

SOCIEDADES MERCANTILES CON PARTICIPACIÓN DEL ESTADO

DR. ROBERTO SALGADO VALDEZ

Mis primeras palabras son para expresar mi profundo agradecimiento a la Directiva de la Academia Ecuatoriana de Derecho Societario, dignamente presidida por el distinguido jurista y amigo Abogado Eduardo Carmigniani Valencia, por la extrema gentileza que me honra profundamente, al haber resuelto mi incorporación a ella. Así mismo quiero dejar consignado también mis más sentidas gracias a ese amigo extraordinario, de tantos años, el doctor Jorge Egas Peña, ilustre tratadista del Derecho y hombre público, por su valioso patrocinio, que ha permitido la cristalización de este honroso anhelo. Definitivamente, un amigo es en verdad uno que lo sabe todo de ti y a pesar de ello te quiere. Mil gracias a ellos por su apoyo y a todos ustedes por su presencia.

Formar parte de la Academia, a la vez que suscita ese agradecimiento constituye, sin duda, una responsabilidad y un reto para que, en compañía de todos los demás integrantes, pueda sumarme en el esfuerzo, capacidad y estudio que puedan cristalizar un auténtico desarrollo del Derecho Societario Ecuatoriano. Muchas gracias, queridos amigos, por haber convertido en realidad un deseo perenne que hoy tiene feliz

cumplimiento con la seguridad de que estaré al tono y altura de lo que constituye el compromiso.

Cómo no voy a sentirme sumamente honrado de pertenecer a una intelectualidad guayaquileña, de la más alta del país, que cuenta con miembros de amplio conocimiento, prestigio y honestidad que, a través de la Academia, desde hace ya un buen tiempo vienen con un esfuerzo extraordinario dando su aporte patriótico para un mejor desarrollo del Derecho Societario Ecuatoriano, especialmente a través de la periódica publicación de esa gran Revista, que es la de Derecho Societario, a través de la convocatoria a importantes reuniones como lo fue en su momento las Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Societario y, a través de una excelente publicación, que no tiene parangón alguno, como es el reciente volumen dedicado a la Compañía Anónima que contiene un análisis sistemático de su normativa.

Es por eso que como hecho fundamental para merecer tan honrosa incorporación he considerado tratar ante ustedes un tema que considero de trascendencia y actualidad, al referirles, desde mi modesta óptica, lo que constituyen y deben constituir las Sociedades Mercantiles con participación del Estado, tema que debe merecer el necesario debate y las valederas conclusiones que surjan de él para que nuestro país adopte -ya es hora- las decisiones que, en lo jurídico, deben, de inmediato, incorporarse en nuestra legislación.

Las Sociedades Mercantiles, como formas societarias de derecho privado, pero cuya propiedad es estatal, al parecer, en el Ecuador, debían tener una vigencia temporal y transitoria, pues se crearon con la finalidad inicial de poder vender “negocios en marcha” y trasladar, de esa manera, la propiedad accionaria a inversionistas privados estableciéndose, para el efecto, marcos

jurídicos que pretendieron cumplir esa transición o traspaso. Aparte del hecho producido por el fracaso evidente de dichas intenciones, las Compañías Anónimas creadas al amparo del derecho privado continúan en manos del Estado sin que se conozca, a ciencia cierta, si se trata de personas jurídicas de derecho privado o de derecho público, lo cual representa, sin duda, una terrible inseguridad jurídica, no solo por confundir los alcances certeros de las normas legales aplicables a sus actuaciones internas y externas, sino porque ello ha aparejado una evidente discusión y resquebrajamiento jurídico en las funciones de administración de Justicia por parte de los Tribunales de Justicia y hasta en las funciones de control por parte de Organismos del Estado.

“Constitución Política del Estado”, “Ley de Compañías”, “Ley de Modernización”, “Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado”, “Derecho Público”, “Derecho Privado”, “Interés Público”, “Servicios Públicos”, “Estado”, “Poderes Públicos”, son términos que, mañosamente entrelazados, en su oportunidad lo que han obtenido es que se cuente con una maraña de disposiciones que, de conformidad con intereses parcializados, maquillados como intereses supuestamente institucionales, lo que han hecho es tejer una red en la que la justificación y verdaderos fines de estas empresas se han confundido, de modo tal que, de seguir manteniéndosela, difícilmente el Estado podrá cumplir sus metas en beneficio de sus asociados.

He aquí la importancia del tratamiento serio de este tema.

Para desarrollarlo y alcanzar objetivos importantes, merece, previamente, una ligera revisión al tratamiento

general que la legislación española, dentro del sistema comunitario europeo, brinda con respecto a lo que ha denominado como “Sociedades Mercantiles Públicas”. He de dedicarme, por tanto, a realizar una somera semblanza con respecto a ellas; luego, así mismo en forma somera, a entregar a ustedes lo que considero constituyen los aspectos sobresalientes y principales que, al respecto, mantiene en la actualidad nuestra legislación, de modo que, confrontando ambas realidades, puedan encontrarse, espero que con acierto, los acercamientos entre estas legislaciones así como sus diferencias. Solo entonces se podrá definir el derrotero que, en mi criterio, debería tomar nuestra legislación.

I.- BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA UTILIZACIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES PARA EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES ADMINISTRATIVAS, LÍMITES INTERNOS Y DE DERECHO COMUNITARIO

Para exponer estas breves consideraciones es necesario presentar al **principio de legalidad** como uno de los pilares fundamentales del Estado Social de Derecho, como garantía del reconocimiento de un conjunto de derechos y libertades constitucionales. Es la Ley la que atribuye facultades a la administración y la acción de ésta se realiza a través del ejercicio de potestades públicas, las mismas que no son ni pueden ser ilimitadas, incondicionadas o absolutas, sino evaluadas en su extensión y contenido. La Constitución reconoce un orden de derechos y libertades en favor del ciudadano que constituyen los verdaderos límites del ejercicio de toda potestad pública.

Entonces, la actividad que la administración pública desarrolle -no en forma directa- a través de una sociedad mercantil encuentra su fundamento en la

Estado, de acuerdo al artículo 249 de la Constitución, a esos servicios públicos que respondan, como ya se ha dicho, a eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, continuidad y calidad, debiendo velar para que sus precios o tarifas sean equitativos.

Esta normativa especial, debería encontrarse sometida al control de la Superintendencia de Compañías y las controversias que surjan entre esta Institución y las Compañías, en esos casos, deberían estar sometidas a la jurisdicción contencioso administrativa.

Finalmente, para concluir, me permito, respetuosamente, expresar el criterio de que se podría someter estos criterios a las diferentes instancias involucradas en este tema, a fin de que, de una vez por todas, contando con todos estos elementos, nuestro país pueda alcanzar, al fin, las normas jurídicas adecuadas para el desarrollo y control de estas fundamentales empresas para la economía general de la sociedad ecuatoriana.

En mi nombre, en el de mi familia y, sobre todo, en compromiso auténtico de mi pensamiento sostenido en un modesto esfuerzo, agradezco la generosa y honrosa incorporación como miembro de la Academia Ecuatoriana de Derecho Societario. Fiel a mis principios llevaré esta distinción con orgullo. Pensaré en ella, en todos los actos en que sea menester mi intervención en beneficio de esta Nación en la que, aspiro, se respeten las leyes pero que más que a ellas, se respeten a los hombres.

Muchas gracias.

Diciembre de 2006

Así entendidas las cosas, por más privadas que sean estas sociedades o por más que deban registrarse por normas de derecho privado, no me cabe la menor duda -y ésta es mi opinión- que por manejar a través de su objeto social materias en las que existe un evidente interés público, se mantiene la obligación del Estado de garantizar los principios que hemos señalado, las mismas -las Sociedades- requieren de una **normativa especial** dentro del régimen privado, que atienda a ese interés público y garantice esos principios.

“Cualquiera que sea la forma jurídica -de las sociedades mercantiles- se registrarán íntegramente por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y contratación”, lo que, “en definitiva, vuelve necesario que se sometan a un conjunto de principios y reglas que la Constitución impone para el ejercicio de las actividades de todo poder público”.

Así, no me cabe la menor duda, de que tanto en la Constitución Política como en la legislación privada interna deben incorporarse, exclusivamente para estas Sociedades con aportes de instituciones públicas, normas especiales, ese conjunto de reglas que la actual Constitución impone para el ejercicio de actividades en las que exista delegación por parte del Estado de un servicio público, a fin de que estas sociedades necesariamente cuenten, por ejemplo, con una administración absolutamente técnica, llámense Directorios, Consejos Directivos, Gerencias Generales y Gerencias Técnicas, por una parte, y por otra, a fin de que sus actividades se enmarquen en aplicación de normativas presupuestarias, contables, de control financiero y de contratación que constituyan, en conjunto la garantía que debe brindar el

Constitución española que reconoce la **iniciativa pública en la actividad económica**. Pero como la utilización instrumental de la empresa pública bajo fórmulas jurídico privadas puede, en algunas ocasiones, disuadir la protección de garantías y burlar el cumplimiento de principios generales del derecho, es necesario que **la Sociedad se someta a un conjunto de principios y reglas que la Constitución impone para el ejercicio de las actividades de todo poder público**: Principios de legalidad, igualdad, objetividad, eficacia, responsabilidad. Así entendidas las cosas, con respecto a las empresas públicas constituidas de forma mercantil, parecería que lo obvio debería ser que sus actos de gestión patrimonial sean cubiertos en su integridad por el derecho privado en una auténtica huida del derecho administrativo público. Pero si se observa que no es el ánimo de lucro el que motiva su conformación, ni sus actos se orientan a ese ánimo, resulta claro que, en la práctica, sus decisiones deban responder a planes económicos del sector público, por lo que debían someterse al ordenamiento jurídico público.

El origen para la utilización de estas formas organizativas mercantiles -llámese sociedades o compañías- como instrumento de la administración o de las administraciones se produce a principios del Siglo pasado por la acumulación de población en núcleos industriales de grandes ciudades; expansión urbana que obliga a la administración local a la prestación de servicios para garantizar a los ciudadanos unas condiciones vitales mínimas. Así, en 1924 se introdujo la fórmula de **empresa privada** en la gestión de los servicios municipales. En 1941, en forma complementaria, la legislación mercantil autorizó la constitución con un solo socio de compañías cuando eran promovidas por organismos estatales, provinciales

o municipales. En 1958 se utilizó la figura de la **Sociedad Anónima** como técnica organizatoria de la administración del Estado bajo la concreta fórmula de “**empresa nacional**”, en la que la participación accionarial del Estado debía ser siempre mayoritaria, estableciéndose que estas empresas se debían regir por las normas del derecho mercantil, civil o laboral, salvo lo establecido en la Ley de Entidades Estatales Autónomas. Como se observa, la Ley simplemente se remitió al derecho privado en general, por lo que en 1977, la Ley General Presupuestaria estableció el concepto de “**Sociedad Estatal**” en sustitución de “empresa nacional”, especificando que se consideraban como aquellas a las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación del Estado o de sus organismos autónomos, y que se regirán por las normas del derecho mercantil, civil o laboral, salvo en las materias en las que sea de aplicación especial la referida Ley. Pero lo esencial de este régimen jurídico -y esto es de extrema importancia-, es que, si bien existía una total remisión al derecho privado, se lo hizo solo para sus “**relaciones con terceros**”. La evolución de este régimen jurídico se vio posteriormente marcada por las leyes de presupuestos generales del Estado que suprimían, transformaban o creaban “entes” dotados de un régimen jurídico con remisión al derecho privado en forma más amplia y ambigua, por lo que en 1988 la Ley de Presupuestos Generales del Estado redefinió el concepto de “Sociedad Estatal” en una dirección expansiva al dotar a la administración de las más amplias y flexibles facultades de organización creándose un nuevo género de entes del sector público, “**Las instituciones públicas**”; pero en 1997 la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado estableció que las “**Sociedades Mercantiles Estatales**”, cualquiera que sea su forma jurídica se

directamente en sus titulares, en sus socios o accionistas, pero no lo puede hacer en la Compañía Mercantil que presta los servicios públicos o desarrolla actividades mercantiles.

En estas circunstancias no cabe ni siquiera que se continúe sosteniendo -como lo menciona la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado- el “principio” de que los recursos públicos, no dejan de ser tales aún cuando se traspase su dominio a una sociedad mercantil privada, ni que estas sociedades o personas jurídicas pasan a manejar esos recursos públicos. Suena a un criterio evidentemente sofismático.

- 5.- Estas Compañías Mercantiles, al contrario de lo que sucede en España -no se consideran públicas-, son privadas, aún cuando el Estado haya delegado la provisión de servicios públicos y, por consiguiente, deben manejarse como empresas privadas.

Este hecho sin embargo cabe rescatarlo: Si bien estas sociedades mercantiles son privadas y se manejan por las normas del derecho privado, mantienen dentro de su objeto social, un evidente “**interés público**”. Cabe recordar, entonces, que de acuerdo al inciso segundo del mismo artículo 249 de la Constitución, el Estado debe -ya lo haga directamente o ya lo haga por delegación- garantizar que los servicios públicos respondan a principios de **eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, continuidad y calidad, debiendo velar para que sus precios o tarifas sean equitativos.**

control para esas compañías ya que su acción se extiende a las entidades de derecho privado pero exclusivamente respecto de los bienes, rentas u otras subvenciones de carácter público de que dispongan.

El artículo 1957, inciso segundo, del Código Civil, aplicable a las Compañías Mercantiles en virtud de lo previsto en el artículo 1, inciso segundo de la Ley de Compañías, establece con toda claridad que “La sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados”, lo que significa que el carácter de persona de derecho privado la Ley le concede por ser tal, por ser sociedad, y no por quienes sean sus socios o accionistas.

Pero, adicionalmente, el artículo 10 de la Ley de Compañías establece que “Las aportaciones de bienes se entenderán traslativas de dominio” por lo que los aportes que realicen las instituciones públicas al capital de compañías mercantiles privadas, dejan de ser bienes públicos y pasan a ser privados y, los aportantes, a cambio, reciben acciones o participaciones que, por la naturaleza de esos documentos en cuanto a la propiedad de los mismos en manos de instituciones públicas, pasan a considerarse bienes de carácter público y que son a los que se refiere el artículo 211 de la Constitución. En tal virtud la acción de la Contraloría, de acuerdo a dicha disposición constitucional, se extiende al control de esos bienes públicos, de esas acciones o participaciones; vale decir que, para el efecto de ese control, puede hacerlo

debían regir íntegramente por el **ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que le sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y contratación.** Importante definición ésta -la española- ya que creó la figura de las “**Sociedades Mercantiles Estatales**” -que como tales legislativamente hablando no existen en nuestro país-, aceptando el régimen jurídico privado para sus actividades con la sola excepción de las materias en que le sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y contratación.

Así entendidas las cosas, el intento doctrinal en España, se ha dirigido a delimitar el estatus en función del tipo de actividad que lleve la administración, ya porque sus actividades son administrativas per se o porque corresponden a manifestaciones de la iniciativa pública económica en general.

Sin duda alguna, si se trata de actividades administrativas per se, es en el campo de los servicios públicos donde ellas se consagran, dada la intensidad del carácter público de los intereses en juego ya que se está tratando sobre una actividad de indudable **interés general** dentro del cual va inmerso el **interés público** que justifica la presencia del derecho administrativo para determinar una mayor vigilancia acerca de la eficacia de la prestación, su funcionamiento, costo y calidad, aspectos que no pueden ser contrastados con mecanismos de mercado en sociedades de simples fines de política económica. En palabras muy simples, lo dicho, se trasluce no en una huida definitiva del derecho administrativo público sino en **la aplicación de un régimen jurídico privado con un determinado retorno al derecho administrativo público**, por el interés general, que se concreta a través del objeto social de la

compañía que es asignado por una norma de creación de las Empresas.

Se colige, por consiguiente, que en el caso de las sociedades mercantiles públicas, la utilización del derecho privado ha de motivarse a través de un procedimiento jurídico-público con una habilitación normativa expresa, debiendo recalcarse que la personificación jurídica o personalidad jurídica de estas sociedades se justifica cuando la administración pretende actuar en el mercado libre y al mismo nivel de los demás empresarios, con un simple ánimo de lucro; pero, en ese simple caso, ni el legislador ni menos la administración pueden, si existe un interés público, soslayar las vinculaciones que la Constitución le impone. Es por eso que se expresa que la Ley de Contratos de Administraciones Públicas de 1995 dispuso que las Sociedades Mercantiles de capital mayoritario o exclusivamente público debían sujetar su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia.

De todo lo expuesto se puede deducir que las administraciones públicas **solo deberían utilizar el concepto de sociedades mercantiles** cuando traten de desarrollar actividades mercantiles o industriales en el mismo régimen de igualdad y competencia que las sociedades creadas por los particulares en actividades económicas de mercado y que, por el contrario, el ejercicio de actividades típicamente administrativas de carácter público -donde existe interés público, como en el caso de los servicios públicos- deberían reservarse a los **entes públicos** y no a las sociedades y someterse a su ordenamiento propio: El público, vale decir al derecho administrativo.

Es más, aparte de lo dicho, ANDINATEL y PACIFICTEL y las Empresas Eléctricas provienen no de una Ley que las haya creado sino de transformaciones y escisiones previstas en la Ley. Cuando un ente se “transforma” (Como en los casos de EMETEL e INECCEL) éste no se “crea”. Siendo así el caso jurídico, al transformarse estas entidades públicas en Compañías Anónimas huyeron del derecho administrativo y hoy se encuentran sometidas al derecho privado, sujetas al régimen privado.

Frente a esta evidencia, el artículo 22 de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana, estableció que “tales compañías se someterán al régimen legal aplicable a las personas jurídicas de derecho privado”.

- 2.- El artículo 249 de la Constitución, en cuanto a la provisión de servicios públicos a cargo del Estado, señala que puede prestarlos también por delegación a empresas mixtas o privadas. Si así lo hace, estas empresas de Economía Mixta o Sociedades Mercantiles en general, son personas de derecho privado y, por tanto, sujetas al derecho privado y al régimen privado.
- 3.- Tratándose de entidades del sector privado, sujetas al derecho privado, las Compañías Mercantiles tienen como único órgano constitucional de control, sin duda, a la Superintendencia de Compañías.
- 4.- La Contraloría General del Estado constitucionalmente no tiene asignadas facultades de

de acciones o un aporte total o parcial de capital o bienes de su propiedad al menos de un 50%. Desarrolla este concepto en los artículos 102, 108 y 110.

V.- CRITERIO PERSONAL SOBRE LAS COMPAÑÍAS CON APORTES DE INSTITUCIONES PÚBLICAS

Revisados el estado general de las legislaciones española y ecuatoriana con respecto a las Sociedades Mercantiles con aportes de entidades públicas voy a expresar mi sincera opinión con respecto al tema principal.

Voy, entonces, a tratar de dar una adecuada y jurídica respuesta a las inquietudes y posiciones a que me he referido en esta exposición. Lo hago en los siguientes términos:

- 1.- De acuerdo al artículo 118 de la Constitución Política del Estado, las entidades creadas por la Constitución o la Ley para el ejercicio de la potestad estatal para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado, son **Instituciones del Estado**. Si así lo dice la Constitución, nadie puede sostener lo contrario. Se trata, en este caso, entonces, de Instituciones del Estado, pero la Constitución se refiere a Entidades u Organismos creados como unidades públicas muy distintas a las Sociedades Mercantiles, que por esencia son privadas. Tal fue el caso de entidades u organismos como EMETEL e INECEL.

El Tribunal Constitucional Español, desde sus primeros pronunciamientos, ha venido considerando que los actos de la administración con forma jurídico-privada, pero que persigan fines públicos, tienen **la consideración de actos emanados de un poder público** ya que, en estos casos, la jurisprudencia constitucional suele considerar que la sociedad actúa como agente, mandataria o delegada de la administración o entidad pública titular de la competencia.

En esta misma línea se ha pronunciado el Tribunal Supremo de Madrid señalando que para calificar una conducta como pública, lo decisivo **no es quién directamente la realice**, sino **las consecuencias jurídicas de esa conducta**.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad, por su parte, ha sostenido que si una **sociedad pública** realiza **una actividad de interés general será considerada como organismo de derecho público**. Como se observa, todos estos Tribunales sustentan sus decisiones en la actividad desarrollada por la sociedad y no en la calidad de su personería jurídica.

De lo expresado se desprende que estas **sociedades públicas**, anónimas o de responsabilidad limitada, deben aplicar el derecho privado en sus relaciones internas pero, en lo externo, para el desarrollo de su actividad, deben modular tal aplicación por un cúmulo de normas públicas, existiendo, en definitiva, una **modificación del régimen jurídico privado para dar entrada a una serie de contenidos de derecho público** como lo son el sometimiento a la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación. Por ello, la utilización del derecho privado no supone una liberalización a la legalidad de derecho

público que a la administración alcanza necesariamente por su carácter de organización pública, si no que en el juego de las reglas de derecho privado permite que la formación de la voluntad de la sociedad esté dirigida por la administración pública accionista que es la titular exclusiva o mayoritaria de la misma. Y esa titularidad pública conlleva que la creación, organización y dirección de estas sociedades **vengan determinadas por normas de carácter público**. Así, por ejemplo, la Ley General de Estabilidad Presupuestaria somete a estas sociedades mercantiles públicas a elaborar, aprobar y ejecutar su presupuesto en un marco de estabilidad presupuestaria, de acuerdo con los principios de transparencia y eficiencia en la asignación y utilización de recursos públicos.

Estos principios rectores del gasto público establecen que la responsabilidad patrimonial de estas sociedades públicas se encuentran sujetas, en caso de conflicto, a la jurisdicción contencioso administrativa. Por consiguiente el control de las sociedades mercantiles públicas queda sujeto, en muchas de sus facetas, a la jurisdicción contencioso administrativa.

La realidad muestra que las sociedades mercantiles públicas, cuando realizan actividades administrativas, se hallan más cerca de la **fundación de un servicio público** que de una **figura asociativa** de modo que se considera, en definitiva, que para ubicar a la sociedad mercantil como sujeta a limitaciones del derecho administrativo se debe observar en la actividad, si el objeto social se halla más cerca de lo que constituye un servicio público, mucho más que la condición jurídica de empresa sometida al ordenamiento privado.

IV.- HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO O REGRESO A ÉL

Con todos estos antecedentes cabe, ahora sí, tratar de determinar si las sociedades o compañías mercantiles que cuenten con aportes de instituciones del sector público deben regir su acción en base al derecho privado, huyendo del derecho administrativo, o si deben volver a él.

Son tesis, muy respetables por cierto, las que ha recogido la normativa especial ecuatoriana, en cuanto a considerar a estas sociedades como sometidas para su gestión al derecho público, por cuanto podemos observar, por ejemplo, que el literal c) del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado establece que le corresponde al Procurador General del Estado “Supervisar los juicios que involucren ... a las **personas jurídicas de derecho privado que cuenten con recursos públicos** ...” o el literal f) que le exige “emitir informes razonados y motivados sobre aquellos contratos que celebren **las instituciones del estado determinados en el artículo 118 de la Constitución Política de la República**, así como aquellos que celebren **las personas jurídicas de derecho privado que cuenten con recursos públicos**, en los términos a los que se refiere, para estos efectos, la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado”.

Ratifica lo que señalamos la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público cuando en su artículo 3 manifiesta que el servicio civil y la carrera administrativa son también aplicables a las compañías y sociedades en las que las instituciones del Estado tengan mayoría

sin embargo, contradictoriamente, en los Capítulos III y IV estableció normas aplicables al control de las compañías en las que el Fondo de Solidaridad o las instituciones del Estado tenían participación accionaria.

Como conclusión final de todo este maremagnum de tesis, antítesis, confusiones, dimes y diretes, finalmente se expidió una Ley Orgánica reformativa a la Ley Orgánica de la Contraloría (Registro Oficial 404 de 23 de agosto del 2004), con la que se reformó el artículo 4 estableciendo, en el **“Régimen de control de las personas jurídicas con participación estatal”**, que éstas se encuentran sometidas al control de la Contraloría, siendo **personas jurídicas de derecho privado**, exclusivamente sobre bienes, rentas o subvenciones de carácter público de que dispongan, cualquiera sea su monto, suprimiéndose aquello de la participación de al menos el 50% y lo de los “fines sociales o públicos”. Vale decir que con la reforma todas las compañías mercantiles que tuvieran cualesquier monto de participación estatal están sujetas a la Contraloría y al mismo tiempo también a la Superintendencia de Bancos o Compañías, lo que entraña un inconveniente doble control; es por eso que se aclaró que: “Se evitará la superposición de funciones con otros organismos de control”, sin perjuicio de estar obligados de actuar (sic) en el marco de sus competencias constitucionales y legales, de manera coordinada, conjunta y/o simultánea; por lo que hoy existe, para estas compañías, un doble control estatal que también existió antaño y que, en la práctica, nunca se produjo.

II.- LAS SOCIEDADES MERCANTILES PRIVADAS CON PARTICIPACIÓN DEL ESTADO, EN EL ECUADOR

Como bien lo señala el artículo 272 de la Constitución Política de nuestro país, sus normas prevalecen sobre cualesquiera otras normas legales por lo que las disposiciones de leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, estatutos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones y otros actos de los poderes públicos, deberán mantener conformidad con sus disposiciones y no tendrán valor si, de algún modo, estuvieren en contradicción con ella o alteraren sus prescripciones.

Frente a esta evidencia es necesario revisar, brevemente, las disposiciones constitucionales con respecto al tema que nos ha concentrado y así podemos observar que en el Título V (De las Instituciones del Estado y la Función Pública) el artículo 118, en su numeral quinto, señala que son Instituciones del Estado: “Los organismos y **entidades creadas por la Constitución o la Ley** para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de **servicios públicos** o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado”.

Como se observa, para ser considerada Institución del Estado tiene el Organismo o **Entidad**, que ser creado por la Constitución o por la Ley. Este es un requisito sine qua non. Particularmente -y con toda sinceridad- considero que esta norma constitucional al referirse a “Organismo” o “Entidad” se refiere a una unidad pública creada por el Estado, distinta -muy distinta- de un organismo o entidad privada, como constituyen indudablemente las Sociedades Mercantiles. El caso

concreto, en mi opinión, se refiere a entidades como lo fueron el EMETEL y el INECCEL.

Tan es así que, con coherencia, el artículo 245 de la misma Constitución señala que las empresas económicas, en cuanto a sus formas de propiedad y gestión, podrán ser privadas, públicas, mixtas y comunitarias o de autogestión y, el artículo 249 manifiesta que es de responsabilidad del Estado la provisión de **servicios públicos** de agua potable y de riego, saneamiento, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, facilidades portuarias y otras de naturaleza similar. Podrá prestarlos directamente o por **delegación** a empresas mixtas o **privadas** mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual de acuerdo con la Ley.

Por consiguiente, en este artículo 249, se expresa que es de responsabilidad del Estado la provisión de los servicios públicos que allí se determinan y que si no los presta **directamente** (A través de organismos y entidades creadas por la Constitución o la Ley a que se refiere el artículo 118), lo puede hacer por **delegación** (indirectamente) a empresas mixtas o privadas. Las “empresas mixtas” son, sin duda, las compañías de Economía Mixta previstas en la Ley de Compañías, es decir aquellas en las que concurre el capital público y el capital privado, y se encuentran reguladas por el derecho privado, y las “empresas propiamente privadas” son, aparte de la señalada, las otras previstas en la Ley de Compañías. Por tanto, el Estado puede delegar a estas empresas privadas la prestación de un servicio público y las empresas que reciben tal delegación serán, sin duda, valga la redundancia, empresas privadas.

El señor Procurador, en su dictamen señaló que, en definitiva, existía sobre este tema un vacío legal, por cuanto ni la Ley de Creación ni los Estatutos de ANDINATEL y PACIFICTEL habían establecido en forma expresa si la finalidad era social o pública o si tenían fines de lucro, por lo que se requería de una “interpretación obligatoria”, lo cual correspondía al Congreso Nacional.

En estas circunstancias la Contraloría General del Estado expidió el Reglamento para el control externo en entidades de derecho privado (Registro Oficial 743 de 13 de enero del 2003).

En el artículo 4 de este Reglamento, bajo el título “Fines Públicos” resolvió auto interpretar la Ley -aquella que el Procurador dijo que requería interpretación obligatoria del Congreso- en el sentido de que esas compañías mercantiles, de acuerdo a su objeto social, se encontraban sujetas a “**fines públicos**” y que tenían y cumplían “fines públicos”, por lo que debía ejercer su control sobre ellas en términos de dicha Ley, sin que ello implique que dichas Compañías debían aplicar leyes que solo regían en el sector público -con lo que, reconocían que efectivamente esas compañías no pertenecían al sector público- como la de Servicio Civil y Carrera Administrativa, la de Remuneraciones del Sector Público, la de Contratación Pública, etc.

La Función Ejecutiva, por su parte, expidió el Reglamento a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (Registro Oficial 119 de 7 de julio del 2003), en cuyo artículo 3 estableció que esas compañías mercantiles no se encontraban entre las personas jurídicas de derecho privado con fines sociales o públicos (acogiendo la tesis del Fondo de Solidaridad);

fondo o participación tributaria esté integrado en el 50% o más con recursos públicos y que las demás personas jurídicas de derecho privado, que no tuvieran finalidad social o pública o aquellas que tuvieran esas finalidades pero que sus capitales sociales, patrimonios, fondos o participación tributaria, estuvieren integrados con recursos públicos en un porcentaje menor al 50% estarían sometidas a la vigilancia y control de las Superintendencias de Bancos o de Compañías y que la Contraloría, en estos casos, efectuaría el control de los recursos públicos administrados por ellas, solo a través del accionista, socio o partícipe del sector público.

La Contraloría sostuvo, inclusive, que la Ley fue muy parca en cuanto a la definición de su control ya que de acuerdo a la norma constitucional ésta no fue respetada al hacer esa distinción que, con esos porcentajes, limitaba su control.

Pero la resistencia del Fondo de Solidaridad se mantuvo ya que arguyó que la Ley trataba sobre personas jurídicas de derecho privado “con fines sociales o públicos” y que las sociedades o compañías no tenían fines sociales ni públicos sino “ánimo de lucro” o “finalidad de lucro”.

La Contraloría replicó que en los estatutos de las compañías -no tenían porque hacerlo- ni en la Ley de creación de estas empresas se expresaba algo al respecto y que, al contrario, su finalidad era la “prestación de un servicio público” (telecomunicaciones, electricidad, etc.), al tenor del artículo 249 de la Constitución. No se aceptó tampoco esta argumentación y el Fondo de Solidaridad elevó una consulta a la Procuraduría General del Estado manteniendo su criterio.

No es el mismo caso el previsto en el artículo 118, numeral quinto de la Constitución, por cuanto en ese no es que el Estado delega la prestación del servicio público o el desarrollo de actividades económicas, sino que crea, por la Constitución o por la Ley, una entidad pública para la prestación directa, sin delegación, de estos servicios públicos o actividades. La Institución que se crea constituye una Institución del Estado.

En el caso, de **delegación**, las empresas delegadas son empresas privadas mientras que en el caso de **creación** por disposición constitucional o legal, la entidad es una Institución del Estado.

Pero adicionalmente -aunque no lo diga expresamente la Constitución- existe también una tercera posibilidad de intervención del Estado en actividades privadas y es aquella en la que el Estado forma parte de una compañía privada, sin que delegue la prestación del servicio público, si no porque desea desarrollar alguna otra actividad, con simple ánimo de lucro, en términos mercantiles generales, a través de una Sociedad Mercantil que bien puede ser Anónima o de Economía Mixta.

Este es, en mi modo de observar las cosas, el esquema general ecuatoriano de sociedades mercantiles con aportes -y no de propiedad- estatales como yo las llamaría, ya que titularlas como “De Propiedad del Estado” no sería correcto ya que este caso se presentaría exclusivamente cuando la empresa o sociedad tenga como único o únicos accionistas a personas integrantes del sector público y, aún así, discreparía del calificativo cuando integre sociedades ya que éstas tienen una personalidad jurídica y un patrimonio distinto que el de sus socios o accionistas.

III.- CONTROL ESTATAL

Ahora bien, la Constitución Política del Estado también establece en el artículo 211, en su inciso segundo, que la Contraloría General del Estado tiene las atribuciones para controlar ingresos, gastos, inversión, utilización de recursos, administración y custodia de bienes públicos y que su acción se extenderá también a las entidades de derecho privado exclusivamente respecto de los bienes, rentas u otras subvenciones de carácter público de que dispongan.

Basándose en esta norma constitucional la Contraloría adoptó la interpretación de que se refería a “instituciones o entidades de derecho privado” que **“manejan recursos públicos”** y que, por tanto, tenía la facultad para controlar esos recursos públicos, entendiendo que los mismos no pierden su calidad de tales cuando son aportados por instituciones del sector público y que simplemente pasan a ser “administrados” por las sociedades civiles o compañías mercantiles, con lo que se supone se creó una nueva categorización: “Entidades de derecho privado que administran recursos públicos”.

La razón por la cual la Contraloría resolvió adoptar esta sui generis interpretación -alejada totalmente y, sin duda, del derecho societario- fue en virtud de que el Fondo de Solidaridad no permitió el control de dicha Institución en Compañías en las que era accionista, ya que mantenía -lo que es lo societario- que al haberse transferido los recursos públicos al capital de las sociedades, se convirtieron en recursos privados por lo que no podía ejercer ningún control la Contraloría.

No lo consideró así la Contraloría, en especial sobre los casos de ANDINATEL S.A. y PACIFICTEL S.A., en el

sector de telecomunicaciones, y de las compañías del sector eléctrico, tanto de producción como de distribución, más aún cuando su capital, según dicho órgano de control, era “totalmente público”, integrado con recursos públicos del Estado.

El Tribunal Constitucional en varias sentencias, acogió la tesis del Fondo de Solidaridad, pero no fue suficiente para terminar con la controversia, por lo que la Contraloría consideró que para zanzarla, aún cuando no era necesario para el efecto, según ella, porque bastaban las simples normas constitucionales, era conveniente expedir una Ley, como efectivamente ocurrió con el nombre de Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (Registro Oficial 595 de 12 de julio del 2002) cuyo artículo 1 la volvió aplicable a todas las Instituciones del Estado previstas en el artículo 118 de la Constitución y entidades de derecho privado, pero exclusivamente respecto de los bienes, rentas u otras subvenciones de carácter público de que disponían.

Como se observa, esta Ley consideró sujetos controlados a los involucrados en los casos que señalamos anteriormente, esto es tanto a las instituciones previstas en el artículo 118 de la Constitución que son instituciones del Estado como a las empresas privadas delegadas para el servicio público, ratificando en su artículo 3 que los recursos públicos no pierden su calidad de tales al ser administrados por las entidades de derecho privado.

Bajo estas consideraciones, en su artículo 4, tratando sobre los controles a las “personas jurídicas con participación estatal” se sometió a su control a las personas jurídicas de derecho privado, **“con fines sociales o públicos”**, cuyo capital social, patrimonio,