ya ser públicas siendo por esto que a en el presente trabajo se ha manifestado que estas sociedades mercantiles que aún se hallan en proceso de transformación a Empresas Públicas, se encuentran en un limbo jurídico, ya que no acaban de pertenecer al sector público, pero dejaron de estar en el privado, sino que haya una mixtura en sus disposiciones aplicables.

En los casos en los que las sociedades mercantiles han culminado su proceso de transformación y son ahora Empresas Públicas, el régimen aplicable a estas será en su totalidad el previsto en la LOEP para todas las Empresas Públicas, que fue abordado en capítulos anteriores.

5.2.- LA LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO DE ENERGÍA ELÉCTRICA –LOSPEE-.

Una vez promulgada la Constitución del año 2008¹³⁸, como se ha señalado en capítulos anteriores, se incorporaron a nuestro ordenamiento jurídico los denominados Sectores Estratégicos, en razón de lo cual el Estado se reserva para sí las facultades de gestión y explotación de estos sectores, así como la prestación de servicios públicos que devienen de estas facultades sobre estos sectores, dejando en un ámbito secundario (no proscrito) a la concesión de estos servicios públicos a empresas de economía mixta en las que el Estado sea accionista mayoritario y finalmente, deja prácticamente relegada la facultad de concesión a la iniciativa privada.

En virtud de lo indicado, la Constitución del 2008 prevé que para la prestación de estos servicios deberán crearse Empresas Públicas que serán las encargadas de la prestación de servicios públicos.

Respecto al servicio público de energía eléctrica, el Estado se ha reservado para

¹³⁶ Ley de Compañías. R.O. N° 312 del 05 de noviembre de 1999.

¹³⁷ Ley Orgánica de Empresas Públicas. R.O.S. N° 48 del 16 de octubre de 2009.

¹³⁸ Constitución de la República. R.O. N° 449 del 20 de Octubre de 2008.

sí la prestación de este servicio, pues a través de la Ley Orgánica de Empresas Públicas¹³⁹, se establece que todas las empresas del sector eléctrico –sean generadoras, de transmisión o encargadas de la comercialización de energía eléctrica-, existentes al momento de la promulgación de esta normativa, siendo todas ellas sociedades anónimas, pasen a ser de total propiedad del Estado a través de la adquisición y consolidación de los paquetes accionarios de cada una de ellas, en favor del Ministerio rector; en virtud de lo indicado, pese a la existencia de una normativa específica que ya existía para este sector, se vio la necesidad de promulgar una nueva normativa que se adapte a la realidad que vivía el país en este ámbito, por lo cual, el 16 de enero del año 2015 fue promulgada la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica¹⁴⁰.

En virtud de ser la energía eléctrica un servicio público, tanto nuestra actual Constitución, como la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica, establecen ciertos principios rectores que este servicio público –como todos los demás- deben cumplir, hallándose entre los principios indicados el de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad, calidad, sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia, todos los anteriores tienen como objetivo la prestación de un servicio público del mejor nivel, buscando un reconocimiento no solo a nivel local o nacional, sino internacional.

Dados los principios constitucionales y legales previstos para la prestación del servicio público de energía eléctrica, la propia LOSPEE establece que será el Estado el encargado de planificar, ejecutar, regular, controlar y administrar el servicio público de energía eléctrica; a criterio del suscrito, a través de esta normativa el Estado busca generar para sí un monopolio que le permita mantener el control de los sectores estratégicos, pues deja de lado tanto a la iniciativa privada, como la mixta, particular que a mi entender puede ser positiva considerando la sensibilidad del manejo de este sector indispensable en la economía de cuya mano puede ir el desarrollo del país, considerando que la

¹³⁹ Ley Orgánica de Empresas Públicas. R.O.S. N° 48 del 16 de octubre de 2009.

¹⁴⁰ Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica. R.O.S. N° 418 del 16 de enero de 2015.

energía eléctrica en los actuales momentos es el insumo esencial de todos los sectores de la economía y servicios y en general se encuentra presente en todo momento del día a día de los ciudadanos; en este orden de ideas si resulta conveniente que el Estado mantenga el control de este sector y establezca un adecuado aparataje normativo que le permita cuidar estos recursos y buscar quizá la correcta y efectiva prestación de este servicio, posiblemente dejando de lado a la iniciativa privada o cuando menos relegándola a ciertas actividades en el sector como la generación eléctrica.

Todo lo antes referido es consecuente con lo establecido en el Art. 7 de la LOSPEE, que establece:

“Constituye deber y responsabilidad privativa del Estado, a través del Gobierno Central, satisfacer las necesidades del servicio público de energía eléctrica...”

La prestación del servicio público de energía eléctrica y de alumbrado público general, será realizada por el Gobierno Central, a través de empresas públicas o empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria, pudiendo excepcionalmente delegar a la iniciativa privada; siendo, en todos los casos, necesaria la obtención previa del título habilitante correspondiente.”

A pesar de preverse la posibilidad de participación de la prestación del servicio público de energía eléctrica a través de empresas de mixta o la delegación a la iniciativa privada, previa obtención de un título habilitante¹⁴¹, ha sido tendencia a nivel nacional y obviamente dentro del momento político de nuestro país en los últimos años, el excluir estas dos posibilidades, pues a lo largo de la prevalencia del actual modelo estatal, lo que se ha buscado es la absorción de las empresas privadas existentes, encargadas de la prestación del servicio público

¹⁴¹ Acto administrativo por el cual el Estado, delega o autoriza a una persona jurídica, pública o privada, consorcios o asociaciones, a efectuar actividades relacionadas con el servicio público de energía eléctrica.

de energía eléctrica y a su vez se ha buscado crear empresas públicas que tengan como objetivo único la prestación de este servicio antes referido, buscando incluso la creación de una sola entelequia a nivel nacional que sea la encargada de este, brindando el servicio público de energía eléctrica de manera ya sea local o regional a través de unidades de negocio.

Se debe considerar que la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica¹⁴² establece el ordenamiento jerárquico del sector eléctrico del país, estableciendo a su vez las diversas atribuciones que tiene cada uno de los organismos que conforman este ordenamiento jerárquico Institucional y Empresarial; es así que en primer lugar se encuentra el Ministerio de Electricidad y Energía Renovable –MEER-, que vale destacar, en razón de la situación que atraviesa el país y dada la eliminación y fusión de varios ministerios, este actualmente pasó a denominarse Ministerio de Energía y Recursos Naturales no renovables, dada la fusión que se llevó a cabo entre los Ministerios de Hidrocarburos y el de Electricidad y Energía Renovable; al respecto, la LOSPEE en su Art. 11 establece que este Ministerio será el encargado de:

“definir y aplicar las políticas; evaluar que la regulación y control se cumplan para estructurar un eficiente servicio público de energía eléctrica; la identificación y seguimiento de la ejecución de proyectos; otorgar títulos habilitantes; evaluar la gestión del sector eléctrico; la promoción y ejecución de planes y programas de energías renovables; los mecanismos para conseguir la eficiencia energética, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución y la ley.”

En segundo lugar encontramos a la Agencia de Regulación y Control de Electricidad –ARCONEL-, organismo que según el Art. 14 de la LOSPEE “es el organismo técnico administrativo encargado del ejercicio de la potestad estatal de regular y controlar las actividades relacionadas con el servicio público de energía eléctrica y el servicio de alumbrado público general, precautelando los

¹⁴² Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica. R.O.S. N° 418 del 16 de enero de 2015.

intereses del consumidor o usuario final.”; vale destacar que esta agencia es una institución de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía administrativa, técnica, económica y patrimonio propio, pero que sin embargo se encuentra adscrita al MEER –actual Ministerio de Energía y Recursos Naturales no renovables-.

A continuación en el orden jerárquico encontramos al Operador Nacional de Electricidad –CENACE-, que según el Art. 20 de la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica¹⁴³ es un órgano técnico adscrito al actual Ministerio de Energía y Recursos Naturales no renovables –antes MEER-, que actúa como operador del Sistema Nacional Interconectado y a su vez es el administrador comercial de las transacciones de bloques energéticos, responsable del abastecimiento continuo de energía eléctrica al mínimo costo posible, preservando la eficiencia global del sector. Finalmente, en el ámbito Empresarias encontramos a las Empresas Generadoras, Transmisora y Distribuidoras de Energía Eléctrica.

De manera posterior, la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica hace referencia a las modalidades de prestación del servicio público, pues existen dos mecanismos distintos que podrían ser confundidos entre sí, pero que, de la lectura y análisis de esta normativa se evidencia una sustancial diferencia entre ellos; estos mecanismos previstos son la Autorización de Operación y el Contrato de Concesión, que como ya referí, parecería incluso que uno es consecuencia del otro, no obstante, como se observará posteriormente, son distintos pese a la similitud que existe entre estos.

Para llevar a cabo el análisis de estas dos figuras jurídicas o mecanismos previstos por la LOSPEE, es necesario retomar la raíz constitucional que tiene el servicio público de energía eléctrica, que como todos los demás servicios públicos pueden estos ser prestados directamente por el Estado a través de una Empresa Pública, a su vez, podrán ser prestados por una empresa mixta, de la

¹⁴³ Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica. R.O.S. N° 418 del 16 de enero de 2015.

cual el Estado sea accionista (preferentemente mayoritario, pues en los casos en los que sea minoritario el Estado por disposición normativa deberá dejar de serlo) y finalmente a través de la iniciativa privada; la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica¹⁴⁴ respeta esta disposición constitucional, pero en su Art. 10, incluye dos nuevas categorías de prestadores del servicio público de energía eléctrica, incluyendo a más de los antes referidos a consorcios o asociaciones que puedan formarse para brindar este servicio y, a empresas de economía popular y solidaria.

De esta manera, una vez efectuado el análisis de la raíz constitucional de este servicio público, debe analizarse la diferenciación antes aludida; en primer lugar tenemos a la autorización de operación, misma que será otorgada por parte del Ministerio de Energía y Recursos Naturales no renovables, únicamente a empresas públicas y empresas mixtas en las cuales el Estado tenga mayoría accionaria, como se observa, esta autorización será otorgada únicamente en los casos en los que el Estado participe directamente en la prestación de este servicio público, a diferencia de lo que sucede en el segundo caso con las empresas privadas y las de economía popular y solidaria, en los cuales para la prestación del servicio público de energía eléctrica se requerirá la suscripción de un contrato de concesión; algo que es coincidente en ambos casos, independientemente de la figura jurídica a utilizarse, es la necesidad del otorgamiento de un título habilitante, que como ya se había indicado en línea anteriores, este es un acto administrativo a través del cual se autoriza a una persona jurídica para que brinde el servicio público de energía eléctrica, debiendo llevar un registro público de estas autorizaciones, el propio Ministerio de Energía y Recursos Naturales no renovables.

La Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica hace referencia también a los tipos de actividades que las empresas relacionadas al sector eléctrico pueden realizar, siendo sus objetos variados; entre ellos encontramos a la generación, que es la actividad a través de la cual se obtiene la energía eléctrica

¹⁴⁴ Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica. R.O.S. N° 418 del 16 de enero de 2015.

a través de diversos procedimientos, tales como la producción hidroeléctrica, eólica, solar, etc.; en segundo lugar se encuentra la autogeneración, que es una actividad realizada por un determinado actor que mantiene un objeto social distinto, pero que sin embargo genera para sí la energía eléctrica, es decir, no depende –al menos completamente- de la generación que comúnmente en nuestro país se realiza en las centrales eléctricas, como es en nuestro país por ejemplo el Ingenio Coazucar con una actividad diferente, pero que a su vez genera energía eléctrica de los residuos (bagazo) de la caña de azúcar. Dentro de la actividad de la generación encontramos a las Empresas Públicas generadoras como CELEC EP y sus diversas unidades de negocio y a la Empresa Electro Generadora del Austro ELECAUSTRO, a Empresas generadoras privadas de menor tamaño como HIDROABANICO y muchas Autogeneradoras.

Un segundo objeto que tendrán las empresas eléctricas será la de transmisión de la electricidad, es decir, la conducción de la energía eléctrica a las diversas subestaciones que a su vez serán las encargadas de la conversión de la energía eléctrica a voltajes aprovechables y con esto a la distribución y comercialización de la energía eléctrica; cabe destacar que esta transmisión es realizada en nuestro país a través del tendido eléctrico del Sistema Nacional Interconectado (SNI) y la operación de la Empresa Pública TRANSELÉCTRIC como unidad de negocio de CELEC.

Finalmente encontramos el servicio de distribución y comercialización, que no es otro que el de la entrega de la energía eléctrica al consumidor final, dentro de un área geográfica establecida.

Otro de los particulares previstos por la LOSPEE, es el de la posibilidad de las interconexiones internacionales, es decir, la existencia de redes de transmisión – a través del SIN- que se encuentren fuera del país y que permitan exportar la energía eléctrica del país, de acuerdo a las disponibilidades de nuestro Estado o importarla en caso de necesidad; es bien conocido que con la inversión realizada en el sector energético del país, a través de la construcción de múltiples hidroeléctricas, la demanda nacional de energía pudo ser finalmente cubierta, por lo que, se prevé que el excedente de energía eléctrica pueda ser

comercializado en el exterior, generando a través de esta compra venta de electricidad un nuevo ingreso para el Estado; esta comercialización se la hará de conformidad a los tratados e instrumentos internacionales, existentes para el efecto.

Para finalizar el análisis de las disposiciones de la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica¹⁴⁵, cabe destacar la facultad que esta otorga esta normativa al propio Ministerio de Energía y Recursos Naturales no renovables y para las empresas públicas encargadas de brindar el servicio público de energía eléctrica tanto para declarar bienes privados bajo la figura de utilidad pública, como establecer sobre los mismos servidumbres, todo bajo el concepto de la preeminencia del interés colectivo sobre el individual plasmado en el texto Constitucional.

Las indicadas facultades dan obviamente a las Empresas Públicas una enorme ventaja frente a la carencia de este tipo de facultades para el sector privado, facultades que pueden ejecutarse respecto de bienes inmuebles que por su utilidad, interés social y nacional, pueden ser afectados a través de esta declaratoria y la consecuente expropiación que debe llevarse a cabo, recordando que este interés o utilidad debe estar estrictamente vinculado con el objeto de la empresa pública, es decir, debe el inmueble estar destinado a actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica y del servicio de alumbrado público –mismo que se encuentra a cargo de las empresas distribuidoras y comercializadoras-.

Respecto a la declaratoria de utilidad pública, esta se dará únicamente en los casos en los cuales se requiera la utilización de la totalidad del predio, o bien, en los casos en los cuales el predio, en razón de su ocupación, se vuelva inutilizable para su propietario; este particular se presentará por ejemplo en los casos en los que sean necesarios instalar líneas de transmisión, que por el riesgo que estas representan al tener voltajes sumamente elevados, sobre un predio no pueda

¹⁴⁵ Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica. R.O.S. N° 418 del 16 de enero de 2015.

levantarse construcción alguna. Sin embargo, no en todos los casos un predio se vuelve inutilizable por la ocupación que efectúan las empresas eléctricas, pues en ocasiones basta únicamente la ocupación de un espacio menor sobre un inmueble, por lo que no tendría sentido llevar a cabo la declaratoria de utilidad pública y posterior expropiación, por lo que, para estos casos, la LOSPEE prevé un derecho de tendido de líneas de transmisión y distribución eléctrica bajo la figura de constitución de servidumbres, como a su vez el levantamiento de las instalaciones necesarias para brindar este servicio, de esta manera se permite el ingreso y ocupación de estos predios, sin que de ninguna manera esta ocupación constituya una prohibición de enajenación del predio sirviente, aunque si un limitante de dominio, pues recordaremos que las cosas –bienes- se transmiten y transfieren con sus servidumbres activas y pasivas no siendo este tipo de servidumbres sino limitantes de dominio de los inmuebles; al efecto el Art. 83, inciso final de la LOSPEE establece que “Si por efectos de dichas servidumbres se volvieren inservibles los inmuebles, se deberá declarar de utilidad pública.”

Finalmente, respecto de los dueños de los predios sobre los cuales recaiga la declaratoria de utilidad pública, cabe destacar que de manera uniforme a lo previsto en nuestro ordenamiento jurídico, estos no tendrán otro derecho distinto que el de la respectiva indemnización con el valor del justo precio por su predio afectado, pudiendo acudir a instancias judiciales para reclamar únicamente el pago del valor del justo precio, mas no estarán facultados a efectuar reclamo alguno respecto de la declaratoria de utilidad pública; sobre el justo precio del bien, que aparentemente es un concepto indeterminado, cabe destacar que este se fija en base al precio del avalúo comercial del bien mantenido en los respectivos GADs; de la misma manera, en caso de verse afectado el inmueble con una servidumbre, el dueño de este predio sirviente se verá obligado a permitir en primer lugar la indicada afectación que se efectúa, debiendo a su vez prestar las debida facilidades para el correcto desarrollo de las actividades que sobre su predio se realicen, debiendo incluso en ciertos casos abstenerse de edificar, cultivar o ejecutar cualquier tipo de obra en las proximidades de la servidumbre que puedan perturbar a esta.

Del análisis de los principales aspectos de la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica¹⁴⁶ que se encuentran relacionadas al desarrollo del presente estudio se evidencia la estructura legal a la que se someten las Empresas Públicas de éste importante sector habiéndose obviado hacer mención a otras disposiciones técnicas previstas en este cuerpo normativo que para el desarrollo de este trabajo no tienen la relevancia de los aspectos normativos antes analizados.

5.3.- EMPRESAS ELÉCTRICAS QUE AGOTARON SU PROCESO DE TRANSFORMACIÓN

A lo largo del presente estudio se han expuesto los diversos motivos por los cuales gran cantidad de empresas eléctricas privadas no han podido llevar a cabo o concluir el proceso de transformación previsto tanto en la Ley Orgánica de Empresas Públicas¹⁴⁷ como en la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica, sin embargo, como ya fue indicado en el capítulo que antecede, existe un gran grupo importante de empresas eléctricas que lograron culminar su proceso de transformación a empresas públicas a pesar de todos los aspectos negativos que se han señalado a lo largo de este trabajo y que impide o por lo menos dificulta la transformación de muchas empresas que aún continúan en un verdadero limbo jurídico.

Para el desarrollo del presente trabajo, he visto la necesidad de abordar dos grandes grupos de empresas eléctricas, dado que pese a la posibilidad de creación de múltiples empresas eléctricas que operen a nivel nacional en los ámbitos de generación, transmisión, distribución y comercialización, a simple vista se ha podido observar que en los últimos años la intención, estrategia o visión referente a unificar a todas las empresas que operan en este sector, buscando la creación de dos grandes Empresas Públicas ya existentes, que abarquen la operación de todas las empresas eléctricas de nuestro país.

¹⁴⁶ Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica. R.O.S. N° 418 del 16 de enero de 2015.

¹⁴⁷ Ley Orgánica de Empresas Públicas. R.O.S. N° 48 del 16 de octubre de 2009.

Esta visión inició su aplicación; con la creación de la Corporación Eléctrica del Ecuador -CELEC EP-, continuado con la creación de la Empresa Eléctrica Pública Estratégica Corporación Nacional de Electricidad -CNEL EP-, que a continuación abordaré.

Como se observará posteriormente, para la creación de estas Empresas Públicas, se siguió un trámite muy similar en ambas, pues en cumplimiento del régimen transitorio previsto en la Ley Orgánica de Empresas Públicas¹⁴⁸, en primer lugar mediante un acto societario se crearon dos compañías –cada una bajo la denominación actual, exceptuando las siglas EP-, bajo la figura de sociedades anónimas, consolidando los paquetes accionarios de varias empresas eléctricas que procedieron a fusionarse entre sí, dando vida a estas nuevas sociedades anónimas, que como acto posterior procedieron a transformarse en empresas públicas.

CELEC EP:

La primera gran Empresa Pública del sector eléctrico fue la empresa constituida bajo el nombre de CORPORACIÓN ELÉCTRICA DEL ECUADOR CELEC EP, a través del Decreto Ejecutivo No. 220, de fecha 14 de enero del año 2010, no obstante, como se hizo referencia en el párrafo que antecede, esta Empresa Pública inicialmente fue constituida como una sociedad anónima -acto societario-, es decir a través de escritura pública de fusión, otorgada ante el Notario Décimo Séptimo del Cantón Quito, en fecha 13 de enero del año 2009, a través de la indicada escritura pública se fusionaron varias empresas eléctricas generadoras del país, entre ellas se encontraban la Empresas Hidropaute S. A., Hidroagoyan S. A., Electroguayas S. A., Termoesmeraldas S. A., Termopichincha S. A. y Transelectric S. A., consolidando los diversos paquetes accionarios de cada una de estas sociedades mercantiles en favor del Estado –a través del MEER-, por lo que al pasar a ser accionista absoluto en todas y cada una de estas sociedades anónimas, procedió a fusionar a todas estas empresa, creando la Corporación Eléctrica del Ecuador CELEC S.A. –sociedad mercantil

¹⁴⁸ Ley Orgánica de Empresas Públicas. R.O.S. N° 48 del 16 de octubre de 2009.

de derecho privado-.

Esta empresa pública tiene un peculiar antecedente, pues el patrimonio de esta empresa estatal no solo estaba conformado por los pertenecientes a estas sociedades mercantiles fusionadas, sino que a más de estas, su patrimonio estaba constituida por el patrimonio de una sociedad anónima creada en el año 1998, bajo la denominación de Compañía Hidroeléctrica Nacional HIDRONACION S.A., de la cual en el año 2010, la Secretaría Nacional del Agua –SENAGUA– era su único accionista, por lo que se acordó que el patrimonio de esta pasaría también a formar parte del nuevo patrimonio de CELEC EP, por lo que, finalmente mediante el Decreto Ejecutivo No. 220 se creó esta Empresa Pública a través de la unificación de los patrimonios de la Corporación Eléctrica del Ecuador CELEC S.A. y la Compañía Hidroeléctrica Nacional HIDRONACION S. A., procediendo esta empresa pública a subrogar a estas en todos sus activos, pasivos, derechos, obligaciones y bienes.

Como se observa, esta empresa pública fue la encargada de abarcar a todas aquellas empresas eléctricas existentes que tenían como objetivo principal la generación de energía eléctrica, pues entre ellas figuran compañías como Hidropaute S.A., la cual tenía a su cargo el manejo y administración de la central hidroeléctrica Paute, o por ejemplo la compañía Termopichincha S.A., la cual tenía a su cargo el manejo y administración de centrales termoeléctricas tales como Guangopolo, Santa Rosa, La Propicia y Miraflores; de esta manera se observa que la finalidad u orientación que tiene esta gran empresa es la de ser la encargada de la generación de energía eléctrica y consecuentemente la transmisión de esta¹⁴⁹.

Pese a lo indicado, en el Decreto Ejecutivo de creación de CELEC EP observamos que el objeto principal de esta empresa, del cual surgen otros objetos, es el de “La generación, transmisión, distribución, comercialización, importación y exportación de energía eléctrica, para lo cual está facultada a realizar todas las actividades relacionadas con este objetivo”, pese a lo

¹⁴⁹ Obtenido de: <https://www.celec.gob.ec/quienes-somos/resena-historica.html>

indicado, a lo largo de los diez años de existencia de esta empresa pública, se ha podido observar que únicamente su actividad se ha visto encaminada a la generación y transmisión de energía eléctrica, siendo otras las encargadas de las demás actividades.

Dentro del mismo Decreto Ejecutivo se establece la conformación del Directorio de CELEC EP, mismo que estará conformado de conformidad con el Art. 7 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas¹⁵⁰ por el Ministro de Electricidad y Energía Renovable (actual Ministerio de Energía y Recursos Naturales no renovables) o un delegado permanente de este que será el encargado de presidir el Directorio; estará a su vez el titular o el delegado permanente de la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (SENPLADES); y, un delegado de la Presidencia de la República.

CNEL EP:

De manera similar se llevó a cabo la creación de esta Empresa Pública, a diferencia de CELEC EP, esta una vez constituida mediante acto societario no tuvo una suerte de fusión, pues esta absorbió únicamente a varias sociedades mercantiles y creando así una nueva sociedad anónima que pasaría a transformarse en la actual Empresa Pública.

En este sentido, mediante escritura pública de fusión otorgada ante el Notario Trigésimo Octavo del Cantón Guayaquil, en fecha 15 de diciembre del año 2008, fue creada la compañía CNEL Corporación Nacional de Electricidad S.A., la cual surgió de la fusión de varias empresas eléctricas, principalmente de la región costa, entre ellas encontramos a Empresas Eléctricas Península de Santa Elena C.A., Santo Domingo S.A., Milagro C.A., Bolívar S.A., Regional Esmeraldas S.A., EMELESA, Los Ríos C.A., Regional El Oro S.A., EMELGUR Regional Guayas-Los Ríos S.A., Manabí S.A. EMELMANABI y EMELSUCUMBIOS Regional Sucumbíos S.A., todas las antes referidas eran encargadas de las actividades tanto de la distribución y comercialización de energía eléctrica en

¹⁵⁰ Ley Orgánica de Empresas Públicas. R.O.S. N° 48 del 16 de octubre de 2009.

los ámbitos territoriales a cada una de ellas asignados.

De manera posterior, a través del Decreto Ejecutivo No. 1459 de fecha 13 de marzo del año 2013, fue creada la Empresa Eléctrica Pública Estratégica Corporación Nacional de Electricidad -CNEL EP-, la cual a diferencia de CELEC EP, centro su objeto principalmente en la distribución y comercialización de energía eléctrica en las provincias de la Región Costa, por lo que en la práctica, se ha respetado esta división de actividades; una vez efectuada la creación de esta Empresa Pública, todas las sociedades mercantiles por esta absorbidas, continuaron con su operación pero en esta como unidades de negocio de esta empresa pública.

Es menester destacar otro acto posterior a la creación de esta Empresa Pública, pues el 17 de septiembre de 2014 se concretó la fusión por absorción de la Empresa Eléctrica Pública de Guayaquil EP, a manos de CNEL EP, el indicado particular fue realizado de conformidad con el Art. 48 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas¹⁵¹, en su numeral segundo, mismo que establece “Art. 48.- PROCEDENCIA.- La fusión de las empresas públicas se produce: 2. Cuando una o más empresas públicas son absorbidas por otra que continúa subsistiendo.”, de esta manera, permaneció intacta tanto la estructura como la denominación de CNEL EP; de esta manera, a la actualidad, esta Empresa Pública cuenta con un total de 12 unidades de negocio operativas en varias provincias de nuestro país (principalmente de la costa), cubriendo un 44 % del servicio de energía eléctrica del país, suministrando este servicio al 50% aproximadamente de la población ecuatoriana¹⁵².

Dentro del Decreto Ejecutivo de creación de esta Empresa Pública, se establece que su patrimonio estará conformado por bienes muebles e inmuebles, activos, pasivos y derechos que eran propiedad de la CNEL Corporación Nacional de Electricidad S.A. y que esta a su vez obtuvo de las empresas eléctricas fusionadas para la creación de esta sociedad anónima, generándose de esta manera una subrogación en todos estos aspectos; se establece a su vez la conformación que

¹⁵¹ Ley Orgánica de Empresas Públicas. R.O.S. N° 48 del 16 de octubre de 2009.

¹⁵² <https://www.cnelep.gob.ec/historia/>

tendrá su Directorio, siendo este muy similar al analizado anteriormente, presidiendo el indicado el actual Ministro de Electricidad y Energías no renovables o un delegado permanente de este; encontrándose presente a su vez el titular del SENPLADES; y, un miembro designado por el Presidente de la República, que según este instrumento, será el Ministro Coordinador de Sectores Estratégicos.

Como se ha observado en el presente apartado, a nivel nacional existen solo un cierto número de sociedades mercantiles del sector eléctrico que ha logrado culminar su proceso de transformación a Empresas Públicas, existiendo a su vez gran cantidad de sociedades anónimas que se encuentran aún estancadas en este proceso y que a través del presente trabajo se busca viabilizar su total transformación y a su vez se busca proponer un modelo nacional basado en la existencia de estas empresas matrices pero que a su vez estas no solo se dividan en unidades de negocio sino que a su vez se subdividan en grandes empresas regionales, adscritas a esta empresa matriz y que a su vez posean para su correcto funcionamiento varias unidades de negocio; lo indicado se podrá observar en las propuestas a formularse en el último capítulo de este trabajo.

5.4.- EMPRESAS ELÉCTRICAS QUE NO HAN CONCLUIDO SU PROCESO DE TRANSFORMACIÓN: CASO DE LA EMPRESA ELÉCTRICA REGIONAL CENTRO SUR C.A.

Como ya se ha hecho mención a lo largo del presente trabajo, existen en la actualidad varias empresas eléctricas que aún se encuentran cursando su proceso de transformación a Empresas Públicas, hallándose como ya lo he dicho en líneas anteriores, en un verdadero limbo jurídico, dado que al no pertenecer como tal a uno u otro sector de la economía, estas empresas, a través de una ficción legal, aplican normativa perteneciente tanto al sector público como al sector privado; este es el caso de las Empresas Eléctricas que pertenecen a la Región Sierra de nuestro país (que también prestan servicio en casi todas las provincias de la Región Oriental) y Región Insular, encontrándose entre ellas a EMELNORTE S.A., la Empresa Eléctrica Quito S.A., la Empresa Eléctrica Provincial de Cotopaxi S.A. –ELEPCO S.A.-, la Empresa Eléctrica Ambato Regional Centro

Norte S.A., la Empresa Eléctrica Riobamba S.A., la Empresa Eléctrica Azogues C.A., la Empresa Eléctrica Regional Centro Sur C.A. y la Empresa Eléctrica Regional del Sur S. A., todas ellas son sociedades mercantiles que a partir de la promulgación de la Ley Orgánica de Empresas Públicas¹⁵³ iniciaron su proceso de transformación a empresas públicas, pero que hasta la actualidad por diversos motivos –ya expuestos con anterioridad- no les ha sido posible culminar este proceso; cabe destacar que todas estas sociedades hasta la presente fecha mantienen su estructura societaria, siendo regidas aún por la Ley de Compañías¹⁵⁴ únicamente en temas netamente societarios, no obstante en diversos ámbitos tales como el tributario, fiscal, laboral, contractual, de control y de funcionamiento, estas empresas en proceso de transformación ya se encuentran operando como Empresas Públicas –pese a no haber culminado su transformación-, es decir, amparadas en el marco de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

En el presente análisis, centrará la atención directamente en la Empresa Eléctrica Regional Centro Sur C.A., aún en proceso de transformación e Empresa Pública, vale destacar que el mentado análisis versará sobre esta compañía dada la importancia que esta tiene no solo en el ámbito nacional, siendo una de las compañías más sólidas del país y más importantes de nuestra región, sino que, se ha observado también la importancia que esta tiene a nivel internacional, como lo dejaré evidenciado posteriormente.

En el ámbito nacional, como ya se ha hecho referencia en capítulos anteriores, la Empresa Eléctrica Regional Centro Sur C.A., ha tenido enorme trascendencia, al contar con una trayectoria de más de sesenta años prestando el servicio público de energía eléctrica, teniendo en la actualidad una gran área de concesión, que abarca gran parte del sur y la amazonía del país, dividido entre las provincias de Azuay, Cañar y Morona Santiago, teniendo un área total de concesión de 30.273,00 Km², según datos del ARCONEL¹⁵⁵, aunque actualmente sus redes eléctricas y por tanto su servicio se extiende también en el sur de la provincia de

¹⁵³ Ley Orgánica de Empresas Públicas. R.O.S. N° 48 del 16 de octubre de 2009.

¹⁵⁴ Ley de Compañías. R.O. N° 312 del 05 de noviembre de 1999.

¹⁵⁵ Obtenido de: <http://www.centrosur.gob.ec/?q=node/258>

Chimborazo, el norte de la Provincia de Loja y algunos cantones de la provincia del Cañar que antes no estaban considerados como La Troncal.

A pesar de haber iniciado un proceso de transformación a Empresa Pública y hallarse operando al igual que una Empresa Pública en casi todos sus aspectos, a criterio del suscrito, pienso que la Empresa Eléctrica Regional Centro Sur C.A. no solo ha demostrado ser una empresa líder por el ámbito geográfico en el cual brinda sus servicios, sino que ha ayudado a romper el tradicional paradigma que existe en nuestro país –y muchos otros- que establece que todo aquello que es público –en este caso una Empresa Pública- es malo o ineficiente.

Vale considerar que en nuestro país muchas de las Empresas actualmente estatales o en proceso de transformación a Empresas Públicas, con anterioridad a estos procesos privatizadores no habían presentado los mejores resultados económicos, sin embargo otras y especialmente la distribuidora y comercializadora Empresa Eléctrica Regional Centro Sur C.A. ha demostrado importantes resultados económicos especialmente en la última década (tiempo durante el cual ha funcionado como Empresa Pública), conforme se evidencia de los datos que me permito transcribir solamente para evidenciar la realidad de lo señalado, en el año 2008, la EERCSCA tuvo un superávit de \$ 11'215.183,59 (once millones doscientos quince mil ciento ochenta y tres dólares 59/100); en el año 2009 tuvo un excedente de únicamente \$ 639.373,55 (seiscientos treinta y nueve mil trescientos setenta y tres dólares 55/100); en el año 2010 un superávit se redujo a un monto de \$ 223.269,64 (doscientos veinte y tres mil doscientos sesenta y nueve dólares 64/100); para el año 2011 el superávit de \$ 8'156.804,62 (ocho millones ciento cincuenta y seis mil ochocientos cuatro dólares 62/100); en el año 2012 un valor de \$ 710.696,64 (setecientos diez mil seiscientos noventa y seis dólares 64/100); para el año 2013 un valor de \$ 2'175.947,11 (dos millones ciento setenta y cinco mil novecientos cuarenta y siete dólares 11/00); en el año 2014 las ganancias fueron de \$ 2'355.016,23 (dos millones trescientos cincuenta y cinco mil diez y seis dólares 23/100); en el año 2015 fue una utilidad de \$ 2'323.924,94 (dos millones trescientos veinte y tres mil novecientos veinte y cuatro dólares 94/100); en el año 2016, el superávit fue de \$ 1'994.897,50 (un millón novecientos noventa y cuatro mil ochocientos

noventa y siete dólares 50/100); en el pasado año 2017 se incrementó notablemente la utilidad por esta empresa generada a un valor de \$ 10.191.088,52 (diez millones ciento noventa y un mil ochenta y ocho dólares 52/100), esperándose para el presente ejercicio económico un excedente aún superior.¹⁵⁶

Como se ha evidenciado anteriormente, en los últimos diez ejercicios económicos la Empresa Eléctrica Regional Centro Sur C.A. ha obtenido resultados económicos absolutamente favorables, demostrando así que pese a ser una sociedad mercantil en vías de transformación a Empresa Pública, operando como estas últimas, esta empresa eléctrica ha obtenido resultados destacables, posicionándola como una de las empresas eléctricas más rentables del país, no obstante factores como haber, durante varios de estos ejercicios económicos, mantenido aún una tarifa política NO real de costos, que actualmente si se la mantiene y refleja su mayor crecimiento estos últimos años o mantenerse para con la misma una deuda por parte del Estado que supera los treinta millones de dólares.

Lo indicado evidencia como una Empresa Pública (o que opera como tal) ha quebrantado el paradigma antes mencionado, sin embargo es de anotar que existen muchas otras Empresas Públicas que no han tenido la misma efectividad y que en varios casos, estas han acumulado pérdidas por varios millones de dólares (incluso en el propio sector), como es el caso de la empresa estatal Ferrocarriles del Ecuador, misma que ha registrado pérdidas en los últimos tres ejercicios económicos que alcanzan un monto de aproximadamente veinte y cinco millones de dólares; de igual manera existen varias empresas estatales que corren con la misma suerte, pudiendo observar entre ellas a Centros de Entrenamiento para el Alto Rendimiento –CEAR EP-, la Empresa Pública Cementera -EPCE-, FABREC EP, TAME EP, entre otras, que actualmente se encuentran subsistiendo con los recursos que el Estado destina para su mantención, es decir no son autosustentables.

¹⁵⁶ Los datos antes consignados fueron obtenidos en el marco del convenio específico celebrado por el suscrito y la Empresa Eléctrica Regional Centro Sur C.A.

Lo antes mencionado evidencia que el paradigma antes aludido es incorrecto, ya que no todo lo público es malo o ineficiente, como a su vez no todo lo privado es bueno o eficiente, esto dependerá siempre del manejo que tengan estas empresas (Orozco & Quiroz, 2018).

A más de los resultados económicos presentados, resulta interesante a su vez observar el posicionamiento que la Empresa Eléctrica Regional Centro Sur C.A. tiene a nivel internacional, pues dentro de todas las empresas de este sector se realiza anualmente un benchmarking¹⁵⁷ de diversos indicadores, buscando determinar cuáles son las empresas que a nivel internacional, en este sector, han obtenido mejores resultados durante el año a medirse, habiendo la empresa EERCSCA alcanzado varios reconocimientos a nivel internacional, entre ellos, el premio CIER 2017 de calidad y satisfacción de clientes en empresas con hasta 500.000 consumidores, obteniendo la categoría plata; en el año 2016 obtuvo una mención especial en la categoría Mejor Evaluación RSE (Responsabilidad Social Empresarial); es menester indicar que para la entrega del premio CIER, son evaluadas aproximadamente 58 empresas de 17 diferentes países de América Latina. A su vez, en días anteriores.

Como se ha observado en líneas anteriores, la Empresa Eléctrica Regional Centro Sur C.A., a pesar de manejarse en la actualidad como una Empresa Pública, es un verdadero exponente de la posibilidad de encontrar eficiencia en Empresas Públicas pues como se lo ha demostrado anteriormente, esta se ha destacado no solo en el ámbito nacional, sino internacional, obteniendo valiosos reconocimientos que son prueba fehaciente de la valía de esta empresa que se encuentra en proceso de transformación a Empresa Pública y que a su vez nos demuestra que dentro de nuestro Estado existen empresas estatales muy valiosas, que continuando con una correcta administración, podrán demostrar la importancia que estas tienen para la economía de nuestro país y por qué no, convertirse en exponentes de calidad a nivel mundial.

¹⁵⁷ Proceso a través del cual se recopila información mediante la comparación de aspectos de una empresa con las demás competidoras dentro del mercado.

Existe otro factor de enorme importancia y que no puede ser dejado de lado en este estudio, relacionado a los excedentes logrados por la indicada Empresa Eléctrica Regional Centro Sur C.A., mismos que en el marco Constitucional y Legal y al no poder los mismos (por prohibición legal) ser repartidos, estos han sido reinvertidos en nuestra región, lo cual a su vez ha generado que la misma sea una de las regiones mejor servidas, en el aspecto eléctrico, en nuestro país, particular por el cual también cuenta la indicada Empresa con múltiples reconocimientos que se sustentan en innegables indicadores técnicos, los cuales incluso son comparables y aún superan a los indicadores técnicos de países con mayores niveles de desarrollo.

CAPÍTULO VI

PROPUESTA DE REFORMAS A LA NORMATIVA EXISTENTE O PROMULGACIÓN DE NUEVA NORMATIVA QUE PERMITA LA CONSOLIDACIÓN DEL PROCESO DE TRANSFORMACIÓN Y UN ADECUADO FUNCIONAMIENTO DEL SECTOR DE LA ECONOMÍA CONFORMADO POR LAS EMPRESAS PÚBLICAS

Una vez culminado el análisis de la situación histórica y primordialmente legal de las sociedades mercantiles que se encuentran en proceso de transformación a Empresas Públicas, se ha evidenciado una gran cantidad de falencias que existen en diversos cuerpos normativos que han sido expedidos a lo largo del proceso en el cual se encuentran aún inmersas estas sociedades, que incluso contravienen normativas históricas que se encuentran aún vigentes; los referidos cuerpos normativos, recientemente expedidos han pretendido facilitar la transformación a la cual se vieron obligadas a iniciar gran cantidad de sociedades mercantiles, no obstante no han hecho más que entorpecer y retrasar el proceso de mutación, pues como se ha demostrado, en muchas ocasiones se proponen mecanismos no solo alejados de la ley, sino que son inconstitucionales y que en razón de estos no ha sido posible culminar su transformación.

Por lo antes indicado, a continuación realizaré una propuesta de reformas a varios cuerpos normativos, como a su vez la expedición de un reglamento, buscando a través de estos viabilizar y coadyuvar a la culminación de la transformación de estas sociedades mercantiles a Empresas Públicas; vale indicar que la propuesta a realizar no buscará una reforma íntegra de estos cuerpos normativos, sino que, lo que se buscará es reformar e incorporar un determinado número de artículos de cada normativa, que sean suficientes y necesarios para viabilizar esta transformación.

Finalmente, en lo que respecta a la propuesta de reglamento a la Ley Orgánica de Empresas Públicas¹⁵⁸, no se buscará la expedición de un reglamento general a esta ley, es decir que abarque la totalidad de disposiciones de este cuerpo normativo, sino lo que se buscará realizar es un reglamento que particularmente se refiera al proceso de transformación de sociedades mercantiles anónimas a Empresas Públicas, que facilite su transformación.

¹⁵⁸ Ley Orgánica de Empresas Públicas. R.O.S. N° 48 del 16 de octubre de 2009.

6.1.- A LA LEY DE COMPAÑÍAS.

En primer lugar, a criterio del suscrito, es menester realizar una reforma a la Ley de Compañías¹⁵⁹, dado que como se expuso en capítulos anteriores, existe una prohibición expresa en esta ley, que no permite llevar a cabo la transformación, en este caso, de una sociedad anónima –como es el caso de las empresas eléctricas que se encuentran en proceso de transformación- a una empresa pública, pues el artículo referido prevé la nulidad en caso de ejecutarse una transformación que no se halle prevista en el indicado.

Para demostrar una vez más lo referido, me permito citar parte del Art. 331 del referido cuerpo normativo, que establece: “La compañía anónima podrá transformarse en compañía de economía mixta, en colectiva, en comandita, de responsabilidad limitada o viceversa. Cualquier transformación de un tipo distinto será nula.” de la lectura de la indicada disposición, se evidencia que no está prevista la transformación de una sociedad anónima a una empresa públicas, quizás por el hecho de que previa la vigencia de la Ley Orgánica de Empresas Públicas¹⁶⁰ no existía como tal la figura de Empresas Públicas; en virtud de aquello, es menester ejecutar una actualización –reforma- de esta disposición, permitiendo a través de esta ejecutar un nuevo tipo de transformación, como observaremos a continuación en la propuesta de reforma al Art. 331 de la Ley de Compañías:

“Art. 331.- La compañía anónima podrá transformarse en compañía de economía mixta, en colectiva, en comandita, de responsabilidad limitada, en Empresa Pública o viceversa. Cualquier transformación de un tipo distinto será nula.”

Como se observa, con la reforma de esta parte de la disposición, se viabiliza la transformación requerida por las sociedades mercantiles analizadas en el presente estudio, excluyendo a estas de una potencial nulidad, prevista en esta

¹⁵⁹ Ley de Compañías. R.O. N° 312 del 05 de noviembre de 1999.

¹⁶⁰ Ley Orgánica de Empresas Públicas. R.O.S. N° 48 del 16 de octubre de 2009.

propia disposición.

A más de esta reforma, es necesario la incorporación de un artículo a esta Ley, que haga referencia al proceso a realizarse en caso de ejecutarse la transformación de una sociedad anónima a una Empresa Pública, pues, es menester indicar que en los casos en los cuales se ejecuta una transformación de las actualmente previstas en el Ley de Compañías¹⁶¹, dentro de los registros de la Superintendencia de Compañías continuará existiendo la misma compañía, únicamente se realizará una actualización en su especie, pues como establece esta propia Ley, no opera la disolución de esta y continúa existiendo la personería jurídica de esta; para el caso de la transformación a Empresas Públicas esto cambiará, pues en primer lugar vale recalcar nuevamente que la Superintendencia de Compañías ya no será la entidad encargada de la supervisión de diversos aspectos de estas Empresas Públicas, dado que estas no están sujetas a los controles de esta Superintendencia, sino tiene un régimen de control diverso; y, en segundo lugar, varía en función de disolución forzosa a la cual están sujetas estas sociedades mercantiles en proceso de transformación a Empresas Públicas –de conformidad a lo establecido en la LOEP-, pues a diferencia de lo previsto en la Ley de Compañías, el momento en el que opera esta transformación y por ende esta disolución forzosa, se transfiere la personalidad jurídica de la sociedad mercantil, a una nueva Empresa, en este caso Pública, dejando la sociedad mercantil de poseer personalidad jurídica y por ende debiendo proceder a inscribirse la cancelación de esta sociedad anónima, pero dejando a salvo la existencia de los mismos derechos, obligaciones, etc., sobre los cuales la Empresa Pública subroga a la sociedad anónima.

Por lo antes indicado, se deberá incorporar en la Ley de Compañías un artículo innumerado, posterior al Art. 331 que establezca:

“Art.- En el caso de ejecutarse la transformación de una sociedad anónima a una Empresa Pública, la Superintendencia de Compañías

¹⁶¹ Ley de Compañías. R.O. N° 312 del 05 de noviembre de 1999.

deberá registrar la disolución forzosa de la sociedad mercantil y a su vez inscribir la cancelación de esta, estableciendo que todo lo referido a derechos, obligaciones, activos, pasivos, bienes muebles e inmuebles de estas sociedades pasan a formar parte de la Empresa Pública, subrogando a la sociedad mercantil en todos estos aspectos e indicando que a partir de aquella inscripción sale del control de la Superintendencia de Compañías estos aspectos subrogados por la Empresa Pública.”

Finalmente, será indispensable incorporar en tercer inciso en el Art. 332 de la Ley de Compañías¹⁶² en el cual se hagan constar los requisitos necesarios para ejecutar la transformación de una sociedad mercantil a Empresa Pública, pues actualmente los requisitos para las transformaciones previstas distan mucho de los requisitos que se requieren para la transformación a Empresa Pública; cabe destacar que el indicado artículo permanecerá intacto en sus dos primeras partes, incorporándose únicamente un inciso final, como observaremos a continuación:

“Art. 332.- La transformación se hará constar en escritura pública y se cumplirá con todos los requisitos exigidos por la ley para la constitución de la compañía cuya forma se adopte. Además se agregará a la escritura el acuerdo de transformación, la lista de los accionistas o socios que hayan hecho uso del derecho de separarse de la compañía por no conformarse con la transformación, y el balance final cerrado el día anterior a del otorgamiento de la escritura, elaborado como si se tratara de un balance para la liquidación de la compañía.

La transformación surtirá efecto desde la inscripción en el Registro Mercantil.

En el caso de la transformación de una sociedad anónima a una Empresa Pública, se cumplirán con los requisitos establecidos en el Ley Orgánica de Empresas Públicas, requeridos para la constitución de una Empresa Pública; será único título habilitante para esta transformación el Decreto

¹⁶² Ley de Compañías. R.O. N° 312 del 05 de noviembre de 1999.

Ejecutivo de creación de la Empresa Pública. La transformación surtirá efecto a partir de la inscripción de la respectiva cancelación en el Registro Mercantil.”

Con las reformas propuestas en líneas anteriores, se incorpora un nuevo tipo de transformación, permitiendo y viabilizando la transformación de las sociedades anónimas a Empresas Públicas.

6.2.- A LA LEY ORGÁNICA DE EMPRESAS PÚBLICAS

Otro de los cuerpos normativos que requieren reformas tanto en el ámbito de lo relacionado a la transformación de las Empresas Públicas, como a su vez en lo que atañe a sus disposiciones transitorias, es la Ley Orgánica de Empresas Públicas¹⁶³, que de igual manera que el cuerpo normativo que antecede, a lo largo del presente estudio se han expuesto las diversas falencias que tiene esta Ley y que a continuación se hará referencia nuevamente y se propondrá las respectivas reformas que permitan depurar estos errores.

RÉGIMEN LABORAL Y DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

En primer lugar, conforme lo referido en el tercer capítulo, en lo que respecta al régimen laboral de las Empresas Públicas, observamos que en cuanto a las controversias que surjan entre la Empresa Pública y sus servidores de carrera y obreros, se confunde las calidades que estos tienen, es decir, la normativa que respalda a cada uno de ellos, pues en la LOEP no se hace la respectiva diferenciación que deben tener los obreros que se encuentran sujetos al Código del Trabajo y por ende a los Jueces del Trabajo y los servidores públicos de carrera, sujetos a la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que deberán estar sujetos a los Jueces de lo Contencioso Administrativo, pues en lo que al desempeño de su trabajo respecto, estos recibirán constantes actos administrativos, que no podrán ser impugnados ante un Juez del Trabajo –como lo prevé la LOEP-, al no tener estos la respectiva competencia, sino que, este

¹⁶³ Ley Orgánica de Empresas Públicas. R.O.S. N° 48 del 16 de octubre de 2009.

tipo de actos deberían ser impugnados ante una Sala del Tribunal Contencioso Administrativo, dado que estos Jueces tienen esta competencia; por lo indicado, es menester realizar una reforma a los artículos 29 y 32 de la LOEP, como se observará más adelante.

Respecto al Art. 29, se deberá realizar una división del indicado artículo, efectuando una diferenciación de los dos tipos de trabajadores que tienen las Empresas Públicas y con ello se efectúa una distinción de la competencia y el procedimiento que en cada caso compete, como lo observamos a continuación:

“Art. 29.- COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO.- Para efectos de la competencia y del procedimiento en las relaciones contractuales generadas entre las empresas públicas y empleados con nombramiento de libre remoción y de carrera se estará a lo dispuesto en esta Ley, así como en las disposiciones aplicables de las leyes que regulan la administración pública.

Para efectos de la competencia y del procedimiento en las relaciones contractuales generadas entre las empresas públicas y sus obreros, se estará a lo dispuesto en esta Ley y en el Art. 568 y siguientes de la Codificación del Código del Trabajo.

Para efectos del desistimiento, del abandono y de la prescripción, se estará a lo dispuesto en el Título VIII de la Codificación del Código de Trabajo.”

Como ya se indicó previamente, se generó una división del primer inciso, a través del cual se generó una división de las competencias respecto de quienes laboran en estas Empresas Públicas, dejando en la primera parte del artículo lo referido a los servidores públicos e incluyendo un segundo inciso en el cual se hace referencia a los obreros regulados por el Código de Trabajo¹⁶⁴.

¹⁶⁴ Código de Trabajo. R.O.S. N° 167 del 16 de diciembre de 2005.

Conjuntamente con el artículo antes referido, es menester realizar la reforma al Art. 32, como ya se ha hecho mención, mismo que a su vez confunde la competencia que tienen los Jueces al momento de resolver cualquier controversia, pues somete tanto a los obreros, como a los servidores públicos a la competencia de los Jueces de Trabajo, mismos que no son aptos para conocer las diferencias entre un servidor público y la Empresa Pública, pues como ya se anticipó, en las relaciones entre estos, mediarán siempre actos administrativos, mismos que deben ser impugnados ante un Juez de lo Contencioso Administrativo y no ante un Juez de Trabajo; se propone la siguiente reforma:

“Art. 32.- SOLUCION DE CONTROVERSIAS.- Las controversias que se originaren de las relaciones provenientes de la prestación de servicios entre las empresas públicas y sus empleados de carrera y los de libre remoción, cuando existan actos administrativos de por medio, serán solventados en el marco del derecho administrativo, teniendo competencia los Jueces de las Salas de lo Contencioso Administrativo.

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

Se observa una vez más la división que se genera entre las distintas calidades de trabajadores que tiene una Empresa Pública, pues como he mencionado con anterioridad, no es posible someter a un servidor público a la competencia de un Juez o Autoridad de trabajo, pues en el caso de surgir controversias y ponerlas en su conocimiento, estos de oficio inadmitirán la causa, argumentando la existencia de falta de competencia para este tipo de controversias.

CONTRATACIÓN PÚBLICA

Dentro del Art. 34, mismo que se refiere al Régimen de contrataciones en las Empresas Públicas y dada la necesidad de las mismas para realizar ciertas

contrataciones, con el mayor dinamismo, que en muchos casos no lo garantiza la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública¹⁶⁵, resulta necesario incorporar en el numeral 3 de dicho artículo que se refiere al Régimen Especial, un párrafo que faculte a la máxima Autoridad de la Empresa Pública, bajo su responsabilidad exclusiva, a declarar de manera motivada que una determinada actividad no se sujetará a dicha Ley, sino a una normativa específica establecida para el efecto al interior de la Empresa Pública, sin que aquello signifique que esta forma de contratación estaría fuera del control de las Autoridades pertinentes; al efecto, se recomienda la incorporación del siguiente párrafo:

“Art. 34.- CONTRATACION EN LAS EMPRESAS PÚBLICAS.-

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

Así mismo en casos en los que las empresas públicas requieran realizar contrataciones con mayor dinamismo del permitido por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, queda facultada la Máxima Autoridad de la Empresa Pública a resolver motivadamente la no aplicación de la indicada Ley, sino la sujeción a una normativa específica a ser aprobada al interior de la Empresa Pública. Este tipo de contrataciones estará sujeta a los mecanismos de control previstos en esta Ley.”

¹⁶⁵ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. R.O.S. N° 395 del 04 de agosto de 2008.

RÉGIMEN TRANSITORIO

Considerando que el régimen transitorio considerado en la Ley Orgánica de Empresas Públicas¹⁶⁶, que recordemos, fue promulgada en el año 2009, ha sido agotado en parte y en otra parte no ejecutado, resulta necesario introducir al mismo varias disposiciones que permitan su actual aplicación:

“2.2. REGIMEN TRANSITORIO PARA LAS SOCIEDADES ANONIMAS EN LAS QUE EL ESTADO A TRAVES DE SUS ENTIDADES Y ORGANISMOS ES ACCIONISTA MAYORITARIO.

2.2.1 Sociedades anónimas del sector eléctrico: En las sociedades anónimas en las que el Estado a través de sus entidades y organismos sea accionista mayoritario, constituidos con anterioridad a la expedición de esta Ley, cuyo objeto social sea la generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica, se observará el siguiente procedimiento:

2.2.1.1. Las acciones y los certificados de aportes para futuras capitalizaciones en las empresas eléctricas de generación, transmisión, distribución y comercialización de propiedad del Fondo de Solidaridad, serán transferidas al Ministerio Rector encargado del sector eléctrico ecuatoriano.

2.2.1.2. El Ministerio Rector encargado del sector eléctrico ecuatoriano en un plazo no mayor a 365 días, a partir de la reforma de esta Ley y la incorporación de los valores necesarios en el Presupuesto General del Estado, podrá: 1. Resolver la fusión, liquidación, escisión o disolución de las sociedades anónimas en las que es accionista; 2. Comprar las acciones de propiedad de accionistas minoritarios públicos o privados, de manera que éstas empresas sean propiedad del Gobierno Central en los términos

¹⁶⁶ Ley Orgánica de Empresas Públicas. R.O.S. N° 48 del 16 de octubre de 2009.

señalados en esta Ley; y, 3. Constituir tenedoras de acciones de las empresas en las cuales es accionista.

En el caso de que el Ministerio Rector del sector eléctrico ecuatoriano compre las acciones de los gobiernos autónomos descentralizados, los valores correspondientes a esos títulos se entregarán con cargo a inversiones en servicios públicos en la jurisdicción de esos gobiernos o en efectivo y serán distintos a los que por ley les corresponda. Los egresos necesarios deberán incorporarse en el Presupuesto General del Estado en los subsiguientes ejercicios económicos, al valor nominal que se registre en Libros así como en los registros contables de aportes para futura capitalización.”

Se recomienda eliminar la parte final de esta Transitoria que señalaba: “que determine un experto contratado para el efecto, aplicando parámetros técnicos propios de la industria. El experto será seleccionado en conjunto entre el Ministerio Rector del Sector Eléctrico ecuatoriano y los gobiernos autónomos descentralizados que correspondan. De no existir acuerdo para dicha designación en un plazo máximo de treinta días, será el Ministerio Rector del Sector Eléctrico quien lo realice”, dado que el suscrito considera que por la forma como llegaron a ser accionistas los GADs Municipales y Provinciales no debería sino reconocerse el valor nominal de las acciones.

Las acciones que el Ministerio Rector del sector eléctrico ecuatoriano compre a los accionistas privados se pagarán en el plazo que acuerden las partes, conforme el mecanismo de compra acordado de conformidad con las disponibilidades del Presupuesto General del Estado.

2.2.1.3. Una vez producida la compra de las acciones prevista en el número anterior, las sociedades anónimas se disolverán sin liquidarse, siguiendo el mismo procedimiento previsto en la Disposición Transitoria 2.1 anterior, y observando el mismo tratamiento para el talento humano, patrimonio, activos, pasivos y demás aspectos previstos en dicho régimen transitorio. Los aspectos relativos a la transición que no consten en este régimen

transitorio se desarrollarán en el decreto ejecutivo, norma regional u ordenanza de creación de la o las empresas públicas de generación, transmisión, distribución y comercialización eléctrica.

Dado que en las reformas recomendadas a las Transitorias anteriores se ha dejado “abierto” el tiempo a efecto de la compra, consolidación de acciones y transformación, no resultaría necesario mantener el régimen de excepción establecido en los numerales 2.2.1.4 y 2.2.1.5, sin embargo, si debe mantenerse la ficción jurídica que contiene los mismos mientras se ejecute los respectivos procesos de transformación:

“2.2.1.4. Régimen de excepción.- Mientras se ejecute el proceso de compra, consolidación y transformación de las sociedades mercantiles en Empresas Públicas, estas empresas seguirán operando como compañías anónimas reguladas por la Ley de Compañías¹⁶⁷, exclusivamente para los asuntos de orden societario. Para los demás aspectos tales como el régimen tributario, fiscal, laboral, contractual, de control y de funcionamiento de las empresas se observarán las disposiciones contenidas en esta Ley y sus reformas. Las acciones de estas compañías no podrán ser transferidas al sector privado.”

Así mismo, debería eliminarse el numeral 2.2.1.5, puesto que las Empresas señaladas en el mismo ya se hallan consideradas en el numeral 2.2.1.4 propuesto.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA GENERAL

De manera adicional y en razón de la absorción del Ministerio de Electricidad y Energías Renovables, por parte del Ministerio de Energía y Recursos Naturales no renovables, resuelto mediante Decreto Ejecutivo No. 399, de fecha 15 de mayo de 2018, es menester reformar en la Ley Orgánica de Empresas Públicas¹⁶⁸ y particularmente en cualquier disposición que se refiera al Ministerio de

¹⁶⁷ Ley de Compañías. R.O. N° 312 del 05 de noviembre de 1999.

¹⁶⁸ Ley Orgánica de Empresas Públicas. R.O.S. N° 48 del 16 de octubre de 2009.

Electricidad y Energías Renovables se incorpore al Ministerio de Energía y Recursos Naturales no renovables:

DISPOSICIÓN TRANSITORIA

DÉCIMO PRIMERA

“Dada la fusión por absorción por parte del Ministerio de Electricidad y Energías Renovables al Ministerio de Energía y Recursos Naturales no renovables en cualquier disposición de la presente Ley que diga Ministerio de Electricidad léase Ministerio de Energía y Recursos Renovables”.

6.3.- A LA LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO DE ENERGÍA ELÉCTRICA –LOSPEE-

De igual manera, como se ha observado a lo largo del presente estudio y en el presente apartado, otra de las normativas que requiere una reforma para viabilizar la transformación de las sociedades mercantiles a Empresas Públicas es la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica¹⁶⁹, precisamente su Disposición Transitoria Décimo Segunda, dentro de la cual se prevé un régimen transitorio para las Empresas aludidas en el Mandato Constituyente No. 15, es decir, las Empresas Eléctricas que no han concluido su proceso de transformación, como se sugerirá a continuación:

“Décima Segunda.- Empresas incluidas en el régimen previsto en el Mandato Constituyente No. 15.- Para el caso de las empresas citadas en el Mandato Constituyente No. 15, en la Disposición Transitoria Tercera, primer inciso, y en la Disposición Transitoria Segunda numeral 2.2.1.5 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas¹⁷⁰, el Ministerio de Energía y Recursos Renovables, en un plazo no mayor a 365 días a partir de la

¹⁶⁹ Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica. R.O.S. N° 418 del 16 de enero de 2015.

¹⁷⁰ Ley Orgánica de Empresas Públicas. R.O.S. N° 48 del 16 de octubre de 2009.

reforma de esta Ley y la incorporación de los valores necesarios en el Presupuesto General del Estado, llevará a cabo todas las acciones que sean necesarias, a efectos de que las mismas se estructuren como empresas públicas, para lo cual, consolidará a su favor el paquete accionario.”

En el presente artículo se ha eliminado el plazo otorgado inicialmente por esta Ley, dado que dentro del plazo previsto no se logró culminar el proceso de transformación, por los motivos en este trabajo expuestos; se considera necesario el otorgar un nuevo plazo que faculte la culminación de este proceso y a su vez deja abierta la posibilidad de incrementar dicho plazo en el caso de no incorporarse los valores necesarios dentro del Presupuesto General del Estado.

Una vez consolidada la totalidad #1 paquete accionario a favor del Ministerio de Energía y Recursos Renovables, estas empresas se disolverán sin liquidación y se transformarán en empresas públicas.

Corresponde al Ministerio de Energía y Recursos Renovables solicitar al Ministerio de Finanzas los recursos económicos que deberán provenir del Presupuesto General del Estado, con el objeto de adquirir las acciones y aportes para futura capitalización que mantengan los gobiernos autónomos descentralizados, accionistas privados y otros accionistas al valor nominal que consta en libros.

Las empresas citadas en la Disposición Transitoria Tercera, primer inciso del Mandato Constituyente No. 15 y en la Disposición Transitoria Segunda numeral 2.2.1.5 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas¹⁷¹, una vez finalizado cada ejercicio económico en el plazo de 15 días a partir del cierre de este, notificarán al Ministerio de Energía y Recursos Renovables el valor nominal en libros de las acciones y aportes para futura capitalización con el fin de que en el plazo acordado entre el cesionario y el adquirente, sean adquiridas y se consolide el paquete accionario a favor de dicha Cartera de Estado.

¹⁷¹ Ley Orgánica de Empresas Públicas. R.O.S. N° 48 del 16 de octubre de 2009.

En el inciso antes citado se elimina la última parte de este, que establece que “En caso de que las empresas que constan en la Disposición Transitoria Tercera, primer inciso del Mandato Constituyente No. 15 y en la Disposición Transitoria Segunda numeral 2.2.1.5 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas existan accionistas que pertenezcan a instituciones públicas del Gobierno Central y a empresas públicas del sector eléctrico, dichas acciones pasarán a título gratuito al Ministerio de Electricidad y Energía Renovable.”, el suscrito considera que es indispensable eliminar dicho texto, pues como se analizó en el capítulo que antecede, este constituye una confiscación de las acciones que no han sido transferidas, siendo este accionar inconstitucional.

El Ministerio de Electricidad y Energía Renovable podrá pagar las acciones y aportes para futuras capitalizaciones a los gobiernos autónomos descentralizados, a través de la ejecución de obras de infraestructura en sus respectivas circunscripciones o en efectivo, por el valor nominal de las acciones que estos posean.

Además el pago a los accionistas de las empresas eléctricas deberá prioritariamente incluir el mecanismo de compensación por las deudas pendientes que mantengan con el Estado y/o por los aportes gubernamentales a obras de infraestructura que ejecutan o ejecutarán los gobiernos autónomos descentralizados; así mismo el pago a los accionistas de las empresas eléctricas se podrá realizar a través de los mecanismos o instrumentos que defina el Ministerio de Finanzas.

Finalmente, de igual manera a la recomendación que antecede, el suscrito considera necesario la eliminación de la totalidad del último inciso de esta disposición transitoria, misma que prevé que:

“Si cumplido un año de vigencia de esta ley el gobierno autónomo descentralizado no procediere al traspaso de dominio de las acciones una vez formulado el mecanismo de compensación por las deudas pendientes que mantengan con el Estado y/o por los aportes gubernamentales a obras

de infraestructura que ejecutan o ejecutarán o no se llegare a un acuerdo respecto del traspaso de acciones, a efectos de consolidar el paquete accionario, el Directorio de la empresa dispondrá a su representante legal que, verificado el valor en libros de las acciones y de las obras compensatorias, proceda a expedir nuevas acciones e inscribirlas en el Libro de Acciones y Accionistas en favor del Ministerio de Electricidad y Energía Renovable, así como a anular las antiguas acciones, no requiriéndose de otros requisitos o procedimientos para tal efecto. Esta decisión podrá ser impugnada en la vía judicial.”.

Lo antes recomendado lo hago bajo el mismo argumento antes expuesto, dado que este inciso constituye una verdadera confiscación de las acciones que por cualquier motivo no han sido transferidas, convirtiéndose nuevamente este accionar en un tema inconstitucional.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA GENERAL

De igual manera a lo realizado en el apartado que antecede, en razón de la absorción del Ministerio de Electricidad y Energías Renovables, por parte del Ministerio de Energía y Recursos Naturales no renovables, resuelto mediante Decreto Ejecutivo No. 399, de fecha 15 de mayo de 2018, es menester reformar en la Ley Orgánica de Empresas Públicas¹⁷² y particularmente en cualquier disposición que se refiera al Ministerio de Electricidad y Energías Renovables se incorpore al Ministerio de Energía y Recursos Naturales no renovables:

DISPOSICIÓN TRANSITORIA -

“DÉCIMO QUINTA.- Dada la fusión por absorción por parte del Ministerio de Electricidad y Energías Renovables al Ministerio de Energía y Recursos Naturales no renovables en cualquier disposición de la presente Ley que diga Ministerio de Electricidad léase Ministerio de Energía y Recursos Renovables”.

¹⁷² Ley Orgánica de Empresas Públicas. R.O.S. N° 48 del 16 de octubre de 2009.

CONCLUSIONES

Durante el desarrollo del presente estudio se han venido plasmando diversas conclusiones a las cuales ha conducido el análisis y la investigación realizada por el suscrito, no obstante lo indicado, creo es menester efectuar en el presente apartado tres conclusiones que a criterio propio son las más importantes, respecto de todas las alcanzadas y de alguna manera consolidan aquellas constantes en el trabajo:

En primer lugar, durante el desarrollo de este estudio he logrado el convencimiento respecto de la eficiencia desde un punto de vista económico, así como la efectividad en la prestación de sus servicios que ha tenido empresas como la Empresa Eléctrica Regional Centro Sur C.A., durante su operación tanto como una sociedad mercantil como durante su desempeño como Empresa Pública, pese a no haber culminado su proceso de transformación, presentando altos índices de calidad y eficiencia, demostrados a través de los reconocimientos que esta Empresa Eléctrica ha obtenido, así como por los superávits de ésta ha venido presentando al cierre de sus ejercicios económicos de los diez últimos años, que evidencian un modelo económico y de gestión exitoso.

Lo antes indicado, a mi entender, deja entrever y destruye premisas y paradigmas que se manejan comúnmente, que establecen que toda gestión pública es mala o inadecuada, pues se ha demostrado por ejemplo, que en el caso de la empresa aludida, dicha aseveración carecería de sustento, más aún si consideramos que los datos que evidencian sus niveles de gestión son comparativos no solamente respecto de otras empresas ecuatorianas, públicas y privadas, sino se respalda con los datos comparativos realizados con empresas públicas y privadas a nivel latinoamericano, como a su vez a nivel mundial.

Vinculado con lo anterior y desde un punto de vista eminentemente legal, la estructura de nuestra economía considerada en la Constitución de la República y que no solamente considera (como Constituciones anteriores) a los sectores

público y privado, sino al sector de las Empresas Públicas, resultaría adecuada y de hecho permitiría el desarrollo de un importante sector de la economía.

Como segunda gran conclusión surge para mi persona, aquella relacionada a la necesidad de que el Estado mantenga el control y gestión de los Sectores Estratégicos y entre ellos el de la energía eléctrica, a ser regidos no desde el sector público propiamente dicho, sino a través de Empresas Públicas con su debida autonomía económica, administrativa y de gestión, conforme muy bien lo define el Art.315 de nuestra texto Constitucional, pues a mi entender el control de sector estratégicos puede permitir al país un adecuado desarrollo y en contrario una pérdida de control o gestión de éstos sectores puede generar graves riesgos para la economía y su desarrollo.

Finalmente, la tercera conclusión de mayor trascendencia que se ha manejado a lo largo del presente estudio, es la imperante necesidad de adecuar el marco normativo que en nuestro ordenamiento no permite la total transformación de ciertas sociedades mercantiles, tales como la EERCSCA, en Empresas Públicas, particular que ha mantenido a estas en lo que he venido denominado como un limbo jurídico, pues no existe una total sujeción al sector público ya que aún para ciertos aspectos las rige el ámbito privado, siendo menester a mi criterio impulsar reformas legales para superar la problemática existente.

BIBLIOGRAFÍA

- Chávez, D. & Torres, S. (2013). Introducción: Empresas Públicas y Desarrollo en Uruguay, América Latina y el Mundo. *La Reinención del Estado*. (pp. 13-27). Montevideo, Uruguay: Transnational Institute, ANTEL y MIEM-DNI.
- Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial N° 449. 20 de octubre de 2008.
- Constitución Política de la República del Ecuador. Registro Oficial N° 1. 11 de Agosto de 1998.
- Constitución Política del Ecuador. Registro Oficial N° 800. 27 de marzo de 1979.
- Código Civil. Registro Oficial Suplemento N° 46. 24 de Junio de 2005.
- Código de Trabajo. Registro Oficial Suplemento N° 167. 16 de diciembre de 2005.
- Código Tributario. Registro Oficial Suplemento N° 38. 14 de junio de 2005.
- Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. Registro Oficial Suplemento N° 303. 19 de octubre de 2010.
- Código de Comercio. Registro Oficial Suplemento N° 1202. 20 de agosto de 1960.
- Dávila Torres, C. (2011). *Derecho Societario, Volumen II*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Decreto Ejecutivo N° 1459. 13 de marzo de 2013.
- Decreto Ejecutivo N° 220. Registro Oficial N° 128. 11 de febrero de 2010.
- Enmiendas Constitucionales s/n. Registro Oficial Suplemento N° 653. 21 de diciembre de 2015.
- González Calle, F. (2017). *Las Empresas Públicas en el Ecuador, su situación Jurídica y su Régimen Laboral*. Cuenca, Ecuador: Universidad de Cuenca.
- Guajardo Soto, G. (2013). Empresas Públicas en América Latina: Historia, Conceptos, Casos y Perspectivas. *Revista de Gestión Pública, Volumen II* (1). 5-24.
- Gutiérrez Ossa, J. & Varela Barrios, E. (2013). Estructura de prestación de los servicios públicos domiciliarios (SPD) de energía eléctrica en Bogotá y la Costa Atlántica. *Finanzas y Política Económica, Volumen V* (2). 115-140.
- Kowalski, P. et al. (2013), *State-Owned Enterprises: Trade Effects and Policy Implications*, OECD Trade Policy Papers, No. 147, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/5k4869ckqk7l-en>.

- Ley Básica de Electrificación. Registro Oficial N° 387. 10 de Septiembre de 1973.
- Ley de Compañías. Registro Oficial N° 312. 5 de Noviembre de 1999.
- Ley de Mercado de Valores. Registro Oficial Suplemento N° 215. 22 de febrero de 2006.
- Ley de Modernización del Estado, privatizaciones y prestación de servicios públicos por parte de la iniciativa privada. Registro Oficial N° 349. 31 de diciembre de 1993.
- Ley de Presupuestos del Sector Público. Registro Oficial Suplemento N° 76. 30 de noviembre de 1992.
- Ley de Régimen del Sector Eléctrico. Registro Oficial Suplemento N° 43. 10 de Octubre de 1996.
- Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. Registro Oficial Suplemento N° 22. 09 de septiembre de 2009.
- Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Registro Oficial Suplemento N° 595. 12 de junio de 2002.
- Ley Orgánica de Empresas Públicas. Registro Oficial Suplemento N° 48. 16 de octubre de 2009.
- Ley Orgánica para la Recuperación del Uso de los Recursos Petroleros del Estado y Racionalización Administrativa de los Procesos de Endeudamiento. Registro Oficial N° 308. 03 de abril de 2008.
- Ley Orgánica Reformativa a las Leyes que rigen el Sector Público. Registro Oficial Suplemento N° 1008. 19 de mayo de 2017.
- Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica. Registro Oficial Suplemento N° 418. 16 de enero de 2015.
- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Registro Oficial Suplemento N° 395. 04 de agosto de 2008.
- León Orellana, B. (1993). *El Proceso de Privatización en el Ecuador*. Ecuador: Fundación Ecuador.
- Mandato Constituyente N° 15. Registro Oficial Suplemento N° 393. 31 de julio de 2008.
- Mera Robalino, D. (2011). *Régimen Laboral de las Empresas Públicas: Período de Transición de las Sociedades Mercantiles del Sector Eléctrico en Empresas Públicas* (Tesis para la obtención del magister en Derecho Administrativo). Universidad Técnica Particular de Loja. Loja, Ecuador.
- Morales, F. (1990). La Empresa Pública en América Latina, Origen, Desarrollo y Crisis: el Caso de Chile. *Revista de Administración Pública*, (77). 119-130.

- Ordenanza De Constitución, Organización y Funcionamiento de la Empresa Pública Municipal De Aseo De Cuenca EMAC –EP. I. Concejo Cantonal de Cuenca. 05 de marzo de 2010.
- Ordenanza De Constitución, Organización y Funcionamiento de la Empresa Pública Municipal De Movilidad, Tránsito y Transporte De Cuenca – EMOV EP. I. Concejo Cantonal de Cuenca. 09 de abril de 2010.
- Orozco M. & Quiroz, G. (17 de septiembre de 2018). Empresas Estatales Ineficientes o que viven del Fisco, a Liquidación o Fusión. *El Comercio*. Recuperado de: <https://www.elcomercio.com/actualidad/empresasestatales-ineficientes-fisco-liquidacion-fusion.html>.
- Premios CIER. (2017). Recuperado de: <http://www.cier.org/es-uy/Documents/Premios%20CIER%202017%20WEB.pdf>.
- Stiglitz, J. (2000). *La Economía del Sector Público*. Barcelona, España: Antoni Bosch, editor, S.A.
- The Economist Group Limited. (21 de enero de 2012). *Rise of State Capitalism*. Recuperado de: <https://www.joserobertoafonso.com.br/attachment/6911>.