

UCUENCA

Universidad de Cuenca

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales

Carrera de Derecho

Las actividades económicas que asume el Estado a través de sus empresas públicas: derecho de competencia frente a las empresas privadas


Trabajo de titulación previo a la obtención del título de Abogado

Autor:

César Efraín Deleg Ochoa

Director:

Juan Cristóbal Piedra Andrade

ORCID:  0009-0003-6183-2169

Cuenca, Ecuador

2024-03-06

Resumen

Esta investigación se enfoca en el Derecho de la Competencia y su interacción con las empresas públicas, examinando la Contratación Pública y posibles violaciones al derecho de la competencia en tres capítulos. El primero analiza la evolución constitucional de Ecuador entre 1998 y 2008, resaltando la constitucionalización económica y la introducción de la economía social y solidaria en 2008. El segundo aborda el sistema económico social y solidario desde 2008 y presenta el Derecho de la Competencia, en el cual, sin diferenciar entre sectores público y privado, se contextualiza la evolución del derecho de la competencia en las constituciones ecuatorianas. El tercer capítulo explora la presencia de empresas públicas en el marco del Derecho de la Competencia y la Contratación Pública, resaltando la necesidad de establecer límites a la competencia estatal con el sector privado. Para concluir las destacando la clara vulneración al Derecho de la Competencia en Ecuador, especialmente en las prácticas de las empresas públicas durante los procesos de contratación pública. Identificando áreas problemáticas como la falta de criterios técnicos para monopolios estatales y la discrecionalidad de las empresas públicas. Esta investigación subraya la urgencia de mejorar la transparencia, establecer límites y clarificar normativas para asegurar una competencia justa y equitativa en el mercado ecuatoriano.

Palabras clave: contratación pública, mercado ecuatoriano, derechos del consumidor



El contenido de esta obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no compromete el pensamiento institucional de la Universidad de Cuenca ni desata su responsabilidad frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por la propiedad intelectual y los derechos de autor.

Repositorio Institucional: <https://dspace.ucuenca.edu.ec/>

Abstract

This research focuses on competition law and its interaction with public enterprises, examining public procurement and possible violations of competition law in three chapters. The first chapter analyzes the constitutional evolution of Ecuador between 1998 and 2008, highlighting the economic constitutionalization and the introduction of the social and solidarity economy in 2008. The second deals with the social and solidarity-based economic system since 2008 and presents competition law, in which, without differentiating between the public and private sectors, the evolution of competition law in Ecuadorian constitutions is contextualized. The third chapter explores the presence of public companies in the framework of Competition Law and Public Procurement, highlighting the need to establish limits to state competition with the private sector. It concludes by highlighting the clear violation of Competition Law in Ecuador, especially in the practices of public companies during public procurement processes. Identifying problem areas such as the lack of technical criteria for state monopolies and the discretionarily of public companies. This research underlines the urgency of improving transparency, establishing limits and clarifying regulations to ensure fair and equitable competition in the Ecuadorian market.

Keywords: public procurement, ecuadorian market, consumer rights



The content of this work corresponds to the right of expression of the authors and does not compromise the institutional thinking of the University of Cuenca, nor does it release its responsibility before third parties. The authors assume responsibility for the intellectual property and copyrights.

Institutional Repository: <https://dspace.ucuenca.edu.ec/>

Índice de contenido

Resumen	1
Índice de contenido	4
Dedicatoria	6
Agradecimientos	7
Capítulo Primero.....	11
Generalidades.....	11
1.1. El sistema económico visto desde el marco constitucional	11
1.1.1 Constitución económica.....	11
1.1.2 El sistema social de mercado y la constitución de 1998.....	14
1.1.3 Constitucionalización del sistema social y solidario.....	14
1.1.4 El principio de subsidiaridad.	17
1.1.5 El principio de libre competencia	20
1.1.6. Libertar de empresa como derecho constitucional.....	23
1.1.6.1. La Libertad de Empresa en la Constitución Ecuatoriana.....	26
1.2. Las empresas públicas: contexto constitucional y legal	27
1.2.1. Definición.....	28
1.2.2. Características.	29
1.2.3. Origen de las empresas públicas.....	30
1.2.4. Naturaleza jurídica: pública o privada	31
1.3. Contratación Pública.....	34
1. 3. 1. La Contratación Pública vista como Contratación Pública Estratégica	34
1. 3. 2 contratación pública en el ámbito ecuatoriano.	35
1.3.2.1. Criterios Especiales: Priorización a Micro y Pequeñas Empresas o Actores de la Economía Popular y Solidaria	36
1.3.2.2 Priorización de la Producción Nacional	41
1.3.2.3 Régimen especial: Proveedores específicos o productos considerados sensibles o estratégicos.	44
1.3.2.4 Régimen Especial en razón de su Giro Específico de Negocio. .	46
1.3.2.5 Régimen Especial de contratación en razón de la Naturaleza “Pública” de los Contratistas.	49
Capítulo Segundo	51
Derecho de Competencia y su Regulación.....	51

1. Derecho de la competencia: nociones preliminares.	51
1.1. Sistema económico liberal	51
1.2. Sistema económico socialista.....	51
1.3. Sistema de Economía Social de Mercado.....	52
1.4. Sistema económico social y solidario	52
2. Introducción al Derecho de la Competencia	53
2.1. Conceptualización del derecho de la competencia	56
3. Referencia al derecho de la competencia en normativas nacionales.	57
4. Objetivos del derecho de la competencia	58
5. Sujetos del derecho de la competencia	60
6. Conceptos relevantes de la LORCPM.....	62
6.1. Volumen de negocios.....	62
6.2. Mercado relevante	63
6.3. Poder de mercado.....	63
6.4. Abuso de poder de mercado.....	64
6.5. Acuerdos y prácticas restrictivas.....	65
6.5.1. Acuerdos horizontales.....	67
6.5.2. Acuerdos verticales	67
6.6. Salvedades a las prohibiciones del artículo 11 de la LORCPM	68
Capítulo Tercero	69
3.1.	L a
empresa pública vista como monopolio en el marco del Derecho de la	
Competencia.....	69
3.1.1 Monopolios del Estado (servicios públicos y sectores estratégicos)	
.....	69
3.1.2. Monopolio público.	71
3.1.3 Concurrencia de las empresas públicas en el marco del	
Derecho de laCompetencia 73	
3.2.1 Entidad controlada y entidad controladora.....	75
3.2.2 Financiamiento.....	76
3.2.3 Tratamiento tributario.....	77
3.3. La Contratación Pública en el marco del Derecho de la Competencia. 79	
3.3.1 La Contratación Pública como herramienta de Política Pública frente	
al Derecho de la Competencia	79
3.3.2 Distorsiones a la competencia generadas por la Contratación Pública	
.....	79

3.3.3 Distorsión de la Competencia en razón del procedimiento precontractual. 82

Conclusiones 85

Bibliografía..... 89

Dedicatoria

A mi madre Carlota, la persona que desde mi niñez supo forjarme como la persona que soy a día de hoy, inculcándome principios de respeto, amabilidad, compromiso y responsabilidad. Este logro y todo lo que soy, son fiel reflejo de su impronta.

A mis hermanos y cuñados, Jairo, Paola, Cindy, Ángel y Edison, puesto que, el esfuerzo dedicado en esta tesis y en general en este transcurso académico, es también de ellos. Su apoyo inquebrantable, aliento constante y comprensión durante este transcurso, han sido pilares que me han sostenido en cada desafío. Sin duda su apoyo dejará una marca indeleble en mi vida.

A mi enamorada, la persona con la que puedo compartir penas y alegrías, quien nunca ha titubeado en extenderme su mano cuando lo he necesitado. Por su cariño y apoyo incondicional, le dedico este logro que también es suyo.

A mi leal compañera Afrodita, en el transcurso de esta travesía académica quiero dedicarte estas líneas como un tributo a tu incondicional compañía. Más que una mascota, eres mi confidente, mi amiga leal, pero sobre todo eres mi compañera de vida. Este trabajo lleva el estigma de tu afecto, pues tu amor incondicional ha sido mi refugio en momentos de desafío, y tu simple presencia ha convertido este viaje en algo mucho más significativo.

A mis amigos Pedro, Erik y Alexis, en este capítulo final de esta travesía académica, deseo expresarles mi más sincero agradecimiento a cada uno de ustedes por la amistad y el apoyo constante que supieron brindarme.

Agradecimientos

A Dios por permitirme llegar a esta etapa de mi vida académica y por darme fortaleza y sabiduría para afrontar las adversidades que se fueron presentando en el camino.

A mi madre por haberme dado el estudio y por apoyarme en cada momento.

A mi director de trabajo por su invaluable guía, paciencia y apoyo en el desarrollo de esta tesis.

Introducción

En el contexto de la evolución constitucional y legal del Ecuador, el presente trabajo se sumerge en las complejidades y dinámicas de las actividades económicas del Estado a través de sus empresas públicas. Es así que la presente tesis se estructura en tres capítulos en los cuales constan de las siguientes temáticas.

El capítulo primero de esta tesis se centra en sintetizar las bases de este estudio al abordar las generalidades de diversos sistemas económicos desde la perspectiva constitucional, delineando la trayectoria histórica que ha llevado a la configuración actual de las políticas económicas. Dicho análisis se centra en las constituciones de 1988 y 2008, destacando sus enfoques respecto a la constitucionalización económica y sus implicaciones en la intervención estatal.

En este capítulo también se abordará el principio de subsidiaridad del Estado como un concepto fundamental que influye en la relación entre el sector público y privado, promoviendo la mínima intervención estatal. Por otra parte, en este capítulo se abordará la Economía Social y Solidaria como un modelo que busca equilibrar la eficacia económica con la responsabilidad social, la intervención estatal a través de sus empresas públicas.

En este contexto se examinará, con un enfoque crítico, la presencia y el papel de las empresas públicas en las constituciones de 1998 y 2008, destacando el cambio significativo de la posición de las entidades en mención en el nuevo marco legal regulatorio de la competencia. A su vez, se profundizará en la importancia de evaluar la necesidad y el impacto de la intervención del Estado en materia económica, subrayando la necesidad de un enfoque metodológico y técnico a fin de evitar ineficacias.

Uno de los elementos cruciales que abordará este primer capítulo es el principio de la libre competencia y su posición en el marco legal y constitucional, particularmente en la Constitución de Montecristi de 2008. También se explorará la definición y la importancia de la libre competencia como un derecho legalmente establecido, planteándose interrogantes sobre posibles excepciones en relación con las empresas públicas, señalando la necesidad de alinear las normas de competencia con la realidad del mercado.

En el tramo final de este capítulo se abordará el concepto de libertad de empresa como un derecho constitucional implícito y su relación con la libre competencia. A través de un análisis histórico se evidenciará la relevancia al establecer reglas claras y efectivas a fin de garantizar

un mercado justo y evitar prácticas anticompetitivas, a la vez que se sostendrá la necesidad de la intervención estatal solo en casos específicos y de manera proporcional.

En el segundo capítulo nos adentraremos en el fascinante y complejo mundo del Derecho de la Competencia. Previo a este análisis en detalle, se exploran los sistemas económicos que sirven como contexto para una correcta comprensión del marco legal ecuatoriano. Partiendo desde el liberalismo con su énfasis en la propiedad privada, pasando por el socialismo con su planificación centralizada, hasta la economía social de mercado, cada uno de estos sistemas económicos han dejado una huella en cuando a la concepción de la competencia en el ámbito económico.

En este segundo capítulo nuestra atención se centra en el Derecho de la Competencia como un pilar fundamental para asegurar un funcionamiento justo y transparente de los mercados, independientemente del sistema económico. Comenzaremos explorando las nociones preliminares de este campo, entendiendo cómo se ha configurado a lo largo de la historia y su conexión con los principios fundamentales de competencia y libre mercado.

La introducción al Derecho de la Competencia nos llevará desde sus raíces en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y del Ciudadano hasta su manifestación concreta en el marco legal ecuatoriano, destacando la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado como el instrumento central en esta materia.

A medida que avancemos, nos sumergiremos en la conceptualización del Derecho de la Competencia, identificando sus propósitos, sus actores y las normativas que rigen su aplicación en el contexto ecuatoriano. Además, abordaremos en la evolución histórica de las constituciones en el país y el impacto que esta evolución ha tenido en la definición y regulación de prácticas que afectan la competencia en el Ecuador.

El tercer capítulo de esta tesis se sumerge en la interacción del Derecho de la Competencia con dos elementos fundamentales, como son: la figura de la empresa pública y las dinámicas de la Contratación Pública en el Ecuador. En el inicio de este capítulo abordaremos la empresa pública como un actor que, en ocasiones, asume una posición de monopolio en sectores estratégicos y servicios de orden público, en esta línea se analizará cómo el Estado al intervenir en la economía para garantizar derechos esenciales, justifica estos monopolios, asegurando eficiencia, equidad y la provisión adecuada de incentivos.

En este capítulo el enfoque recae en establecer cómo la empresa pública, al establecer control sobre ciertos bienes o servicios, se integra en el marco del Derecho de la Competencia. Se examinará, a su vez, la legislación ecuatoriana, destacando la manera en

que la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado aborda los monopolios estatales, y de qué manera la ausencia de criterios técnicos claros, pueden generar desafíos en la toma de decisiones.

Explotaremos la categorización de empresas públicas y la manera en que algunas de ellas compiten con el sector privado, planteando la necesidad de establecer límites para preservar la equidad en el mercado. Es así que la aplicación uniforme de las normas de competencia a empresas públicas y privadas se presenta como un punto crucial para mantener un sistema competitivo saludable.

En la segunda sección de este capítulo, nos sumergiremos en el complejo mundo de la Contratación Pública, haciendo hincapié en que, este proceso, lejos de ser un simple mecanismo para la adquisición de bienes y servicios, se considera como una herramienta estratégica alienada con los principios del “Buen Vivir”, No obstante, exploraremos la manera en que dicha perspectiva puede generar distorsiones en la competencia, especialmente cuando los objetivos de política pública priman sobre consideraciones estrictas de competencia.

También se abordará en el análisis de cómo la contratación pública puede tener impacto en la dinámica del mercado, considerando factores como el financiamiento, las exoneraciones fiscales y el tratamiento tributario. Se explorarán las regulaciones en torno a las ayudas públicas y la manera en que éstas deben ser gestionadas para evitar desequilibrios competitivos.

Finalmente, nos sumergiremos en la complejidad del procedimiento precontractual, evaluando la manera en que las decisiones en la elección de procedimientos pueden dar lugar a distorsiones en materia de competencia, especialmente cuando se justifican en consideraciones de política pública. Desde la contratación directa a procesos de emergencia, examinaremos en qué medida estas elecciones puede afectar la transparencia y la equidad en la Contratación Pública.

Capítulo Primero

Generalidades

1.1. El sistema económico visto desde el marco constitucional.

El marco constitucional de nuestro país se ha mostrado cambiante en cuanto a la constitucionalización económica que ha desarrollado a lo largo de la historia, entendiendo por constitucionalización o constitución económica a aquel conjunto de principios, normas y postulados que dicen relación con la realidad económica de los Estados, más adelante nos detendremos en un análisis más profundo al respecto.

Para el presente análisis tomaremos la constitución de 1998 y de 2008 con el cometido de realizar una comparación en cuanto a la constitucionalización económica que marca a cada una de estas cartas fundamentales. En dicho análisis se podrá apreciar las diferencias que marcan a cada una de ellas.

1.1.1 Constitución económica.

Resulta común, al analizar temas de carácter económico, que surja la siguiente interrogante: ¿por qué interviene el Estado en la economía? Con la finalidad de dar respuesta a dicha interrogante, es preciso realizar un sucinto análisis de lo que se entiende por constitución económica. Para ello, es menester considerar que el intervencionismo estatal, entendido éste como la presencia del Estado en la vida de los ciudadanos, no siempre ha existido, y cuando lo ha hecho, en función de la etapa histórica en la que haya surgido, responde a criterios filosóficos y políticos fluctuantes a lo largo de la historia.

A su vez, se tiene que reparar en que no siempre se llevó a un rango constitucional el tema de la organización y funcionamiento económico. Pues, es desde las constituciones de Querétaro y de Weimar de 1917 y 1919, respectivamente, que se constitucionalizan temas de carácter económico y esto encuentra su razón de ser en la configuración de un Estado Social¹, y en el establecimiento de obligaciones asumidas por el Estado para garantizar y dar cumplimiento con los derechos económicos y sociales, tales como educación, salud, entre otros.

¹ Se entiende por Estado Social a la forma de organización social, que tiene como finalidad garantizar el bienestar armónico de la sociedad, a la vez que busca garantizar los derechos de los ciudadanos. Además, este sistema de organización social busca implementar, a través del Estado, la justicia social, que a su vez persegue el reparto equitativo de bienes y de oportunidades en un Estado.

Establecer un sistema económico rígido que sirva de piedra angular para una determinada agenda de gobierno ²que garantice la permanencia de una corriente económica en el tiempo, así como, trazar el sendero que ha de recorrer el intervencionismo estatal a fin de conquistar su cometido de carácter constitucional; es el objetivo que persigue lo que se denomina como “constitución económica”.

A la denominada constitución económica la encontramos circunscrita en el margen de un sistema económico determinado, dicho sistema económico “Es un conjunto de estructuras, relaciones que buscan resolver la contradicción entre las ilimitadas necesidades humanas y limitados recursos disponibles para satisfacerlas” (Witker, 1995, p.19 citado por Espinosa, 2015). De ahí que se diga que un sistema económico es la estructura de producción, asignación de recursos económicos, distribución y consumo de bienes y servicios en una economía.

Respecto a la constitución económica, esta se conceptualiza como:

La categoría conceptual de constitución económica emerge históricamente para caracterizar al moderno constitucionalismo y específicamente la constitución económica atendería a la ordenación jurídica de las estructuras y relaciones económicas en las que no solo están implicados los ciudadanos, sino, de manera creciente, el propio Estado en su función de protagonista del desarrollo de la vida económica. (Bassols, 1988, p.17 citado por Espinosa, 2015, p.11)

Establecer un sistema económico en la Constitución nos permite tener una idea clara de las prioridades económicas en la política y el gobierno. Sin embargo, es importante que estas normas puedan ajustarse a las cambiantes circunstancias sociales y económicas, por lo que deben ser flexibles.

Otra definición de lo que se entiende por constitución económica la podemos encontrar en lo expresado por Alfredo Mancero, quien al respecto expresa:

Lo que yo entiendo por constitución económica del Estado es que se trata de una síntesis política y jurídica en la cual concurren dos principios de organización de la sociedad: un principio muy antiguo que es el de autoridad,

² La agenda política se refiere a un conjunto de prioridades que un Estado tiene en consideración y que tiene que ser cumplida en determinado momento. Pudiendo constituir dicha agenda temas de carácter, económico, social, político, medioambientales, salud, educación, entre otros.

y que hoy se vuelve subalterno, y un principio menos antiguo que es del mercado. Por lo tanto, ¿qué es la constitución económica de un Estado? Es la síntesis de esos dos principios, el mercado y la autoridad (Mancero, 1998, p.166 citado por Espinosa, 2015, p.12)

Del texto citado se desprende que Mancero entiende por constitución económica a una combinación de dos principios fundamentales que organizan la sociedad. Siendo el primero de ellos el principio de autoridad, que ha existido durante mucho tiempo, pero ahora tiene un papel secundario. El segundo principio, es el del mercado. Por lo tanto, a criterio de este autor, la constitución económica es la síntesis de estos dos principios: el mercado y la autoridad, que trabajan juntos para regular la economía y la sociedad.

Volviendo a la interrogante previamente planteada, se han esbozado diversas razones que justifican el intervencionismo estatal en materia económica, una de ellas es la tesis que sostiene que el intervencionismo estatal encuentra su justificación en la identificación de fallos en el mercado, teniendo repercusiones extremas como la planificación de la económica, sin embargo, dicha planificación, a su vez, deja ver los denominados fallos de Estado, dado la ineficiencia del Estado en su ejercicio regulador en materia económica. Es por ello que resulta menester encontrar un equilibrio entre estos dos sistemas económicos según los cuales, por un lado, el Estado asume un rol empresarial, al tener una fuerte presencia en la esfera económica, y, por otro lado, el Estado es visto como subsidiario, es decir, deja de tener una presencia primordial en la economía para pasar a limitarse a su regulación e intervención solo cuando sea necesario. Respecto al principio de subsidiaridad del Estado, se analizará a detalle más adelante.

Estos fallos en el mercado han suscitado bandos opuestos en cuanto al criterio de la intervención estatal para corregir dichos fallos, de tal manera que, por un lado, están las personas que creen que para la corrección de los fallos del mercado se requiere un intervencionismo estatal más robustecido y, por otro lado, están los que creen que es mejor que el Estado desempeñe un papel reducido. Sin embargo, se tiene que considerar que siempre ha de existir la necesidad de reparar en estudios que nos permitan determinar, a ciencia cierta, las razones que motiva los fallos de mercado³, y hacer lo propio con respecto de los fallos del Estado⁴, a fin de encontrar soluciones efectivas.

³ Los fallos de mercado hacen alusión a las situaciones en las cuales el mercado no puede asignar de forma eficiente los recursos disponibles.

⁴ Los fallos de estado aluden a la deficiencia o errores que le sobrevienen al intervencionismo estatal en materia económica, dichos fallos pueden tener diversas causas y pueden tener fuertes impactos en cuando a la eficacia en el funcionamiento del sistema económico.

1.1.2 El sistema social de mercado y la constitución de 1998

Los sistemas y modelos económicos siempre están en función a particularidades específicas de un momento histórico determinado. Es así que la economía social de mercado es un modelo que tiene como sistemas económicos antecesores al sistema mercantilista, el liberalismo, la planificación económica y el sistema de economía planificada.

John Maynard Keynes, teórico económico inglés del Estado de Bienestar, fue quien defendió una intervención del Estado necesaria y pertinente. Pues, recordemos que el escenario estadounidense en el que se desarrolla el intervencionismo estatal, arranca tras el fallo del mercado que tuvo como consecuencia la denominada “gran depresión” en el año de 1929, hecho marcado por la quiebra de bancos, escenario que dio lugar al New Deal norteamericano⁵, cuyo intervencionismo estatal, a través de un abanico de programas estatales, ayudaron al control de una devastada economía.

En contrapartida del intervencionismo estatal, podemos hacer mención del escenario alemán que propició la puesta en marcha de un sistema económico denominado economía social de mercado, el cual generó prosperidad en materia económica, hasta llegar al punto de mantenerse tras la crisis financiera y económica de 2008 y 2009. La Economía Social de Mercado es un sistema económico que reconoce la libre iniciativa privada y el funcionamiento de las reglas de mercado, pero en el que el Estado puede y debe intervenir en distintas formas, ya sea coadyuvando al desempeño de la empresa privada, actuando cuando aquella no lo hace, corrigiendo las imperfecciones del mercado, o subvencionando a los más necesitados, cuando así las circunstancias lo demanden.

Si bien en Ecuador no se dio un sistema de la economía social de mercado, la constitución del 1998 trajo consigo el desarrollo de derechos económicos, sociales y culturales, sin dejar de robustecer el mercado como una institución central de la economía, restringiendo la concepción de un intervencionismo estatal en materia económica al respecto de la regulación y orientación del mercado y del sector privado.

1.1.3 Constitucionalización del sistema social y solidario.

Entre las constituciones de 1998 y 2008, encontramos dos sistemas económicos con diferencias claras, en la prima de ellas encontramos un diseño de sistema económico que

⁵ El New Deal fue un conjunto de medidas económicas y sociales implementadas por el Gobierno del presidente Franklin D. Roosevelt en Estados Unidos para hacer frente a la Gran Depresión que siguió al colapso del mercado de valores en 1929. Fue un plan integral que buscaba reactivar la economía, promover el empleo y reformar el sistema financiero y productivo del país.

responde a las características de un sistema económico social de mercado y en la constitución de Montecristi un diseño del sistema económico social y solidario.

A decir de León Walras el sistema social y solidario es un campo de la actividad en el que proliferan las cooperativas, las mutualidades y las asociaciones. (Espinosa, 2015)

Al respecto del sistema económico, social y solidario encontramos que, tiene como punto de partida al hombre, como fin y también como sujeto. Hay que destacar que en este sistema económico existe una gran cantidad de actores económicos, mismo que José Luis Coraggio los clasifica en:

1. “Empresas privadas, motivadas por el afán de lucro, estructuradas alrededor de la relación patrón – empleados.
2. Empresas públicas y entes del Estado, productores de bienes, servicios y en particular de bienes públicos con fines de asegurar la cohesión social y la redistribución de modo de avanzar en la realización de los derechos como camino al Buen Vivir.
3. Cooperativas, asociaciones con fines económicos no de lucro, y comunidades, todas ellas formas de organización en base a lazos comunitarios heredados o construidos y a la asociación libre de trabajadores, también denominadas en conjunto economía popular y solidaria.
4. Domésticas, reconociendo las formas de trabajo productor de bienes y servicios para el propio consumo, en particular la economía de cuidado en las unidades domésticas o sus extensiones vía asociación o lazos de comunidad.
5. Familiares, abarcando una multiplicidad de formas de acción económica organizada como emprendimientos con trabajo familiar.
6. Autónomas, abarcando una diversidad de trabajos autónomos de individuos no asociados. (Coraggio, 2015, p.338 citado por Espinosa, 2015, p.18)

Agustín Grijalva hace un sucinto análisis del sistema económico, social y solidario que trae consigo la constitución de 2008, y lo analiza desde dos puntos de partida, como economía social y como economía solidaria, definiendo a la economía social como aquella que enfatiza en la participación democrática de quienes aportan con su trabajo en la gestión de los procesos productivos, en ella se propugna el trabajo sobre el capital y la provisión de bienes y servicios de óptima calidad a los consumidores, así como el reconocimiento de los derechos económicos sociales y culturales y a su vez, define a la economía solidaria como un principio económico que se complementa entre todos los sectores de la economía en donde la productividad y la competitividad deben tener una característica sistémica y no en función de la unidad de producción.

De la misma manera, en el artículo 283 de la Constitución de 2008, encontramos lo siguiente:

El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten en buen vivir. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 283)

Entre los objetivos de la economía, la Asamblea Constituyente reconoció en su acta 55 tenemos los siguientes: “1. Inclusión de agentes económicos excluidos, a través del aprovechamiento de la capacidad productiva local y del fortalecimiento de redes asociativas; 2. Redistribución de ingresos a través de la acción del estatal; 3. Ampliación de los derechos sociales y económicos; 4. Inclusión de dimensiones culturales, ecológicas y éticas en la noción de desarrollo, diferenciándola de la noción de crecimiento económico”.

Estos objetivos están relacionados con la dirección que el país debe tomar para lograr un desarrollo económico y social, equitativo y sostenible. Los objetivos hacen alusión a los siguientes puntos:

1. Inclusión de agentes económicos excluidos: Esto significa que se busca integrar a aquellos grupos o individuos que han estado marginados o excluidos del proceso económico. Para lograrlo, se promoverá la utilización de la capacidad productiva local y se fortalecerán las asociaciones y redes que permitan la participación de estos agentes en la economía.
2. Redistribución de ingresos a través de la acción estatal: Se busca una distribución más equitativa de los ingresos. El Estado intervendrá para garantizar que los beneficios económicos no se concentren en unos pocos, sino que se distribuyan de manera más justa entre todos los ciudadanos.
3. Ampliación de los derechos sociales y económicos: Se apunta a fortalecer los derechos sociales y económicos de la población, lo que implica garantizar el acceso a servicios básicos, educación, salud, vivienda y otros aspectos esenciales que mejoren la calidad de vida de la sociedad.
4. Inclusión de dimensiones culturales, ecológicas y éticas en la noción de desarrollo: Esto significa que se consideran aspectos culturales, ecológicos y éticos en el enfoque de desarrollo económico. No se limitará únicamente al crecimiento

económico, sino que se tendrá en consideración cómo el desarrollo afecta el medio ambiente, las culturas locales y la ética en las prácticas económicas.

En síntesis, estos objetivos buscan un enfoque de desarrollo económico que sea inclusivo, equitativo, sostenible y que considere aspectos culturales y éticos en la búsqueda del bienestar de la sociedad en su conjunto.

Entre las características del nuevo sistema económico que nos trae la constitución de Montecristi, resaltan los siguientes: 1. En este sistema, el mercado deja de ser un elemento central en la economía, para pasar a ser un elemento complementario, es decir, en este nuevo enfoque el fin último del sistema económico ya no tiene un carácter lucrativo, sino más bien inclusivo, en el cual se pretende abordar, a través del sistema económico, cuestiones éticas y culturales, por ello no es extraño que la misma constitución en su artículo 283, bajo este sistema económico, reconozca al ser humano como sujeto y fin del mismo; 2. Se recalca la existencia de la primicia del trabajo por sobre el capital y; 3. La priorización y fortalecimiento de la economía comunitaria.

Como se puede advertir de este análisis, el sistema económico social y solidario deja de lado al principio de subsidiaridad, del cual nos ocuparemos a detalle a continuación, para dar paso a un mayor intervencionismo estatal a través de sus empresas públicas.

1.1.4 El principio de subsidiaridad.

El principio de subsidiariedad del Estado es un concepto clave en la teoría y práctica de la economía en función del papel, que en esta materia es desempeñado por el Estado. Este principio se basa en la idea de que el Estado debe intervenir en la economía solo cuando sea necesario y no debe asumir funciones que pueden ser desempeñadas de manera más eficiente por el sector privado.

El principio de subsidiaridad se fundamenta en máximas como: 1. La mínima intervención estatal, puesto que la subsidiaridad implica que el Estado debe intervenir en la economía de manera mínima y solo cuando sea esencial para lograr ciertos objetivos económicos o sociales. Esto significa que el Estado no debe desempeñar un papel excesivo o innecesario en la economía; 2. La promoción de la iniciativa privada, puesto que, bajo el principio de subsidiaridad, se fomenta la iniciativa privada y se permite que las empresas privadas operen libremente en la economía. En este escenario, el Estado no debe competir directamente con las empresas privadas, a menos que sea necesario en casos excepcionales; 3. Precautela funciones esenciales del Estado, esto en razón de que el Estado se reserva para sí funciones esenciales, como la provisión de bienes y servicios públicos, la regulación para garantizar la

competencia justa y la protección de los derechos de los ciudadanos. Estas funciones requieren un tratamiento especial, por lo cual no pueden ser cumplidas adecuadamente por el sector privado; 4. Subsidiariedad vertical y horizontal del Estado, siendo que la subsidiariedad vertical implica que el Estado puede intervenir en diferentes niveles, desde el gobierno central hasta los gobiernos locales, dependiendo de la situación. Y, a su vez, la subsidiariedad horizontal se refiere a la cooperación entre el Estado y la sociedad civil para abordar desafíos económicos y sociales; 5. Eficiencia y responsabilidad. Al limitar su intervención, el Estado busca promover la eficiencia en la economía y garantizar que las empresas y los ciudadanos sean responsables de sus acciones. En este contexto, la competencia y la libre empresa son fundamentales para este principio y; 6. El bienestar social. Aunque la subsidiariedad busca limitar la intervención estatal, también se preocupa por el bienestar social, es decir, que, bajo este principio, el Estado sigue siendo responsable de garantizar que se satisfagan las necesidades básicas de la sociedad y de corregir las fallas del mercado que puedan surgir.

Es así que el principio de subsidiariedad del Estado en la economía aboga por una intervención estatal limitada y selectiva, donde el Estado se involucra solo cuando es necesario para promover el bienestar general y corregir las deficiencias o fallos del mercado. Esto busca equilibrar la eficiencia económica con la responsabilidad social.

Miguel Kast explica las razones para la aplicación del principio de subsidiaridad respecto del Estado desde la experiencia chilena, y manifiesta que el Estado debe seguir tres principios fundamentales: Asegurarse de que los beneficios lleguen verdaderamente a las personas más necesitadas, permitir a los beneficiarios elegir y evitar que el Estado tenga un monopolio en la prestación de servicios. Es esencial que las personas tengan libertad para elegir entre diferentes opciones de servicios, lo que garantiza una mejor calidad. La concentración de poder en las empresas estatales puede ser perjudicial, al igual que en las empresas privadas, pero con la ventaja de que las empresas estatales a menudo pueden influir en la legislación a su favor. Las empresas estatales pueden generar inestabilidad política, ya que la lucha por el poder se vuelve más intensa cuando están en juego cuestiones importantes como empleo, tasas de interés y otros aspectos de la vida cotidiana de los ciudadanos. Por otro lado, cuando la administración del Estado se busca principalmente como un servicio público desinteresado, la lucha política tiende a ser menos violenta. (kast, 2015)

En cuanto a la presencia y el papel intervencionista del Estado, especialmente en el contexto de América Latina, se puede hacer mención de las políticas y sistemas económicos que se han aplicado a lo largo del tiempo. Tenemos las Políticas Cepalinas, mismas que aluden a

políticas económicas y de desarrollo, propuestas por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), siendo la CEPAL quien ha abogado por el papel activo del Estado en la economía, especialmente en la promoción del desarrollo económico y social en la región. Bajo la misma línea están las políticas Keynesianas, basadas en las ideas del economista John Maynard Keynes, mismas que se centran en la intervención del Estado para estimular la demanda y el crecimiento económico, especialmente a través de la inversión pública.

Entre los sistemas económicos que pregonan un intervencionismo estatal, tenemos al estado de bienestar, siendo éste un modelo de Estado que se preocupa por garantizar el bienestar social y económico de sus ciudadanos a través de políticas y servicios públicos, como atención médica, educación y seguridad social. En la misma línea tenemos al sistema de la economía planificada, siendo este un sistema en el que el Estado tiene un control central sobre la producción y distribución de bienes y servicios. En estas economías, las empresas públicas desempeñan un papel fundamental en la gestión de recursos y la toma de decisiones de carácter económico.

En estos sistemas económicos se destaca que las empresas públicas son utilizadas por los Estados como un medio para corregir los problemas del mercado, como la falta de acceso a servicios esenciales o la inversión en áreas estratégicas. Sin embargo, es fundamental que esta intervención sea adecuada a las realidades y necesidades de cada país, ya que una intervención inapropiada puede llevar a que las empresas estatales se conviertan en problemas en lugar de soluciones. Es por ello, que la intervención estatal a través de sus empresas públicas, en primer lugar, debería estar en función a estudios y criterios técnicos, estableciendo en un primer momento, la existencia de un interés público que permita al Estado suplir la oferta de bienes y servicios en los cuales el sector privado resulta ser ineficiente o en los supuestos en los que dichos bienes y servicios no son ofertados por el sector privado; como segundo punto, se debe establecer los mercados en los cuales la iniciativa privada no repara o es ésta insuficiente; y como tercer punto, reparar en la existencia de una habilitación constitucional que permita el intervencionismo estatal en condiciones mínimas, preocupándose de no limitar la actuación libre en el mercado por parte de las empresas privadas.

Es así que se puede advertir que la intervención del Estado en la economía a través de empresas públicas a menudo carece de un enfoque metodológico que evalúe adecuadamente la necesidad y el impacto de dicha intervención. Esto puede llevar a que la intervención sea ineficaz o incluso contraproducente. Instituciones como, la hoy denominada,

Superintendencia de Competencia Económica podría desempeñar un papel importante en el análisis y la regulación de estas intervenciones.

En este contexto se puede hacer un parangón entre la constitución de 1998 y la constitución de 2008, puesto que en la primera, las empresas públicas se encuentran en condición igualitaria con las empresas privadas, resulta relevante recalcar la creación del Fondo de Solidaridad que tenía por cometido la privatización de empresas públicas, hecho que coloca a las empresas públicas como subsidiarias en el papel económico que desempeñan; distinta es la realidad con la constitución de Montecristi, pues dicha carta fundamental coloca a las empresas públicas como actores fundamentales en el desarrollo del nuevo sistema económico denominado social y solidario.

Entre las razones que justifican el intervencionismo estatal en materia económica a través de empresas públicas, se barajan varias, entre ellas encontramos las siguientes: 1. La inversión insuficiente del sector privado, puesto que en ciertos proyectos que requieren inversiones significativas, el sector privado podría no estar dispuesto o no tener los recursos necesarios para llevarlos a cabo. En tales casos, el Estado asume un papel activo para financiar y desarrollar estos proyectos de interés público; 2. Respecto de los servicios públicos no rentables para el sector privado. Algunos servicios públicos esenciales pueden no ser atractivos para el sector privado debido a que no generan suficientes beneficios económicos. En estas situaciones, las empresas públicas entran en juego para garantizar que se proporcionen estos servicios a la sociedad, incluso si no son rentables en términos puramente financieros, puesto que, bajo el enfoque del intervencionismo estatal, no es la finalidad ulterior de lucro lo que motiva el accionar el Estado en materia económica.

En función de estas razones, que buscan justificar el intervencionismo estatal, se configura un argumento en contra de considerar el principio de subsidiariedad como algo absoluto, pues la aplicación del principio de subsidiariedad debe ser contextual y depender de casos específicos. En otras palabras, no se puede afirmar de manera categórica que el Estado siempre debe abstenerse de intervenir en la economía, puesto que, en ciertas circunstancias, la intervención estatal a través de empresas públicas es necesaria para corregir distorsiones del mercado y bien podría encontrar buenas justificaciones que darán lugar a su materialización.

1.1.5 El principio de libre competencia.

La libre competencia se refiere al resultado práctico de combinar las libertades económicas, como la libertad de emprender una actividad económica en el mercado, con las libertades

jurídicas que ayudan a las empresas a operar. Estas libertades incluyen la capacidad de las personas para decidir qué relaciones legales establecer y qué términos incluir en esas relaciones. También implica la libertad para organizar su actividad empresarial, determinar la forma, calidad, cantidad y precio de los productos o servicios que ofrecen. Se puede decir que el principio de libre competencia es un derecho que garantiza a los actores económicos en un mercado la posibilidad de competir de manera justa, sin que su éxito dependa de circunstancias manipuladas por otros competidores. Estas circunstancias injustas pueden incluir prácticas anticompetitivas⁶, abuso de posición dominante ⁷y competencia desleal⁸, figuras que serán desarrolladas con detalle en el siguiente capítulo. Es así que, la libre competencia se logra cuando las empresas pueden operar en un mercado de manera libre y justa, tomando decisiones sobre cómo conducen sus negocios sin restricciones indebidas.

La libre competencia es un principio legalmente establecido en nuestra Carta Fundamental, y se deriva del derecho de las personas a emprender actividades económicas de forma libre. Este derecho está contemplado en el Artículo 66, numeral 15 de la Constitución, que establece lo siguiente: “El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art.66)

En una contextualización historia podemos señalar que el derecho de la competencia surge como respuesta a los abusos cometidos por aquellos que tienen una posición dominante en el mercado y aquellos que realizan prácticas que perjudican la competencia en una economía. Este derecho establece restricciones para evitar que los competidores actúen de manera injusta en el mercado.

La libertad de empresa, por su parte, implica que las personas tienen la posibilidad de llevar a cabo actividades económicas, pero esta libertad debe estar regulada para proteger la competencia y evitar abusos por parte de los actores privados. Además, esta libertad se ve limitada por consideraciones como la solidaridad, la responsabilidad social y ambiental, que son aspectos importantes para garantizar un funcionamiento equitativo de la economía, más

⁶ Las practicas, anticompetitivas aluden a acuerdos o acciones que pueden limitar, restringir o distorsionar la competencia en el mercado, teniendo un impacto negativo en materia de competencia, por lo cual resulta necesario contra con normativa que regule dichas acciones.

⁷ El abuso de poder de mercado se considera una infracción a la ley cometida por uno o varios operadores económicos que, aprovechándose de su poder de mercado, obstaculizan, limitan, distorsionan o afectan negativamente la competencia, así como perjudican la eficiencia o el bienestar general.

⁸ La competencia desleal hace referencia a prácticas comerciales consideradas deshonestas que pueden tener consecuencias graves frente a otros competidores en el mercado.

aún sobre la base del sistema económico existente en nuestro país. El principio de solidaridad se refleja en diversas normas, como las normas tributarias. La responsabilidad social se deduce de regulaciones laborales, de protección al consumidor y de normas que promueven la competencia justa en el mercado. Y, la responsabilidad ambiental restringe la libertad de empresa cuando las empresas no controlan adecuadamente los impactos negativos en el medio ambiente, como la contaminación.

En nuestro país, a lo largo de la historia, las normas constitucionales relacionadas con la competencia en el mercado han sido poco más que declaraciones en papel. Nunca se trabajaron programas, políticas públicas o regulaciones secundarias para desarrollar un control y una regulación efectiva de la competencia. Esto se puede ver en las primeras menciones constitucionales sobre competencia en 1967, así como en las Constituciones de 1979 y 1998.

La jurisprudencia, incluyendo la de la Corte Constitucional de Colombia, ha ampliado las características del derecho a la libre competencia. Se reconoce como un derecho individual y también como un derecho de interés colectivo que busca proteger los derechos e intereses de los consumidores. Se aplica de manera igual tanto a empresas privadas como públicas y puede ser limitado por el bien común y la responsabilidad social. No excluye la intervención del Estado para abordar problemas en el mercado, pero su núcleo esencial es asegurar que los oferentes tengan acceso al mercado sin barreras injustificadas.

Durante muchos años en nuestro país, a pesar de contar con disposiciones constitucionales, hubo abusos de posición dominante, prácticas anticompetitivas y competencia desleal que afectaron a actores económicos, consumidores y a la economía en general. No había reglas efectivas para protegerlos, solo una vía administrativa limitada a través de la Subsecretaría de Competencia y del Consumidor.

Es en este contexto que, la Constitución de Montecristi, establece una economía social y solidaria, incorpora principios básicos sobre la competencia económica en el mercado, pero deja algunas excepciones ambiguas en relación con las empresas públicas. Los principios constitucionales que guían el derecho económico y de competencia en nuestro país se encuentran en el Título VI, que trata sobre el Régimen de Desarrollo, el Capítulo IV sobre Soberanía Económica y el Capítulo VI sobre Trabajo y Producción.

En la Constitución de Montecristi se menciona la necesidad de evitar prácticas monopólicas y oligopólicas, especialmente en el sector privado. Sin embargo, surge inmediatamente una

interrogante crítica ¿Esta disposición deja abierta la posibilidad de evitar tales prácticas en el sector público o, por otro lado, cierra por completo la puerta para hacerlo?

También se hace referencia a la fijación de precios para proteger la producción nacional. Sin embargo, algunos teóricos cuestionan si esto es compatible con la noción de competencia en los mercados. Surge la interrogante sobre si es justificable una excepción a la regulación de precios en el mercado en comparación con el derecho a la competencia. La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado aborda este tema al otorgar al Ejecutivo la posibilidad de controlar temporalmente los precios.

De la misma manera, el artículo 336 de nuestra carta fundamental establece como deber del Estado el aseguramiento de la transparencia y eficacia en el mercado, así como el fomento de la competencia en igualdad de condiciones.

Con respecto a la disposición constitucional que parece limitar las normas de competencia al sector privado, este tema se puede analizar desde tres perspectivas: El alcance de la legislación de competencia, el principio de igualdad en el derecho de la competencia y la intervención del Estado. En cuanto al primer punto, la especificación del sector privado no está en línea con las prácticas y leyes actuales de competencia, ya que otorga ciertos privilegios para legalizar prácticas anticompetitivas de empresas estatales. Como segundo punto, desde la perspectiva de la igualdad, el principio de igualdad requiere que no se apliquen condiciones desiguales en las relaciones comerciales o de servicio que pongan a unos competidores en desventaja frente a otros, lo cual choca con la limitación al sector privado. Y, en tercer lugar, la participación del Estado se considera una excepción a las reglas de la legislación de competencia y al principio de igualdad. Esto significa que el Estado tiene la capacidad de eximir a ciertas actividades o sectores de la aplicación de las leyes de competencia si existe una razón válida de interés público. Sin embargo, esta exención debe realizarse mediante la promulgación de una ley específica que establezca las razones y los alcances de la exención. No se puede permitir que esta exención sea aplicada de manera general y sin excepciones, como lo sugiere la Constitución.

1.1.6. Libertar de empresa como derecho constitucional.

En el marco constitucional se incluye la denominada constitución económica como un conjunto de principios, normas y postulados que dicen relación con la realidad económica de los Estados y que, dicha constitución económica, se encuentra constituida por aspectos vinculados con política pública de planificación estatal, iniciativa pública, acciones afirmativas en favor de empresas nacionales o micro o pequeñas empresas del Estado etc.

Ahora bien, se debería entender que, al incluir en el marco constitucional a la constitución económica, también se incluye la libertad de empresa, puesto que ésta se encuentra inserta en la constitución económica, y en virtud de aquello forma también parte del abanico de derechos de rango constitucional.

Ciertamente, en relación con la libertad de empresa y el acceso al mercado, se deben considerar factores que facilitan su implementación. No obstante, es crucial tener en cuenta que existen limitaciones establecidas por normativas, como en nuestro país, donde se agrupan bajo la denominación de "control y regulación del mercado". Estas normas implican la necesidad de examinar diversos instrumentos de intervención estatal y a su vez, éstos no solo abarcan el control y la regulación, sino que también permiten la intervención directa del Estado. Esta intervención no se limita solo a la formulación de políticas públicas en áreas como planificación, política fiscal y política monetaria, sino que también incluye la reserva por parte del Estado de ciertos sectores, recursos o servicios esenciales de índole económica y que son prestados por el Estado en razón de su interés colectivo.

Del análisis de la carta fundamental de 2008 se puede extraer, la aplicación del principio de subsidiaridad, en cuando al margen económico previsto en la constitución, sin inobservar el criterio según el cual más allá de la mera aplicación de dicho principio, se puede extraer del análisis constitucional una lectura de un Estado empresario, puesto que el Estado ecuatoriano participa directamente en las actividades empresariales ya sea a través de la creación de empresas públicas o con la participación accionaria que tiene el Estado en empresas privadas, bajo este esquema el Estado asume un rol activo como empresario, influyendo en la economía a través de su participación directa en la producción y distribución de bienes o servicios.

Si bien a la actividad empresarial de un Estado se la concibe como un instrumento de política pública, hay alrededor de ésta una crítica en función del cuestionamiento que se hace a las empresas públicas en cuanto a su existencia y razón de ser. Existe una perspectiva que sostiene que todas las actividades empresariales deben ser llevadas a cabo por iniciativas privadas. Según esta visión, el mal rendimiento de las empresas públicas y las grandes pérdidas asociadas sugieren que los gobiernos deberían desprenderse de ellas, ya sea cerrándolas o privatizándolas. Sin embargo, al analizar históricamente este tema desde una perspectiva más neutral que la puramente ideológica, se arguye que las empresas públicas, al considerarse instrumentos de política pública, deberían utilizarse para corregir los fallos del mercado, sin generar competencia desleal o distorsiones, y evitando la desaparición de la economía privada. La validez de las intervenciones estatales estaría en función de su

capacidad para lograr efectivamente los objetivos, derechos y principios establecidos en la constitución, puesto que aquello deben ser garantizados por el Estado.

No obstante, de lo analizado hasta el momento, es menester señalar un particular crítico respecto de la libertad de empresa, dicho particular dice relación con el hecho de que, la libertad de empresa no se hace mención de manera expresa en la constitución vigente en Ecuador y hay autores que señalan que dicha omisión no fue inconsciente, sino que se debe a que la economía de mercado, misma que está constituida por la libertad de empresa, resultaría incompatible con nuestro régimen neo constitucionalista.

Sin embargo, aunque no esté explícitamente mencionada en la constitución, es importante destacar que la libertad de empresa se considera un derecho intrínseco del ser humano. Este derecho se presenta como una condición esencial, aunque no suficiente, para fortalecer la democracia. Además, que, la libertad de empresa juega un papel crucial al garantizar que las personas tengan la oportunidad de buscar su realización personal y permite una justa recompensa por los logros individuales, así como la imposición de sanciones por errores cometidos. Por lo tanto, la libertad de empresa es significativa no solo desde la perspectiva de la producción y distribución de bienes, sino también desde un punto de vista ético y social. Además, esta libertad implica la capacidad de asumir riesgos en el ámbito de la gestión económica.

Por lo tanto, la libertad de empresa reconoce los diversos fundamentos del derecho a participar en cualquier actividad económica. Esto se basa en la naturaleza emprendedora inherente a los seres humanos, ya que forma parte esencial de la libertad individual para elegir su propio desarrollo y buscar caminos que satisfagan sus necesidades y promuevan su crecimiento personal. Esto, a su vez, implica la práctica activa de la capacidad de enfrentar desafíos y asumir riesgos.

En consecuencia, la libertad de empresa implica la libertad para crear y dirigir las condiciones de una actividad económica, utilizando medios legítimos para destacarse en el mercado, siempre dentro de los límites establecidos por las normas. Esta libertad abarca cualquier actividad organizada que tenga como objetivo ofrecer productos o servicios en el mercado. Considerando que, la base última de la libertad de empresa se encuentra en las mismas valoraciones que respaldan otros derechos constitucionales. Su objetivo principal es asegurar la dignidad humana mediante la creación de medios lícitos para el sustento y la vida. Por lo tanto, sería inaceptable cualquier interferencia del Estado en la vida de los individuos.

Supone un fuerte desafío determinar el alcance de la libertad de empresa. Según la doctrina y la jurisprudencia, el contenido esencial de este derecho se determina mediante un proceso de ponderación. En este análisis, la libertad de empresa se considera dentro de los derechos constitucionales de segundo nivel, por lo tanto, la protección de otros derechos constitucionales o de cualquier bien o interés constitucional puede justificar la restricción de la libertad de empresa, siempre que sea proporcional y necesario. El método de ponderación y el juicio de proporcionalidad son herramientas que ayudan a entender el contenido y alcance de la libertad de empresa, permitiendo restringirla si la protección del objetivo perseguido es aceptable y proporcional.

1.1.6.1 La Libertad de Empresa en la Constitución Ecuatoriana.

Como se mencionó anteriormente, la actual Constitución de Ecuador, no menciona explícitamente la libertad de empresa, a diferencia de la constitución anterior de 1998, que la incluía claramente en el artículo 23, numeral 16.

Si bien en este apartado se volverá a realizar una diferenciación entre la constitución de 1998 y 2008, esta no resultará ser redundante en la medida que en este apartado se tratará exclusivamente la libertad de empresa en el contexto constitucional.

La ausencia de la libertad de empresa en la Constitución de 2008 podría relacionarse con el enfoque del "Estado constitucional de derechos y justicia", establecido en el artículo 1 de la actual Constitución. En la medida de que este enfoque refleja una perspectiva del neoconstitucionalismo.

Para comprender la razón detrás de esta omisión, es útil analizar el cambio en el modelo económico. En la Constitución de 1998, específicamente en el artículo 244.1, se establecía que el Estado, dentro del sistema de economía social de mercado, debía garantizar el desarrollo de las actividades económicas mediante un marco legal e institucional que las promoviera, fomentara y generara confianza. Además, se enfatizaba la igualdad de tratamiento legal para las actividades empresariales públicas y privadas, así como la garantía de condiciones equitativas para la inversión nacional y extranjera.

Como se menciona en los párrafos anteriores, la actual Constitución del Ecuador, en contraste con la de 1998, no menciona explícitamente la libertad de empresa. En lugar de ello, el artículo 66.15 de la nueva Constitución aborda el derecho a desarrollar actividades económicas individual o colectivamente, en concordancia con los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental.

La pregunta clave es si este derecho implícitamente abarca la libertad de empresa y si su ausencia explícita significa que este derecho ha desaparecido en el país. La Corte Constitucional ecuatoriana, en sentencia (Caso No 0017-10-IN, 29 de marzo de 2012), desestimó una demanda de inconstitucionalidad relacionada con el Acuerdo Ministerial No. 654. Aunque este caso no se centró exclusivamente en la libertad de empresa, la sentencia proporcionó criterios jurisprudenciales relevantes.

Según la Corte Constitucional, el derecho a desarrollar actividades económicas, mencionado en el artículo 66.15, incluye la libertad de ejercer cualquier actividad lícita dentro de los límites y regulaciones establecidos por la ley. Aunque la libertad de empresa no se menciona expresamente, se considera comprendida en este derecho, siempre sujeta a las normas y decisiones legítimas de la autoridad competente.

Desde la perspectiva de la Corte Constitucional, el derecho a la libertad de empresa abarca la libertad de acceso a cualquier actividad económica en una economía de mercado, así como la libertad de gestión empresarial, todo dentro de los límites legales. Además, reconoce la posibilidad de intervención del sector público en el mercado, pero solo en casos específicos establecidos en la Constitución.

Aunque la Corte Constitucional parece intentar limitar la intervención estatal, el artículo 313 y 315 de la Constitución de la República permite una amplia posibilidad de intervención del Estado en diversas empresas públicas, no solo para servicios públicos y actividades estratégicas, sino también para cualquier otra actividad económica.

En síntesis, según la Corte Constitucional, la libertad de empresa, aunque no se mencione explícitamente en la Constitución, sigue siendo un derecho constitucional protegido. Se encuentra dentro del derecho a desarrollar actividades económicas establecido en el artículo 66.15, abarcando tanto una dimensión objetiva (acceso al mercado, gestión empresarial) como una dimensión subjetiva (la libertad del empresario para tomar decisiones).

Aunque la libertad de empresa no es absoluta, sino "controlada", sigue siendo un derecho fundamental que permite a las personas participar en actividades económicas y aumentar su patrimonio. Sin embargo, está sujeta a ciertas limitaciones, como la función social de la empresa⁹ y la intervención estatal a través de mecanismos administrativos y acciones legales.

1.2. Las empresas públicas: contexto constitucional y legal.

⁹ La función social de la empresa hace referencia a rol que las empresas desempeñan en la sociedad y la contribución al bienestar general más allá de la generación de beneficios económicos.

1.2.1. Definición.

Si bien es cierto que nuestra legislación define de manera clara lo que ha de entenderse por empresa pública, consideramos que es pertinente reparar en acepciones aportadas por la doctrina, de esta manera es que señalaremos algunas de ellas para, eventualmente, reparar en el análisis del aporte de la legislación al respecto.

Vale señalar conceptos que nos aporta la doctrina, como es el caso del concepto aportado por Marienhoff, quien al respecto señala que “Por “empresa del estado” debe entenderse toda persona jurídica, pública o privada, creada por el Estado, que realiza habitualmente actividades comerciales o industriales o que tiene a su cargo la prestación de servicios públicos de esta índole”. (Marienhoff, 2003, p.196)

A su vez, Ismael Mata señala que:

El concepto de empresa pública carece de significado jurídico preciso, y a través de él, solo puede expresarse que el Estado ha adoptado una política de intervención en el mercado, mediante distintas formas de organización que se asemejan a la empresa privada, pero ofrecen diferentes perfiles jurídicos, en función del grado de intervención en la economía que el estado se propone. [...] Del mismo modo resulta redundante sostener que a través de su quehacer empresario, el Estado se propone la satisfacción de fines públicos, por cuanto no es concebible una actividad estatal sin que persigan tales fines. (Mata, 2009, p.587).

Para Roberto Dromi El término "empresa pública" se utiliza para describir cualquier organización económica que opere en el sector público de la economía, no solo estatal. Los elementos esenciales de este concepto son, por una parte, el elemento subjetivo, siendo este el carácter público que indica la participación de la Administración del Estado u otra entidad administrativa pública. Aunque estas empresas pueden ser de propiedad pública o privada, la regulación especial que reciben se debe a su conexión directa o indirecta con el Estado. Y, por otra parte, el elemento objetivo, que es la empresa, que se refiere a la actividad económica que llevan a cabo. Estas entidades, ya sean de propiedad pública o privada, están involucradas en actividades económicas específicas. (Dromi, 2000, p.524).

En nuestra legislación, la Ley Orgánica de Empresas Públicas (LOEP), define el concepto de empresas en su artículo 4, en los siguientes términos:

Las empresas públicas son entidades que pertenecen al Estado en los términos que establece la Constitución de la República, personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión. Estarán destinadas a la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y en general al desarrollo de actividades económicas que corresponden al Estado. Las empresas subsidiarias son sociedades mercantiles de economía mixta creadas por la empresa pública, en las que el Estado o sus instituciones tengan la mayoría accionaria. Las empresas filiales son sucursales de la empresa pública matriz que estarán administradas por un gerente, creadas para desarrollar actividades o prestar servicios de manera descentralizada y desconcentrada. Las Agencias y Unidades de Negocio son áreas administrativo - operativas de la empresa pública, dirigidas por un administrador con poder especial para el cumplimiento de las atribuciones que le sean conferidas por el representante legal de la referida empresa, que no gozan de personería jurídica propia y que se establecen para desarrollar actividades o prestar servicios de manera descentralizada y desconcentrada. (Ley Orgánica de Empresas Públicas, 2009, art. 4)

En síntesis, la ley nos dice que las empresas públicas son: Entidades que pertenecen al Estado en los términos que establece la Constitución de la República; Personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión y que son Destinadas a la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y en general al desarrollo de actividades económicas que corresponden al Estado.

1.2.2. Características.

Entre las características que tienen las empresas públicas se pueden mencionar las siguientes:

1. Al tenor de la disposición constitucional contemplada en su artículo 225, forman parte del sector público.
2. Al tenor de lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, tienen personería jurídica propia. No obstante, están sujetas u otros organismos al tener de la disposición en mención.

3. En cuando a su patrimonio, se dispone que es público.
4. Se sujetan a los órganos de control del Estado.
5. En virtud de lo que contempla la Ley Orgánica de Empresas Públicas en su Disposición General Primera, se dice que la naturaleza de sus actos, hechos y contratos, puede o no ser de carácter administrativo.
6. Su organización responde a una organización autárquica.
7. Se pueden clasificar en función del capital en: unipersonales o mixtas, en consideración con el artículo 315 de nuestra constitución, en la que se dice que el Estado siempre tendrá mayoría accionaria.
8. En función de su creación, se clasifican en: empresas públicas de la Función Ejecutiva, empresas públicas de los GAD's, las empresas públicas que tengan su origen en escrituras públicas de los organismos previamente mencionados, y las empresas públicas de las Universidades Públicas. Al tenor del artículo 5 de la LOEP.
9. En función al territorio, las empresas públicas se clasifican en: locales, provinciales, regionales, nacionales o internacionales.
10. En función de su objeto se clasifican en virtud de: la prestación de servicios públicos, gestión de sectores estratégicos, desarrollo de actividades económicas; y, proyectos con responsabilidad social.

1.2.3. Origen de las empresas públicas.

En cuanto a las empresas públicas, resulta menester hacer un breve repaso de la forma en como surgieron y evolucionaron en Europa y América Latina. En Europa, se originaron en el Antiguo Régimen en áreas como manufacturas reales, astilleros y arsenales. Luego, en el siglo XIX, se modernizaron debido al crecimiento de infraestructuras, la industrialización y la urbanización. Después de la Segunda Guerra Mundial, estas empresas desempeñaron un papel esencial en la reconstrucción de las economías europeas.

Por su parte, el sector privado, debilitado en la posguerra, no pudo hacer frente a la recuperación económica por sí solo, lo que llevó a una mayor intervención del Estado y al fortalecimiento de las empresas públicas. Sin embargo, a partir de la década de 1990, se produjo un proceso de privatización y reducción del tamaño del Estado. Aunque muchas empresas públicas perdieron eficiencia, algunas siguen existiendo en Europa, especialmente después de la crisis de 2009.

En América Latina, las empresas públicas surgieron por diversas razones, como la necesidad de suministrar servicios públicos, apoyar políticas económicas y mantener el empleo. Se

destacan dos momentos clave: la privatización de sectores estratégicos en la década de 1990 y la inversión en proyectos extractivistas.

En el caso ecuatoriano, la empresa pública apareció en la Constitución de 1946 y apoyó un papel importante en áreas estratégicas del Estado. A lo largo del tiempo, se crearon empresas públicas en sectores como el ferrocarril, la energía y el petróleo. De este sucinto repaso se puede advertir que la historia y evolución de las empresas públicas en diferentes regiones del mundo, destaca su importancia en momentos de posguerra y reconstrucción económica.

1.2.4. Naturaleza jurídica: pública o privada.

El profesor Marienhoff, en su Tratado de Derecho Administrativo, sugiere que las empresas del Estado pueden clasificarse en función a la naturaleza de sus actividades, lo cual es relevante para determinar qué rama del derecho, ya sea público o privado, les es aplicable. Se distingue entre empresas que realizan actividades industriales o comerciales y aquellas cuya función es prestar servicios públicos. En el primer caso, la empresa está principalmente sujeta al derecho privado, mientras que, en el segundo caso, el derecho público tiene influencia en diversos aspectos. (Marienhoff, 2003)

La base del debate en virtud del cual se trata de identificar si el Estado y conjuntamente sus entidades, pueden o no ser considerados como comerciantes, está en función directa de la posibilidad de atribuirles dicha calidad. Es así que, algunos sostienen que, el Estado y sus entidades no pueden ser considerados como comerciantes, aun cuando realizan, con regularidad, actos de comercio. No obstante, hay quienes afirman que el Estado y sus entidades bien podría ser considerados comerciantes, aunque con un régimen mixto que reconoce la esencia comercial de estas entidades junto con las restricciones impuestas por el derecho público.

Es así que se halla un aparente problema en la dificultad de negar la calidad de comerciante a las empresas públicas, sin embargo, es Vedel quien propone un concepto que podría conciliar la esencia comercial de estas empresas con las restricciones que las mismas hallan en el derecho público. En nuestra legislación, rescatando el caso de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, no existe regulación que permita clasificar la naturaleza de estas empresas según su objeto, como sugiere el profesor argentino. No obstante, la Disposición General Primera de la LOEP establece lo siguiente: "Primera. Naturaleza de los actos, hechos y contratos de las empresas públicas. Los actos, hechos y contratos que expidan, ejecuten o celebren las empresas públicas para la construcción de

obra pública e infraestructura exclusivamente, son de naturaleza administrativa". (Ley Orgánica de Empresas Públicas, 2009, p. 25)

Por su parte, Efraín Pérez, en su obra "Derecho Administrativo", discute el régimen jurídico de las empresas públicas haciendo referencia a la Ley Orgánica de Empresas Públicas (LOEP), es así que Pérez arguye que el régimen jurídico de las Empresas Públicas está compuesto por un conjunto de normas legales que le son aplicables y que estas normas determinan la estructura y funcionamiento de las empresas públicas en aspectos como el personal, presupuestario, contractual y tributario (Pérez, 2009). Es decir, Pérez que, entender el funcionamiento y la estructura de una empresa pública implica analizar cómo la forma en que las normas legales afectan y guían sus operaciones en aspectos claves como el personal, presupuestario, contractual y aspectos tributarios. Esto establece un marco legal que permite asegurarse que la entidad opere en función con los objetivos fijados por la ley y en beneficio del interés público.

Pero, además, Pérez señala que las empresas públicas bien podrían estar sujetas al régimen del derecho público como del privado, y esto implicaría que su actividad puede involucrar reglas propias tanto del sector público como del sector privado e incluso prevé el escenario de aplicación simultánea. A demás, Pérez repara en una crítica a la LOEP, puesto que menciona una aparente ambigüedad que trae consigo la ley en mención en relación con el carácter del régimen jurídico de las empresas públicas. Si bien la ley declara que el régimen al que se someten las empresas públicas es de derecho público, parece que limita la aplicación de este régimen exclusivamente a los actos relacionados con la contratación de obras públicas e infraestructura. Pérez hace hincapié en este particular, puesto que, a su juicio, esta confusión en las declaraciones realizadas por la LOEP podría interpretarse como una suerte de clasificación, en función de la cual, se clasifica como civiles todos los demás actos, hechos y contratos de las empresas públicas que no tengan que ver con la contratación de obras públicas e infraestructura. Esto contradice, a criterio del autor, el contexto general del régimen jurídico de las empresas públicas atribuido en la LOEP, contradiciendo su naturaleza como persona jurídica de derecho público, así como su régimen contractual, de personal y la atribución de la jurisdicción coactiva para la recaudación de deudas. (Pérez, 2009)

Por lo dicho, hay que considerar que, de conformidad con los artículos 4 y 5 de la LOEP, así como el artículo 225 de la Constitución, las empresas públicas pertenecen al Estado y son de derecho público en virtud de las características y la regulación de su creación atribuidas y reglamentadas en la LOEP. No obstante, el que las empresas públicas sean de derecho

público se pone en tela de duda si se busca armonizar lo dicho, con la Disposición General Primera, puesto que, en virtud de aquella, ese régimen es aplicable, de manera exclusiva, a la obra pública.

Es por ello que en la LOEP se encuentra un régimen mixto, mismo que pretende un sometimiento tanto al derecho público como al derecho privado con respecto de las empresas públicas, y decimos que la LOEP posibilita que estas empresas estén sometidas a un régimen privado, dado que, en la misma ley se regula a las empresas subsidiarias, siendo aquellas sociedades mercantiles de economía mixta creadas por las empresas públicas y que son sociedades sometidas a un régimen privado.

Juan Carlos Cassagne sostiene que, en el contexto de las sociedades de Economía Mixta, el régimen se considera privado. Esto se debe a que estas sociedades no están vinculadas con la Administración Pública y, además, adoptan la estructura de una "sociedad". Cassagne destaca que, de acuerdo con la legislación argentina, las normativas que se aplican a las sociedades anónimas son también aplicables, con algunas excepciones, a las sociedades de economía mixta. Esto resalta su naturaleza específica como una forma de entidad mercantil. Es menester considerar que las sociedades mercantiles se constituyen como personas jurídicas de derecho privado y su carácter mercantil se deriva de constituirse en una de las formas societarias previstas en la legislación. (Cassagne , 1998, p.415)

Si bien se puede advertir el sometimiento mixto, resulta preciso identificar los casos específicos, en cuanto al sometimiento a dichos regímenes. Para ello, nos valdremos de lo que afirma Dromi en su obra "Tratado de Derecho Administrativo". Según este autor, las empresas se someten a regímenes distintos en función de la naturaleza de sus actividades. Siendo que, en el caso de sus actividades específicas, como las actividades comerciales o industriales, se rigen estas empresas por el derecho privado. No obstante, en lo que concierne a sus relaciones con la administración o al servicio público que ofrecen se someten al régimen del derecho público. Dromi destaca que esta diferenciación entre actividades específicas y actividades de servicio público determina si la regulación será por derecho privado o público, respectivamente. Además, señala que la clasificación legal de los actos y contratos de estas empresas puede generar debates, y en caso de duda sobre si son de naturaleza administrativa o civil y comercial, se debe considerar la verdadera esencia de la empresa y la naturaleza de la actividad específica que están llevando a cabo. (Dromi, 2000)

De este análisis se puede deducir la inclinación de someter a las empresas públicas en la coexistencia de dos regímenes anteriormente señalados y analizados.

1.3. Contratación Pública.

Es menester hacer una referencia a la contratación pública en la medida que, en la presente tesis, se analizarán los escenarios en los cuales los procesos de contratación pública puedan resultar atentatorios contra el Derecho de la Competencia. Es por ello que, en este apartado se realizará un sucinto análisis de los procesos de contratación pública, sin entrar a detalle, puesto que el presente trabajo de investigación no se centra estrictamente en este tema.

1. 3. 1. La Contratación Pública vista como Contratación Pública Estratégica.

La Contratación Pública desempeña un papel crucial al dirigir el mercado hacia prácticas socialmente responsables, promoviendo productos innovadores y generando un impacto positivo en la economía. Las políticas públicas asociadas buscan favorecer a las pequeñas y medianas empresas, combatir el desempleo, apoyar la inclusión de personas con discapacidad, estimular el comercio justo, impulsar la eficiencia y el ahorro energético, incorporar cláusulas para la igualdad de género, fomentar el cuidado del medio ambiente, la innovación y el desarrollo tecnológico. Además, la Contratación Pública puede utilizarse como una herramienta estratégica para responder a crisis económicas.

En este escenario, la Contratación Pública Estratégica se relaciona con el concepto de Contratación Pública responsable, donde el enfoque va más allá de simplemente satisfacer una necesidad inmediata de compra, puesto que se busca alcanzar objetivos que van más lejos que el propósito inmediato de la adquisición. De ahí que la Contratación Pública Estratégica se relacione con criterios de sostenibilidad, específicamente en el contexto de Compra Pública Sostenible, a la cual se le entiende como una estrategia que busca integrar criterios ambientales, sociales y económicos en los procesos de contratación pública, con el objetivo de fomentar prácticas más responsables y sostenibles en la adquisición de bienes, servicios y obras por parte de las entidades gubernamentales. Este enfoque implica la integración de aspectos sociales, éticos y ambientales en los procesos de Contratación Pública, es por ello que va más allá de consideraciones puramente económicas, abarcando conceptos como responsabilidad, ética, compras verdes ¹⁰y compras sociales¹¹.

¹⁰ Las compras verdes se refieren a la adquisición de productos y servicios que tengan un menor impacto ambiental durante su ciclo de vida en comparación con otras alternativas disponibles.

¹¹ Las compras sociales se refieren a la adquisición de productos o de servicios que tienen un impacto social positivo, mismas que son realizadas con el cometido de apoyar a empresas o proveedores que generan beneficios sociales a la sociedad.

La Contratación Pública Estratégica se fundamenta en la idea de que los objetivos sociales, ambientales e innovadores requieren una comprensión adecuada de cómo deben gestionarse los fondos públicos. En este contexto es menester considerar la visión tripartita de la contratación pública estratégica, en los siguientes términos: 1. Promover objetivos sociales mediante cláusulas sociales; 2. Respaldar políticas ambientales y sostenibles (conocida como contratación pública "verde"); 3. Y, fomentar la innovación y el desarrollo para mejorar el entorno social en general.

En la misma línea de promover la Contratación Pública Estratégica, se implementan disposiciones que buscan impulsar la igualdad de género en el trabajo, aumentar la participación de las mujeres en el mercado laboral, facilitar la conciliación entre el trabajo y la vida familiar, promover la protección del medio ambiente y los derechos de los animales, respetar los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y favorecer la contratación de personas con discapacidad, incluso superando los requisitos legales establecidos.

La adopción de una nueva perspectiva de la Contratación Pública implica un compromiso activo con la realidad social circundante, considerando el impacto significativo que esta tiene en la sociedad. De esta manera, se posiciona como una herramienta efectiva para promover valores que van más allá de sus objetivos inmediatos, reconociendo que las políticas públicas de Contratación Pública son instrumentos cruciales mediante los cuales, dentro del marco legal vigente, se puede contribuir de manera concreta y directa a fortalecer el compromiso social. De ahí que la Contratación pública sea considerada como una importante herramienta de política económica, es decir, aquella parte del Derecho Público que regula las adquisiciones de bienes, la ejecución de obras o la contratación de servicios. Esto se aplica tanto cuando las instituciones involucradas son públicas (según quiénes sean los entes contratantes) como cuando se utilizan recursos públicos (dependiendo de la naturaleza de los recursos destinados a la contratación). En este último caso, lo crucial es que la mayoría o la totalidad de los recursos sean de origen público, independientemente de la naturaleza jurídica del ente contratante (público o privado).

1.3.2 Contratación pública en el ámbito ecuatoriano.

La política económica del Estado ecuatoriano, según la Constitución vigente, busca el "Buen Vivir" de los ecuatorianos a través de la Contratación Pública y ésta se enfoca en seis aspectos clave: 1. La priorización nacional, en virtud de la cual se da preferencia a la contratación de empresas nacionales sobre las extranjeras; 2. Criterios especiales en función de los cuales se establecen preferencias basadas en el tamaño y la asociación de los actores

económicos, dando exclusividad a micro y pequeñas empresas o a la economía popular y solidaria; 3. La priorización local en la cual se da preferencia a proveedores locales, priorizando la contratación de acuerdo con la ubicación geográfica; 4. Régimen Especial para Productos Sensibles, en virtud de la aplicación de dicho régimen se establecen procedimientos especiales para la contratación de productos considerados sensibles o estratégicos; 5. Contratación Interadministrativa: Se establecen procedimientos especiales, a menudo directos, para la contratación entre entidades públicas, incluyendo instituciones y empresas públicas, tanto nacionales como extranjeras; 6. Procedimientos de Emergencia, en virtud del cual se establecen procedimientos directos para la contratación en situaciones de emergencia.

Estos mecanismos buscan cumplir con los objetivos del Plan Nacional del Buen Vivir, promoviendo la igualdad, la cohesión social, la sostenibilidad económica y el cambio en la matriz productiva.

A continuación, realizaremos un somero análisis de los aspectos previamente señalados que dicen relación con el tema que en esta tesis nos ocupa, como es la vinculación que tienen dichos aspectos con el Derecho de la Competencia.

1.3.2.1. Criterios Especiales: Priorización a Micro y Pequeñas Empresas o Actores de la Economía Popular y Solidaria.

En este apartado se realizará un análisis de la preferencia que tienen los proveedores que se constituyen en Micro y Pequeñas Empresas, en adelante (PYMES) y de los Actores de la Economía Popular y Solidaria, en adelante (AEPS).

En relación con el impulso de las PYMES, el objetivo estratégico es que la Contratación Pública contribuya a fortalecerlas, reconociendo su relevancia para la cohesión económica y social. Al hacerlo, se busca superar su desventaja competitiva frente a empresas más grandes. Este enfoque tiene por cometido aumentar la diversidad de proveedores en las contrataciones públicas, fomentar la competencia en el mercado y, en última instancia, mejorar la calidad de obras, bienes y servicios necesarios para los objetivos de desarrollo del Estado. Sin embargo, es importante señalar que esta priorización podría plantear desafíos en relación con los principios fundamentales de igualdad y libre competencia establecidos en la legislación, puntualmente en el artículo 4 de la LOSNCP.

Resulta imposible de negar la contribución significativa de las PYMES al desarrollo económico y social, desempeñando un papel crucial como impulsores del crecimiento y generadores de

empleo, puesto que, estas empresas encarnan un espíritu emprendedor y una rápida capacidad de adaptación al entorno económico, promoviendo la innovación tecnológica y la construcción de una sociedad del conocimiento. Este enfoque busca favorecer el crecimiento económico y la estabilidad social, alineándose con la visión de una matriz productiva innovadora que el país aspira alcanzar.

Las disposiciones de priorización previamente mencionadas sobre dar prioridad a la contratación nacional, especialmente a micro y pequeños proveedores, así como a los actores de la economía popular y solidaria, encuentran su base legal en el artículo 288 de la Constitución, mismo que reza lo siguiente:

Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art.288)

Este artículo establece la obligación de dar preferencia a la producción nacional en los procesos de contratación pública. Además, La normativa que concreta la disposición constitucional en mención se encuentra en varios artículos de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP), especialmente en el artículo 4. Este artículo establece principios fundamentales para la Contratación Pública, incluyendo el principio de participación nacional. (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008)

Además del artículo 4 de la LOSNCP, hay diversos artículos tanto en la propia ley como en su Reglamento General como, por ejemplo, en su artículo 38 y 113, e incluso en Resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP). Estos artículos aseguran la prioridad de las ofertas nacionales sobre las extranjeras, dando especial preferencia a las PYMES, artesanos y AEPS.

Un ejemplo de esta preferencia se puede apreciar en los procesos conocidos como "Menor Cuantía ¹² ", pues las normas de contratación pública establecen que deben contratarse exclusivamente con proveedores nacionales, específicamente con proveedores pequeños (micro o pequeños), actores de la economía popular y solidaria, o artesanos locales. En

¹² La menor cuantía hace referencia a un procedimiento de contratación pública, siendo este una modalidad específica de contratación pública utilizada para la adquisición de bienes, servicios u obras de menor valor económico por parte del Estado. Dicho procedimiento se encuentra regulado en la LOSNCP.

cuanto a los procesos de Consultoría, el artículo 37 de la LOSNCP permite invitar a participar a extranjeros solo si se demuestra que no hay participación nacional.

En la misma línea en algunas reformas expedidas por el SERCOP se robustece el principio de prevalencia nacional. Las resoluciones emitidas por el SERCOP se respaldan y refuerzan con la Ley Orgánica Reformatoria de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, aprobada por la Asamblea Nacional en julio de 2013 y publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 100 el 14 de octubre de 2013. Esta ley ratifica la intención de fortalecer la participación nacional en los procesos de contratación de obras, bienes y servicios.

Las preferencias hacia proveedores nacionales, locales, pequeños o con características asociativas especiales forman parte de la política económica del Ecuador. Aunque esta política puede generar riqueza nacional, podría ser percibida como contradictoria con criterios de crecimiento y desarrollo en un contexto internacional, donde se valoran objetivos de eficiencia y eficacia en las adquisiciones públicas, más que criterios de preferencia.

Resulta sustancial considerar que la preferencia a la producción nacional responde a que en un sistema dolarizado como el de Ecuador, es fundamental promover que los dólares circulen y se queden en el país. Esto cobra especial importancia, dado que aproximadamente el 40% del presupuesto anual del Estado se destina a contratación pública. Es por ello que se entiende la preocupación de fomentar la participación nacional en virtud de que la contratación pública ha ido creciendo de forma acelerada, y esto cobra relevancia en la medida que el monto del Presupuesto General del Estado que se destina a la contratación pública es significativo y en la medida que se pretende que las divisas no salgan del país.

Es importante tener en cuenta que la contratación pública es una herramienta de política económica, y dentro de esta política, los Estados tienen la libertad de establecer mecanismos de preferencia para sus ciudadanos, no obstante. La crítica planteada por Inés Baldón se centra en el hecho de que estos mecanismos se establezcan de manera permanente en lugar de ser transitorios y coyunturales. Establecer preferencias a largo plazo puede afectar la productividad y los objetivos de hacer que los proveedores nacionales sean competitivos y es aún más problemático cuando estas preferencias se incluyen en un texto constitucional, que debería ser, por naturaleza, permanente. (Baldón, 2014)

En principio, los textos constitucionales son permanentes y difíciles de modificar, puesto que para ello demandaría una reforma constitucional, por lo que es criticable que el artículo 288 de la Constitución Ecuatoriana establezca un discrimen que parece ser permanente, por lo cual, es menester considerar que esta situación podría complicar la celebración de acuerdos

comerciales con otros países, y es por ello que dicha discriminación afectaría la igualdad de participación y acceso de otros proveedores.

Aunque se reconoce la utilidad de la contratación pública como una herramienta crucial de política económica, especialmente en un país dolarizado como Ecuador, desde la perspectiva jurídica, las normas de preferencia no deberían formar parte de un texto constitucional, ya que éste, como se mencionó anteriormente, tiene un carácter permanente y dicha acción de preferencia, debería ser más bien transitoria y coyuntural para no perjudicar los criterios de productividad y competitividad.

Por otro lado, considero acertado el aporte de Inés Baldón al señalar que aunque se comprende el motivo de favorecer a los micro y pequeños proveedores, sería beneficioso impulsar un proceso que promueva su crecimiento sostenido. Puesto que al establecer preferencias sin considerar la evolución de los proveedores se podría generar un efecto negativo en la medida que no tendría incentivos para crecer puesto que si lo hacen perderían las preferencias que se les otorga a las PYMES, es por ello que sería más apropiado implementar mecanismos que estimulen la evaluación de los resultados obtenidos. Esto evitaría que los proveedores se sientan desincentivados a crecer.

En cuanto a los AEPS, dicho grupo prioritario, además de estar previsto en el artículo 283 de nuestra carta fundamental, está también definidos en el artículo 1 de la Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria y a su vez, el artículo 8 de la Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria establece lo siguiente: "Para efectos de la presente Ley, integran la Economía Popular y Solidaria las organizaciones conformadas en los Sectores Comunitarios, Asociativos y Cooperativistas, así como también las Unidades Económicas Populares" (Ley Orgánica de la Economía Pópular y Solidaria del Sistema Financiero, 2011, art.8)

De esta manera, el artículo en mención nos deja claro que forman parte de esta economía las organizaciones en los sectores comunitarios, asociativos y cooperativistas, así como las Unidades Económicas Populares (AEPS). En este contexto, los actores de la economía popular y solidaria, en adelante (AEPS), son considerados preferentes no por su tamaño o ventas, sino por su naturaleza asociativa. En términos estrictos, no son equivalentes a las micro y pequeñas empresas (MYPES).

Con el cometido de garantizar la participación efectiva de los AEPS, se implementó un procedimiento de Contratación Pública conocido como la "Feria Inclusiva", misma que, al tenor del artículo 6 numeral 13 de la LOSNCP es un evento donde las entidades que requieren bienes y servicios presentan sus necesidades. Este encuentro facilita la participación de

manera inclusiva, permitiendo la oportunidad para artesanos, micro y pequeños productores de proveer los bienes y servicios necesarios.

En el texto de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP), no se encuentra otra mención sobre la "Feria Inclusiva". Es importante señalar que el artículo previamente citado no hace una referencia explícita a los actores de la economía popular y solidaria, un grupo que posiblemente debería tener una participación destacada en un evento inclusivo. Este aparente error se intenta subsanar con las reformas introducidas el 14 de octubre de 2013, mediante la Ley Orgánica Reformatoria de la LOSNCP, que incluye el capítulo VI en el Título III bajo el nombre "Feria Inclusiva" en el artículo 59.1. Esta disposición establece que la Feria Inclusiva es un procedimiento preferente para la adquisición de obras, bienes y servicios de producción nacional, ya sean normalizados o no. Se especifica que solo pueden participar como proveedores en este evento los productores individuales, las organizaciones de la Economía Popular y Solidaria, las unidades económicas populares, los artesanos y las micro y pequeñas unidades productivas. Es relevante señalar que estas dos disposiciones no están estrechamente relacionadas, ya que la mencionada en el artículo 6, número 13, no aborda obras, no diferencia entre bienes y servicios normalizados o no, y no incluye preferencias ni exclusividad para los proveedores, a diferencia del artículo 59.1.

Aunque los procedimientos para la participación de los actores de la economía popular y solidaria en la Contratación Pública no están completamente claros, se evidencia que este sector recibe preferencia debido a su naturaleza asociativa y composición, no necesariamente por su tamaño o volumen de ventas. Goza de beneficios similares a los otorgados a las MYPES y los artesanos. Tras las reformas a la LOSNCP en octubre de 2013, se estableció un orden de prioridad, dando el primer lugar a los actores de la economía popular y solidaria, lo que implica ventajas superiores en comparación con otros actores preferenciales.

Aunque es válida una medida de preferencia o acción positiva en la Contratación Pública, debería tener un carácter temporal y ser sujeta a evaluación constante. Además, estas medidas no deberían estar en la Constitución, sino en normativas más flexibles como resoluciones secundarias. Los estímulos a las PYMES, así como a los AEPS, deben estar condicionados a resultados medibles, como el crecimiento de empleo, mejoras en procesos productivos y el impulso de la producción nacional. Además, no se debería penalizar a las empresas que crecen si este crecimiento está vinculado al cumplimiento de metas que contribuyen a objetivos de Política Pública. Y en el caso de los AEPS, se debería destacar la

importancia de evaluar los logros asociativos y la rentabilidad social de estos actores en la economía del país, sin perder de vista su naturaleza solidaria.

La falta de observación de estos aspectos podría afectar la Libertad de Empresa, puesto que se podría cuestionar el porqué ciertos actores económicos gozan de una protección indiscriminada sin estar sujetos a una evaluación constante y al logro de metas y objetivos de Política Pública claramente definidos. Además, existe el riesgo de que estos actores, eviten demostrar su crecimiento económico para no perder los estímulos vinculados a su tamaño.

1.3.2.2 Priorización de la Producción Nacional:

Del artículo 288 de la Constitución también se desprende el análisis de la priorización de la producción nacional. Este principio está reflejado en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Estas normas deben entenderse en un contexto más amplio, formando parte de una política pública que busca transformar la matriz productiva del Ecuador, pasando de un modelo importador a uno productor y exportador.

Este sistema o modelo de preferencia se ha desarrollado atendiendo a distintos aspectos, tales como:

1. Contratación de Consultoría: En todos los procesos previos a la contratación, independientemente del tipo de procedimiento (directo, lista corta o concurso público) y del presupuesto estimado, existe una preferencia establecida en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece, en su artículo 37, en favor de consultores ecuatorianos, ya sean personas naturales o jurídicas. Solo en el caso de que no haya consultores nacionales disponibles, se permite la contratación de consultores extranjeros, siempre y cuando se obtenga previamente la autorización del Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP). Es decir, se establece claramente una medida de discriminación positiva a favor de los profesionales ecuatorianos, asegurando su contratación de manera exclusiva, y solo en ausencia de estos, se contempla la posibilidad de contratar con consultores extranjeros.

2. Contratación de Bienes: En lo que respecta a la contratación de bienes, la preferencia por lo nacional se centra en el Valor Agregado Ecuatoriano (VAE) del producto, más que en la nacionalidad del proveedor, ya sea este de origen nacional o extranjero. Por parte de la SERCOP establece un requisito mínimo del 40% de contenido de VAE en los bienes a ser suministrados. Cumplir con este porcentaje mínimo es un requisito esencial para participar en los procesos de contratación. Además, a partir de este mínimo, se otorgan mayores puntajes a los proveedores cuyos productos incorporen un mayor valor agregado. Es así que, el

incumplimiento del requisito mínimo de 40% de VAE resulta en la descalificación del proveedor, a menos que ningún proveedor cumpla con este requisito, en cuyo caso se analizan las ofertas de aquellos con menor porcentaje de VAE.

Para comprender la implicación de lo mencionado anteriormente, es relevante destacar la distinción que hace la legislación ecuatoriana entre los procedimientos de contratación "normalizados" y "no normalizados" en el caso de bienes. La diferencia principal entre ambos radica en los criterios de evaluación de las ofertas. En los procedimientos normalizados, como el Catálogo Electrónico y la Subasta Inversa Electrónica, se busca que los bienes tengan características y especificaciones técnicas comparables mediante un checklist, donde el precio más bajo es el factor determinante para ganar el proceso. En contraste, en los procedimientos no normalizados, como la Licitación, la Cotización y la Menor Cuantía, se asignan puntajes (sobre un total de 100 puntos) evaluando diversos aspectos, incluido el precio, sin ser este último necesariamente es el único factor de evaluación.

Los procedimientos no normalizados también se aplican cuando un procedimiento normalizado ha sido declarado desierto, es decir, cuando no ha permitido la adquisición correspondiente. En este caso, los procedimientos de contratación (Licitación, Cotización o Menor Cuantía) tienen un carácter "alternativo", entrando en funcionamiento solo si los procedimientos normalizados no han tenido éxito. Y estos procedimientos no normalizados se consideran "principales" cuando se trata de la adquisición de bienes que no siguen un estándar predefinido, es decir, cuando se dice que un bien no sigue un "estándar predefinido", significa que no hay un conjunto específico de características técnicas o requisitos previamente establecidos para ese tipo de bien en particular. En tales casos, los procedimientos no normalizados, que permiten una evaluación más flexible y la asignación de puntajes a diferentes criterios, son los que predominan y se utilizan como el enfoque principal para la adquisición de esos bienes específicos. Estos procedimientos ofrecen mayor flexibilidad para evaluar y seleccionar ofertas basadas en diversos factores, no solo en el precio, lo que los hace más adecuados para situaciones en las que no hay un estándar técnico riguroso que seguir.

A pesar de lo mencionado anteriormente, la preferencia nacional se extiende a los bienes adquiridos a través del Catálogo Electrónico o la Subasta Inversa Electrónica. Estas preferencias no se limitan únicamente al origen nacional del producto, sino que también se consideran criterios que otorgan ventajas a los micro y pequeños proveedores, así como a los actores de la economía popular y solidaria. Para asegurar estas preferencias, se utiliza un enfoque de "monetización" al tratar el porcentaje de contenido nacional incorporado y el

tamaño del proveedor como descuentos económicos. En los procedimientos evaluados con un check list, donde el precio más bajo es el factor determinante, se implementa un sistema informático en el SERCOP que trata estas situaciones de origen o tamaño como ventajas numéricas. Esto significa que un proveedor nacional, especialmente si es micro, pequeño o pertenece a la economía popular y solidaria, puede ganar un contrato incluso si su oferta es numéricamente más alta. Aunque su oferta no se reduzca económicamente, se aplican criterios de discriminación o preferencia a favor de estos proveedores, lo que puede resultar en la adjudicación del contrato a pesar de ofertas económicamente más altas de otros proveedores.

Claramente, la política pública delineada en el ámbito de la Contratación Pública favorece el origen nacional de los bienes y el tamaño o ubicación del proveedor, incluso permitiendo que se paguen precios más altos que los ofertados por proveedores extranjeros o de tamaño mediano o grande. Este enfoque refleja criterios filosóficos y políticos respetables, pero plantea diversas complejidades. Una de ellas es la contradicción entre el objetivo de promover la producción nacional y la realidad de que Ecuador carece de autosuficiencia en la producción de bienes. Resulta desconcertante que la normativa del SERCOP establezca un mínimo del 40% de contenido nacional y, aún más, que se incentive con la asignación de 10 puntos al proveedor que ofrezca el mayor valor agregado nacional.

Este enfoque podría propiciar inadvertidamente prácticas fraudulentas o excesos, ya que confía en que los proveedores no serán tentados a distorsionar la realidad en sus ofertas, especialmente en lo que respecta al contenido nacional. Aunque existen sanciones por declaraciones falsas, aún no se ha logrado el objetivo de convertir a Ecuador en un productor autosuficiente de bienes nacionales. Bien se podría dar en la práctica un escenario en el que en procesos donde se sabe que no hay contenido nacional o es inferior al mínimo requerido por el SERCOP, los proveedores, para asegurar su participación y obtener los 10 puntos, podrían inflar el valor del contenido nacional en sus ofertas. En este escenario, el proveedor que dice la verdad sobre el contenido nacional real de un producto podría ser descalificado o perder el proceso, mientras que aquel que falsea la realidad resultaría favorecido.

De ahí que se puede reiterar en que los criterios de preferencia basados en el origen territorial o el tamaño de los proveedores deberían ser considerados como una necesidad temporal, no permanente. Esto debería ir acompañado de políticas paralelas que incentiven y evalúen a los proveedores que se encuentran en estos grupos preferenciales. Desde un punto de vista normativo, no deberían estar consagrados en un precepto constitucional, que tiene una mayor

permanencia en el tiempo, y que podría obstaculizar la promoción de la inversión extranjera o la participación de grupos económicos sólidos que podrían contribuir al crecimiento del país.

3. Contratación de Servicios: En el caso de los servicios, se aplican procedimientos similares a los analizados para bienes. Estos procedimientos pueden ser normalizados, utilizando Catálogo Electrónico o Subasta Inversa Electrónica, o no normalizados, como Menor Cuantía, Cotización y Licitación. También se considera el procedimiento de Ínfima Cuantía, tanto en casos normalizados como no normalizados, siempre que superen el producto obtenido al multiplicar el coeficiente 0.0000002 por el Presupuesto Inicial del Estado del ejercicio fiscal correspondiente. Además, en el caso de servicios normalizados, no deben estar incluidos en el Catálogo Electrónico.

Por lo tanto, en el caso de los servicios, se sigue el mismo enfoque previsto anteriormente para los bienes. Los servicios que involucran principalmente aspectos intelectuales se adquieren a través de procedimientos no normalizados, mientras que aquellos con un predominio de componentes materiales se obtienen mediante procedimientos normalizados.

En el ámbito de los servicios, la complejidad es algo menor en comparación con los bienes, ya que hay una oferta nacional más robusta. No obstante, persiste el riesgo de subjetividad, con proveedores que podrían distorsionar el porcentaje de valor agregado para obtener contratos, afectando a aquellos proveedores que han proporcionado información precisa o que son de medianas o grandes empresas.

1.3.2.3 Régimen especial: Proveedores específicos o productos considerados sensibles o estratégicos.

Se deben analizar los procesos de contratación denominados "régimen especial", detallados en el artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP) y en el artículo 95 de su Reglamento General. Estos procesos se establecen ya sea por criterios subjetivos, relacionados con los entes contratantes o los sujetos contratados, y por criterios objetivos, que se aplican a objetos de contratación considerados sensibles. En este contexto, se identifican como sujetos sensibles a: 1) Los comunicadores; 2) Los abogados; 3) Los artistas, literarios o científicos; 4) Los proveedores únicos o exclusivos; 5) Las empresas o instituciones públicas, ya sean nacionales o extranjeras; y 6) Los contratistas de empresas públicas que realicen contrataciones en el ámbito específico de su negocio.

El artículo 2 de la LOSNCP identifica ciertos objetos como sensibles, vinculados a entidades contratantes consideradas sensibles. Estos objetos son: 1) Seguridad Interna y Externa a cargo de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional, 2) Fármacos contratados por entidades

prestadoras de salud, incluido el IESS, 3) Comunicación, 4) Asesoría Jurídica o Patrocinio Jurídico, 5) Repuestos y accesorios de equipos y maquinarias no catalogados, y 6) Servicio Artístico, Literario o Científico. Además, el artículo 95 del Reglamento General, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (RGLOSNCPP) también incluye la contratación de patentes o marcas exclusivas, así como tecnologías que no admitan otras alternativas técnicas.

Los procesos de contratación mencionados, ya sea debido a su naturaleza específica o a las partes involucradas, a menudo implican procedimientos de contratación directa (sin concurso), sin importar el monto presupuestario, y, en muchos casos, no se publican en el portal de Contratación Pública. Además, pueden estar sujetos a requisitos o trámites diferentes a los procedimientos comunes establecidos por la ley.

El enfoque en la contratación directa ha sido un punto de interés significativo en el análisis, especialmente en relación con posibles impactos en la libre competencia. Es importante señalar que la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM) se promulgó tres años después de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Por lo tanto, al elaborar la LOSNCP, no se tuvo en cuenta necesariamente la realidad del Derecho de la Competencia y los factores asociados a este. En ese momento, se priorizaba la eficiencia y eficacia en ciertos procesos, considerando su naturaleza sensible y estratégica, así como la necesidad de abordar la falta de obras, bienes y servicios.

La inclusión de abogados, comunicadores o artistas en el régimen especial de contratación directa puede justificarse por la naturaleza sensible y estratégica de sus servicios. Sin embargo, desde una perspectiva de competencia, otros proveedores de estos servicios o incluso profesionales de otras áreas podrían cuestionar por qué se permite una contratación directa sin un proceso de selección previo, lo cual podría potencialmente afectar los principios de competencia. Es importante destacar que, al estar contemplados en una ley orgánica como la LOSNCP, estos procedimientos especiales son completamente legales y pertinentes, siempre y cuando se cumplan con los trámites establecidos en su normativa, sin contravenir las leyes vigentes, incluida la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM).

No obstante, se reconoce que estos procedimientos también podrían ser objeto de atención continua. La preocupación radica en que no se determinan según la cuantía de sus presupuestos de referencia, sino en función del objeto o sujetos a ser contratados. Sería apropiado llevar a cabo una evaluación de la imparcialidad de los mecanismos utilizados y los resultados obtenidos en estos procesos específicos. Esto permitiría determinar si se

requieren ajustes en los actuales esquemas de contratación. Aunque es comprensible que, debido a su naturaleza sensible, no todos estos procesos podrían regirse por un esquema general, es crucial garantizar que la discrecionalidad necesaria en cualquier proceso de contratación, incluso en los de régimen especial, no se convierta en arbitrariedad. Esto es esencial para preservar no solo los recursos públicos en juego, sino también los principios de transparencia, motivación y objetividad necesarios para lograr eficiencia y eficacia en los resultados buscados.

1.3.2.4 Régimen Especial en razón de su Giro Específico de Negocio.

Las empresas públicas, respaldadas por la Constitución de la República en sus artículos 313 y siguientes, reflejan la aplicación de una política pública que establece la figura del "Estado empresario". Esto implica que, en Ecuador, las empresas públicas no solo se crean para ofrecer servicios públicos o llevar a cabo actividades estratégicas, sino también para participar en cualquier otra actividad económica que el Estado desee emprender. Aunque este enfoque tiene un respaldo constitucional y refleja una política pública, es crucial reconocer que puede generar preocupaciones desde la perspectiva del derecho de la competencia.

La empresa pública se concibe como la entidad legal a través de la cual el Estado participa en diversas actividades económicas, abarcando no solo un sector específico.

A partir de octubre de 2009, con la promulgación de la Ley Orgánica de Empresas Públicas (LOEP), se establecen dos esquemas diferentes en cuanto a su régimen de contratación, dando efectividad a los principios constitucionales establecidos en los artículos 313 y siguientes de la Constitución. Entre los esquemas de contratación previstos en la ley en mención están:

1. El régimen común de contratación:

Bajo el régimen común de contratación de las empresas públicas, estas seguirán los procedimientos y normas generales establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP), su Reglamento General y las Resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP). En este contexto, se aplicarán las mismas consideraciones y principios mencionados anteriormente con respecto a los diversos procedimientos de contratación.

2. El régimen especial de contratación de las empresas públicas

Las empresas públicas siguen un régimen especial de contratación que se divide en tres partes.

1. El régimen especial previsto en el artículo 2 de la LOSNCP: La primera parte, ya analizada anteriormente, aborda consideraciones sobre los sujetos contratantes y los objetos de contratación. Dentro de este régimen especial, se incluyen las contrataciones interadministrativas y las de giro específico del negocio, citadas en el artículo 2 de la LOSNCP. En estas contrataciones, las empresas públicas deben adherirse al régimen especial establecido en el artículo

2 y no tienen la capacidad de modificarlo, incluso al invocar su giro específico del negocio. Es común que estas contrataciones se realicen de manera directa.

2. El régimen especial de las empresas públicas en virtud de su giro específico de negocio: La LOSNCP en su artículo 2, número 8, establece dos tipos de regímenes especiales basados en los sujetos involucrados en la contratación y en este esquema las empresas públicas pueden establecer un régimen especial de contratación basado en las características de los sujetos involucrados y la inclusión de ciertos objetos contractuales dentro de su giro especial.

En este contexto, se menciona la posibilidad de establecer un "régimen especial subjetivo". Esto significa que si una empresa pública (sujeto contratante) tiene un giro de actividades específico que abarca un objeto contractual determinado y contrata a un proveedor (sujeto contratista) para dicho objeto, entonces pueden aplicar un régimen especial de contratación. En otras palabras, se considera que, debido al carácter específico de las actividades de la empresa pública, pueden establecer reglas y procedimientos especiales para los contratos relacionados con su giro de negocios.

Para un mejor entendimiento se tiene que considerar que, para poder aplicar el régimen especial de contratación pública por el giro del negocio, se tienen que cumplir ciertas condiciones como son: 1. Que el sujeto contratista (proveedor) suministra bienes o servicios a la empresa pública. Y 2. Que la empresa pública tenga un giro especial que incluye el objeto contractual específico. Cuando estas condiciones se cumplen, la empresa pública y el proveedor tienen la opción de seguir un régimen especial de contratación diseñado específicamente para esa situación.

No todas las empresas públicas tienen automáticamente una categorización específica para todas sus actividades comerciales. El SERCOP es la entidad encargada de aprobar cuáles son las actividades específicas que forman parte del ámbito de negocios de estas empresas. Esto significa que solo ciertos bienes y servicios que están dentro de ese ámbito específico pueden someterse a un

régimen especial de contratación, siempre y cuando estén aprobados en el giro específico de negocios por el SERCOP. Las demás contrataciones de obras, bienes y servicios, aunque sean realizadas por la misma empresa pública, seguirán el régimen normal de contratación.

En la actualidad, las empresas públicas tienen la posibilidad de crear reglas especiales para sus contrataciones, siempre y cuando estén relacionadas con la actividad principal de su negocio. Esto les permite establecer un régimen de contratación diferente al estándar, y en muchos casos, estas empresas han optado por normas que les permiten realizar contrataciones directas con presupuestos de referencia más elevados que los límites comunes. Es así que, las empresas públicas pueden tener reglas específicas para contrataciones que difieren de las normas generales, especialmente en lo que respecta a la opción de realizar contratos directos con montos más altos.

En este modelo de contratación, es crucial que la entidad que busca los servicios sea una empresa pública. En este escenario, el contratista sería una entidad privada. Esto es importante porque, de lo contrario, estaríamos tratando con una contratación entre entidades públicas (contratación interadministrativa). Además, es esencial que el servicio o producto a contratar esté directamente relacionado con la actividad principal de la empresa pública que está buscando el servicio.

En la práctica, se observa una disparidad normativa debido a que cada empresa pública, con su propio ámbito de negocios aprobado por el SERCOP, puede establecer normas específicas para la contratación. Esto significa que podríamos tener tantos regímenes especiales de contratación como empresas públicas en el país, lo cual va en contra de uno de los objetivos de la LOSNCP, puesto que la ley buscó abordar la inseguridad jurídica al establecer un régimen conocido, transparente y uniforme. Además, la proliferación de estos regímenes, según los datos del SERCOP, ha llevado a que alrededor del 40% de los recursos asignados a la Contratación Pública se utilicen bajo regímenes especiales creados por empresas públicas, lo que destaca la necesidad de analizar y abordar este tema. Aunque es válido que las empresas públicas se consideren herramientas de política pública y que, por lo tanto, algunas contrataciones requieran un enfoque específico para su negocio, surge una preocupación respecto a que cada empresa tenga la libertad de establecer su propio proceso de contratación. Esto podría resultar en decisiones arbitrarias y afectar la seguridad jurídica. En lugar de esto, se sugiere que, si bien es necesario un régimen especial, este debería seguir

reglas uniformes para todas las empresas públicas que estén contratando servicios.

3. El Régimen Especial de Emergencia, previsto en el artículo 57 de la LOSNCP: La LOSNCP establece un régimen especial de contratación para situaciones de emergencia, conforme al artículo 57. Este régimen se activa cuando se presentan las circunstancias descritas en el artículo 6, número 3, de la misma ley. En este caso, se permite la posibilidad de llevar a cabo contrataciones directas. Es importante destacar que este régimen especial no se basa en las partes involucradas (ya sean empresas públicas o privadas), sino en que el objeto del contrato esté dentro de los supuestos previstos en la ley. Se trata, por lo tanto, de un régimen especial de contratación "objetivo". Si una empresa pública necesita invocar este régimen debido a una situación de emergencia, deberá seguir el procedimiento especial establecido por el SERCOP según la resolución correspondiente, sin importar su condición de empresa pública.

1.3.2.5 Régimen Especial de contratación en razón de la Naturaleza “Pública” de los Contratistas.

En el análisis de las políticas públicas relacionadas con la Contratación Pública, se incluye la práctica de dar preferencia a entidades que tienen naturaleza pública o que reciben una mayoría de sus recursos de fondos públicos. Esto se aplica no solo a contratistas nacionales, sino también a aquellos extranjeros que cumplen con estas características. Es decir, se busca favorecer en las contrataciones a entidades vinculadas a lo público, independientemente de su origen.

El artículo 2, número 8 de la LOSNCP proporciona una opción adicional en el contexto del régimen especial de contratación de empresas públicas. Esta opción se refiere a la posibilidad de realizar contrataciones directas con contratistas que, ya sea por su naturaleza o por su constitución, tengan una preeminencia de lo público. Esto significa que, independientemente de si son nacionales o extranjeros, se les da prioridad en las contrataciones debido a su vínculo significativo con lo público.

En términos generales, estas contrataciones se conocen como "contrataciones interadministrativas". Esto implica que la entidad contratante pertenece al ámbito público y el contratista también tiene una naturaleza o constitución predominantemente pública. La idea detrás de esta opción es fortalecer la colaboración entre entidades del sector público, incluso cuando estas entidades pueden tener jurisdicciones o funciones diferentes. En lugar de seguir

un proceso de licitación más amplio, se permite una contratación más directa y específica debido a la afinidad en la naturaleza pública de ambas partes involucradas en el contrato.

Esto puede suponer conflictos en la medida que dicho tratamiento puede desplazar a proveedores privados, no solo nacionales, sino proveedores extranjeros que tengan interés en participar en procesos de contratación pública en el Ecuador.

Desde la perspectiva del análisis de políticas públicas, tiene sentido establecer normas de preferencia para favorecer a entidades o empresas públicas ecuatorianas. Sin embargo, parece problemático incluir en estas políticas el favorecimiento de empresas públicas extranjeras. Peor aún, dar preferencia a empresas extranjeras, incluso si son privadas, pero reciben recursos públicos extranjeros, solo por su carácter público o por tener una mayoría de financiamiento público. Esto podría afectar claramente los principios de competencia al no permitir una igualdad de participación entre proveedores, independientemente de su nacionalidad o naturaleza.

Del análisis realizado en este apartado se deduce que los contratos públicos no se limitan a ser simplemente una forma de obtener bienes, obras o servicios en las condiciones más favorables para el Estado. Actualmente, a través de la Contratación Pública, los poderes públicos llevan a cabo una política de intervención en la vida económica, social y política del país.

Al revisar la normativa ecuatoriana, se confirma que la Contratación Pública se considera en el país como una herramienta de Política Pública. Esto se evidencia mediante la implementación de criterios de preferencia, acciones afirmativas y la promoción de la contratación basada en consideraciones como la ubicación geográfica (nacional y local), el valor agregado ecuatoriano de los productos, el tamaño de los proveedores, entre otros aspectos.

Aunque se reconoce la intención estratégica detrás de estas prácticas, se destaca que podrían generar distorsiones que necesitan ser corregidas para asegurar que no se desvíen los objetivos buscados.

Capítulo Segundo

Derecho de Competencia y su Regulación.

1. Derecho de la competencia: nociones preliminares.

Resulta menester, previo a tratar el tema del Derecho de la competencia, abordar un sucinto análisis de los sistemas económicos, a fin de determinar bajo qué sistema económico nos encontramos en nuestro país.

1.1. Sistema económico liberal.

Este sistema económico pertenece al Estado Liberal de Derecho y se caracteriza por ser un sistema de economía de mercado guiado por la soberanía del consumidor, la libertad de precios, la competencia abierta y el principio de permitir a las empresas tomar decisiones libremente, todo basado en la propiedad privada de los medios de producción.

En esencia, en la economía capitalista, uno de sus fundamentos clave es el derecho a la libre competencia, que se define como la participación activa de muchos vendedores que compiten para asegurarse de que el mayor número posible de compradores elijan sus bienes y servicios. De ahí que, tras ese ejercicio que implica, esfuerzo, superación y estrategia para alcanzar metas específicas, se logre una competencia transparente.

Es así que el sistema liberal clásico se caracteriza por tener una mínima intervención estatal, dejando que la economía esté mayormente en manos de los individuos a través de sus decisiones y, el papel del Estado se limita a salvaguardar la propiedad privada y resolver conflictos entre particulares.

1.2. Sistema económico socialista

Este sistema económico es característico del Estado Socialista y se define como una economía dirigida y centralmente planificada, donde las decisiones sobre la producción se toman según las necesidades estimadas de los ciudadanos. Este sistema opera bajo la autoridad del Estado y establece precios controlados y salarios fijos tanto para las empresas como para sus trabajadores, todo basado en la propiedad colectiva de los medios de producción.

En este modelo económico, el Estado asume el control total de la economía, donde los factores de producción no pertenecen a individuos, sino al Estado. En este contexto, la

propiedad privada no existe y todas las actividades económicas son gestionadas y dirigidas por el Estado.

1.3. Sistema de Economía Social de Mercado

Este sistema económico, adoptado por los Estados que se dieron a conocer como Estados de Bienestar, combina tanto decisiones individuales como estatales y la propiedad tanto pública como privada. En este enfoque, el Estado actúa como el director general de la economía, asegurándose de salvaguardar el "bien común" y el interés general dentro de un marco de igualdad.

Entre los principios fundamentales de este sistema se destacan: la oferta de servicios esenciales como educación, salud y vivienda; garantía de ingresos a través de pensiones y ayudas en casos de jubilación, enfermedad, desempleo o necesidades familiares; regulación de las relaciones laborales mediante legislación y acciones gubernamentales; y protección del medio ambiente.

Este sistema se caracteriza por la intervención estatal en la economía para mantener el empleo pleno o al menos un alto nivel de ocupación, la provisión pública de servicios sociales para satisfacer las necesidades humanas básicas y la responsabilidad estatal en el mantenimiento de un nivel mínimo de vida.

En la mayoría de las democracias occidentales, incluyendo la democracia ecuatoriana, al tenor de sus cartas fundamentales de 1979 y 1998, se seguía esta orientación con respecto al sistema económico, donde había participación estatal en áreas consideradas cruciales para garantizar los derechos económicos individuales como la libertad económica y la propiedad privada.

1.4. Sistema económico social y solidario

Desde el año 2008, Ecuador ha adoptado un sistema económico con características distintivas, según lo establecido en la Constitución de la República. Este sistema se destaca por: 1. Poner énfasis en la participación de actores de la economía popular como un medio para democratizar la economía; 2. Fortalecer el papel del Estado en diversas áreas de actividad económica; 3. Priorizar aspectos redistributivos y buscar la equidad en el sistema; 4. Redefinir la noción de desarrollo, alejándola del simple crecimiento económico e incorporando dimensiones ecológicas y culturales, reflejadas en el concepto de "sumak kawsay" (buen vivir) como objetivo fundamental del régimen de desarrollo.

Respecto al punto 1, en nuestro país se ha dado relevancia a la inclusión de los AEPS, así como a las PYMES, artesanos y emprendedores locales, esto, como parte esencial del sistema económico del Ecuador. Lo que se busca a través de estos mecanismos es la democratización de la economía al brindar oportunidades a sectores que históricamente, se considera que han tenido menos acceso a recursos y poder económico, para hacerlos competitivos.

Respecto al punto 2, se enfatiza en el fortalecimiento, por parte de la Constitución, del papel del Estado como un actor clave en la gestión y regulación de diversas áreas de la actividad económica. Lo cual implica una participación más activa del Estado en sectores estratégicos con el cometido de garantizar la equidad, la estabilidad y la seguridad económica.

Con respecto al punto 3, el Estado busca reducir brechas sociales y de carácter económico, priorizando la redistribución de la riqueza y la equidad como objetivos fundamentales, de ahí que las políticas públicas y programas de gobierno se orienten hacia la disminución de la pobreza, el acceso a servicios básicos y la promoción de oportunidades equitativas para los ciudadanos.

Y finalmente, respecto al punto 4 anteriormente señalado, Ecuador ha adoptado un enfoque de desarrollo que va más allá del simple crecimiento económico. Es así que el concepto “sumak kawsay” que se traduce a “buen vivir” refleja una visión holística que incorpora dimensiones ecológicas y culturales.

Es de esta manera que la adopción de este sistema económico en el Ecuador refleja una voluntad de transformar la estructura económica del país hacia un modelo más inclusivo, equitativo y sostenible en función a los principios establecidos en la Constitución.

2. Introducción al Derecho de la Competencia.

La concepción de la liberalización económica se plasmó principalmente en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Una vez eliminadas las condiciones elitistas de acceso al mercado, los competidores comenzaron a emplear diversas estrategias en busca de beneficios personales, dando lugar a la formación de monopolios privados ¹³y la aparición de prácticas restrictivas ¹⁴y acuerdos que socavaban la competencia.

¹³ Un monopolio privado hace referencia a la situación en la cual, una sola empresa privada tiene el control exclusivo sobre la producción y ventas de un bien o servicio en un mercado determinado.

¹⁴ Por prácticas restrictivas se entiende a las acciones llevadas a cabo por empresas u organizaciones que tienen el potencial de distorsionar la competencia en el mercado y afectar de manera negativa al resto de proveedores e incluso a los consumidores.

Los empresarios, al buscar clientes, se encontraban en una lucha aparentemente contradictoria, resultando en la absorción irracional y absoluta del mercado, lo cual incentivó la proliferación de monopolios.

Hacia finales del siglo XIX, los excesos del individualismo capitalista amenazaron el equilibrio entre oferta y demanda, poniendo en peligro el concepto de "la mano invisible" que regulaba el mercado. En respuesta a los abusos, Estados Unidos implementó la Ley Sherman Antitrust el 2 de julio de 1890, con el objetivo de controlar prácticas como contratos y cárteles que restringían el tráfico mercantil. No obstante, el Tribunal Supremo de Estados Unidos moderó estas medidas al distinguir entre acuerdos considerados buenos y malos, sancionando solo a estos últimos.

Por todo lo mencionado, en ese contexto fue imperativo contar con una regulación que aborde los elementos fundamentales de la competencia. Esta regulación se torna necesaria para consolidar un contexto que facilite el ejercicio de la libertad empresarial. Estos límites están intrínsecamente vinculados a la necesidad de asegurar la prevalencia del interés general, o como se denomina en Ecuador, "el Buen Vivir".

Es importante destacar que, en el contexto ecuatoriano, el nombre de la ley, destinada a regular la competencia en el mercado, sugiere más bien que fue promulgada para regular y controlar el poder del mercado en lugar de abordar específicamente el abuso y las prácticas restrictivas asociadas con la competencia. Esta situación ha sido objeto de críticas y cuestionamientos en foros académicos. No obstante, es relevante señalar que el contenido de la normativa, en su artículo correspondiente, establece claramente el propósito de evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso por parte de operadores económicos con poder de mercado. Además, la ley busca prevenir, prohibir y sancionar acuerdos colusorios¹⁵ y otras prácticas restrictivas, así como regular las operaciones de concentración económica. (Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado, 2011) Todo esto se realiza con el objetivo de promover la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general de los consumidores y usuarios. Este enfoque se alinea con la visión establecida en la Constitución para establecer un sistema económico social, solidario y sostenible.

Está claro que la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado en Ecuador, al ser catalogada como "Orgánica", se enfoca en regular y supervisar las actividades de los

¹⁵ Los acuerdos colusorios hacen referencia a un tipo de prácticas anticompetitivas, en los cuales dos o más empresas se ponen de acuerdo para coordinar sus acciones en el mercado, con el cometido de manipular las condiciones de competencia, con la finalidad de eliminar o restringir la competencia real o potencial.

operadores económicos privados. En contraste, en el caso de los operadores económicos públicos en Ecuador, ya sea mediante disposiciones excepcionales o aplicando normas constitucionales sobre empresas públicas, no se castigan las actividades monopólicas. Esto se debe a que los monopolios en el sector público no solo son permitidos, sino también alentados para satisfacer el interés general. En comparación con la legislación española, este tema es menos prominente, no tanto por disposiciones internas, sino debido a directivas europeas que penalizan prácticas anticompetitivas ¹⁶o monopólicas, incluso si provienen del sector público. Estas directivas buscan evitar distorsiones en el mercado y la concesión de beneficios injustificados en perjuicio de los particulares.

Debido a la razón mencionada, y en lugar de destacar los aspectos positivos de que Ecuador cuente con una ley relacionada con la defensa de la competencia, una fuerte crítica es aquella que se centra en la aparente consolidación de un mercado con enfoques distintos: uno para el sector público, que podría recibir beneficios y consideraciones especiales, y otro totalmente diferente para el sector privado, en virtud del cual no se lo otorgan al sector privado los mismos beneficios y consideraciones que pesan en el sector público, abriendo una brecha para una posible vulneración a los principios que rigen la competencia, en la medida en que, si bien en la Constitución se reconocen estos beneficios a favor del sector público, no por ello las empresas que pertenecen a dicho sector quedan excluidas de la regulación de la LORCPM.

No obstante, más allá de la pertinencia normativa, es esencial promover una competencia justa y transparente entre los oferentes. Esto garantizaría que las entidades contratantes y la sociedad en general se beneficien de las mejores ofertas en términos de precio, calidad e innovación en las obras, bienes o servicios finalmente contratados.

A nivel global, los sistemas de derecho de la competencia ¹⁷se han centrado en abordar prácticas que podrían perjudicar la competencia en el mercado. Estas prácticas incluyen acuerdos anticompetitivos, comportamientos abusivos, fusiones y restricciones impuestas por el sector público, entre otras cosas.

En Ecuador, al igual que en otros países, surgió la necesidad de regular el derecho de la competencia. Esto implica la creación de normas que garantizan la eficiencia en la producción

¹⁶ Las prácticas anticompetitivas son conductas empresariales que tienen por cometido restringir, distorsionar o eliminar la competencia en el mercado, violando de esta manera la regulación legal en materia de competencia. Dichas prácticas perjudican la libre competencia afectando de manera directa el funcionamiento eficiente de los mercados.

¹⁷ Por sistemas de derecho de la competencia se entiende a las leyes que regulan la competencia en los mercados. Dichos sistemas buscan prevenir prácticas empresariales anticompetitivas y garantizar que los mercados operen de manera eficiente.

y la asignación adecuada de recursos en diferentes sectores. Esta preocupación se refleja en la Constitución ecuatoriana, específicamente en su artículo 336, que reza lo siguiente:

El Estado impulsará y velará por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad. El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art.336)

Sin embargo, no es sino hasta el 13 de octubre de 2011, que se expide la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, publicada en el Registro Oficial Nro. 555. Expedida en post de un correcto desarrollo de la competencia en el país, es que el estado ecuatoriano emite este cuerpo normativo en el cual, a su vez, incluye también procesos sancionatorios en los casos de actividades que distorsionen la competencia.

2.1. Conceptualización del derecho de la competencia.

En líneas generales, como se puede advertir del análisis previamente realizado, se puede sostener que el Derecho de la Competencia consiste en un conjunto de normas y principios destinados a prevenir que tanto los actores privados como las autoridades públicas lleven a cabo conductas que puedan distorsionar la competencia en el mercado. En otras palabras, es una rama del derecho público económico encargada de regular y ordenar los mercados, imponiendo sanciones a prácticas comerciales que vayan en contra de la competencia y estableciendo condiciones para facilitar intercambios eficientes.

Según el autor Pinkas Flint, el derecho de la libre competencia no solo concierne a quienes participan en el mercado como productores de bienes y servicios, sino que también es un derecho fundamental de los consumidores en su totalidad. Si se permite que las empresas anulen la capacidad competitiva de otras, esto causaría perjuicios no solo a las empresas competidoras, sino también a los intereses de los consumidores. Por lo tanto, las leyes de defensa de la competencia tienen como objetivo principal proteger los intereses de los consumidores. (Flint, 2002)

En síntesis, el derecho de la competencia, como rama del derecho público económico, regula las acciones de los actores económicos en el mercado para evitar conductas que perjudiquen el orden económico, asegurando así la competencia en beneficio tanto de competidores como de consumidores en aras del bienestar general de la sociedad.

3. Referencia al derecho de la competencia en normativas nacionales.

En cuanto a la competencia, se puede encontrar referencias a principios que dicen relación con este tema en las constituciones de 1979, 1998 y la constitución de 2008.

Es así que, en la Constitución Política de 1979, se establece el libre mercado como la base de la economía del país y es por ello que resulta fundamental y necesario, la regulación de los operadores económicos a través de normativas que velen por una contención transparente, protegiendo al mercado de prácticas anticompetitivas. De ahí que en el artículo 45 de dicha constitución indicaba expresamente la prohibición y sanción, por parte de la ley, de cualquier abuso de poder económico, incluso la formación de sindicatos y agrupaciones de empresas que busquen controlar los mercados nacionales, eliminar la competencia o incrementar los beneficios de manera injustificada, dicha norma reza lo siguiente:

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

Es menester considerando que, para la época, no existía una ley especial para la regulación de la competencia.

El sistema económico “social de mercado” que contempla la Constitución de 1998, establece, respecto de la competencia mercantil, el rol que debe cumplir el Estado y lo detalla en los siguientes términos en su artículo 244: “promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos. Impulsar la libre competencia y sancionar, conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen”. (Constitución Política de la República del Ecuador, 1998, art.244) Considerando que, para la época, tampoco se contaba aún con una ley que regule la competencia mercantil.

La Constitución de Montecristi de 2008, por su parte, supone un cambio radical en cuanto al sistema económico, trayendo consigo el denominado sistema económico, social y solidario. Mismo que establece que la política comercial precautelará la identificación y sanción de prácticas que afecten el mercado. Uno de los objetivos de la política comercial es prevenir prácticas monopólicas y oligopólicas, especialmente en el sector privado, así como otras que puedan afectar el normal funcionamiento de los mercados. La carta fundamental establece que el Estado debe definir una política de precios para proteger la producción nacional y establecer sanciones para evitar monopolios, oligopolios privados, abuso de posición dominante en el mercado y otras prácticas comerciales desleales.

Además, se puede observar que, en el artículo 336 previamente citado, la constitución enfatiza la promoción del comercio justo como un medio para acceder a bienes y servicios de calidad, reduciendo las distorsiones en la intermediación y fomentando la sustentabilidad y también recalca el papel del Estado teniendo éste la responsabilidad de garantizar la transparencia y eficiencia en los mercados, así como de promover la competencia en condiciones y oportunidades equitativas, estableciendo estos principios a través de la legislación.

Tres años después de la incorporación de estas disposiciones constitucionales, Ecuador adoptó una ley específica sobre competencia mercantil llamada Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Esta ley se aplica a todos los operadores económicos, ya sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras, con o sin fines de lucro. Su alcance abarca actos, actividades o acuerdos que puedan tener efectos perjudiciales en el mercado nacional.

4. Objetivos del derecho de la competencia.

Jorge Witker Velásquez explica que, en el sistema legal anglosajón, el derecho de la competencia tiene como objetivo principal proteger a los competidores, consumidores y el interés público en general. Este tipo de derecho se considera una guía para la política pública y busca lograr varios objetivos, como fomentar una asignación eficiente de recursos, brindar protección al bienestar de los consumidores, evitar y sancionar niveles excesivos de concentración empresarial, y regular las prácticas anticompetitivas de las empresas con presencia comercial significativa. (Witker, 2000)

Por su parte, Alfonso Miranda afirma que el derecho de la competencia consiste en un conjunto de reglas legales diseñadas para regular la influencia actual o futura de las empresas en un mercado específico, con el propósito de proteger el interés público. Principalmente,

busca fomentar la libertad económica, la libertad empresarial, mantener la eficiencia en los mercados y garantizar la protección de los consumidores. (Miranda , 2011)

En diversas jurisdicciones, el derecho de la competencia ha sido abordado desde diferentes perspectivas. Algunos países han dado más importancia a ciertos aspectos de la competencia que otros, pero hay preocupaciones comunes en los sistemas que cuentan con esta rama del derecho, como la protección de los consumidores, la redistribución y la defensa de los competidores. En cuanto a la protección de los consumidores, las normas de competencia buscan resguardar a estos actores frente a posibles prácticas perjudiciales de empresas dominantes, priorizando la salvaguardia de los más vulnerables ante los más poderosos.

En Ecuador, al igual que en otras legislaciones, el derecho de la competencia se ha centrado en incorporar disposiciones que salvaguarden el bienestar de los consumidores. En términos de redistribución, que busca equidad económica, este derecho procura evitar la concentración exclusiva de recursos en manos de monopolios o empresas multinacionales, ya que esto podría afectar la libertad individual de los ciudadanos y su capacidad de elección. Además, el derecho de la competencia también busca proteger a los competidores, especialmente a las pequeñas empresas que, en un mercado dominado por grandes corporativos, pueden tener dificultades para competir y acceder a la demanda del mercado.

En el contexto ecuatoriano, la normativa de competencia aborda prácticas desleales, acuerdos colusorios, prácticas restrictivas y la concentración económica, con el objetivo de promover un sistema económico social, solidario y sostenible. Al proteger a los competidores, se asegura que tanto las grandes empresas como las pequeñas tengan la oportunidad de desarrollar actividades económicas, promoviendo la competencia justa en el mercado.

Cuando nos referimos al objetivo de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en adelante (LORCPM), ponemos encontrar de manera taxativa dichos objetivos puntualizados en el artículo 1 de dicha ley, mismo que reza lo siguiente:

El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico

social, solidario y sostenible. (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 2011, art. 1).

5. Sujetos del derecho de la competencia.

Es la misma LORCPM, en su artículo 2 se determina quienes están sujetos a la misma, y lo hace en los siguientes términos: Está sometido a las disposiciones de la presente Ley todo ente que lleve a cabo, actual o potencialmente, actividades económicas, independientemente de su forma jurídica o modo de financiación; es decir, están sometidos a la presente Ley todos los operadores económicos, sean estas personas naturales o jurídicas, **públicas o privadas**, con o sin fines de lucro, nacionales y extranjeras, que realicen actividades económicas, actual o potencialmente, en todo o en parte del territorio nacional, así como aquellos que las realicen fuera del país en la medida que éstas produzcan o puedan producir efectos en el territorio ecuatoriano. (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 2011)

La norma también hace mención a las sanciones que enfrentan los operadores económicos en los siguientes términos: “Las conductas o actuaciones en que incurriere un operador económico serán imputables a él y al operador que lo controla cuando el comportamiento del primero ha sido determinado por el segundo, demostrándose que actúan como una sola entidad económica”. (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 2011, art. 2)

El término "operador económico" que puede enfrentar sanciones según las disposiciones legales se refiere a cualquier entidad, ya sea persona natural o jurídica, del ámbito público o privado. Estas sanciones se aplican a aquellos que actualmente o potencialmente llevan a cabo actividades económicas que tienen o pueden tener efectos perjudiciales en un mercado específico.

La ley no hace distinción entre sectores públicos y privados, siempre y cuando estén involucrados en las actividades económicas definidas en el artículo 2. Este artículo establece que cualquier operador económico sujeto a la ley es aquel que realiza acciones que generan o podrían generar efectos perjudiciales en un mercado, particularmente debido a restricciones geográficas y logísticas. Por lo tanto, para determinar quién está sujeto al derecho de la competencia, es esencial entender las circunstancias en las que se llevan a cabo las actividades y el mercado relevante ¹⁸al que pertenecen. Es así que, bajo la normativa

¹⁸ El mercado relevante se puede conceptualizar como la herramienta analítica capaz de asistir en los procesos de determinación de restricciones en la competencia entre operadores

ecuatoriana, la participación de los operadores económicos en actividades que puedan afectar negativamente la competencia, se considera una razón para aplicar las disposiciones de la ley.

También la misma ley, nos dice cómo determinar el mercado relevante en su artículo 5, en los siguientes términos: “A efecto de aplicar esta Ley, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante. Para ello, considerará, al menos, el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado”. (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 2011, art.5). Es menester, señalar que a la fecha a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado se la denomina Superintendencia de Competencia Económica en virtud de la disposición reformativa segunda número 3 de la Ley s/n, R.O. 311-S, 16-V-2023.

Esta disposición normativa establece tres situaciones que ayudan a determinar qué se considera un mercado relevante. Estas condiciones son esenciales para identificar si las actividades de un operador económico pueden tener impactos negativos en el derecho de la competencia. Las casuísticas incluyen la definición del mercado relevante según el producto o servicio ofrecido, la ubicación geográfica de las actividades económicas y los grupos específicos de vendedores y compradores en ese mercado. Con respecto a la concepción de “mercado relevante”, lo analizaremos a detalle más adelante.

La Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM) ha delineado conceptos y principios fundamentales que son cruciales en el ámbito del derecho de la competencia. Estos elementos ayudan a identificar qué tipo de actividad económica se lleva a cabo en un mercado relevante, especificando quiénes son considerados operadores económicos que pueden infringir las normas de competencia y, por lo tanto, están obligados a cumplir con la regulación.

Inés Baldeón, en su obra "La Libertad de Empresa y el Derecho de la Competencia en el marco de Contratación Pública del Ecuador", destaca la relevancia del organismo regulador en el derecho de la competencia, ya que debe supervisar las acciones del sector público en el mercado. Esto es esencial, ya que el Estado también participa en el mercado al demandar bienes, servicios, incluyendo obras y consultoría, en el ámbito nacional. (Baldón, 2014)

económicos. Es menester, para definir el denominado mercado relevante, determinar los productos participantes en dicho mercado y el lugar en el cual compiten, con el cometido de determinar los competidores de determinado operador económico.

La Superintendencia de Competencia Económica, al ser el ente regulador, tiene la responsabilidad de asegurar el cumplimiento de la normativa por parte de cualquier operador económico que pueda involucrarse en prácticas sancionables según la LORCPM al llevar a cabo ciertas actividades en un mercado relevante definido.

Es así que la LORCPM establecen la importancia de identificar quiénes están sujetos al control y regulación del derecho de la competencia, qué prácticas o acciones por parte de los operadores económicos son aceptables y cuáles no, así como la necesidad de definir el mercado relevante en el cual participan ciertos operadores. En caso de incumplimiento por parte del operador económico, se establece un proceso administrativo sancionatorio, según lo determinado por el ente regulador.

6. Conceptos relevantes de la LORCPM

La LORCPM trae consigo varios conceptos que demandan un sólido entendimiento para el presente análisis. De ahí que a continuación analizaremos los conceptos relevantes que trae la LORCPM.

6.1. Volumen de negocios.

El artículo 6 de la LORCPM nos aporta con una definición de lo que se entiende por volumen de negocios, en los siguientes términos:

A efectos de la presente Ley, se entiende por volumen de negocios total de uno o varios operadores económicos, la cuantía resultante de la venta de productos y de la prestación de servicios realizados por los mismos, durante el último ejercicio que corresponda a sus actividades ordinarias, previa deducción del impuesto sobre el valor agregado y de otros impuestos al consumidor final directamente relacionados con el negocio. (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 2011, art. 6).

Según el artículo 6 de la LORCPM, el volumen de negocios se define como la cantidad generada por la venta de productos y la prestación de servicios (actividades habituales) durante el último ejercicio, deduciendo el IVA y otros impuestos directamente relacionados con el negocio que gravan al consumidor final.

El concepto de volumen de negocios es significativo, ya que sirve de base para determinar las sanciones por infracciones económicas, como se estipula en el artículo 79 de la LORCPM. Estas sanciones oscilan entre el 8% y el 12% de dicho volumen.

En la misma línea el artículo 5 del Reglamento de la Ley Orgánica de Control de Poder del Mercado (RLORCPM) proporciona una definición del Volumen de Negocios total de uno o varios operadores económicos. Según esta definición, se trata de la cantidad resultante de la venta de productos y la prestación de servicios llevados a cabo por dichos operadores durante el último ejercicio correspondiente a sus actividades habituales. Esta cantidad se calcula deduciendo el impuesto sobre el valor agregado y otros impuestos al consumidor final que estén directamente relacionados con el negocio.

6.2. Mercado relevante.

En el artículo 5 de la LORCPM encontramos la introducción del concepto de mercado relevante, y se indica que dicho concepto se determina por: 1. Mercado de producto o servicio que se refiere al bien o servicio en relación con la conducta investigada; 2. Mercado geográfico, que se refiere a la agrupación de áreas geográficas que albergan las diversas fuentes disponibles para obtener el producto en cuestión; y 3. Las características específicas de los operadores económicos que participan en un mercado determinado. (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 2011).

Por lo tanto, el ámbito relevante establece los confines en los cuales se lleva a cabo la competencia entre los oferentes, reconociendo a los competidores que están presentes y los posibles competidores en el futuro.

El mercado relevante, también conocido como ámbito relevante, se refiere al conjunto específico de productos o servicios y a la ubicación geográfica donde se lleva a cabo la competencia efectiva entre empresas. En otras palabras, es el espacio y la gama de productos o servicios dentro de los cuales las empresas compiten entre sí. La delimitación del mercado relevante es esencial para analizar y evaluar la competencia en términos de oferta y demanda, identificando a los competidores actuales y potenciales que interactúan en ese ámbito.

6.3. Poder de mercado.

El artículo 7 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM) introduce el concepto de poder de mercado, el cual adquiere relevancia al considerar las conductas que constituyen abuso de dicho poder, conforme señala el artículo 9, y que son tipificadas como infracciones. Al respecto, textualmente el artículo 7 reza lo siguiente:

Poder de mercado. - Es la capacidad de los operadores económicos para influir significativamente en el mercado. Dicha capacidad se puede alcanzar de

manera individual o colectiva. Tienen poder de mercado u ostentan posición de dominio los operadores económicos que, por cualquier medio, sean capaces de actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes, proveedores, consumidores, usuarios, distribuidores u otros sujetos que participen en el mercado. La obtención o el reforzamiento del poder de mercado no atentan contra la competencia, la eficiencia económica o el bienestar general. Sin embargo, el obtener o reforzar el poder de mercado, de manera que impida, restrinja, falsee o distorsione la competencia, atente contra la eficiencia económica o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios, constituirá una conducta sujeta a control, regulación y, de ser el caso, a las sanciones establecidas en esta Ley. (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 2011, art 7).

El poder de mercado se define como la capacidad, ya sea individual o colectiva, de los operadores económicos para ejercer una influencia significativa en el mercado. Aquellos operadores económicos que poseen poder de mercado o mantienen una posición de dominio son capaces de actuar de manera independiente, prescindiendo de competidores, compradores, clientes, proveedores, consumidores, usuarios u otros participantes en el mercado.

Es esencial destacar que poseer o fortalecer el poder de mercado en sí mismo no constituye una amenaza para la competencia. La amenaza surge cuando se abusa de dicho poder, ya sea al impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia.

Por último, es importante destacar que el artículo 8 de la LORCPM establece que la determinación del poder de mercado se basa en la presencia de barreras que afectan la entrada y salida del mercado, las cuales pueden ser de índole legal, contractual, económica o estratégica. Este análisis nos llevará a explorar la investigación de criterios de preferencia, ya sea relacionado con el origen (local, nacional, regional) o con el tamaño de las empresas (micro, pequeñas y medianas).

6.4. Abuso de poder de mercado

En el artículo 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), se enumeran diversas conductas que configuran el abuso de poder de mercado. Aunque algunos expertos, como el Dr. Xavier Andrade Cadena, sugieren la inclusión de un concepto claro para el abuso de poder de mercado o prácticas colusorias y restrictivas, no obstante, la

legislación ecuatoriana opta por describir estas conductas a través de varios numerales, que, según Andrade Cadena, pueden ser repetitivos. (Cadena, 2012).

Sin emitir un juicio de valor sobre este criterio, se puede concluir que el abuso de poder de mercado se considera una infracción a la ley cometida por uno o varios operadores económicos que, aprovechándose de su poder de mercado, obstaculizan, limitan, distorsionan o afectan negativamente la competencia, así como perjudican la eficiencia o el bienestar general.

El abuso de una posición dominante se refiere a un nivel significativo de poder económico ejercido en un mercado relevante, lo que capacita a una empresa o varias para operar de manera independiente respecto a sus competidores, clientes y consumidores. El propósito de esta actuación es dificultar o evitar la competencia efectiva en dicho mercado.

Al respecto, el texto reformado del artículo 9 de la LORCPM en su primer inciso señala lo siguiente:

Constituye infracción a la presente Ley y está prohibido el abuso de poder de mercado. Se entenderá que se produce abuso de poder de mercado cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general, incluso potencialmente (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 2011, art. 9).

Para seguidamente hacer una enumeración taxativa de 23 conductas que la ley entiende que se configuran como abuso de poder de mercado.

6.5. Acuerdos y prácticas restrictivas.

El Artículo 11 de la (LORCPM) prohíbe y sanciona las conductas conocidas como acuerdos y prácticas restrictivas, que involucran acciones colusorias y se consideran nulas de pleno derecho. Estos acuerdos y prácticas están destinados a evitar, restringir, distorsionar la competencia o afectar negativamente la eficiencia económica y el bienestar general.

En la normativa ecuatoriana, se distingue entre acuerdo o práctica restrictiva y abuso de poder de mercado en el sentido de que, para el primero, se requiere un acuerdo consciente o tácito entre dos o más operadores económicos, mientras que, para el segundo, basta con la actuación de un operador económico que posea poder de mercado y abuse de él.

La LORCPM, en su artículo 11, en el primer inciso, hace referencia a los acuerdos y prácticas restrictivas en los siguientes términos: “Están prohibidos todos los acuerdos, decisión de asociación o práctica concertadas entre dos o más operadores económicos que tengan por objeto o efecto impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional”. (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 2011, art. 11). Para, seguidamente realizar una puntualización ejemplificativa de las conductas que se enmarcan en esta figura jurídica, siendo estas, al tenor de la ley, las siguientes:

- a) Fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales;
- b) Repartirse mercados, clientes o fuentes de abastecimiento;
- c) Limitar o controlar la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones;
- d) Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que resulte en una desventaja competitiva; y,
- e) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

En la misma línea el artículo 8 del Reglamento de Aplicación de la Ley de Organización de Regulación y Contrato del Poder de Mercado (RLORCPM) establece cuatro situaciones que se presumen como Prácticas Restrictivas:

1. Coordinación o manipulación concertada de precios, tasas de interés, tarifas, descuentos u otras condiciones comerciales.
2. Acuerdo conjunto para restringir, limitar, paralizar u obligar en la producción, distribución o comercialización de bienes o servicios.
3. Acuerdo concertado para distribuir clientes, proveedores o áreas geográficas.
4. Conductas coordinadas de proveedores u oferentes, ya sea en la presentación de ofertas o buscando asegurar resultados a favor propio o de otro en procesos de contratación pública, como licitaciones, concursos, subastas, entre otros. (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 2011)

Estas situaciones son consideradas prácticas restrictivas, sugiriendo la existencia de acciones concertadas que podrían afectar la competencia en procesos de contratación pública o privados abiertos al público.

En relación con los Acuerdos o Prácticas Restrictivas mencionadas anteriormente, la doctrina los clasifica en dos categorías: Acuerdos "Horizontales" y Acuerdos "Verticales".

6.5.1. Acuerdos horizontales.

Un Acuerdo Horizontal ocurre entre dos o más proveedores que operan en el mismo nivel de producción. Por ejemplo, podría tratarse de un acuerdo entre dos empresas que fabrican el mismo producto. Estos acuerdos, desde la perspectiva de la Competencia, son particularmente problemáticos y complejos, ya que involucran a partes que son competidores directos.

Es así que, los acuerdos horizontales se refieren a pactos, arreglos o coordinaciones entre empresas que operan en el mismo nivel o eslabón de la cadena de producción o distribución. Estos acuerdos involucran a competidores directos, es decir, empresas que ofrecen productos o servicios similares y que, en condiciones normales, competirían entre sí en el mercado.

Los acuerdos horizontales pueden abordar diversas áreas de colaboración entre competidores, como la fijación de precios, la cuota de mercado, la producción, la distribución o la limitación de la oferta. Estos acuerdos plantean fuertes preocupaciones para las autoridades de defensa de la competencia, ya que tienen el potencial de restringir la competencia efectiva en el mercado, perjudicar a los consumidores y distorsionar el juego justo entre los operadores del mercado.

1.5.2 Acuerdos verticales.

Un Acuerdo Vertical se realiza entre operadores económicos que se encuentran en diferentes etapas de la cadena de producción o distribución de un producto o servicio.

Las relaciones verticales se establecen entre compradores y vendedores que operan en diferentes niveles de la cadena productiva, es decir, no compiten directamente entre sí. Según la Comisión Europea, los acuerdos verticales son pactos entre dos o más empresas que operan en distintos niveles de la cadena de producción o distribución, y se centran en las condiciones para adquirir, vender o revender bienes o servicios específicos.

El tema de las restricciones verticales ha sido ampliamente debatido en el ámbito del Derecho de la Competencia. Aunque anteriormente se consideraba que estas prácticas eran intrínsecamente anticompetitivas, en los últimos años ha habido consenso en que los acuerdos verticales no deben considerarse automáticamente perjudiciales para la competencia. Se reconoce que, en muchos casos, estos acuerdos buscan replicar los efectos

de una integración vertical, y su evaluación dependerá de si existe una alternativa lícita a dicha integración. A pesar de que las restricciones verticales pueden alinearse con los intereses de los consumidores al replicar los efectos de una integración vertical, aún deben ser analizadas por las autoridades de defensa de la competencia, ya que tienen el potencial de generar efectos anticompetitivos, especialmente cuando se combinan con otras circunstancias.

6.6. Salvedades a las prohibiciones del artículo 11 de la LORCPM

El artículo 12 de la LORCPM establece la posibilidad de otorgar exenciones a las prohibiciones detalladas en el artículo 11, que abarcan los acuerdos y prácticas restrictivas. Sin embargo, estas exenciones solo se concederán si se cumplen simultáneamente los siguientes requisitos:

- 1.- Permitir que los consumidores o usuarios participen de manera justa en sus beneficios.
- 2.- No imponer restricciones que no sean esenciales para lograr los objetivos.
- 3.- No proporcionar a los operadores económicos la capacidad de eliminar la competencia en una parte significativa de los productos o servicios contemplados.

En este contexto, el artículo 10 del RLORCPM establece las siguientes reglas para la aplicación de exenciones:

- 1.- Se prohíben y sancionan los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas mencionadas en el artículo 11 de la LORCPM que no cumplan con las condiciones del artículo 12.
- 2.- No se requiere autorización previa para los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas del artículo 11 que cumplan con las condiciones del artículo 12 y, por lo tanto, no están prohibidos.
- 3.- En caso de iniciar una investigación, los operadores económicos deben demostrar que cumplen con las exenciones establecidas en el artículo 12 de la LORCPM.

Capítulo Tercero

La empresa pública en el marco del derecho de la competencia y algunas consideraciones de la contratación pública como escenario de posibles vulneraciones al derecho de la competencia.

3.1. La empresa pública vista como monopolio en el marco del Derecho de la Competencia.

Es un hecho que existen monopolios de parte del Estado a través de sus empresas públicas, sin embargo, la cuestión relevante dice relación con la justificación de aquel monopolio. Existen varias justificaciones para que el Estado pueda tener un monopolio en el mercado en ciertos sectores o actividades. Estas justificaciones se basan en consideraciones de interés público, pasando por la ineficiencia del sector privado para satisfacer dicho interés público que demanda actividades que bien podrían resultar poco rentables para este sector.

La justificación para esta nueva tendencia, que aboga por un mayor intervencionismo estatal, se basa en tres criterios fundamentales desarrollados por la teoría económica para asignar recursos de manera eficiente, equitativa y garantizando incentivos adecuados. En última instancia, se busca mejorar el bienestar general a través de esta intervención, teniendo en cuenta estos criterios.

Hoy en día, existe en el ideal público el criterio según el cual un Estado social debe asegurar determinadas prestaciones de bienes y servicios como educación, atención médica, protección contra riesgos de salud, jubilación o desempleo, transporte, comunicaciones, suministro de agua, gas y electricidad, así como el abastecimiento de alimentos y bienes básicos. Con el cometido de garantizar un nivel mínimo de vida para sus ciudadanos. Este particular se puede lograr, por una parte, controlando las prestaciones que brinda la iniciativa privada, y por otra parte, creando empresas pertenecientes al Estado que tengan dentro de sus agendas la prestación de este tipo de servicios.

3.1.1 Monopolios del Estado (servicios públicos y sectores estratégicos)

La presencia del Estado como un monopolio se manifiesta principalmente en los servicios públicos. Estos servicios surgieron como una respuesta a las economías liberales en el contexto del Estado de Bienestar. En este nuevo enfoque, el objetivo no es solo reconocer el desarrollo individual que cada persona podría lograr en una economía de mercado libre,

basado en su libertad, sino también reconocer y garantizar los derechos económicos, sociales y culturales de las personas. Estos derechos, en este nuevo enfoque, se postulan como fundamentales para la vida y la dignidad de los seres humanos, y el mercado por sí solo no puede proporcionarlos, siendo, en la mayoría de los casos, por la falta de incentivos para hacerlo.

Se puede entender el servicio público como una actividad, generalmente realizada por el Estado, que brinda acceso a suministros esenciales para la vida en sociedad. Estos suministros no deben interrumpirse en ningún caso y deben proporcionarse de manera continua y segura para el beneficio de la colectividad.

En la historia constitucional del Ecuador, hemos tenido un reconocimiento paulatino de los derechos económicos, sociales y culturales. No obstante, no es hasta las constituciones de 1979, 1998 y 2008 que se reconoce y garantiza a las personas el acceso a bienes y servicios públicos, contando con un abanico de garantías constitucionales para tutelarlos.

La Constitución ecuatoriana vigente enumera varios servicios públicos esenciales, como el suministro de agua potable, riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, carreteras, puertos y aeropuertos, entre otros, que pueden ser determinados por la Ley. Además, la Constitución también establece los principios que estos servicios públicos deben seguir, como ser obligatorios, de acceso general, ofrecer un servicio uniforme, ser eficientes, responsables, estar disponibles para todos, accesibles, funcionar de manera regular, continua y ofrecer una calidad adecuada. Además, nuestra carta fundamental establece que el control y la regulación de los precios y tarifas estará en manos del Estado. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

En Ecuador, ciertos servicios públicos pueden ser delegados a empresas privadas cuando se cumplen ciertos requisitos establecidos por la ley y cuando tienen un alcance nacional o local. Es así que la Constitución ecuatoriana permite la posibilidad de delegar la prestación de servicios públicos y la participación en sectores estratégicos a empresas mixtas en las que el Estado tenga una mayoría de acciones. Además, en circunstancias excepcionales, se puede delegar la prestación de estos servicios a empresas privadas y a organizaciones de economía popular y solidaria, según lo establecido por la ley.

La administración, regulación, control y gestión de los sectores estratégicos están principalmente a cargo del Estado, y su delegación al sector privado solo se permite de manera excepcional. Los sectores estratégicos mencionados en la Constitución incluyen “la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables,

el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua y otros que puedan ser definidos por leyes secundarias” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 313).

Los sectores estratégicos o servicios públicos no solo son definidos por la Constitución, puesto que en ésta se menciona que la ley también puede agregar más sectores a esta categoría. Estos sectores son vitales para la economía y la gobernabilidad de un país, y el Estado considera que debe mantener el control sobre ellos.

A lo largo de la historia, ha habido debates sobre si estos sectores estratégicos deben ser gestionados por el sector público o privado. Históricamente, cuando el Estado proporciona servicios públicos, también se reserva el control, la regulación y el desarrollo de estos servicios. Sin embargo, en la Constitución de 1998, el Estado tuvo un papel subsidiario en comparación con el margen de actuación que tiene el Estado en materia económica a raíz de la constitución de Montecristi.

Algunos arguyen que los servicios públicos limitan la competencia, pero en sociedades occidentales, se ha aceptado ampliamente la competencia como un medio de progreso social. En algunos países europeos, el Estado organizó servicios públicos esenciales para la comunidad, pero la ineficiencia en la prestación de estos servicios llevó a la desilusión de la población. Como resultado, la competencia se presentó como una fuente de progreso social, permitiendo que las personas accedieran a bienes y servicios. De esta manera, la competencia fortaleció la libertad sin dejar de lado la solidaridad y se convirtió en un pilar tanto de la política económica como de la política social.

3.1.2. Monopolio público.

Un monopolio es una situación de mercado en la que una única empresa o proveedor controla la oferta de un bien o servicio específico y no tiene competidores significativos. Esto le otorga un poder considerable para influir en los precios y la cantidad de producción, lo que a menudo resulta en precios más altos y una menor cantidad de bienes o servicios disponibles en comparación con un mercado competitivo. Los monopolios pueden surgir debido a barreras de entrada, acuerdos exclusivos, control de recursos clave o acciones gubernamentales, entre otros factores.

En Ecuador, desde la Constitución, pasando por la regulación especial en la LORCPM, lo que se busca regular y sancionar son los abusos de poder de mercado y las prácticas que afectan la competencia justa.

En cuanto a los monopolios públicos, en la doctrina y en la práctica, chocan con los principios de la libre competencia, ya que el Estado puede excluir la competencia en sectores que consideran de interés nacional, lo que justifica la presencia de monopolios estatales. Sin embargo, en algunos casos, el Estado puede delegar estas actividades al sector privado bajo ciertas condiciones excepcionales.

Cuando existe una base legal para la presencia de un monopolio estatal, se los llama "monopolios legales" o "artificiales". Estos difieren de los "monopolios naturales" y son permitidos por razones de eficiencia, donde una sola empresa puede producir bienes y servicios con menores recursos, como en el caso de servicios públicos como el suministro de agua y alcantarillado, por citar un ejemplo.

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado permite que, bajo ciertas condiciones y con una justificación sólida, se pueda restringir la competencia en beneficio del interés público, siendo la entidad encargada de aquello, la Junta de Regulación del Poder de Mercado. Esto incluye la posibilidad de promover la creación de monopolios estatales en sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el avance tecnológico e industrial, y como medida de acción afirmativa en sectores de la economía popular y solidaria. Sin embargo, la ley no especifica claramente los criterios técnicos que se deben seguir para establecer un monopolio estatal, lo que podría llevar a decisiones ambiguas, incluso en sectores no considerados estratégicos o de servicios públicos, como se menciona en el caso del desarrollo tecnológico e industrial de la economía.

Por otro lado, la Ley permite excepciones a la competencia en beneficio de la economía popular y solidaria como una acción afirmativa, pero esta excepción podría resultar en un trato desigual. Para otorgar estas excepciones, se requiere un análisis técnico. Además, las restricciones a la competencia deben generar beneficios claros y significativos para el interés público, ser eficientes y beneficiar a los consumidores al tenor de la propia norma. El Reglamento de la Ley en mención, establece normas para seguir y evaluar estas restricciones, las cuales pueden ser revocadas si no cumplen con los requisitos.

La particularidad de esta norma es que introduce excepciones a la competencia en la propia ley nacional. Esto inicialmente brinda cierta seguridad legal a la intervención del Estado, pero deja a un ente administrativo, como es la Junta de Regulación del Poder de Mercado, la capacidad de decidir cuándo se pueden aplicar restricciones a la competencia. Esto puede generar incertidumbre para los agentes económicos privados dado que éstos no cuentan con la misma seguridad jurídica, ya que las restricciones deben ser claras, basadas en criterios técnicos y establecidos por ley para garantizar el derecho a la seguridad jurídica.

La Ley Orgánica de Empresas Públicas tiene como objetivo prevenir y corregir comportamientos que puedan afectar el acceso de los usuarios a bienes y servicios esenciales, en lugar de centrarse en la competencia en sí misma. Esto sugiere que las empresas públicas también tienen un papel en la regulación de los mercados, no solo en servicios públicos, sino en cualquier sector abierto a la competencia.

En Ecuador, los monopolios públicos están sujetos a la regulación que rige a todos los participantes en el mercado. Aunque pueden tener un monopolio en la prestación de servicios públicos, no están exentos de ser controlados por las autoridades en relación con prácticas abusivas que distorsionan la competencia. Esto se alinea con la doctrina y las leyes de competencia de otros países.

Tanto la doctrina como la legislación comparada no hacen distinciones entre actores en términos de aplicación de normas de competencia. Cualquier monopolio, ya sea público o privado, que ofrezca servicios públicos o actividades de interés general, debe ser regulado para prevenir abusos y distorsiones que históricamente han estado asociados con los monopolios públicos.

3.1.3 Concurrencia de las empresas públicas en el marco del Derecho de la Competencia

Es ampliamente aceptado tanto por expertos en la materia como por la jurisprudencia que las empresas públicas deben cumplir con las normas de competencia. En el ámbito europeo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera que, en términos de derecho de la competencia, el término "empresa" se aplica a cualquier entidad que realice actividades económicas, independientemente de su estructura legal y la forma en que obtenga financiación. En otras palabras, las empresas públicas también deben cumplir con las reglas de competencia, sin importar su naturaleza pública o privada.

La definición de empresa pública en Ecuador, tanto a nivel de la Constitución como de las leyes, implica que algunas de ellas operan como monopolios estatales, lo que significa que tienen el control exclusivo de ciertos servicios o sectores por razones de interés público. Sin embargo, al mismo tiempo, también pueden estar sujetos a la competencia en otros ámbitos. En otras palabras, algunas empresas públicas tienen un papel de monopolio en ciertas áreas para garantizar la provisión de servicios esenciales, pero en otras áreas pueden competir en el mercado junto con empresas privadas. Esto crea una especie de desequilibrio entre la regulación y la competencia en el contexto de las empresas públicas en Ecuador.

La Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (SENPLADES) identificó diferentes categorías de empresas públicas, algunas de las cuales buscan obtener ganancias económicas y en consecuencia competir con el sector privado.

Sin embargo, cabe la consideración de que no es ideal que la Constitución permita al Estado competir con el sector privado en cualquier campo sin restricciones. Esta discrecionalidad debería tener límites para proteger a las empresas privadas y al mercado en general, puesto que, sería injusto para los emprendedores competir en desventaja con empresas públicas que pueden ser creadas sin restricciones.

Para garantizar una competencia justa, se deben establecer reglas que permitan a las entidades públicas competir en igualdad de condiciones con el sector privado, como lo indica el artículo 336 de la Constitución, que promueve la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades.

De igual manera, queda fuera de duda el hecho de que las aplicaciones normativas, en materia del derecho de competencia, son aplicables para las empresas públicas, pues la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado, delimita su aplicación en su artículo 2 en los siguientes términos:

Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional. (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 2011, art. 2).

De la norma se deduce que incluso en el caso de empresas públicas que operan como monopolios estatales, sería necesario aplicar estas reglas para evitar que su comportamiento restrinja la competencia. Esto es beneficioso para un sistema de mercado equitativo y saludable. En concreto, se deben aplicar estas reglas a todas las empresas, tanto públicas como privadas, para garantizar la competencia justa.

3.2. Cuestiones conflictivas con respecto a las empresas públicas en el marco del Derecho de la Competencia.

Con respecto al esquema en el que nacen y se desarrollan las empresas públicas en el Ecuador, de cara al marco legal regulatorio del Derecho de la Competencia, existen algunas asimetrías, mismas que serán objeto de análisis en este apartado.

3.2.1 Entidad controlada y entidad controladora

El tema de la regulación del mercado con presencia de las empresas públicas y privadas parece ser un desafío importante tanto para el organismo de control como para las empresas en el mercado, tanto públicas como privadas. Esto se debe a que el organismo regulador forma parte del Estado, al igual que las empresas públicas.

En Estados Unidos, un país con una economía más orientada hacia la libertad de mercado, suelen ocurrir conflictos entre empresas públicas y privadas que compiten entre sí. Sin embargo, es común que las sanciones contra las empresas públicas no se apliquen. En realidad, según David EM Sappington y Gregory Sidak, no hay registros de casos en la jurisprudencia estadounidense en los que una empresa pública haya sido sancionada por conductas anticompetitivas, y en general, las acciones legales relacionadas con el comportamiento anticompetitivo de empresas públicas han tenido resultados desfavorables en los tribunales. (Armstrong & Sappington, 2006)

En el contexto de nuestro país hasta la fecha, en la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, denominada hoy en día Superintendencia de Competencia Económica, bajo la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, no se ha registrado ninguna denuncia contra ninguna entidad del sector público o empresa pública, ya sea en competencia o no. Sin embargo, la Superintendencia enfrenta un desafío importante, que ha sido señalado por sistemas legales comparables, siendo uno de los casos significativos en este ámbito es el de Deutsche Post en 2001 en la jurisprudencia europea, donde la Comisión Europea sancionó a la principal oficina postal pública de Alemania por violar las normas de competencia al utilizar sus excedentes para subsidiar sus actividades y establecer precios predatorios. (Sappington & Sidak, 2003)

Un estudio de la CEPAL sobre empresas públicas llega a la conclusión de que en varios países hay un acuerdo fundamental en cuanto a las características que deben tener las agencias reguladoras. Estas características incluyen independencia, lo que significa que no deben estar sujetos al poder ejecutivo; autonomía para realizar sus funciones con un presupuesto suficiente y predecible que no las haga depender del poder ejecutivo; respeto y la ausencia de interferencia por parte de otros niveles de gobierno en sus decisiones técnicas;

y transparencia, lo que implica que las decisiones deben discutirse públicamente antes de emitirse.

3.2.2 Financiamiento.

Idealmente, en un entorno donde compiten empresas públicas y privadas, es crucial que el mercado funcione de manera saludable. Para lograr esto, las empresas públicas deben financiar su crecimiento utilizando sus propios recursos y no depender en exceso del apoyo del Estado para superar problemas internos, ya que esto podría distorsionar la competencia. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) sugiere que las empresas estatales obtengan financiamiento de manera justa y competitiva, evitando situaciones en las que el Estado asuma la carga de su deuda. Además, cualquier actividad adicional que una empresa pública realice por motivos sociales o políticas públicas debe estar sujeta a regulaciones claras, de modo que todas las partes interesadas sepan qué esperar de ellas y cuáles son los límites de su actuación.

La Ley Orgánica de Empresas Públicas determina cómo las empresas estatales pueden obtener financiamiento a través de subvenciones y subsidios. Esto es especialmente relevante para las empresas públicas que ofrecen servicios de interés público y a menudo tienen un monopolio en su sector.

Sin embargo, la ley hace una distinción entre las empresas públicas que compiten con el sector privado y las que no lo hacen. En teoría, ambos pueden financiarse a través de diversos medios, como lo especifica el artículo 42 de la ley en mención, misma que reza:

Las empresas públicas sus subsidiarias y filiales podrán adoptar las formas de financiamiento que estimen pertinentes para cumplir sus fines y objetivos empresariales, tales como: ingresos provenientes de la comercialización de bienes y prestación de servicios así como de otros emprendimientos; rentas de cualquier clase que produzcan los activos, acciones, participaciones; acceso a los mercados financieros, nacionales o internacionales, a través de emisión de obligaciones, titularizaciones, contratación de créditos; beneficio de garantía soberana; inyección directa de recursos estatales, reinversión de recursos propios; entre otros. Para el efecto se requerirá la resolución favorable del Directorio de la empresa y el cumplimiento de los requisitos previstos en esta y otras leyes, así como en la normativa aplicable, en función de la naturaleza del financiamiento al que se acceda". (Ley Orgánica de Empresas Públicas, 2009, art. 42).

El problema radica en que no se establecen excepciones técnicas que eviten que el Estado financie a las empresas públicas que compiten directamente con el sector privado. Esto puede distorsionar la competencia en el mercado y crear desigualdades. Es importante no confundir este tipo de financiamiento con las ayudas públicas permitidas por algunos sistemas de competencia, que tienen normativas específicas.

Las ayudas públicas son beneficios proporcionados por el gobierno en forma de dinero, bienes u otras acciones que alivian las cargas financieras que enfrenta una empresa. Estas ayudas tienen las siguientes características:

1. Son otorgadas por entidades estatales, regionales o municipales.
2. Aunque pueden ser administradas por instituciones diferentes a la autoridad pública, provienen de fondos gubernamentales.
3. Pueden tomar diversas formas, como subvenciones, exenciones fiscales, reducción de intereses, garantía de préstamos, cobertura de pérdidas u otras medidas similares.

En síntesis, las ayudas públicas son recursos proporcionados por el gobierno para apoyar a las empresas en diversas formas y reducir sus cargas financieras.

En Ecuador, al igual que en otros lugares, existen ayudas públicas que pueden beneficiar a los sectores público, privado o de la economía social y solidaria. Estas ayudas están reguladas por la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, específicamente en su Artículo 29, el cual contempla 10 supuestos en los que se pueden otorgar estas ayudas públicas.

3.2.3 Tratamiento tributario.

En el contexto ecuatoriano, es importante distinguir entre empresas públicas cuyo objetivo principal es generar ganancias económicas y aquellas que buscan principalmente generar beneficios sociales o que están diseñadas para proyectos específicos. Esta distinción es principalmente administrativa y puede afectar cómo estas empresas compiten con las empresas privadas, especialmente en términos de impuestos.

El tratamiento fiscal que reciben las empresas públicas varía de un país a otro, dependiendo de la solidez de sus economías. En algunos países industrializados como el Reino Unido, Francia, Canadá, Alemania y España, las exoneraciones fiscales sobre los impuestos a la renta no son comunes para las empresas públicas. En otras economías desarrolladas como

Indonesia, Malasia y Tanzania, las empresas públicas y privadas que compiten entre sí reciben un tratamiento fiscal similar.

En la región de América Latina, países como Bolivia, Chile, Uruguay, Colombia, Argentina y Brasil generalmente no otorgan exoneraciones fiscales completas a las empresas públicas. Esto significa que, en estos países, las empresas estatales no reciben beneficios fiscales significativos en comparación con las empresas privadas en situaciones de competencia.

En Ecuador, las regulaciones para las empresas públicas indican que deben adherirse al mismo marco tributario que rige para el sector público. Esto abarca tanto a las empresas que compiten en el ámbito privado como a aquellas que prestan servicios públicos, ya sea con fines de lucro o sin ellos.

No obstante, existe una distinción en la aplicación de las exenciones fiscales. Aunque la legislación previamente mencionada aborda la exoneración completa de varios impuestos, el Código Orgánico Tributario, en su artículo 35 se refiere explícitamente a la exención de impuestos, excluyendo el Impuesto al Valor Agregado (IVA). Sin embargo, contempla la opción de reembolso del IVA en determinadas circunstancias.

La normativa tributaria en Ecuador exime a las empresas públicas de impuestos como el impuesto a la renta (en virtud de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno en su artículo 9 numeral 2), el impuesto a la salida de divisas (en virtud a la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria), independientemente de si compiten con el sector privado. Además, estas empresas no están sujetas al Impuesto al Valor Agregado (IVA) y aplican una tarifa del 0% en las importaciones que realizan. Esto al tenor del artículo 55 numeral 9 literal c de la Ley de Régimen Tributario Interno que reza lo siguiente:

Transferencias e importaciones con tarifa cero. - Tendrán tarifa cero las transferencias e importaciones de los siguientes bienes: c) En los casos de donaciones provenientes del exterior que se efectúen en favor de las entidades y organismos del sector público y empresas públicas; y las de cooperación institucional con entidades y organismos del sector público y empresas públicas; (Ley de Régimen Tributario Interno, 2007, art. 55)

El Código Orgánico de Ordenamiento Territorial, Descentralización y Autonomías (COOTAD) establece exenciones tributarias específicas relacionadas con impuestos manejados por los Gobiernos Autónomos Descentralizados. En el caso de empresas públicas, estas quedan exentas de impuestos como el predial urbano, alcabalas y activos totales. Sin embargo, es importante destacar que estas exenciones no se aplican a tasas y contribuciones especiales,

siguiendo la línea establecida en el Código Tributario. Esto en virtud de los artículos 509, 520, 534 literal a y 554 literal a de la norma en mención.

Es relevante señalar que la Ley Orgánica de Empresas Públicas solamente libera a estas empresas del deber de pagar impuestos en lo que respecta a la oferta de servicios públicos, la utilización del espacio público, las vías públicas y el espacio aéreo para la instalación de infraestructuras.

En síntesis, el sistema de exoneración o falta de sujeción tributaria para las empresas públicas en Ecuador no diferencia de manera significativa entre aquellas que funcionan como monopolios, las que proveen servicios públicos, las que persiguen objetivos sociales o las que compiten con empresas privadas. Esta situación podría tener impactos en la competencia del mercado al dar ventajas a las empresas estatales que compiten con el sector privado.

3.3. La Contratación Pública en el marco del Derecho de la Competencia.

En este apartado se realizará un breve análisis del régimen de Contratación Pública con respecto al Derecho de la Competencia. Teniendo como objetivo determinar si el régimen en mención resulta vulnerativo de la competencia y en qué medida.

3.3.1 La Contratación Pública como herramienta de Política Pública frente al Derecho de la Competencia.

La Contratación Pública no solo busca satisfacer las necesidades esenciales para el bien común, como obras, bienes y servicios en línea con el concepto de "Buen Vivir" en Ecuador, sino que también se percibe como una herramienta estratégica. Su objetivo abarca más allá de la mera provisión, buscando eliminar desequilibrios existentes y potenciar impactos positivos. Esto implica considerar no solo quiénes son los proveedores, sino también cómo esta contratación puede influir en la creación de empleo, el fortalecimiento de pequeñas empresas, la promoción de lo nacional y local, y la atención especial a diversos grupos como artesanos y actores de la economía popular y solidaria. Además, se reconoce que el Estado, a través de empresas públicas, no solo actúa como contratante sino también como proveedor, aprovechando su naturaleza pública para intervenir en el mercado con ventajas específicas. Estos principios están respaldados por disposiciones constitucionales, en particular, los artículos 288 y 315.

3.3.2 Distorsiones a la competencia generadas por la Contratación Pública.

Cuando consideramos la Contratación Pública como una herramienta de Política Pública, es posible que surjan distorsiones en el ámbito del Derecho de la Competencia. Esto se debe a que, además de los factores habituales en una transacción, como la calidad del producto y el precio, se introducen elementos adicionales como el tamaño, la nacionalidad o la naturaleza del proveedor. Estos factores no suelen ser determinantes en un mercado convencional y podrían adoptar un carácter exclusivo y discriminatorio en este contexto particular.

En la práctica, cuando la entidad contratante es pública o gestiona la mayoría de los recursos públicos, tiende a diseñar sus procesos de contratación y selección de proveedores teniendo en cuenta que la Contratación Pública se concibe como una herramienta de Política Pública. En este enfoque, no siempre se tienen en cuenta situaciones de competencia en el sentido tradicional, sino que se priorizan los objetivos y metas relacionados con las políticas públicas, dejando de lado, en algunos casos, consideraciones estrictas de competencia en un mercado convencional.

En efecto, tanto en Ecuador como en otros países, existen procedimientos que otorgan preferencia, e incluso en algunos casos exclusividad, a proveedores en función de su nacionalidad, tamaño o naturaleza. Esto se refleja mediante la designación de procedimientos específicos que deben llevarse a cabo exclusivamente con proveedores que cumplan con ciertos criterios, como en los casos de contratación de Menor Cuantía (ya sea para obras, bienes o servicios) o en los procedimientos de Consultoría (ya sea Contratación Directa, Lista Corta o Concurso Público). Además, se aplican criterios de preferencia mediante la asignación de puntajes, considerando la nacionalidad, tamaño (micro o pequeña empresa), naturaleza (actor de la economía popular o solidaria, artesano), localidad (según la ubicación geográfica donde se debe proveer el bien, obra o servicio), entre otros.

Existen otros procedimientos que, bajo la perspectiva de Política Pública, establecen criterios de exclusividad o preferencia para la contratación. Un ejemplo de ello son los procedimientos de régimen especial contemplados en el artículo 2 de la LOSNCP. Estos procedimientos permiten la contratación directa en casos especiales debido a la sensibilidad del objeto a proveer o la naturaleza del sujeto a ser contratado. Ejemplos de estos casos son la adquisición de fármacos para las entidades de salud, los servicios de seguridad para las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, la compra de repuestos y accesorios, los servicios de comunicación social, asesoría y patrocinio jurídico, así como la contratación de artistas, literarios o científicos. Además, se incluye la contratación de proveedores de naturaleza pública o con recursos públicos mayoritarios, así como la contratación realizada por empresas públicas en el ejercicio específico de su negocio, entre otros.

Todos los procedimientos mencionados podrían, desde una perspectiva exclusiva de Competencia, vulnerar este principio al establecer discriminaciones basadas en la nacionalidad, naturaleza o tamaño del proveedor. Por esta razón, no deberían ser permanentes y deberían estar sujetos a una evaluación continua para asegurar que se logren los resultados deseados. Se puede cuestionar la inclusión de tales discriminaciones en la Constitución, como se observa en el artículo 288 de la Constitución de la República, debido a la naturaleza permanente de una norma constitucional. Aunque necesarias, estas medidas deberían ser transitorias y estar sujetas a evaluación para confirmar su pertinencia y objetividad en la consecución de los objetivos de Política Pública. De lo contrario, podrían generar efectos contrarios, ya que fomentar la contratación preferente con pequeñas y microempresas sin procesos de fortalecimiento podría enviar el mensaje implícito de alentar a estos proveedores a mantenerse en esas dimensiones para seguir disfrutando de las ventajas destinadas solo a ese grupo.

Sería un error grave favorecer exclusivamente la contratación de proveedores nacionales o productos de origen nacional sin implementar políticas efectivas de verificación de dicho origen. Además, es esencial evaluar los resultados obtenidos y brindar acompañamiento para evitar que los nacionales nos sintamos desprotegidos en el mercado, por ende, no competitivos. Necesitamos abrirnos a otros mercados internacionales, demostrando ventajas competitivas basadas en la calidad del producto fortaleciendo la producción nacional, en lugar de depender exclusivamente de un factor que privilegie al proveedor, pero en función de un criterio de origen, naturaleza o tamaño. Lo que se busca es fortalecer la producción nacional, la capacidad instalada y nuestras ventajas competitivas, utilizando la Contratación Pública como una herramienta para alcanzar estos objetivos. En este enfoque, la Contratación Pública y sus elementos asociados no son un fin en sí mismos, sino un medio para lograr las metas y objetivos de la Política Pública.

Según este enfoque, se podría considerar razonable el uso de preferencias, pero es crucial que los procedimientos de estímulo impulsados por la Contratación Pública tengan un carácter temporal.

En este análisis, es esencial destacar el tratamiento dado a las empresas públicas que actúan como entes contratantes en función de su giro específico de negocio. Aunque la legislación lo permite y se justifica como una herramienta de Política Pública, existe el riesgo de un posible abuso de esta figura en detrimento de la Competencia. Aunque el SERCOP interviene para aprobar las actividades o productos dentro del giro específico, persiste la falta de una normativa uniforme que defina los procedimientos de contratación, los montos y los trámites

para los objetos en ese ámbito, lo que podría llevar a considerar erróneamente a todos estos procesos como contrataciones directas, contradiciendo los principios de Competencia.

Aunque las empresas públicas deben tener objetos contractuales sujetos a un régimen especial, esto no implica necesariamente recurrir a la contratación directa. Además, es crucial evitar interpretaciones erróneas que, bajo el pretexto de la discrecionalidad administrativa inherente a las empresas públicas, puedan distorsionarla y derivar en una afectación directa a la Competencia.

Por lo tanto, al evaluar criterios de sensibilidad del objeto a contratar o de los contratistas, especialmente en el contexto de empresas públicas y su giro específico de negocio, es esencial no limitarse simplemente a la descripción del producto o la calidad del proveedor. También se debe agregar la consideración de motivación y pertinencia, asegurándose de que tanto el producto como el proveedor cumplan objetivamente con los criterios de calidad buscados. En este contexto, los procedimientos de régimen especial se aplican debido a la sensibilidad o la naturaleza estratégica involucrada.

Finalmente, es crucial destacar que, si bien la emergencia es un procedimiento precontractual respaldado por la ley, su uso sin restricciones y sin una justificación adecuada podría perjudicar o distorsionar la Competencia. Aunque el artículo 57 de la LOSNCP autoriza la contratación directa en casos de emergencia, la falta de claridad en el tratamiento y los pasos a seguir hace que este procedimiento sea vulnerable. La sugerencia sería diferenciar claramente entre situaciones de emergencia, limitadas a casos de fuerza mayor o caso fortuito, y situaciones de urgencia, que podrían abarcar otras circunstancias graves. En estas últimas, se podrían implementar procesos concursales con la participación de múltiples proveedores, pero con reglas y trámites más expeditos, evitando así el uso indiscriminado y abusivo de la figura de emergencia.

3.3.3 Distorsión de la Competencia en razón del procedimiento precontractual

Hemos examinado procedimientos de Contratación Pública que podrían indicar posibles vulneraciones de la Competencia, justificadas por su consideración como herramientas de Política Pública. Sin embargo, surge una nueva problemática al analizar la toma de decisiones sobre qué procedimiento de contratación seguir. En muchos casos, la distinción se basa en el tipo de obra, bien o servicio a contratar, así como en los presupuestos referenciales estimados para cada uno, determinando el procedimiento a seguir en función de su monto. Pero también en este análisis, surge una situación particular. Si, por ejemplo, la contratación

directa de consultoría tiene un límite del 0.000002 del Presupuesto Inicial del Estado y la ley permite contratos complementarios hasta el 70% del monto original, podría ocurrir que se realice una contratación directa con la expectativa real de aumentar el monto del contrato posteriormente. Esto plantea un escenario donde la contratación complementaria, que originalmente no estaba contemplada, se convierte en una práctica que no se ajusta al propósito inicial de la contratación directa, sugiriendo la necesidad de considerar procedimientos distintos, como la lista corta, si se espera desde el inicio la posibilidad de incrementar el monto del contrato.

La misma preocupación planteada anteriormente también se aplicaría si, con la anticipación de un contrato complementario que permite extender el acuerdo hasta el 70% del contrato principal de consultoría, se establece un presupuesto referencial que alcance el límite permitido para una lista corta (0.000015 del Presupuesto Inicial del Estado). Esto podría resultar en la creación de una lista de proveedores para la invitación que no cumple con el rango de 3 a 6 proveedores. En caso de conocer desde el principio la posibilidad de contratos complementarios que podrían influir en el monto total, se hubiera justificado optar por un Concurso Público, que implica invitar a todos los proveedores registrados en el Registro Único de Proveedores (RUP) con la misma naturaleza.

Un ejemplo adicional de posible distorsión en la competencia debido a la elección del procedimiento de contratación se relaciona con bienes o servicios, donde la clasificación como no normalizados permite la contratación directa mediante el procedimiento de Menor Cuantía, con un límite de hasta el coeficiente 0.000002 multiplicado por el Presupuesto Inicial del Estado del ejercicio fiscal correspondiente. En cambio, si se consideran normalizados, la contratación directa a través del procedimiento de Ínfima Cuantía solo es posible hasta el coeficiente 0.0000002 del Presupuesto Inicial del Estado del ejercicio fiscal correspondiente, y cualquier monto superior debería manejarse mediante procesos de Subasta Inversa Electrónica, involucrando a todos los oferentes interesados. Es decir, tenemos dos escenarios, si los bienes o servicios son considerados no normalizados y se los puede contratar mediante un proceso de Menor Cuantía, en éste se podría contratar de manera directa hasta un monto de USD 67.799,47 (considerando el Presupuesto Inicial del Estado de 2022), el segundo escenario es cuando los bienes o servicios sean normalizados, puesto que en este supuesto solo se puede contratar de manera directa por un monto de USD 6.779,95, en este contexto existe el riesgo de que, aunque un bien o servicio esté normalizado, el ente contratante pueda decidir clasificarlo como no normalizado para facilitar una contratación directa con un límite más alto (hasta USD. 67,799.47 considerando el PIE del 2022).

De manera similar, se podría generar una distorsión en la competencia debido a la elección arbitraria y no fundamentada del procedimiento de contratación, especialmente al analizar los procesos de régimen especial. En este contexto, destaco los siguientes aspectos: Se presenta una distorsión en la competencia cuando se intenta incluir en una contratación que no corresponde al objeto bajo régimen especial. Por ejemplo, según el artículo 2, número 3 de la LOSNCP, las actividades de comunicación social están en régimen especial. Esto implica que lo que aborda dicho régimen es un servicio que puede involucrar la entrega de productos comunicacionales (ya sean bienes o servicios). Sin embargo, al tratarse de un servicio especializado, no cualquier proveedor puede ofrecerlo, limitándose exclusivamente a comunicadores, ya sean personas naturales o jurídicas. En la práctica, ha ocurrido que se han contratado mediante régimen especial artículos como llaveros, camisetas, bolígrafos, etc., que no han sido provistos por comunicadores y no justifican un servicio comunicacional. Estos objetos, al ser bienes normalizados, deberían haber sido contratados mediante subasta inversa en lugar de contratación directa.

Un último ejemplo en el cual se crea una situación de distorsión al seleccionar un procedimiento inapropiado, sería el caso de elegir un proceso de emergencia, incluso cuando no existe una emergencia real. De esta manera, se realiza una contratación directa, cuando, de no haber declaratoria de emergencia, debería llevarse a cabo un proceso de concurso.

Conclusiones

Como se ha podido deducir del análisis de esta tesis, es evidente que en el Ecuador existe vulneración al Derecho de la Competencia en las actividades que son desarrolladas por las empresas públicas, vulneración que se puede apreciar con mayor fuerza en los procedimientos de contratación pública. A continuación, puntualizo los escenarios de vulneración posibles al respecto:

1. En cuanto a la presencia monopólica del Estado en el mercado, en sectores estratégicos y de servicios públicos se tiene que considera que La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado permite que, bajo ciertas condiciones y con una justificación sólida, se pueda restringir la competencia en beneficio del interés público. Esto incluye la posibilidad de promover la creación de monopolios estatales en sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el avance tecnológico e industrial, y como medida de acción afirmativa en sectores de la economía popular y solidaria. Sin embargo, y aquí se presenta el problema, la ley no especifica claramente los criterios técnicos que se deben seguir para establecer un monopolio estatal, lo que podría llevar a decisiones ambiguas, incluso en sectores no considerados estratégicos o de servicios públicos, como se menciona en el caso del desarrollo tecnológico e industrial de la economía. Es por ello que para que la materialización del monopolio estatal, “artificial o legal”, no resulte atentatorio a la competencia, es menester considerar criterios técnicos en su aplicación. Por otra parte, en Ecuador, los monopolios públicos están sujetos a la regulación que rige a todos los participantes en el mercado. Aunque pueden tener un monopolio en la prestación de servicios públicos, no están exentos de ser controlados por las autoridades en relación con prácticas abusivas que distorsionan la competencia, esto en virtud del artículo 2 de la LORCPM que determina el ámbito de aplicación de la ley.

2. Otro particular en el que se puede apreciar vulneración al Derecho de la Competencia se configura en la posibilidad que tienen las empresas públicas no solo se intervenir en sectores estratégicos y prestación de servicios públicos, sino en cualquier otra actividad económica, esto hace que las empresas públicas puedan competir directamente con empresas privadas. Dicha discrecionalidad debería tener límites para proteger a las empresas privadas y al mercado en general, puesto que, resulta injusto para los emprendedores competir en desventaja con empresas públicas que pueden ser creadas sin restricciones y con todas las ventajas que tienen por su naturaleza jurídica. Entre estas ventajas están las siguientes:

1. El hecho de que el organismo regulador forme parte del Estado al tiempo que las empresas públicas también forman parte de dicho Estado. Esto

puede significar una razón del porqué en nuestro país no se ha registrado ninguna denuncia contra ninguna entidad del sector público o empresa pública, ya sea en competencia o no. Y esto es así, puesto que, los organismos reguladores no tienen independencia, lo que significa que están sumisos al Estado y carecen de autonomía y presupuesto para desarrollar sus funciones.

2. Otra de las ventajas con las que nacen las empresas públicas dice relación con su financiamiento, pues, idealmente, en un entorno donde compiten empresas públicas y privadas, es crucial que el mercado funcione de manera saludable. Para lograr aquello, las empresas públicas deben financiar su crecimiento utilizando sus propios recursos y no depender en exceso del apoyo del Estado para superar problemas internos, ya que esto supone una distorsionar en la competencia, en la medida en que las empresas públicas y privadas dejarían de entrar a competir en igualdad de condiciones. Además, cualquier actividad adicional que una empresa pública realice por motivos sociales o políticas públicas debe estar sujeta a regulaciones claras, de modo que todas las partes interesadas sepan qué esperar de ellas y cuáles son los límites de su actuación. El problema radica en que no se establecen excepciones técnicas que eviten que el Estado financie a las empresas públicas que compiten directamente con el sector privado. Esto distorsiona la competencia en el mercado y crear desigualdades.

3. Otra de las ventajas con las que nacen las empresas públicas frente a las privadas es que la normativa tributaria en Ecuador exime a las empresas públicas de impuestos como el impuesto a la renta (en virtud de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno en su artículo 9 numeral 2), el impuesto a la salida de divisas (en virtud a la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria), independientemente de si compiten con el sector privado. Además, estas empresas no están sujetas al Impuesto al Valor Agregado (IVA) y aplican una tarifa del 0% en las importaciones que realizan.

3. Finalmente, en donde podemos encontrar con mayor fuerza actos que resultan atentatorios a la competencia justa es en la Contratación Pública, en diversos particulares, como son:

1. Si consideramos a la Contratación Pública como una herramienta de Política Pública, es posible que surjan distorsiones en el ámbito del Derecho de la Competencia. Esto se debe a que, además de los factores habituales en una transacción, como la calidad del producto y el precio, se introducen elementos adicionales como el tamaño, la nacionalidad o la naturaleza del

proveedor. Estos factores no suelen ser determinantes en un mercado convencional y podrían adoptar un carácter exclusivo y discriminatorio en este contexto particular. En este enfoque, no siempre se consideran, situaciones de competencia en el sentido tradicional, sino que se priorizan los objetivos y metas relacionados con las políticas públicas, dejando de lado, en algunos casos, consideraciones estrictas de competencia en un mercado convencional.

2. Entre los procedimientos que, bajo la perspectiva de Política Pública, establecen criterios de exclusividad o preferencia para la contratación, provocando un desequilibrio en la competencia, son los procedimientos de régimen especial contemplados en el artículo 2 de la LOSNCP, puesto que, estos procedimientos permiten la contratación directa en casos especiales debido a la sensibilidad del objeto a proveer o la naturaleza del sujeto a ser contratado. Todos los procedimientos mencionados, en este artículo podrían, desde una perspectiva exclusiva de Competencia, vulnerar los principio que rigen la misma, al establecer discriminaciones basadas en la nacionalidad, naturaleza o tamaño del proveedor. Por esta razón, no deberían ser permanentes y deberían estar sujetos a una evaluación continua. Y por otro lado resulta preocupante el hecho de que se incluyan en la Constitución tales discriminaciones, debido a la naturaleza permanente de una norma constitucional. Aunque necesarias, estas medidas deberían ser transitorias y estar sujetas a evaluación para confirmar su pertinencia y objetividad en la consecución de los objetivos de la Política Pública. En su defecto, podrían generar efectos contrarios, ya que fomentar la contratación preferente con pequeñas y microempresas sin procesos de fortalecimiento podría enviar el mensaje implícito de alentar a estos proveedores a mantenerse en esas dimensiones para seguir disfrutando de las ventajas destinadas solo a ese grupo. Además, en este tipo de procedimientos se presenta un tema crítico, como, por ejemplo, en el caso de la contratación directa en casos de emergencia, pues la falta de claridad en el tratamiento y los pasos a seguir hacen que este procedimiento vulnere los principios que rigen la competencia, en la medida en que se podría utilizar indiscriminadamente dicha figura aun cuando no se cumplen los supuestos para su establecimiento. En este contexto lo que se podría hacer es diferenciar claramente entre situaciones de emergencia, limitadas a casos de fuerza mayor o caso fortuito, y situaciones de urgencia, que podrían abarcar otras circunstancias graves.

3. A su vez, en la toma de decisiones sobre qué procedimiento seguir, también se pueden presentar situaciones que pueden vulnerar la competencia, puesto que, si la ley permite contrataciones directas y en el mismo proyecto, también permite contratos complementarios de hasta un 70% del monto original, bien podría darse el caso de una contratación directa con la expectativa real de aumentar el monto del contrato posteriormente. Esto plantea un escenario donde la contratación complementaria, que originalmente no estaba contemplada, se convierte en una práctica que no se ajusta al propósito inicial de la contratación directa, sugiriendo la necesidad de considerar procedimientos distintos, como la lista corta, si se espera desde el inicio la posibilidad de incrementar el monto del contrato. Otra situación crítica en este mismo contexto se presenta en la contratación de bienes o servicios, donde la clasificación como no normalizados permite la contratación directa mediante procedimientos que tienen límites más altos en función del coeficiente que se multiplica con el PIE. En este contexto existe el riesgo de que, aunque un bien o servicio esté normalizado, el ente contratante pueda decidir clasificarlo como no normalizado para facilitar una contratación directa con un límite más alto.

Referencias

- Alvarado, F. E. (2008). *La situación jurídico-económica de la libre competencia en el Ecuador [Tesis de maestría]*. Universidad Andina Simón Bolívar, Quito. Obtenido de <http://hdl.handle.net/10644/2253>
- Armstrong, M., & Sappington, D. (2006). Regulation, Competition, and Liberalization. *Journal of Economic Literature*, 44(2), 325-366. Obtenido de <http://www.jstor.org/stable/30032251>
- Asamblea Nacional. (2008). *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Quito: Registro Oficial Suplemento 395 de 04-ago.-2008. Obtenido de <https://www.lexis.com.ec/biblioteca/ley-organica-sistema-nacional-contratacion-publica>
- Asamblea Nacional. (2009, 27 de julio). *Ley Orgánica de Empresas Públicas*. Registro Oficial Suplemento 48. Obtenido de <https://www.lexis.com.ec/biblioteca/loep>
- Asamblea Nacional. (2011). *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*. Quito: Registro Oficial Suplemento 555 de 13-oct-2011. Obtenido de https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ecu_org7.pdf
- Asamblea Nacional. (2011). *Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria del Sistema Financiero*. Quito: Registro Oficial 444 de 10 de mayo de 2011. Obtenido de https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_econ.pdf
- Asamblea Nacional Constituyente. (1979). *Constitución Política*. Decreto Supremo 000, Registro Oficial 800 de 27 de Marzo de 1979. Obtenido de https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1978.pdf
- Asamblea Nacional Constituyente de Ecuador de 2007-2008. (2008, 20 de octubre). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Imprenta del Gobierno. Obtenido de <https://www.lexis.com.ec/biblioteca/constitucion-republica-ecuador>
- Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador. (1998). *Constitución Política de la República del Ecuador*. Registro Oficial 1 de 11 de agosto de 1998. Obtenido de https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1998.pdf
- Baldón, I. (2014). *La Libertad de Empresa y el Derecho de la Competencia en el marco de la Contratación Pública del Ecuador [Tesis de doctorado]*. Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, España. Obtenido de <http://hdl.handle.net/10578/5833>
- Cabrera Díaz, X. A. (2021). *Limitación del objeto social de las compañías mercantiles desde la perspectiva de la libertad de empresa [Tesis de maestría]*. Universidad Andina Simón Bolívar, Quito. Obtenido de <http://hdl.handle.net/10644/8466>
- Cadena., X. A. (mayo de 2012). "Prácticas Concertadas y Colusorias". *I Seminario Internacional sobre Derecho de la Competencia en Contratación Pública organizado por Consultores Estratégicos Asociados CEAS CIA. LTDA*. Quito.

- Cárdenas Vaca, M. V. (2022). *Abuso de posición de dominio por precios predatorios en procedimientos de contratación pública en Ecuador [Tesis de maestría]*. Universidad Andina Simón Bolívar, Quito. Obtenido de <http://hdl.handle.net/10644/7286>
- Cassagne , J. (1998). *Derecho Administrativo. Séptima Edición*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Dromi, R. (2000). *Derecho Administrativo. 8va edición*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- Eras Moreira, M. A. (2020). *Alcances y límites de la capacidad asociativa de las empresas públicas en el marco jurídico ecuatoriano [Tesis de maestría]*. Universidad Andina Simón Bolívar, Quito. Obtenido de <http://hdl.handle.net/10644/7310>
- Espinosa, J. (2015). *La empresa pública ecuatoriana desde la perspectiva del derecho de la competencia [Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador]*. Universidad Andina Simón Bolívar, Quito. Obtenido de <http://hdl.handle.net/10644/4943>
- Flint, P. (2002). *Tratado de defensa de la libre competencia : estudio exegético del D.L.701. Legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Obtenido de <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/181962>
- Jaramillo Villa , F. M. (2011). *Análisis crítico del régimen jurídico de las empresas públicas en el Ecuador: un estudio sobre las empresas públicas en el Ecuador [Tesis de maestría]*. Universidad Andina Simón Bolívar, Quito. Obtenido de <http://hdl.handle.net/10644/2839>
- kast, M. (septiembre de 12 de 2015). Relaciones de la Política Económica con la Administración del Estado de Chile: El Estado Empresario y el Principio de Subsidiaridad. (J. Dittborn, Ed.) *Estudios Públicos*. Recuperado el 13 de diciembre de 2023, de http://www.cepchile.cl/dms/archivo_1489_920/rev13_kastl.pdf
- Larrea Garaicoa, I. M. (2019). *La excepción a favor de las empresas públicas en los procesos de contratación pública a la luz del derecho de competencia [Tesis de maestría]*. Universidad Andina Simón Bolívar, Quito. Obtenido de <http://hdl.handle.net/10644/6913>
- Marienhoff, M. (2003). *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Administración Pública. Derecho Administrativo. Estado y Administración Pública. Organización Administrativa*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Mata, I. (2009). *Ensayos de derecho administrativo*. Buenos Aires: Rap.
- Miranda , A. (2011). Origen y Evolución del Derecho de la Competencia en Colombia. La Ley 155 de 1959 y su Legado. *Revista de Derecho de la Competencia*.
- Nacional, A. (2007). *Ley Organica de Régimen Tributario Interno*. Registro Oficial Suplemento 242. Obtenido de <https://www.lexis.com.ec/biblioteca/ley-regimen-tributario-interno>

- Ochoa Carrasco, F. X. (2021). *La determinación del mercado relevante en los procedimientos administrativos por conductas anticompetitivas*. Universidad Andina Simón Bolívar, Quito. Obtenido de <http://hdl.handle.net/10644/8280>
- Pérez, E. (2009). *Derecho Administrativo: actualizado con la legislación de derecho público 2009-2014, normativa jurídica y doctrina comparada*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Sappington, D. E., & Sidak, J. G. (2003). COMPETITION LAW FOR STATE-OWNED ENTERPRISES. *Antitrust Law Journal*, 71(2), 479–523. Obtenido de <http://www.jstor.org/stable/40843594>
- Witker, J. (2000). *Derecho de la competencia en América: Canadá, Chile, Estados Unidos y México*. Chile : Universidad Nacional Autónoma de México, Fondo de Cultura Económica.