

MLS LAW AND INTERNATIONAL POLITICS

<https://www.mlsjournals.com/MLS-Law-International-Politics>



Cómo citar este artículo:

Loor Zambrano, A. A. & Pahul Robredo, M. G. (2022). Análisis del marco constitucional y normativo para la delegación de puertos marítimos en el Ecuador. *MLS Law and International Politics*, 2(1), 193-206.

ANÁLISIS DEL MARCO CONSTITUCIONAL Y NORMATIVO PARA LA DELEGACIÓN DE PUERTOS MARÍTIMOS EN EL ECUADOR

Angela Annabella Loor Zambrano

Universidad Internacional Iberoamericana (Ecuador)

ananloorza@hotmail.com · <https://orcid.org/0000-0003-2909-8761>

María Graciela Pahul Robredo

Universidad de Salamanca (España)

gpahul@usal.es · <https://orcid.org/0000-0003-3249-3308>

Resumen. La delegación es una forma legítima que tienen los Estados centralizados o seccionales de transferir capacidades jurídicas, administrativas, operacionales y de gestión en general a entidades descentralizadas del propio Estado o entes del sector privado. En el Ecuador existen varias formas de delegar competencias y gestiones financieras, administrativas y operativas a cargo de empresas estatales extranjeras, privadas nacionales o extranjeras e incluso por medio de alianzas público-privadas. Los puertos marítimos del Ecuador forman parte de los sectores estratégicos del Estado por sus condiciones de infraestructura, ubicación geopolítica y facilidades de conectividad, elementos que los hacen atractivos para los inversionistas nacionales e internacionales especializados en los negocios marítimos, situación que los transforma en aliados valiosos para el comercio internacional y el tránsito de pasajeros turísticos. La estructura jurídica fundamental que soporta la acción de concesionar o delegar áreas de sectores estratégicos del Estado ecuatoriano —en este caso los puertos marítimos— tiene sustento legal en la Constitución de la República, el Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones, la Ley Orgánica de Incentivos Para Asociaciones Público Privadas, el Código Orgánico Administrativo y Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, entre otros cuerpos legales. El objetivo fundamental para la delegación e incluso la concesión de los puertos marítimos en el Ecuador obedece a la búsqueda de una gestión eficiente y eficaz para crear un entorno competitivo, sostenido en un ordenamiento jurídico que le permite lograr una dinámica efectiva que incentiva el comercio multilateral. El Estado ecuatoriano pretende que las ventajas comparativas y competitivas de infraestructuras y posicionamiento estratégico sirvan para generar un desarrollo sostenido basado en la capacidad de brindar servicios portuarios ágiles, seguros y con costes competitivos.

Palabras clave: Delegación, sectores estratégicos, puertos marítimos, conectividad, excepcionalidad.

ANALYSIS OF THE CONSTITUTIONAL AND REGULATORY FRAMEWORK FOR THE DELEGATION OF MARITIME PORTS IN ECUADOR

Abstract. Delegation is a legitimate way for centralized or sectional States to transfer legal, administrative, operational, and management capacities in general to decentralized entities of the State itself or private sector entities. In Ecuador, there are several ways of delegating financial, administrative, and operational powers and management to foreign state companies, national or foreign private companies, and even through public-private partnerships. The seaports of Ecuador are part of the strategic sectors of the State due to their infrastructure conditions, geopolitical location, and connectivity facilities, elements that make them attractive for national and international investors specializing in maritime businesses, a situation that transforms them into valuable allies for international trade and the transit of tourist passengers. The fundamental legal structure that supports the action of granting or delegating areas of strategic sectors of the Ecuadorian State—in this case, the seaports—has legal support in the Constitution of the Republic, the Organic Code of Production, Trade, and Investment, the Organic Law of Incentives for Public-Private Associations, the Organic Administrative Code and the Organic Law of the Comptroller General of the State, among other legal bodies. The fundamental objective for the delegation and even the concession of seaports in Ecuador is due to searching for efficient and effective management to create a competitive environment, sustained in a legal system that allows it to achieve an effective dynamic that encourages multilateral trade. The Ecuadorian State intends that the comparative and competitive advantages of infrastructures and strategic positioning serve to generate sustained development based on the ability to provide agile, safe port services at competitive costs.

Keywords: Delegation, strategic sectors, seaports, connectivity, exceptionality.

Introducción y premisas básicas

El Estado ecuatoriano, al igual que otros países, fomenta la inversión privada nacional o extranjera no solamente con el propósito de mejorar sus reservas monetarias o disminuir el déficit fiscal, además busca optimizar e impulsar el crecimiento y consolidación de áreas estratégicas que promuevan un desarrollo sostenido. Toda vez que el comercio, la industria y la oferta de bienes y servicios en nuestro mundo globalizado se encuentra estrechamente vinculada al tráfico marítimo, las economías en el mundo dependen prioritariamente del flujo de importaciones y exportaciones a gran escala.

El Ecuador cuenta con una infraestructura portuaria con potencial para expandirse, especializarse e incluso de generar alianzas estratégicas para consolidar un desarrollo regional. Las provincias de Esmeraldas, Manabí, Santa Elena, Guayas y El Oro cuentan con costas y condiciones de accesibilidad fluvial como se destaca en el Boletín Estadístico Oficial de la Subsecretaría de Puertos y Transportes Marítimos y Fluvial (2021), y debido a tales condiciones en esas zonas se desarrollan esquemas especializados en operaciones comerciales, pesqueras, industriales, turísticas y militares, entre otras.

Cabe destacar que la mayoría de los puertos más importantes del Ecuador se encuentran bajo la administración y operación de agentes privados nacionales o extranjeros así lo podemos observar en el Boletín Estadístico Portuario del año 2021, ya sea a través de la delegación o en virtud de concesiones otorgadas por el Estado a causa de la necesidad de mejorar sus condiciones operativas y de infraestructura.

Para poder profundizar en el análisis de las figuras a las que nos hemos venido refiriendo, es necesario establecer e identificar las sutiles diferencias que existen entre la concesión y la delegación. Desde una perspectiva jurídica y a partir de la normativa en la materia, podemos decir que la concesión es el acto legal en virtud del cual el Estado cede a una

persona –por cuenta y riesgo de ésta– el dominio temporal de un patrimonio público para su explotación estipulando ciertas condiciones, especialmente el factor de retribución económica que puede traducirse en una participación porcentual de los réditos obtenidos (Franco Peláez, 2022).

Para muchos tratadistas la delegación se convierte en un acto, con doble naturaleza: política y administrativa, del Estado a través del cual se transfieren temporalmente a empresas mixtas o privadas competencias y responsabilidades que normalmente están a cargo del propio Estado, tales como la prestación de servicios públicos o la exploración y explotación de recursos naturales no renovables, siempre teniendo en cuenta la sostenibilidad. Porrás Villagómez, P. (2022) y Villareal López, J. (2022).

Es importante considerar la relevancia de que exista la posibilidad de establecer delegaciones y concesiones en los sectores estratégicos del Estado, salvo en ámbitos o aspectos relativos a la seguridad nacional, con la idea primordial de mejorar las condiciones de los bienes o servicios que se obtienen como fruto de tales transferencias y que limitan el patrimonio público, pero que al mismo tiempo suponen la posibilidad de mejorar las condiciones de desarrollo.

Los puertos ecuatorianos: tipología y características

El sistema portuario en Ecuador está constituido por los puertos comerciales del Estado, terminales portuarios privados habilitados y puertos especializados. Existen cuatro puertos públicos o entidades portuarias administradas por el Estado: Autoridad Portuaria de Guayaquil, Autoridad Portuaria de Manta, Autoridad Portuaria de Puerto Bolívar y Autoridad Portuaria de Esmeraldas.

Así también es importante destacar la condición de puertos especializados en el país como son la Superintendencia del Terminal Petrolero de Balao, Superintendencia del Terminal Petrolero de la Libertad y Superintendencia del Terminal Petrolero de El Salitral.

De acuerdo con el Boletín Estadístico Oficial de la Subsecretaría de Puertos y Transportes Marítimos y Fluvial (2021), existen 62 terminales portuarios habilitados, lo que implica que el Estado ha otorgado mediante concesión espacios acuáticos para que se construyan y operen en el territorio estas infraestructuras de carácter privado con regulación oficial y que son parte del espectro operacional portuario nacional.

También existe una apreciación con base en criterios de simplicidad, es decir una clasificación sin atender más que a elementos colaterales que se derivan de los puertos, a través de la cual se establecen grupos generales por sus similitudes como la ubicación geopolítica y alcances económicos. Sin embargo, esta aparente simplicidad, ha dado lugar a una gran magnitud y variada clasificación que guarda correlación con los objetivos de sostenibilidad financiera y ambiental, descritos en los objetivos 9, 10, 11 y 12 de la agenda para el desarrollo 2030. Se afirma que los puertos están en sinergia globalizada que se enmarca rigurosamente en la normativa internacional relacionada con el cuidado del medio ambiente en virtud del cual el transporte marítimo internacional se puede caracterizar a partir de elementos como el tipo de carga, la ubicación, el tamaño y la estructura (Sage-Fuller, 2018).

Según Arzate et al. (2012), bajo el criterio simple por su tipología los puertos se pueden agrupar por su situación frente al mar o puertos costeros, puertos de marea, por el alcance de actividades, por régimen aduanero, por los propietarios y/o explotadores, por el tipo de tráfico marítimo, por el tipo o estructura de mercaderías que se transbordan, por su diversificación, por

el tráfico interior desde y hacia el puerto, por el tipo de fletador, por la dirección del flujo de carga, por la generación de desarrollo y por la distribución de la cadena de distribución física internacional.

Tabla 1
Tipología de puertos bajo criterios de simplicidad

Grupo	Nominación
Puertos costeros	De bahía
	Estuario fluvial
	Fiordo
	Fluvial
	Lacustre y/o
Puertos de marea	De canal
	Abierto
	De pleamar
	De dique
	Esclusa
Por alcance de actividades	Calado profundo
	Mundial
	Regional
Por régimen aduanero	Local
	Puerto franco
	Puerto con aduana
Por los propietarios y explotadores	Federales
	Estatales
	Municipales
	De ciudad
	Privados
Por el tipo de tráfico marítimo	De línea
	Tramp
	Terminal
	Intermedia / tránsito
Por el tipo o estructura de las mercaderías que transbordan.	Carga general / gráneles
	Pasajeros
	Contenedores
	Lash Ro/Ro
	Ferries
Por su diversificación	Especializado
	Universal
	De ferrocarril
Por el tráfico interior hacia y desde el puerto.	Interiores de vías marítimas o fluvial
	De tráfico de vías
	Oleoductos
Por el tipo de fletador	Comercial
	Industrial
	Expedición
	Importación
Por la dirección del flujo de carga	Exportación
	Transito
	Primera
Por la generación de desarrollo	Segunda
	Tercera
	Cuarta
	Ubicación entre los nodos
Por la distribución de la cadena de distribución física internacional.	Inicio
	Término

Nota: Tomada de tipología de puertos bajo criterios de simplicidad (Arzate et al., 2012).

Adicionalmente a las tipologías simples de puertos descritas y detalladas en el gráfico anterior, según Panžić (2010) podemos señalar varios tipos de puertos especiales como son (i) puertos deportivos: aquellos espacios acuáticos cuyas instalaciones están destinadas a las operaciones de acoderamiento, avituallamiento, reparaciones menores y demás maniobras para naves destinadas para el ocio, la práctica de pesca deportiva y demás actividades similares; (ii) puertos navales: los que cuentan con la infraestructura adecuada para la reparación y/o construcción de embarcaciones; y (iii) puertos comerciales: encargados del manejo de mercaderías perecederas y a la descarga de pescado, para tales fines cuentan con instalaciones adecuadas para la comercialización de este tipo de productos.

Tal como podemos observar y a pesar de que no existe unanimidad en cuanto a la clasificación de los puertos y sus instalaciones, es necesario tener referentes que aporten luz en cuanto al papel protagónico que desempeñan en el comercio y el atractivo que suponen en inversión, abonando al desarrollo sostenible y estimulando que el Estado genere mecanismos para su mejor aprovechamiento y explotación.

Normativa constitucional y sectores estratégicos

La Constitución de la República del Ecuador (2008) incorpora en el Capítulo Quinto a los “Sectores estratégicos, servicios y empresas públicas” como un segmento de enorme valía para el desarrollo socioeconómico del país, el tercer inciso del artículo 313 es amplio al definir los elementos o componentes de los sectores estratégicos, el legislador constituyente establece una razonable amplitud en el alcance de la norma al integrar como sectores estratégicos “los demás que determine la ley”, adelantándose así a la posibilidad de que por razones políticas, sociales, históricas, económicas o coyunturales surjan ámbitos que cobren especial importancia y que adquieran el calificativo de estratégicos.

Debemos advertir que el Ecuador es un Estado de derechos y justicia y la carta magna lo puntualiza desde el primero de sus artículos y posteriormente dentro del mismo ordenamiento en el numeral 82 prevé que es derecho primordial la tutela de la seguridad jurídica que taxativamente dispone el respeto a la norma constitucional y demás leyes y cuerpos normativos de acuerdo a su jerarquía –artículo 425–, en sinergia con los principios filosóficos del derecho que consagrara Hans Kelsen en 1934 (Bedoya, 2019).

En este mismo contexto la norma fundamental del Estado, en el inciso segundo del artículo 314, singulariza los alcances de los elementos constitutivos para el desarrollo económico estipulando textualmente que “el Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias y los demás que determine la ley”, disposición que se complementa con el segundo inciso de dicha disposición suprema a través de la cual se destaca la obligatoriedad que tiene el Estado de garantizar la provisión de estos servicios públicos ajustado a los principios de obligatoriedad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad.

Por otro lado, debemos tener en cuenta que la Ley de Régimen Administrativo Portuario Nacional (1976) en su parte pertinente establece que “los puertos marítimos y fluviales existentes y los que se establecieren en el futuro, cuyas características no justifiquen la conformación de Autoridades Portuarias, serán administrados, mantenidos y operados directamente por la Dirección de la Marina Mercante y del Litoral, a través de Administraciones Portuarias y se registrarán por las disposiciones de la presente ley en lo que fuere aplicable y por

el Reglamento respectivo que será expedido por la Dirección de la Marina Mercante y del Litoral”.

Consideración que resulta diametralmente distinta para la Provincia de Galápagos pues su régimen especial le atribuye competencias diferenciadas a las del Ecuador continental, siempre que no contravengan las normas en la materia y dejando en claro que la autoridad marítima es la Dirección de la Marina Mercante y del Litoral, así lo puntualizan de manera taxativa los numerales 6, 7 y 14 del artículo 5 de la Ley de Régimen Especial de la Provincia de Galápagos en relación con las disposiciones del Decreto Ejecutivo 1.111 expedido el 27 de mayo del 2022 en el Registro Oficial N° 358.

En octubre del año 2013 se emitió una Resolución signada con el N° SPTMF165/13, publicada en el Registro Oficial N° 133 del 28 de noviembre del mismo año, a través de la cual se expidieron las normas para la prestación de servicios portuarios y las actividades dentro de los terminales portuarios habilitados y autorizados para operar en nuestro país.

La referida normativa es aplicada a los servicios portuarios y otras actividades que se realicen en todas las entidades portuarias o sus delegatarios, y terminales portuarios habilitados y/o factibilidades portuarias privadas autorizadas a operar en tráfico nacional e internacional.

Ibídem a lo establecido en precedente el artículo están sujetas a estas regulaciones los operadores portuarios y agencias navieras con matrícula para operar como tal, que presten servicios en las entidades portuarias o sus delegatarios y demás observando las disposiciones reglamentarias, serán las entidades portuarias o sus delegatarias las responsables de ejercer el control para el cumplimiento de lo señalado en este marco normativo,

En referencia a las normas citadas queda explícito el sentido de la actividad portuaria en el país, misma que se puede apreciar o concebir en distintas formas o mecanismos de acuerdo a la prestación de servicios portuarios en los puertos de la República del Ecuador, pudiendo ser administrados y operados.

De forma directa, por intermedio de las Autoridades Portuarias, sus delegatarios o concesionarios, puertos especiales, terminales portuarios habilitados y/o facilidades portuarias privadas, cuando sean entes operativos, es decir, provean por sí mismo los servicios portuarios.

- a) De forma indirecta, a través de operadores portuarios en los siguientes términos:
- Mediante el otorgamiento del respectivo permiso de operación a favor de las personas jurídicas que hayan cumplido con todos los requisitos exigidos por la autoridad competente.
 - Por delegación en los términos y condiciones establecidos en la ley que es aplicable a los procesos de delegación de los servicios públicos portuarios y de transporte en general; y, del “Reglamento de aplicación del Régimen Excepcional de Delegación de Servicios Públicos de Transporte”, para aquellos servicios que, para su prestación, requieran indispensablemente el uso y la explotación de las infraestructuras portuarias públicas preexistentes.
 - De forma subsidiaria por las Autoridades Portuarias, sus delegatarios o concesionarios, puertos especiales, terminales portuarios habilitados y/o facilidades portuarias privadas, cuando a demanda de servicios portuarios no se encuentre cubierta por los operadores portuarios que para el efecto hayan sido habilitados.

Conviene advertir los tipos de servicios que prestan las Autoridades Portuarias y Puertos Especiales en el Ecuador, que se representan en la siguiente tabla.

Tabla 2
Servicios prestados por las Autoridades Portuarias y Puertos Especiales en el Ecuador

Servicios	Descripción de servicios
Acceso portuario marítimo y/o fluvial. De tráfico marítimo portuario. Fondeadero.	Comunicaciones, dragado del área común de navegación y coordinación de la operatividad de la ayuda de navegación con la autoridad competente. Ordenación, coordinación y control Comercial y no comercial Gestión y ejecución de actividades que permiten y facilitan el acceso, tránsito seguro, operación maniobras de las naves o artefactos navales en los puertos o terminales marítimos o fluviales incluyendo sus zonas de aproximación y fondeo. Se podrán prestar los siguientes servicios a la nave o artefacto naval de forma directa o indirecta, entre estos, practicaje, remolcaje, amarre y desamarre (incluye operación de pasacabos)
Servicios a la nave o artefacto naval.	Gestión y ejecución de actividades para la transferencia, almacenamiento y manipulación de las cargas y sus labores conexas dentro de los recintos portuarios o dentro de las naves o artefactos navales. Ejemplo carga y descarga, estiba, reestiba y desestiba, trinca y destrinca, tarja, porteo, almacenamiento, pesaje (operación de báscula), embalaje, paletizaje y suministros de energía a contenedores.
Servicios de apoyo y de carga.	Actividades de embarque y desembarque de pasajeros entre el terminal nacional o internacional marítimo o fluvial y las naves especializadas para el transporte de personas, así como para el ingreso o salida del terminal, traslados y/o permanencia en el mismo, así también podrán prestar los servicios directos o indirectos de embarque y desembarque, transporte de pasajeros, carga y descarga de equipajes y de vehículos de pasajeros.
Servicios de pasajeros.	Gestión de apoyo o complemento para los servicios portuarios, que se provean en la zona operativa, a la nave, artefacto naval, pasajeros; o, a la carga, estos pueden ser de vigilancia y seguridad, seguridad física y limpieza.
Servicios conexos.	

Nota: Tomada de Reglamento General de la Actividad Portuaria en el Ecuador (2000).

El Reglamento General de la Actividad Portuaria en el Ecuador, Decreto Ejecutivo N° 467 (2000), expone en el numeral 1 del artículo 3 la definición del modelo portuario derivado de la aplicación de los criterios de delegación y privatización y establece que los puertos comerciales estatales del Ecuador serán de titularidad estatal y se regirán por el modelo internacionalmente conocido bajo la denominación *Landlord* o puerto propietario en el que las entidades portuarias no operan de forma directa ningún servicio o facilidad y sus funciones quedan reducidas a la administración, mantenimiento y desarrollo de los puertos en todo lo relativo a sus infraestructuras y espacios de uso común que no estén delegados al sector privado. De igual manera se adjudica al puerto propietario el control y seguimiento de los contratos celebrados con terceros sin interferir en el desarrollo de los negocios de las personas privadas que en ellos operen o tengan a su cargo la construcción, administración y gestión de

infraestructuras o espacios en tanto estos se realicen dentro del marco legal contractual en el que se inscriban.

El Estado ecuatoriano a través de las empresas públicas tiene reservado el derecho a la prestación de los servicios portuarios, esto de manera subsidiaria, en el caso que la demanda del mercado no esté adecuadamente cubierta por las empresas operadoras y a partir de la realización de la petición específica para algún puerto cuya necesidad no haya sido cubierta pese a haber solicitado algún servicio, tal como lo describe el artículo 4 del marco legal en vigor.

En concordancia con lo establecido en el artículo 287 de la Constitución de la República se les atribuye a las empresas públicas la potestad legal para el cobro de las tarifas portuarias correspondientes para lo que deben desglosar los servicios de la empresa privada contratada, sin que esto deba percibirse como una tercerización o precarización laboral alguna.

El numeral 3 del artículo 5 del instrumento en comento puntualiza la exigencia a las empresas públicas que celebren contratos de delegación con el sector privado de integrar cláusulas específicas a través de las que hagan constar el principio que los rige y además la garantía de su cumplimiento a través de controles y facultades dedicadas a la comprobación que estarán a cargo de las empresas públicas, a las que también se exige el establecimiento de estándares mínimos de eficiencia y precios máximos que deberán ser acordes con los puertos competidores de terceros países y teniendo en cuenta la realidad nacional y la de cada puerto. Por todo lo anterior se hace evidente la prioridad de establecer un sistema de fijación de precios en la prestación de servicios de tal manera que se puedan garantizar condiciones de competitividad.

Por su parte, el Reglamento de la Actividad Portuaria (2011), construye un enfoque de la gestión y la prevalencia del sector público para tales efectos, el artículo 33 de este cuerpo legal define como Dominio Público Portuario al “conjunto de los bienes, terrenos y aguas que se requieren para el ejercicio de la actividad portuaria, la aproximación de las naves a los puertos, las zonas de cuarentena y maniobra, así como los sistemas de señalización, balizamiento y seguridad correspondientes”.

En cuanto a las condiciones y modalidades de utilización de todo aquello que forma parte del dominio público portuario definido en el párrafo que antecede, el artículo 34 del mismo Reglamento establece, que las entidades portuarias titulares del mismo podrán involucrar a los concesionarios con los que celebren un contrato de ocupación y uso exclusivos de partes del mismo dominio público para fines relacionados con las actividades portuarias. Adicionalmente puntualizar que el otorgamiento de estos derechos puede realizarse a favor de las personas del sector privado matriculadas como operadores portuarios, cuando ostenten la correspondiente autorización de la entidad portuaria estatal con jurisdicción en el puerto correspondiente.

Por lo que respecta a la construcción de obras en instalaciones portuarias, el Reglamento de la Actividad Portuaria (2011), indica que la utilización privativa del dominio público portuario —en todos los casos en que las personas del sector privado requieran la construcción de obras o instalaciones fijas o la realización de cualesquiera inversiones que incrementen su valuación cuantitativa o su superficie útil— requerirá el otorgamiento de una concesión en la forma establecida. De allí que, cualquier intervención de esta naturaleza que desee realizarse en los puertos del Ecuador debe contar con la autorización de los organismos competentes.

De manera semejante una investigación realizada por Guasch, Suárez-Alemán y Trujillo (2016) analiza las características específicas que los mega puertos introducen en los modelos tradicionales de concesiones portuarias y la pertinencia de la construcción de estas obras civiles de grandes envergaduras como la construcción de rompeolas.

La investigación de Guasch *et al.* (2016), surgió tomando como referencia un estudio realizado con miras de futuro en el que se proyectó que la capacidad nominal local del sistema

portuario chileno se agotaría en el año 2025 y la demanda en la zona central de Chile requeriría una capacidad adicional de contenedores, razón por la cual se propuso el tema de investigación de desarrollo de un Puerto de Gran Escala. La propuesta de esta investigación fue implementar secuencialmente dos mega puertos y dadas las especificaciones técnicas especializadas desarrollar uno en San Antonio y otro en Valparaíso.

A raíz de lo reseñado, Guasch *et al.* (2016), propusieron cuatro esquemas para la construcción de los puertos, todos ellos dependientes de la ley de puertos, en virtud de los que se establece que los nuevos muelles solo podrán ser desarrollados por la empresa privada mediante concesiones. En este punto resulta relevante señalar que en Latinoamérica se han obtenido resultados favorables al celebrar contratos de concesiones portuarias, situación que aporta viabilidad y seguridad a este tipo de relación jurídica.

Se concluye en el trabajo de investigación de Guasch *et al.* (2016), que el objetivo clave de los mega puertos es el aumento de la capacidad portuaria, para lo cual se deben adoptar varias opciones tales como adjudicar la concesión a una sola entidad, construir un rompeolas financiado por el sector público que tiene la atribución de licitar las obras para su construcción. En tal virtud y debido a las conexiones intermodales –en particular el ferrocarril– se aconseja la construcción del primer mega puerto en San Antonio, considerando las ventajas logísticas y mejor relación calidad-precio respecto a Valparaíso. El trabajo de investigación al que nos hemos venido refiriendo ha proporcionado un panorama amplio sobre las particularidades que se deben tener en cuenta para establecer los elementos que deben reunir los proyectos de concesión a gran escala.

En el contexto de las ideas expuestas y como la mayor parte de los terminales portuarios en Ecuador están gestionados por empresas privadas, podemos afirmar que las administraciones de carácter privado resultan más eficientes que las estatales; de allí que el constante crecimiento del comercio internacional obligue a que los puertos se modernicen, amplíen sus capacidades y en este escenario, contar con políticas portuarias accesibles y competitivas para todo el sector y compatibles con su realidad.

En sentido contrario, también se pueden percibir diversas problemáticas en los puertos del Ecuador y con base en las descripciones de Aguilar Miranda, G. (2017), se deben mayormente a los siguientes factores:

- Los espacios físicos para el almacenamiento de carga son limitados y resultan insuficientes.
- El calado máximo en los puertos del Ecuador es de 12 metros mientras que el manejo de portacontenedores calados requiere al menos 14 metros para alcanzar una capacidad de carga de 18.000 TEUs.
- La falta de infraestructura portuaria para atender en menor tiempo la demanda de espacios en los muelles.
- La carencia de maquinaria y equipos modernos para la gestión.
- La escasez de tecnología avanzada dirigida a dinamizar la atención al usuario.
- La insuficiencia y en extremo la inexistencia de incentivos tributarios y políticas sólidas en aras de la productividad y provecho para el sector.

A partir del planteamiento de las dificultades que hemos mencionado, podemos advertir la realidad cotidiana de los puertos ecuatorianos, situación que las empresas concesionadas deben atender con especial cuidado e interés, para identificar las pautas adecuadas y poder incluir reformas e inversiones con el respaldo de las autoridades pertinentes. Podemos sostener

que el Ecuador requiere revisar estos aspectos que se traducen en áreas de oportunidad con el propósito de hacer más eficientes sus puertos y servicios portuarios para lograr estándares de alta competitividad a nivel mundial, más aún si asumimos que una adecuada administración y gestión portuaria son necesarias para hacer frente a los grandes desafíos que supone el desarrollo económico de la Nación.

Para continuar con este análisis es necesario tener como base en las normas fundamentales del derecho ecuatoriano y considerar las sentencias interpretativas de orden constitucional dedicadas a establecer con precisión los alcances de una delegación de bienes y servicios de los sectores estratégicos del Estado. En este sentido, el artículo 313 de la Carta Magna postula la reserva que se realiza a favor del Estado “del derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia” en concordancia con la facultad estatal para constituir empresas públicas para realizar la tarea de gestión de los “sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas” del artículo 315 constitucional.

Todas las premisas de titularidad estatal respecto de los sectores estratégicos y las atribuciones de gestión a través de empresas públicas se ven complementadas por la disposición establecida en el artículo 316 del mismo ordenamiento normativo que contempla la posibilidad que tiene el Estado para delegar “la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria”. Esta facultad dependerá del interés nacional y el cumplimiento de la obligación de respetar los plazos y límites fijados en la ley para cada sector estratégico. Finalmente, el marco de titularidad y gestión del que venimos hablando también se integra con la posibilidad excepcional a cargo del Estado de poder delegar en manos de la iniciativa privada y la economía popular tales funciones.

En virtud de todo lo expuesto hemos considerado la imperiosa necesidad de llevar a cabo una interpretación conjunta de los dispositivos constitucionales en comento (artículos 313, 315 y 316), en cuanto al principio de exclusividad que en términos generales atribuyen al Estado en la administración, regulación y control de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos pues al mismo tiempo le conceden facultades al propio Estado para desarrollar tales funciones en conjunto con empresas públicas o la alternativa de carácter excepcional para encargar sus funciones a empresas privadas siempre que se vele por el interés nacional.

La Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia interpretativa 001-12-SIC-CCEs (2012), es muy precisa al realizar el análisis de las condiciones que debe colmar el Estado en cuanto a la excepcionalidad para delegar sus funciones y establece literalmente que:

“Los casos de excepcionalidad se deberían establecer para cada sector estratégico y/o para cada servicio público, pues son ámbitos conceptuales muy amplios que podrían ameritar distinciones o particularidades específicas para cada sector, y si algunas leyes especiales de un sector no establecieran estos casos de excepcionalidad, en la actualidad, por ser cuerpos normativos anteriores a la Constitución de la República del 2008, podría ser viable una reforma legal, o, en todo caso, se estará a las leyes que regulen y manden en cada sector, en donde se determinen los casos de excepción y los requisitos correspondientes. No obstante, el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, en su Libro V, Título I, regula el fomento y promoción de los sectores estratégicos, y en cuyo artículo 96 dice: “El Estado podrá delegar excepcionalmente, a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, las inversiones en los sectores estratégicos en los casos que se establezcan en las leyes de cada sector y, subsidiariamente, en el presente Código”; y la delegación de la gestión de los sectores estratégicos y/o la

prestación de los servicios públicos a la iniciativa privada o a la economía popular y solidaria se la hace de forma excepcional, en los casos previstos en el artículo 100 de este cuerpo normativo, el mismo que, en lo pertinente, dispone: "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..."; bien podría entonces aplicarse esta disposición legal, hasta que la ley de la materia o del sector correspondiente determine los casos de excepcionalidad de delegación a la iniciativa privada o a la economía popular y solidaria en cada materia o sector" (p. 9).

Conclusiones

- (i) Pese a no estar descrito de manera taxativa en las disposiciones normativas debemos afirmar que los puertos en el Ecuador forman parte de los sectores estratégicos del Estado, no solamente en cuanto a la prestación de servicios plenamente identificados, sino también porque su utilización y aprovechamiento se encuentra estrechamente vinculada con las principales actividades económicas del país como las hidrocarburíferas y de defensa nacional, circunstancia que ubica a los puertos y al sector en general, en una posición estratégica para el desarrollo armónico y sostenible del Ecuador.
- (ii) La reserva de los sectores estratégicos y servicios privativos del Estado pueden ser delegados en virtud de la carencia de recursos técnicos, financieros, logísticos, y profesionales, entre otros, de los que carezca el Ecuador. En tales circunstancias pudieran intervenir –amparadas bajo la figura de delegación– las empresas privadas o públicas nacionales y/o extranjeras, así como las de economía mixta, mediante acuerdos estratégicos plasmados en las Alianzas Públicas y Privadas, como alternativas aptas para mejorar las condiciones y capacidades de los puertos y sus instalaciones y contribuir con mejores condiciones para el desarrollo.
- (iii) A fin de dar cabida a la posibilidad jurídica, técnica, financiera y administrativa de delegar los puertos, el Estado debe acreditar la condición de excepcionalidad de tal manera que la delegación obedezca a un criterio apegado al desarrollo y no se transforme en una forma de trasladar la prestación de los servicios públicos con el afán de beneficiar al sector privado, pues se debe a razones de incapacidad del Estado para la organización y administración del sector portuario de forma eficaz en beneficio del interés común.
- (iv) La delegación de los puertos debe producirse de manera improrrogable y con apego a lo dispuesto en las normas específicas dedicadas al manejo de la actividad portuaria. El Estado ecuatoriano cede mediante la delegación parte de sus atribuciones, pero jamás dejará de ser el titular exclusivo y contralor absoluto de la gestión de bienes y servicios en aquellos sectores estratégicos delegados; así como por razones de interés nacional tiene facultades de delegar, al constatar que no se vela por tal interés entonces podría proceder a retirar tal encomienda.
- (v) El instrumento jurídico necesario para que opere la delegación de algún puerto consiste en la celebración de un contrato y sea el Estado a través de las autoridades o Empresas Públicas pertinentes el que se encargue de regular, controlar y fomentar las prestaciones en el marco del plan nacional de desarrollo.

- (vi) Solo se justifica una delegación en situaciones específicas del Estado: que no cuente con los recursos técnicos para brindar un servicio eficiente; que no tenga capacidad de gestión para internacionalizar y desarrollar estrategias de posicionamiento global en el comercio exterior; que carezca de los recursos financieros para inversiones que generen un desarrollo en la infraestructura portuaria; y cuando exista la posibilidad de una alianza con operadores globales en asuntos portuarios apta para posicionar al puerto que se delegará y a la región como áreas estratégicas de servicios y logística eficiente para el comercio exterior.

Recomendaciones

1. El Estado ecuatoriano tiene la posibilidad de promover un desarrollo integral de la actividad portuaria, capaz de establecer entre todos los puertos estatales un concepto de especialización y de gestión complementaria.
2. A partir de las funciones del Poder Legislativo se deben armonizar las normas relacionadas con la actividad portuaria e incorporar normas que contribuyan con el desarrollo sostenible del sector portuario en el Ecuador.
3. Es necesario generar esquemas de gestión con autonomía administrativa, financiera y funcional, salvo en los casos que se vean comprometidos los aspectos inherentes a la seguridad del Estado, a partir de consideraciones generales, pero al mismo tiempo aquellas que se centran especialmente en la diferenciación dimanada de sus características y capacidades individuales que son resultado de sus ventajas comparativas y competitivas.
4. Las delegaciones de los puertos en el marco jurídico actual deben mantener detonantes basados en metas cuantitativas y cualitativas de manera ascendente, siempre que estas justifiquen la delegación, es decir que el delegatario por obligación debe generar una mayor capacidad funcional de la que se tenía con la administración estatal, situación que deberá evaluarse a través de indicadores de gestión que demuestren la eficiencia, efectividad y eficacia relacionadas con la sostenibilidad delimitada en los objetivos de la agenda 2030 para el desarrollo concebidos en el seno de las Naciones Unidas.

Referencias

- Aguilar Miranda, G. (2017). La gestión portuaria en el Ecuador, una realidad nacional. *Observatorio de la Economía Latinoamericana, Servicios Académicos Intercontinentales*, 237.
- Arzate, E., Ortega, C., González, E., Gómez, G., Báez, Y., Rangel, S., & Ovin, R. (2012). *Descripción Física de los Puertos*. <http://ingcivilpuertos.blogspot.com/2012/05/descripcion-fisica-de-los-puertos.html>
- Asamblea Nacional Constituyente. (2008). Sectores estratégicos, servicios y empresas. En *Constitución Política del Ecuador*.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2017). *Ley Orgánica de Empresas Públicas*. <https://www.telecomunicaciones.gob.ec/wp-content/uploads/2017/05/LEY-ORGANICA-DE-EMPRESAS-PUBLICAS.pdf>

- Asamblea Nacional del Ecuador. (2018). *Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones*, COPCI.
- Bedoya, G. (2019). *Jerarquía de las normas jurídicas*. UNICISO: <https://www.portaluniciso.com/info/JER.pdf>
- Congreso de la República del Ecuador. (1976). *Ley de Régimen Administrativo Portuario Nacional, Registro Oficial N° 67*. <https://www.gob.ec/regulaciones/ley-regimen-administrativo-portuario-nacional>
- Corte Constitucional del Ecuador. (5 de Enero de 2012). *Sentencia interpretativa N° 001-12-SIC-CCE*. <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/30308061-c10f-44ca-b2c3-ef542a4aa978/0008-10-IC-SCC-sent.pdf>
- Franco Peláez, Y. (2022). *Alianzas público-privadas: una fórmula para el desarrollo de infraestructura estratégica a través de la cooperación particular estado*. [Tesis Maestría] Universidad Nacional de Colombia.
- Guasch, J., Suárez-Alemán, A., & Trujillo, L. (2016). Megaports' concessions: The Puerto de Gran Escala in Chile as a case study. *Case Studies on Transport Policy*, 4(2), 178-187.
- Ministerio de Obras Públicas del Ecuador. (2016). *Normas que regulan los servicios portuarios en el Ecuador*. <https://n9.cl/qc3v1>
- Panžić, T. (2010). Sport ports in croatian legislation. *Hrčak*, 47(3), 647-675.
- Porras Villagómez, P. (2022). Las infracciones penales en puertos y su control en el marco regulatorio. En J. Correa Calderón, *Ciudad Puerto frente a la pandemia* (págs. 109-133). Editorial UTMACH.
- Presidencia de la República del Ecuador. (2000). *Reglamento General de la Actividad Portuaria en el Ecuador, Decreto Ejecutivo N° 467*. <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/ecu20611.pdf>
- Presidencia de la República del Ecuador. (2022). *Decreto Ejecutivo 1.111, Registro Oficial No 358*. <https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial-web/publicaciones/registro-oficial/item/14111-registro-oficial-no-358>
- Reglamento de la Actividad Portuaria. (2011). *Artículo 33. Definición y estructuración*.
- Sage-Fuller, B. (2018). The Greening of Ports. En M. Salomon, & T. Markus, *Handbook on Marine Environment Protection* (págs. 793–809). Springer, Cham.
- Subsecretaría de Puertos y Transporte Marítimo. (28 de Noviembre de 2013). *Resolución SPTMEF165/13*. https://www.obraspublicas.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2015/04/LOTAIP2015_SPTMF-165-13-NORMAS-PARA-LA-PRESTACION-DE-SERVICIOS-PORTUARIOS-R.O.-133-28
- Subsecretaría de Puertos y Transporte Marítimo y Fluvial. (2021). *Boletín Estadístico Oficial*. Obtenido de Ministerio de Transporte y Obras Públicas: <https://www.obraspublicas.gob.ec/puertos-y-transporte-maritimo-y-fluvial/>

Villarreal López, J. (2022). *Solución de conflictos en los contratos de diseño, financiamiento, construcción, operación y mantenimiento en las asociaciones público-privadas*. [Tesis Maestría]. Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Ecuador.

Fecha de recepción: 31/10/2022

Fecha de revisión: 01/11/2022

Fecha de aceptación: 02/12/2022