

CAPACIDAD ASOCIATIVA DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS QUE TENGAN COMO OBJETIVO LA GESTIÓN DE SECTORES ESTRATÉGICOS O LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS



CARLOS GERARDO BALDEÓN BARRIGA
PRESIDENTE GRUPO CEAS



**CAPACIDAD ASOCIATIVA DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS QUE TENGAN COMO
OBJETIVO LA GESTIÓN DE SECTORES ESTRATÉGICOS O LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS
PÚBLICOS.**

Carlos Gerardo Baldeón Barriga

NOVIEMBRE, 2020

CRÉDITOS

CAPACIDAD ASOCIATIVA DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS QUE TENGAN COMO OBJETIVO LA GESTIÓN DE SECTORES ESTRATÉGICOS O LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS.

Autora y Edición General

Carlos Gerardo Baldeón Barriga

Impresión digital

Grupo CEAS

Quito – Ecuador 2020

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni en todo ni en parte, ni transmitida por ningún sistema de recuperación de información, sin autorización del titular de los derechos de autor.

AUTOR

Carlos G. Baldeón B.

Nacido en Riobamba, Ecuador. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Máster en Derecho Constitucional por la Universidad española Castilla La Mancha. Máster en Contratación Pública por la Universidad Andina Simón Bolívar. Concluidos sus estudios de PHD en Derecho. Auditor de la ISO 37.001 y Oficial de Cumplimiento Antisoborno en Contratación Pública. Asesor en contratación pública de importantes proyectos en el Ecuador. Presidente GRUPO CEAS. Catedrático Universitario. Conferencista y Capacitador. Autor de numerosas publicaciones jurídicas: “Aplicación de las multas en el Sistema Nacional de Contratación Pública”, “Normativa aplicable en la ejecución de los contratos a partir de la publicación de la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública; y, Análisis de las reformas que en ella se introducen”, “Sistema Nacional de Contratación Pública – Reflexiones Relevantes – Tercera Edición”, “La normalización como pilar innovador de la contratación pública”, “Participación de empresas extranjeras en la Contratación Pública Ecuatoriana”, “La Acción de Protección Ecuatoriana y breves comentarios del Recurso de Amparo Español”, “Libro Especialistas “Derecho de la Contratación Pública”.- Modificaciones de los contratos públicos, análisis comparado entre Ecuador y España”, “Mecanismos de Impugnación y Solución de Controversias en énfasis en Contratación Pública (Memorias del Seminario Internacional realizado en Quito Noviembre 2011) - Ponencia: “La acción de protección en el ámbito de la contratación pública”

cgbaldeon@ceas.com.ec

www.grupoceas.com.ec

Al amparo de lo dispuesto en la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada (actualmente derogada), en el año 1997 el Ecuador pretendió privatizar sectores estratégicos del país a través de la venta de “negocios en marcha”, para lo cual se reformó la Ley de Compañías permitiendo que se constituyan sociedades anónimas con un solo accionista, siempre que este sea el Estado ecuatoriano.

Se pretendía que las compañías anónimas de propiedad del Estado (a través del Fondo de Solidaridad) se privaticen por medio de la venta de sus acciones; sin embargo, como es de conocimiento público, este proceso fracasó, de forma que dichas sociedades anónimas que, como tales, debían regirse en el ámbito del derecho privado, debieron someterse al control de la Contraloría General del Estado pues manejaban recursos públicos, generándose una gran incertidumbre e inseguridad jurídica respecto a su funcionamiento.

En este contexto, a través de la Constitución de Montecristi se regresó al modelo en que el Estado debe encargarse directamente de la gestión de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos, a través de sus empresas públicas, las cuales, conforme lo dispone el artículo 315 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE), también pueden dedicarse al aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas. La participación de la iniciativa privada en los primeros ámbitos procede únicamente de forma excepcional, conforme lo dispone el artículo 316 de la Norma Fundamental, razón por la cual, se habla de que se favorece un esquema de un Estado empresario.

A fin de evitar que el modelo propuesto en Montecristi vuelva a fracasar¹, el legislador, en su momento, procuró que las empresas públicas tengan una regulación, por decirlo de alguna manera, diferenciada, a fin de que éstas puedan ser rentables desde el punto de vista económico o social. Se les reconoce entonces, entre otros aspectos, su amplia capacidad asociativa para el cumplimiento de sus fines y objetivos empresariales², esto

¹ Debemos recordar que en el año 1997 se intentó realizar un proceso de privatización justamente porque se consideraba que el Estado no estaba haciendo una buena labor en la gestión de los sectores estratégicos y en la prestación de los servicios públicos.

² En efecto, el artículo 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, en lo pertinente, dispone:

“Art. 35.- CAPACIDAD ASOCIATIVA.- Las empresas públicas tienen capacidad asociativa para el cumplimiento de sus fines y objetivos empresariales y en consecuencia para la celebración de los contratos que se requieran, para cuyo efecto podrán constituir cualquier tipo de asociación, alianzas estratégicas, sociedades de economía mixta con sectores públicos o privados en el ámbito nacional o internacional o del sector de la economía popular y solidaria, en el marco de las disposiciones del artículo 316 de la Constitución de la República.”

es, entre otros, la gestión de los sectores estratégicos y la prestación de servicios públicos.

En el presente artículo realizo ciertas reflexiones que me parece importante tenerlas en cuenta respecto a la capacidad asociativa de las empresas públicas que tengan como objetivo la gestión de los sectores estratégicos y la prestación de servicios públicos.

En primer lugar, es necesario recordar que como consecuencia de la capacidad asociativa de la que gozan las empresas públicas, el artículo 35 de la LOEP señala que se *“...podrán constituir cualquier tipo de asociación, alianzas estratégicas, sociedades de economía mixta con sectores públicos o privados en el ámbito nacional o internacional o del sector de la economía popular y solidaria, en el marco de las disposiciones del artículo 316 de la Constitución de la República.”*

En este sentido, podemos distinguir modalidades asociativas con personalidad jurídica (empresas de economía mixta) y sin personalidad jurídica (asociaciones, alianzas estratégicas), cualquiera de las cuales le permitirá a la empresa pública el cumplimiento de sus objetivos y fines empresariales.

1. Respetto a las Empresas de Economía Mixta:

El artículo 316 de la Carta Magna ordena que *“El Estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria.”*

En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 315 y 316 de la Constitución de la República, vale distinguir que las empresas públicas como tales son quienes pueden encargarse de forma directa de la gestión de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos; pues hacerlo a través de una empresa de economía mixta conlleva una primera forma de delegación por parte del Estado.

Vale recordar que, mediante sentencia N°001-12-SIC-CC 0008-10-IC de 5 de enero de 2012, publicada en el Registro Oficial Suplemento N°629 de 30 de enero de 2012, la Corte Constitucional del Ecuador, en lo pertinente, señaló:

“Debe entenderse que las empresas públicas únicamente gozan de la facultad de gestionar los sectores estratégicos y/o prestar los servicios públicos, para los que hubieren sido autorizadas, sin que les esté permitido a su vez, a dichas empresas

públicas, delegar a la iniciativa privada la gestión de los sectores estratégicos y/o la prestación de los servicios públicos, lo cual es competencia de los organismos pertinentes conforme lo establecido en la ley." (El énfasis me corresponde).

Nótese que la prohibición de delegación que establece la Corte Constitucional se refiere, al menos en un primer momento, únicamente a la iniciativa privada, sin que se mencionen o consideren a las empresas de economía mixta que se constituyan como consecuencia de la capacidad asociativa de la que goza una empresa pública, situación que me hace presumir que probablemente no se tomó en cuenta lo dispuesto en el artículo 35 de la LOEP al momento de emitir la sentencia objeto de análisis.³

No obstante, la Corte Constitucional en la sentencia en cuestión continúa:

"Por lo tanto, solo el Estado Central puede autorizar a las empresas públicas la gestión de los sectores estratégicos y/o la prestación de los servicios públicos..."

Por otra parte, debe interpretarse que el Estado Central, a través de las autoridades de control y regulación competentes de la Administración Pública o gobierno central, que tengan dicha atribución legal, podrá delegar a empresas mixtas, o excepcionalmente a la iniciativa privada o economía popular y solidaria, la gestión de los sectores estratégicos y/o la prestación de los servicios públicos, en los casos contemplados en la ley de la materia o sector pertinente." (El énfasis me corresponde).

En este orden de ideas, toda vez que la empresa de economía mixta (CEM), tiene personalidad jurídica propia, diferente de los socios que la conforman (entre ellos la empresa pública con mayoría accionaria), considero que resulta impreciso señalar que éste sea un medio que le permite a la empresa pública el cumplimiento de sus fines y

³ El artículo 35 de la LOEP prevé la posibilidad de que las empresas públicas conformen una CEM para la gestión de sectores estratégicos o la prestación de servicios públicos. Así, la norma citada, en lo pertinente, dispone:

"...De conformidad con lo previsto en el artículo 316 de la Constitución de la República, la empresa pública que haya constituido una empresa mixta para la gestión de sectores estratégicos o prestación de servicios públicos, deberá tener la mayoría de la participación accionaria en la empresa de economía mixta constituida. La empresa pública podrá contratar la administración y gestión de la empresa, sea ésta pública o mixta.

Para otro tipo de modalidades asociativas, distintas a las empresas mixtas que se constituyan para la gestión de sectores estratégicos o prestación de servicios públicos, la empresa pública podrá participar en éstas con un porcentaje no mayoritario, de conformidad con el artículo 316 de la Constitución y la ley." (El énfasis me corresponde).

objetivos empresariales, más aún si tenemos en cuenta que, de conformidad con el artículo 316 de la CRE, dicha CEM requiere una delegación para participar en la gestión de sectores estratégicos o la prestación de servicios públicos conferida por las autoridades de control y regulación competentes de la administración pública o gobierno central; con lo cual, en mi criterio, no le servirá para este efecto la autorización que se le haya conferido a la empresa pública.

En consecuencia, conforme al marco constitucional analizado, en mi criterio, la empresa de economía mixta constituida al amparo de lo dispuesto en el artículo 35 de la LOEP deberá obtener la delegación correspondiente para participar en la gestión de un sector estratégico o en la prestación de un servicio público, observando para el efecto lo dispuesto en las leyes sectoriales (Ley Orgánica de Telecomunicaciones -LOT-, Ley Orgánica de Servicio Público de Energía Eléctrica -LOSPEE-, Ley de Minería, entre otras); o, en su ausencia, en leyes generales (Código Orgánico Administrativo -COA-, Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización -COOTAD-, Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas y la Inversión Extranjera, Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones -COPCI-), que regulan estos mecanismos de delegación.

En mi opinión, la intención del legislador a través del artículo 35 de la LOEP fue que la empresa pública pueda cumplir sus objetivos y fines empresariales, manteniendo totalmente su competencia, esto es, sin que ésta sea delegada a la CEM; sin embargo, en el marco constitucional analizado, en mi entender, se deberán aplicar los cuerpos normativos citados en el párrafo precedente para obtener la delegación a favor de la CEM.

Sobre este tema, mediante oficio N°02121 de 28 de diciembre de 2018, la Procuraduría General del Estado absolvió las consultas formuladas por el Ministerio de Energía y Recursos Naturales no Renovables, en los siguientes términos:

“PRIMERA CONSULTA

- 1. ¿De conformidad con el inciso tercero del artículo 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y el artículo 12 de la Ley de Minería está legalmente facultada una empresa pública para constituir cualquier tipo de figura asociativa autorizada por la Ley, incluida una Sociedad Anónima con cualquier porcentaje de capital***

mayoritario, o minoritario, para el desarrollo de proyectos mineros (sector estratégico)?

...

*En atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con los artículos 12 de la Ley de Minería y 35 inciso tercero de la LOEP, la Empresa Nacional Minera, autorizada por el Estado para la gestión de la actividad minera, para el cumplimiento de su fin, y siempre respetando los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia reconocidos en el artículo 313 de la Constitución, puede asociarse, constituir compañías de economía mixta u otras modalidades asociativas, celebrar asociaciones, uniones transitorias, alianzas estratégicas y **en general todo acto o contrato permitido por las leyes nacionales, siempre que no implique una delegación de la gestión, ya que esta facultad es privativa del Estado y siempre que la participación de la empresa pública en la modalidad asociativa sea mayoritaria, por tratarse de gestión de sectores estratégicos. En tal virtud, deberá incorporar a su contrato de sociedad los mecanismos legalmente idóneos para que su participación en dicha sociedad siempre sea mayoritaria.** (El subrayado no corresponde al texto original).*

Como se puede observar, el requisito que establece la Procuraduría General del Estado para que la empresa pública, al amparo de lo dispuesto en el artículo 35 de la LOEP, pueda constituir una CEM es que la modalidad asociativa no implique una delegación de la gestión, pues reconoce que esta facultad es privativa del Estado, con lo cual, en mi entender, se ratifica que no basta la simple constitución de la CEM para que ésta pueda gestionar sectores estratégicos o prestar servicios públicos, sino que se requerirá que el Estado, a través del órgano de control y regulación competente, otorgue el título habilitante de delegación correspondiente.

Sin perjuicio de lo señalado, toda vez que, en la consulta realizada por el Ministerio de Energía y Recursos Naturales no Renovables, se manifiesta que la modalidad asociativa servirá para el desarrollo de proyectos mineros (sector estratégico), debo mencionar que no me llegó a imaginar un caso práctico en el que una CEM (modalidad asociativa que se expresa en la consulta), con personalidad jurídica propia, pueda desarrollar un

proyecto minero autorizado a la empresa pública, sin que esto conlleve una delegación de su gestión.⁴

1.1.1. Cesión del título habilitante conferido a una empresa pública:

En la línea de lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia anteriormente referida, las leyes sectoriales son coincidentes en señalar que las empresas públicas requieren la autorización como título habilitante para la gestión de sectores estratégicos o la prestación de servicios públicos; así como, en la mayoría de dichas leyes⁵, se establece que la concesión es el título habilitante por delegación que deben obtener las empresas de economía mixta⁶, la iniciativa privada y los actores de la economía popular y solidaria para poder gestionar sectores estratégicos o prestar servicios públicos.

⁴ Es más, debemos recordar que los incisos segundo y tercero (en el que se basa la consulta formulada) del artículo 35 de la LOEP establecen de forma expresa que las modalidades asociativas permitidas en dicha norma (entre las que se incluye a la CEM), pueden ser constituidas por las empresas públicas para la gestión de los sectores estratégicos o la prestación de los servicios públicos autorizados a la empresa pública.

⁵ En efecto, las leyes sectoriales, en el tema en cuestión disponen:

❖ Ley Orgánica de Telecomunicaciones:

“Art. 37.- Títulos Habilitantes.

La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones podrá otorgar los siguientes títulos habilitantes:

1. Concesión: Para servicios tales como telefonía fija y servicio móvil avanzado así como para el uso y explotación del espectro radioeléctrico, por empresas de economía mixta, por la iniciativa privada y la economía popular y solidaria.

2. Autorizaciones: Para el uso y explotación del espectro radioeléctrico, por las empresas públicas e instituciones del Estado...”

❖ Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica:

“Art. 28.- Autorización de operación.- El Ministerio de Electricidad y Energía Renovable tramitará y emitirá la respectiva autorización de operación para la ejecución, operación y funcionamiento de proyectos desarrollados por empresas públicas y mixtas.

Para el caso de las empresas mixtas, la autorización de operación se considerará como delegación que otorga el Estado, de conformidad con el artículo 316 de la Constitución de la República del Ecuador.

Los requisitos y procedimientos para el otorgamiento de la Autorización de Operación luego de su aprobación, así como los derechos y obligaciones del concedente y concesionarios, serán establecidos en la presente ley y su reglamento general y los títulos habilitantes respectivos.”

“Art. 29.- Contrato de concesión.- El Ministerio de Electricidad y Energía Renovable suscribirá contratos de concesión con empresas privadas y de economía popular y solidaria, cuyos proyectos hayan sido incluidos en el PME o aquellos que al no constar en el PME, hayan sido propuestos por las referidas empresas, observando la normativa expedida para el efecto.

Los requisitos y procedimientos para el otorgamiento del contrato de concesión luego de su aprobación, así como los derechos y obligaciones del concedente y concesionarios, serán establecidos en la presente ley y su reglamento general de aplicación y los títulos habilitantes respectivos.”

⁶ Cabe aclarar, por ejemplo, que la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica dispone que el título habilitante de las CEM es la autorización, pero el artículo 28 de dicho cuerpo normativo aclara que se la considera como una delegación que otorga el Estado.

Las leyes sectoriales a las que nos estamos refiriendo, de manera general, permiten la cesión de los títulos habilitantes o la transferencia de los derechos que de ellos se derivan, previa autorización de las autoridades de control y regulación competentes de la Administración Pública o gobierno central.⁷

Sin perjuicio de lo señalado, considero necesario tener en cuenta las siguientes consideraciones que podrían limitar o impedir que las empresas públicas puedan realizar la cesión de sus títulos habilitantes:

- ❖ La cesión de un título habilitante permite que el cesionario pueda ejercer los derechos derivados del título; es decir, en el caso que nos ocupa, la posibilidad de que la empresa pública (en su calidad de cedente) permita a través de la cesión, la participación de un tercero (socio público o privado) en la gestión de sectores estratégicos o en la prestación de servicios públicos que se les haya autorizado a dichas empresas públicas. En consecuencia, a través de la cesión,

⁷ En efecto, las leyes sectoriales, en el tema en cuestión disponen:

- ❖ Ley Orgánica de Telecomunicaciones:

“Art. 44.- Transferencia o Cesión.

Los títulos habilitantes no podrán enajenarse, cederse, transferirse, arrendarse o gravarse por ningún medio sin autorización de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones. Incurrir en esta prohibición, será causa suficiente para la terminación anticipada del título habilitante, sin perjuicio de las consecuencias previstas en el ordenamiento jurídico vigente.”

- ❖ Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica:

“Art. 35.- Causales de caducidad del contrato de concesión.- Sin perjuicio de las causales de caducidad que se establezcan en el reglamento general de la presente ley y el contrato de concesión, el Ministerio de Electricidad y Energía Renovable podrá declarar la caducidad de los contratos de concesión, en los casos siguientes:

6. Traspasar derechos o celebrar contratos o acuerdos privados para la cesión de uno o más de sus derechos, sin la autorización del Ministerio de Electricidad y Energía Renovable.

7. Realizar la cesión de acciones, participaciones, certificados de aportación u otros títulos que impliquen un cambio en los socios de una empresa privada o de la economía popular y solidaria, sin autorización del Ministerio de Electricidad y Energía Renovable.”

- ❖ Ley de Minería:

“Art. 30.- Concesiones mineras.- El Estado podrá excepcionalmente delegar la participación en el sector minero a través de las concesiones. La concesión minera es un acto administrativo que otorga un título minero, sobre el cual el titular tiene un derecho personal, que es transferible previa la calificación obligatoria de la idoneidad del cesionario de los derechos mineros por parte del Ministerio Sectorial, y sobre éste se podrán establecer prendas, cesiones en garantía y otras garantías previstas en las leyes, de acuerdo con las prescripciones y requisitos contemplados en la presente ley y su reglamento general.

La inscripción de la transferencia del título minero será autorizada por la Agencia de Regulación y Control Minero una vez que reciba la comunicación de parte del concesionario informando la cesión de sus derechos mineros, de acuerdo al procedimiento y los requisitos establecidos en el reglamento general de esta ley. Dicho acto se perfeccionará con la inscripción en el Registro Minero.”

las empresas públicas estarían transfiriendo la competencia que les fue autorizada a favor del cesionario, evidenciándose, en mi particular criterio, una forma de delegación⁸, la cual, conforme lo ha determinado la Corte Constitucional, no puede ser realizada por una empresa pública, sino por las autoridades de control y regulación competentes de la Administración Pública o gobierno central⁹.

- ❖ El título habilitante que obtienen las empresas públicas es la autorización; por lo que, aún en el supuesto de que la cesión de sus títulos habilitantes les sea permitida a las empresas públicas, debe tenerse en cuenta que el título cedido, no les representaría ningún valor para las CEM o para la iniciativa privada o para los actores de la economía popular y solidaria, pues de conformidad con el marco jurídico vigente, estos últimos requieren un título habilitante por delegación (normalmente la concesión) para poder gestionar un sector estratégico o prestar un servicio público.

Esta consideración no es meramente semántica sino de fondo. En efecto, es preciso recordar que, de conformidad con la CRE¹⁰, las empresas públicas son las encargadas directas para la gestión de un sector estratégico o la prestación de

⁸ En su artículo “Cesión de Derechos” publicado en el portal DerechoEcuador.Com (<https://www.derechoecuador.com/cesion-de-derechos>), el doctor Luis Vargas Hinojosa, señala:

“La cesión es la transferencia o transmisión, gratuita u onerosa que hace el cedente a favor del cesionario de un derecho mediante un título que es una forma de tradición del derecho. La cesión puede ser a título de venta, permuta o a título gratuito, siempre con la entrega del título o documento en el que consta el derecho que se transmite.”

En este contexto, vale señalar que la sección segunda del capítulo tercero, libro primero del Código Orgánico Administrativo regula las formas de transferencia de la competencia, entre las cuales se contempla a la delegación. En este sentido, el artículo 68 de dicho cuerpo normativo ordena:

“Art. 68.- Transferencia de la competencia. La competencia es irrenunciable y se ejerce por los órganos o entidades señalados en el ordenamiento jurídico, salvo los casos de delegación, avocación, suplencia, subrogación, descentralización y desconcentración cuando se efectúen en los términos previstos en la ley.”

⁹ No obstante, para efectos pragmáticos, considero interesante señalar que la autorización para la cesión del título habilitante conferido por las autoridades de control y regulación competentes de la Administración Pública o gobierno central a favor de las empresas públicas, podría convalidar la falta de emisión de un nuevo título que, en el marco constitucional antes referido, tendría que requerirse en estos casos debido a la imposibilidad de realizar delegaciones por parte de las empresas públicas, pues este nuevo título debería ser emitido por el propio ente encargado de autorizar la cesión del título habilitante de la empresa pública.

¹⁰ En efecto, el artículo 316 de la CRE dispone:

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

un servicio público, en tanto que las CEM pueden participar por delegación; y finalmente, la iniciativa privada y los actores de la economía popular y solidaria no solo que requieren de una delegación, sino que adicionalmente se requiere que ésta reúna las condiciones para que sea considerada como excepcional.¹¹

Por lo expuesto, en mi entender, no sería adecuado que la autorización (título habilitante propio de una empresa pública) pueda servirle a una CEM o a un privado, para que éstos puedan encargarse de la gestión de un sector estratégico o la prestación de un servicio público.

Especial análisis merece el caso de la minería, pues su ley se publicó en el Registro Oficial Suplemento 517 de 29 de enero de 2009, es decir, antes de que la Corte Constitucional determine en su sentencia de 5 de enero de 2012 que “...solo el Estado Central puede autorizar a las empresas públicas la gestión de los sectores estratégicos y/o la prestación de los servicios públicos...”, esto es, en un escenario en el que todavía no se diferenciaban claramente los títulos habilitantes que requieren las empresas públicas, las CEM y la iniciativa privada.

Por esta razón, en mi entender, la Ley de Minería habla de las concesiones mineras como título habilitante que pueden obtener las empresas públicas, las CEM o la iniciativa privada.

Con esta aclaración particular para el caso de la Ley de Minería, cabe referirnos, nuevamente, al oficio N°02121 de 28 de diciembre de 2018, por medio del cual la Procuraduría General del Estado absolvió las consultas formuladas por el Ministerio de Energía y Recursos Naturales no Renovables, en los siguientes términos:

“SEGUNDA CONSULTA

“2. ¿De conformidad con los artículos 12, 29 y 125 de la Ley de Minería pueden las empresas públicas, titulares de derechos mineros transferir

¹¹ Respecto a la excepcionalidad a la que se refiere la Carta Magna, el artículo 100 del COPCI manda:

“Art. 100.- Excepcionalidad.- En forma excepcional debidamente decretada por el Presidente de la República cuando sea necesario y adecuado para satisfacer el interés público, colectivo o general, cuando no se tenga la capacidad técnica o económica o cuando la demanda del servicio no pueda ser cubierta por empresas públicas o mixtas, el Estado o sus instituciones podrán delegar a la iniciativa privada o a la economía popular y solidaria, la gestión de los sectores estratégicos y la provisión de los servicios públicos de electricidad, vialidad, infraestructuras portuarias o aeroportuarias, ferroviarias y otros.”

de manera directa, sin concurso público, concesiones mineras que formen parte de convenios, acuerdos o alianzas estratégicas suscritos con empresas estatales extranjeras?”

...

Consecuentemente, respecto de su segunda consulta se concluye que, de conformidad con los artículos 12, 29 y 125 de la Ley de Minería, las empresas públicas que sean titulares de derechos mineros, en el contexto de una asociación celebrada con otras empresas públicas extranjeras pueden transferir concesiones mineras de manera directa, sin concurso público, debiendo cumplir al efecto los demás requisitos previstos en los artículos 30 y 125 de la Ley de Minería, esto es la calificación previa y obligatoria de la idoneidad del cesionario de los derechos mineros por parte del Ministerio Sectorial y la autorización de la ARCOM.”

Como se dijo anteriormente, la Ley de Minería no distingue un título propio para las empresas públicas y otro para empresas de economía mixta o para la iniciativa privada, con lo cual, se podría entender que la Procuraduría General del Estado manifieste que es posible realizar las transferencias de concesiones mineras por parte de una empresa pública; sin embargo, dado que en mi particular criterio, la transferencia de la concesión implica una forma de delegación de la competencia de la empresa pública, la Procuraduría General del Estado estaría dejando de considerar la prohibición de delegación que tienen las empresas públicas, conforme lo ha determinado la Corte Constitucional.

Es más, el artículo 29 de la Ley de Minería, uno de los artículos en los que la Procuraduría General del Estado basa su respuesta, dispone que se exceptúan de los procesos de subasta o remate público el otorgamiento de concesiones mineras que efectúe el Estado por intermedio del Ministerio Sectorial, mediante delegación a empresas estatales extranjeras o sus subsidiarias, compañías de economía mixta o a consorcios en las que éstas tengan participación mayoritaria. De esta forma, considero importante distinguir entre la excepción para realizar concursos públicos que procede en caso de que participen empresas públicas de la comunidad internacional, con la posibilidad de otorgar delegaciones a favor de éstas cuya competencia en el marco constitucional y legal analizado le corresponde de forma privativa al Estado, en el caso concreto, a través del Ministerio Sectorial.

Finalmente, debemos recordar que en la respuesta a la primera consulta contenida en el oficio N°02121 la Procuraduría señaló que la empresa pública puede asociarse,

constituir compañías de economía mixta u otras modalidades asociativas, celebrar asociaciones, uniones transitorias, alianzas estratégicas y en general todo acto o contrato permitido por las leyes nacionales, siempre que no implique una delegación de la gestión, ya que esta facultad es privativa del Estado. En consecuencia, únicamente en caso de que la Procuraduría General del Estado considere que la transferencia de la concesión no es una delegación, tendría asidero la respuesta dada a la segunda consulta, pues caso contrario, en mi criterio, las respuestas dadas podrían ser contradictorias entre sí.

2. Respecto a las Modalidades Asociativas Sin Personalidad Jurídica Propia:

El artículo 100 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, en lo pertinente dispone que *“La modalidad de delegación podrá ser la de concesión, asociación, alianza estratégica, u otras formas contractuales de acuerdo a la ley...”*, es decir, formas contractuales que no generan una nueva personalidad jurídica, similares a las permitidas en el artículo 35 de la LOEP.

A las asociaciones suele denominárseles también como consorcios, respecto de los cuales, el tratadista Jaime Arrubia Paucar, citado por Gaspar Caballero Sierra señala:

“El consorcio es un contrato de colaboración entre dos o más empresarios con la finalidad de unir esfuerzos para lograr determinado objetivo, generalmente la construcción de una obra, la prestación de un servicio o en general la ejecución de una empresa determinada, sin que exista sociedad entre ellas”¹². (El énfasis me corresponde).

En esta misma línea, el tratadista Roberto Salgado menciona:

“...el Consorcio es la unión circunstancia y transitoria de un grupo de personas (naturales o jurídicas) para ejecutar una determinada actividad, que no tiene el carácter de permanente, en orden a organizar de mejor manera su actividad, conservado cada una de ellas su individualidad de personería frente a los terceros con quienes negocian. La unión se realiza sin affectio societatis... en consecuencia, el Consorcio no tiene personería jurídica...”¹³. (El énfasis me corresponde).

¹²Arrubia Jaime, Los contratos públicos y privados. Edit. Temis, Bogotá, 1995.

¹³Salgado, R. Tratado de Derecho Empresarial y Societario. Tomo III. Quito, Ecuador: PPL – Impresiones. Pág. 395 – 396.

De forma concordante con lo señalado, tomando las disposiciones que regulan la contratación pública tradicional, vale señalar que el artículo de la Codificación de Resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública, contenida en la resolución N°RE-SERCOP-2016-0000072 de 31 de agosto de 2016 manda:

Art. 31.- Derecho de asociación. - Las personas naturales y las personas jurídicas legalmente constituidas y que constaren habilitadas en el Registro Único de Proveedores - RUP, como proveedores, tienen derecho a presentar ofertas en forma asociada, en cualquiera de los procedimientos de contratación previstos por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

La participación en una asociación o un consorcio, no reviste respecto de cada uno de los proveedores partícipes la pérdida de su personería jurídica, pues la asociación o consorcio no constituye una persona jurídica diferente. En consecuencia, al adjudicarse un contrato a asociaciones o consorcios, cada uno de los proveedores partícipes será responsable en forma solidaria e indivisible por el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la oferta y el contrato.

En este contexto, dado que las modalidades asociativas analizadas no revisten la pérdida de la personalidad jurídica de los partícipes, cada uno de ellos, entre estos la empresa pública, puede seguir actuando de manera directa en ejercicio de los derechos y obligaciones que le correspondan (incluidos los derivados del título habilitante que posean); por lo que, considero importante aclarar, en mi particular criterio, que no por el hecho de que el documento asociativo titule “asociación” o “alianza estratégica” debe entenderse, como regla general, que estas asociaciones o alianzas conllevan un mecanismo de delegación pues, al ser figuras que no tienen personalidad jurídica propia, habrá que analizar el contenido y las obligaciones o compromisos que adquiera el socio (público o privado, nacional o extranjero) en la figura asociativa, para determinar si existe o no delegación de la gestión de la empresa pública.

Si se determina que la modalidad asociativa, sin personalidad jurídica, conlleva una forma de delegación de la gestión de la empresa pública, caben las consideraciones realizadas en el acápite precedente respecto a dicha delegación, más sin embargo, si estas figuras asociativas no conllevan una delegación, en mi criterio son procedentes y pueden aplicarse sin más trámite, conforme lo ha determinado la Procuraduría General del Estado en la absolución de las consultas a la que nos referimos anteriormente.

2.1. Procedimiento de Selección:

El artículo 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, en lo pertinente, dispone:

“Todo proceso de selección de socios privados para la constitución de empresas de economía mixta debe ser transparente de acuerdo a la ley y se requerirá concurso público, y para perfeccionar la asociación no se requerirá de otros requisitos o procedimientos que no sean los establecidos por el Directorio.”(El énfasis me corresponde).

En virtud de la norma precedente, muchas personas interpretaron que únicamente los procedimientos de selección del socio privado para la constitución de una CEM requieren de concurso público, pues para los otros casos de asociación, únicamente hace falta cumplir lo dispuesto por el Directorio de la Empresa Pública, sin que sea necesario realizar un procedimiento de selección público.

Sin embargo, la Procuraduría General del Estado ha sido clara en señalar que, todo proceso de selección de un socio privado, ya sea para la conformación de una CEM o cualquier otra modalidad asociativa debe realizarse a través de un concurso público, exceptuándose únicamente los procedimientos de asociación con otras empresas públicas o subsidiarias de éstas, de países que integran la comunidad internacional, criterio con el cual, estoy totalmente de acuerdo.

En efecto en oficio No. OF. PGE. N°:10100, de 09 de octubre de 2012 de la Procuraduría General del Estado, consta la siguiente consulta realizada por la Empresa Pública Municipal de Aseo de Machala, EMAM EP.

“¿Procede legalmente que la Empresa Pública Municipal de Aseo de Machala con el propósito de implementar el sistema de recolección contenerizada de desechos sólidos en el Cantón Machala; seleccione a un socio privado, sin necesidad de concurso para la conformación de una Asociación que no sea Sociedad de Economía Mixta, conforme lo establecen los Arts. 35 y 36 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas; y, no a través de procedimientos establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?”.

Respecto de lo cual, la PGE se pronunció en los siguientes términos:

"Respecto a si es necesario que se efectúe un concurso público para la selección del socio, es preciso indicar que debe cumplirse con dicho concurso, conforme se

ha pronunciado esta Procuraduría, con motivo de la consulta formulada por la Empresa Pública Municipal de Aseo de Cuenca EMAC EP, relacionada con la constitución de una compañía de economía mixta, mediante oficio signado con el No. 06885 de 8 de marzo de 2012, en el que analizo el alcance del artículo 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, en el siguiente tenor:

Del artículo 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, se establece que la única excepción al concurso público para la selección de socios, son los procesos de asociación con otras empresas públicas o subsidiarias de éstas, de países que integran la comunidad internacional y en aplicación de la regla 1 del artículo 7 del Código Civil, cuando el sentido de la Ley es claro, no se desatenderá su tenor literal.

(...)

Le corresponde al Directorio, determinar los requisitos y procedimientos para la selección de socios privados. De igual manera, es responsabilidad del Directorio precautelar la legalidad y transparencia del proceso, así como las condiciones de participación de la empresa pública.

La conveniencia de constituir una asociación, alianza estratégica o una sociedad de economía mixta y, en general, de escoger una forma asociativa, así como de establecer los requisitos y procedimientos para seleccionar un socio privado, son de competencia del Directorio de la Empresa Pública".

En este orden de ideas, es preciso considerar que la Procuraduría General del Estado en el oficio N°01796 de 20 de junio de 2018 concluyó lo siguiente:

"(...) en ejercicio de las facultades que al efecto le confieren al Directorio los artículos 35 y 36 de la misma Ley Orgánica. En consecuencia, según dichas normas la aprobación de pliegos y especificaciones técnicas o bases del proceso de selección de socio estratégico para un proceso de alianza estratégica, así como los criterios para seleccionar al socio y adjudicar dicho proceso, deben ser reglados por el directorio de la respectiva empresa pública..."

De donde se puede colegir que la Empresa Pública, en todos los casos, debe realizar un concurso público, sin importar la figura asociativa que ésta haya escogido; en tanto que al Directorio le corresponde establecer los requisitos de participación y el procedimiento

(condiciones, plazos, etc.) que regirá el concurso público que se lleve a cabo para la selección del socio privado.

2.2. Respeto a la mayoría accionarial:

El artículo 316 de la Carta Magna manda que *“El Estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria”*.

Respecto al concepto de empresa, el Dr. Osvaldo Pisani, en su libro Elementos de Derecho Comercial, señala:

“Empresa es un concepto económico – no jurídico- que podemos describir como “organización de los factores de la producción” o como “actividad económica organizada de bienes y servicios para la producción o intercambio de bienes y servicios”. Esta interpretación amplia del concepto de empresa es la que permite considerar que todas las actividades organizadas de esta forma se consideren mercantiles, estén o no incluidas en la descripción del art. 8º del Código...”¹⁴

En virtud de la definición aportada, el concepto de empresa, en mi entender, no abarca solamente a las compañías de economía mixta (que tienen personalidad jurídica propia), sino que adicionalmente comprenden el resto de figuras asociativas sin personalidad jurídica previstas en el artículo 35 de la LOEP. En consecuencia, en mi criterio, en todas las modalidades asociativas (con o sin personalidad jurídica) previstas en la norma legal citada, las empresas públicas deberían tener mayoría siempre y cuando tal modalidad asociativa (empresa) se dedique a la gestión de los sectores estratégicos o la prestación de los servicios públicos.

No obstante, el artículo 35 de la LOEP, en lo pertinente ordena:

“De conformidad con lo previsto en el artículo 316 de la Constitución de la República, la empresa pública que haya constituido una empresa mixta para la gestión de sectores estratégicos o prestación de servicios públicos, deberá tener la mayoría de la participación accionaria en la empresa de economía mixta constituida. La empresa pública podrá contratar la administración y gestión de la empresa, sea ésta pública o mixta.

Para otro tipo de modalidades asociativas, distintas a las empresas mixtas que

¹⁴ Pisani Osvaldo, Elementos de Derecho Comercial, 2002, p.16

se constituyan para la gestión de sectores estratégicos o prestación de servicios públicos, la empresa pública podrá participar en éstas con un porcentaje no mayoritario, de conformidad con el artículo 316 de la Constitución y la ley.”

Como se puede observar, contrario al criterio expuesto en líneas precedentes, el legislador ha considerado que la mayoría accionarial por parte de la empresa pública únicamente se requiere en caso de que se constituya una CEM, pues en las demás modalidades asociativas, la empresa pública podría participar con un porcentaje no mayoritario.

Al respecto, considero necesario recordar que en su oficio N°02121 de 28 de diciembre de 2018, al ser consultada sobre si una empresa pública puede constituir cualquier modalidad asociativa con cualquier porcentaje de capital mayoritario, o minoritario para la gestión de sectores estratégicos, la Procuraduría General del Estado señaló que las empresas públicas pueden celebrar cualquier tipo de asociaciones siempre que su participación de la empresa pública en la modalidad asociativa sea mayoritaria, por tratarse de gestión de sectores estratégicos.

De esta forma, que da claro que la Procuraduría General del Estado exige la mayoría accionarial por parte de las empresas públicas en cualquier modalidad asociativa previstas en el artículo 35 de la LOEP.