

# **Institucionalidad inclusiva y fomento de la inversión privada en los servicios públicos: el pensamiento de Acemoglu y Robinson aplicado al constitucionalismo ecuatoriano\*\***

## **Inclusive institutionalism and promotion of private investment in public services: the thought of Acemoglu and Robinson applied to Ecuadorian constitutionalism**

### RESUMEN

El artículo revisa y analiza la tensión existente entre el estatismo y el liberalismo en la prestación de servicios públicos en Ecuador, por medio del marco teórico de la institucionalidad inclusiva y extractiva propuesto por Acemoglu y Robinson. El objetivo es examinar cómo la Constitución ecuatoriana de 2008 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional han influido en el equilibrio entre la intervención estatal y la participación privada en sectores estratégicos, especialmente en el ámbito de la salud. La metodología se basa en un análisis doctrinal y jurisprudencial de cinco sentencias clave de la Corte Constitucional, complementado con una revisión de la literatura sobre servicios públicos y teoría institucional. La investigación concluye que, aunque la Constitución y las decisiones judiciales tienden a favorecer un

\* Doctor (Ph. D.) en Derecho por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Especialista en Servicios Públicos por la Universidad Externado de Colombia. Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad San Francisco de Quito. Especialista y magíster en Derecho Procesal por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Abogado y Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Profesor contratado designado en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, y profesor invitado en la Universidad San Francisco de Quito. Correo de contacto: franciscoalbuja@hotmail.com; ORCID: 0000-0002-5928-5739.

\*\* Recibido 8 de agosto de 2022, aprobado 16 de febrero de 2024.

Para citar el artículo: Albuja Varela, F. J. *Institucionalidad inclusiva y fomento de la inversión privada en los servicios públicos: el pensamiento de Acemoglu y Robinson aplicado al constitucionalismo ecuatoriano*. En *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. N.º 61, enero-abril de 2025, 371-405. DOI: [HTTPS://DOI.ORG/10.18601/01229893.n61.14](https://doi.org/10.18601/01229893.n61.14)

El autor agradece al programa de Doctorado en Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

modelo estatista, existen espacios donde la institucionalidad inclusiva puede promover la colaboración público-privada, siempre y cuando se garantice la seguridad jurídica, la protección a la inversión privada y la calidad en la prestación de servicios públicos. Esta conclusión resalta la importancia de un enfoque equilibrado que permita un desarrollo económico sostenible y justo en Ecuador.

#### PALABRAS CLAVE

Servicios públicos, estatismo y liberalismo, prosperidad, riqueza y pobreza, libre mercado, inversión y propiedad privada, constitucionalismo económico.

#### ABSTRACT

The article reviews and analyzes the existing tension between statism and liberalism in the provision of public services in Ecuador, using the theoretical framework of inclusive and extractive institutions proposed by Acemoglu and Robinson. The main objective is to examine how the 2008 Ecuadorian Constitution and the jurisprudence of the Constitutional Court have influenced the balance between state intervention and private participation in strategic sectors, particularly in the health sector. The methodology is based on a doctrinal and jurisprudential analysis of five key rulings by the Constitutional Court, complemented by a literature review on public services and institutional theory. The research concludes that, although the Constitution and judicial decisions tend to favor a statist model, there are opportunities where inclusive institutions can promote public-private collaboration, provided that legal certainty, protection of private investment, and quality in the provision of public services are guaranteed. This conclusion highlights the importance of a balanced approach that allows for sustainable and fair economic development in Ecuador.

#### KEY WORDS

Public services, statism and liberalism, prosperity, wealth and poverty, free market, investment and private property, economic constitutionalism.

#### SUMARIO

Introducción. 1. Institucionalidad inclusiva e institucionalidad extractiva: el fomento de la inversión privada como punto de referencia. 2. Estado social e inversión privada en servicios públicos son complementarios. 3. ¿Más Estado equivale a más institucionalidad inclusiva? 4. Sentencias constitucionales: ¿garantías de institucionalidad inclusiva o extractiva? 4.1. Sentencia de inter-

pretación constitucional 1-12-SIC-CC. 4.2. Sentencia de control constitucional 3-09-SIN-CC. 4.3. Sentencia de acción extraordinaria de protección 6-17-SEP-CC. 4.4. Sentencia de control constitucional 3-14-SIN-CC. 4.5. Sentencia de revisión 16-16-JC/20. Conclusión. Referencias.

## INTRODUCCIÓN

En su obra *Por qué fracasan los países* (2012), Daron Acemoglu y James A. Robinson analizan varios ejemplos y experiencias alrededor del mundo desde enfoques históricos, sociales, geográficos, culturales, ambientales, climáticos, económicos y políticos. Buscan responder preguntas como: ¿Qué determina que un país sea rico o pobre?, o ¿cómo se explica que, en condiciones similares, en algunos países haya hambrunas y en otros no? El trabajo de los autores es extenso, interdisciplinario, explicativo y relevante<sup>1</sup>. Entre los elogios para *Por qué fracasan los países* destacan los de Diamond, premio Nobel de Economía en 2010, Fukuyama, autor de *El fin de la historia y el último hombre* y *The Origins of Political Order*, quienes, junto con otros autores<sup>2</sup>, reconocen la obra como un instrumento teórico transversal que permite comprender las diferencias entre la riqueza y prosperidad de ciertos países y la pobreza y el fracaso de otros.

En el contexto de los numerosos ejemplos presentados en la obra, esta investigación aporta el caso ecuatoriano, específicamente en lo referente al régimen constitucional y al comportamiento jurisprudencial en el tratamiento de los servicios públicos establecidos en los artículos 314, 315 y 316 de la Constitución. Cabe destacar que este objetivo no es sencillo, ya que la Constitución de 2008 es un texto jurídico que adoptó corrientes teóricas

1 Aunque la obra de Acemoglu y Robinson fue publicada en 2012, sigue siendo altamente relevante para esta investigación debido a las teorías de la institucionalidad inclusiva y extractiva que presenta. Estas teorías proporcionan un marco valioso para analizar el contexto constitucional ecuatoriano actual, producto de la Constitución de Montecristi de 2008. Dado que dicha Constitución establece el marco legal vigente en Ecuador, la obra de Acemoglu y Robinson es coetánea con este período y, por lo tanto, justifica su estudio y análisis en esta investigación.

2 Kenneth J. Arrow, premio Nobel de Economía, 1972; Gary S. Becker, premio Nobel de Economía, 1992; Nial Ferguson, autor de *El triunfo del dinero*; Simon Johnson, coautor de *13 bankers* y profesor en la MIT Sloan; Joel Mokyr, profesor de artes y ciencias del departamento de Economía e Historia de la Universidad de Northwestern; Ian Morris, Universidad de Stanford, autor de *Why the West Rules – for now*; Scott E. Page, Universidad de Michigan e instituto de Santa Fe; Steven Pincus, profesor de historia y estudios internacionales y regionales Bradford Durfee, Universidad de Yale; Dani Rodrik, Escuela de Gobierno Kennedy, Universidad de Harvard; Michael Spence, premio Nobel de Economía, 2001; Robert Solow, premio Nobel de Economía, 1987; George Akerlof, premio Nobel de Economía, 2001; Jared Diamond, ganador del premio Pulitzer, autor de *Armas, gérmenes y acero: el destino de las sociedades humanas* y *Colapso: por qué unas sociedades perduran y otras desaparecen*; y Charles C. Mann, autor de *1491* y *1493*.

neoconstitucionalistas, especialmente influenciadas por Europa<sup>3</sup>. Estas corrientes, además de elevar varios derechos al rango constitucional, promueven tendencias hiperestatistas en la prestación de servicios públicos. En este sentido, se propuso identificar posibles correlaciones entre la teoría de la institucionalidad inclusiva y la tendencia neoconstitucionalista ecuatoriana, así como analizar la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional del Ecuador. A partir del análisis de varias doctrinas sobre servicios públicos, se concluyó que la Constitución de 2008, al promover el hiperestatismo, se inserta en la denominada institucionalidad extractiva.

Este artículo argumenta las tensiones entre estatismo y liberalismo en los servicios públicos; al respecto, analiza su relación con el fomento de la inversión privada como un elemento clave de la institucionalidad inclusiva. La oferta analítica se desarrolla desde las características de la función social del Estado como garante de derechos, y la relación entre el tamaño del Estado, la satisfacción del interés general y el fomento del sector privado en esta industria.

Finalmente, con el propósito de emular el empirismo metodológico de la obra, se revisan cinco sentencias emitidas por la Corte Constitucional de Ecuador entre 2009 y 2020, todas ellas relacionadas con la actividad de los servicios públicos. En esta última sección, se analiza el comportamiento jurisprudencial de dicha entidad desde la perspectiva de la teoría de la institucionalidad.

En conclusión, se plantea cómo las altas cortes pueden influir en la institucionalidad inclusiva –o extractiva–, particularmente en países como Ecuador, donde las constituciones tienden a relegar al sector privado en la industria de los servicios públicos. Las altas cortes tienen una responsabilidad crucial en evitar el fracaso de los países en su relación con progreso y prosperidad.

#### 1. INSTITUCIONALIDAD INCLUSIVA E INSTITUCIONALIDAD EXTRACTIVA: EL FOMENTO DE LA INVERSIÓN PRIVADA COMO PUNTO DE REFERENCIA

En su intento por explicar por qué fracasan los países, los autores sostienen que factores como la riqueza, la prosperidad, la propiedad privada, las oportunidades, los niveles de vida, la tecnología, la educación y la seguridad, así como la pobreza, la inequidad, la desigualdad, la corrupción, la cooptación del Estado, la impunidad y los abusos del poder político, pueden analizarse mediante la teoría de la *institucionalidad*.

3 Es ampliamente conocido que dicho cuerpo normativo incorporó en gran medida conceptos e instituciones teóricas del denominado *neoconstitucionalismo*, desarrollado fundamentalmente por autores europeos como Ferrajoli, Guastini, Comanducci, Prieto Sanchís, entre otros, en la última cuarta parte del siglo XX.

Acemoglu y Robinson proponen que la sencillez de esta teoría les ha permitido explicar por qué algunos países son prósperos mientras otros fracasan. En sus propios términos, manifiestan:

Esta teoría debe definir los factores que crean y retrasan la prosperidad y sus orígenes históricos [...]. Nosotros hemos ofrecido una teoría sencilla y la hemos utilizado para explicar las líneas generales del desarrollo político y económico del mundo desde la revolución neolítica [...]. Nuestra teoría ha intentado lograrlo operando a dos niveles. El primero, la distinción entre instituciones políticas y económicas extractivas e inclusivas. El segundo, nuestra explicación de por qué surgieron instituciones inclusivas en algunas partes del mundo y no en otras. Mientras que el primer nivel de nuestra teoría trata de la interpretación institucional de la historia, el segundo nivel analiza de qué forma la historia ha marcado las trayectorias institucionales. Para nuestra teoría, es crucial la relación entre prosperidad e instituciones políticas inclusivas y económicas inclusivas<sup>4</sup>.

Los autores distinguen dos tipos de institucionalidades: la inclusiva y la extractiva. Las instituciones inclusivas, entre otros aspectos, promueven la participación política y económica de las personas en distintas actividades del pacto social. Según los autores: “Para ser inclusivas, las instituciones económicas deben ofrecer seguridad de la propiedad privada, un sistema jurídico imparcial y servicios públicos que proporcionen igualdad de condiciones en los que las personas puedan realizar intercambios y firmar contratos”<sup>5</sup>. Sobre las políticas inclusivas, afirman que estas “determinan la capacidad de los ciudadanos de controlar a los políticos e influir en su comportamiento”<sup>6</sup>. Además, añaden que las instituciones económicas inclusivas “que hacen respetar los derechos de propiedad, crean igualdad de oportunidades y fomentan la inversión en habilidades y nuevas tecnologías. Éstas conducen más al crecimiento económico que las instituciones económicas extractivas”<sup>7</sup>.

En contraste con las instituciones inclusivas, las instituciones extractivas presentan características opuestas. Se manifiestan en países sin seguridad jurídica, donde es común la falta de fomento para que las personas se involucren en procesos económicos de interés general. Se caracterizan por la relativización de los derechos de propiedad, la falta de incentivos para invertir o para mantener la productividad, y por la dificultad en atraer capital

4 Acemoglu, D. y Robinson, J. *Por qué fracasan los países*. Barcelona: Deusto, 2012, 500-501.

5 Acemoglu, D. y Robinson, J. *Por qué fracasan los países*. Barcelona: Booket Paidós, 2012, 96.

6 *Ibid.*, 60. Continúan los autores: “Esto a su vez determina si los políticos son agentes (aunque sea imperfectos) de los ciudadanos o si son capaces de abusar del poder que se les confía o que han usurpado para amasar sus propias fortunas y seguir sus objetivos personales en detrimento de los ciudadanos”.

7 *Ibid.*, 501.

extranjero. Se denominan extractivas porque su objetivo es transferir riqueza de un subconjunto social a otro sector, a través del Estado o del mercado. No promueven el desarrollo ni la prosperidad a largo plazo y, debido a su naturaleza, benefician a las élites políticas y económicas que concentran poder, permitiendo distintos tipos de abusos<sup>8</sup>.

Las instituciones extractivas están diseñadas para transferir recursos de la mayoría a una minoría privilegiada, sin ofrecer protección a los derechos de propiedad ni fomentar la actividad económica. Además, están vinculadas a las instituciones políticas extractivas, que concentran el poder en un grupo reducido, incentivado a perpetuar dichas instituciones económicas para su propio beneficio, utilizando los recursos obtenidos para afianzar su control político<sup>9</sup>.

El enfoque de la institucionalidad inclusiva mediante el fomento de la inversión privada consiste en que las personas inviertan recursos y tecnología en industrias relacionadas con la satisfacción del interés general, incluyendo la atracción de capital extranjero en economías en desarrollo. El objetivo es evitar, o al menos debilitar, la aparición de monopolios u oligopolios estatales (ilegítimos)<sup>10</sup> o de mercado que afecten desproporcionadamente a los consumidores de servicios públicos esenciales. Según Acemoglu y Robinson, del reconocimiento político y económico deriva la seguridad y la participación en procesos de intercambio, y el crecimiento económico debe estar acompañado de avances tecnológicos y educativos que mejoren la eficiencia y la productividad en general<sup>11</sup>.

Por otro lado, las instituciones extractivas conducen al estancamiento y a la pobreza. El hiperstatismo apuesta por el control y el *imperium* –por la fuerza de la ley– de mercados y ciertos monopolios estatales. Aunque la institucionalidad extractiva también genera riqueza, no lo hace a largo plazo, ya que no es distributiva respecto a otros agentes económicos que podrían participar con recursos y tecnología para satisfacer necesidades de interés general.

En estos sistemas, generalmente totalitarios y estatistas, la riqueza se conserva o se redirige hacia las élites políticas y económicas por medio del Estado o del mercado, como se indicó anteriormente. Ciertas élites políticas y económicas apuestan por la institucionalidad extractiva porque, después de cooptar el Estado, incluso por vías democráticas (referendos o plebiscitos), utilizan su poder para desincentivar constitucional o legalmente la iniciativa

8 *Ibid.*, 98.

9 *Ibid.*

10 El término ‘ilegítimo’ se emplea aquí para señalar que ciertos servicios públicos, por su naturaleza y la autorización constitucional y legal, operan dentro del marco de monopolios naturales, lo cual está en línea con las economías de escala y los costos hundidos. Así, en el contexto de este trabajo, la palabra ‘monopolio’ se utiliza con un sentido meramente descriptivo.

11 *Ibid.*, 57.

privada en actividades económicas de gran escala, como los servicios públicos y otros de interés general. Esta concepción estatista se advierte expresamente en la Constitución ecuatoriana de 2008<sup>12</sup>, la cual se discutirá más adelante.

Si Acemoglu y Robinson identifican que el desarrollo y la prosperidad están asociados con instituciones inclusivas, entonces la capacidad del sector privado para invertir y ofrecer servicios públicos dependerá de cómo el poder político fomente, en lugar de desincentivar, el equilibrio entre Estado y mercado. El fomento de la inversión y la protección jurídica son fundamentales en dicho equilibrio. Un ejemplo es la propuesta formulada en los años noventa<sup>13</sup> por Arias Jiménez para el sector eléctrico desde la Comisión Nacional de Energía de Colombia, que planteaba los siguientes objetivos:

1. La creación de un mercado competitivo entre empresas, como medio para fomentar la eficiencia del sector;
2. La eliminación de la rigidez de los planes de expansión eléctrica y el establecimiento de una planificación indicativa que oriente las decisiones del sector;
3. La regulación estatal de aquellos mercados que, por su naturaleza, constituyen monopolios, con el objeto de evitar abusos y proteger al usuario;
4. La racionalización del régimen tarifario y la administración eficaz de subsidios;
5. La apertura al sector privado para fortalecer la competencia y estimular la incorporación de nuevas fuentes de capital; y,
6. La introducción de reformas en la gestión de las empresas, para que puedan operar en un ambiente competitivo, bajo principios administrativos sanos y bajo un estricto control y vigilancia, especialidad de la calidad y continuidad del servicio<sup>14</sup>.

Lo expuesto por Arias Jiménez en los años noventa promovía lo que más tarde se denominaría institucionalidad inclusiva, concretamente mediante el fomento de la inversión privada en la satisfacción del interés general. La teoría de la institucionalidad, desde este punto de vista, no propone una dicotomía radical entre el interés público y privado, como explica Marques Nieto<sup>15</sup>. La institucionalidad inclusiva se conecta con la inversión privada en

12 Constitución de la República del Ecuador, 2008. “Art. 316.- El Estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria. La delegación se sujetará al interés nacional y respetará los plazos y límites fijados en la ley para cada sector estratégico.

El Estado podrá, de *forma excepcional*, delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades, en los casos que establezca la ley”. (Énfasis añadido).

13 Esta mención se realiza en relación con la expedición de la Constitución de la República de Colombia en 1991, aún vigente. Este instrumento jurídico permitió la liberalización de los servicios públicos en el país y modificó sustancialmente el modelo económico de estos servicios, superando el estatismo que prevalecía antes de la entrada en vigor de su Constitución de 1991.

14 Arias Jiménez, E. *Privatización en América Latina*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1993, 25.

15 Azevedo Marques Neto, F. *La moderna regulación: la búsqueda de un equilibrio entre lo público y lo privado*. En De la Cuétara, J. (ed.), *Derecho administrativo y regulación económica*. Madrid: La Ley, 2011, 1077-1103.

esta industria y busca un equilibrio racional en el mercado de los servicios públicos, oponiéndose al totalitarismo económico y a la presencia hiperestatal, además de desincentivar una estructura mercantilizada de estos servicios.

Un Estado eficiente no tiene razones suficientes para constituirse en un Estado monopólico. No es aceptable que esté presente en todos los intercambios económicos, incluso en los servicios públicos. Un Estado debe ser fuerte en dotar de herramientas de protección a los derechos de los consumidores, incluso para protegerlos de ese mismo Estado y del mercado cuando actúa fuera de márgenes económicos racionales. La eficiencia del Estado debe medirse por el acceso de sus ciudadanos a servicios públicos de calidad y eficiencia, sin que ello dependa únicamente de empresas públicas estatales.

Cuando se rompe el equilibrio entre los inversores y el Estado, debido a la falta de condiciones jurídicas y económicas para que el sector privado participe en la industria de los servicios públicos, se generan excesos y abusos, lo que da lugar a una institucionalidad extractiva que perjudica a los consumidores.

Acemoglu y Robinson coinciden en que las reglas políticas orientan las reglas económicas, y que estas deben promover incentivos para la educación, el ahorro, la inversión, la innovación y la adopción de nuevas tecnologías<sup>16</sup>. En regímenes hiperestatalistas y monopólicos, incluso bajo velos de constitucionalidad, como el caso ecuatoriano, cuando se permite que los mercados actúen sin respetar reglas jurídicas razonables, se produce inestabilidad económica, competencia imperfecta y distribución desigual de la renta<sup>17</sup>.

Un ejemplo de ello se observa en las restricciones y desincentivos a la inversión privada en los servicios públicos. La teoría de la institucionalidad señala que, a pesar de haber transcurrido dos décadas del siglo XXI, persisten amenazas a la institucionalidad inclusiva. Esto se manifiesta en riesgos políticos y económicos por parte de regímenes con planificación central excesiva<sup>18</sup>. En otras palabras, modelos que tienden a prácticas como la nacionalización de empresas privadas, expropiaciones y confiscaciones. Estos fenómenos son riesgosos para la inversión, ya que conducen al desincentivo y a la inseguridad jurídica. De igual modo, preocupa el extremo opuesto: un Estado permisivo e incompetente –o controlado por élites– que permite y no controla monopolios ilegales u otras distorsiones del mercado en los servicios públicos. Estos Estados también provocan institucionalidad extractiva en perjuicio de los inversores, además de dificultar la competencia sana.

16 Acemoglu, D. y Robinson, J. *Por qué fracasan los países*. Barcelona: Booket Paidós, 2012, 59.

17 Jiménez, A. *Cinco fallos del mercado que el Estado intenta solucionar, con más o menos éxito*. En *El blog Salmón*, 2017. <https://bit.ly/3zeNnat>

18 Arias Jiménez, E. *Privatización en América Latina*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1993, 19.

Si el sector privado ejerce su libertad económica y decide participar con su patrimonio en actividades que satisfacen el interés general, es fundamental garantizarle protección jurídica y económica. Esto no implica que el Estado deba renunciar a sus potestades de regulación y control. Como explica Baquero Neira: “Incluso en aquellos casos en que la prestación de los servicios públicos se encuentra a cargo de particulares, es claro que el Estado mantiene la regulación, el control y la vigilancia sobre los mismos [...]”<sup>19</sup>.

Tampoco debe ponerse en riesgo la actividad empresarial del Estado, ya que este también participa en las relaciones económicas, en ciertos casos, como un agente oferente. Continuará haciéndolo en un marco de legalidad que, por un lado, fomente la inversión privada, y por otro, proteja adecuadamente los derechos de los consumidores. Estas condiciones mínimas promueven la diversificación de la oferta de servicios públicos y, como explicaba Arias Jiménez, garantizan calidad y accesibilidad a favor de los consumidores. Esto permite una oferta de servicios públicos mayor y mejor, alejándose de los monopolios u oligopolios creados por los Estados o los mercados.

En el debate sobre las tensiones entre estatismo y liberalismo, el fomento de la inversión privada en la industria de los servicios públicos debe enmarcarse en una economía de libre mercado, que presupone que los consumidores son capaces de tomar decisiones racionales y buscar su propia satisfacción. Según R. H. Coase, los actores del mercado (oferentes y consumidores) deben tener acceso a servicios públicos de calidad, con costos de transacción bajos o accesibles, para alcanzar un estado de eficiencia en el sentido de Pareto, es decir, que la situación de ningún individuo mejore sin empeorar la de otro<sup>20</sup>.

Precisamente, las instituciones inclusivas brindan a la sociedad herramientas para aumentar la eficiencia y satisfacción, mejorando la calidad de vida y la prosperidad. La economía de libre mercado en los servicios públicos no es antagónica a los fines sociales del Estado, porque está orientada hacia la libertad de mercado, sin desconocer el alto componente social de esta industria, que se traduce en el interés público y la satisfacción de necesidades básicas. Estos modelos económicos, más bien mixtos, intentan promover el Estado social con mayor intensidad, y por ello, Acemoglu y Robinson destacan la importancia de proteger adecuadamente los derechos de los inversores privados, ya que solo así las personas estarán incentivadas a invertir y aumentar su productividad para mejorar el mercado y la oferta de servicios públicos.

La institucionalidad inclusiva se caracteriza por reconocer y proteger la propiedad privada como un derecho fundamental. Al cumplir con este objetivo, se garantiza el fomento y la inversión en bienes, servicios, servicios

19 Baquero Neira, A. *Privatización en la Constitución de 1991*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1993, 56.

20 Coase, R. *The problem of social cost*. En *The Journal of Law & Economics*. 3, 1960, 1-44. <https://www.jstor.org/stable/724810>.

públicos, mano de obra, generación de conocimiento, tecnología, entre otros. La institucionalidad inclusiva promueve el acceso a servicios públicos de calidad porque, al proteger la inversión y la propiedad privada, favorece la ordenación de las fuerzas del Estado y del mercado en procesos económicos más abiertos y beneficiosos para los consumidores. En contraste, la institucionalidad extractiva protege al Estado, a las élites y a fuerzas económicas que promueven monopolios, desincentivan la inversión privada y ponen en riesgo la propiedad privada.

## 2. ESTADO SOCIAL E INVERSIÓN PRIVADA EN SERVICIOS PÚBLICOS SON COMPLEMENTARIOS

Rodríguez-Arana explica que el advenimiento del Estado social posicionó al nuevo servicio público desde una perspectiva más amplia y central<sup>21</sup>. Con la expansión de las actividades estatales en la sociedad, los servicios de educación, sanidad, transportes, entre otros, quedaron bajo la rectoría del Estado. Este autor contribuye al debate sobre las relaciones entre libertades públicas y servicios públicos; al respecto, dice que “se puede afirmar que la construcción del concepto del servicio público siempre despertó una penetrante y aguda polémica con las libertades públicas y los derechos fundamentales. Es más, la tensión entre poder y libertad siempre corrió pareja al binomio, a veces en grave confrontación dialéctica, Estado-sociedad”<sup>22</sup>.

Montaña Plata, basándose en Gian Piero Di Plinio, explica que los modelos de intervención estatal pueden ser identificados en tres momentos históricos: a) etapa liberal en la que el mercado asume actividades que el Estado había comenzado a gestionar; b) una intervención decidida del Estado en la economía; c) una excesiva participación del Estado en la economía, acompañada de corrupción, clientelismo burocrático y complicación de procedimientos.

En el Estado social, se reconoce su función de distribución del poder político como agente de redistribución de bienes y servicios económicos, no solo mediante el reconocimiento de derechos formales, premios o castigos<sup>23</sup>. Contrario a ciertos enfoques, se insiste en que la existencia del libre mercado no elimina la necesidad del Estado. Como explica Lorenzo Bernaldo de Quirós, el Estado es fundamental para determinar las reglas del juego, tanto políticas como económicas, interpretarlas y asegurar su cumplimiento.

21 Rodríguez-Arana, J. *El derecho a la buena administración entre ciudadanos y Administración Pública*. En Céspedes Zavaleta, A. (ed.), *Aportes para un Estado eficiente: Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Administrativo*. Lima: Asociación Peruana de Derecho Administrativo, 2012, 117-144.

22 *Ibid.*, 126.

23 García Pelayo, M. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza, 1989.

Es decir, el Estado es necesario para reducir los costos de transacción que dificultan o hacen imposibles los intercambios económicos<sup>24</sup>.

El debate aquí planteado no trata de una lucha maniquea entre Estado y mercado, en la que ambos compiten por quién satisface mejor el interés general. Se busca aportar criterios teóricos sobre la relación entre el fomento de la inversión privada como una forma de garantizar el acceso a servicios públicos de calidad y también resistir a abusos del Estado y los excesos del mercado. Además, el Estado moderno, fruto de una evolución histórica extensa<sup>25</sup> que lo diferencia de su rol benefactor primigenio, tiene como razón de ser la protección de los derechos. Sin embargo, esto no implica que la institucionalidad extractiva haya dejado de existir.

Según Jorge Luis Salomoni, desde la postura de Robert Nozick, el Estado benefactor carece de legitimidad, ya que su función de distribución social implica privar a algunas personas de sus bienes, servicios y propiedad para dárselos a otros<sup>26</sup>. Para Nozick, el Estado viola los derechos de las personas al privarlas de los réditos de su trabajo para redistribuir bienes y servicios, obligándolas a trabajar para otros.

Aunque el planteamiento de Nozick enciende alarmas respecto a desconocer la razón *social* del Estado a la que alude Rodríguez-Arana, no debería descartarse *prima facie* a la luz de los criterios teóricos aquí expuestos. Nozick parece tener razón dentro de una hipótesis en la que los representantes del Estado actúan fuera del pacto constitucional (institucionalidad extractiva). En dicho escenario, el Estado abandona sus fines legítimos y se convierte en una organización que coopta el poder para satisfacer intereses personales de la organización política y económica en control. La desobediencia al pacto social por parte de las élites políticas es frecuente en América Latina, donde se forman círculos estatales clientelares que fomentan la corrupción y el autoritarismo, en detrimento de las libertades ciudadanas y del fomento de la inversión privada. La dominación y reproducción de posiciones de poder por determinadas élites se lleva a cabo por grupos que adquieren dicho poder mediante su asociación, diferenciándose de las mayorías que gobiernan de manera categórica<sup>27</sup>.

En respuesta, en los Estados sociales, la inversión y la propiedad privada en la industria de los servicios públicos deben ser protegidas y, al mismo

24 De Quirós, L. *Liberalización, desregulación y mercado*. En *Cuadernos de derecho judicial*, 12, 2000, 231-238.

25 Fernández García, E. *La razón de Estado: razones y excesos de una institución imprescindible*. En *Derechos y Libertades*, 41, 2019, 61-81.

26 Salomoni, J. *Teoría general de los servicios públicos*. Buenos Aires: Vilella Editor, 1999.

27 Van Treek, E. y Yévenes Arévalo, P. *Aproximación al concepto de cooptación política: la maquinaria presicrática y sus formas*. En *Polis: Revista Latinoamericana*, 14(40), 2015, 469-88.

tiempo, ser sensibles ante las desigualdades económicas y de acceso a dichos servicios. El fomento de la inversión privada no debe alentar la desigualdad social, producto de los desequilibrios económicos mencionados. Por lo tanto, en el marco de las tensiones entre estatismo y liberalismo, las democracias constitucionales actuales deben promover frenos y contrapesos naturales a los abusos y excesos de fuerzas externas, incluidos los modelos hiperestatistas monopólicos, en perjuicio de inversores y consumidores, dentro del marco de su libertad económica.

Existen externalidades que, debido a su impacto, atentan contra el fomento de la inversión privada en los servicios públicos y la libertad de elección de los consumidores. Desastres naturales, pandemias, migraciones forzadas, pobreza, hambruna, conflictos armados, escasez, persecución política, efectos del cambio climático, entre otros, son amenazas graves y permanentes a los derechos de las personas y a la necesidad de satisfacer las demandas de los servicios públicos. Estas amenazas también son obstáculos para el crecimiento económico y actúan como desincentivos para la inversión y el desarrollo.

Cuando las garantías constitucionales no protegen el fomento y la inversión, estas se vuelven inefectivas e inadecuadas para promover la institucionalidad inclusiva. Al no proteger adecuadamente los derechos de inversores y consumidores, incluso en situaciones como las descritas anteriormente, las constituciones se inclinan hacia la institucionalidad extractiva. Según Acemoglu y Robinson, al ejemplificar con los casos de Corea del Norte y Corea del Sur, cuando la propiedad privada es relativizada o desconocida por medios antijurídicos, “pocas personas tenían incentivos para invertir o para esforzarse en aumentar o mantener la productividad”<sup>28</sup>.

Si el Estado utiliza su fuerza y su violencia legítima para proteger los derechos de las personas<sup>29</sup>, también promoverá el fomento de la inversión privada en los servicios públicos, ya que, al hacerlo, también protege a los consumidores. La ecuación es simple: la protección de los derechos de los consumidores se garantiza cuando el Estado ajusta su comportamiento a cánones constitucionales reales, de modo que al proteger la inversión y propiedad privada, el Estado asegura que los consumidores continúen recibiendo servicios públicos de manera regular.

En el ámbito del mercado, el Estado debe propender que las relaciones de intercambio económico se realicen dentro de criterios de libertad económica, voluntariedad y seguridad jurídica. Si, por el contrario, el poder económico utiliza de manera perniciosa al poder político cooptado para implementar políticas y reglas jurídicas, como en el caso de un salvataje bancario en

28 Acemoglu, D. y Robinson, J. *Por qué fracasan los países*. Barcelona: Booket Paidós, 2012, 94.

29 Weber, M. *La política como vocación en el conflicto político y científico*. Madrid: Alianza, 1967.

respuesta a crisis<sup>30</sup>, se incurrirá en institucionalidad extractiva. Si un Estado no regula y monitorea adecuadamente las actividades del mercado de los servicios públicos, las empresas podrían reemplazar la competencia por la colaboración (cartelización), elevando precios por encima del nivel racional y dificultando el acceso a los segmentos más vulnerables de la población, lo que pone en riesgo el principio de accesibilidad.

Esto conlleva perjuicios sociales, ya que los consumidores se ven obligados a pagar precios superiores a los de un mercado competitivo<sup>31</sup>. También puede suceder que mercados monopólicos estatales no cubran las necesidades básicas de ciertos sectores. Un ejemplo es la producción de algunas medicinas, en que en ciertos países no se logró satisfacer la demanda porque las firmas abandonaron el mercado debido a precios demasiado bajos<sup>32</sup>. Además, sin un control adecuado sobre las externalidades de las actividades comerciales y productivas, desastres como la contaminación ambiental pueden volverse más frecuentes.

El fomento industrial y la propiedad de los inversores enfrentan menos riesgos cuando los países promueven instituciones inclusivas, ya que en estos contextos se generan y reproducen relaciones jurídico-económicas sanas, equilibradas y libres. Cuando las personas tienen la libertad de generar y participar en estos espacios de intercambio, se convierten, en términos de Acemoglu y Robinson, en motores de prosperidad.

Como se indicó anteriormente, los Estados constitucionales se encargan de garantizar –aunque no exclusivamente– el acceso adecuado y general a los servicios públicos, los cuales deben atender las necesidades socialmente básicas bajo criterios de generalidad, calidad, continuidad y proporcionalidad.

Para promover la institucionalidad inclusiva y cumplir con la misión social de los Estados, los sistemas constitucionales deben buscar la complementariedad entre la naturaleza social del Estado y el fomento de la inversión privada en los servicios públicos como instrumentos de libertad económica. Es fundamental que las instituciones inclusivas resistan adecuadamente las amenazas contra las libertades de inversores y consumidores. Si la institucionalidad inclusiva, mediante el constitucionalismo, provee los medios para resistir los abusos del Estado y los excesos del mercado, se están cumpliendo los objetivos planteados. El constitucionalismo moderno debe proveer herramientas suficientes para tutelar los derechos de inversores y consumidores.

30 Escudero Solís, J. *Crisis bancaria, impunidad y verdad*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017.

31 Lusky, G. y King, S. *Agreements, decisions, and concerted practices*. En Bailey, D. y John, L. (eds.), *Bellamy & Child: European Union Law of Competition*. Cambridge: Oxford University Press, 2019.

32 Organización Mundial de la Salud. *Access to Medicines: Making Market Forces Serve the Poor*. En *Ten Years in Public Health 2007-2017: Report by Dr Margaret Chan, Director-General, World Health Organization*, 18 de octubre de 2017. <https://bit.ly/3FP4IPa>

En ese contexto, Miguel Carbonell identifica riesgos para los derechos fundamentales en América Latina, como el discurso de la seguridad, el retorno del autoritarismo y la precaria cultura jurídica<sup>33</sup>. Sin institucionalidad inclusiva, los derechos de inversores y consumidores no son protegidos adecuadamente. América Latina se condena nuevamente a fomentar instituciones extractivas en un constitucionalismo más formal que material, promoviendo modelos económicos nacionalistas e hiperestatistas que carecen de los recursos y la tecnología necesarios para invertir en industrias de servicios públicos verdaderamente sólidas, sustentables y accesibles para la mayor cantidad de consumidores posible. Los Estados que desconocen la importancia de la inversión y la propiedad privada en la industria de los servicios públicos no son Estados sociales, sino Estados extractivos.

### 3. ¿MÁS ESTADO EQUIVALE A MÁS INSTITUCIONALIDAD INCLUSIVA?

Cuando las constituciones, incluso aquellas aprobadas mediante procesos democráticos o plebiscitarios, impiden al sector privado participar e invertir en la industria de los servicios públicos bajo la premisa de que solo el Estado garantiza el interés general y que la economía de mercado es negativa, estas constituciones desincentivan la participación privada en la industria. La teoría de la institucionalidad de Acemoglu y Robinson, que analiza diversos países en diferentes contextos históricos, geográficos y culturales, ayuda a identificar países que apuestan por el hiperintervencionismo y que son detractores de la libertad de mercado y la inversión privada en industrias de interés general.

En el caso ecuatoriano, la Constitución de 2008 intenta establecer instituciones inclusivas mediante nuevas formas de relación entre Estado, sociedad y mercado. Aunque el experimento constituyente buscó promover estas instituciones desde el constitucionalismo democrático, se observa que la economía popular y solidaria ocupa un espacio marginal en el sistema económico, a pesar de su reconocimiento constitucional<sup>34</sup>.

Grijalva Jiménez, en su análisis del constitucionalismo ecuatoriano, destaca que la Constitución de 2008 introduce un enfoque equilibrado en la relación entre sociedad, Estado y mercado, valorando la dimensión económica de experiencias sociales como el cooperativismo, el trabajo autónomo, las

33 Carbonell, M. *Derechos fundamentales y activismo judicial en América Latina*. En Velandía, E. (ed.), *Derecho procesal constitucional*. 2(1). Bogotá: Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, 2011, 279-304.

34 Tapia Paredes, J. *La Economía Popular y Solidaria como herramienta de pluralismo económico de mercado y regulación del poder de mercado*. En Storini, C. (ed.), *Constitucionalismo y nuevos saberes jurídicos*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación Editora Nacional, 2017, 149-183.

redes de productores, el comercio justo y las empresas autogestionadas<sup>35</sup>. Este enfoque busca integrar modelos económicos alternativos dentro del sistema económico nacional, promoviendo una economía inclusiva que, sin embargo, requiere de un marco legal que respete y proteja los derechos de los actores del mercado. Para que este equilibrio funcione efectivamente, es fundamental que el Estado permita que quienes participan en el mercado desarrollen sus actividades sin entorpecerlas, desincentivarlas o dañarlas.

Stiglitz y Rosengard, por su parte, subrayan que el Estado moderno desempeña un papel esencial en la economía, que incluye la producción y regulación de bienes y servicios, así como la redistribución de la renta<sup>36</sup>, garantizando un entorno económico estable y equitativo. En Ecuador, este enfoque es clave para que las políticas públicas no solo promuevan la economía popular y solidaria, sino que también permitan una participación activa del sector privado, asegurando un equilibrio entre sociedad, Estado y mercado.

Respecto a los servicios públicos en Ecuador, la Constitución de 2008 establece que el Estado debe ser el prestador directo, permitiendo la participación privada de manera *excepcional*. Este modelo se alinea con corrientes hiperestatistas de planificación central, que censuran las economías de libre mercado y limitan las posibilidades de privatización. En oposición a estos criterios, Uribe plantea que las economías orientadas por la libertad de mercado:

[S]uperan a las dirigidas centralmente, que las economías abiertas y competitivas prevalecen sobre las cerradas y autárquicas; que las economías crecen cuando favorecen el ahorro, la inversión y la innovación y salvaguardan el esfuerzo individual y la iniciativa personal mientras desfallecen cuando propician el hiperintervencionismo y la excesiva tramitación del flujo económico<sup>37</sup>.

Nallar añade que la satisfacción de estas necesidades esenciales requiere de abundantes recursos para financiar su cobertura, crecimiento y competitividad, de modo que el Estado no es el ente apropiado para gestionar esa actividad, pues no está capacitado para mantener una inversión estable ni para evitar, o esquivar, las presiones políticas que inevitablemente suceden<sup>38</sup>. Por ello, una adecuada presencia en el mercado por parte del sector privado, como se

35 Grijalva Jiménez, A. *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador y Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012.

36 Stiglitz, J. y Rosengard, J. *La economía del sector público*, 4.<sup>a</sup> ed. Barcelona: Antoni Bosch, 2015.

37 Uribe Vegalara, J. *Privatización y planificación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1993, 40.

38 Nallar, D. *El Estado regulador y el nuevo mercado del servicio público: análisis jurídico sobre la privatización, la regulación y los entes regulatorios*. Buenos Aires: De Palma, 1999.

indicó en el subcapítulo anterior, favorecerá el acceso a servicios públicos de calidad<sup>39</sup>.

Al fomentar la participación del sector privado en la economía nacional y proteger a los inversores, el Estado garantiza principalmente tres aspectos: “Mientras que la administración siempre está financieramente respaldada por el presupuesto público [...], el inversor privado se juega su propio dinero, o el que puede captar en el mercado de capitales; el empresario privado que compete en el mercado responde de sus deudas con su patrimonio, mientras que la administración está respaldada por el presupuesto *público*”<sup>40</sup>.

Al fomentar la participación en la economía nacional y proteger jurídica y económicamente a los inversores, el Estado garantiza principalmente tres aspectos: (1) incentiva al sector privado a participar en actividades económicas orientadas a la satisfacción del interés general, lo que genera libertad económica, prosperidad, crecimiento económico y empleo<sup>41</sup>; (2) diversifica el acceso a servicios públicos bajo reglas más flexibles de oferta y demanda, en beneficio del consumidor, promoviendo así la libertad de acceso a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia y buen trato, como garantiza la Constitución ecuatoriana en su artículo 66, numeral 25<sup>[42]</sup>; y (3) preserva el rol del Estado como prestador subsidiario y controlador primigenio de los servicios públicos, orientando la función de la burocracia hacia el cumplimiento de sus actividades con mayor eficiencia y mejor tecnología.

Es pertinente analizar si existe una relación directamente proporcional entre más Estado y mayor institucionalidad inclusiva. Se argumenta que una visión inclusiva se reforzará por varias razones: 1) la inversión en la industria de los servicios públicos es prolongada, abarcando entre diez y treinta años; 2) los usos alternativos son escasos y, si el sistema falla, los costos son irre recuperables; 3) los altos costos de infraestructura están ligados a economías de escala y producción del servicio; y 4) el método para fijar tarifas busca el mayor bienestar social, sujeto a la recuperación de los costos fijos<sup>43</sup>. Si el Estado no preserva su competencia para regular y sancionar los excesos del sector privado en la industria de servicios públicos, el consumidor será el principal afectado, quedando indefenso y con sus derechos vulnerados. Esto nos lleva nuevamente a la institucionalidad extractiva.

39 Albuja Varela, F. *Servicios públicos en Ecuador: tensiones teóricas entre estatismo, liberalismo y supremacía constitucional*. En *Estado y Comunes: Revista de Políticas y Problemas Públicos*. 2(13), 2021, 85-106.

40 Blanquer Criado, D. *La concesión del servicio público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, 627.

41 Rivero Ortega, R. *Derecho administrativo económico*, 7.<sup>a</sup> ed. Madrid: Marcial Pons, 2015.

42 Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 65.

43 Martínez de Vedia, R. *La organización en la regulación de servicios públicos*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2003.

Un justo equilibrio entre la prestación y la regulación promueve la confianza de los consumidores hacia el Estado y el mercado, lo que refleja institucionalidad inclusiva. Katz señala:

La ausencia de un efectivo límite a la intervención gubernamental *vis à vis* los derechos privados de propiedad se ha traducido en que el riesgo expropiatorio percibido por el sector privado [...], sea relativamente elevado, lo que ha inhibido la inversión de este sector y, en consecuencia, el crecimiento económico<sup>44</sup>.

Además, es fundamental proporcionar a los consumidores un nivel adecuado de protección para que no vean limitado su acceso a estos servicios durante las etapas de transición. Por tanto, las constituciones y los ordenamientos jurídicos deben considerar: 1) la regularidad y continuidad del servicio público; 2) el equilibrio financiero de las contrataciones recíprocas; 3) la preservación de la calidad del servicio hasta el último día de prestación del concesionario saliente y desde el primer día de gestión del nuevo concesionario entrante<sup>45</sup>.

Las constituciones representarán institucionalidad inclusiva solo si, en lugar de seguir la fórmula “más Estado, más institucionalidad inclusiva”, limitan el direccionamiento de los mercados a favor de las empresas estatales mediante la prohibición de la participación privada en la industria de los servicios públicos, como lo hace la Constitución ecuatoriana. O, en el peor de los casos, limitan las intenciones expropiatorias y confiscatorias de las inversiones en la industria de los servicios públicos por parte del Estado. Las limitaciones jurídicas a las inversiones deben ser absolutamente excepcionales, idóneas y eficaces, garantizando el debido proceso en procedimientos administrativos, como la extinción de contratos de concesión y la reversión de bienes afectos a la prestación de servicios. Esto asegura que las relaciones jurídicas no impacten de manera desproporcionada e injusta a los inversores, ni que se envíe un mensaje monopólico e hiperstatista al sector privado.

En ningún caso debe utilizarse el criterio subjetivo y monopólico del “interés general” para emplear el *imperium* del Estado como una herramienta de las élites políticas y económicas para desincentivar la iniciativa privada y eliminar competidores bajo reglas y procedimientos ilegítimos. La fórmula más adecuada que reemplaza a “más Estado, más institucionalidad inclusiva” sería “Estado eficiente en libre mercado, *más institucionalidad inclusiva*”.

44 Katz, M. *La Constitución y de los derechos privados de propiedad*. En *Cuestiones constitucionales*, 4, 2001, 47-48. <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2001.4.5609>

45 Blanquer Criado, D. *La concesión del servicio público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

#### 4. SENTENCIAS CONSTITUCIONALES: ¿GARANTÍAS DE INSTITUCIONALIDAD INCLUSIVA O EXTRACTIVA?

El análisis de ciertas decisiones de la justicia constitucional ecuatoriana permite evaluar cómo se dimensiona el fomento de la inversión privada en la industria de servicios públicos<sup>46</sup>. En esta sección se revisan cinco sentencias emitidas entre 2009 y 2020: 1) 1-12-SIC-CC (acción de interpretación constitucional); 2) 3-09-SIN-CC (acción pública de inconstitucionalidad); 3) 6-17-SEP-CC (acción extraordinaria de protección); 4) 3-14-SIN-CC (acción pública de inconstitucionalidad); 5) 16-16-JC/20 (sentencia de revisión).

##### 4.1 Sentencia de interpretación constitucional 1-12-SIC-CC (Caso 8-10-IC)

La sentencia 1-12-SIC-CC, expedida el 5 de enero de 2012 por la Corte Constitucional para el Período de Transición, surgió de una solicitud de interpretación constitucional presentada por el entonces presidente de la República. Como pretensión, el solicitante manifestó:

Es necesario que se interpreten los artículos 313, 315 y 316 de la Constitución de la República, en el sentido de que la administración, regulación y control de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos corresponde, exclusivamente, al Estado, lo cual incluye la potestad de éste para autorizar a las empresas públicas o delegar a la iniciativa privada la gestión de los sectores estratégicos y de los servicios públicos<sup>47</sup>.

En su sentencia interpretativa, la Corte ratificó el régimen de excepcionalidad del modelo constitucional, en el cual el sector privado puede asumir algunas competencias de gestión en sectores estratégicos y servicios públicos. Sin embargo, esta excepcionalidad se limita a la actividad de *gestión*, mientras

46 La elección de estas sentencias se ha realizado con base en tres criterios. El *primer criterio* es un factor temático: todas las sentencias seleccionadas se refieren a servicios públicos, ya sea propios o impropios, y en ningún caso estos derechos se repiten en su análisis constitucional. El *segundo criterio* consiste en el factor temporal: con la expedición de la Constitución de 2008, la Corte Constitucional ha tenido tres períodos de funcionamiento. El primer período, denominado ‘de transición’, se desarrolló entre 2008 y 2012, razón por la cual se eligieron las sentencias 1-12-SIC-CC y 3-09-SIN-CC. El segundo período tuvo lugar entre 2012 y 2015, durante el cual se expidió la sentencia interpretativa 3-14-SIN-CC. Posteriormente, entre 2015 y 2018, se emitió la sentencia 6-17-SEP-CC. Finalmente, se consideró el período 2019-2022, durante el cual se analizó la sentencia 16-16-JC/20. El *tercer criterio* es el factor de competencia: cada una de las sentencias seleccionadas corresponde a una competencia específica de la Corte Constitucional. Así, se eligieron competencias en interpretación constitucional, acción extraordinaria de protección, selección y revisión y, finalmente, acción pública de inconstitucionalidad; esta última fue analizada en dos casos.

47 Ecuador, Corte Constitucional para el Período de Transición, “Sentencia n.º 1-12-SIC-CC”, en *Caso 8-10-IC*, 5 de enero de 2012.

que la administración, regulación y control quedan reservadas exclusivamente para el Estado<sup>48</sup>.

La sentencia reconoce que, aunque es excepcional, el sector privado puede participar en la industria de los servicios públicos bajo regímenes de concesión, asociación estratégica u otras formas contractuales. La calificación de esta excepcionalidad es competencia de autoridades públicas.

En resumen, la sentencia establece que, en un contexto de participación privada en los servicios públicos, el Estado respetará la inversión privada. No obstante, la norma identificada evidencia una prevalencia excesiva del estatismo, especialmente en cuanto a la forma en que el presidente de la República debe actuar para permitir la participación privada en estos servicios.

Este tipo de norma tiende a promover la institucionalidad extractiva al superponer el poder del Estado, concretamente del poder ejecutivo, sobre el mercado y el fomento de la inversión privada. Además, tras el auge económico por los altos precios del petróleo en la década anterior, se publicó en el suplemento del Registro Oficial 652, del 18 de diciembre de 2015, la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-privadas y la Inversión Extranjera, con el objetivo de dinamizar la economía y atender necesidades públicas afectadas por la crisis económica de 2014 y 2015.

Este cuerpo normativo establece seis principios para garantizar la estructuración, ejecución y evaluación de proyectos públicos bajo la modalidad de asociación público-privada, destacando el principio de propiedad que señala:

Art. 3.- De los Principios y Lineamientos de los Proyectos Públicos bajo la Modalidad de Asociación Público-Privada.- La estructuración, ejecución y evaluación de proyectos públicos bajo la modalidad de asociación público-privada se ajustarán a los siguientes principios y lineamientos: [...] 3.5. De los Derechos de Propiedad.- El proyecto Público y el contrato de gestión delegada deberán garantizar los derechos de propiedad para las partes, por el plazo de ejecución que conste en el mismo<sup>49</sup>.

La sentencia en cuestión reconoce el derecho del sector privado a participar en la gestión de la industria de los servicios públicos. De igual manera, la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-privadas y la Inver-

48 La Corte señaló: “La administración, regulación, control y gestión de los sectores estratégicos y servicios públicos corresponde prioritariamente al Estado; dicha prioridad incluye la potestad o prerrogativa que tiene el Estado para: a) ‘autorizar’ a las empresas públicas la gestión de dichos sectores estratégicos y/o la prestación de los servicios públicos; [...] b) o para ‘delegar’ a otras empresas que no fueren las empresas públicas, la participación en dichos sectores estratégicos y/o en la prestación de los servicios públicos”.

49 Ecuador, *Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-privadas y la Inversión Extranjera*, Registro Oficial 652, Suplemento, 18 de diciembre de 2015, art. 3; énfasis en el original.

sión Extranjera reconoce los derechos de propiedad de los inversores. No obstante, a pesar de que dicha norma no fue analizada por la Corte Constitucional, establece como excepcionalidad que tal derecho está reconocido únicamente por el plazo de ejecución que conste en el contrato de gestión. Esta ambigüedad y falta de claridad pueden generar desconfianza en inversores privados. Por lo tanto, si las normas jurídicas relativizan la protección de la propiedad privada, no se puede descartar que el Estado actúe abusivamente, lo que podría generar desconfianza y promover institucionalidad extractiva.

#### *4.2. Sentencia de control constitucional (acción pública de inconstitucionalidad) 3-09-SIN-CC (Caso 21-09-IA)*

La sentencia 3-09-SIN-CC, expedida el 23 de julio de 2009 por la Corte Constitucional para el Período de Transición, fue resultado de una acción pública de inconstitucionalidad presentada por el entonces contralor general del Estado, Carlos Polit Faggioni. Mediante esta demanda, se solicitó que se declare la inconstitucionalidad parcial por el fondo de los actos jurídicos contenidos en los oficios 5569 del 5 de enero y 5929 del 3 de febrero de 2009, emitidos por el procurador general del Estado, en los cuales se analizaba la facultad pública sobre los ingresos percibidos por medio del aeropuerto.

Entre otros aspectos, la Corte evaluó si dentro del contrato de concesión efectuado entre el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito y Corporación Quiport S.A. (empresa privada concesionaria del servicio de aeropuerto de la ciudad), los valores que percibió dicha compañía por concepto de tasas eran de carácter público o privado. La decisión de la Corte se basó en dos criterios: 1) el servicio público esencial del aeropuerto; 2) la naturaleza tributaria de los cargos aeroportuarios. La sentencia concluyó que los recursos recaudados por Quiport tenían la característica de recursos públicos<sup>50</sup>. Este criterio da cuenta de la visión público-estatista de la Corte Constitucional en 2009, que ratifica la naturaleza jurídica de las tasas pagadas en servicios públicos concesionados, considerándolas como tributos. Al comentar dicha decisión, Valdivieso Ortega sostiene: “en opinión del órgano más importante de justicia constitucional del país, las tasas son tributos, que no pueden percibirse, cederse, ni administrarse directamente por ninguna persona natural ni jurídica que no sea el Estado”<sup>51</sup>.

En el contexto de la protección efectiva de las inversiones privadas, no podría descartarse teóricamente que, incluso en regímenes administrativos

50 Ecuador, Corte Constitucional para el Período de Transición, “Sentencia”, en *Juicio n.º 003-09-SIN-CC, Caso 21-09-IA*, 23 de julio de 2009.

51 Valdivieso Ortega, G. *Análisis de la Sentencia No. 003-09-SIN-CC de la Corte Constitucional para el período de transición referente a los emolumentos cobrados por la prestación del servicio del Aeropuerto Mariscal Sucre*. En *FORO: Revista de Derecho*, 11, 2009, 208.

de concesión, las tasas del servicio pudieran ser percibidas y sobre todo administradas por los inversores privados. Como se mencionó anteriormente, dado que existe un interés público de por medio, el Estado no puede ser relevado de su potestad de control inherente a dichas actividades. Es lógico y jurídicamente válido que la inversión privada sea recuperada mediante el cobro de tasas, que no son más que la contraprestación del servicio, garantizando así el equilibrio económico de los contratos.

Para este tipo de actividades, la Corte Constitucional sostiene que la garantía jurídica protegerá el interés común (cobro de tasas tributarias) por encima del interés de la entidad concesionaria (cobro y administración de las tasas). La postura de la Corte complica el debate teórico sobre cómo tratar el interés público frente al interés privado, pues los aborda como binarios y mutuamente excluyentes. La Corte podría haber optado por una decisión intermedia que no mostrara tal radicalidad en su postura sobre el problema jurídico analizado.

Desde la perspectiva de Floriano Marques, la posición adoptada por la Corte se justifica dentro de la construcción de un paradigma de dicotomía absoluta entre lo público y lo privado. Es decir, como si la noción de interés público debiera ser entendida como algo singular y absoluto (solo existe un interés público subyacente a una concreta acción estatal), en antagonismo con los intereses privados y monopolio de la esfera pública<sup>52</sup>.

Si los fallos judiciales dicotomizan, radicalizan y distancian las coincidencias teóricas existentes entre el interés público y el privado, no hacen sino contribuir a la consolidación de instituciones extractivas, en lugar de promover y fomentar la inversión privada en la industria del sector aeroportuario.

#### *4.3. Sentencia de acción extraordinaria de protección 6-17-SEP-CC (Caso 1145-13-EP)*

La sentencia 6-17-SEP-CC, emitida el 11 de enero de 2017, fue resultado de una acción extraordinaria de protección<sup>53</sup> presentada por Ana Concepción Álvarez Medina, gerente general encargada y representante legal de la Autoridad Portuaria de la provincia de Esmeraldas. Por medio de esta demanda, buscó

52 Azevedo Marques Neto, F. *La moderna regulación: la búsqueda de un equilibrio entre lo público y lo privado*. En De la Cuétara, J. et al. (coord.), *Derecho Administrativo y Regulación Económica*. Madrid: La Ley, 2011, 1077-1103.

53 En Ecuador, la Constitución de la República del 2008, en el artículo 94, creó la *acción extraordinaria de protección*. Esta garantía jurisdiccional constituye un mecanismo de tutela jurídica exclusiva de competencia de la Corte Constitucional. Su función procesal consiste en proteger derechos constitucionales, como la tutela judicial efectiva y el debido proceso, cuando estos han sido vulnerados por medio de sentencias o autos definitivos por jueces de la República. Esta garantía jurisdiccional también protege tales derechos cuando se impugnan decisiones con fuerza de sentencia expedidas por autoridades con poder jurisdiccional que no pertenecen a la Función Judicial, como es el caso de los laudos arbitrales, entre otros ejemplos.

tutela respecto a derechos constitucionales vulnerados como consecuencia de la emisión de la sentencia de segunda instancia expedida el 11 de julio del 2013 por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Esmeraldas. El proceso de origen, 350-2013, consistió en una acción de protección<sup>54</sup> planteada por el contratista Wagner Estuardo Velásquez Pérez contra la Autoridad Portuaria de Esmeraldas por la terminación unilateral del contrato de la obra pública ‘Puerto Artesanal pesquero de Esmeraldas PAPES’.

A pesar de tratarse de una acción extraordinaria de protección en la cual, como quedó indicado, se impugnaba la sentencia de segunda instancia, la Corte Constitucional activó de oficio el control abstracto de constitucionalidad respecto del séptimo inciso del artículo 102 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional Contratación Pública. Dicha norma jurídica señalaba: “Los procesos de contratación pública no son susceptibles de acciones constitucionales porque tienen mecanismos de defensa adecuados y eficaces para proteger los derechos derivados de tales procesos previstos en la Ley”<sup>55</sup>.

La sentencia determinó que este artículo era inconstitucional en la medida en que partía de un supuesto según el cual los asuntos de contratación pública contaban con mecanismos legales de protección; se excluían, por lo tanto, las garantías jurisdiccionales tales como la acción de protección y las medidas cautelares de este nivel de tutela<sup>56</sup>.

Para la Corte, la inconstitucionalidad de la norma era evidente cuando, en procesos de contratación pública, la actuación de la administración se tornaba arbitraria y llegaba a afectar el patrimonio de un contratista y su derecho a la propiedad privada. Si se mantenía vigente la norma, el inversor no tenía otra opción que impugnar la legalidad del acto administrativo, dejando únicamente esta vía judicial para la protección constitucional del derecho a la propiedad privada. Esto correspondería más bien a la tutela constitucional que ofrece la acción de protección. A nuestro juicio, el criterio de la Corte Constitucional fue acertado al ratificar la posibilidad de que los derechos constitucionales de los contratistas pueden ser tutelados constitucionalmente.

Por lo tanto, si los inversores privados cuentan con mecanismos de tutela judicial respecto de su derecho de inversión y propiedad privada mediante la

54 La Constitución de la República de 2008, en el artículo 88, creó la denominada *acción de protección*. Esta garantía jurisdiccional, de competencia exclusiva de jueces constitucionales de primer nivel (primera instancia), constituye un mecanismo de tutela de derechos constitucionales que, en general, no son protegidos por otros mecanismos de tutela constitucional, tales como el *habeas corpus*, el *habeas data*, el acceso a la información pública y las medidas cautelares constitucionales. La acción de protección, en ningún caso, puede ser utilizada para impugnar decisiones judiciales como sentencias y autos definitivos. Esta es una de sus principales diferencias con la acción extraordinaria de protección mencionada previamente.

55 Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, Suplemento, 4 de agosto de 2008, art. 102.

56 Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia n.º 6-17-SEP-CC”, en *Caso n.º 1145-13-EP*, 11 de enero de 2017.

justicia constitucional, se genera confianza, se fomenta la actividad económica y la iniciativa del sector privado en los proyectos nacionales o regionales que satisfagan el interés general. Esto contribuye a la instauración de institucionalidad inclusiva y restablece lo que Grijalva denomina equilibrio a las relaciones entre Estado, mercado y sociedad.

#### *4.4. Sentencia de control constitucional (acción pública de inconstitucionalidad) 3-14-SIN-CC (Caso 14-13-IN y acumulados 23-13-IN y 28-13-IN)*

La sentencia 3-14-SIN-CC, emitida el 17 de septiembre de 2014, fue producto de tres acciones públicas de inconstitucionalidad presentadas respectivamente por Luis Fernando Torres (Caso 14-13-IN), Diego Cornejo Menacho, procurador común de un grupo de ciudadanos (Caso 23-13-IN), y Farith Simon Campaña y otros (Caso 28-13-IN). Por intermedio de estas demandas se alegó la inconstitucionalidad, tanto por la forma como por el fondo, de varias disposiciones normativas de la Ley Orgánica de Comunicación (en adelante, LOC) publicada en el tercer suplemento del Registro Oficial 22 del 25 de junio de 2013. En esta extensa sentencia<sup>57</sup> se analizó, entre otros aspectos, la constitucionalidad por el fondo del artículo 84 de la LOC, cuyo texto señalaba:

Art. 84.- Definición.- Los medios de comunicación privados son personas naturales o jurídicas de derecho privado con o sin finalidad de lucro, cuyo objeto es la prestación de servicios públicos de comunicación con responsabilidad social.

Como punto de partida, en su análisis la Corte Constitucional señala que, si bien la Constitución no estableció a la comunicación como un servicio público de manera expresa en el artículo 314, sí indicó que corresponde al legislador determinar qué otras actividades de interés general deben ser catalogadas como tales. A este fenómeno de categorización legislativa o normativa, la doctrina de los servicios públicos denomina *publicatio*<sup>58</sup>. A continuación, la Corte define lo que, a su criterio, es un servicio público, es decir, “toda actividad que se efectúa en beneficio de un conjunto de destinatarios quienes, por la existencia de un interés general o común, demandan la prestación de los mismos a los cuales les compete un régimen especial, dada la relevancia social que comporta”.

Si se sigue al pie de la letra esta definición, cualquier actividad que la Corte considere de interés general o común debería ser prestada como ser-

57 La sentencia analizada cuenta con más de doscientas páginas.

58 Véase: Nallar, D. *El Estado regulador y el nuevo mercado del servicio público: análisis jurídico sobre la privatización, la regulación y los entes regulatorios*. Buenos Aires: De Palma, 1999, 66-67.

vicio público, siempre que tenga relevancia social. Es probable que la frase ‘relevancia social’ se vincule directamente con el Estado social, como explicaba Rodríguez-Arana. Sin embargo, este criterio debe ofrecer lineamientos jurídicos y económicos claros. Es necesario entender el servicio público desde su dimensión social, pero reconociendo la importancia de establecer límites en la actividad legislativa para definir cuándo calificar ciertas actividades como servicios públicos.

Un ejemplo que podría explicar lo grave y lo riesgoso de caer en el subjetivismo por parte del legislador sería elegir, sin más, cualquier derecho reconocido en la Constitución y garantizarlo mediante la prestación estatal en forma de servicio público, conforme lo sugiere la Corte Constitucional. Obsérvese el contenido del artículo 66, numeral 2 de la Constitución ecuatoriana:

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: [...] 2.- El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, *descanso y ocio*, cultura física, *vestido*, seguridad social y otros servicios sociales necesarios.<sup>59</sup> [Énfasis añadido]

Los derechos constitucionales al descanso, al ocio y al vestido se encuentran ubicados, como parte del reconocimiento a la vida digna, junto a los derechos al agua potable, la educación y la salud. Se sabe que, a pesar de sus persistentes limitaciones de accesibilidad, estos tres últimos son ofrecidos regularmente a la población mediante empresas públicas y, en otros casos, por empresas privadas, dependiendo del modelo económico que cada país establezca constitucionalmente para el fomento de la inversión privada en la industria.

Pero, ¿qué sucede con los tres primeros? Aunque probablemente las interrogantes que se plantean a continuación generen especial atención por su posible exageración, lo dicho por la Corte Constitucional orilla necesariamente a preguntarse: ¿Debe acaso el Estado, por ser garante de los derechos constitucionales, distorsionar dicha función de garante y crear empresas públicas para garantizar el descanso, el ocio y el vestido mediante servicios públicos? ¿Corresponde al Estado caer en el extremo de invertir presupuesto público para, por ejemplo, construir parques de diversiones, complejos de cinematografía, lugares de esparcimiento y centros de entretenimiento tales como discotecas, karaokes, práctica de yoga, centros de estética, casas de juegos de azar u otras formas que promuevan el descanso y el ocio para satisfacer lo que el legislador califique, sin más, como interés general y que deba ser satisfecho mediante la forma de servicios públicos? ¿Debe el Estado crear empresas públicas para la confección de vestimenta, de modo que a las personas se les garantice esta forma de vida digna mediante, por ejemplo,

59 Ecuador, *Constitución de la República*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

el pago de tasas por servicios, como aquellas que se pagan por consumo domiciliario de agua potable, recolección de basura, energía eléctrica o uso de aeropuertos y terminales terrestres?

Los ejemplos planteados pueden, sin duda, parecer exagerados, pero logran explicar los extremos a los que puede conducir un razonamiento tan errático como el expuesto por la Corte Constitucional. Este organismo confunde la naturaleza jurídica de un derecho constitucional con su satisfacción mediante la técnica de los servicios públicos. En su sofisma, la Corte afirma:

La comunicación comporta un interés colectivo y los medios de comunicación social prestan un servicio público por medio del cual satisfacen las necesidades de la ciudadanía de acceder y ejercer los derechos a la información y a la comunicación. De ahí que los prestadores del servicio público de comunicación materializan el ejercicio de este derecho a la colectividad. De este modo, no resulta contradictoria o excluyente la consideración de la doble dimensión de la comunicación, en tanto derecho y a la vez servicio público prevista en la Ley Orgánica de Comunicación, pues estas dos dimensiones actúan de forma correlativa y complementaria<sup>60</sup>.

Es tan grave esta forma de razonamiento que, inmediatamente luego de referirse a esta supuesta ‘doble dimensionalidad’ del derecho a la comunicación –que, según la Corte, también sería aplicable al descanso, al ocio y al vestido–, se cita la sentencia T-1089/12 dictada por la Corte Constitucional colombiana respecto de la doble naturaleza del agua como derecho fundamental y como servicio público, cuestión que es sustancialmente diferente a la comunicación. Así, la Corte Constitucional ratifica su falacia al comparar el agua como derecho fundamental con la comunicación.

Los derechos constitucionales se garantizan de diversas formas. Los servicios públicos son una, entre otras<sup>61</sup>, de las formas en que se garantizan tales derechos, y su lógica es, como se indicó previamente, tanto jurídica como económica. La industria de los servicios públicos sigue reglas jurídicas y económicas dentro de cuestiones de mercado, donde, como se ha insistido, el Estado tiene un rol fundamental que consiste en garantizar su acceso y calidad. No corresponde al Estado ni a la Corte Constitucional elucubrar planteamientos según los cuales todo derecho debe ser satisfecho mediante la técnica de los servicios públicos. No es pertinente aceptar el planteamiento de la Corte al calificar a la comunicación como un servicio público, porque ello obligaría al Estado ecuatoriano, de acuerdo a la concepción estatista del

60 Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia n.º 4-13-SIN-CC”, en *Caso n.º 4-13-SIN y acumulados*, 17 de septiembre de 2014, 60 y 61.

61 Los derechos constitucionales se pueden garantizar también mediante políticas públicas, garantías normativas y garantías jurisdiccionales. Ver artículos 84, 85 y 86 de la Constitución de la República.

artículo 314 de la Constitución, cree empresas públicas nacionales, regionales y locales para la prestación de dicho servicio en un régimen monopólico, quedando dicha prestación por parte del sector privado en modo excepcional.

Por todo lo anterior, no es suficiente que la Corte Constitucional haya determinado como principal referente en la definición de lo que es y lo que no es un servicio público únicamente a partir de la categoría de ‘interés general’. La determinación de la *publicatio* es un asunto de alta responsabilidad para las legislaturas, particularmente en modelos constitucionales como el ecuatoriano, que son favorables al estatismo. Aunque la sentencia en análisis señala expresamente que, frente a una necesidad de interés general, la “cobertura puede realizarse a través de la gestión directa del Estado o a través de entes privados”, no es menos cierto que, al calificar la comunicación como un servicio público, la Corte introduce distorsiones conceptuales graves que desnaturalizan el concepto de *publicatio*.

Si se permite que una mayoría legislativa, en cualquier momento y en cualquier circunstancia, califique sin criterios técnicos, jurídicos y económicos cualquier tipo de actividad como servicio público, se corre el riesgo de declarar como tales actividades que, en realidad, no lo son. Esto conlleva a que el Estado asuma la obligación de garantizarlo mediante una técnica que, preferentemente, será monopólica, lo que equivale a su expansión. Esto es, más Estado, y como consecuencia, acarreará nuevamente los problemas del desincentivo de la inversión privada en actividades que podrían ser asumidas por dicho sector y que podrían ser reguladas y controladas jurídicamente, como corresponde, por el Estado.

Obligar al Estado a crecer en su tamaño para destinar presupuesto público en la provisión de servicios públicos en actividades que no lo son, como sucede con la comunicación, exagera el estatismo, distorsiona el mercado, acentúa la dicotomía entre el interés público y privado y, en definitiva, promueve la institucionalidad extractiva.

#### 4.5. Sentencia de revisión 16-16-JC/20 (Caso 16-16-JC)

La sentencia 16-16-JC/20, expedida el 30 de septiembre de 2020, fue resultado de un proceso de selección y revisión de sentencia constitucional para la expedición de jurisprudencia vinculante, conforme lo determina el artículo 436, numeral 6<sup>[62]</sup> de la Constitución ecuatoriana y el

62 Ecuador, *Constitución de la República*, 2008: “Art. 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: [...] 6.- Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión”.

artículo 25<sup>[63]</sup> de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

El caso tuvo su origen en una petición de medidas cautelares constitucionales formuladas el 9 de marzo de 2016 ante la Unidad Judicial Civil de Guayaquil por Yolanda Inés Salcedo, en su calidad de coordinadora zonal 8 del Ministerio de Salud Pública de Ecuador, contra seis empresas del sector privado calificadas por dicho ministerio como prestadoras del servicio de diálisis para pacientes con insuficiencia renal. Las entidades privadas fueron Integraldial, Nefrosalud, Unidial, Biodial, Dialinter e Iedyt S.A. Como pretensión de la acción de medidas cautelares, el ministerio solicitó:

1. Disponer a las personas jurídicas, que prestan los servicios de salud de diálisis, en la interpuesta persona de sus respectivos representantes legales, prohibir y abstenerse de adoptar cualquier medida que impida la atención, a cualquier paciente del Sistema Nacional de Salud, ya que constituiría una flagrante violación al Derecho a la Salud que gozan todos los ciudadanos de este país.
2. Remitir atento oficio a la Fuerza Pública, por medio de la Policía Nacional a fin de que presten su apoyo para el cumplimiento y seguimiento de las medidas cautelares [...]
3. Remitir atento oficio a la Defensoría del Pueblo para que otorgue el seguimiento correspondiente a este caso [...]<sup>64</sup>.

63 Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*: “Art. 25.- Selección de sentencias por la Corte Constitucional.- Para la selección de las sentencias por la Corte Constitucional, se tendrán en cuenta las siguientes reglas: 1. Todas las sentencias ejecutoriadas de garantías jurisdiccionales serán remitidas en el término de tres días contados a partir de su ejecutoria a la Corte Constitucional, para su conocimiento y eventual selección y revisión. 2. La Sala de Selección, después de conocer las sentencias, escogerá discrecionalmente aquellas sentencias objeto de la revisión. El caso seleccionado se hará conocer a través del portal de internet de la Corte Constitucional. 3. La exclusión de la revisión no requiere de motivación expresa. 4. La Sala de Selección tendrá en cuenta los siguientes parámetros para la selección, que deberán ser explicados en el auto de selección: a) Gravedad del asunto. b) Novedad del caso e inexistencia de precedente judicial. c) Negación de los precedentes judiciales fijados por la Corte Constitucional. d) Relevancia o trascendencia nacional del asunto resuelto en la sentencia. 5. La Defensora o Defensor del Pueblo o cualquier jueza o juez de la Corte Constitucional podrá solicitar la selección de la sentencia, a partir de las causales descritas en el numeral anterior. 6. En caso de que la sentencia no haya sido seleccionada dentro del término de veinte días desde su recepción en la Corte Constitucional, se entiende excluida de la revisión. 7. La Corte definirá los mecanismos para registrar y controlar los casos remitidos y no seleccionados. 8. La Corte dictará sentencia en los casos seleccionados dentro del término de cuarenta días siguientes a su selección. 9. Se remitirá, una vez adoptada la decisión, el expediente a la jueza o juez competente de primera instancia, para que notifique a las partes la sentencia y la ejecute. 10. No cabe recurso alguno de ninguna de las decisiones tomadas por la Corte en el proceso de selección. El trámite de selección o revisión no suspende los efectos de la sentencia”.

64 Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia n.º 16-16-JC/20”, en *Caso n.º 16-16-JC*, 30 de septiembre de 2020, 4.

El 7 de octubre de 2015, la Unidad Judicial del Guayas concedió la medida cautelar y dispuso que los prestadores de servicios de diálisis “sigan prestando el servicio de salud de diálisis que venían realizando; y se abstengan de adoptar cualquier medida que impida dicha atención a cualquier paciente del Sistema Nacional de Salud calificados por el Ministerio de Salud Pública que fueren derivados por éste”<sup>65</sup>.

El conflicto de origen se produjo principalmente porque, según obra del proceso, a pesar de que el ministerio de Salud Pública fue la entidad que activó la solicitud de medidas cautelares, las entidades privadas acusaban a dicha cartera de Estado de incumplimiento en los pagos por la prestación del servicio de diálisis a pacientes de la Red Pública de Salud. Las empresas señalaban que no continuarían prestando dicho servicio porque, durante varios meses, los recursos no han sido transferidos desde el Estado hacia ellas, y que, a su vez, las deudas que mantenían con sus respectivos proveedores tampoco habían podido ser pagadas.

En su análisis, la Corte Constitucional expresa su preocupación por la insuficiencia de infraestructura y equipamiento en los establecimientos de la Red Pública de Salud, así como en aquellos que dependen del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y de los sistemas de seguridad social de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, en relación con la prestación del servicio público de salud para el tratamiento de pacientes con insuficiencia renal. Por eso, la Corte es consciente de la necesidad de recurrir a servicios de redes privadas de salud complementarias a fin de garantizar la disponibilidad del tratamiento de diálisis para los pacientes a escala nacional, por medio de la suscripción de convenios con establecimientos privados, lo que, en términos de Acemoglu y Robinson, se traduce en institucionalidad inclusiva mediante la realización de intercambios y la firma de contratos.

Cabe reconocer cómo la Corte Constitucional evalúa la necesidad de complementariedad y coexistencia entre el sector público y el sector privado en la satisfacción del derecho constitucional a la salud, mediante la prestación del servicio público a pacientes con insuficiencia renal. Esto adquiere mayor relevancia debido a que la insuficiencia renal es considerada una enfermedad catastrófica. La Corte lo explica de la siguiente manera:

128. En este sentido, esta Corte aclara que, el Estado como garante de los derechos debe realizar el máximo de esfuerzos para asegurar la disponibilidad del tratamiento de diálisis a través de los establecimientos que conforman la red pública de salud. De tal modo que, recurrir a establecimientos privados, si bien puede ser un medio para solventar las limitaciones en la disponibilidad, no puede ser asumida como la única y definitiva solución a la amenaza estructural que persiste sobre el derecho a la salud de las personas con insuficiencia renal.

65 *Ibid.*

129. En este contexto, los establecimientos de diálisis proveen de un servicio público mediante el cual se garantiza el derecho a la salud de pacientes con insuficiencia renal. En tal virtud, están obligados a asegurar la disponibilidad del tratamiento de diálisis en el marco de lo dispuesto por la Constitución y las leyes en relación con la prestación de servicios de salud. Es así, que de manera especial deben dar cumplimiento estricto a la prohibición de paralización de los servicios de salud contemplada en el artículo 326 numeral 15 de la Constitución y respetar el principio constitucional de continuidad de los servicios públicos, asegurando la disponibilidad permanente del tratamiento de diálisis.

130. En este sentido, a criterio de esta Corte, la paralización del servicio de diálisis, por parte de un establecimiento público o privado, podría devenir en una afectación grave a la disponibilidad del tratamiento de diálisis y, por tanto, de llegar a ocurrir, constituiría una vulneración directa al derecho a la salud e indirecta al derecho a la vida de las personas con insuficiencia renal<sup>66</sup>.

La institucionalidad inclusiva se manifiesta en el razonamiento de la Corte al expresar:

140. Al respecto, Corte recuerda que el artículo 226 de la Constitución dispone que las instituciones del Estado tienen “*el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución*”.

141. Con base en el artículo citado, el Ministerio de Salud y el Ministerio de Economía y Finanzas deben mantener procesos de coordinación eficaces en el marco de sus competencias a fin de cumplir oportunamente y de manera regular con el financiamiento de la política pública que garantiza el derecho a la salud de las personas con insuficiencia renal, la cual incluye, la consignación oportuna de los pagos a los establecimientos privados que prestan el servicio de diálisis<sup>67</sup>.

Parte de la responsabilidad estatal consiste en reconocer sus limitaciones económicas, financieras y tecnológicas para la satisfacción de las necesidades de interés general. El principio de subsidiariedad, ampliamente reconocido en la doctrina de los servicios públicos<sup>68</sup>, contribuye a la institucionalidad inclusiva porque incide favorablemente en la organización complementaria de las relaciones público-privadas, como sucede en el caso del derecho a la

66 *Ibid.*, 28.

67 *Ibid.*, 30; énfasis en el original.

68 Véase: González Moras, J. *Los servicios públicos en la Unión Europea y el principio de subsidiariedad: el derecho comunitario y la permanencia de los particularismos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000, 35-121.

salud. Como señala Alli Aranguren, es una nueva forma de gestión pública, apoyada en los siguientes principios:

Reducción de costos y mayor transparencia en la asignación de los recursos; desagregación de las organizaciones burocráticas en agencias especializadas; diferenciación entre comprador y proveedor; utilización de los mecanismos del mercado y la competencia; descentralización general; nuevas técnicas de personal y sistema retributivo incentivador, y búsqueda de la calidad para satisfacer al “cliente”. Para ello utiliza técnicas y métodos procedentes del mundo empresarial, descentraliza la gestión por medio de agencias o autoridades administrativas independientes, externaliza la prestación de servicios gestionados por la Administración, utiliza formas de Derecho privado, encomienda funciones a organizaciones privadas, incorpora las reglas de la competencia, aplica nuevas técnicas gestoras, de organización y métodos tecnológicos, presupuestarias, de recursos humanos, de evaluación de resultados, de responsabilidad y control, etcétera<sup>69</sup>.

Entonces, la institucionalidad inclusiva promoverá la participación conjunta de Estado y el mercado, pero siempre en condiciones de seguridad jurídica, equilibrio económico, protección a la inversión privada y provisión de servicios públicos de calidad. No sería aceptable, en el pensamiento de Acemoglu y Robinson, que el Estado incumpla sus obligaciones económicas con el sector privado sin dotarle de los recursos correspondientes para el cumplimiento adecuado de dichas actividades.

Sería un despropósito que, en lugar de contribuir a la institucionalidad extractiva, el sector privado sea obligado por la fuerza del Estado a cumplir con actividades de interés general sin recibir los recursos económicos correspondientes y a tiempo. Esto provoca que las entidades privadas pongan en riesgo sus inversiones, y se genere en ellas desconfianza e inseguridad jurídica a la falta de acción y gestión del Estado.

El caso analizado demuestra cómo la Corte Constitucional ha intentado corregir conductas públicas que tienden a la institucionalidad extractiva: un ministerio que no cumple con sus obligaciones económicas con los prestadores privados los demanda judicialmente para que no suspendan el servicio de hemodiálisis. Es decir, el Estado actúa por la fuerza y obtiene del poder judicial una decisión que desincentiva a cualquier inversor privado a participar complementariamente en el servicio de tratamiento de dicha enfermedad para pacientes derivados de la Red Pública de Salud. El Estado obstaculiza la prestación efectiva del derecho a la salud; en lugar de crear puentes, entorpece la gestión privada y coloca a la Corte en la posición de dilucidar cómo debe

69 Alli Aranguren, J. *La privatización de los servicios públicos como efecto de la globalización*. En De la Cuétara, J. et al. (coord.), *Derecho administrativo y regulación económica*. Madrid: La Ley, 2011, 842-843.

acortarse la dicotomía entre el interés público y el privado. Como explica González Moras:

[V]imos hasta ahora cómo (a lo largo de la historia) fue descomponiéndose la relación “Estado-mercado”, en el sentido de la desagregación que los hacían tendencialmente más complejos. En definitiva, se ha intentado mostrar cómo la simple oposición “Estado-mercado” (en tanto términos más o menos simples) conduce en realidad a una grosera simplificación de las problemáticas implicadas en la discusión, y por supuesto, a grandes confusiones teóricas<sup>70</sup>.

En definitiva, al revisar parte del decisorio de la sentencia analizada, concretamente los puntos 3<sup>[71]</sup>, 4 y 5<sup>[72]</sup>, se determina cómo la Corte Constitucional ha apostado, probablemente sin saberlo, por promover la institucionalidad inclusiva en el servicio público de salud concretamente para pacientes con insuficiencia renal. La dicotomía entre el interés público y el interés privado se diluye progresivamente cuando los países apuestan por la institucionalidad inclusiva.

70 González Moras, J. *Los servicios públicos en la Unión Europea y el principio de subsidiariedad: el derecho comunitario y la permanencia de los particularismos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000, 99.

71 “3) Disponer al Ministerio de Salud Pública que, con la finalidad de solventar la amenaza estructural que tiene lugar sobre el derecho a la salud de las personas con insuficiencia renal, reformule y fortalezca la política pública integral destinada a la prevención y atención de esta enfermedad conforme los parámetros que se desarrollan en esta sentencia. El Ministerio de Salud Pública, dentro del plazo de seis meses a partir de la aprobación de esta sentencia remitirá a esta Corte un informe que contenga: i. Propuesta de un proceso participativo de evaluación y reformulación de la política pública para la prevención y atención de personas con enfermedades renales; ii. Informe sobre el fortalecimiento de las medidas de prevención de las enfermedades renales y estadísticas sobre la efectividad de dichas medidas; iii. Medidas para promover el acceso a trasplantes renales y datos estadísticos sobre la efectividad de dichas medidas; iv. Informe sobre el presupuesto asignado y las medidas para su manejo público y transparente de estos recursos y del manejo de los convenios con los establecimientos privados”.

72 “4) Disponer al Ministerio de Economía y Finanzas que conjuntamente con el Ministerio de Salud Pública establezcan en el término de quince días un plan programático para el cumplimiento de los pagos pendientes a los prestadores de servicios de diálisis e informe en este mismo plazo a la Corte Constitucional. 5) Disponer al Ministerio de Economía y Finanzas que conjuntamente con el Ministerio de Salud Pública adopten un mecanismo permanente para mejorar la coordinación y el cumplimiento oportuno de los pagos a los establecimientos privados de diálisis. El Ministerio de Economía y Finanzas, dentro del plazo de seis meses a partir de la aprobación de esta sentencia remitirá a esta Corte un informe con los siguientes aspectos: i. Informe sobre el cumplimiento del pago de las asignaciones presupuestarias correspondientes; ii. Informe sobre la adopción de un procedimiento de coordinación efectivo con el Ministerio de Salud Pública para la realización de estos pagos, que contemple medidas para prevenir el incumplimiento o retardo; iii. Explicación del mecanismo adoptado para mejorar la coordinación entre el Ministerio de Salud y el Ministerio de Economía Finanzas al que se refiere este numeral”.

## CONCLUSIÓN

Probablemente, el comportamiento de las altas cortes respecto a cómo deciden el futuro económico de sus naciones en actividades como las aquí analizadas sea un factor importante y trascendental que también merece ser planteado en futuros estudios desde la teoría de la institucionalidad.

Se insiste con frecuencia, al menos en el caso ecuatoriano, que la Constitución debe ser leída e interpretada de manera integral, atendiendo los más altos fines que se han encomendado al Estado, particularmente la protección efectiva de los derechos. No obstante, resulta difícil pensar que, sin una comprensión efectiva sobre la riqueza y la prosperidad, las altas cortes promuevan conductas inclusivas que incentiven la economía mediante el fomento de la inversión privada. Los derechos no están desconectados de la economía; los derechos cuestan, y le cuestan a alguien que, al final del día, deberá pagarlos directa o indirectamente. Si desde el pacto social denominado Constitución se limita, sin más, la iniciativa privada en la industria de los servicios públicos como sucede en el caso ecuatoriano, el fomento a dicha iniciativa estará condenado a las mismas desventuras expuestas por Acemoglu y Robinson en varios países y en diversos momentos históricos: corrupción, desigualdad y pobreza.

En el discurso, y más aún cuando toman el poder, los políticos y las élites se sirven, por regla general, del Estado. Y, mientras más Estado exista, más políticos podrán servirse de él para satisfacer sus necesidades, así como las necesidades de las élites que controlan las reglas del juego. Las altas cortes pueden preservar ese *statu quo*, pero también pueden marcar la diferencia en la anhelada búsqueda del equilibrio entre Estado-mercado-sociedad. La función de las altas cortes está en conseguir el mayor bienestar posible para las personas, en proporción a los recursos económicos, financieros y tecnológicos que estén a disposición de la sociedad y de los consumidores. Es fundamental que la teoría de la institucionalidad inclusiva ayude a mitigar las tensiones existentes entre estatismo y liberalismo, incluso aquellas causadas por las propias constituciones, de modo que la dicotomía entre interés público e interés privado se estreche en lugar de ampliarse. Las altas cortes pueden contribuir sustancialmente a este objetivo, abriendo sus doctrinas más allá del derecho y actuando, también, como motores complementarios de prosperidad y riqueza para los países.

## REFERENCIAS

- Acemoglu, D. y Robinson, J. *Por qué fracasan los países*. Barcelona: Booket Paidós, 2012.
- Acemoglu, D. y Robinson, J. *Por qué fracasan los países*. Barcelona: Ediciones Deusto, 2012.

- Albuja Varela, F. *Servicios públicos en Ecuador: tensiones teóricas entre estatismo, liberalismo y supremacía constitucional*. En *Estado y Comunes: Revista de Políticas y Problemas Públicos*, Instituto de Altos Estudios Nacionales. 2(13), 2021, 85-106.
- Alli Aranguren, J. *La privatización de los servicios públicos como efecto de la globalización*. En De la Cuétara, J. (coord.), *Derecho administrativo y regulación económica*. Madrid: La Ley, 2011, 831-854.
- Arias Jiménez, E. *Privatización en América Latina*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1993.
- Azevedo Marques Neto, F. *La moderna regulación: la búsqueda de un equilibrio entre lo público y lo privado*. En De la Cuétara, J. (ed.), *Derecho administrativo y regulación económica*. Madrid: La Ley, 2011, 1077-1103.
- Baquero Neira, A. *Privatización en la Constitución de 1991*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1993, 47-58.
- Blanquer Criado, D. *La concesión del servicio público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- Carbonell, M. *Derechos fundamentales y activismo judicial en América Latina*. En Velandia, E. (ed.), *Derecho procesal constitucional*. 2(1). Bogotá: Asociación Colombina de Derecho Procesal Constitucional, 2011, 279-304.
- Coase, R. *The problem of social cost*. En *The Journal of Law & Economics*, 3, 1960, 1-44. <https://www.jstor.org/stable/724810>
- De Quirós, L. *Liberalización, desregulación y mercado*. En *Cuadernos de derecho judicial*, 12, 2000, 221-238.
- Escudero Solís, J. *Crisis bancaria, impunidad y verdad*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017.
- Fernández García, E. *La razón de Estado: razones y excesos de una institución imprescindible*. En *Derechos y Libertades*, 41, 2019, 61-81.
- González Moras, J. *Los servicios públicos en la Unión Europea y el principio de subsidiariedad: el derecho comunitario y la permanencia de los particularismos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.
- García Pelayo, M. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza, 1989.
- Grijalva Jiménez, A. *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador y Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012.
- Jiménez, A. *Cinco fallos del mercado que el Estado intenta solucionar con más o menos éxito*. En *El blog Salmón*, 2017. <https://bit.ly/3zeNnat>
- Katz, I. M. *La Constitución y los derechos privados de propiedad*. En *Cuestiones Constitucionales*, 4, 2001, 47-48. <http://dx.doi.org/10.22201/ij.24484881e.2001.4.5609>
- Lusky, G. y King, S. *Agreements, decisions, and concerted practices*. En Bailey, D. y John, L. (eds.), *Bellamy & Child: European Union Law of Competition*. Cambridge: Oxford University Press, 2019.

- Martínez de Vedia, R. *La organización en la regulación de servicios públicos*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2003.
- Montaña Plata, P. *El concepto de servicio público en el Derecho Administrativo*, 2.<sup>a</sup> ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Nallar, D. *El Estado regulador y el nuevo mercado del servicio público: análisis jurídico sobre la privatización, la regulación y los entes regulatorios*. Buenos Aires: De Palma, 1999.
- Organización Mundial de la Salud. *Access to Medicines: Making Market Forces Serve the Poor*. En *Ten Years in Public Health 2007-2017: Report by Dr Margaret Chan, Director-General, World Health Organization*, 18 de octubre de 2017. <https://bit.ly/3FP4lPa>
- Rivero Ortega, R. *Derecho administrativo económico*, 7.<sup>a</sup> ed. Madrid: Marcial Pons, 2015.
- Rodríguez-Arana, J. *El derecho a la buena administración entre ciudadanos y Administración Pública*. En Céspedes Zavaleta, A. (ed.), *Aportes para un Estado eficiente: Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Administrativo*. Lima: Asociación Peruana de Derecho Administrativo, 2012, 117-144.
- Salomoni, J. *Teoría general de los servicios públicos*. Buenos Aires: Villela, 1999.
- Stiglitz, J. y Rosengard, J. *La economía del sector público*, 4.<sup>a</sup> ed. Barcelona: Antoni Bosch, 2015.
- Tapia Paredes, J. *La Economía Popular y Solidaria como herramienta de pluralismo económico de mercado y regulación del poder de mercado*. En Storini, C. (ed.), *Constitucionalismo y nuevos saberes jurídicos*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación Editora Nacional, 2017, 149-183.
- Uribe Vegalara, J. *Privatización y planificación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1993, 37-46.
- Valdivieso Ortega, G. *Análisis de la Sentencia No. 003-09-SIN-CC de la Corte Constitucional para el Período de Transición referente a los emolumentos cobrados por la prestación del servicio del Aeropuerto Mariscal Sucre*. En *FORO: Revista de Derecho*, 11, 2009, 185-209.
- Valenzuela Van Treek, E. y Yévenes Arévalo, P. *Aproximación al concepto de cooptación política: la maquinaria presicrática y sus formas*. En *Polis: Revista Latinoamericana*. 14(40), 2015, 469-488.
- Weber, M. *La política como vocación en el conflicto político y científico*. Madrid: Alianza, 1967.
- Normativa
- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- Ecuador. *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Registro Oficial 52, Suplemento, 22 de octubre de 2009.

Ecuador. *Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-privadas y la Inversión Extranjera*. Registro Oficial 652, Suplemento, 18 de diciembre de 2015.

Ecuador. *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Registro Oficial 395, Suplemento, 4 de agosto de 2008.

#### Jurisprudencia

Ecuador. Corte Constitucional para el período de transición. Sentencia 3-09-SIN-CC. *Caso 21-09-IA*, 23 de julio de 2009.

Ecuador. Corte Constitucional para el período de transición. Sentencia 1-12-SIC-CC. *Caso 8-10-IC*, 5 de enero de 2012.

Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia 16-16-JC/20. *Caso 16-16-JC*, 30 de septiembre de 2020.

Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia 3-14-SIN-CC. *Caso 14-13-SIN-CC y acumulados 23-13-IN y 28-13-IN*, 17 de septiembre de 2014.

Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia 6-17-SEP-CC. *Caso 1145-13-EP*, 11 de enero de 2017.