



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPÚBLICA DEL ECUADOR

Edificio Amazonas Plaza
Av. Amazonas N39-123 y Arízaga
+593 2 2941300
www.pge.gob.ec
@PGEcuador

Oficio N° 08382

Quito, DM, 10 MAR 2020

Señor Magíster
José Gabriel Martínez Castro
MINISTRO DE TRANSPORTE Y OBRAS PÚBLICAS (MTOB)
En su despacho.-

Señor Ministro:

Mediante oficio No. MTOB-MTOB-20-106-OF de 3 de enero de 2020, ingresado en la Procuraduría General del Estado el 6 de los mismos mes y año, usted formuló la siguiente consulta:

¿Una sociedad mercantil ecuatoriana, que actúa como gestor privado a través de un Contrato de Gestión Delegada de Asociación Público Privada, para el Desarrollo, Construcción, Operación y Mantenimiento de un Servicio Público en un Puerto que conforma la Red de Puertos Públicos, debe ser considerada como una Entidad Portuaria y por lo tanto pagar únicamente la contribución determinada en el literal a. del artículo 8 de la Ley General de Puertos?

1. Antecedentes.-

1.1. A fin de contar con mayores elementos de análisis, en forma previa a atender su consulta, mediante oficio No. 07400 de 14 de enero de 2020, este organismo solicitó a la Autoridad Portuaria de Guayaquil (en adelante APG), remita el criterio institucional sobre el objeto de la consulta, requerimiento que fue atendido por el Gerente de la citada entidad, mediante oficio No. APG-APG-2020-0047-O de 29 de enero de 2020, ingresado en este despacho el 31 de los mismos mes y año, al que se adjuntó el criterio jurídico del Director de Asesoría Jurídica de APG.

1.2. El informe jurídico del Coordinador General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Transporte y Obras Públicas, contenido en memorando No. MTOB-CGJ-2019-1586-ME de 27 de diciembre de 2019, cita los artículos 314, 316 y 339 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante CRE); 5, letra h) y 100 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones² (en adelante COPCI); 10 y 13 de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas y la Inversión Extranjera³ (en adelante LIAPP); 2, 7 y 8 de la Ley General de Puertos⁴ (en adelante LGP); 1 y 11 del Decreto Ejecutivo No. 1111⁵, concluyendo lo siguiente:

¹ CRE, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

² COPCI, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 351 de 29 de diciembre de 2010.

³ LIAPP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 652 de 18 de diciembre de 2015.

⁴ LGP, emitida mediante Decreto Supremo No. 289 y publicada en el Registro Oficial No. 67 de 15 de abril de 1976.

⁵ Decreto Ejecutivo publicado en el Registro Oficial No. 358 de 12 de junio de 2008.



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPUBLICA DEL ECUADOR

Edificio Amazonas Plaza
Av. Amazonas N39-123 y Arizaga
+593 2 2941300
www.pge.gob.ec
@PGEcuador

MINISTERIO DE TRANSPORTE Y OBRAS PÚBLICAS (MTO)
06408-2020
Página. 2

Una vez revisados los antecedentes de hecho y de derecho expuestos con anterioridad y tomando en cuenta que la Terminal Portuaria del Puerto de Posorja-TPPP, es un puerto comercial cuyas operaciones han sido autorizadas por la Autoridad Portuaria de Guayaquil, a través de la suscripción del Contrato de Asociación Público Privada del 6 de junio del 2016, a través de la cual la Sociedad Gestora asumió la facultad de administrar las instalaciones de la TPPP durante el período de delegación y prestar los servicios públicos de transporte en dicha terminal; y al amparo del mismo contrato está bajo el control de la Autoridad Portuaria de Guayaquil, se concluye que DP WORLD POSORJA S.A., **debe ser considerado como una Entidad Portuaria; por tanto, debe contribuir al Ministerio de Transporte y Obras Públicas el valor determinado en el literal a) del artículo 8 de la Ley General de Puertos.** (Lo resaltado me corresponde).

1.3. Por su parte, el Director de Asesoría Jurídica de la APG, en su criterio jurídico, contenido en memorando No. APG-GAJ-2020-0047-M de 29 de enero de 2020, cita los artículos 226 y 237 de la CRE; 12, letra c) de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado⁶ (en adelante LOCGE); 8, letra f) de la Ley de Régimen Administrativo Portuario Nacional⁷ (en adelante LRAPN); 4, letras b) y c), 8, letra b) y 9 de la LGP; 2 de la Resolución de la Marina Mercante No. 55; y 2 del Decreto Ejecutivo No. 723, concluyendo lo siguiente:

2.8.- Previamente, la Subsecretaría de Puertos en la misma Resolución, ha indicado con acierto que el Estado es el responsable de la provisión de los servicios públicos denominados *estratégicos*, entre otros, las infraestructuras portuarias y aeroportuarias, de conformidad con lo proclamado por la Constitución de la República en su artículo 314 (...).

2.13.- El artículo 9 de la Ley General de Puertos, expresa que *se consideran Entidades Portuarias, tanto las actuales Autoridades Portuarias, como las Organizaciones que hubiere conformado o se conformaren en el futuro para la administración de los puertos.*

2.14.- Al tenor de lo estipulado en la Cláusula SIETE del Contrato de Gestión Delegada (...) existe una delegación de Autoridad Portuaria de Guayaquil (sujeto pasivo de la contribución referida en el artículo 8, literal a), de la Ley General de Puertos) a DPWORLD POSORJA, para que ésta actúe a su nombre y representación en la operación del Puerto de Aguas Profundas de Posorja (...), con la promesa de que el Gestor Privado entregue a título de reversión a la Entidad Delegante todo el Proyecto, incluyendo sus activos libres de gravámenes, licencias, permisos, habilitaciones y todos los derechos relativos al funcionamiento del negocio, una vez terminado el Contrato (...).

2.15.- Queda ampliamente explicado que el sujeto activo o recaudador de las contribuciones establecidas en el artículo 8 de la Ley General de Puertos, es la Subsecretaría de Puertos y Transporte Marítimo y Fluvial (...).

3.2.- (...) La competencia de fijación y recaudación de las contribuciones especificadas en el artículo 8 de la Ley General de Puertos, **la tiene la Subsecretaría de Puertos y Transporte Marítimo y Fluvial del Ministerio de Transporte y Obras Públicas, conforme lo prescribe el artículo 2 del Decreto Ejecutivo 723, publicado en el Registro Oficial 561 del 07 de agosto de 2015. Autoridad Portuaria de Guayaquil, como Entidad Portuaria, es contribuyente a través de**

⁶ LOCGE, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 595 de 12 de junio de 2002.

⁷ LRAPN, emitida mediante Decreto Supremo No. 290, publicada en el Registro Oficial No. 67 de 15 de abril de 1976.



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPÚBLICA DEL ECUADOR

Edificio Amazonas Plaza
Av. Amazonas N39-123 y Arizaga
+593 2 2941300
www.pge.gob.ec
@PGEcuador

MINISTERIO DE TRANSPORTE Y OBRAS PÚBLICAS (MTOB)
06408-2020
Página. 3

08382

sus concesionarias de las prestaciones señaladas en el literal a) del artículo 8 de la Ley General de Puertos. Siendo sujeto pasivo, mal podría esta institución pronunciarse sobre el valor a recaudar, por cuanto existiría evidente conflicto de intereses.

1.4. De lo expuesto, se puede observar que la entidad consultante y la APG coinciden en manifestar que las concesionarias de los terminales portuarios, autorizadas a operar por el Consejo Nacional de la Marina Mercante y Puertos, deben ser consideradas como Entidades Portuarias y, por ende, les corresponde cancelar la contribución prevista en la letra a) del artículo 8 de la LGP, a la Subsecretaría de Puertos y Transporte Marítimo y Fluvial del Ministerio de Transporte y Obras Públicas.

2. Análisis.-

El numeral 10 del artículo 261 de la CRE preceptúa que el Estado central tendrá competencias exclusivas sobre *“El espectro radioeléctrico y el régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones; puertos y aeropuertos”*.

En tal sentido, el artículo 314 de la CRE determina que el Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos, entre los cuales constan las *“infraestructuras portuarias y aeroportuarias”*, dispondrá que *“los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos, y establecerá su control y regulación”*. De acuerdo con el segundo inciso del artículo 316 ibídem, el Estado podrá, de forma excepcional, *“delegar a la iniciativa privada (...) el ejercicio de estas actividades, en los casos que establezca la ley”*.

Por su parte, el artículo 100 del COPCI, sobre la delegación de la gestión de los sectores estratégicos y la provisión de servicios públicos a la iniciativa privada, prevé:

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 precautelaré 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. (Lo resaltado me corresponde).

El artículo 2 de la LIAPP, respecto a su ámbito, establece que sus disposiciones se aplican a las *“asociaciones público-privadas que tienen por objeto la provisión de bienes, obras o servicios por parte del Gobierno Central y los Gobiernos Autónomos Descentralizados”*. De

conformidad con lo previsto en el artículo 10 ibídem, el *"sujeto de derecho privado responsable del desarrollo del proyecto público se denomina gestor privado"*.

En este contexto, el artículo 8 de la LIAPP define a la asociación público privada como:

(...) la modalidad de gestión delegada por la que el Gobierno Central o los Gobiernos Autónomos Descentralizados encomiendan al gestor privado, la ejecución de un proyecto público específico y su financiamiento total o parcial, para la provisión de bienes, obras o servicios a cambio de una contraprestación por su inversión, riesgo y trabajo, de conformidad con los términos, condiciones, límites y más estipulaciones previstas en el contrato de gestión delegada.

Con relación al objeto de los contratos de gestión delegada, el inciso primero del artículo 13 de la LIAPP establece lo siguiente:

Serán objeto de los contratos de gestión delegada, los proyectos públicos desarrollados en los sectores de interés general. Estos, para efectos de la aplicación de esta Ley, serán aquellos bienes, obras o servicios provistos por el Gobierno Central o los Gobiernos Autónomos Descentralizados, determinados en las leyes o por el Comité Interinstitucional de Asociaciones Público-Privadas, tales como infraestructura, desarrollo urbano, proyectos inmobiliarios y aquellos vinculados con vialidad e infraestructuras portuaria y aeroportuaria.

De lo expuesto, se observa que es competencia exclusiva y responsabilidad del Estado la provisión de los servicios públicos, entre ellos los que se prestan mediante el uso de infraestructuras portuarias, pudiendo, por excepción, delegar su gestión a la iniciativa privada, mediante las modalidades previstas en la ley, y conservando el Estado el control y la regulación de los precios y tarifas de dichos servicios. La delegación cabe en los casos en los cuales el Estado carezca de la capacidad técnica o económica, evento en el que puede encomendar a un gestor privado la ejecución de un proyecto público específico, como la administración de infraestructuras portuarias destinadas a la prestación de servicios públicos, mediante contratos de gestión delegada, así como su financiamiento total o parcial, a cambio de una contraprestación por su inversión, riesgo y trabajo.

Por otro lado, para atender su consulta es pertinente considerar que las funciones de planificación, dirección, coordinación, orientación y control de la política naviera y portuaria nacionales se ejercen, según el artículo 2 de la LGP, a través de los siguientes organismos:

- a) Consejo Nacional de la Marina Mercante y Puertos;
- b) Dirección de la Marina Mercante y del Litoral;
- c) Entidades Portuarias.

En este sentido, el artículo 8 de la LGP prevé que los servicios y actividades a cargo del Consejo Nacional de la Marina Mercante y Puertos, así como de la Dirección de la Marina Mercante y del Litoral, se financiarán con las siguientes contribuciones:

- a) Con el 2% (dos por ciento) de los ingresos totales, de las Entidades Portuarias, provenientes del cobro de tasas a la mercadería y a la nave, de tasas específicas y especiales.



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPÚBLICA DEL ECUADOR

Edificio Amazonas Plaza
Av. Amazonas N39-123 y Arizaga
+593 2 2941300
www.pge.gob.ec
@PGEcuador

MINISTERIO DE TRANSPORTE Y OBRAS PÚBLICAS (MTO)P

08382

06408-2020
Página. 5

b) Con el 5% (cinco por ciento) de los ingresos totales, provenientes del cobro de tasas a la mercadería y a la nave o de cualquier otro ingreso proveniente del uso de las instalaciones portuarias, que percibieren las personas naturales o jurídicas, privadas o públicas autorizadas para operar puertos o instalaciones marítimas con fines comerciales;

Estos fondos serán recaudados y administrados por la Dirección de la Marina Mercante y del Litoral con sujeción a las Leyes y Reglamentos que la rigen.

Adicionalmente, se debe considerar que, para la aplicación de la LGP, se consideran Entidades Portuarias *“tanto las actuales Autoridades Portuarias, como las Organizaciones que hubiere conformado o se conformaren en el futuro para la administración de los puertos”*, según lo previsto en su artículo 9. (Lo resaltado me corresponde).

Al respecto, la palabra *“administrar”* se define como *“Gobernar, regir, cuidar, manejar bienes”*⁸. En el contexto de las modalidades de delegación de la prestación de servicios públicos, el gestor privado, en los términos estipulados en el respectivo contrato, administra la infraestructura afectada a la prestación del respectivo servicio público.

Finalmente, el artículo 28 del Reglamento General de la Actividad Portuaria en el Ecuador⁹, con relación a las empresas portuarias, prevé:

Las personas del sector privado que ostenten concesiones de playa y bahía para la construcción y operación de terminales portuarios privados deberán someterse a lo dispuesto para el CNMMP y la Autoridad Portuaria Nacional, en materia de regulación y control de la actividad, aplicación de los principios de la Política Portuaria Nacional y demás competencias de estos órganos que les afecten. Asimismo estarán sujetos al cumplimiento de las obligaciones y regulaciones de cuantos órganos del Estado tengan competencia en su actividad, entre otras, las obligaciones aduaneras, fiscales, ambientales o municipales.
(...)

Al efecto de hacer la liquidación de las tasas que corresponden por su actividad, de acuerdo con el artículo 8 de la LGP, los capitanes de los buques que operen en terminales portuarios privados, previamente a recibir la autorización de zarpe, deberán presentar a la DIGMER o a quien ésta delegue para este fin, los manifiestos de carga y listas de embarque definitivos de los buques operados y, en cada liquidación que se efectúe, se acompañarán las facturas oficiales del valor de las operaciones y servicios que se liquiden.

La Autoridad Portuaria Nacional velará por el cumplimiento de estos preceptos, **ejerciendo los mismos controles que en el caso de los concesionarios de las EP.** (Lo resaltado me corresponde).

De lo analizado se observa que las Autoridades Portuarias y las Organizaciones conformadas para la administración de puertos, son consideradas Entidades Portuarias según el artículo 9 de la LGP y, por consiguiente, son sujetos pasivos de la contribución establecida en el artículo 8, letra a) de la misma ley.

⁸ Cabanellas, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo I, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1997, pág. 172.

⁹ Publicado en el Registro Oficial No. 97 de 13 de junio de 2000.



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPÚBLICA DEL ECUADOR

Edificio Amazonas Plaza
Av. Amazonas N39-123 y Arizaga
+593 2 2941300
www.pge.gob.ec
@PGEcuador

MINISTERIO DE TRANSPORTE Y OBRAS PÚBLICAS (MTO)
06408-2020
Página. 6

3. Pronunciamiento.-

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con el artículo 9 de la LGP, una sociedad mercantil ecuatoriana que actúe como gestor privado autorizado para operar, y por tanto administrar, puertos o instalaciones marítimas, a través de un contrato de gestión delegada de asociación público privada, para el desarrollo, construcción, operación y mantenimiento de un servicio público en un puerto que conforma la red de puertos públicos, al ser considerado como una Entidad Portuaria, está obligada al pago de la contribución establecida en la letra a) del artículo 8 de la LGP.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación general de normas jurídicas, siendo de exclusiva responsabilidad de la entidad consultante, su aplicación a casos particulares.

Atentamente,

Dr. Íñigo Salvador Crespo
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

C.C. Sr. Héctor Hugo Plaza Subía
Gerente de Autoridad Portuaria de Guayaquil (APG)