





JORGE ZAVALA EGAS

**INVALIDEZ DE LA DELEGACIÓN  
A LA INICIATIVA PRIVADA  
PARA LA PRESTACIÓN DE  
LOS SERVICIOS PÚBLICOS  
PORTUARIOS**

**SEGUNDO APORTE PARA CORREGIR LA  
ILEGALIDAD, EL PERJUICIO AL ESTADO Y  
LA LIBRE COMPETENCIA EN EL MERCADO  
PORTUARIO**

**ENERO 2021**

**Z** | ZAVALA  
EGAS  
DIVISIÓN ACADÉMICA

Primera edición. Enero 2021

© Jorge Zavala Egas

Registro en trámite

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del autor.

Impreso en Ecuador

2021

Printed in Ecuador

## **Responsabilidad**

Los conceptos, ideas y conclusiones expresadas en esta publicación son de exclusiva autoría de quien las suscribe, sin que las mismas comprometan la posición jurídica de ninguna persona natural o jurídica nacional o extranjera.



## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN .....	11
<b>I. RESERVA DE LEY, DEROGATORIA TÁCITA E INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVENIDA EN EL RÉGIMEN JURÍDICO PORTUARIO ECUATORIANO .....</b>	<b>15</b>
- Reserva de ley .....	15
- Contenidos normativos contradictorios .....	18
<b>II. RÉGIMEN PARA DELEGAR EL SERVICIO PÚBLICO EXPLOTANDO INFRAESTRUCTURAS DE PROPIEDAD PÚBLICA O PRIVADA .....</b>	<b>25</b>
- Competencia del legislador .....	25
- La Constitución de la República exige para la delegación excepcional a la empresa privada para la prestación de servicios públicos la figura jurídica de un contrato de «concesión de servicio público» .....	33

- La naturaleza jurídica del permiso y de la concesión ..... 37
- La delegación para la provisión de los servicios públicos no puede ser dada por permiso o autorización ..... 40
- Los efectos de la norma contenida en el Art. 100 del COPCI ..... 45
- El Código Orgánico Administrativo regula la delegación como forma de ejercicio de la competencia administrativa ..... 47
- Concesión de servicios públicos: la razón para excluir los permisos como forma de delegar la provisión de servicios públicos ... 49
- Carencia de potestad pública para otorgar permisos al sector privado para prestar servicios públicos portuarios ..... 54

### **III. INVALIDEZ DE LA DELEGACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO PORTUARIO A LA INICIATIVA PRIVADA ..... 55**

- La norma contenida en la letra c) del Art. 4 de la Ley General de Puertos ..... 55
- La invalidez e ineficacia de la delegación a la iniciativa privada otorgada bajo la forma de «permiso» en aplicación de la Ley

General de Puertos .....	57
- Consecuencias de la invalidez originaria o sobrevenida de un permiso que ha genera- do situaciones de hecho .....	64



## INTRODUCCIÓN

Este ensayo constituye el segundo aporte al debate sobre las soluciones que deben adoptarse para enmendar la situación jurídica de las empresas privadas delegadas para el ejercicio de los servicios públicos portuarios, el primero se entregó la segunda semana de diciembre y, fundamentalmente, dejó expresada la ruptura del principio de juridicidad en el otorgamiento de tal delegación por parte del órgano administrativo competente en razón de la materia, tal como lo corroboran los fallos de la jurisdicción constitucional No. 193-2000- TP<sup>1</sup> y Sentencia No. 001-12-SIC-CC de 5 de enero de 2012, como los dictámenes de la Procuraduría General del Estado contenidos tanto en el Oficio 06147 de 27 de enero de 2012, como en el No. 10410, de 5 de octubre de 2020.

En la anterior exposición describimos la evolución de la institución de la delegación a la iniciativa privada para la provisión de los servicios públicos y cómo desde la vigencia de la Constitución de 1998 (Art.249),

<sup>1</sup> Registro Oficial (S) No. 234 de 29 de diciembre de 2000.

luego por la del 2008 (Arts.314 y 316) y, de ahí en adelante, la responsabilidad por tales prestaciones es titularidad exclusiva del Estado y la delegación para que su ejercicio pueda ser provisionada por la empresa privada es excepcional y, necesariamente, debe ser otorgada bajo régimen contractual, previo concurso público.

En esta publicación exponemos las razones jurídicas que apoyan la tesis que el régimen jurídico de la delegación, para la prestación de los servicios públicos portuarios a la empresa privada, sólo puede ser configurado mediante normas que tengan la forma y el rango de leyes y que así lo ha sido mediante la promulgación del artículo 100 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COPCI)<sup>2</sup> actualmente vigente y de los artículos 74 a 77 del Código Orgánico Administrativo, vigente desde el 7 de julio de 2018<sup>3</sup>, sin que tengan validez la creación de regímenes distintos de delegación en virtud de actos administrativos de naturaleza normativa, tal como son las *Normas que Regulan los Servicios Portuarios* contenidas en la Resolución No. MTOP-SPTM-2016-0060-R, de 30 de marzo de 2016, publicada en el Registro Oficial No. 732, de 13 de abril del mismo año.

Aportamos con criterios doctrinarios que sirvan de pauta para determinar las consecuencias que apareja la invalidez de los actos administrativos que, bajo la forma administrativa de permisos, han otorgado

---

2 Registro Oficial (S) No. 351 de 29 de diciembre de 2010.

3 Registro Oficial (2do.S) No. 31 de 7 de julio de 2017.

autorizaciones para que sujetos particulares, propietarios de predios ribereños, con fin de lucro, provisionen servicios portuarios en favor de terceros.

El propósito de estos aportes es cooperar con las autoridades administrativas en su propósito de enmendar determinadas ilegalidades y puntuales privilegios que existen en el sector portuario, los que son causa de perjuicios tanto al Estado como a los delegatarios portuarios que están enmarcados en la ley.

He recibido el pedido de algunos lectores del folleto anterior que amplíe el tema de los permisos administrativos en el sector portuario, pero muchas de esas peticiones se refieren a todo tipo de autorización que debe otorgar la autoridad administrativa o el concesionario para la prestación de los servicios públicos portuarios. Este no es el caso que tratamos que se circunscribe a la forma bajo la cual se ha delegado a la iniciativa particular la prestación de los mismos.

Las instalaciones o infraestructuras portuarias de propiedad privada que no se usan para actividades que satisfagan necesidades públicas, esto es, de personas distintas a sus propietarios, sino que son utilizadas para el propio beneficio del propietario no prestan servicios públicos portuarios y, por lo tanto, no requieren para su ejercicio delegación administrativa alguna, que es la institución que regula el inciso segundo del Art.316 CRE.

Guayaquil, 25 de enero de 2021.



## I

# RESERVA DE LEY, DEROGATORIA TÁCITA E INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVENIDA EN EL RÉGIMEN JURÍDICO PORTUARIO ECUATORIANO.

### Reserva de ley

1. Es manifiesto que el régimen jurídico que imperaba en la delegación de los servicios públicos a la empresa privada, bajo el vigor del artículo 46 de la Constitución de 1978 y la normativa de inferior jerarquía dictada a nivel legislativo y administrativo eran compatibles, pues, la norma superior permitía los permisos y otras autorizaciones administrativas, siempre que estuvieren previstas en normas de rango legal que, a su vez, otorgaban potestad normativa a determinados órganos administrativos para regular el sector:

*“El Estado excepcionalmente, podrá delegar a la iniciativa privada, el ejercicio de cualesquiera de*

*las actividades antes mencionadas, en los casos que la Ley lo establezca*". (El subrayado es propio).

2. Bajo el régimen jurídico-constitucional de 1978, las leyes de tipo general y especial autorizaban el otorgamiento de delegaciones, a la empresa privada para la provisión de los servicios públicos, mediante formas administrativas como autorizaciones, licencias o permisos lo cual, a su vez, explica la continuidad de la eficacia de leyes preconstitucionales, como la Ley General de Puertos, que en su artículo 4, letra c) otorgaba potestad a la autoridad administrativa para "*autorizar el uso con propósitos comerciales de puertos o instalaciones marítimas o fluviales, por parte de personas naturales o jurídicas privadas o públicas*" y la vigencia de otras normas legales postconstitucionales como la Ley No. 50 ("de Modernización, Privatización y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada", de diciembre del año 1993) que, en su artículo 43, letra c), prescribió la autorización otorgada mediante "*concesión de (...) servicios públicos, licencia, permiso u otras figuras jurídicas reconocidas por el derecho administrativo*".
3. Las normas legales permitían, conforme a la Constitución de 1978, las autorizaciones o permisos administrativos para delegar la prestación de los servicios públicos portuarios (Ley General de Puertos y Ley de Modernización) a los particulares, esto es, la autoridad administrativa competente podía transferir la gestión de los servicios a los particula-

res mediante autorización o permiso y también la Constitución y la ley conferirían potestad normativa a la Administración pública para regular la delegación de los servicios públicos provistos en base a infraestructura portuaria de propiedad pública o privada.

4. Este régimen jurídico se extinguió en 1998, con la vigencia de la Constitución:

*“Art.249.- Será responsabilidad del Estado, la provisión de servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, facilidades portuarias y otros de naturaleza similar. Podrá prestarlos directamente o por delegación a empresas mixtas o privadas, mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual, de acuerdo con la ley. Las condiciones contractuales acordadas no podrán modificarse unilateralmente por leyes u otras disposiciones.*

*El Estado garantizará que los servicios públicos, prestados bajo control y regulación, respondan a principios de eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, continuidad y calidad; y velará porque sus precios o tarifas sean equitativos”.*

5. Cabe destacar que ambas normas constitucionales -la de 1978 y de 1998- crearon como zona reservada a la actuación de la ley el ámbito de la delegación a empresas privadas para la provisión de los servicios públicos, por lo que, esa materia, sólo

podía ser regulada mediante la promulgación de leyes formales. Se trata de la institución jurídica llamada por la doctrina y la jurisprudencia constitucional como “Reserva de Ley” que tiene por objeto, en este caso, proporcionar a la delegación que se hace a la empresa privada, para la provisión de los servicios públicos, exclusividad a favor del legislador para su regulación mediante la expedición de leyes o, lo que es lo mismo, excluir de potestad normativa a la Administración pública sobre esta materia, salvo que sea para regular la aplicación de tales leyes mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria.

### **Contenidos normativos contradictorios**

6. La vigencia de la Constitución de 1998 (Art.249) obliga a que la delegación de los servicios públicos a la empresa privada sea regulada sólo por ley y siempre bajo régimen contractual. La fórmula era: *Servicios públicos* ▶ *Estado* ▶ *Delegación* ▶ *Privados* = *Constitución* ▶ *Ley* ▶ *Reglamento* ▶ *Contrato*. En dicha secuencia queda excluida la potestad normativa de la Administración pública para regular el régimen de la delegación sin ley previa que la atribuya.
7. Como consecuencia de la fórmula del constituyente las normas preconstitucionales de inferior jerarquía fuesen leyes, reglamentos y actos normativos de naturaleza administrativos, mediante los cuales se había autorizado u otorgado la delegación,

a la empresa privada, para que preste los servicios públicos sin forma contractual se tornaron, por sus contenidos, contradictorias a la norma enunciada en el artículo 249 de la Constitución. Fue el caso del artículo 43, letra c) de la Ley No.50 y del artículo 4, letra c) de la Ley General de Puertos que dejaron de ser fundamento válido para el otorgamiento de delegaciones a los privados para la provisión de los servicios públicos portuarios.

8. La antinomia que se produjo entre esas normas y la contenida en la Constitución tuvo como efecto, en vista de la falta de una disposición derogatoria expresa en la normativa suprema, la derogación tácita de toda norma anterior y de inferior jerarquía que contradiga la del artículo 249 de la Constitución de 1998. El efecto derogatorio, en cada caso concreto, debía ser declarado por las autoridades administrativas y jueces que en sede de legalidad conocieran y resolvieran el mismo, no obstante que, también, pudieron ser enjuiciadas esas normas legales antitéticas, por parte de los jueces constitucionales, declarándolas nulas, en vista de su inconstitucionalidad sobrevenida. En todo caso, las normas legales y administrativas dictadas, cuyos contenidos pasaron a contradecir el régimen contractual impuesto por la Constitución, dejaron de ser eficaces, esto es, se tornaron inaplicables.
9. En consecuencia, como dijimos antes, todas las leyes, reglamentos y actos administrativos de naturaleza normativa dictados por los órganos com-

petentes en materia portuaria, que regularon la delegación a la empresa privada de los servicios públicos portuarios en forma no contractual, valga decir, en la modalidad de permisos o autorizaciones, quedaron derogados en forma tácita por la antinomia sobrevenida en agosto de 1998, con la vigencia del artículo 249 de la Constitución. Si bien las normas antitéticas quedaron derogadas, no se extinguieron los permisos concedidos que, dada su invalidez sobrevenida, debieron seguir el procedimiento determinado para su adecuación al nuevo régimen o para su revocatoria.

10. Lo dicho se encuentra respaldado por la afirmación del Tribunal Constitucional en su Resolución Nro. 193-2000-TP (R.O. -S- No. 234, de 29 de diciembre de 2000), cuando expresó que cualquier «forma administrativa» que esté prevista por una disposición normativa para regir la delegación de servicios públicos “afecta al texto constitucional, pues, la delegación, en este caso, se podría realizar mediante decreto ejecutivo o mediante cualquier manifestación de la potestad reglamentaria del Presidente de la República”, lo cual contradice la Constitución.
11. Luego, cualquier norma promulgada antes o después de 1998, que contenga alguna regulación sobre las formas administrativa no contractuales de delegación a la empresa privada de los servicios públicos portuarios, no legitima ninguna decisión administrativa o judicial que las reconozca, pues,

sencillamente si la norma es de naturaleza legislativa, reglamentaria o contenida en una resolución administrativa quedó tácitamente derogada si es anterior a la vigencia de la Constitución y, si es posterior, invadió en forma arbitraria la materia reservada a la ley lo que vicia el acto normativo, tal como lo prescribe el Art. 131 COA:

*“Las administraciones públicas que tengan competencia normativa no pueden a través de ella:*

(...)

*2. Regular materias reservadas a la ley”.*

12. Vista esta realidad sorprende que el órgano administrativo competente en materia portuaria desde la vigencia de la Constitución de 1998, siga argumentando su potestad para otorgar autorizaciones o permisos como forma de delegación para la prestación de servicios portuarios al sector privado, cuando desde tal rigor constitucional dejó de tenerla atribuida. Simplemente el régimen jurídico para la delegación para la provisión de los servicios públicos a la iniciativa privada pasó a ser de configuración legal y bajo régimen contractual, sin ninguna excepción, así lo exigió, en razón del interés general, el artículo 249 la Carta Política de 1998.
13. Determinadas normas específicas expedidas por la Administración pública portuaria contienen preceptos que infringen la Constitución, en cuanto in-

vaden la materia que está sometida a la reserva de ley creada por ella y que, por su contenido regulativo, contradicen la imperativa forma contractual que, para la delegación, exigía el artículo 249 de la Constitución de 1998 y lo requiere, ahora, el actual bloque de juridicidad del artículos 316 de la Constitución del 2008, el COPCI y su Reglamento.

## Conclusiones

- El régimen jurídico que regula la delegación a los particulares para la prestación de los servicios públicos portuarios se reformó cuando entró en vigencia el artículo 249 de la Constitución.
- La reforma sustancial fue la de imponer la forma contractual para otorgar tales delegaciones y, por tanto, eliminar las formas administrativas unilaterales llamadas autorizaciones, permisos, licencias o habilitaciones.
- La norma constitucional mantuvo la reserva de ley para la materia existente desde la Constitución de 1978.
- Las normas infraconstitucionales que regulaban formas diferentes a la contractual para otorgar delegaciones al sector privado, devinieron inválidas por contradecir a la Constitución y, por tanto, se tornaron ineficaces o inaplicables.
- Las delegaciones concedidas a la empresa priva-

da para la provisión de los servicios públicos portuarios, bajo la forma de permisos, antes de la vigencia del artículo 249 de la Constitución de 1998, adolecen de invalidez sobrevenida, mientras los que se concedieron luego de la vigencia de esta norma son inválidos desde su origen.



## II

### **RÉGIMEN PARA DELEGAR LA PROVISIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO EXPLOTANDO INFRAESTRUCTURAS DE PROPIEDAD PÚBLICA O PRIVADA<sup>4</sup>.**

#### **Las Normas que Regulan los Servicios Portuarios (Resolución No. MTOP-SPTM-2016-0060-R).**

14. No deja lugar a la duda la vigencia de la norma, de rango supremo, que prevé la excepcional delegación de las actividades calificadas como «servicio público» al sector privado como una materia reservada a la ley. En consecuencia, sólo al legislador le está atribuida la competencia para dictar las normas que regulen la delegación a la empresa privada para el ejercicio de las actividades declaradas

---

<sup>4</sup> *Las instalaciones o infraestructuras portuarias de propiedad privada que no se usan para actividades que satisfagan necesidades públicas, esto es, de personas distintas a sus propietarios, sino que son utilizadas para el propio beneficio del propietario no prestan servicios públicos portuarios y, por lo tanto, no requieren para su ejercicio delegación administrativa alguna, que es la institución que regula el inciso segundo del Art.316 CRE.*

como servicio público, esto es, sólo mediante ley formal y material y, como hemos visto, bajo régimen contractual, es posible configurar uno o más regímenes de delegación determinando sus requisitos y condiciones. Fue lo que cumplió el legislador al dictar la norma que contiene el artículo 100 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COPCI).

15. En materia de delegación para la provisión de los servicios públicos, debemos concluir, sobre la base de la «reserva de ley» impuesta por la Constitución que la Administración pública quedó sustraída de la potestad y de la competencia para reglamentar, sin ley previa y fuera de los límites del Art.100 del COPCI, la delegación para el ejercicio de los servicios públicos portuarios a la iniciativa privada. Sin embargo, en franca infracción a la normativa constitucional el órgano subordinado mal utilizó su potestad normativa para crear “*formas de prestación de los servicios portuarios*” y, así, intentando huir del régimen impuesto por la Constitución y la ley dictó la Resolución No. MTOP-SPTM-2016-0060-R, de 30 de marzo de 2016, publicada en el Registro Oficial No. 732 de 13 de abril del mismo año. Lo que más sorprende es que así lo reconoce la misma autoridad:

“Ahora bien, la regulación sectorial de delegación por excepción a la iniciativa privada se encuentra contenida en las Normas que regulan los Servicios Portuarios publicadas en el Registro

*Oficial de fecha 13 de abril de 2016". (El subrayado es propio).*

16. En la Resolución No.111 – 2020, dictada en el procedimiento de revisión de oficio por nulidad de pleno derecho de un acto administrativo, expedido en el año 2017, por el cual la Administración delegó, sin contrato, mediante la forma administrativa de «permiso» a una empresa privada, la explotación de infraestructuras portuarias privadas para la prestación de servicios públicos portuarios, expresa la autoridad que esa específica delegación no está sometida al régimen jurídico que configuran los artículos 316 CRE y 100 del COPCI, reglamentado por el Decreto Ejecutivo No. 810, porque se infiere de la Resolución No. 60-R, lo siguiente:

*“La distinción para la aplicación de ambos regímenes radica en si el servicio a ser prestado por el privado, involucra o no el uso y explotación de las infraestructuras portuarias preexistentes. En este caso, de ser necesaria infraestructura estatal, el procedimiento es de delegación en los términos del Decreto Ejecutivo # 810, publicado en el Registro Oficial 494 de 19 de julio de 2011, esto es, el Reglamento de Aplicación del Régimen Excepcional de Delegación de Servicios Públicos de Transporte. Así, el Estado provee toda la infraestructura, lo que en la técnica portuaria se denomina “Landlord”, es decir puerto “propietario y arrendador” por lo que al concesionario se le otorga una infraestructura y un negocio en marcha, recibiendo como contraprestación un canon fijo y canon variable.*

*El régimen aplicado a la Compañía NN difiere de aquel aplicado a la concesionaria CONTECON, por el hecho de que NN no usa ni explota infraestructura estatal preexistente, sino que, por el contrario, es dueño de predios ribereños en virtud de lo cual se le ha otorgado concesión de playa y bahía (...), así como ha construido con su patrimonio los muelles necesarios, cuya autorización de operación es lo que otorga el Estado". (El subrayado es propio).*

17. La autoridad administrativa expresamente afirma que hay dos «regímenes jurídicos» para la delegación, a la iniciativa privada, de la prestación de los servicios públicos portuarios. Asevera que dichos tratamientos legales se diferencian porque el uno es para el caso de explotación de infraestructura portuaria preexistente de propiedad estatal y, otro, se aplica cuando se trata de la utilización, para el mismo fin, de instalaciones portuarias que son de propiedad privada afectadas al servicio público portuario; sin embargo, en ningún precepto de rango constitucional o legal existe regulada tal distinción. Los supuestos regímenes jurídico derivan de la Resolución No. MTOP-SPTM-2016-0060-R, de 30 de marzo de 2016, que es jurídicamente inválida e inaplicable por ser contraria a la Constitución y a la ley, pues, la Administración pública expidió estas normas infringiendo abiertamente la «reserva de ley» que impone la primera y creó tales regímenes a través de una simple resolución ministerial en materia que le está constitucionalmente vedada.

18. En la hipótesis, no consentida, que se imponga diferente tratamiento legal a la delegación a la empresa privada para la realización de las actividades portuarias, por el hecho de ser las infraestructuras portuarias propiedad estatal o privada, cualquiera que sea el régimen que se institucionalice, debía serlo mediante ley formal y que ésta contenga la forma contractual, pues, así lo prescribe la Constitución desde el año 1998 y ello porque el acatamiento de los principios que rigen la prestación de los servicios públicos impuestos por el artículo 314 de la Constitución así lo exige.
  
19. La «forma» administrativa que señala la Administración pública es contraria a la Constitución. La forma con que la Administración ha pretendido desde 1998, fuera y contra la Constitución, crear regímenes aplicables a la delegación de los servicios públicos portuarios a la empresa privada es manifiestamente inconstitucional. Por otra parte, no tiene razón de ser dado que el régimen de propiedad, estatal o privada, de los bienes afectos al servicio público portuario no tiene ninguna relevancia si su gestión ha sido delegada a un particular, pues, la afectación a la utilidad pública imbuye a los bienes propiedad de particulares dentro de un marco jurídico de Derecho público que restringe al máximo el ámbito de facultades de su titular. La potestad de intervención del Estado sobre la administración del bien que se trate desplaza a la del titular del mismo. Por lo que no hay razón alguna

para establecer algún régimen jurídico diferente al contractual para el uso de los bienes, según sean de propiedad estatal o privada, afectados al servicio público portuario, por el contrario, como veremos, la forma contractual (bilateral) es la única que logra la satisfacción del interés público, no así un acto administrativo (unilateral) por su naturaleza precario e inestable.

20. En otra oportunidad valdrá ahondar en la discusión doctrinaria sobre si pertenecen al «dominio público» los bienes de propiedad privada afectados al servicio público o si su regulación por el Derecho público se sustenta en el régimen propio de los servicios públicos. Por ahora dejamos establecido que la distinción creada entre infraestructuras estatales y privadas para justificar, contra las normas constitucionales y legales, la creación de regímenes de delegación para la prestación de los servicios portuarios es una excusa retórica para favorecer el interés privado, esto es, existen tales infraestructuras, pero para la delegación de su explotación a favor de los particulares deben estar sometidas al régimen contractual que es el que por mandato constitucional corresponde a la provisión de los servicios públicos.
21. La distinción de regímenes de delegación para la provisión del servicio público portuario carece de sentido, pues, tanto la infraestructura portuaria que es patrimonio público, como la que es propiedad privada, tienen como naturaleza propia la de

estar, para efectos de su uso y goce de todos, bajo la potestad única del Derecho público, esto es, sometidas a fuertes limitaciones que son necesarias para asegurar la continuidad del servicio público a la que están afectados dichos bienes. Tales bienes se unifican como un solo «patrimonio de intervención». Sin que el hecho que la infraestructura sea de propiedad pública o privada, preexistente, por construirse o instalarse, determine la necesidad de régimen jurídico distinto al contractual, pues, ambas infraestructuras quedan bajo la total intervención del Estado responsable de la prestación del servicio público portuario (Art.314 CRE).

22. La Constitución, tampoco la ley, establece que el régimen contractual sea aplicable a la delegación a un particular para la prestación del servicio público portuario sólo en función que las infraestructuras portuarias preexistentes sean de propiedad estatal (un negocio en marcha) y que sea no contractual el tratamiento legal configurado para igual delegación en el caso que tales instalaciones y bienes por construirse o instalarse pertenezcan al patrimonio privado. El régimen jurídico en ambos casos, según la Constitución y la ley, es el que corresponde al de los servicios públicos, esto es, la concesión.
23. La autoridad, al expedir la Resolución No. 60-R, contravino la «reserva de ley» que para esta materia prescribe la Constitución, esto es, infringió el mandato constitucional vigente que dispone que

sólo mediante ley formal y materialmente expedida puede el legislador -únicamente éste- configurar la delegación excepcional de los servicios públicos y jamás con un régimen que no sea el contractual, pues, ninguna forma administrativa unilateral es compatible con el régimen de los servicios públicos. Sin embargo, a pesar de la expresa reserva constitucional, la Administración pública dictó la normativa administrativa (Resolución No. 60-R) con la confesada intención de crear un «régimen jurídico» distinto al que prescriben las disposiciones legales dictadas para delegar a la iniciativa privada la provisión de los servicios públicos portuarios.

24. En consecuencia, resulta patente, manifiesta y obvia la invalidez e ineficacia jurídicas de tales "*Normas*", pues, está prohibido a todo órgano administrativo dictar prescripciones sobre una materia reservada a la ley (Art. 131 COA), como en este caso es la excepcional delegación a la iniciativa privada para la prestación de servicios públicos prescrita por el artículo 316 CRE; así, como también igual de prohibido está que dichos órganos dicten actos administrativos de naturaleza normativa que contradigan preceptos de superior rango como son las contenidas en los reglamentos generales, las leyes y la propia Constitución (Art.425 CRE) y que, por lo mismo, adolecen de igual invalidez e ineficacia jurídicas.

**La Constitución de la República exige para la delegación excepcional a la empresa privada, para la prestación de servicios públicos, la figura jurídica de un contrato de «concesión de servicio público»**

25. Por otra parte, además de la manifiesta invalidez jurídicas de aquellas normas ministeriales, es necesario advertir que la fallida creación de regímenes jurídicos diferentes mediante la promulgación de la Resolución No. 60-R del año 2016, aplicables a la delegación para la prestación de los servicios públicos portuarios, sobre la base de la propiedad pública o privada de las infraestructuras portuarias, se trata de una innovación normativa, como dijimos, sin sentido jurídico. El régimen patrimonial de los bienes, como también lo hemos dicho, no justifica ninguna distinción del tratamiento legal que se otorgue a la delegación a un particular para su uso o utilización. Es un régimen de bienes afectados e imbricados al servicio público que atina en ser llamado como “patrimonio de afectación”.
26. Los bienes afectos al servicio público, sean de propiedad estatal o privada, constituyen el “patrimonio de afectación” y esto determina que: a), el uso y goce de los bienes de propiedad estatal o privada afectados al servicio público estén sometidos, por igual, al Derecho público; y, b), el único régimen jurídico que se aplica a estos bienes y a la delegación a la empresa privada para su uso o explotación, es el que corresponde a la «concesión de servicio público».

27. En efecto, las limitaciones que impone el régimen jurídico a los bienes afectados al servicio público, sean de propiedad estatal o privada, surgen por la necesidad de satisfacer los principios inherentes al régimen de todo servicio a la colectividad: su prestación continuada y regular. De aquí la afirmación que es la afectación de los bienes al servicio público -y no su régimen patrimonial- la que los somete a un régimen especial y específico:

*“Es, en efecto, consecuencia del principio de continuidad del servicio público que el dueño de tales bienes debe soportar graves limitaciones sobre su uso y disposición, originadas en la primacía del interés público inherente al servicio prestado, limitaciones cuyos contornos precisos serán demarcados por el régimen específico -legal, reglamentario y contractual- aplicable al caso”<sup>5</sup>*

28. Es el caso, por ejemplo, de los predios ribereños, propiedad de particulares, que al convertirse en zonas portuarias quedan incorporados, por su afectación al servicio público portuario, al derecho público administrativo y a las severas limitaciones que le impone a su propietario el régimen jurídico de tales bienes. Lo dicho no supone ninguna forma de apropiación patrimonial, sino que los bienes de propiedad privada afectados al servicio público quedan excluidos del régimen jurídico de derecho privado y así aseguran la continuidad de la

---

<sup>5</sup> Ignacio M DE LA RIVA. *El dominio público y los bienes afectados a la prestación del servicio público. En AAVV. Libro en homenaje al profesor Julio Rodolfo COMADIRA. AD-HOC, Buenos Aires, p. 900.*

prestación de los mentados servicios públicos portuarios mediante su inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad. Es decir, los bienes de propiedad privada quedan sometidos a una rígida intervención «administrativa» regida por normas exorbitantes del derecho privado, constantes en un contrato, asimismo, «administrativo».

29. El tema del «dominio público» en bienes de propiedad privada afectada al «servicio público» puede ser debatible en el caso del concesionario propietario de una instalación afectada al servicio portuario («titularidad patrimonial» versus «interés público»); sin embargo, no es objeto de discusión afirmar que los bienes privados están sometidos al régimen público que lo configuran normas de Derecho público reguladoras del servicio público, fundamentalmente, para lograr su ejercicio continuo y regular. Lo que nos da a entender que el régimen de Derecho público que se estructura no es sobre la base de la naturaleza del dominio, sino de las exigencias del servicio público que se presta.
30. Las infraestructuras e instalaciones portuarias se constituyen para satisfacer necesidades públicas derivadas del transporte marítimo, las conforman bienes que pueden pertenecer al patrimonio estatal o privado y cuyo uso o explotación resulta esencial para proveer los servicios públicos requeridos para el cumplimiento de la finalidad pública. El régimen patrimonial de esos bienes es irre-

levante para determinar la forma de delegación o concesión del servicio público, lo trascendente son las características requeridas para su prestación a efectos de satisfacer las necesidades colectivas.

31. Antes de la vigencia del régimen del «Servicio Público» para la actividad portuaria, la vieja Ley General de Puertos fue la puerta para que entre la delegación de su ejercicio a la iniciativa privada, a través del permiso para la construcción de las obras públicas que requería el particular para la finalidad pretendida, por ejemplo, muelles o embarcaderos; así como también de concesiones de uso de bienes de dominio público, verbigracia, zonas de playa y bahía. Son permisos o concesiones para construcción de obra pública, para ocupación y uso de bienes de dominio público, el servicio público queda relegado a un segundo plano.
32. Esa realidad comenzó a cambiar en el mundo en la década del 60 y, a partir de 1978, en el Ecuador, cuando la Constitución impuso que, para la delegación o concesión a la iniciativa privada, de la prestación de los servicios públicos se adopte en exclusiva la figura contractual y así se logró unificar en el contrato de concesión la construcción de la obra pública, la ocupación del dominio público y la prestación del servicio público.
33. El régimen de servicio público impone como cuestión esencial la necesidad que los bienes de propie-

dad privada -y los estatales también- estén destinados, cuando hay delegación para el ejercicio de la actividad pública, a mantener la continuidad y la calidad del servicio público y, para ello, la Administración debe limitar fuertemente las facultades de los titulares de la propiedad de los bienes mediante leyes, reglamentos, surgiendo la necesidad de la forma contractual, sin que sean suficientes o toleradas formas administrativas unilaterales como autorizaciones, habilitaciones, licencias o permisos que siempre serán de naturaleza precaria. De aquí la previsión constitucional, legal y reglamentaria para la delegación a la iniciativa privada que rige en el Ecuador.

### **La naturaleza jurídica del permiso y de la concesión**

34. El ordenamiento jurídico limita la actividad de los particulares en función del interés público de dos maneras: a) una es prohibiendo de manera general el desarrollo de la libertad de acción de los administrados con reserva de autorización por parte de la Administración Pública; y, b) la otra, es reservando para el sector público la actividad que se trate, esto es, excluyendo ese ámbito de la libertad de acción del sector privado. Ejemplo del caso a) es que por regla general está prohibido a todos portar armas, sin autorización previa; o la genérica prohibición de aparcar vehículos de carga en el sector céntrico, sin permiso del municipio. El caso

b) es el de los sectores estratégicos y de los servicios públicos que son de responsabilidad del Estado en forma primaria (Art.314 CRE).

35. La distinción señalada es la que sirve a la doctrina moderna para diferenciar el régimen de autorizaciones o permisos de la de las concesiones:

*“En ese nuevo concepto (de autorización) han de permanecer como inalterables el dato de la existencia de una prohibición general previa que actúe sobre actividades que la norma considera como propias de los particulares, lo cual es suficiente para distinguir la autorización de las concesiones, que operan a partir de una previa publicatio o reserva formal del sector a los entes públicos, que de este modo ostentan en el mismo una titularidad primaria de la que disponen libremente”<sup>6</sup>.*

36. La «concesión» es una figura jurídica que se caracteriza porque opera sólo después que la Constitución o la ley han impuesto la reserva de una actividad para que pueda ser ejercida únicamente por la Administración en forma primaria (*publicatio*), verbigracia, la provisión de los servicios públicos (Art.314 CRE). La autorización o permiso tiene por objeto remover una prohibición impuesta por razones de orden público para que, en general, los particulares puedan ejercer un derecho preexistente que está prohibido de actuar hasta que se otorgue permiso, por ejemplo, parqueo para carga y

---

<sup>6</sup> Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo.2*. THOMSON-CIVITAS, Madrid, 2005, p. 137.

descarga en la zona urbana.

37. Son las autorizaciones o «permisos» actos administrativos favorables<sup>7</sup> al administrado en cuanto amplían su ámbito o esfera jurídica mediante la remoción de los obstáculos que a la luz del interés público impiden la actuación efectiva de un derecho que preexiste, con la finalidad de permitir el control de los requisitos o presupuestos de ejercicio de dicho derecho. Es el caso, por ejemplo, de una autorización o permiso de construcción.
38. La autorización o «permiso» -no contractual- se caracteriza por su «precariedad» entendida como la facultad unilateral de revocación motivada del mismo y cese de su eficacia jurídica en cualquier plazo, por razones de oportunidad, aunque se haya determinado alguno como límite de duración. Esto es, se puede otorgar un permiso con límite de duración (por ejemplo: 5 años), sin que este último término afecte a la naturaleza precaria del mismo y pueda ser revocado antes de su vencimiento por razones de interés público, con o sin derecho a indemnización (Art. 115 COA).
39. Las «concesiones» son igualmente actos administrativos favorables pues, ensanchan la esfera jurídica de los administrados, pero, a diferencia de

---

<sup>7</sup> Raúl BOCANEGRA SIERRA: "Actos administrativos favorables, o que amplían la esfera o el patrimonio jurídico del destinatario, es decir, que crean o reconocen un derecho o una ventaja jurídica", en *Lecciones Sobre el Acta Administrativo*, THOMSOM-CIVITAS, Madrid, 2004, p. 48.

las autorizaciones, mediante la traslación de una determinada facultad o ejercicio de una potestad o derecho que antes no se poseía el particular, esto es, que no preexistía en su patrimonio. Es concesión, por ejemplo, la delegación para la prestación de un servicio público portuario, cuya explotación está excluida de la libertad de acción del particular (Art.314 CRE) y que se somete al régimen contractual y no a una autorización o permiso de naturaleza precaria.

**La delegación para la provisión de los servicios públicos no puede ser dada por permiso o autorización.**

40. La Constitución de la República declara que las actividades por las cuales se prestan los servicios públicos son responsabilidad del Estado (Art.314 CRE), esto es, excluye como titulares de la misma a los particulares, pero declara que su ejercicio puede ser, por excepción, trasladado a éstos, ampliando así la esfera jurídica del privado a quien se le delega la prestación del servicio público para su explotación comercial (Art.316 CRE), facultad o derecho que no era preexistente a la concesión otorgada. Luego, resulta claro que la Carta Suprema impone un régimen jurídico de «concesión de servicio público» a la delegación excepcional que instituye.
41. Todos los bienes afectados al servicio público están sometidos como “patrimonio de afectación” a

un régimen jurídico prevalentemente de Derecho público. El régimen de «Servicio Público», al que están afectos los bienes de propiedad privada, atribuye al Estado, a través de la Administración pública, las facultades de control y dirección de la forma que el delegado presta el servicio público. Luego, la titularidad del servicio público que corresponde al Estado implica la dirección de la actividad que, por efectos de la delegación, gestiona y realiza el delegado explotando el “patrimonio de afectación”.

42. Titular de la responsabilidad por la provisión del servicio público es la Administración pública en virtud de la *publicata* (ley que califica la actividad como de responsabilidad del Estado) que, cuando delega su prestación al sector privado, no pierde esa titularidad, pues, lo que transfiere al delegado es la «gestión» del servicio público. Siempre, conforme al artículo 314 CRE, el Estado es el único responsable por la prestación de los servicios públicos, a pesar que haya transferido su ejercicio vía concesión.
43. En el caso que tratamos que es sobre el servicio público portuario las actividades se desarrollan con maquinarias que manipulan y transportan la carga, utilizan la superficie, edificios y locales, consisten en la reparación de embarcaciones, suministran energía y otras que se constituyen en servicios públicos portuarios por ser las que satisfacen las

necesidades de la colectividad. Luego, la idea que preside toda actividad portuaria que tenga esta finalidad es la de «Servicio Público» y, por ende, se regulan en función del fin para el que se ejecutan. Esto es, el régimen del servicio público rige la regulación de la actividad portuaria destinada a satisfacer necesidades públicas, tanto cuando es prestada en forma directa por la Administración pública, como cuando su ejercicio es concesionado a la iniciativa privada.

44. La esencialidad del tratamiento legal de los bienes afectados a la utilidad pública, esto es, los que constituyen el «patrimonio de afectación» está dada por el régimen de «Servicio Público», lo cual queda demostrado en el hecho que las actividades portuarias que utilizan bienes para la provisión de servicios que no son para utilidad del público, sino en beneficio del titular de tales bienes, no siguen el régimen jurídico de «concesión de servicio público», pues, éste no existe y no hay que asegurar el cumplimiento de los principios que lo rigen, prioritariamente, continuidad, regularidad y calidad.
45. El artículo 316 de la Constitución delimita la zona de «reserva de ley» en materia de “delegación” de los servicios públicos a la iniciativa privada, lo cual revela la naturaleza jurídica de una «concesión» y a enunciar su característica de «excepcional». El resto de la configuración del mandato constitucional quedó a la decisión de la función legislativa, la

misma que se concretó en la expedición del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COPCI) en el mes de diciembre del 2010:

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

*Se garantizará lo dispuesto en la Constitución y se precautelarará que los precios y tarifas por los servicios sean equitativos y que su control y regulación sean establecidos por la institucionalidad estatal.*

*La modalidad de delegación podrá ser la de concesión, asociación, alianza estratégica, u otras formas contractuales de acuerdo a la ley, observando, para la selección del delegatario, los procedimientos de concurso público que determine el reglamento, salvo cuando se trate de empresas de propiedad estatal de los países que formen parte de la comunidad internacional, en cuyo caso la delegación podrá hacerse de forma directa”. (El subrayado es propio).*

46. El primer inciso del precepto legal señala el requisito que se declare, por parte del Presidente de la

República, la excepcionalidad de la actividad a ser desarrollada mediante concesión a la iniciativa privada, cuando sea adecuada y necesaria para satisfacer la necesidad pública siempre que el Estado o una empresa pública o mixta carezcan de la capacidad para gestionar el sector y proveer los servicios públicos que requieran de infraestructuras portuarias.

47. No obstante que se produzca la delegación excepcional, el segundo inciso del artículo 100 COPCI, prescribe que el Estado deberá garantizar que estos servicios “respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. El Estado dispondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos, y establecerá su control y regulación” (Art. 314 CRE).
48. El tercer inciso del mismo artículo de la ley determina que para la delegación a la iniciativa privada de los servicios públicos, incluido los portuarios, la modalidad será “contractual”, siempre bajo el procedimiento de “concurso público”, excepción hecha que la delegación se realice a una empresa que sea propiedad de un Estado del concierto internacional, en cuyo caso se puede prescindir del concurso y concretarse la delegación “de forma directa”.

49. Esta norma se complementa con la que consigna el Código Orgánico Administrativo (COA):

*“Art.77.- Gestión a sectores estratégicos o servicios públicos.- Cuando la gestión se refiera a sectores estratégicos o servicios públicos, la participación pública se ajustará al régimen constitucional en la materia.*

*Cuando la ley especial no haya determinado la excepcionalidad de modo general, le corresponde al Presidente de la República, dicha calificación (...).*

### **Los efectos de la norma contenida en el Art. 100 del COPCI**

50. El órgano Procurador General del Estado, que es a quien la Constitución le otorga el control de la legalidad de los actos y contratos que realiza la Administración pública, por dos ocasiones, en distintos años, con diferentes titulares, ha expresado que para la prestación de los servicios portuarios puede ser delegada a la iniciativa privada “de conformidad con el artículo 100 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones” (Oficio 06147 de 27 de enero de 2012), opinión que es ratificada en el Oficio 10410 de 5 de octubre de 2020, en el que se expresa que debe aplicarse la delegación de la prestación de los servicios públicos portuarios cumpliendo con los requisitos señalados en el artículo 100 del COPCI.

51. Las razones esgrimidas por la Procuraduría Ge-

neral del Estado constan en la misma norma legal, la misma que fue objeto de interpretación por parte de la Corte Constitucional (Sentencia No. 001-12-SIC-CC, de 5 de enero de 2012), concluyendo que hasta que se ponga en vigor una ley para el sector portuario que regule o determine la excepcionalidad de la delegación a la iniciativa privada, bien “podría<sup>8</sup> aplicarse esta disposición legal”, refiriéndose al Art.100 del COPCI, esto es, que esta norma es aplicable hasta que no se dicte la ley especial para el sector –lo que es un hecho hipotético o incierto-, momento en que, de producirse, pierde eficacia en dicho ámbito. Sigue siendo obligatoriamente aplicable el citado artículo, pues aún la hipótesis de una norma legal especial para el sector no se ha concretado.

52. Los órganos provistos de potestad y competencia para interpretar la Constitución y la ley con efectos obligatorios para las autoridades de la Administración pública han determinado, en consecuencia, que el régimen jurídico aplicable a la delegación a la iniciativa privada para la provisión de los servicios públicos en general y portuarios en particular, se sintetiza formalmente, acorde con lo previsto en el Art.316 CRE, 100 COPCI y Reglamento (Decreto Ejecutivo No.810), de la siguiente manera:

---

8 *Conjugación pospretérita que significa un futuro hipotético. Es tiempo futuro = subsecuente a «puedo» y anterior a «podré». Indica tiempo posterior al presente de la acción y con la hipótesis o incertidumbre de su permanencia. Ver Gramática descriptiva de la lengua española. 2. (Ignacio BOSQUE y Violeta DEMONTE). ESPASA. Madrid, 1999, p. 2959).*

- i. Resolución suficientemente motivada que exprese la oportunidad, conveniencia y procedencia técnico - económica de la concesión (atribución de facultades al privado);
- ii. Decreto Ejecutivo que declare la situación de excepción;
- iii. Selección del concesionario mediante convocatoria pública a concurso; y,
- iv. Formalización de la concesión a través de una forma contractual regulada por la ley.

**El Código Orgánico Administrativo regula la delegación como forma de ejercicio de la competencia administrativa.**

53. Anotamos que el artículo 226 de la Constitución de la República prescribe:

*“Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y las facultades que les sean atribuidas por la Constitución y la ley (...).”*

54. La norma transcrita, además de prescribir el principio de juridicidad que rige la actividad administrativa, deja en evidencia los elementos «potestades públicas» y de su límite marcado por las «competencias» como integrantes de la función

administrativa.

55. El ejercicio de las competencias lo regula a nivel de Administraciones públicas el Código Orgánico Administrativo (COA) en el Capítulo III, del Título I, del Libro I, definiéndola:

*“Art.65.- Competencia.- La competencia es la medida en la que la Constitución y la ley habilitan a un órgano para obrar y cumplir con fines, en razón de la materia, el territorio, el tiempo y el grado”.*

56. El COA determina como una forma de ejercicio de la competencia administrativa la delegación, siempre que se la realice “en los términos previstos en la ley” (Art.68) y puede hacerse a favor de privados, asimismo, “conforme a la ley de la materia” (Art.69.5); sin embargo, en caso de transferir la gestión de la prestación de los servicios públicos a sujetos de derecho privado, es delegación excepcional (Art.74, inciso primero).
57. El Código reitera en sus normas, además de la excepcionalidad de la delegación de la prestación de los servicios públicos, la reserva de ley para regular el régimen de la delegación. En forma expresa prescribe que cuando se delega por autorización o permiso siempre el acto administrativo es «precario» por lo que no genera derechos exclusivos al permisionario (Art.74, inciso tercero), sin embargo determina si existe alguna ley especial que regule la delegación a la iniciativa privada para la

prestación de servicios públicos regirá ésta, dando así prevalencia como normas especiales a la aplicación de las contenidas en el Art.100 del COPCI que, como vinos, determinan expresamente que la delegación sea vía concesión o cualquier otra forma contractual, excluyendo así la autorización o permiso.

**Concesión de servicios públicos: la razón para excluir los permisos como forma de delegar la provisión de servicios públicos.**

58. Partimos del régimen de los servicios públicos cuya provisión es responsabilidad propia del Estado (Art.314 CRE), pero que, sin embargo, puede ser ejecutada indirectamente, a través de particulares que prestan su colaboración voluntariamente, naciendo así la figura de la «concesión de servicios públicos».
59. Los principios que rigen la prestación de todo servicio público, fundamentalmente, la continuidad, regularidad y calidad que exigen las necesidades públicas, marcan la exigencia que la delegación sea otorgada con una forma jurídica atinente a una «concesión» excluyendo la de un «permiso», “dado el débil contenido jurídico del “*permiso*”, que hace difícil o muy aleatorio que en base a éste se organice una empresa y se inviertan capitales”<sup>9</sup>.

---

9 Miguel S. MARIENHOFF. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo III-B. ABELEDO-PÉRRON, Buenos Aires, 1978, p. 576.

60. La delegación cuando se la realiza por autorización administrativa, valga decir, permiso de operación “es siempre precaria y en ningún caso generará derechos exclusivos para el gestor” (Art.74 COA). La precariedad determinada por el Código determina la inestabilidad de los permisos que delegan al sector privado la provisión de los servicios públicos, situación contraria a la continuidad, regularidad y calidad que demandan las actividades que satisfacen necesidades públicas, por lo que la forma administrativa de permiso o autorización fue rechazada por el legislador que configuró en el COPCI la mentada delegación.
61. El constituyente decidió, desde 1998, que los servicios públicos sólo puedan ser concesionados a los particulares o a los administrados mediante forma contractual, pues, los actos administrativos configurados como «permisos», dada su fragilidad regulativa, no aseguran la “obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad” de los servicios públicos que el artículo 314 de la Constitución exige.
62. La natural precariedad de la forma administrativa llamada “permiso” como título para ocupar y usar los bienes afectados a un servicio público, aun cuando se lo quiera llamar concesión administrativa, ha determinado que ninguna legislación actual lo aplique, pues, por un lado, no garantiza

de ninguna manera la permanencia del permisionario dando el servicio y, por otro, la concedente puede decidir libre, aunque motivadamente, su duración, lo cual no da seguridad para ejecutar la inversión que se requiere para mantener la prestación de la actividad en las condiciones exigidas por la comunidad.

63. El permiso de uso de los bienes que conforman el «patrimonio de afectación» puede, en razón de su precariedad, ser revocado por razón de utilidad, interés u orden público, sin que el permisionario tenga derecho a impedir su revocación ni exigir resarcimiento alguno de así decidirlo la Administración pública. Esto es, el permiso de uso de bienes afectados al servicio público no otorga derecho subjetivo de disposición, no es susceptible de enajenación, pues, no es parte del patrimonio del permisionario ni, por lo tanto, integra en todos los casos el contenido protegido por el derecho de propiedad.
64. La precariedad de las autorizaciones, licencias o permisos, sean reglados o discrecionales, que se centra en la inestabilidad y temporalidad de la ocupación o uso de los bienes que estructuran el «patrimonio de afectación», no se adecua a una concesión de servicios públicos que exige continuidad, regularidad, permanencia. Esta es la razón por la que la Constitución exige el régimen contractual, así lo impone el interés público, el bien común.

65. Es el contrato de «concesión de servicio público» la forma con la que se regula el tema fundamental de los bienes de propiedad privada que integran el “patrimonio de afectación” y las limitaciones que tienen sus titulares, comenzando por la indisponibilidad de los que son esenciales al servicio público y la previa autorización para los que se quieren enajenar cuando son complementarios al servicio.
66. Sin contrato de «concesión de servicio público» se torna extremadamente difícil regular la situación de los bienes de propiedad privada luego que su titular ya no es concesionario, tomando en cuenta que la propiedad es un derecho constitucionalmente protegido en cuanto a su conservación, lo que hace imposible la «reversión» sin previo acuerdo del propietario; pero, en contraste, es ineludible considerar la necesidad que los bienes sigan intervenidos por el Estado o pasen a su patrimonio, para garantizar la continuidad del servicio público. Razones que exigen un contrato que prevea aportes, inversiones, contraprestaciones, plazos, etc.
67. De aquí la necesidad de la forma contractual regulada por el COA:

*“Art. 76.- Delegación de gestión por contrato.-  
La gestión delegada mediante contrato se sujetará  
a las siguientes reglas:*

1. *La selección del gestor de derecho privado se*

*efectuará mediante concurso público.*

2. *Para la selección del gestor de derecho privado, la administración competente formulará el pliego de bases administrativas, técnicas y económicas y los términos contractuales que regirán el procedimiento y la relación entre la administración y el gestor.*
3. *Los contratos para la gestión delegada a sujetos de derecho privado se formularán según las mejores prácticas internacionales y salvaguardando el interés general. La administración puede elaborar modelos de contratos que pueden ser empleados como base en actuaciones de similar naturaleza.*
4. *El ejercicio de las potestades exorbitantes de la administración se sujetará al régimen general en materia de contratos administrativos.*
5. *Se determinarán expresamente los términos de coparticipación de la administración y el sujeto de derecho privado”.*

68. En conclusión, conforme a la Constitución, a la ley general configurada por el COA, a la ley especial contenida en el artículo 100 del COPCI y al Reglamento respectivo contenido en el Decreto No.810, la delegación de gestión excepcional a los sujetos de derecho privado para la prestación de los servicios públicos, entre estos los portuarios, debe hacerse por concesión y bajo forma contractual previo concurso público.

**Carencia de potestad pública para otorgar permisos al sector privado para prestar servicios públicos portuarios.**

69. Es posible afirmar que existió exceso de poder por parte de la autoridad administrativa portuaria porque el órgano, no obstante que carecía de potestad y, por lo tanto, de competencia para delegar la prestación del servicio público portuario a una o más empresas privadas, mediante autorización o permiso precario, sin concurso público ni contrato, ejerció su actividad administrativa más allá de los límites de ese poder otorgado por la Constitución.
70. La autoridad administrativa, primero, dictó normas que regularon la delegación a la iniciativa privada cuando estaba prohibida de hacerlo por ser materia reservada al legislador, luego, otorgó autorización o permiso para la prestación de los servicios públicos portuarios a una empresa privada contrariando la Constitución y la ley que atribuyó potestad para hacerlo sólo mediante concesión bajo régimen contractual.

### III

## INVALIDEZ DE LA DELEGACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO PORTUARIO A LA INICIATIVA PRIVADA

**La norma contenida en la letra c) del Art. 4 de la Ley General de Puertos.**

71. Actualizada hasta el año 2020, el texto de la norma prescribe:

*“Autorizar el uso con propósitos comerciales, de puertos o instalaciones marítimas o fluviales, por parte de personas naturales o jurídicas privadas o públicas”.*

72. El texto desde su origen ha sido interpretado en el sentido de constituir el otorgamiento, al órgano administrativo competente, de una potestad para delegar a la iniciativa privada la explotación comercial de los puertos mediante la expedición de autorizaciones o permisos, lo cual fue adecuado

hasta la reforma del régimen de los servicios públicos acaecida con la vigencia del artículo 249 de la Constitución de 1998, norma que prescribió que la delegación debía ser realizada en forma contractual y no mediante actos unilaterales de la Administración pública.

73. La norma suprema dispuso que la delegación para la provisión de los servicios públicos de todo tipo, otorgada a personas de derecho privado, se la realice “mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual, de acuerdo con la ley” por lo que la “autorización” a la que se refiere la Ley General de Puertos sólo puede ser interpretada y aplicada conforme la prescripción constitucional, vale decir, autorización perfeccionada mediante forma contractual.
74. Es decir, si al concepto “autorización” que utiliza la Ley General de Puertos se le atribuye como significado su acepción técnico-jurídica equivalente a permisos, licencias, habilitaciones o cualquier forma administrativa unilateral el precepto quedó tácitamente derogado por su antinomia con la Constitución y, si el significado del término “autorizar” es el de potestad otorgada al órgano administrativo para que habilite, con propósitos comerciales, el uso del puerto, se debe interpretar que la puede ejercer cumpliendo la forma contractual de la delegación, pues así lo impone la Constitución.

En este segundo caso, la autoridad no concreta la delegación, no delega, sino que “autoriza” perfeccionar y ejecutar el contrato por el que se delega la actividad pública que se trate.

75. Es correcta la interpretación que la norma citada de la Ley General de Puertos atribuía una potestad al órgano administrativo correspondiente, la misma que conllevaba, como límite para su ejercicio, la competencia en función de materia, territorio, personas y tiempo, por lo que es acertado afirmar que si esa potestad fue eliminada, también desapareció la competencia del órgano.
76. El nuevo régimen no varió con la Constitución de 2008, pues, el contenido constitucional de la delegación a la iniciativa privada para la prestación de los servicios públicos, como materia reservada a la ley, exigió la forma contractual, a través de la norma prescrita por el artículo 100 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COIP), por lo que igualmente la Ley General de Puertos en su artículo 4, letra c), mantuvo su aplicación restringida a que el órgano administrativo portuario “autorice” la ejecución de una forma contractual de delegación.

**La invalidez e ineficacia de la delegación a la iniciativa privada otorgada bajo la forma de «permiso» en aplicación de la Ley General de Puertos.**

77. Una de las formas de ejercer los órganos adminis-

trativos la competencia atribuida es delegándola en “sujetos de derecho privado, conforme con la ley de la materia” (Art.69. 5 COA) siendo ésta, en el caso de la delegación de la prestación de los servicios públicos, la del Art.100 del COPCI, por otra parte, la delegación otorgada puede extinguirse, según el artículo 73 COA, por: 1. Revocación; y, 2. El cumplimiento del plazo o de la condición.

78. Cuando el ordenamiento jurídico, en función del interés general, cambió el régimen jurídico de la delegación para la provisión de los servicios públicos a la empresa privada, prescribiendo como válida tan solo la que se realice en forma contractual, se verificó la condición resolutoria que tenía como elemento accesorio implícito todo permiso o acto administrativo unilateral, por lo que su eficacia quedó extinguida y cesa el reconocimiento jurídico a las situaciones generadas por su cumplimiento. La condición resolutoria implícita de todo acto administrativo es que sea, por la forma y por su contenido, conforme al ordenamiento jurídico, de no serlo tal condición se cumple y el acto adolece de invalidez e ineficacia.
79. Cuando cambió el régimen jurídico de la delegación otorgada a la iniciativa privada para que preste los servicios públicos se dieron dos fenómenos diversos: a) las delegaciones que se otorgaron después de la reforma legal, aplicando el tratamiento normativo anteriormente vigente, nacieron jurídi-

camente inválidas («invalidez originaria») y procede su revisión de oficio por nulidad de pleno derecho (Art.132 COA); b) las delegaciones que fueron decididas de acuerdo al régimen jurídico entonces vigente, ahora extinguido, adolecen de «invalidez sobrevenida», pues, si bien fueron expedidos conforme a derecho, en la actualidad son contrarias al ordenamiento vigente y procede su revocación.

80. Luego, las delegaciones para explotar comercialmente los servicios públicos portuarios, otorgadas a la empresa privada bajo la forma de «permiso» a partir de la vigencia del artículo 249 de la Constitución de 1998 -norma que cambió esencialmente su régimen jurídico- son inválidas desde su origen, esto es, nulas de pleno derecho, tal como lo disponía el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), desde su promulgación en el año 1993 y lo prescribe, desde que entró en vigor, el COA en el artículo 105, numerales 1 y 5.
81. En consecuencia, en esos casos el permiso nulo de pleno derecho es, desde el punto de visto jurídico, ineficaz desde su origen, entendiendo que

*“(...) la eficacia de un acto administrativo supone su obligatoriedad jurídica, su capacidad de producir los efectos que conforme al Ordenamiento, persigue (...). Un acto es eficaz cuando su contenido resulta jurídicamente vinculante y no cuando se*

materializa, de hecho, en la realidad. Así, una autorización puede ser eficaz y no concretarse en actuación alguna, si el titular de la misma no despliega la actividad o lleva a cabo la obra autorizada. Por otra parte, el contenido de un acto administrativo ineficaz (nulo de pleno derecho) puede haberse realizado en la práctica, pero ello no implica sino única y exclusivamente una situación de hecho que en ningún caso puede, por sí misma, contar con reconocimiento jurídico alguno, no sirviendo siquiera, en la generalidad de los casos, para establecer una situación de confianza protegible jurídicamente”<sup>10</sup>.

El subrayado es propio.

82. Obsérvese algo fundamental en lo que coincide la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria: el contenido del acto inválido e *ineficaz* puede haberse concretado o materializado, pero, no obstante ello, esa situación fáctica no tiene protección jurídica y, como veremos, si lo realizado como efecto del acto inválido causa perjuicios a terceros, son éstos los que reciben la tutela del ordenamiento jurídico para remover tales situaciones de hecho. La consecuencia anotada no varía sea el caso de «invalidez originaria» o lo sea de «invalidez sobrevenida», teniendo en cuenta que existe invalidez desde que el acto entra en contradicción con la normatividad jurídica.
83. Mientras que cualquier «permiso» que fue otorgado antes de la vigencia del artículo 249 de la Constitución de 1998, adolece actualmente de «in-

<sup>10</sup> Raúl BOCANEGRA SIERRA. *Lecciones sobre el acto administrativo*. THOMSON-CIVITAS, Madrid, 2004, p. 108.

validez sobrevinida», por lo que su capacidad de producir efectos jurídicos ha cesado por el cambio de régimen jurídico y, por lo tanto, deben ser revocados, bajo el procedimiento de un acto administrativo favorable, para adecuar la situación al régimen jurídico vigente.

### **Nulidad y anulabilidad de los permisos inválidos.**

84. El tema de la validez y de la eficacia del acto administrativo es de amplio tratamiento por parte de la doctrina, sin embargo su enunciación en el COA se encuentra en pocos artículos (99 a 109), llamando la atención que la diferenciación entre actos nulos y anulables el legislador la ha expresado señalando que los vicios señalados taxativamente en el artículo 105 son causas de nulidad inconvalidables (nulos de pleno derecho), pero que “cualquier otra infracción al ordenamiento jurídico en que se incurra en un acto administrativo es subsanable” (anulables).
85. Antes que el acto sea eficaz debe existir y gozar de validez exhibiendo su conformidad con el ordenamiento jurídico así, por el contrario, cuando un acto entra en contradicción con las normas jurídicas es inválido. Este es el caso de una delegación para la prestación de servicios públicos portuarios a una empresa privada, mediante la forma de «permiso», que haya sido otorgado después del año 1998, se trata de un acto administrativo vicia-

do con «invalidez originaria». Mientras que los otorgados antes de esa fecha pasan de ser válidos a ubicarse en la «invalidez sobrevenida» desde la extinción del régimen bajo el cual fueron otorgados.

86. La eficacia jurídica de los actos administrativos, como hemos visto antes, se pregona de los que tienen capacidad de producir efectos jurídicos, o sea, la modificación que el acto opera en el ámbito jurídico creando, modificando o extinguiendo un derecho o reconociendo una situación jurídica. Todo acto administrativo es eficaz cuando produce los efectos jurídicos que le son propios, lo cual configura su contenido, pero matizando que el Derecho reconocerá sólo las situaciones originadas en un acto administrativo jurídicamente válido y no las creadas por uno inválido.
87. Por el contrario, en el caso de un permiso jurídicamente inválido su eficacia material existe, esto es, la autorización otorgada sigue produciendo efectos en la realidad creando situaciones de hecho. Ello ocurre porque la concreción de los efectos del permiso inválido, esto es, la materialización de su contenido no depende de que el acto sea o no conforme a Derecho, sino de los comportamientos de los interesados y de la Administración autora del permiso. “Si los particulares cumplen los actos inválidos y no los impugnan, o la propia Administración no los revisa y los ejecuta valiéndose para eso de su poder de autotutela, los actos inválidos

surtirán efectos jurídicos y producirán la mutación de la realidad a la que están abocados”<sup>11</sup>.

88. Así, el «permiso» otorgado a un particular para explotar servicios públicos portuarios en forma contraria al ordenamiento jurídico es inválido, pero no obstante ello sigue siendo eficaz dado que los efectos del mismo no se pueden eliminar ni es factible impedir que sigan produciéndose, en razón que aquellas actividades, por mandato constitucional (Art.314 CRE), deben prestarse de manera continua y regular, esto es, sin interrupciones, por lo que la consecuencia de la invalidez va más allá de la declaratoria de nulidad o de la extinción formal de la eficacia.
89. La consecuencia de la invalidez del permiso, desde que surge de manera originaria o sobrevenida, es la no protección jurídica a la situación creada por su contenido, esto es, la que se erige sobre la base que existió o existe una delegación para la provisión de los servicios públicos portuarios. No hay tutela jurídica para el interés del permisionario ni hay reconocimiento jurídico de las relaciones generadas.

---

11 Tomás CANO CAMPOS. *La invalidez sobrevenida de los actos administrativos*. THOMSON - CIVITAS, 2004, p. 195.

**Consecuencias de la invalidez originaria o sobrevenida de un permiso que ha generado situaciones de hecho.**

90. El principio de legalidad, rector de la actividad administrativa (Art.226 CRE), determina que desde el momento en que un acto de la Administración entre en contradicción con el ordenamiento jurídico se producen las consecuencias de su invalidez, por lo tanto, puede ser desde el origen del mismo (invalidez originaria) o desde que sobrevino la ilegalidad del mismo (invalidez sobrevenida).
91. En el caso concreto del Ecuador, la delegación a un particular para la prestación de servicios públicos portuarios, otorgada bajo la forma de permiso a partir de la vigencia de la Constitución del año 1998, sufre de invalidez originaria y de nulidad de pleno derecho desde su origen, sin embargo los servicios públicos se han prestado y se siguen prestando, esto es, la materialidad de tales efectos no serán removidos. ¿Cuál es la consecuencia de la invalidez sea originaria o sobrevenida en estos casos?
92. La invalidez jurídica, en estas circunstancias, tiene como consecuencia la privación de la tutela jurídica a la situación creada por el «permiso» y, por lo tanto, la no protección jurídica de dicha situación. O, mirado desde la otra cara, procede la tutela del interés legítimo que pretenda la remoción de la situación creada por el acto inválido. Es decir, “la

sanción que el ordenamiento jurídico prevé para la invalidez no es otra, por tanto, que privar de protección jurídica a la pretensión sobre el mantenimiento de la situación creada por el acto y, viceversa, otorgar tutela a quien presente un interés en su remoción digno de protección”<sup>12</sup>.

93. En el caso de los permisos de explotación comercial de los puertos otorgados a los particulares, después de la vigencia de la Constitución de 1998, su invalidez jurídica es manifiesta; sin embargo, la situación del permisionario creada por la delegación inválida no es objeto de protección normativa y sí lo es, en cambio, la de cualquier particular que sea perjudicado por aquella situación.
94. Es de afirmar que un «permiso» adolezca de nulidad de pleno derecho o sea tan sólo anulable es igualmente inválido y, por lo tanto, no sirve de fundamento para requerir la protección del interés en su cumplimiento o para mantener la situación creada por su contenido, sea que se trate de un caso de invalidez originaria o sobrevenida. La consecuencia de la no tutela del interés para que se cumpla o para la no protección de la situación creada es por razón de la invalidez del permiso y desde el momento que se tornó inválido.
95. En el caso de actos viciados de nulidad de pleno derecho, no hay excepción a la negativa de protección jurídica a los efectos materiales producidos

---

12 *Idem*, p.198.

por su expedición, mientras que, en el caso de los actos anulables, pueden convalidarse tales situaciones en los casos previstos en los Arts.110 y siguientes del COA.



JORGE ZAVALA EGAS

**INVALIDEZ DE LA DELEGACIÓN A LA  
INICIATIVA PRIVADA PARA LA PRESTACIÓN  
DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS PORTUARIOS**

**SEGUNDO APORTE PARA CORREGIR LA ILEGALIDAD, EL  
PERJUICIO AL ESTADO Y LA LIBRE COMPETENCIA EN EL  
MERCADO PORTUARIO**

ENERO 2021