

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Maestría en Derecho

Mención Derecho Administrativo

Concesión de Servicio Público Aeroportuario

Francisco Guerrero Celi

2011

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la Universidad, para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la Universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la Universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

Francisco Guerrero Celi

Septiembre 2011

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Maestría en Derecho

Mención Derecho Administrativo

Concesión de Servicio Público Aeroportuario

Francisco Guerrero Celi

2011

Tutor: Dr. Genaro Eguiguren Valdivieso

Quito

Resumen (*abstract*):

La presente investigación desarrolla un estudio teórico descriptivo de la concesión de servicio público aeroportuario, dentro del marco analítico específico del ordenamiento positivo ecuatoriano, apoyado en la doctrina nacional e internacional especializada y en actuaciones emitidas por organismos públicos, con el objeto de demostrar que la concesión de servicios públicos es una herramienta eficaz, que permite al Estado cumplir su finalidad esencial, al viabilizar la prestación de servicios públicos en forma indirecta, por medio de terceros, en ámbitos como el aeroportuario, en circunstancias en que el Estado no cuenta con los recursos económicos suficientes para su implementación y desarrollo, generando además fuentes de empleo.

El estudio busca demostrar además, que la limitación que impone la Constitución de 2008 para delegar a la iniciativa privada la gestión de los servicios públicos, inspirada en razones ideológicas, supone un obstáculo a la inversión privada, que impide la óptima utilización de esta herramienta que ofrece el Derecho Administrativo, para que el Estado ponga a disposición de la comunidad y de los usuarios servicios públicos eficientes y de calidad a precios razonables; y, que para minimizar el impacto negativo de dicha restricción, es indispensable expedir una ley, en el contexto de excepcionalidad previsto en la Carta Fundamental, que regule detalladamente las concesiones de servicios y obras públicas.

A Francisco Nicolás y Julián,
cuya magia y fantasía iluminan y renuevan la existencia.

Agradezco a la Universidad Andina Simón Bolívar,
al cuerpo docente y al personal administrativo,
por su encomiable esfuerzo de aportar a la sociedad
con la capacitación de profesionales altamente calificados,
para enfrentar los retos del mundo contemporáneo.

Contenido

	Página
Introducción	10
Capítulo I Aproximación al tema	
1.1 Qué son los servicios públicos	12
1.2 Modalidades de gestión de los servicios públicos	16
1.3 Elementos esenciales de los servicios públicos	20
1.4 Conceptualización del servicio público aeroportuario	23
1.5 La concesión de servicio público es un acto y un contrato	27
1.6 Análisis comparativo de las normas relativas a la concesión de servicios públicos de la Constitución Política de 1979, Codificación Constitucional de 1998 y Constitución de la República de 2008	28
1.7 Marco legal actual en materia de delegación a la iniciativa privada para la prestación de servicios públicos	31
Capítulo II La concesión de servicio público aeroportuario	
2.1 Definición	36
2.2 Caracteres de la concesión de servicio público aeroportuario	41
2.3 Elementos del contrato de concesión de servicio público aeroportuario	
a) Sujetos	
a.1) Autoridad concedente	44
a.2) Concesionario	47
a.3) Usuarios	49
b) Consentimiento	51

c) Objeto	52
d) Forma	53
2.4 Selección del concesionario	
a) Procedimiento precontractual	54
b) Adjudicación	58
c) Celebración del contrato	59
d) Garantías	60
Capítulo III Ejecución del contrato de concesión de servicio público aeroportuario	
3.1 Atribuciones de la autoridad concedente	63
3.2 Derechos y deberes del concesionario	68
3.3 Relaciones jurídicas derivadas del contrato	73
3.4 Naturaleza jurídica de los valores pagados por los usuarios de los servicios aeroportuarios	75
3.5 Equilibrio financiero de la concesión	79
3.6 Control	85
Capítulo IV Terminación de la concesión y solución de controversias	
4.1 Terminación de la concesión	88
a) Mutuo acuerdo	89
b) Caducidad	90
c) Incumplimientos de la entidad concedente	92
d) Fuerza mayor	92
e) Rescate de la concesión	93
f) Otras causales	95
4.2 Los bienes destinados a la concesión	96

4.3 Solución de controversias	
a) Controversias entre concedente y concesionario	98
b) Otras controversias	101
Conclusiones	103
Bibliografía	108

CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO AEROPORTUARIO

Introducción

La concesión de servicio público constituye un mecanismo que permite al Estado (lato sensu), cumplir una de sus actividades esenciales que es la prestación de servicios públicos, a través de terceros a quienes delega su potestad para el efecto, conservando intacta su titularidad, cuando por limitaciones económicas, técnicas o de otra naturaleza, se encuentra impedido de hacerlo directamente.

Sin embargo, la delegación de esa potestad a terceras personas ajenas al ámbito estatal, está supeditada a consideraciones ideológicas y políticas de los gobernantes, quienes en unos casos la admiten abiertamente y en otros la restringen, limitan o anulan.

En el caso ecuatoriano, la Constitución de la República vigente desde el 20 de octubre de 2008, asigna al Estado la potestad para la prestación de los servicios públicos, con sujeción a principios que garanticen la satisfacción de los usuarios y de la comunidad, ya sea por medio de sus entidades, dependencias o empresas públicas, o a través de empresas de economía mixta, y solo excepcionalmente por delegación a la iniciativa privada, en contraste con la apertura que en este ámbito ofrecía la Codificación Constitucional de 1998.

La presente investigación desarrollará un estudio teórico descriptivo de la concesión de servicio público aeroportuario, dentro del marco analítico específico del ordenamiento positivo ecuatoriano, apoyado en la doctrina nacional e internacional especializada y en escasos pronunciamientos emitidos por los organismos públicos competentes, así como en el contrato de concesión del Aeropuerto "Seymour" ubicado en la provincia de Galápagos. El estudio buscará demostrar lo siguiente:

Que la concesión de servicios públicos constituye una herramienta eficaz para que el Estado cumpla su finalidad esencial, ya que viabiliza la prestación de servicios públicos en forma indirecta, por medio de terceros, en ámbitos como el aeroportuario, en circunstancias en que el Estado carece de los recursos económicos suficientes para su implementación y desarrollo, generando además fuentes de empleo.

Que la limitación constitucionalmente consagrada de delegar a la iniciativa privada la gestión de los servicios públicos, inspirada en razones ideológicas, consolidada por el nuevo marco legal generado por la Asamblea Nacional a partir de octubre de 2008, supone un retroceso en cuanto a la utilización de herramientas que brinda el Derecho Administrativo, para que los estados pongan a disposición de la comunidad y de los

usuarios, servicios públicos eficientes y de calidad, a precios razonables, a la vez que implica ir en contra de la tendencia descentralizadora y de utilización de modelos de gestión privada de los aeropuertos, que prevalece a nivel europeo y de otras regiones del mundo, limitando las inversiones del sector privado por falta de apertura y de seguridad jurídica.

Que para minimizar el impacto negativo de la limitación constitucional de delegación al sector privado para la gestión de servicios públicos, es indispensable expedir una ley que regule detalladamente las concesiones de servicios y obras públicas, con el objetivo de asegurar que cuando el Estado decida utilizar esos mecanismos para el cumplimiento de sus fines y satisfacer los intereses públicos, no se menoscaben los derechos legítimos de los concesionarios.

Capítulo I

Aproximación al tema

1.1 Qué son los servicios públicos

La legislación ecuatoriana no define los servicios públicos¹ pero se refiere a ellos en diversos ámbitos. Así, la Constitución de la República menciona algunos: la provisión de agua potable, el riego, el saneamiento, la energía eléctrica, las telecomunicaciones, la vialidad, las infraestructuras portuarias y aeroportuarias “y los demás que determine la ley” (artículo 314).

El artículo 326 numeral 15² de la Carta Fundamental menciona otros servicios públicos: salud, educación, justicia, bomberos (control de incendios), seguridad social, alcantarillado, producción hidrocarburífera, procesamiento, transporte y distribución de combustibles, transportación pública y correos.

El artículo 314 ibídem establece además que el responsable de la prestación de los servicios públicos es el Estado, y consagra algunos principios relativos a su prestación: obligatoriedad, generalidad, universalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad.

Los servicios públicos mencionados en los artículos 314 y 326 de la Constitución de la República, se caracterizan porque operan continuamente y se encuentran a disposición

¹ La doctrina del servicio público se desarrolló en Europa continental, al asumir la administración pública “la responsabilidad de sectores enteros de actividad mediante un acto formal de *publicatio* de ésta, que desde ese momento queda bajo su directo control, tanto si la propia Administración se hace cargo directamente de su gestión, como si concede ésta a una empresa privada por ella seleccionada para que, a su riesgo y ventura, la desarrolle en las concretas condiciones previamente fijadas en el correspondiente proceso selectivo, según el esquema típico de la concesión, que es la figura matriz en torno a la cual se han articulado las demás variantes del hoy llamado contrato de gestión de servicios públicos”. Esta doctrina tiene como antecedente “la absoluta impotencia del individuo aislado para proveer con sus solas fuerzas a sus múltiples carencias y, correlativamente, de la no menos imperiosa necesidad de una actividad de los entes públicos para suplir aquéllas y garantizar al ciudadano una asistencia vital efectiva capaz de asegurar su subsistencia a un nivel mínimamente razonable. Al compás de este cambio realmente impresionante de los supuestos sobre los que se asienta la existencia individual y colectiva, la propia imagen de la Administración ha variado sustancialmente, presentándose no tanto como una amenaza para la libertad de los ciudadanos, sino, más bien, como el soporte necesario de la propia existencia de éstos. Consecuentemente, la función del Derecho Público ya no se agota en la pura defensa de la libertad y de la propiedad individuales..., sino que debe alcanzar también a encauzar adecuadamente una tarea de asistencia vital, de procura existencial, de aseguramiento de las bases materiales de la existencia individual y colectiva... y a proporcionar al ciudadano los medios apropiados para exigir y obtener de los entes públicos todo lo que, siéndole estrictamente necesario para subsistir dignamente, queda fuera del espacio vital por él denominado (sic) –dominado- ...” (Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, Navarra, Editorial Aranzadi S.A., 2006, 10ª edición, p. 67 – 68.

² El artículo 326 de la Constitución de la República establece los principios en los que se sustenta el derecho al trabajo, entre los cuales, en su numeral 15, consta la prohibición de paralización de los servicios públicos.

de quienes los requieran o contraten. El beneficio que se obtiene de los servicios públicos es permanente si consideramos a todos los usuarios potenciales (comunidad, colectividad o ciudadanía); mas, si el análisis se centra respecto de los usuarios individualmente considerados, se advierte una distinción: existen servicios a los que los potenciales usuarios no acceden o lo hacen muy esporádicamente (como ocurre por ejemplo con el control de incendios -al que la Constitución denomina “bomberos”-); a otros servicios acceden solo algunos usuarios durante períodos específicos de tiempo y bajo ciertas condiciones (como en el caso de la seguridad social); otros se caracterizan porque son requeridos y utilizados permanente y continuamente (como ocurre por ejemplo con el agua potable, el alcantarillado y la energía eléctrica); y, encontramos otros casos en los cuales el acceso a los servicios públicos no es factible (como sucede con la “producción hidrocarburífera” y el “transporte y distribución de combustibles”).

Es importante revelar estas distinciones para evidenciar que las actividades consideradas “servicios públicos” por la Norma Suprema, no obedecen a una estructuración uniforme y técnica que permita identificarlas como tales en función de denominadores o parámetros comunes presentes en todos ellos. En efecto, al comparar los servicios de administración de justicia, correos, infraestructuras aeroportuarias y producción hidrocarburífera, se encuentra que constituyen actividades absolutamente distintas, que no guardan entre sí correspondencia objetiva estructural. Así, mientras la administración de justicia es una potestad que ejerce el Estado sólo a través de órganos judiciales especializados que deben estar investidos de jurisdicción y competencia, a los cuales tienen acceso los usuarios en forma gratuita, el servicio de correos tiene una importancia o utilidad indiscutiblemente menor y puede ser gestionado tanto por una dependencia pública organizada específicamente con esa finalidad, como por compañías autorizadas por el Estado para brindar ese servicio, a cambio del pago de “retribuciones”.

En lo que concierne a la infraestructura aeroportuaria, se constata que a pesar de su importancia “estratégica”, que inclusive puede tener incidencia directa en materia de defensa del país en un momento dado, el ordenamiento jurídico contempla la posibilidad de que su administración sea compartida entre el sector público y el sector privado, e inclusive que excepcionalmente, sea delegada exclusivamente al sector privado, y el acceso a este servicio está abierto a todos los usuarios que lo requieran.

No sucede lo mismo respecto a la “producción de hidrocarburos” en la que se destaca un elemento claramente diferenciador con respecto a las otras actividades: que el producto obtenido no es distribuido o entregado directamente a los ciudadanos, ni utilizados por éstos ocasional ni permanentemente, porque sus únicos “usuarios” son el propio Estado

y las empresas productoras autorizadas por éste, que lo administran bajo un régimen especial, si bien está abierta la posibilidad de que la actividad sea gestionada por medio de concesionarios. La “producción de hidrocarburos” está relacionada con el “transporte y distribución de combustibles”, en la medida que éstos son derivados de aquéllos y como resultado de esta última actividad, los combustibles son puestos a disposición de los ciudadanos a través de las empresas comercializadoras que se encargan de expenderlos para uso comercial, doméstico, industrial y de otra naturaleza.

Sobre este tema es pertinente mencionar la distinción formulada por el reconocido tratadista Enrique Sayagués Laso, entre “servicios públicos” y “cometidos esenciales”, estos últimos caracterizados porque *“en forma inmediata no aparece un usuario individual”*, como ocurre con la defensa nacional y la policía, en tanto que los servicios públicos constituyen *“prestaciones dirigidas directa e inmediatamente a las personas individualmente consideradas”*³. Probablemente los asambleístas constituyentes que elaboraron la Constitución de la República del Ecuador promulgada el año 2008, no consideraron esta diferenciación y fundieron dentro del concepto “servicios públicos” actividades que corresponden a categorías técnicamente distintas.

En esta línea se podría formular múltiples diferenciaciones y precisiones respecto de cada una de las actividades que según la Constitución de la República constituyen servicios públicos, para definir si algunas de ellas constituyen en estricto sentido “cometidos esenciales”; se podría también generar diversas clasificaciones⁴ de los servicios públicos en función de distintos parámetros; sin embargo, ese no es el objeto de este estudio.

En función de estas reflexiones iniciales se aprecia que en lo que respecta a la República del Ecuador, se puede afirmar que son servicios públicos aquellas actividades así calificadas por normas constitucionales y legales, conforme se desprende del inciso primero del artículo 314 de la Carta Fundamental, que luego de mencionar algunos de ellos agrega que también lo son “los demás que determine la ley”. Tales actividades se caracterizan fundamentalmente, porque son desarrolladas por el Estado (lato sensu) o sus delegatarios para satisfacer necesidades básicas de la población.

Al tratar sobre los servicios públicos se sostiene “que esta noción entró en crisis como concepto exclusivo del derecho administrativo, aunque no ha perdido totalmente su importancia... En efecto, en la práctica esta noción continúa siendo objeto de gran

³ Enrique Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2002, 8ª edición, p. 76.

⁴ Una de las clasificaciones más relevantes es la de “servicios de interés general de carácter no comercial”, entre los que se encuentran la educación, la seguridad, social y la administración de justicia; y, “servicios de carácter comercial”, como el transporte, citada por Eduardo García de Enterría y otro, ob. cit., tomo II, p. 70.

utilización, hasta el punto de llegarse a considerar que la principal actividad y preocupación de la administración debe consistir en asegurar cada día un mejor funcionamiento de los servicios públicos...”⁵.

Sayagués Laso define los servicios públicos como “el conjunto de actividades desarrolladas por entidades estatales o por su mandato expreso, para satisfacer necesidades colectivas impostergables mediante prestaciones suministradas directa e inmediatamente a los individuos, bajo un régimen de derecho público”⁶.

André de Laubadére citado por el autor colombiano Libardo Rodríguez⁷, enseña que la noción clásica de servicio público se resume en “toda actividad de una colectividad pública tendiente a satisfacer una necesidad de interés general”, la cual, como explica el jurista latinoamericano, supone un enfoque funcional que se centra en la actividad. Agrega que el servicio público engloba además un elemento orgánico constituido por las personas y los medios a través de los cuales se presta el servicio.

Si tratamos de aplicar estas definiciones a las actividades que la Constitución de la República considera servicios públicos, vemos que algunas no encajan en ellas, como la “producción de hidrocarburos”, lo que confirma que en lo que a la República del Ecuador se refiere, la calificación de determinadas actividades como servicio público, no obedece a una metodología concordante y única.

Dentro del contexto constitucional ecuatoriano, puede afirmarse que servicios públicos son las actividades que desarrolla el Estado (lato sensu) en forma sistemática y continua, por sí mismo o por medio de personas jurídicas de derecho público o empresas de economía mixta creadas para el efecto, o a través de alianzas público – privadas o, excepcionalmente por intermedio del sector privado, bajo la regulación y control de aquél, que tienen como finalidad satisfacer necesidades comunes de la población.

En esta noción se encuentran tres elementos: uno objetivo o material caracterizado por el conjunto de operaciones que conforman la actividad misma en que consiste la prestación; otro subjetivo u orgánico integrado por los órganos de la administración pública o sus delegados, encargados de ejecutar la prestación; y, un tercer elemento constituido por la finalidad de la prestación, que es la satisfacción de necesidades comunes de la población.

⁵ Libardo Rodríguez R., *Derecho Administrativo General* y colombiano, Bogotá, Editorial Temis S.A., 2011, 16a edición, p. 560.

⁶ Enrique Sayagués Laso, ob. cit., p. 80.

⁷ Libardo Rodríguez R., ob. cit., p. 563 – 564.

1.2 Modalidades de gestión de los servicios públicos

En cuanto a la gestión de los servicios públicos, la Constitución de la República prevé como norma básica, que el responsable de su prestación es el Estado (artículo 314)⁸; a continuación la Carta Fundamental contempla que para prestar servicios públicos y otros fines, el Estado puede constituir empresas públicas con participación accionaria mayoritaria (artículo 315); la Norma Suprema establece además la posibilidad de que el Estado delegue a compañías de economía mixta, en las que tenga mayoría accionaria, la potestad para la prestación de servicios públicos y que, excepcionalmente, la delegue “a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, en los casos que establezca la ley” (artículo 316).

El artículo 100 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones⁹, desarrolla el artículo 316 de la Carta Fundamental y, en cuanto a la excepcionalidad para proceder a delegar a la iniciativa privada la prestación de los servicios públicos de “electricidad, vialidad, infraestructuras portuarias o aeroportuarias, ferroviarias y otros”, ordena que sea calificada por el Presidente de la República, siempre y cuando se configure una de las siguientes condiciones: que “sea necesario y adecuado para satisfacer el interés público, colectivo o general”; que no se cuente con “la capacidad técnica o económica”; o, que “la demanda del servicio no pueda ser cubierta por empresas públicas o mixtas”.

Esta norma legal determina además las modalidades de delegación permitidas: “concesión, asociación, alianza estratégica, u otras formas contractuales de acuerdo a la ley, observando, para la selección del delegatario, los procedimientos de concurso público¹⁰ 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 Título VII del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización¹¹ (COOTAD), trata sobre las “Modalidades de gestión, planificación, coordinación y participación” e incluye varias normas relacionadas con esta materia: en primer término dispone que “los gobiernos autónomos descentralizados son responsables por la prestación de los servicios públicos y la implementación de las obras que les

⁸ La responsabilidad estatal en esta materia se refleja en el artículo 11, numeral 9 (inciso segundo) de la Carta Fundamental, que impone al Estado o a sus delegatarios, la obligación de indemnizar a los particulares en caso de “falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos”.

⁹ Promulgado en el suplemento del Registro Oficial No. 351 de 29 de diciembre de 2010.

¹⁰ La expresión “concurso público” no se encuentra prevista en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que norma lo relacionado con los procedimientos de selección de cocontratantes de las entidades del sector público, por lo que es de suponer que dicho mecanismo que constará en un reglamento por expedirse, tendrá características propias.

¹¹ Publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 303 de 19 de octubre de 2010.

corresponda ejecutar para el cumplimiento de las competencias que la Constitución y la ley les reconoce” (artículo 274 inciso 1º); determina que “los gobiernos autónomos descentralizados regional, provincial, distrital o cantonal podrán prestar los servicios y ejecutar las obras que son de su competencia en forma directa, por contrato, gestión compartida, por delegación a otro nivel de gobierno o cogestión con la comunidad y empresas de economía mixta” (artículo 275 inciso 1º); prevé que excepcionalmente “los gobiernos autónomos descentralizados regionales, provinciales, metropolitanos y municipales, podrán delegar la prestación de servicios públicos de su competencia a la iniciativa privada. Esta delegación se realizará mediante acto normativo del órgano competente, cuando el gobierno autónomo descentralizado respectivo no se encuentre en capacidad técnica y económica de gestionar directamente un servicio público o en caso de calamidad pública o desastre natural” (artículo 283 inciso 2º).

A base de las normas invocadas se puede afirmar que de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente, las modalidades para la prestación de los servicios públicos, son las siguientes:

- a) Prestación directa por parte de organismos y entidades del Estado (como el Ministerio de Transporte y Obras Públicas y la Dirección General de Aviación Civil), o por medio de los gobiernos autónomos descentralizados provinciales y municipales, en el marco del COOTAD;
- b) Prestación indirecta a través de personas jurídicas¹² creadas mediante actos normativos (ordenanzas) de los gobiernos autónomos descentralizados, o de empresas públicas o compañías de economía mixta en las que el Estado (lato sensu) tenga mayoría accionaria;
- c) Prestación por medio de concesionarios de servicio público; y,
- d) Prestación a través de asociaciones o alianzas estratégicas, con la participación de entes estatales y personas de derecho privado, en el marco del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones. Esta última modalidad para la prestación de servicios públicos es denominada por algunos sectores “gestión mixta”¹³ y supone, en palabras de Anabelén Casares Marcos, una “nueva figura contractual que podrá

¹² Estas personas jurídicas creadas expresamente para la prestación de servicios públicos, forman parte del denominado sector público, conforme lo prevé el artículo 225 numeral 4 de la Constitución de la República.

¹³ Ver Libardo Rodríguez, ob. cit., p. 570.

utilizarse para la obtención de prestaciones complejas o afectadas de una cierta indeterminación inicial”¹⁴.

La “gestión mixta” tiene relación con la figura llamada en inglés “*Public Private Parthnership*”, traducida al español como “Partenariado Público Privado” (PPP), que se refiere a “las formas de participación del sector privado en la financiación, diseño, construcción y gestión de infraestructura, así como en la prestación de los servicios públicos”¹⁵.

Esta figura (PPP) es considerada, desde una óptica política, como “una nueva forma de actuación económica social, que puede ser clasificada como un instrumento de participación democrática en los procesos de toma de decisiones y en la gestión de la función pública” y que, en opinión de Juan Manuel Urueta Rojas, “es un paso más en la evolución de la teoría del servicio público, ya que después de las fallidas privatizaciones de la década de los ochenta, la colaboración pública-privada se perfila tal vez como la solución final al problema de la huida del derecho administrativo”¹⁶.

En todo caso, las modalidades descritas en los literales c) y d) constituyen también formas indirectas de prestación de los servicios públicos.

Dentro de este acápite y para complementar lo expuesto, es conveniente mencionar la distinción entre concesión de servicio público “pura” y concesión de servicio público con inversión en bienes de la autoridad competente¹⁷.

El calificativo de “pura” dado a la concesión de servicio público, identifica una especie caracterizada por el hecho de que el concesionario se limita a ejercer las actividades necesarias para su operación, sin comprometerse adicionalmente a ejecutar obras públicas a favor de la entidad concedente. Dentro de esta categoría se enmarcaría, por ejemplo, el encargo para que un concesionario preste el servicio de transporte terrestre de pasajeros dentro de una circunscripción territorial específica, utilizando una flota de autobuses de propiedad de la entidad contratante.

Como señala Sarmiento García, “no hay aquí inversión privada alguna que grande el patrimonio público del concedente. Puede decirse que –reducido a las últimas

¹⁴ Anabelén Casares Marcos, *La Concesión de Obras Públicas a Iniciativa Privada Particular: Tramitación, Adjudicación y Garantía Contractual de la Calidad*, Madrid, Editorial Montecorvo S.A., 2007, p. 265 – 266.

¹⁵ Juan Manuel Urueta Rojas, *El Contrato de Concesión de Obras Públicas*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2006, primera edición, p. 13 – 14.

¹⁶ Juan Manuel Urueta Rojas, ob. cit., p. 38.

¹⁷ Esta distinción es desarrollada por Jorge Sarmiento García, *Concesión de Servicios Públicos*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1999, p. 84 y ss.

consecuencias-, la sustancia de este contrato se limita a un aporte de gerenciamiento, de *management*, de *know how*, conocimiento práctico, por parte del particular, sea que éste se aplique sobre bienes propios... o del concedente”¹⁸.

A diferencia de esta especie, existe otra en la cual el concesionario de servicio público, se obliga a ejecutar adicionalmente a la gestión o gerenciamiento del servicio, una o más obras públicas a su costo, lo que implica una inversión del concesionario. Como ejemplo de esta especie se puede citar la concesión de mantenimiento vial de determinadas carreteras, en las cuales los concesionarios no sólo que deben gestionar el servicio mismo, sino que asumen el compromiso de efectuar a su costo trabajos de mantenimiento vial. En este segundo caso, dice Sarmiento García:

“[...] el régimen jurídico de este contrato cambia. Por comodidad en el lenguaje cotidiano se sigue hablando de concesión de servicio público. Pero no es idéntico al anteriormente caracterizado puesto que aquí el particular debe invertir dinero en bienes ajenos. Se complica así la cuestión tarifaria por el necesario recupero de la inversión, que deberá comprender bienes a enajenar, entendido ello en el sentido de bienes cuya propiedad no retendrá el particular. Paralelamente, también aumenta el riesgo del particular en la contratación con motivo de posibles terminaciones “ante tempus” del contrato...”¹⁹.

De este análisis surge otra problemática relacionada con el linde entre la concesión de obra pública y la concesión de servicio público²⁰, que se centra en buscar un mecanismo para identificar si un caso determinado supone una concesión de obra pública o una concesión de servicio público. Una solución al menos parcial es referida por Juan Manuel Urueta Rojas, tomada de la “Comunicación Interpretativa 2000/C 121/ 02, de 29 de abril de 2000 de la Comisión”²¹ que prevé: “[...] la realización de obras con carácter accesorio a la sola explotación de la obra descartan la posibilidad de hablar de concesión de obras públicas, relegando la hipótesis planteada a los casos de concesión de servicios públicos”²².

¹⁸ Jorge Sarmiento García, ob. cit., p. 91.

¹⁹ Jorge Sarmiento García, ob. cit., p. 91 - 92.

²⁰ Al respecto ver Anabelén Casares Marcos, ob. cit., p. 255 - 266.

²¹ Juan Manuel Urueta Rojas, ob. cit., p. 37. La aludida Comisión se encarga de emitir comunicaciones interpretativas de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, antes denominado Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

²² Este criterio es explicado más detalladamente por Anabelén Casares Marcos, ob.cit., p. 257 – 258, quien expresa: “Siguiendo en este punto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (denominación sustituida por Tribunal de Justicia de la Unión Europea), la Comunicación sostiene que el criterio que habrá de despejar en cada caso la incógnita sobre el tipo concesional a que se refiere el contrato público a licitar se encuentra en el propio carácter de las obras realizadas. Si el contrato implica tan sólo el <establecimiento del servicio y explotación del mismo> se trata de una concesión de servicios; si otorga, por el contrario, el <derecho de explotación de la obra y la prestación de un servicio al usuario sobre la misma> encaja en la concesión de obras. Para el supuesto de los contratos mixtos, esto es, las concesiones que incluyen la construcción de una obra y la prestación de un servicio al usuario sobre la misma, la Comisión

1.3 Elementos esenciales de los servicios públicos

a) El elemento sustancial de los servicios públicos es el interés público que reviste o entraña la actividad, a través de la cual se satisfacen necesidades generales de la comunidad. La importancia de los servicios públicos radica en que el ejercicio de la función administrativa por parte de las entidades y organismos estatales competentes, ya sea directa o indirectamente, está orientada en este ámbito a facilitar o mejorar las condiciones de vida de las colectividades y no solo de individuos particulares.

Al respecto, Libardo Rodríguez señala que “Para que haya servicio público se requiere, ante todo, que la actividad tienda a satisfacer necesidades colectivas y no simplemente la necesidad de uno o varios individuos”²³.

Cabe recordar que este elemento característico de los servicios públicos, deriva de la esencia de la administración pública, cuya finalidad es precisamente el interés general. Como enseña Jean Rivero: “El motor de la acción administrativa..., es esencialmente desinteresada: es la búsqueda del interés general, o de la utilidad pública, o en una perspectiva más filosófica, del bien común”. En este contexto, el autor en mención enseña que:

“El interés general no es, pues, el interés de la Comunidad, considerada como una entidad distinta de aquellas que la componen o superior a ellos; es, simplemente, un conjunto de necesidades humanas –aquellas a las cuales el juego de las libertades no atiende de manera adecuada, y cuya satisfacción condiciona sin embargo el cumplimiento de los destinos individuales-. La delimitación de lo que compete al interés general varía con las épocas, las estructuras sociales, los elementos psicológicos y las técnicas; pero si el contenido varía, la

adopta tanto el criterio de combinación como el de absorción, sin optar exclusivamente por este último... De esta forma, si el contrato contempla varios objetos disociables, la Comunicación aboga por la aplicación del régimen jurídico correspondiente a cada tipo de contrato, admitiendo, por tanto, que <como parte accesoria de una concesión de obras> se puedan establecer <concesiones de servicios para actividades complementarias pero independientes a la explotación de la concesión de una obra>. La vigencia en estos supuestos del criterio de combinación para la determinación del régimen aplicable al contrato mixto ha sido expresamente sancionada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su Sentencia de 5 de diciembre de 1989. Si el contrato no permite, en cambio, la disociación de objetos, habrá que aclarar si su objeto principal <es la construcción de una obra o la ejecución y realización de trabajos por cuenta del concedente o si, por el contrario, esos trabajos o la construcción de esa obra son sólo accesorios en relación con el objeto principal del contrato>, para determinar, conforme al criterio de la absorción, cuál es la prestación principal, cuál la accesoria y cuál en definitiva, el régimen jurídico aplicable al contrato. Para ello propone la Comisión el criterio de la accesoriedad de las obras, de forma que <si el contrato se refiere principalmente a la construcción de una obra por cuenta del concedente> se trata de una concesión de obras <aunque estén presentes aspectos vinculados a los servicios>. Cuando la concesión implique, por el contrario, <la realización de obras sólo con carácter accesorio>, o se refiera solamente a la <explotación de una obra existente>, se entiende, empero, que es una concesión de servicios”.

²³Libardo Rodríguez, ob. cit., p. 564.

finalidad permanece igual: la acción administrativa tiende a la satisfacción del interés general”²⁴.

La trascendencia de este elemento denominado “interés general” con relación a la prestación de los servicios públicos, está reconocida en varias disposiciones del ordenamiento jurídico ecuatoriano, entre ellas, el artículo 85 numeral 2 de la Constitución de la República, que consagra el principio de la “prevalencia del interés general sobre el interés particular”, en materia de ejecución de políticas públicas y prestación de servicios públicos; el artículo 100 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones que, como se mencionó en el acápite 1.2, considera a este elemento como premisa indispensable para que excepcionalmente el Presidente de la República autorice que la prestación de servicios públicos pueda ser delegada a la iniciativa privada; y, el artículo 95 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional²⁵, que en cuanto a los efectos de las sentencias en el tiempo, prevé que excepcionalmente sus efectos podrán ser diferidos o retrotraídos, “cuando sea indispensable para preservar la fuerza normativa y superioridad jerárquica de las normas constitucionales, la plena vigencia de los derechos constitucionales, y cuando no afecte la seguridad jurídica y el interés general”.

b) Otro elemento sustancial que conlleva la noción de los servicios públicos, es que su “titularidad”²⁶ corresponde al Estado, ya sea que éste los preste directa o indirectamente, o que haya delegado su potestad para que sean gestionados por un particular. La titularidad emana de la potestad de la que está investido el Estado, que implica no solo una atribución sino una obligación.

Efraín Pérez señala al respecto que el “antecedente jurídico más importante del servicio público es la exclusividad que ostenta el Estado para su prestación directa o a través de concesionarios, sujetos a reglas determinadas”. Agrega que “Por tratarse de un impedimento para el libre desarrollo de los particulares de tales actividades, la calidad de servicio público se debe declarar por una norma constitucional o legal: la *publicatio*”²⁷.

Esta importante característica se encuentra plasmada en el artículo 314 de la Constitución de la República, en el capítulo quinto del Título VI que trata sobre el régimen de desarrollo, que dispone:

²⁴ Jean Rivero, *Derecho Administrativo*, Caracas, 1984, Universidad Central de Venezuela, p. 9 – 14.

²⁵ Promulgada en el segundo suplemento del Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009.

²⁶ Jorge Sarmiento García, ob. cit., p. 61. El autor sostiene que “Caracteriza al servicio público la titularidad estatal sobre la actividad y el carácter de mero gestor delegado de quien presta una sobre la que no detenta titularidad, por lo que queda vinculado a las condiciones de suministro que han sido determinadas por el delegante, entre ellas la obligatoriedad”.

²⁷ Efraín Pérez, *Derecho Administrativo*, tomo II, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008, p. 579.

“Art. 314.- 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.

El Estado garantizará que los servicios públicos y su provisión 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”.

Se aprecia que la Carta Fundamental establece la premisa de la responsabilidad estatal en la provisión de los servicios públicos; determina que el Estado garantiza que éstos sean prestados con sujeción a principios que precautelen los derechos e intereses de los usuarios; y, prevé que el propio Estado debe controlar y regular los precios y tarifas, a fin de asegurar su equidad.

El control y regulación por parte del Estado se reitera en el inciso segundo del artículo 315 de la Norma Suprema, respecto de las empresas públicas constituidas por aquél para prestar servicios públicos.

c) De los dos elementos señalados surge un tercero: el sometimiento de los servicios públicos al régimen del derecho público, con la finalidad de salvaguardar el interés general que prevalece sobre el interés particular en todos los ámbitos. La importancia de este sometimiento se aprecia en varios aspectos, uno de ellos es la posibilidad de que el Estado (lato sensu) en uso de sus facultades exorbitantes, pueda limitar e inclusive extinguir derechos de los particulares, como el de la propiedad, con la finalidad de satisfacer necesidades generales, a través de la expropiación. Otro ejemplo de ese sometimiento es la obligatoriedad que el Estado puede imponer a los usuarios de los servicios públicos, de pagar una retribución (tasa) por la prestación.

Este elemento que a primera vista parece tan claro e indiscutible, forma parte de la “crisis”²⁸ por la que ha atravesado la noción “clásica” de servicio público, que ha dado lugar

²⁸ Al respecto ver Jaime Vidal Perdomo, *Derecho Administrativo*, Bogotá, Legis Editores S.A., 2008, 13ª edición, p. 351 – 355. Este autor considera que la “crisis” de la noción de servicio público se produjo, entre otras razones, por la concepción según la cual, pueden ser consideradas servicios públicos tanto las actividades asumidas directamente por el Estado como las ejecutadas por los particulares, lo cual supondría una “dicotomía jurídica” que “rompe la célebre ecuación de servicio público igual derecho público”. Ver también Jorge Sarmiento García, ob. cit., p. 34 y ss., quien cita a Gaspar Ariño Ortiz y su análisis sobre “la necesaria revisión del concepto de servicio público en el ámbito español y europeo”, provocada por “la integración de los países en el ámbito de un mercado único –la Unión Europea- presidido por cuatro libertades: libertad de comercio de productos y mercancías, libertad de movimiento de capitales, libertad laboral y libertad de establecimiento y prestación de servicios en el marco de la Comunidad”. Otro elemento que ha revolucionado el concepto de servicio público es, en opinión de Gaspar Ariño Ortiz, “La apertura de los servicios a la competencia y a las leyes del mercado”.

a polémicas aún latentes sobre su trascendencia y alcance en la época actual, caracterizada por la globalización, la apertura de fronteras, la negociación e intercambio basados en tratados de comercio internacional, y otros factores que imprimieron cambios trascendentales en múltiples ámbitos, entre ellos, en varias ramas del Derecho y específicamente en el Derecho Administrativo.

Estas “crisis” son más bien, desde nuestro punto de vista, procesos de ajustes que permiten adecuar o precisar el significado y alcance de algunas instituciones jurídicas, cuyo grado de afectación varía según los países, de acuerdo a la estructura de sus ordenamientos jurídicos, y que en último término obedecen a la dinámica propia del Derecho Administrativo y a su constante evolución, y en algunos casos puede suponer la creación de nuevos conceptos o nociones aplicables específicamente en ciertos medios, como la denominada “*public utility*”, que Jorge Sarmiento García considera es “equivalente a la de servicio público; pero mientras la clásica de este último finca en la idea de actividad estatal delegada a los particulares, la de la primera parte de la base que media una actividad privada reglamentada por el Estado”²⁹.

1.4 Conceptualización del servicio público aeroportuario

Una vez sintetizados los elementos sustanciales de los servicios públicos, es conveniente intentar elaborar una noción que describa específicamente en qué consiste el servicio público aeroportuario, es decir cuál es el objeto que comprende este servicio. Para el efecto es preciso considerar las siguientes normas:

De la Constitución de la República el artículo 261 numeral 10, que establece que el Estado central tiene competencias exclusivas sobre los aeropuertos; y el artículo 394 que dispone que la regulación del transporte aéreo y de las actividades aeroportuarias corresponde al Estado.

De la Codificación de la Ley de Aviación Civil³⁰: el artículo 4 que se refiere a los denominados “servicios aeroportuarios”³¹, a las facilidades aeronáuticas y a la infraestructura aeronáutica, y confiere competencia al Consejo Nacional de Aviación Civil

²⁹ Jorge Sarmiento García, ob. cit., p. 36 – 37.

³⁰ Publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 435 de 11 de enero de 2007. Esta Codificación es anterior a la Constitución de 2008 y por tanto sus normas deben ser aplicadas en tanto no contravengan las disposiciones y principios de la Carta Fundamental, en virtud del principio de supremacía de las normas constitucionales recogido en el artículo 424 de dicha Carta.

³¹ La expresión “servicios aeroportuarios” tiene el siguiente alcance técnico específico constante en el glosario incorporado como Anexo 4 de la Resolución No. 66 emitida por el Consejo Nacional de Aviación Civil, que se encuentra publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 61 de 10 de agosto de 2010: “Son aquellos que se brindan en las plataformas o en el interior de los edificios terminales de los aeropuertos o aeródromos, utilizan (sic) la infraestructura aeroportuaria, en la que no se incluyen las servidumbres aeronáuticas”.

para aprobar la creación y regulación de tasas y derechos aplicables a dichos servicios, facilidades e infraestructura, a pedido de la Dirección General de Aviación Civil, excepto en los aeropuertos que son operados y administrados por los gobiernos autónomos descentralizados municipales, ya sea directamente o por medio de concesionarios, en cuyo caso la competencia corresponde a las propias municipalidades; el artículo 27 que trata sobre las “instalaciones y servicios de protección al vuelo en ruta”, por cuya utilización las aeronaves civiles que desarrollan actividades aerocomerciales deben pagar derechos; el artículo 29 que menciona los derechos que deben pagar las aeronaves por la utilización de los “servicios de estacionamiento o albergue” en los aeropuertos, aeródromos o helipuertos; y, el artículo 30 que alude a las “instalaciones, servicios auxiliares y facilidades de los terminales aéreos” de los aeropuertos no concesionados, por cuya utilización los pasajeros deben pagar las tasas fijadas por el Consejo Nacional de Aviación Civil.

Del Código Aeronáutico³²: el artículo 44 que determina que los “servicios auxiliares de la navegación aérea” son aquellos que “garantizan su seguridad y regularidad”, como las radiocomunicaciones aeronáuticas, las radio ayudas a la navegación aérea, los informes meteorológicos y los servicios de balizamiento diurno y nocturno, cuya prestación compete al Estado a través de la Dirección General de Aviación Civil (artículo 46), la cual debe además supervigilarlos y controlarlos en aras de la seguridad y eficiencia (artículo 45).

De la Resolución del Consejo Nacional de Aviación Civil No. 66³³: el artículo 4 que al tratar sobre los servicios de protección al vuelo (navegación aérea) en todas sus fases, los divide o clasifica en dos componentes:

Servicios aeronáuticos de protección al vuelo³⁴ antes y después de ruta (aproximación y despegue), que comprenden: servicios de protección al vuelo en plataforma, servicio de rodaje, servicio de control de aproximación y servicio de búsqueda y salvamento aeronáutico; y,

Servicios aeronáuticos de protección al vuelo en ruta (vuelo nivelado), que comprende el denominado servicio de control de ruta.

³² El Código Aeronáutico se encuentra promulgado en el suplemento del Registro Oficial No. 435 de 11 de enero de 2007.

³³ La Resolución No. 66 expedida por el Consejo Nacional de Aviación Civil, tiene como finalidad esencial fijar los “derechos” (valores) por la utilización de los servicios que presta la Dirección General de Aviación Civil.

³⁴ El glosario incorporado como anexo 4 de la Resolución No. 66 del Consejo Nacional de Aviación Civil establece que los "Servicios de Protección al vuelo o Navegación Aérea" comprenden los “servicios de tránsito aéreo (ATS), Meteorología (MET), Información Aeronáutica (AIS) Cartografía Aeronáutica (CAR), Comunicaciones Navegación y Vigilancia (CNS), Procedimientos Operacionales de navegación aérea (PANS/OPS), Servicio de Búsqueda y Salvamento (SAR), proporcionados en todo el espacio aéreo ecuatoriano por la Dirección General de Aviación Civil y destinados a brindar protección y seguridad a la aeronavegación”.

De la misma Resolución No. 66 se debe considerar además: el artículo 8 que trata sobre el servicio de iluminación de pista; el artículo 9 que se refiere al servicio de estacionamiento; el artículo 10 que alude al servicio de uso de terminal y servicios auxiliares³⁵; el artículo 11 que menciona el servicio de seguridad contra actos de interferencia ilícita³⁶; y, el artículo 12 que trata sobre los servicios contra incendio (motobomba).

De las normas mencionadas se desprende que los “servicios auxiliares de navegación aérea” previstos en el Código Aeronáutico -denominados “servicios de protección al vuelo o navegación aérea” en la Resolución No. 66 del Consejo Nacional de Aviación Civil-, que tienen como finalidad garantizar la seguridad y regularidad de las operaciones, los debe prestar directamente el Estado a través de la Dirección General de Aviación Civil y no son concesionables, en tanto que sí es susceptible de concesión la prestación de los llamados “servicios aeroportuarios”, es decir aquellos “que se brindan en las plataformas o en el interior de los edificios terminales de los aeropuertos o aeródromos” y que suponen la utilización de la infraestructura aeroportuaria.

A base de lo mencionado se puede afirmar que servicio público aeroportuario es el conjunto de actividades que desarrolla el Estado por medio de dependencias técnicas especializadas o a través de delegatarios, consistentes en prestaciones sistemáticas y continuas tendientes a que las operaciones de transporte aerocomercial de pasajeros, carga y correo, desde y hacia el territorio nacional, se realicen con seguridad, eficiencia y competitividad.

Una de las dificultades que se encuentra al analizar esta materia, surge porque en el ordenamiento jurídico ecuatoriano hace falta precisar la distinción entre servicios aeroportuarios y servicios aeronáuticos y especificar qué actividades pertenecen a cada una de estas categorías.

³⁵ El glosario incorporado como anexo 4 de la Resolución No. 66 del Consejo Nacional de Aviación Civil se refiere a los "servicios auxiliares al transporte aéreo" y dice que son aquellos “destinados al apoyo de la operación de las aeronaves y a la protección de la aviación civil contra actos de interferencia ilícita, ejecutados en un aeropuerto”.

³⁶El glosario incorporado como Anexo 4 de la Resolución No. 66 del Consejo Nacional de Aviación Civil define como actos de interferencia ilícita a los “Actos o tentativas destinados a comprometer la seguridad de la aviación comercial y del transporte aéreo”, mediante: “apoderamiento ilícito de aeronaves en vuelo”, “apoderamiento de aeronaves en tierra”, “toma de rehenes a bordo de aeronaves o en los aeródromos”, “intrusión por la fuerza a bordo de una aeronave, en un aeropuerto o en el recinto de una instalación aeronáutica”, “introducción a bordo de una aeronave o en un aeropuerto de armas o de artefactos (o sustancias) peligrosos destinados a fines criminales”; o, “comunicación de información falsa que compromete la seguridad de una aeronave en vuelo, o en tierra, o la seguridad de los pasajeros, tripulación, personal de tierra y público, en un aeropuerto o en el recinto de una instalación de Aviación Civil.

Para clarificar esta problemática es pertinente recurrir a Ramón Quezada Ruiz, quien formula la siguiente síntesis basada en la legislación chilena, que contiene la clasificación de los mencionados servicios:

- a) Servicios no aeronáuticos no comerciales, definidos como “aquellos que debe prestar el concesionario en carácter de obligatorio durante todo el periodo de explotación..., y por los cuales no se cobra una tarifa a los usuarios” (ejemplo: información de vuelos, señalización, aseo de áreas públicas); y,
- b) Servicios no aeronáuticos comerciales, que son los que presta el concesionario “en forma obligatoria o facultativa según se establezca en cada base de licitación, durante el período de explotación, y por los cuales percibe ingresos, mediante el cobro de tarifas a los usuarios, ya sea por la prestación directa del servicio o a través de terceros (subconcesión)...”. Estos servicios se clasifican a su vez así:
 - a. Servicios no aeronáuticos comerciales obligatorios (ejemplos: locales de venta de alimentos y bebidas, estacionamientos vehiculares, transporte de equipaje dentro de los terminales aeroportuarios, espacios o *counters* para compañías de transporte aéreo).
 - b. Servicios no aeronáuticos comerciales facultativos (ejemplos: embalaje de equipaje, áreas exclusivas para atención a pasajeros de clase ejecutiva, áreas para el funcionamiento de locales comerciales, arrendamiento de vehículos).
- c) Servicios aeronáuticos, que son “aquellos que prestará el concesionario, en forma obligatoria o facultativa según se establece para cada caso en las... bases, durante el período de explotación... que se relacionan con los servicios de apoyo o las naves cuando hacen escala en el aeropuerto o aeródromo y otros servicios en tierra” (ejemplos: cintas transportadoras de equipaje, sistemas de embarque y desembarque)³⁷.

El autor en mención señala además que los “servicios aeronáuticos destinados a la ayuda y protección aérea, control de tránsito, seguridad de la navegación aérea, fiscalización y... control, que vienen a resguardar los estándares de seguridad de nuestro tráfico aéreo”, los presta directamente “la autoridad aeronáutica chilena”. Estos servicios equivalen a los que el Código Aeronáutico ecuatoriano denomina “servicios auxiliares de

³⁷ Ramón Quezada Ruiz, *Proceso de concesión aeroportuaria en Chile*, www.monografias.com.

navegación aérea”, y que la Resolución No. 66 del Consejo Nacional de Aviación Civil de la República del Ecuador los llama “servicios de protección al vuelo o navegación aérea”.

1.5 La concesión de servicio público es un acto y un contrato

La concesión en general y específicamente la concesión de servicio público, constituye un acto que emana de un órgano de la administración pública, en ejercicio de la función administrativa, a través del cual delega a una persona natural o jurídica de derecho privado, a riesgo de ésta, la prestación de un servicio público con sujeción a condiciones previamente establecidas, bajo el control y vigilancia estatal.

Esta delegación implica que “el concesionario pasa a ser un órgano de colaboración del Estado y goza de sus atributos, que puede oponerlos a terceros y al Estado, en uso de sus poderes delegados”³⁸.

Al revisar los elementos de los servicios públicos se señaló que uno de ellos es que su “titularidad” corresponde al Estado (lato sensu). Por tanto, es obvio que sólo éste puede autorizar o delegar a un particular la prestación de un servicio público. Esta autorización o delegación se realiza precisamente por medio de un acto de la administración pública, que en términos estrictos constituye un acto administrativo, en cuanto implica una resolución unilateral que produce efectos jurídicos directos a favor del concesionario³⁹.

A través de dicho acto se exterioriza la voluntad de la administración de delegar a un tercero, su potestad para la prestación de determinado servicio público; mas, dada la complejidad que reviste la concesión de servicio público, es indispensable que autoridad concedente (administración pública) y concesionario, pacten las reglas a las que se sujetará la relación jurídica derivada de la autorización conferida, para lo cual se requiere celebrar un contrato administrativo.

Por tanto, es pertinente afirmar que la concesión de servicio público está integrada por un acto y por un contrato, éste último derivado de aquél. Al respecto, Miguel S. Marienhoff sostiene que para que la concesión se considere contrato administrativo en sentido estricto, “debe concurrir el requisito esencial de todo contrato administrativo, o sea que la prestación del cocontratante se relacione, directa o inmediatamente, con alguna de las funciones esenciales o específicas del Estado, con los fines públicos propios de

³⁸ José Canasi, *Derecho Administrativo*, volumen II (parte especial), Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1974, p. 561.

³⁹ A pesar de lo dicho, el artículo 283 inciso 2º del COOTAD dispone que “Sólo de manera excepcional los gobiernos autónomos descentralizados regionales, provinciales, metropolitanos y municipales, podrán delegar la prestación de servicios públicos de su competencia a la iniciativa privada. Esta delegación se realizará mediante acto normativo del órgano competente...”.

éste...”⁴⁰. En el caso de la concesión de servicio público, no cabe duda que la prestación encargada al concesionario tiene relación directa e inmediata con la finalidad propia de la administración pública que es, fundamentalmente, propender a la satisfacción de necesidades colectivas, de interés general.

Sin embargo, es preciso señalar que sobre este particular existen opiniones diversas, las cuales han sido sintetizadas por Sayagués Laso⁴¹. Unas consideran que la concesión de servicio público es un contrato administrativo; otras niegan esta posibilidad y la califican como un acto; existen también criterios que la consideran como una categoría en la que concurren un acto y un contrato; y, en otros casos se sostiene que se trata de un acto complejo.

Sarmiento García sostiene que “la concesión de servicios públicos es un contrato en la función administrativa, que se regula fundamentalmente por el derecho público, aunque admita en algunos aspectos la aplicación –sobre todo analógica y supletoria- de principios y normas de derecho privado”⁴².

Considerando el contexto general del ordenamiento jurídico ecuatoriano, se puede afirmar que la concesión de servicio público es un contrato administrativo en sentido estricto, cuya celebración está supeditada a la emisión previa de un acto administrativo que la autorice, el cual a su vez encuentra sustento en una norma de rango constitucional o legal que confiera a determinado órgano administrativo, la competencia para delegar a un tercero la prestación del servicio público.

1.6 Análisis comparativo de las normas relativas a la concesión de servicios públicos de la Constitución Política de 1979, Codificación Constitucional de 1998 y Constitución de la República de 2008

⁴⁰ Miguel S. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo III-B, Buenos Aires, Abeledo – Perrot, 1978, 2ª edición, p. 522.

⁴¹ Ver Enrique Sayagués Laso, ob. cit., tomo II, p. 16 – 20. El autor hace referencia a las tendencias que en el siglo XIX consideraban a la concesión de servicio público “como un contrato regulado por el derecho privado”; luego, a aquellas que sostienen que se trata de “un contrato administrativo, regulado por el derecho público”, dentro de las cuales distingue algunos matices diferenciadores. Alude también a las opiniones que la consideran “un acto administrativo unilateral”, así como a aquellas que afirman “que hay dos actos distintos: uno, el acto unilateral que regula la organización del servicio concedido; otro, el acto contractual que fija las condiciones de explotación”; dentro de estas últimas distingue una variante, “que ve en la concesión un acto complejo integrado por tres elementos: un acto reglamentario, un acto condición y un contrato”. Incluye además la referencia a las opiniones que sostienen “que la naturaleza jurídica de la concesión de servicio público depende del derecho positivo; de ahí que en ciertos casos sea un acto unilateral y en otros un contrato”. El criterio propio del autor es que la concesión de servicio público abarca “un doble aspecto: en el modo como nace el vínculo jurídico y en sus efectos. Dicho en otras palabras, en los planos formal y material”.

⁴² Jorge Sarmiento, ob. cit., p. 104.

El marco general que actualmente rige lo relacionado con la concesión de servicios públicos, se encuentra dentro del Título VI de la Constitución de la República del año 2008, que trata sobre el régimen de desarrollo, dentro del cual se configuran algunas directrices mencionadas en líneas anteriores, que conviene resaltar:

El responsable de la prestación de los servicios públicos es el Estado (artículo 314), que puede atenderlos directamente o por medio de empresas públicas en las que el Estado tenga participación accionaria mayoritaria (artículo 315), o que éste delegue para efectos de tal prestación a compañías de economía mixta, en las que tenga mayoría accionaria. Adicionalmente, la Carta Fundamental prevé que solamente en forma excepcional, el Estado delegará la prestación de los servicios públicos “a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, en los casos que establezca la ley” (artículo 316).

Es evidente entonces que la posibilidad de que la prestación de servicios públicos sea delegada por parte del Estado a la “iniciativa privada”, se encuentra muy restringida⁴³ por la Constitución de la República de 2008, lo cual obedece a la tendencia política predominante de los asambleístas constituyentes que la redactaron, caracterizada por una visión que considera esencial la intervención estatal⁴⁴ directa en materia de gestión de los servicios públicos, así como en muchos otros ámbitos, y que mira con recelo la participación del sector privado.

⁴³ Esta restricción es vista prácticamente como una imposibilidad por parte de Ramón Eduardo Burneo, *Derecho Constitucional*, volumen 3, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010, p. 364 – 365, quien sostiene: “Se ve muy difícil e impracticable la aplicación de esta excepción (la del 2o inciso del artículo 316 de la Constitución), salvo que en la ley se señalen explícitamente los casos en que pueda hacerse efectiva. Otro caso de delegación, también sujeta a la voluntad del respectivo organismo público, es a favor de “empresas mixtas”, en las que el Estado siempre tendrá la mayoría accionaria y, por lo tanto, la facultad decisoria”. Parece difícil que los particulares se animen a invertir en esa clase de empresas. Lo probable es que el Estado, en acción paternalista, done una parte del patrimonio de las empresas públicas a los trabajadores, convirtiéndolas en mixtas. Pero aún así, no tienen visos de éxito”.

⁴⁴ Al respecto, Luis Fernando Torres, *Presidencialismo Constituyente La ruta del autoritarismo en el Ecuador*, Quito, Cevallos Editora Jurídica, 2009, p. 425 – 428, señala lo siguiente: “El régimen de desarrollo se fundamenta en un amplísimo intervencionismo estatal, una planificación pública centralizadora, un perverso igualitarismo económico y un ecologismo exagerado. El Estado dirige, planifica y regula el proceso de desarrollo. Produce bienes, crea y mantiene infraestructuras y provee servicios públicos. Asume la función de construir un sistema económico socialista basado en la distribución igualitaria de los medios de producción. Dentro del buen vivir o *Sumak Kawsay* las personas privadas solamente pueden producir, intercambiar y consumir bienes y servicios con responsabilidad social y ambiental. En otras palabras, casi todo para el Estado y muy poco para la sociedad civil y el mercado... La gestión de los sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, la especial condición de los recursos naturales no renovables y la trascendencia pública del agua, abren un abanico de infinitas posibilidades al intervencionismo estatal. Según la Constitución de Montecristi, al Estado le corresponde, mediante empresas públicas o mixtas de mayoría estatal, gestionar los sectores estratégicos, prestar los servicios públicos, explotar los recursos naturales no renovables y administrar el agua. La iniciativa privada, solamente por excepción y mediante ley, puede asumir la gestión de tales sectores y prestar servicios públicos...”.

La tendencia inserta en la Constitución de la República de 2008 es diametralmente opuesta a la que se plasmó en la Codificación Constitucional del año 1998, cuyo artículo 249 dejó absolutamente abierta la posibilidad de que la prestación de los servicios públicos sea gestionada directamente por el Estado “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”. Esta apertura hacia la participación de la empresa privada, estaba además reforzada por “candados” como el incorporado en el mismo artículo 249, que disponía que “Las condiciones contractuales acordadas no podrán modificarse unilateralmente por leyes u otras disposiciones”.

El mencionado artículo 249 de la Codificación Constitucional de 1998, fue desarrollado a través de las reformas introducidas en la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada (en adelante denominada Ley de Modernización), por la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana, promulgada como Decreto Ley 2000-1, con Decreto Ejecutivo No. 690 publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 144 de 18 de agosto de 2000.

Así, el artículo 6 de la Ley de Modernización prevé con total amplitud la posibilidad de que el Estado delegue “a empresas mixtas o privadas la prestación de servicios públicos... por cualesquiera de los medios establecidos en la Constitución...”.

El artículo 41 ibídem reitera lo señalado y establece que “El Estado podrá delegar a empresas mixtas o privadas la prestación de los servicios públicos de agua potable, riego, saneamiento, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, facilidades portuarias, aeroportuarias y ferroviarias, servicio postal u otras de naturaleza similar..., mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual... de acuerdo con la ley...”.

Por su parte el artículo 46 de la Ley en mención dispone que “Los contratos de delegación contendrán las cláusulas necesarias para asegurar que los servicios públicos a prestarse atiendan los intereses de los usuarios y la preservación del ambiente”. Esta norma agrega un elemento importante de protección al Estado en cuanto determina que éste no “garantizará la rentabilidad del negocio ni establecerá tratamientos tributarios especiales o diferentes a los que rijan al momento de la celebración del contrato”, pero a la vez insiste en lo dispuesto por el artículo 249 de la Codificación Constitucional de 1998, en cuanto prevé que las estipulaciones contractuales “no podrán modificarse unilateralmente durante la vigencia del contrato por leyes ni otras disposiciones de carácter general que se expidieren con posterioridad a su celebración”.

Luego de la revisión de estas normas se puede afirmar que el marco constitucional aplicable en la década 1998 – 2008, incentivaba ampliamente la participación del sector privado para la prestación de servicios públicos y garantizaba la intangibilidad de las cláusulas contractuales, aun cuando con posterioridad a su celebración se promulgasen leyes que pudiesen contrariarlas.

Por su parte, la Constitución Política de 1979 en su artículo 46 determinó las siguientes como “áreas de explotación económica reservadas al Estado”:

a) Las relativas a “los recursos naturales no renovables”, así como a “los productos del subsuelo y todos los minerales y sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo”;

b) Las que atañen a la prestación de “los servicios de agua potable, fuerza eléctrica y telecomunicaciones”; y,

c) Las relacionadas con “las empresas estratégicas definidas por la ley”.

El principio aplicable en esta materia es que el Estado ejerza su accionar “en las ramas empresariales o actividades económicas que, por su trascendencia o magnitud, puedan tener decisoria influencia económica o política y se haga necesario orientarlas hacia el interés social”. No obstante, la disposición prevé que excepcionalmente el Estado “puede delegar a la iniciativa privada el ejercicio de cualesquiera de las actividades económicas antes mencionadas, en los casos que la ley establezca”.

Se aprecia que la Carta Fundamental de 1979 -al igual que la del año 2008-, limitaba la participación de la iniciativa privada en la prestación de los servicios públicos, la cual podía intervenir solo por excepción y exclusivamente respecto de los servicios públicos señalados en el literal b) de la norma comentada, es decir, agua potable, energía eléctrica y telecomunicaciones, encontrándose la prestación de los otros servicios públicos, vedada para la iniciativa privada.

Este brevísimo análisis comparativo entre las tres últimas Cartas Fundamentales promulgadas en la República del Ecuador, permite concluir que la Codificación Constitucional de 1998 confirió muy amplia libertad para la privatización de los servicios públicos, lo que implicó un giro significativo respecto de la de 1979. Luego, la Constitución de 2008 no solo que retomó algunos principios de la de 1979, sino que radicalizó al extremo el intervencionismo estatal en torno a la prestación de los servicios públicos, y dejó a la iniciativa privada solo una posibilidad residual de prestarlos en circunstancias excepcionales.

1.7 Marco legal actual en materia de delegación a la iniciativa privada para la prestación de servicios públicos.

Como se comentó en líneas anteriores, el artículo 100 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones y del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, concretó a nivel legal la tímida posibilidad concebida en el artículo 316 de la Constitución de la República, de delegar a la iniciativa privada la prestación de servicios públicos en forma excepcional.

El mencionado artículo 100 exige como requisito para que opere la delegación, la calificación de excepcionalidad por parte del Presidente de la República, siempre y cuando concurra alguna de las circunstancias que se mencionan a continuación: que sea necesaria y favorable al interés público; que no exista capacidad técnica o económica a nivel estatal para la prestación del servicio público; y, que la prestación no pueda estar en manos de empresas públicas o mixtas. En cuanto a las modalidades de delegación permitidas, la norma en mención contempla fundamentalmente la concesión, la asociación y la alianza estratégica y señala que la selección del delegatario se hará a base del procedimiento de “concurso público” que prevea el reglamento respectivo.

La remisión que el artículo 100 de este Código hace al reglamento, para efectos de aplicación del procedimiento de selección del contratista, permite suponer que el denominado “concurso público” tendría mecanismos propios -que serán advertidos una vez que se expida ese reglamento-, distintos a los que aplican respecto de los procedimientos que prevé la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, entre ellos, la licitación. Más adelante, en el capítulo II se analizará lo relativo a la selección del concesionario de servicio público.

En otro ámbito, el Título VII del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), trata sobre las “Modalidades de gestión, planificación, coordinación y participación” e incluye varias normas relacionadas con esta materia: en primer término dispone que “los gobiernos autónomos descentralizados son responsables por la prestación de los servicios públicos y la implementación de las obras que les corresponda ejecutar para el cumplimiento de las competencias que la Constitución y la ley les reconoce” (artículo 274 inciso 1º); determina que “los gobiernos autónomos descentralizados regional, provincial, distrital o cantonal podrán prestar los servicios y ejecutar las obras que son de su competencia en forma directa, por contrato, gestión compartida, por delegación a otro nivel de gobierno o cogestión con la comunidad y empresas de economía mixta” (artículo 275 inciso 1º); prevé que excepcionalmente “los gobiernos autónomos descentralizados regionales, provinciales, metropolitanos y

municipales, podrán delegar la prestación de servicios públicos de su competencia a la iniciativa privada. Esta delegación se realizará mediante acto normativo del órgano competente, cuando el gobierno autónomo descentralizado respectivo no se encuentre en capacidad técnica y económica de gestionar directamente un servicio público o en caso de calamidad pública o desastre natural” (artículo 283 inciso 2º), previo “concurso público” para la selección del cocontratante (artículo 283 inciso 3º).

Se aprecia que el artículo 100 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones y los artículos 274, 275 y 283 del COOTAD, que regulan en sus respectivos ámbitos la delegación a la iniciativa privada para la prestación de los servicios públicos, son fieles al marco restrictivo trazado por el artículo 316 de la Constitución de la República, como norma matriz en esta materia, que consagra el principio de que solo por excepción cabe dicha delegación.

En el acápite 1.6 se comentó el amplio alcance que en materia de delegación a la iniciativa privada para la prestación de servicios públicos, prevé la Ley de Modernización, cuyas reformas de 18 de agosto de 2000 fueron específicamente concebidas dentro de un marco de “verdadera política permanente y compromiso nacional”⁴⁵, para afianzar y garantizar dicha posibilidad de delegación, de conformidad con el artículo 249 de la Constitución Política de 1998, que preveía como mecanismos de delegación a la concesión, la asociación, la capitalización, el traspaso de la propiedad accionaria “o cualquier otra forma contractual, de acuerdo con la ley”. Así lo ratifica el artículo 41 de la Ley de Modernización.

La Constitución de 2008 se limita a señalar la posibilidad excepcional de delegación a la iniciativa privada de la prestación de los servicios públicos, sin precisar los mecanismos para el efecto. A nivel legal, el artículo 100 inciso 3º del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, prevé los siguientes mecanismos de delegación: “concesión, asociación, alianza estratégica, u otras formas contractuales de acuerdo a la ley”. Cabe preguntar ¿qué ley? ¿Serán aplicables los otros mecanismos previstos en la Ley de Modernización, como “la capitalización” o el “traspaso de la propiedad accionaria”?

⁴⁵ Así lo señala la exposición de motivos de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana (suplemento del Registro Oficial No. 144 de 18 de agosto de 2000), que reformó la Ley de Modernización y varias otras leyes. Esta exposición anota que “las reformas buscan en primer lugar actualizar el texto de la ley a las nuevas exigencias constitucionales. Este mandato ineludible para dar cabal cumplimiento a la voluntad de la nación expresada en la Constitución implica la participación del sector privado para beneficio de la sociedad. Se preservan y profundizan al mismo tiempo principios básicos que deben animar estos procesos, como la transparencia en la delegación para la prestación de servicios públicos, a fin de que respondan a principios de eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, continuidad y calidad”.

Estas dudas no tienen una respuesta categórica precisamente porque los mecanismos de la Ley de Modernización fueron concebidos en el marco de la Codificación Constitucional de 1998⁴⁶. Por tanto, El COOTAD, por su parte, en el artículo 283 inciso 2º, determina que la delegación a la iniciativa privada “se realizará mediante acto normativo del órgano competente”, lo que implica que en cada caso se requerirá la expedición de una ordenanza que establezca el marco regulatorio general de las actividades delegadas por el respectivo gobierno autónomo descentralizado. Si existiese una ley que regulase las delegaciones a la iniciativa privada para la prestación de servicios públicos, probablemente no se requeriría que en cada caso, el gobierno autónomo descentralizado expida una ordenanza para ese efecto.

Sobre este tema, la Corte Constitucional, en la sentencia No. 003-09-SIN-CC emitida dentro del caso No. 0021-2009-IA (página 51), manifestó:

“[...] la noción de delegación total de un servicio público a las entidades privadas se encuentra totalmente prohibida por la Constitución, ya que el art. 316 es muy claro respecto a las delegaciones, como un acto que no es absoluto, pues no todo es delegable... En el mismo sentido, indica que, de forma excepcional, se delegue a la iniciativa privada el ejercicio de las actividades que establezca la ley. En relación a este tema, la norma que debe encaminar o construir el andamiaje jurídico es la Ley Orgánica que regula el Sistema de Competencias y los recursos. Ahora bien, la delegación debe ceñirse a la norma constitucional; en ese sentido, se exhorta a la Asamblea Nacional para que realice, a la mayor brevedad, las modificaciones normativas respectivas de acuerdo a los lineamientos establecidos en la Constitución de la República del Ecuador”.

Con relación a estos temas, como queda dicho, la Asamblea Nacional expidió el COOTAD, cuyo Título V trata ampliamente respecto al sistema nacional de competencias, el cual es definido en el artículo 108, como “el conjunto de instituciones, planes, políticas, programas y actividades relacionados con el ejercicio de las competencias que corresponden a cada nivel de gobierno guardando los principios de autonomía, coordinación, complementariedad y subsidiariedad, a fin de alcanzar los objetivos relacionados con la construcción de un país democrático, solidario e incluyente”. El

⁴⁶ Estas dudas se acrecientan aún más al analizar la sentencia No. 003-09-SIN-CC dictada por la Corte Constitucional dentro del caso No. 0021-2009-IA (p. 53), a la que nos referiremos con amplitud más adelante, en la que se afirma: “Efectivamente, el cambio de normativa constitucional representó un cambio de estructura jurídica, pues los principios filosóficos que inspiran la nueva Constitución difieren en gran medida con los que informaban a la Constitución Política de 1998 (sic), por lo que las resoluciones del ex Tribunal Constitucional que no eran sentencias jurisprudenciales y carecían de carácter vinculante y obligatorio, así como las referencias doctrinarias del marco constitucional de 1998 han desaparecido. Por estas razones esta Corte no está obligada a someterse a las referidas resoluciones. En ese sentido, la Corte estima que los principios que sustentan las Constituciones de 1998 y 2008 son irreconciliables, no pueden mantenerse, ni aun poniendo en práctica los métodos más sofisticados de interpretación constitucional”.

organismo técnico que tiene a su cargo el mencionado sistema es el Consejo Nacional de Competencias, cuyas funciones se encuentran previstas en el artículo 119 del COOTAD.

En lo que se refiere a la excepcionalidad prevista en el artículo 316 de la Constitución de la República, para delegar la prestación de servicios públicos a la iniciativa privada, como ya se comentó, a nivel legal, el artículo 100 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, viabilizó la implementación práctica de esa posibilidad.

Adicionalmente, el Presidente de la República expidió el Reglamento de Aplicación del Régimen Excepcional de Delegación de Servicios Públicos de Transporte, contenido en el Decreto Ejecutivo No. 810 de 5 de julio de 2011, publicado en el Registro Oficial No. 494 de 19 de julio de 2011, al que en adelante se denominará simplemente Decreto Ejecutivo No. 810, que si bien contiene algunas normas clarificadoras de aspectos sustanciales relativos a la delegación de servicios públicos de transporte, derogó el Título III del Reglamento Sustitutivo al Reglamento General de la Ley de Modernización, que regulaba en detalle varios ámbitos de la delegación al sector privado, lo que ha generado mayor incertidumbre jurídica debido a que el vacío normativo es ahora más evidente.

Capítulo II

La concesión de servicio público aeroportuario

2.1 Definición.

Para formular una noción de la concesión de servicio público aeroportuario, se requiere aproximarnos previamente a la institución de la concesión de servicio público en general. El reconocido autor Roberto Dromi define la concesión de servicio público como:

“[...] el contrato por el cual el Estado encomienda a una persona, física o jurídica, privada o pública no estatal, la prestación de un servicio público bajo determinadas condiciones objetivas, subjetivas y temporales. Esta persona, “concesionario”, actúa por su propia cuenta y riesgo. La labor se retribuye con el precio o tarifa pagado por los usuarios o con subvenciones y garantías otorgadas por el Estado, o con ambos medios a la vez.

La concesión implica a favor del concesionario una delegación de las respectivas facultades por parte de la Administración Pública, a la que sustituye o reemplaza en la prestación, pero que conserva las facultades de regulación y control. La delegación convencional de atribuciones no significa un traspaso definitivo de las mismas [...]”⁴⁷.

Héctor Jorge Escola, citado por Enrique Rojas Franco, define a la concesión de servicios públicos en los siguientes términos:

“[...] acto de la Administración pública por el cual ésta encomienda a un tercero la organización y el funcionamiento de un servicio público, en forma temporal, otorgándole determinados poderes y atribuciones a ese fin, asumiendo dicha persona la prestación del servicio a su propia costa y riesgo, percibiendo por ello una retribución, que puede consistir en el precio pagado por los usuarios, o en subvenciones o garantías que le fueron reconocidas, o en ambas cosas a la vez, cumpliéndose el servicio público bajo la vigilancia y control de la autoridad administrativa”⁴⁸.

Enrique Sayagúes Laso formula la siguiente noción:

“La concesión de servicio público puede definirse como el acto de derecho público por el cual la administración encarga temporalmente a una persona la ejecución de un servicio público, transmitiéndole ciertos poderes jurídicos y efectuándose la explotación bajo su vigilancia y contralor, pero por cuenta y riesgo del concesionario”⁴⁹.

⁴⁷ Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires – Madrid – México, 2009, Ciudad Argentina – Hispania Libros, 12a edición, pp. 605 – 606.

⁴⁸ Enrique Rojas Franco, *Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo*, Guayaquil, 2007, Edilex S.A. Editores, p. 310.

⁴⁹ Enrique Sayagúes Laso, ob.cit., tomo II, p. 12.

Jorge Sarmiento García plantea esta noción:

“La concesión de servicios públicos es el contrato en la función administrativa en virtud del cual un ente estatal encomienda o delega a una persona, temporalmente, la ejecución de un servicio público, otorgándole el ejercicio de cierta potestad pública para asegurar su funcionamiento, efectuándose la explotación a costa y riesgo del concesionario, bajo la vigilancia y control del ente concedente”⁵⁰.

Se aprecia que las definiciones precedentes no coinciden en la calificación de la naturaleza de la concesión de servicios públicos; dos de las citadas la califican como acto y dos como contrato.

En el acápite 1.5 se analizó este aspecto y se concluyó que en el marco del ordenamiento jurídico ecuatoriano y de acuerdo a nuestra opinión, la concesión de servicio público es un contrato administrativo en sentido estricto, cuya celebración está supeditada a la emisión previa de un acto administrativo que la autorice, el cual a su vez encuentra sustento en una norma de rango constitucional o legal que confiera a determinado órgano administrativo, la competencia para delegar a un tercero la prestación del servicio público.

Otros connotados tratadistas como son Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, opinan que “El llamado por la LCAP (Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de España, Texto Refundido de 16 de junio de 2000) *contrato de gestión de servicios públicos* ya no es una figura contractual definida, no obstante el uso del artículo determinado singular [...]. Por el contrario, bajo esa rúbrica común se encubre una pluralidad diversa de técnicas contractuales. Lo que la rúbrica expresa, más que un tipo contractual definido, es una simple técnica de gestión de los servicios públicos, la gestión llamada indirecta o por medio de empresas –por oposición a la gestión directa o realizada por los propios medios administrativos, incluyendo entre éstos los entes instrumentales [...]. Ahora bien, si se trata de una previsión general de la técnica de gestión indirecta de los servicios públicos se comprende que no puede referirse a un contrato único tipificado por una determinada estructura obligacional, sino a una pluralidad de figuras contractuales, tantas como la colaboración de los particulares en la gestión de los servicios puede permitir [...]”⁵¹.

⁵⁰ Jorge Sarmiento García, ob. cit., p. 83.

⁵¹ Eduardo García de Enterría y otro, ob. cit., tomo I, p. 733. Como se aprecia, la tesis central de estos autores es que la gestión de los servicios públicos no se encuadra en “una figura contractual definida”, sino más bien en “una pluralidad de figuras contractuales”, pero esta visión no niega que la concesión de servicios públicos implica en definitiva una figura contractual.

Al respecto, la Ley de Modernización prevé sobre este aspecto, lo siguiente: que “Los procesos de desmonopolización, privatización, y delegación previstos en esta ley se realizarán mediante los siguientes procedimientos: [...] b) La delegación total o parcial, o la transferencia definitiva al sector privado, de la gestión que desarrollan” (artículo 42); que “Los procesos a que se refiere el artículo que antecede, se llevarán a cabo por medio de una o más de las siguientes modalidades: [...] c) Concesión de uso, de servicio público o de obra pública, licencia, permiso u otras figuras jurídicas reconocidas por el derecho administrativo [...]” (artículo 43); que “Los contratos de delegación contendrán las cláusulas necesarias para asegurar que los servicios públicos a prestarse atiendan los intereses de los usuarios y la preservación del ambiente [...]”; que “Las condiciones contractuales acordadas entre las partes no podrán modificarse unilateralmente durante la vigencia del contrato por leyes ni otras disposiciones de carácter general que se expidieren con posterioridad a su celebración”; y, que “Todo contrato de delegación incluirá, necesariamente, una cláusula de arbitraje para la solución de controversias” (artículo 46).

Estas disposiciones de la Ley de Modernización confirman que la concesión de servicios públicos es un contrato administrativo.

Ahora bien, conforme se señaló en el acápite 1.2, el artículo 100 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, dispone que la excepcionalidad contemplada en el artículo 316 de la Constitución de la República para delegar a la iniciativa privada la prestación de los servicios públicos de “electricidad, vialidad, infraestructuras portuarias o aeroportuarias, ferroviarias y otros”, debe ser calificada por el Presidente de la República y que las modalidades de delegación permitidas son: “concesión, asociación, alianza estratégica, u otras formas contractuales de acuerdo a la ley”.

El artículo 283 inciso 2º del COOTAD prevé que excepcionalmente “los gobiernos autónomos descentralizados regionales, provinciales, metropolitanos y municipales, podrán delegar la prestación de servicios públicos de su competencia a la iniciativa privada”, delegación que “se realizará mediante acto normativo del órgano competente [...]”.

Del Decreto Ejecutivo No. 810 de 5 de julio de 2011, que contiene el “Reglamento de Aplicación del Régimen Excepcional de Delegación de Servicios Públicos de Transporte”, se destacan las siguientes normas para efectos del análisis relativo a la noción de la concesión de servicio público aeroportuario:

El artículo 1 establece que “El Estado podrá, por medio de sus instituciones [...] delegar a empresas privadas o de la economía popular y solidaria, la facultad de proveer y gestionar de manera integral los siguientes servicios públicos del sector transporte: 1) Los

servicios provistos mediante las infraestructuras y facilidades portuarias, aeroportuarias, hidroviarias, ferroviarias y sus accesos..., y, 2) Los servicios descritos en el numeral anterior, cuando la infraestructura, facilidades y el equipamiento vayan a ser construidos, desarrollados o suministrados por la empresa delegataria, sobre bienes, facilidades y derechos de propiedad estatal [...]”.

El Decreto en mención determina además que “Procede la delegación de la facultad de proveer y gestionar de forma integral los servicios públicos de transporte de manera excepcional y previamente declarada por el Presidente de la República cuando la máxima autoridad de la entidad delegante, a través de una resolución motivada, basada en estudios técnicos especializados, demuestre la oportunidad, conveniencia y viabilidad técnica – económica de tal proceso [...]” (artículo 2).

Agrega el Decreto referido que “La facultad de iniciar, organizar y ejecutar los procesos de delegación para prestar servicios públicos mediante la ocupación y usufructo de bienes, infraestructuras y facilidades estatales preexistentes, le corresponderá [...] a: 3.2. A la Dirección General de la Aviación Civil, cuando se trate de la delegación de la provisión de los servicios aeroportuarios, tanto esenciales como complementarios [...]” (artículo 3).

En cuanto a modalidades de delegación, el artículo 4 del mismo Decreto prevé “dos formas jurídicas aplicables a la delegación proveer (sic) y gestionar de manera integral los servicios públicos en el sector transporte: 1. Concesión; 2. Autorización” (artículo 4).

Respecto a la concesión el Decreto la describe como “una modalidad de delegación, por parte del Estado, que tiene por objeto transferir la facultad de proveer y gestionar de manera integral un servicio público a la iniciativa privada o a la economía popular y solidaria, bajo un esquema de exclusividad regulada, a través de la planificación, gestión técnico operacional, financiamiento, construcción, ampliación, rehabilitación, mejoramiento o conservación de infraestructura, facilidades y equipamientos estatales preexistentes” (artículo 5).

Al analizar las normas invocadas del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, del COOTAD y del Decreto Ejecutivo No. 810, se evidencia que la concesión de servicios públicos constituye fundamentalmente una delegación o transferencia de poderes por parte del Estado (lato sensu) a un tercero.

La delegación supone en estricto sentido un acto administrativo, es decir, una declaración emitida por parte de un órgano administrativo, por medio de la cual faculta a un tercero para que, en su nombre y representación, ejecute una actividad que en principio compete a dicho órgano.

A base de los elementos mencionados se concluye que, la concesión de servicio público aeroportuario es un acto⁵² a través del cual, el Estado por medio de la Dirección General de Aviación Civil, delega a una persona natural o jurídica del sector privado, para que se encargue por su cuenta y riesgo, a cambio de la percepción de retribuciones económicas, de ejecutar un conjunto de prestaciones sistemáticas y continuas tendientes a que las operaciones de transporte aerocomercial de pasajeros, carga y correo, desde y

⁵² En el acápite 1.5 se analizó la naturaleza jurídica de la concesión y se hizo referencia a las diversas corrientes de opinión vertidas al respecto y sintetizadas por Enrique Sayagués Laso. Como complemento a lo señalado en ese acápite conviene acudir nuevamente al prestigioso autor uruguayo, quien sostiene lo siguiente: “A nuestro juicio la cuestión debe encararse teniendo en cuenta lo expuesto al examinar las distintas formas de cómo pueden clasificarse los actos jurídicos... Por tanto, es necesario analizar la concesión de servicio público en un doble aspecto: en el modo como nace el vínculo jurídico y en sus efectos. Dicho en otras palabras, en los planos formal y material. a) En el aspecto formal es de toda evidencia que la concesión constituye un acto bilateral.... La concesión como acto que produce efectos jurídicos, surge recién cuando se opera el acuerdo de ambas voluntades: de la administración y del concesionario... No puede confundirse la concesión con el acto estatal que autoriza a celebrarla o que la aprueba, el cual puede tener forma de acto administrativo o de ley (en los casos que ésta es necesaria). Ese acto integra el proceso de formación de la voluntad estatal, habilitando al órgano competente para llegar al acuerdo con el concesionario o perfeccionando el acuerdo pactado en principio, y ese acuerdo bilateral es lo que constituye la concesión... b) En el aspecto material la concesión aparece como un acto de contenido complejo. Una parte importante de sus cláusulas se relaciona con la organización y funcionamiento del servicio público que deberá realizar el concesionario. Esas cláusulas son reglas generales que, por su misma naturaleza, crean derechos y obligaciones para todos cuantos quedan alcanzados por ellas: administración, concesionario, usuarios del servicio, empleados y terceros. En cambio, hay otras cláusulas que regulan simplemente los aspectos económicos de la explotación del servicio y que aseguran al concesionario la razonable y legítima ganancia. Su alcance es puramente individual o subjetivo... En el primer aspecto la finalidad de la administración y del concesionario es coincidente: organizar el servicio. En el segundo aspecto los fines son opuestos, pues mientras el concesionario persigue una ganancia, la administración no actúa con igual finalidad”. A base de este análisis, Sayagués Laso concluye lo siguiente: “la concesión es un acto único bilateral, que nace del acuerdo entre la administración y el concesionario; pero por su contenido no puede considerarse como contrato, ya que lo es solo en parte y en el resto merece el calificativo de convencional...: es contractual en cuanto determina el régimen financiero de la explotación por el concesionario, y es convencional (pero no contractual) en cuanto regula mediante normas generales la organización y funcionamiento del servicio” (Enrique Sayagués Laso, ob. cit., pp. 18 – 20). Por su parte, Roberto Dromi señala lo siguiente: La concesión de servicio público no es un acto mixto: contractual y reglamentario o legal. Es, efectivamente, un contrato administrativo “*homogéneo y único*” propiamente dicho, que entra en la tipología de los contratos de transformación, en los que el contratista particular sustituye al Estado en la gestión [...]. De modo tal que los contratos públicos de concesión constituyeron el camino apropiado para ejecutar la privatización de las empresas del Estado, por la que a su vez se operó la transformación del Estado. En este sentido, el contrato de concesión de servicios públicos se ha constituido en eficaz herramienta de participación de la actividad privada en la prestación de cometidos públicos, constituyendo figuras típicas de los contratos de transformación. La *parte reglamentaria* de la concesión –que implica la posibilidad de modificar la organización y el funcionamiento del servicio- proviene del carácter administrativo de la concesión, y de las facultades de regulación y control que mantiene el Estado sobre las actividades privatizadas a fin de asegurar la calidad de la gestión en la prestación de los servicios delegados en sujetos privados. Ello implica que el Estado, en ejercicio de sus prerrogativas, introduzca todas las modificaciones que juzgue menester en la organización o en el funcionamiento del servicio, a fin de mantener la *ecuación política* del contrato. Sin embargo, las modificaciones que establezca la Administración Pública siempre tendrán por base el contrato de concesión de servicio público, cuya naturaleza habilita tales modificaciones. Éstas forman parte del contrato, expresan una situación contractual, no sólo legal o reglamentaria [...].” (Roberto Dromi, ob. cit., pp. 608 – 609).

hacia el territorio nacional, se realicen con seguridad, eficiencia y competitividad, dentro del marco contractual⁵³ correspondiente.

Como se señaló en el acápite 1.4, no pueden ser objeto de concesión los “servicios auxiliares de navegación aérea” previstos en el Código Aeronáutico –a los que la Resolución No. 66 del Consejo Nacional de Aviación Civil denomina “servicios de protección al vuelo o navegación aérea”-, que tienen como finalidad garantizar la seguridad y regularidad de las operaciones, los cuales deben ser prestados directamente por el Estado a través de la Dirección General de Aviación Civil, sino únicamente los llamados “servicios aeroportuarios”, es decir aquellos “que se brindan en las plataformas o en el interior de los edificios terminales de los aeropuertos o aeródromos” y que suponen la utilización de la infraestructura aeroportuaria.

2.2 Caracteres de la concesión de servicio público aeroportuario

En cuanto acto, la concesión de servicio público aeroportuario constituye una delegación, es decir una transferencia temporal de facultades de la entidad concedente al concesionario, con el objeto de que éste desarrolle y ejecute prestaciones sistemáticas y continuas tendientes a que las operaciones de transporte aerocomercial de pasajeros, carga y correo, desde y hacia el territorio nacional, se realicen con seguridad, eficiencia y competitividad.

En cuanto contrato, la concesión de servicio público aeroportuario tiene las siguientes características:

Es bilateral⁵⁴, por cuanto la autoridad o entidad concedente y el concesionario contraen obligaciones recíprocas, entre ellas: la primera debe viabilizar que el concesionario recaude de los usuarios las retribuciones correspondientes, además de regular, controlar y fiscalizar la prestación del servicio; por su parte, el concesionario debe gestionar el servicio público aeroportuario y prestarlo en las condiciones pactadas, lo que implica el cumplimiento de una multiplicidad de actividades y tareas específicas a su riesgo.

⁵³ Este marco contractual está conformado o constituido por el contrato de concesión propiamente dicho. Al respecto, ver la sentencia No. 003-09-SIN-CC emitida por la Corte Constitucional dentro del caso No. 0021-2009-LA el 23 de julio de 2009, pp. 24 – 25, en la que se expresa: “La Concesión.- Es un contrato público en virtud del cual, el Estado otorga la gestión y el derecho de explotación de un bien o servicio de carácter público a un particular por un período de tiempo determinado. Tiene por objeto la administración de los bienes públicos, mediante el uso, aprovechamiento, explotación, uso de las instalaciones, la construcción de obras, de nuevas terminales de cualquier índole, sea marítima, terrestre o aérea, de los bienes del dominio público del Gobierno”.

⁵⁴ El artículo 1455 de la Codificación del Código Civil prevé que “El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra, que no contrae obligación alguna; y, bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente”.

Al respecto, Roberto Dromi señala que “La concesión de servicio público es un contrato sinalagmático porque ambas partes se obligan recíprocamente: el concesionario a prestar el servicio, y eventualmente a entregar al Estado un porcentaje sobre sus beneficios, y la Administración Pública a permitir que el concesionario perciba de los usuarios el precio respectivo”⁵⁵.

El contrato de concesión de servicio público aeroportuario es oneroso⁵⁶, porque el concesionario recibe como contraprestación por la gestión que ejecuta, tarifas o precios que pagan los usuarios.

El reconocido tratadista Héctor Jorge Escola, citado por Jorge Sarmiento García, respecto de esta característica considera que:

“Por la relación que existe entre las prestaciones, es un contrato a título oneroso, puesto que las ventajas que reporta a una de las partes le son concedidas a ésta sobre la base de una prestación que esa parte ha hecho o prometido a la otra. Si la administración pública logra asegurar la prestación efectiva del servicio público de que trata el contrato, lo hace mediante las prestaciones y ventajas económico – financieras que ha comprometido en la concesión; y, recíprocamente, si el concesionario presta el servicio, lo hace a fin de obtener aquellas prestaciones y ventajas económicas”⁵⁷.

Como se explicó en el acápite 1.2, el artículo 100 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, entre otros aspectos prevé que la selección del delegatario está sujeta a “concurso público”, lo que significa que la autoridad concedente no puede elegir directamente al concesionario del servicio público aeroportuario, sino que éste debe ser seleccionado como fruto de un procedimiento en el cual se adjudique la contratación a la persona natural o jurídica cuya oferta sea la más conveniente a los intereses públicos.

Consecuentemente, una vez seleccionado el concesionario, el contrato será celebrado con él, quien debe encargarse de su ejecución y no puede ceder ni transferir a terceros las obligaciones asumidas como tal, porque el contrato es *intuitu personae*⁵⁸, lo que no implica que el concesionario esté impedido de contratar con terceros la prestación de servicios que se requiera para el cabal cumplimiento de la obligación principal que es

⁵⁵ Roberto Dromi, ob. cit., pp. 611 - 612.

⁵⁶ El artículo 1456 de la Codificación del Código Civil determina que “El contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro”.

⁵⁷ Jorge Sarmiento García, ob. cit., pp. 184 – 185.

⁵⁸ Para ampliar sobre esta característica del contrato de concesión de servicio público se puede consultar: Jorge Sarmiento García, ob. cit., pp. 187 -188; Roberto Dromi, ob. cit., pp. 611 -612; ambos autores coinciden en que el contrato no puede ser cedido a terceros, salvo que lo autorice la entidad concedente.

gestionar el servicio público aeroportuario, pero dicha contratación no libera al concesionario de su responsabilidad.

Se puede afirmar en general que el contrato de concesión de servicio público aeroportuario tiene el carácter de conmutativo, “porque las prestaciones son ciertas y equivalentes, por lo menos así deben ser, y por lo que resultan también onerosas”⁵⁹.

Al respecto, Sarmiento García considera que en el contrato de concesión de servicio público, “todas las prestaciones son ciertas y pueden ser objeto de apreciación inmediata, no dependiendo su determinación de acontecimiento incierto alguno. En la concesión, las ventajas o ganancias –que consisten en el derecho de explotación o de percibir las rentas– no dependen de un acontecimiento incierto; sin duda que existe incertidumbre respecto de las ganancias o entradas, pero no del derecho de percibir las”⁶⁰.

Por lo dicho parece claro que el contrato de concesión de servicio público aeroportuario es en principio conmutativo⁶¹, en cuanto el concesionario tiene el derecho de percibir las tarifas con el objeto de recuperar sus inversiones y obtener una utilidad razonable; sin embargo, en la práctica puede ocurrir que debido a diversos factores esta ecuación ideal no se verifique por decisiones que el Estado deba adoptar en aras de satisfacer intereses públicos, como en el supuesto de que la autoridad concedente decida asumir la gestión del servicio directamente por “razones de oportunidad”, antes del vencimiento del plazo pactado, en cuyo caso el concesionario deberá negociar con ella los términos en los que opere la conclusión de la relación jurídica y, en caso de no llegar a acuerdos satisfactorios, formular las reclamaciones por medio de las vías legales, judiciales o arbitrales, situación que implica incertidumbre para los potenciales inversionistas.

Sarmiento García sostiene que el contrato de concesión de servicio público es de adhesión, “o sea, es de aquellos en que una de las partes estipula las cláusulas y la otra las acepta, sin discutir las, adhiriéndose a lo determinado por la otra parte”⁶². Sin embargo, esta apreciación es discutible, porque no solo que los oferentes que participan en una licitación convocada por el Estado pueden plantear alternativas en cuanto a las tarifas que recibirían

⁵⁹ José Canasi, ob. cit., p. 573.

⁶⁰ Jorge Sarmiento García, ob. cit., p. 186. Este autor complementa su planteamiento a base de la opinión de Jorge Héctor Escola, en el sentido que “...el *“ius variandi”* que tiene la administración no altera este carácter del contrato, no sólo porque tal potestad está comúnmente restringida a límites ciertos, sino porque se trata de alteraciones tenidas en cuenta por las partes al contratar, y que siguen, por tanto, siendo ciertas y pasibles de inmediata y continuada apreciación”.

⁶¹ El artículo 1457 de la Codificación del Código Civil, dispone: “El contrato oneroso es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio”.

⁶² Jorge Sarmiento García, ob. cit., p. 187.

como contraprestación por la gestión del servicio, que es uno de los elementos esenciales en cuanto al interés de los potenciales concesionarios -si bien en múltiples aspectos deberán allanarse a las condiciones preestablecidas por la entidad concedente-, sino que inclusive, la iniciativa para la prestación del servicio puede originarse en el sector privado, en cuyo caso la delineación general del proyecto surge de la denominada “iniciativa privada”, es decir de potenciales oferentes capacitados para prestar el servicio público, en cuyo caso el carácter de adhesión del contrato pierde contundencia.

La modalidad de prestación de servicios públicos a base de “iniciativa privada” está reconocida en la Ley de Modernización (artículos 1, 41, 42, 43), así como en el Decreto Ejecutivo No. 810 (artículos 5, 8, 9). Sin embargo, es preciso anotar que este Decreto derogó el Título III del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Modernización, que abarcaba los siguientes aspectos: las formas de delegación; las concesiones en general; la concesión de obra pública; la concesión de uso o servicio público; las concesiones en el sector eléctrico; las concesiones de agua potable y saneamiento ambiental; las concesiones de obras o servicios portuarios; procedimiento para la concesión de uso, obra y servicio público; y, la iniciativa privada.

Con esta derogatoria se eliminó el único marco normativo que regulaba en detalle, desde un punto de vista procedimental, lo relativo a las concesiones de servicios públicos y otras concesiones. Por su parte, el Decreto Ejecutivo No. 810, simplemente se limita a trazar el marco general dentro del cual se puede aplicar la excepcionalidad prevista en la Constitución de la República y en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, respecto a la delegación de facultades para la prestación de servicios públicos de transporte, pero no regula múltiples aspectos relevantes que constaban en el texto reglamentario derogado.

2.3 Elementos del contrato de concesión de servicio público aeroportuario

a) Sujetos

Los sujetos que intervienen como partes del contrato de concesión de servicio público aeroportuario son: la autoridad concedente y el concesionario.

a.1) La autoridad concedente o simplemente el concedente es, en general, un ente estatal que se encuentra facultado constitucional o legalmente para otorgar la concesión de servicio público aeroportuario, a favor de una persona natural o jurídica seleccionada de acuerdo al ordenamiento aplicable.

En principio, es el propio ente estatal el obligado a prestar el servicio público aeroportuario, mas, por diversas circunstancias ya sean presupuestarias, técnicas o de otra índole, dicho ente puede decidir que el servicio no sea prestado directamente, sino a través de un tercero, en cuyo caso es indispensable que el ente estatal tenga competencia para delegar a un tercero la prestación del servicio, en el marco del denominado principio de legalidad, según el cual las instituciones estatales y en general los agentes públicos, “ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley” (artículo 226 de la Carta Fundamental).

De acuerdo con la Codificación de la Ley de Aviación Civil del año 2007, compete al Estado “la construcción, operación y mantenimiento de los aeródromos, aeropuertos y helipuertos civiles, y de sus servicios e instalaciones, incluyendo aquellos característicos de las rutas aéreas, en forma directa o por delegación, según sean las conveniencias del Estado...” (artículo 1).

Esta norma prevé además que “se podrá delegar a la iniciativa privada, a través de cualquier modalidad reconocida por la ley, los aeródromos y aeropuertos existentes en el país a empresas nacionales o extranjeras...” y que mediante autorización conferida por el Presidente de la República, “los municipios podrán construir, administrar y mantener aeropuertos”, en forma directa o por delegación “a empresas mixtas o privadas mediante concesión, asociación, capitalización o cualquier otra forma contractual de acuerdo a la ley”.

Esta disposición legal prevé que las mencionadas atribuciones las ejerce el Estado “a través del Consejo Nacional de Aviación Civil, como organismo encargado de la política aeronáutica del país; y, de la Dirección General de Aviación Civil y sus dependencias, como ente regulador, que mantendrán el control técnico-operativo de la actividad aeronáutica nacional”.

Por su parte, el varias veces citado artículo 100 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, prevé que son “el Estado o sus instituciones” los competentes para “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”, delegación que puede concretarse mediante “concesión, asociación, alianza estratégica, u otras formas contractuales de acuerdo a la ley”.

El artículo 3 del Decreto Ejecutivo No. 810 otorga a la Dirección General de Aviación Civil la competencia para “iniciar, organizar y ejecutar los procesos de delegación para prestar servicios públicos mediante la ocupación y usufructo de bienes, infraestructuras y

facilidades estatales preexistentes”, “cuando se trate de la delegación de la provisión de los servicios aeroportuarios, tanto esenciales como complementarios [...]”, en tanto que el artículo 4 de dicho Decreto restringe inexplicablemente las modalidades de delegación para la gestión de los servicios públicos de transporte en general, a dos figuras: concesión y autorización, descartando la asociación y la alianza estratégica que sí contempla el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones.

Por tanto, las autoridades concedentes en materia de servicio público aeroportuario pueden ser: la Dirección General de Aviación Civil en el ámbito del gobierno central y, los gobiernos autónomos descentralizados municipales expresamente autorizados para el efecto.

Para actuar como tales, la Dirección General de Aviación Civil requiere autorización emitida mediante decreto ejecutivo por parte del Presidente de la República, de acuerdo con lo que dispone el artículo 100 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, en tanto que los gobiernos autónomos descentralizados municipales, requieren delegación conferida mediante “acto normativo (ordenanza cantonal) del órgano competente cuando el gobierno autónomo descentralizado respectivo no se encuentre en capacidad técnica y económica de gestionar directamente un servicio público o en caso de calamidad pública o desastre natural”, circunstancias que deben ser acreditadas “ante el respectivo órgano legislativo local (concejo municipal) y la ciudadanía por la autoridad ejecutiva (alcalde), en las condiciones establecidas en la Constitución y la ley”, de conformidad con lo que prevé el artículo 283 del COOTAD.

Ahora bien, en virtud de lo que dispone el artículo 261 numeral 10 de la Constitución de la República, es el denominado “Estado central” el que tiene “competencias exclusivas” sobre el “espectro radioeléctrico y el régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones, puertos y aeropuertos”, lo cual “no excluirá el ejercicio concurrente de la gestión en la prestación de servicios públicos y actividades de colaboración y complementariedad en los distintos niveles de gobierno”, según lo establece el artículo 260 de la Carta Fundamental, en concordancia con el artículo 114 del COOTAD.

Consecuentemente, como requisito inicial para que los gobiernos autónomos descentralizados municipales puedan “construir, administrar y mantener aeropuertos”, ya sea directamente o por medio de “empresas mixtas o privadas mediante concesión, asociación, capitalización o cualquier otra forma contractual de acuerdo a la ley”, requieren autorización previa del Presidente de la República, emitida mediante decreto ejecutivo, conforme lo prevé el artículo 1, inciso 3º de la Codificación de la Ley de Aviación Civil.

a.2) En cuanto al concesionario, en términos generales la Constitución de la República prevé que, excepcionalmente, el Estado podrá “delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria” la gestión de los servicios públicos, “en los casos que establezca la ley” (artículo 316, inciso 3º).

El Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones reitera la facultad estatal de delegar a la iniciativa privada así como a la economía popular y solidaria, la provisión de los servicios públicos (artículo 100, inciso 1º) y establece que la selección del delegatario (concesionario, asociado o aliado estratégico), operará a través de “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” (artículo 100, inciso 3º).

La doctrina plantea que el concesionario de servicio público puede ser una persona natural o jurídica, de derecho privado o de derecho público. Sin embargo, lo más frecuente es que el concesionario de servicios públicos y específicamente del aeroportuario, sea una persona jurídica de derecho privado, con capacidad técnica, organizacional y financiera para asumir por su cuenta y riesgo la gestión del servicio.

Sarmiento García sostiene que si bien el concesionario “puede ser una persona física o jurídica, privada o pública”, lo usual es que “las concesiones se otorgan, en razón de los grandes capitales y de la organización que requieren los servicios, a sociedades; pero en servicios que pueden ser explotados con pequeños capitales (como el de transporte de pasajeros) nada impide que una persona física sean concesionario”⁶³.

Al respecto, Sayagués Laso expresa que si bien “la concesión de servicio público es una relación típica de derecho administrativo, esa circunstancia no influye sobre la condición jurídica del concesionario: si éste era una persona de derecho privado, física o moral, continúa siéndolo, sin siquiera convertirse en funcionario...; y si era una persona pública, mantiene su calidad de tal”⁶⁴. Esto quiere decir que el hecho de que una persona natural o jurídica, asuma la condición de concesionario en virtud de una delegación conferida por el Estado (*lato sensu*), no implica que se transforme en un órgano administrativo y, así mismo, si la delegación recae vía concesión en una persona pública, ésta conserva su misma condición.

⁶³ Jorge Sarmiento García, ob. cit., p- 138.

⁶⁴ Enrique Sayagués Laso, ob. cit., tomo II, pp. 20 – 21.

En el caso de los aeropuertos de las ciudades de Quito y Guayaquil, los concesionarios de los servicios aeroportuarios son la Corporación Quiport S.A.⁶⁵ y Terminal Aeroportuaria de Guayaquil S.A. TAGSA⁶⁶, respectivamente, que son personas jurídicas de derecho privado. Así también, el concesionario del servicio público aeroportuario del Aeropuerto Seymour de la Isla Baltra, provincia de Galápagos, es la compañía Aeropuertos Ecológicos de Galápagos S.A. ECOGAL, que es una persona jurídica de derecho privado constituida al amparo de la legislación ecuatoriana⁶⁷.

En general, aparte de las condiciones técnicas, operativas y financieras que debe tener el concesionario de servicios aeroportuarios, básicamente debe tener capacidad legal para celebrar el contrato de concesión. El artículo 68 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública⁶⁸ contempla como requisitos de los contratos sujetos a ella –entre los cuales no se encuentra la concesión de servicio público pero que son exigibles a todo contrato-, la capacidad del adjudicatario a efectos de que contraiga válidamente las obligaciones inherentes a ese contrato y ejerza sus derechos sin restricciones, conforme lo prevén los artículos 1461 y 1462 de la Codificación del Código Civil⁶⁹.

Más adelante se analizará lo relativo a la selección del concesionario de servicio público aeroportuario.

⁶⁵ La Corporación Aeropuerto y Zona Franca del Distrito Metropolitano de Quito (CORPAQ) en representación del Municipio de Quito, celebró en septiembre de 2001, con la *Canadian Commercial Corporation* (CCC), los contratos de concesión y construcción del nuevo aeropuerto internacional de Quito y la administración y operación del Aeropuerto “Mariscal Sucre” de la misma ciudad y, simultáneamente se celebró el contrato de novación del contrato de concesión con Corporación Quiport S.A., cuyo capital es cien por ciento privado (ver www.quiport.com).

⁶⁶ La concesión del Aeropuerto José Joaquín Olmedo de la ciudad de Guayaquil fue adjudicada a Corporación América S.A. (CASA), cuya oferta fue la que mejores condiciones propuso dentro del proceso licitatorio llevado a cabo para el efecto. Posteriormente se creó la empresa TAGSA “con el objetivo de operar y administrar el Aeropuerto de Guayaquil. El contrato de concesión fue firmado el 27 de febrero del 2004 entre TAGSA y la Autoridad Aeroportuaria de Guayaquil – Fundación de la Muy Ilustre Municipalidad del cantón Guayaquil...” (ver www.tagsa.aero/).

⁶⁷ El contrato de concesión del servicio aeroportuario del Aeropuerto Seymour ubicado en la Isla Baltra, provincia de Galápagos, fue celebrado el 15 de abril de 2011 entre la Dirección General de Aviación Civil como concedente y la Compañía Aeropuertos Ecológicos de Galápagos S.A. ECOGAL, como concesionaria, si bien la empresa que presentó la iniciativa privada y que participó en la licitación convocada por esa entidad pública y cuya oferta resultó adjudicada, fue Corporación América S.A. (CASA). Esta situación se produjo en el marco del artículo 172 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Modernización, que establecía lo siguiente: “Dentro del plazo de noventa días, contados a partir de la fecha de adjudicación, el adjudicatario deberá constituir la sociedad comprometida en la oferta, de nacionalidad ecuatoriana, con quien se celebrará el contrato. Su objeto, tipo y características serán las determinadas en las Bases de la Licitación y tendrá una duración de, al menos el período de vigencia de la concesión más cinco años [...]”. Estas, entre otras condiciones, preveía la mencionada norma reglamentaria, que fue derogada, junto con todo el Título III del referido Reglamento, por el Decreto Ejecutivo No. 810 de 5 de julio de 2011.

⁶⁸ Promulgada en el suplemento del Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto de 2008.

⁶⁹ Publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005.

a.3) En principio se puede afirmar que los usuarios son los beneficiarios del servicio público aeroportuario. Son usuarios de ese servicio las aerolíneas, los pasajeros, los importadores, los exportadores, las compañías intermediarias de carga aérea, las empresas que brindan servicios de correo aéreo, entre otros.

La finalidad por la cual se prestan los servicios públicos en general, entre ellos el aeroportuario, es atender las necesidades y requerimientos de los usuarios. Por ello, el artículo 277 de la Carta Fundamental dispone que “Para la consecución del buen vivir, serán deberes generales del Estado: [...] 4. Producir bienes, crear y mantener infraestructura y proveer servicios públicos”. La responsabilidad en la provisión de los servicios públicos es del Estado, el cual debe garantizar que su prestación esté enmarcada en “los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad” (artículo 314 de la Constitución).

Para que la prestación de los servicios públicos esté efectivamente sometida a estos principios consagrados en la Constitución, ésta contiene varias disposiciones que pretenden asegurar ese objetivo, entre ellas, las siguientes: el artículo 11 numeral 9 que prevé que el propio Estado, así como sus delegatarios y concesionarios, están “obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares (usuarios) por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos”; el artículo 52 *ibídem* confiere a los usuarios el “derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad” y ordena que la ley contemple “la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos que no fuera ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor”; el artículo 53 exige a quienes prestan servicios públicos, la incorporación de “sistemas de medición de satisfacción de las personas usuarias y consumidoras, y poner en práctica sistemas de atención y reparación” y determina que es responsabilidad del Estado responder “civilmente por los daños y perjuicios causados a las personas por negligencia y descuido en la atención de los servicios públicos que estén a su cargo, y por la carencia de servicios que hayan sido pagados”; el artículo 54 dispone que quienes “presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y penalmente por la deficiente prestación del servicio, por la calidad defectuosa del producto, o cuando sus condiciones no estén de acuerdo con la publicidad efectuada o con la descripción que incorpore”.

Entre los denominados “derechos de libertad”, el artículo 66 numeral 25 de la Carta Fundamental prevé el de “acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su

contenido y características”; por su parte, el artículo 85 *ibídem* contiene algunas disposiciones relativas a la “formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos”, entre ellas, establece que “Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos y se formularán a partir del principio de solidaridad” (numeral 1); determina que “Sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto” (numeral 2); dispone que le corresponde al Estado garantizar “la distribución equitativa y solidaria del presupuesto para la ejecución de las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos” (numeral 3); garantiza “la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades” en material de “formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos” (último inciso).

El artículo 88 de la Constitución de la República prevé que la acción de protección puede ser interpuesta, entre otros supuestos, “cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión...”; el artículo 215 *ibídem* contempla entre las funciones de la Defensoría del Pueblo, el “patrocinio, de oficio o a petición de parte, de las acciones de protección, hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, incumplimiento, acción ciudadana y los reclamos por mala calidad o indebida prestación de los servicios públicos o privados” (numeral 1), así como la investigación y resolución de las “acciones u omisiones de personas naturales o jurídicas que presten servicios públicos” (numeral 3); y, el artículo 326 numeral 15 de la Carta Fundamental, prohíbe la paralización de los servicios públicos.

Todas estas normas y principios generan derechos a favor de los usuarios del servicio público aeroportuario, que pueden ser reclamados administrativamente o por la vía judicial.

Sayagués Laso enseña que “La utilización del servicio público crea un vínculo entre la entidad que lo presta y el usuario, el cual impone obligaciones a uno y otro”⁷⁰. Con relación a la naturaleza jurídica de ese vínculo, el autor en mención sintetiza las controversias generadas que aún no se ha logrado solucionar: unas corrientes consideran que la vinculación del usuario con la entidad que presta el servicio es contractual, de adhesión, regulada por el derecho privado; otras opiniones estiman que el usuario no

⁷⁰ Enrique Sayagués Laso, *ob. cit.*, tomo I, pp. 87 – 90.

adhiera ni celebra un contrato y que la situación del usuario es “estatutaria”, porque el servicio es organizado bajo los lineamientos de la entidad encargada en forma unilateral y que la factibilidad del usuario de acceder al servicio se da por un “acto-condición”. Una tercera corriente considera que en unos casos la vinculación es de índole contractual y en otros, de naturaleza estatutaria, lo que depende de varios factores y fundamentalmente del derecho positivo aplicable. Como conclusión, Sayagués Laso señala que en su opinión, la solución más convincente es la segunda, porque efectivamente, “múltiples soluciones que consagra el derecho positivo o admiten pacíficamente la doctrina y la jurisprudencia, no encuentran solución lógica sino con el criterio estatutario. Por ejemplo: el derecho de los particulares a exigir las prestaciones previstas...; la fijación unilateral de las condiciones de funcionamiento del servicio...; la posibilidad de modificar la organización del servicio en todo momento; el tratamiento de los usuarios en igualdad de condiciones...”⁷¹.

Se puede afirmar que en el caso ecuatoriano, esta valiosa opinión de Sayagués Laso es plenamente aplicable, en función del rol trascendental que desempeña el Estado - tanto si el servicio es prestado directamente como a través de delegatarios-, y de los derechos que la Carta Fundamental consagra a favor de los usuarios de los servicios públicos.

b) Consentimiento

El consentimiento es un elemento esencial de todo contrato y debe estar presente en la concesión de servicio público aeroportuario.

El artículo 1461 de la Codificación del Código Civil prevé como requisitos “para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad”, en primer término “Que sea legalmente capaz” y además, “Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio”. La norma en mención exige además que la contratación “recaiga sobre un objeto lícito” y “tenga una causa lícita”.

Estos requisitos básicos son exigibles no sólo en el ámbito del Derecho Privado, sino también en lo que concierne a los actos y contratos sometidos al Derecho Público. En efecto, el artículo 68 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, determina que los requisitos para la celebración de los contratos sujetos a ella son: la competencia del órgano administrativo que actúa como entidad concedente; la capacidad del concesionario; la existencia de recursos financieros; y, la “formalización del contrato, observando el debido proceso y los requisitos constantes en la presente Ley y su Reglamento”.

⁷¹ Enrique Sayagués Laso, ob. ct., tomo I, pp. 89 – 90.

Con relación a este elemento Sarmiento García expresa: “El consentimiento constituye la base esencial del contrato: el vínculo contractual nace, en principio, cuando se enlazan las voluntades estatal y del cocontratante. Cada una de estas voluntades es un acto unilateral, pero el consentimiento –que representa el concurso o la unión de esas voluntades- es ya un acto bilateral. Habrá dos declaraciones de voluntad, la del concedente y del concesionario, que al unirse en el consentimiento, dan nacimiento al contrato de concesión”⁷².

c) Objeto

El objeto de la concesión de servicio público, en cuanto contrato, está constituido fundamentalmente por aquello que el concesionario se compromete a hacer y a dar, es decir, las prestaciones a las que se obliga el concesionario en función de la delegación conferida por la entidad concedente y lo pactado en el contrato y, por las contraprestaciones que recibirá a cambio (cobro de tarifas a los usuarios). En otras palabras, el objeto o contenido de dicho contrato son los servicios aeroportuarios que prestará el concesionario a los usuarios, a cambio de lo cual éstos pagarán determinadas tarifas. En cuanto al alcance de estos servicios se puede revisar el acápite 1.4 referente a la conceptualización del servicio público aeroportuario⁷³.

Al respecto, Urueta Rojas señala lo siguiente: “En todo vínculo contractual bilateral y conmutativo, independientemente de que la naturaleza del régimen jurídico sea público o privado y de la clase de contrato, la exigencia de un objeto cierto y la necesidad de una contraprestación determinada a título de pago son reglas básicas de derecho, y constituyen los extremos de la relación creada por el acuerdo de voluntades”⁷⁴.

Estas reglas básicas, como lo afirma Urueta Rojas, se aplican tanto a nivel de la contratación privada como de la contratación pública.

En cuanto al objeto de los contratos, el artículo 1476 de la Codificación del Código Civil ordena de manera general, que “Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer...”. El inciso 3º del artículo 1477 ibídem advierte que “Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público”. A

⁷² Jorge Sarmiento García, ob. cit., p. 192.

⁷³ Sarmiento García señala que “En este contrato –como en todo acto administrativo y en todo contrato en la función administrativa- puede distinguirse un contenido: a. Natural [...]. b. Implícito [...]. c. Eventual [...]”.

⁷⁴ Juan Manuel Urueta Rojas, ob. cit., p. 60.

continuación, el artículo 1478 prevé que existe “objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano”.

Desde luego que la prestación de servicios públicos aeroportuarios por parte de concesionarios, constituye objeto lícito, porque es una figura que está prevista en la Constitución de la República, en la Codificación de Ley de Aviación Civil y otras normas.

d) Forma

Como ya se ha señalado anteriormente, no existe un cuerpo legal que contemple integralmente las concesiones de servicio público, y menos aún uno que trate específicamente todo lo relacionado con el servicio público aeroportuario. Aisladamente, algunas normas de rango legal se refieren específicamente a aspectos puntuales de esta materia: Ley de Modernización del Estado, Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, COOTAD, Codificación de la Ley de Aviación Civil, entre las principales.

A nivel infra legal, el Decreto Ejecutivo No. 810 contiene el denominado Reglamento de Aplicación del Régimen Excepcional de Delegación de Servicios Públicos de Transporte, que aborda muy limitadamente lo relativo a la delegación “a empresas privadas o de la economía popular y solidaria, la facultad de proveer y gestionar de manera integral” los servicios del sector transporte previstos en el artículo 1, y cuyo Capítulo III que trata del procedimiento, está constituido tan solo por dos artículos que se refieren al inicio de los “procesos de delegación” y a la selección del delegatario mediante “procedimientos de concurso público”.

A pesar de la extrema limitación del Decreto en cuanto a su alcance –constituido por 10 artículos, una disposición general, una derogatoria y una disposición final-, la referida disposición general -denominada primera aunque es única-, establece que dicho Decreto “normará todas las modalidades de delegación de la prestación de un servicio público, incluyendo la gestión integral del mismo, el desarrollo de infraestructura para su provisión o ambos...; para lo cual, en lo que fuere necesario, podrá ser complementado con otras normativas legales y reglamentarias...”.

Lamentablemente este Decreto omitió establecer el procedimiento en detalle que debe observarse para delegar la prestación de los servicios públicos de transporte, entre ellos el aeroportuario, y lo que es peor, derogó todo el Título III del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Modernización, referente a la delegación al sector privado, haciendo aún más palpable el vacío jurídico existente en esta materia.

En este contexto, no existe una norma específica que regule lo relativo a la forma de legalización del contrato de concesión de servicio aeroportuario. Por su parte, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que no incluye en su ámbito a las concesiones de servicio público, prevé en el artículo 69 que se otorgarán mediante escritura pública, los contratos “que por su naturaleza o expreso mandato de la Ley lo requieran” y que aquellos cuya cuantía sea igual o superior a la base prevista para la licitación, se protocolizarán” notarialmente. Añade la disposición legal que “Los demás contratos se otorgarán por documento suscrito entre las partes sin necesidad de escritura pública”.

El artículo 113 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece que “En todos los casos en que la ley exija la suscripción de contrato, éste se otorgará por escrito”.

Queda claro que los contratos de concesión de servicios públicos en general y específicamente el de servicio aeroportuario, deben otorgarse por escrito. Y si bien no existe una norma que exija que sea mediante escritura pública, esta formalidad fue observada en el caso del “Contrato de concesión del servicio aeroportuario del Aeropuerto Seymour Isla Baltra – cantón Santa Cruz, provincia de Galápagos”, celebrado entre la Dirección General de Aviación Civil, la Compañía Aeropuertos Ecológicos de Galápagos S.A. ECOGAL, la Corporación América S.A. y la Subsecretaría de Transporte Aeronáutico del Ministerio de Transporte y Obras Públicas, instrumento otorgado el 15 de abril de 2011, ante el abogado Marco Montalvo Espinel, Notario del cantón Santa Cruz.

Dada la importancia y efectos que conllevan para los intereses generales las concesiones de servicio público, es recomendable que su celebración se haga observando la formalidad de la escritura pública, no solo porque ese instrumento constituye título ejecutivo, sino por las solemnidades requeridas para su otorgamiento y porque en último término la prestación misma del servicio se plasmará sobre bienes del dominio público, como son los aeropuertos.

2.4 Selección del concesionario

a) Procedimiento precontractual

Para el análisis de este punto es preciso recurrir una vez más al artículo 100 inciso 3º del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, que aparte de señalar que las formas de delegación son la concesión, la asociación, la alianza estratégica y otras que prevea la ley, dispone que para efectos de seleccionar al delegatario se debe observar “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”.

Ya se ha hecho alusión al Reglamento de Aplicación del Régimen Excepcional de Delegación de Servicios Públicos de Transporte, expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 810 de 5 de julio de 2011, cuyo artículo 7, inciso 1º establece que “La concesión estará sujeta a la normativa legal vigente y a las condiciones y características específicas fijadas en los pliegos de licitación [...]”. El numeral 8 de este mismo artículo determina que los “pliegos de la licitación” deben incluir todas las estipulaciones necesarias “por conveniencia o por mandato de la normativa propia de cada sector”; y, el artículo 10 exige que “todas las modalidades de delegación que realice el Estado o sus Instituciones para ello competentes, sin excepción alguna, deberán utilizar procedimientos de concurso público, ya sea que el proceso se haya originado por decisión del Estado o sus Instituciones, o por iniciativa privada”.

Por su parte, el artículo 283 del COOTAD determina que la delegación para la prestación de servicios públicos -en el ámbito de competencia de los gobiernos autónomos descentralizados regionales, provinciales, metropolitanos y municipales-, operará excepcionalmente a través de acto normativo, en el supuesto de que el respectivo gobierno “no se encuentre en capacidad técnica y económica de gestionar directamente un servicio público o en caso de calamidad pública o desastre natural” (inciso 2º), situación que deberá justificarse plenamente, en cuyo caso se seleccionará al delegatario “mediante concurso público”, excepto para “la delegación de las competencias de riego, agua potable y alcantarillado a organizaciones comunitarias” (inciso 3º).

En lo que respecta específicamente al servicio público aeroportuario, el artículo 1 inciso 2º de la Codificación de la Ley de Aviación Civil, dispone que en el marco de la Codificación Constitucional de 1998 y de la Ley de Modernización, “se podrá delegar a la iniciativa privada, a través de cualquier modalidad reconocida por la ley, los aeródromos y aeropuertos existentes en el país a empresas nacionales o extranjeras que, mediante una licitación, presenten las condiciones más favorables al desarrollo, mantenimiento y mejoras de los actuales, sin excluir la posibilidad de la construcción y operación de nuevos aeródromos o aeropuertos”.

El inciso final del artículo 56 de la Ley de Modernización determina que “Los mecanismos que se utilicen para la delegación, en cualesquiera de sus modalidades, serán siempre públicos y contarán con una adecuada promoción en los medios nacionales de comunicación y el conocimiento por parte de los posibles interesados de las

especificaciones, modalidades, condiciones y características de la delegación, a fin de permitir la participación y competencia de todos los interesados”.

Los procedimientos de selección de los cocontratantes del Estado están regulados en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la cual, como se ha señalado en algunas oportunidades, no incluye en su ámbito las concesiones de servicio público. Esta Ley contempla dentro de los procedimientos “ordinarios”⁷⁵ para la adquisición de bienes muebles y servicios y para la ejecución de obras, la licitación, la cotización y la menor cuantía. El procedimiento denominado “concurso público” está reservado en esta Ley (artículo 40), exclusivamente para la contratación de consultoría, por lo que las alusiones hechas a este procedimiento por el artículo 100 inciso 3º del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, por el artículo 283 inciso 3º del COOTAD y por el artículo 10 del Decreto Ejecutivo No. 810, adolecen de imprecisión conceptual.

Dentro de este contexto normativo se aprecia que en general, la intención del legislador ha sido exigir que para la selección del concesionario de servicios públicos y específicamente del aeroportuario, las entidades contratantes promuevan un procedimiento licitatorio, el cual está regulado en los artículos 48 y 49 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y en los artículos 49 al 55 del Reglamento de esta Ley.

En la práctica se constata que la selección de Corporación América S.A. como concesionaria del servicio público aeroportuario del Aeropuerto Seymour del cantón Santa Cruz, provincia de Galápagos, cuyo contrato se celebró el 15 de abril de 2011, se realizó previa una licitación que culminó con la adjudicación a favor de esa Corporación, mediante Resolución No. 159 A/2008 de 15 de septiembre de 2008. Sin embargo, es preciso resaltar que en este caso se aplicó la figura de la “iniciativa privada”⁷⁶ prevista en la Ley de

⁷⁵ La denominación de procedimientos “ordinarios” no está prevista en la Ley y es utilizada en esta investigación simplemente para diferenciarlos de los llamados “procedimientos dinámicos”.

⁷⁶ La figura de la “iniciativa privada” está prevista en el artículo 100 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, con un alcance general u ordinario que se interpreta como “sector privado”. En el artículo 9 del Decreto Ejecutivo No. 810, por el contrario, el alcance de esa figura tiene la misma connotación que le atribuía el derogado Título III del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Modernización, que se desprende de su texto: “Artículo 9.- Inicio.- Los procesos de delegación se iniciarán, cuando corresponda a una iniciativa del Estado, a través del ente rector sectorial o del organismo o instituciones competentes en cualquiera de los niveles de gobierno, conforme lo señalado en el artículo tercero del presente Reglamento; o, por iniciativa privada en que un particular presenta un proyecto de delegación de la facultad de prestación de un servicio público, el desarrollo de infraestructura para su provisión o ambos, el cual debe incluir entre otras, innovaciones tecnológicas o ventajas competitivas específicas”. En este último sentido, la “iniciativa privada” significa que no solo la ejecución sino la concepción inicial de un proyecto surge del sector privado y no del estatal o público.

Modernización y desarrollada en el Reglamento a esta Ley, cuyo artículo 175⁷⁷ preveía que “Toda persona natural o jurídica podrá proponer..., a la entidad u organismo competente, la delegación a la iniciativa privada de funciones estatales, mediante concesión de uso, servicio u obra pública”. Esta propuesta podía ser rechazada o aprobada por el ente competente, el cual, en caso de aprobación, debía efectuar los estudios para llevar adelante una licitación, en la cual, el proponente de la iniciativa se haría acreedor a “un veinte por ciento de mejoramiento en la evaluación de su oferta económica [...]”.

Lo concerniente a la selección del concesionario tiene importancia en la medida que permite a las instituciones estatales, escoger la mejor oferta o alternativa sometida a su consideración, considerando que la finalidad que se busca alcanzar es, en último término, la satisfacción de intereses públicos, para lo cual se debe tratar de asegurar que quien resulte adjudicatario del procedimiento de selección tenga idoneidad técnica, financiera, legal y organizativa, atributos que permitirán que el servicio público sea gestionado y prestado con el más alto nivel de eficacia, si bien esta meta exige adicionalmente otros elementos que dependen de la entidad concedente, del marco jurídico, de la estabilidad política y económica, entre los principales.

Por estas razones la ley exige que para la selección del concesionario de servicio público, se lleve a cabo un procedimiento licitatorio que permita generar parámetros comparativos entre dos ó más oferentes, si bien en algunos casos se presenta una sola propuesta que puede ser adjudicada si cumple los requerimientos formulados por la entidad concedente y sus términos son convenientes para los intereses públicos.

Esta apreciación, sin embargo, puede presentar matices modulatorios, como el que recoge Sarmiento García en el sentido que “tratándose de contratos donde predomine el carácter *“intuitu personae”* (como es la concesión de servicio público aeroportuario), la entidad estatal tiene libertad –o mayor libertad que en otros supuestos- para seleccionar a su cocontratante, pues no toda persona suele reunir las condiciones especiales requeridas para efectuar determinada prestación”⁷⁸.

⁷⁷ El Decreto Ejecutiva 810 de 5 de julio de 2011 derogó el Título III del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Modernización, dentro del cual constaba el artículo 175. No obstante, la Ley de Modernización continúa vigente y dentro de ella se contempla la figura de la “iniciativa privada”.

⁷⁸ Jorge Sarmiento García, ob. cit., pp. 197 -198. El autor amplía su planteamiento y expresa que “en la concesión que nos ocupa conviene recurrir a la licitación pública siempre que técnica y administrativamente sea posible, justificándose la contratación directa (donde la entidad estatal busca al cocontratante de la misma manera que los particulares y celebra el contrato con él) por la necesidad de atender preferentemente a la capacidad técnica, económica, etc., de la persona o empresa que explotará el servicio”. Al respecto, es pertinente señalar que en el caso de la “iniciativa privada” que contempla la Ley de Modernización, la búsqueda se produce en sentido contrario: es la persona privada la que formula un planteamiento a la entidad pública, la cual desde luego tiene la última palabra para su aceptación o rechazo.

b) Adjudicación

El procedimiento de licitación concluye con la adjudicación⁷⁹ del contrato, que es un acto administrativo en virtud del cual la entidad concedente toma la decisión de seleccionar la oferta que cumple todas las especificaciones formuladas en los pliegos y es la más conveniente a los intereses institucionales y estatales, acto que genera a favor del adjudicatario el derecho a celebrar el contrato.

El artículo 6 numeral 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, define a la adjudicación como “el acto administrativo por el cual la máxima autoridad o el órgano competente otorga derechos y obligaciones de manera directa al oferente seleccionado, surte efecto a partir de su notificación y solo será impugnable a través de los procedimientos establecidos en esta Ley”.

Cabe preguntar cuáles son los derechos que genera a favor del oferente seleccionado la adjudicación. Para tratar de encontrar la respuesta, es preciso referirse al artículo 69 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que, por una parte, dispone que la formalización del contrato debe concretarse en el término de quince días contado a partir de la notificación con la adjudicación, previa rendición de las garantías respectivas; por otra parte, señala que si el contrato no se celebra “por causas imputables al adjudicatario”, la entidad contratante lo declarará fallido y será suspendido en el registro único de proveedores (RUP) y, si su no celebración es atribuible a la entidad contratante, confiere el derecho al adjudicatario de “demandar la correspondiente indemnización de los daños y perjuicios o reclamar administrativamente los gastos en que ha incurrido, siempre que se encuentren debida y legalmente comprobados...”. La norma agrega que no “se podrá iniciar la ejecución del contrato sin la previa celebración o formalización de los instrumentos expuestos en este artículo”.

Sobre este punto, el artículo 115 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública prevé que en el supuesto “de que la Entidad contratante no cumpla con la suscripción del contrato después de vencido el término de 15 días, el oferente la requerirá mediante comunicación escrita para que lo haga en un nuevo término que no deberá exceder de los diez (10) días. Vencido el término sin que la entidad haya suscrito el contrato, el oferente tendrá la opción de solicitar se deje sin efecto la

⁷⁹ El artículo 70 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Modernización, que formaba parte del Título III, derogado por el Decreto Ejecutivo No. 810 de 5 de julio de 2011, establecía con relación a la adjudicación, que “La licitación será adjudicada por la máxima autoridad de la entidad u organismo, mediante Resolución, a aquella oferta que cumpliendo con los antecedentes generales y que ha sido calificada como técnicamente aceptable presente la oferta económica más conveniente al interés público, evaluada según el sistema establecido en las bases de licitación [...]”.

adjudicación realizada a su favor, debiendo la entidad reconocer los costos de preparación de la propuesta y los gastos financieros que acredite el oferente adjudicatario...”.

Se aprecia que la norma reglamentaria limita el derecho previsto en el artículo 69 de la Ley *ibídem* a reclamar los daños y perjuicios por la no celebración del contrato por causas imputables a la entidad contratante, a “los costos de preparación de la propuesta y los gastos financieros que acredite el oferente adjudicatario”.

Se mantiene la duda respecto a si los referidos gastos financieros pueden derivar no solo de la elaboración de la oferta sino de gestiones o negociaciones posteriores a la notificación de la adjudicación, como contratación de garantías o importación de bienes o productos requeridos para el cumplimiento de las obligaciones previstas en los pliegos; o, si por el contrario, dichos gastos solo se refieren a los relacionados con la preparación de la propuesta.

Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández consideran que “es importante advertir que la forma escrita, aunque obligatoria, carece de carácter constitutivo. El contrato se perfecciona con la adjudicación, no con la formalización, y desde ese mismo momento existe y obliga como tal”⁸⁰.

Desde este punto de vista doctrinario, es evidente que el adjudicatario está habilitado para reclamar todos los daños y perjuicios ocasionados por la no celebración del contrato por causas imputables a la entidad contratante.

El artículo 69 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en principio parece acoger esta tendencia; sin embargo, el último inciso modifica sensiblemente esta apreciación al ordenar que no “se podrá iniciar la ejecución del contrato sin la previa celebración o formalización de los instrumentos expuestos en este artículo”. Esto implicaría que el adjudicatario no podría, por ejemplo, gestionar la importación de bienes e incurrir en gastos para ese objeto, porque ello supondría ejecutar obligaciones constantes en los pliegos pero que aún no se han plasmado a nivel contractual. Otra interpretación podría considerar que la norma en mención simplemente pretende que no se entreguen anticipos a los cocontratantes mientras éstos no rindan las garantías correspondientes.

c) Celebración del contrato

⁸⁰ Eduardo García de Enterría y otro, ob. cit., tomo I, p. 724.

En lo que se refiere a la celebración del contrato de concesión de servicio público aeroportuario, es pertinente remitirse al acápite 2.3 literal d) de este estudio, en el que se analizó lo concerniente a la forma y celebración del mismo.

d) Garantías

El Título III del Reglamento Sustitutivo al Reglamento General de la Ley de Modernización, derogado por el Decreto Ejecutivo No. 810, preveía, en cuanto a garantías, lo siguiente:

Exigía que “En cada contrato de concesión se incluirá un régimen de garantías para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que asume el concesionario. Dicho régimen tendrá en consideración factores tales como: el tipo de concesión otorgada, esto es, si se trata de una concesión para la construcción de una obra pública, el mantenimiento y mejora de una existente o la prestación de un servicio público; si el propietario de las instalaciones que utilizará el concesionario para la prestación de servicio público es del propio concesionario o la autoridad concedente; y, la existencia o no de períodos de gestión” (artículo 82).

Determinaba, entre otros aspectos, que los pliegos debían contemplar lo relativo a la forma y monto de las garantías para amparar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas por el concesionario, pudiendo prever un régimen para la etapa de construcción y otro para la explotación del servicio (artículo 83 inciso 1º); regulaba lo concerniente a la ejecución de las garantías por incumplimiento del concesionario (inciso 2º), así como lo relativo a la devolución de la “garantía de explotación de la concesión” (inciso 3o); y, definía cómo calcular el monto de la garantía exigible en la etapa de construcción y fijaba una base mínima (artículo 84).

Actualmente no existe una normativa aplicable a los contratos de concesión de servicio público –ni a los de concesión de obra pública-, que regule lo concerniente al régimen de garantías, porque como se ha señalado repetidamente, el ámbito de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, no incluye a dichas concesiones y, la remisión defectuosa que hace la disposición general única del Decreto Ejecutivo No. 810 de 5 de julio de 2011, en el sentido de que éste “podrá ser complementado con otras normativas legales y reglamentarias”, es insuficiente para subsanar el vacío generado en esta materia.

No obstante, por tratarse de intereses estatales, los pliegos que se formulen para futuras concesiones de servicios públicos, deberían contemplar la necesidad de que éstas se encuentren debidamente respaldadas por un régimen de garantías que permita resarcir

eventuales perjuicios generados en contra de la entidad concedente, que incluya aquellos aspectos que preveía la normativa derogada referida en líneas anteriores. En este sentido es rescatable la exigencia prevista en el numeral 8 del artículo 7 del citado Decreto Ejecutivo No. 810, que determina que la normativa aplicable a las concesiones debe contemplar, entre otros aspectos: “Toda otra estipulación que fuere necesario incluir en los pliegos de la licitación, por conveniencia o por mandato de la normativa propia de cada sector”.

El contrato de concesión del servicio aeroportuario del Aeropuerto Seymour de la provincia de Galápagos, celebrado el 15 de abril de 2011, es decir cuando aún se encontraba vigente el Título III del Reglamento Sustitutivo al Reglamento General de la Ley de Modernización, contempla en su cláusula 43.1 (Sección XVI), la exigencia a la sociedad concesionaria de una garantía de fiel cumplimiento del contrato, cuyo beneficiaria es la Dirección General de Aviación Civil, por la suma de USD \$ 700.000, con vigencia hasta la terminación de la concesión.

Sin embargo, el contrato no incluye estipulación alguna respecto al régimen de ejecución de la garantía en caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por el concesionario. Por tanto, en caso que fuere necesaria su ejecución, la Dirección General de Aviación Civil deberá efectuar un procedimiento similar al que prevé la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en concordancia con la cláusula 37 del contrato que estipula que es aplicable “el Procedimiento Administrativo Común de la Función Ejecutiva vigente. Sin perjuicio de lo cual, en lo que a silencio administrativo positivo se refiere aplicará los previsto en el artículo 28 de la Ley de Modernización”.

En cuanto a esta última alusión que la cláusula 37 del contrato hace a la institución del silencio administrativo positivo, se debe precisar que la Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado en el sentido de que:

“[...] es evidente que tal institución del silencio positivo o negativo es ajena a la materia contractual que, dentro de los límites señalados por la ley en tratándose de contratación pública, se rige por lo acordado por las partes en el respectivo contrato, que constituye la norma jurídica de estricta observancia para su ejecución y aplicación, por lo cual, resulta extraño el pretender que mediante una falta de oportuna contestación se ha modificado la normatividad contractual establecida. Claro está que en la ejecución de los contratos bien puede ocurrir que aparezcan materias o asuntos que no han sido objeto del convenio suscrito entre las partes, caso este en el cual si tendría aplicación la institución del silencio administrativo, pero insistimos si de lo que se trata es de modificar o reformar condiciones constantes en el contrato, no se puede pretender que las mismas hayan sido reformadas

como consecuencia del silencio administrativo positivo⁸¹.

La cláusula 44 del contrato en mención impone además a la sociedad concesionaria. la obligación de contratar pólizas de seguro para amparar varios riesgos: responsabilidad civil, todo riesgo incluyendo incendio de edificios, instalaciones y líneas relacionadas y vehículos.

⁸¹ Gaceta Judicial 1, Año CV, Serie XVIII 18, 2004, p. 275. Para ampliar lo relativo a la no aplicación –o a la muy restringida aplicación- de la institución del silencio administrativo en materia de contratación pública, ver: Patricio Cordero Ordóñez, *El Silencio Administrativo*, Quito, Editorial El Conejo, 2009, pp. 165 – 168.

Capítulo III

Ejecución del contrato de concesión de servicio público aeroportuario

El estudio de la ejecución del contrato de concesión de servicio aeroportuario se centra esencialmente en el cumplimiento de las obligaciones y derechos de los sujetos intervinientes, es decir, autoridad concedente y concesionario y, adicionalmente, se analiza los derechos de los usuarios del servicio. Los deberes y obligaciones se encuentran plasmados en el contrato y, como en toda actividad, el momento de exigir su concreción o cumplimiento, pueden surgir desacuerdos que deberán ser zanjados por medio de la interpretación⁸² de las estipulaciones.

3.1 Atribuciones de la autoridad concedente

a) En primer término, el Estado (lato sensu) que es el titular de los servicios públicos, debe procurar por todos los medios que la prestación del servicio público se realice con normalidad, regularidad y eficiencia. Para lograr estos objetivos es indispensable que el Estado dote a la actividad de un marco regulatorio y de control adecuado, que asegure por una parte, que la prestación se desarrolle dentro de parámetros técnicamente correctos y, por otra, que existan mecanismos idóneos que permitan eliminar los eventuales obstáculos que pudieren limitar u obstruir la prestación⁸³.

La regulación es un elemento fundamental para lograr que la prestación del servicio concesionado se ejecute en beneficio del interés público, privilegiando los derechos de los usuarios, y también es esencial para generar confianza en los inversionistas. Se puede afirmar que la existencia de una regulación idónea, constituye un elemento coadyuvante trascendental que garantiza, en principio, que la prestación del servicio satisfaga las expectativas de la comunidad y se desarrolle en función de los principios de obligatoriedad, generalidad, universalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad, como lo dispone el artículo 314 de la Constitución de la República, sin descuidar los propósitos comerciales de los concesionarios.

En este contexto, la entidad concedente está facultada para verificar que el concesionario preste el servicio con sujeción a estos principios y, en caso de detectar

⁸² En cuanto a los principios relativos a la interpretación de los contratos de concesión de servicio público en general, se puede consultar Jorge Sarmiento García, ob. cit., pp. 214 – 216. El autor se refiere a tres principios: respeto a la palabra dada y a la buena fe; alcance restrictivo de las cláusulas de exclusividad o monopolio; e, interpretación pro servicio público.

⁸³ Este conjunto de medidas y estrategias que debe implementar la autoridad concedente es conocida en la doctrina como “policía de gestión” o “policía del servicio público”. Al respecto se puede consultar Jorge Sarmiento García (ob. cit., pp. 218 – 220), quien sintetiza lo relativo a las clases de funciones que corresponden a la “policía de gestión” de acuerdo a Benjamín Villegas Basavilbaso y Rafael Bielsa.

falencias, exigir que se introduzcan los correctivos pertinentes, los cuales deben ser implementados por el concesionario, caso contrario la concedente podrá aplicar las sanciones⁸⁴ estipuladas contractualmente.

Las funciones que al Estado (lato sensu) le corresponde ejercer en cuanto a regulación y control, se explican porque el acto de delegación al concesionario de la potestad para la prestación del servicio público, no implica extinción de las responsabilidades estatales en esa materia. El Estado tiene una “responsabilidad subsidiaria” con el concesionario. “Por ello, el “nuevo Derecho público” le atribuye las funciones de regulación y control de las actividades concesionadas, que por su naturaleza y esencialidad requieren ser cubiertas y aseguradas a través de la protección estatal, por cuanto su desprotección puede afectar a los usuarios”⁸⁵.

Roberto Dromi considera que la regulación comprende la “ordenación y organización, fiscalización y régimen sancionatorio” aplicable al servicio público y que, a través de aquella “se otorga certeza a las privatizaciones, seguridad a los usuarios y confianza a los inversores”⁸⁶. Este pensamiento sintetiza con objetividad la importancia que supone la regulación en materia de concesión de servicios públicos. Agrega el mismo autor que a la administración concedente le competen “las funciones de regulación y control, que generalmente ejerce a través de los entes reguladores. En ese marco, la Administración ejerce los siguientes derechos y prerrogativas: a) Reglamentación [...]. b) Fiscalización. Tiene la prerrogativa de control [...]. c) Sanción [...].”⁸⁷.

En lo que se refiere a regulación y control de los servicios aeroportuarios, en la República del Ecuador la competencia corresponde fundamentalmente al Consejo Nacional de Aviación Civil y a la Dirección General de Aviación Civil, en el marco general trazado por los artículos 1 y 2 de la Codificación de la Ley de Aviación Civil, que disponen: “Art. 1.- Corresponde al Estado la planificación, regulación y control aeroportuario y de la aeronavegación civil en el territorio ecuatoriano [...]”. “Art. 2.- El Estado ejercerá sus atribuciones a través del Consejo Nacional de Aviación Civil, como organismo encargado de la política aeronáutica del país; y, de la Dirección General de Aviación Civil⁸⁸ y sus

⁸⁴ La imposición de sanciones constituye conforme lo explica Jorge Sarmiento García (ob. cit., pp. 231 – 239), otra atribución de la entidad concedente, en el campo del ejercicio de la policía de gestión exclusivamente, opinión que es compartida por Roberto Dromi (ob. cit., p. 615), quien establece que las sanciones se enmarcan en las siguientes categorías: sanciones pecuniarias o multas; medidas coercitivas provisionales (ejecución directa); y, medidas represivas definitivas (declaratoria de caducidad de la concesión).

⁸⁵ Roberto Dromi, ob. cit., p. 624.

⁸⁶ Roberto Dromi, ob. cit., p. 610.

⁸⁷ Roberto Dromi, ob. cit., pp. 614 – 615.

⁸⁸ El artículo 6 de la Codificación de la Ley de Aviación Civil detalla pormenorizadamente las competencias que corresponde ejercer a la Dirección General de Aviación Civil.

dependencias, como ente regulador, que mantendrán el control técnico-operativo de la actividad aeronáutica nacional”.

Sin embargo, la tendencia actual es separar la actividad regulatoria de la actividad de gestión aeroportuaria, ya que el ejercicio conjunto de ambas constituye al ente regulador en juez y parte, cuando por un lado emite las normas de control y regulación y a la vez administra los aeropuertos no concesionados.

Conocemos que aparentemente con la finalidad de solucionar esta distorsión en el ámbito ecuatoriano, la Presidencia de la República se encuentra empeñada en la creación vía Decreto Ejecutivo de la “Empresa Pública de Aeropuertos Nacionales “ANA EP”, que tendría a su cargo “el desarrollo comercial, administración, operación y mantenimiento de la red nacional de aeropuertos estatales.....; además de la “planificación, gestión, así como el control técnico de las actividades aeroportuarias...”, para lo cual la Dirección General de Aviación Civil transferiría a dicha Empresa “todas las facultades, funciones, atribuciones, responsabilidades y competencias en materia de desarrollo comercial, administración, operación y mantenimiento en la red nacional de aeropuertos”.

Por otra parte, por medio de Decreto Ejecutivo se transferirían “provisionalmente a la Subsecretaría de Aeronáutica Civil del Ministerio de Transporte y Obras Públicas, todas las competencias... de rectoría, regulación, control, planificación, coordinación y gestión relacionados con la rama sectorial de la aeronáutica civil, que actualmente son ejercidas por el Consejo Nacional de Aviación Civil”.

Por tratarse actualmente de un anteproyecto de Decreto Ejecutivo, estimamos que estará siendo revisado y corregido, lo cual es indispensable porque tal como está concebido adolece de imprecisiones conceptuales de fondo, ya que entre otros aspectos, ordena la “transferencia” de competencias que le han sido conferidas a la Dirección General de Aviación Civil a través de la Codificación de la Ley de Aviación Civil, a favor de “ANA EP”, lo que jurídicamente no es factible hacerlo vía Decreto Ejecutivo.

Además, el anteproyecto prevé la transferencia a la Subsecretaría de Aeronáutica Civil del Ministerio de Transporte y Obras Públicas, de las competencias “que actualmente son ejercidas por el Consejo Nacional de Aviación Civil”, en materia de “rectoría, regulación, control, planificación, coordinación y gestión relacionados con la rama sectorial de la aeronáutica civil”, lo que tampoco es posible por la misma razón señalada y, porque tales competencias no han sido atribuidas al Consejo Nacional de Aviación Civil, sino a la Dirección General de Aviación Civil.

Con relación al tema de fondo, Miguel Nieto Menor, al citar a J. Esteve Pardo, destaca “la necesidad de lograr una diferenciación o separación entre el ente regulador y gestor aeroportuario, asumiendo cada uno de ellos ámbitos de competencias y responsabilidades diferenciadas”⁸⁹, tendencia que se está imponiendo en la Comunidad Europea.

Así lo corrobora Cristina Casamitjana Olivé, al analizar los modelos de gestión aeroportuaria europeos, entre ellos el británico –y también el francés y el alemán-, respecto al cual señala que “es imprescindible hacer referencia a la clara distinción que en este país se hace entre autoridad reguladora y entidad gestora”, dentro de una clara tendencia privatizadora plasmada en el denominado Libro Blanco de Política Aeroportuaria publicado en 1985, “en el que además de reiterar la decisión de que los aeropuertos y el servicio aéreo no debían recibir subsidios, manifestaba que los aeropuertos debían operar como empresas comerciales y que la política aeroportuaria debía estar encaminada hacia la eficiencia operativa y el acceso al capital privado...”⁹⁰.

b) Otra importantísima atribución de la autoridad concedente es exigir al concesionario que la prestación del servicio se adecue a las necesidades dinámicas de los usuarios, no solo cuantitativa sino cualitativamente, en cuanto a ampliación y mejora de cobertura, implementación de nueva tecnología, entre otros aspectos. Esta atribución es conocida por la doctrina como *ius variandi*. Frente a las exigencias que en este sentido formule la concedente, el concesionario está en principio obligado⁹¹ a acogerlas, porque la finalidad es la satisfacción de los intereses generales; sin embargo, estos requerimientos no pueden derivar en el desequilibrio de la relación económico-financiera del contrato, ni en la afectación de los derechos y garantías constitucionales del concesionario. Efectivamente el interés general es superior al interés individual, pero esto no implica que en la búsqueda de aquél, éste pueda ser vulnerado sin las indemnizaciones correspondientes.

⁸⁹ Miguel Nieto Menor, “La Liberalización de los Aeropuertos con respecto al Estado: Intervención de otras Administraciones Públicas y sujetos privados en el sistema aeroportuario”, en Fernando Martínez y María Victoria Petit, *Estudios de Derecho aéreo: Aeronave y liberalización*, Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 283.

⁹⁰ Cristina Casamitjana Olivé, “La Liberalización Aeroportuaria en España”, en Fernando Martínez y María Victoria Petit, ob. cit., pp. 352 – 354.

⁹¹ Sobre esta obligatoriedad, Guillermo Fanelli Evans, citado por Jorge Sarmiento García (ob. cit., pp. 225 – 226), sostiene lo siguiente: “Con distintos matices, los autores señalan certeramente que el Estado debe permanentemente perseguir el bien común. Así, si en un determinado contrato, ese bien común ha variado desde el momento en que fue celebrado, no está obligada la comunidad a seguir soportando algo que ya no es necesario o conveniente que sea prestado de ese modo y, en consecuencia, puede alterar las condiciones del acuerdo de voluntades originario en orden a continuar persiguiendo lo que resulta útil a la comunidad. En nuestro criterio ese “*ius variandi*” constituye una fórmula atenuada de la potestad de extinguir directamente el contrato, si el interés público así lo amerita, sea mediante el rescate, si el Estado desea reasumir la prestación encomendada al particular, sea mediante la revocación por oportunidad, mérito o conveniencia, si esa prestación no es más conveniente que sea efectuada. Quien puede lo más, puede lo menos”.

Estamos frente a una atribución sustancial de la autoridad concedente, que sin embargo tiene límites que derivan de su propia naturaleza⁹².

La finalidad del *ius variandi* como atribución de la autoridad concedente, es “introducir todas las modificaciones que juzgue necesarias a efectos de lograr mejor organización y funcionamiento del servicio, para mantener la vigencia y actualización tecnológica de las prestaciones, siempre que ello no implique alterar los derechos adquiridos por el concesionario, en los términos del contrato. Importa la posibilidad de exigir al concesionario la adaptación del servicio a nuevas demandas que sean convenientes para el público usuario, en cuyo caso la Administración impone una cierta conducta a su contratista”⁹³.

Este punto será ampliado más adelante al tratar sobre el equilibrio financiero de la concesión.

c) En algunos casos autoridad concedente y concesionario acuerdan que éste le entregue un canon, como contraprestación por la delegación conferida por aquélla para la prestación del servicio público. En este supuesto, como explica Roberto Dromi, “La onerosidad del contrato proviene de haberse determinado un precio por las prestaciones o ventajas que la concesión reporta al concesionario, tomando en consideración el juego obligacional conmutativo y recíproco del contrato”⁹⁴. Nos encontramos frente a otra atribución de la autoridad concedente: la exigencia del pago del canon pactado.

En el caso del contrato de concesión del servicio aeroportuario del Aeropuerto Seymour ubicado en la Isla Baltra, provincia de Galápagos, celebrado el 15 de abril de 2011 entre la Dirección General de Aviación Civil como concedente y la Compañía Aeropuertos Ecológicos de Galápagos S.A. ECOGAL como concesionaria⁹⁵, se ha pactado como uno de

⁹² Respecto a los límites del ejercicio de la atribución de la entidad concedente de exigir al concesionario la adecuación del servicio a las necesidades de los usuarios, se puede consultar Jorge Sarmiento García, ob. cit., pp. 227 – 230.

⁹³ Roberto Dromi, ob. cit., p. 615.

⁹⁴ Roberto Dromi, ob. cit., pp. 612 -613. Este autor define al canon señalado, “como la prestación pecuniaria periódica que compromete el concesionario a favor de la Administración por la concesión gubernativa. Es una retribución pecuniaria que se corresponde con los deberes equivalentes que la Administración haya contraído. También puede pactarse el derecho de la Administración a percibir un porcentaje de los beneficios que obtenga el concesionario”. Agrega el mencionado autor que “El canon constituye una prestación dineraria de carácter conmutativo, es un ingreso contractual (ordinario o extraordinario) pactado expresamente a favor del Estado concedente en el marco de la relación contractual, y de allí su fuente obligacional. Es una contraprestación de origen voluntario, no surge de una imposición legal [...]. No tiene los caracteres de una carga pública y no puede exigirse sin considerar el juego obligacional, conmutativo y recíproco, del contrato en el que fue establecido. En este orden, la exigencia del canon, precio o valor del contrato, depende del cumplimiento de las obligaciones, que mutuamente se fijaron ambas partes en la relación contractual. De este modo se diferencia el canon del tributo [...]”.

⁹⁵ Ver nota de pie de página 67.

los derechos (atribuciones) de la entidad concedente (Dirección General de Aviación Civil), “Recibir la Contraprestación” (cláusula 6.1.6), encontrándose obligada Corporación América S.A. a “Instruir de forma irrevocable a la Sociedad Concesionaria (Aeropuertos Ecológicos de Galápagos S.A. ECOGAL) que transfiera anualmente, una vez concluido cada Ejercicio Fiscal, la totalidad de las Utilidades Netas a la Dirección General de Aviación Civil” (cláusula 7.2.2)⁹⁶.

d) Otra atribución que la doctrina asigna a la autoridad concedente, es la posibilidad de sustituir⁹⁷ al concesionario en caso de incumplimiento, cuando concurren determinados presupuestos y bajo ciertas condiciones, considerando que la prestación del servicio no puede suspenderse para evitar la afectación de los intereses públicos.

En lo que respecta a las obligaciones de la autoridad concedente, estas se analizan en el acápite 3.2, al tratar los derechos del concesionario, ya que evidentemente aquéllas corresponden a éstos.

3.2 Derechos y deberes del concesionario

a) Dada la naturaleza de la concesión de servicio público en general y del servicio aeroportuario en particular, caracterizada por las prestaciones materiales que ejecuta el concesionario por su cuenta y riesgo, sin duda el derecho fundamental del concesionario es percibir de los usuarios la retribución⁹⁸ correspondiente, durante el plazo pactado, como contraprestación por la gestión del servicio en virtud de la delegación conferida por el Estado (lato sensu), ya que como es obvio, “la finalidad concreta que persigue (el concesionario) es la obtención de una ganancia como resultado de la actividad a

⁹⁶ La utilidad neta es igual a la denominada “Contraprestación Variable”, que de acuerdo a la cláusula 3.2 es “el pago que por concepto de oferta económica entregará el Concesionario al Concedente”.

⁹⁷ Sobre la sustitución del concesionario se puede consultar Roberto Dromi, ob. cit., p. 615.

⁹⁸ Sarmiento García (ob. cit., p. 255) sostiene que “lo que el usuario o administrado debe pagar a quien ejecuta el servicio público por la prestación que recibe del mismo constituye la retribución, la que puede asumir las figuras de la tasa o del precio... Es impropio hablar de tarifa como sinónimo de tasa o de precio. La tarifa no es otra cosa que una lista de los precios o de las tasas. Tasa es la retribución correspondiente a los servicios públicos de utilización obligatoria para los usuarios... Precio es la retribución correspondiente a los servicios públicos de utilización facultativa para los administrados... Según Marienhoff, el fundamento de esta distinción radica en lo siguiente: en los servicios de utilización facultativa, “el vínculo que liga a las partes es contractual, derivando de ahí la idea de precio. En cambio, en los servicios públicos cuya utilización es obligatoria para los usuarios, el vínculo que une a éstos con la entidad que presta el servicio es reglamentario simplemente, lo que entonces excluye la idea de precio, imponiéndose la idea de tasa”. Al respecto, la Corte Constitucional se pronunció a través de la sentencia No. 003-09-SIN-CC emitida el 23 de julio de 2009, en el caso No. 0021-2009-IA, en el sentido de que “es claro que el pago de tasas aeroportuarias en el Aeropuerto Mariscal Sucre de Quito no es voluntario, por el contrario, resulta obligatorio en virtud del poder de imperio, a partir del cual se ha establecido, y su recaudación debe ingresar directamente a las arcas del Estado con el fin de cubrir el gasto público. En consecuencia se trata de recursos públicos” (página 36 de la sentencia).

desplegar⁹⁹. Correlativamente, es obligación de la autoridad concedente gestionar con las entidades y organismos competentes la fijación de las retribuciones y permitir al concesionario el cobro de las mismas.

A diferencia de lo que sucede en los contratos de prestación de servicios o de ejecución de obras o trabajos públicos, en los que es la entidad contratante la que paga al contratista el precio convenido, en los contratos de concesión de servicios públicos las tarifas o precios son pagados por los usuarios, que son los beneficiarios directos del servicio prestado. Esta situación hace que el tema relativo a la fijación de los precios o tarifas constituya uno de los más sensibles dentro de la ejecución de las concesiones, porque no siempre los precios reales derivados de los estudios técnicos pueden ser fijados por las autoridades competentes, porque ello implicaría una afectación importante de la economía de los usuarios, lo que en muchos casos obliga al Estado a asumir un porcentaje de esos valores para aliviar el impacto al bolsillo de aquéllos¹⁰⁰.

En lo que se refiere a las características generales de las tarifas, Roberto Dromi les atribuye las siguientes: “1) se rigen por el principio de proporcionalidad, por el cual en virtud de la razonabilidad y la justicia, debe existir equivalencia entre la prestación del concesionario y el precio que paga el usuario [...]”¹⁰¹; 2) tienen efectos ex nunc, no pudiendo ser retroactivas; 3) deben ser aprobadas por la autoridad estatal competente, rigiendo en su caso la legalidad, y 4) para su cobro requieren la efectividad en la prestación del servicio”¹⁰².

El monto de las retribuciones que los usuarios están obligados a pagar al concesionario por los servicios públicos prestados por éste, es fijado y regulado por el Estado (lato sensu), lo que no impide que antes de la celebración del respectivo contrato, el concesionario pueda formular observaciones u objeciones que bien pueden conducir a que las autoridades reconsideren los montos propuestos. Así también, dichas retribuciones no

⁹⁹ Enrique Sayagués Laso, ob. cit., tomo II, p. 54. Esta consideración se relaciona amplia e íntimamente con la denominada “ecuación financiera de la concesión” o “equilibrio financiero del contrato”, que constituye sin duda un derecho del concesionario que será analizado más adelante.

¹⁰⁰ Para ampliar esta idea es pertinente recurrir a Enrique Sayagués Laso, ob. cit., tomo II, pp. 37 – 38, quien enseña: “La explotación de ciertos servicios públicos exige a veces que la administración subvencione al concesionario..., porque aquélla normalmente produce déficit o no permite obtener utilidades. En estos casos, si el servicio se considera indispensable, no hay otro camino que otorgar una subvención... La subvención está constituida corrientemente por una cantidad de dinero, cuyo monto se fija de muy distintas maneras..., y que se paga periódicamente durante la concesión o hasta cierta fecha. Pero también pueden estipularse subvenciones por una sola vez, en dinero o asumiendo otras modalidades, destinadas generalmente a facilitar la construcción de las obras necesarias para la organización del servicio...”.

¹⁰¹ El Art. 314 inciso segundo de la Constitución de la República, consagra como obligación del Estado, garantizar “que los servicios públicos y su provisión respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad”; así como disponer “que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos”; y, establecer “su control y regulación”.

¹⁰² Roberto Dromi, ob. cit., pp. 617.

son inmodificables; si las circunstancias financieras y técnicas así lo ameritan, las autoridades competentes deben modificarlas a fin de que estén acordes con la realidad económica. En palabras de Roberto Dromi, “las tarifas de los servicios públicos no son inmutables, sino que constituyen un elemento variable, sujeto a las modificaciones que impongan las condiciones en que se prestan los servicios. En consecuencia, la revisión periódica de las tarifas es jurídicamente legítima y económicamente necesaria [...]”¹⁰³.

En el contrato de concesión del servicio aeroportuario del Aeropuerto Seymour de la Isla Baltra, provincia de Galápagos, celebrado el 15 de abril de 2011, entre la Dirección General de Aviación Civil como concedente y la Compañía Aeropuertos Ecológicos de Galápagos S.A. ECOGAL como concesionaria, se ha pactado como uno de los derechos de esta última “Cobrar por los Servicios Aeroportuarios y los Servicios No Aeroportuarios las tarifas y sus ajustes previstos en este Contrato” (cláusula 5.2.3) y, en la cláusula 3.2 que se refiere al glosario de términos, se expresa que el vocablo “tarifas” significa el “monto de las tasas que, conforme lo acordado en este Contrato, serán fijadas por el Consejo Nacional de Aviación Civil una vez firmado este Contrato. También son las tarifas que cobrará el Concesionario por la prestación de los Servicios Aeroportuarios, que se regulan en la Cláusula Décimo Octava de la Sección V de este Contrato y que serán fijadas por el Consejo Nacional de Aviación Civil”¹⁰⁴.

Se aprecia en las cláusulas mencionadas que en último término, la aprobación de las retribuciones pactadas corresponde al Consejo Nacional de Aviación Civil, en ejercicio de las competencias que le atribuye la Codificación de la Ley de Aviación Civil. Sin embargo, se debe considerar que de conformidad con lo que dispone el inciso final del artículo 568 del COOTAD, “Cuando el gobierno central hubiere transferido o transfiera excepcionalmente, al nivel de gobierno municipal o metropolitano, las competencias sobre aeropuertos, se entenderá también transferida la facultad de modificar o crear las tasas que correspondan y a las que haya lugar por la prestación de éstos servicios públicos, a través de las respectivas ordenanzas”¹⁰⁵.

Las retribuciones que a título de tasas estipula el mencionado contrato que serán cobradas¹⁰⁶ por el concesionario son las siguientes: tarifa de aterrizaje, tarifa por iluminación

¹⁰³ Roberto Dromi, ob. cit., p. 616.

¹⁰⁴ Con relación a este contrato ver la nota de pie de página 67.

¹⁰⁵ Esta disposición es aplicable a los Aeropuertos Internacionales “Mariscal Sucre” de Quito y “José Joaquín de Olmedo” de Guayaquil. En el caso de los demás aeropuertos, la competencia para la fijación de los “precios” o “tasas”, corresponde al Consejo Nacional de Aviación Civil.

¹⁰⁶ La sentencia No. 003-09-SIN-CC dictada por la Corte Constitucional el 23 de julio de 2009, en el caso No. 0021-2009-IA, al analizar lo relativo a la Ordenanza No. 0154 que regula el cobro de tasas aeroportuarias aplicables al Aeropuerto “Mariscal Sucre” de la ciudad de Quito y al nuevo Aeropuerto de esta ciudad que se

y tarifa de estacionamiento, en función del peso máximo de despegue estructural de la aeronave; tarifa por uso de terminal, en función de si el usuario de la misma es colono de la provincia de Galápagos, ecuatoriano o extranjero; y, tarifa por servicio de seguridad, aplicable por igual a todos los usuarios de la terminal nacional para viajar.

Adicionalmente el contrato contempla en la cláusula 15ª el derecho del concesionario a cobrar a los usuarios retribuciones consistentes en “precios” por la prestación de los denominados servicios no aeroportuarios “comerciales comunes” (como los de “alimentación y bebida en las áreas de los terminales; counters o mesones de chequeo de pasajeros y equipaje para compañías aéreas) y “comerciales facultativos” (como “anuncio o promoción de servicios de hotelería; salas vip para pasajeros, autoridades, o membresías de clubes...”, áreas de venta de souvenirs o artículos; área para publicidad y propaganda; custodia, plastificado o sellado de equipajes”). En lo que se refiere a los servicios no aeroportuarios “obligatorios”, el contrato determina que éstos serán prestados por el concesionario en forma mandatoria “y por los cuales no percibirá tarifa o precio alguno a los usuarios” (uso de servicios higiénicos, agua, energía eléctrica, retiro de basura, limpieza del terminal, información a los pasajeros y público respecto a los horarios de vuelos, entre otros).

Más adelante se revisará lo concerniente al derecho que asiste al concesionario, de obtener una ganancia razonable derivada de la gestión del servicio público, cuando se analice el “equilibrio financiero del contrato” o “ecuación financiera de la concesión”.

b) Otro derecho que tiene el concesionario es el de que la concesión a él delegada tenga el carácter de exclusiva. A este respecto, el artículo 47 de la Ley de Modernización consagra la prohibición general de “existencia de monopolios en cualesquiera de sus formas y en consecuencia, se autoriza a terceros el establecimiento de actividades o la prestación de servicios de igual o similar naturaleza” (inciso primero).

encuentra en construcción (página 44), señaló que “resulta evidente que la naturaleza de la recaudación aeroportuaria que opera en el Aeropuerto Internacional Mariscal Sucre de Quito, responde a las características y a la naturaleza de una tasa”. Acota que la denominación misma de esa Ordenanza “refleja la voluntad del ente edilicio en relación a la naturaleza del tributo que debe cobrarse por concepto de ese servicio...”. A base de este y otros elementos que serán analizados más adelante al tratar lo relacionado con la naturaleza jurídica de los valores pagados por los usuarios, el Pleno de la Corte Constitucional concluyó que “el servicio aeroportuario es esencial y debe cobrarse vía tasa, y los ingresos percibidos y que se perciben a partir del cobro de la misma, son públicos, forman parte del genérico recursos públicos y, por tanto, deben ingresar directamente a las arcas del Estado con el objeto de atender el gasto público” (página 49 de la sentencia). Esta conclusión implica el desconocimiento de la idoneidad del mecanismo a través del cual el concesionario percibe la contraprestación por el servicio que gestiona. En el acápite 3.4 se analizará esta problemática con mayor detalle.

Agrega la norma que sin perjuicio de esta prohibición, “para el caso de concesiones, licencias o permisos, éstas se podrán otorgar en condiciones de exclusividad regulada, solo por un período determinado, con la autorización, mediante Decreto Ejecutivo, del Presidente de la República o del organismo competente en el caso de los gobiernos seccionales” (inciso tercero).

Adicionalmente la norma en mención prevé que si la concesión del servicio público supone “una posición dominante en el mercado, su titular no podrá ser propietario, por sí mismo ni por terceras personas, de medios de comunicación colectiva o instituciones financieras...” (inciso tercero).

El Decreto Ejecutivo No. 810 de 5 de julio de 2011, reitera la posibilidad de otorgar concesiones con el carácter de exclusividad regulada, conforme lo prevé su artículo 5 que establece que la concesión “Es una modalidad de delegación, por parte del Estado, que tiene por objeto transferir la facultad de proveer y gestionar de manera integral un servicio público a la iniciativa privada o a la economía popular y solidaria, bajo un esquema de exclusividad regulada...”.

Sobre esta característica de las concesiones de servicios públicos, Sarmiento García expone: “Entiéndese por privilegios ciertas ventajas atribuidas a una persona que implican una excepción al derecho común; por ejemplo: monopolio, exclusividad, exención de tributos. En la materia que nos ocupa muchas veces se llama privilegio a lo que no es tal, pues sólo constituye una cláusula habitual incluso en los contratos regidos por el derecho privado...”¹⁰⁷.

En la sentencia No. 003-09-SIN-CC dictada por la Corte Constitucional el 23 de julio de 2009, dentro del caso No. 0021-2009-IA, al referirse a los elementos del contrato de concesión (página 25) se menciona como uno de ellos a la “exclusividad”, concebida como “una característica esencial, típica y característica de este contrato. El concesionario de hecho es exclusivo en su zona”.

Roberto Dromi, por su parte, manifiesta que “[...] Los privilegios en la concesión de servicio público pueden ser el monopolio y la exclusividad. El monopolio consiste en la supresión de la concurrencia en una actividad libre, para reservarla a una persona pública o privada. La exclusividad es el compromiso que asume la Administración de no otorgar

¹⁰⁷ Jorge Sarmiento García, ob. cit., p. 251.

nuevas concesiones para el mismo servicio, sin que ello signifique supresión de actividades individuales amparadas en la libertad de trabajo”¹⁰⁸.

Sayagués Laso concibe a la denominada “cláusula de exclusividad” como la “limitación más importante a los poderes de la administración..., que consiste en la obligación... de no otorgar nuevas concesiones para el mismo servicio... De ese modo el concesionario obtiene la certidumbre que durante el plazo que dure la exclusividad..., no habrá otras empresas que le hagan concurrencia...”¹⁰⁹.

c) Aparte de los derechos “esenciales” mencionados en este acápite, al concesionario le corresponden otros previstos por Roberto Dromi¹¹⁰: “aplicación de recargos por mora”; “suspensión y corte del servicio por falta de pago”; “mantenimiento de las cláusulas del contrato”; “exención de tasas y tributos municipales por ocupación de espacios públicos”, entre otros.

Para concluir este acápite es importante agregar, siguiendo a Roberto Dromi, que “no es factible establecer restricciones que impidan la correcta ejecución del servicio, cuya prestación ha sido concedida a un particular. Cuando el Estado transfiere cometidos públicos para su realización por un particular, los únicos poderes que retiene son los de regulación y control. Todas las facultades que le correspondían para la gestión le son otorgadas al concesionario, y no pueden ser interpretadas en forma restrictiva, atento a la naturaleza de las competencias delegadas que le caben en virtud de su participación en la gestión del bien común”¹¹¹.

3.3 Relaciones jurídicas derivadas del contrato

El contrato de concesión de servicio público aeroportuario genera diversas relaciones de índole jurídica que serán revisadas a continuación:

a) Entre la autoridad concedente y el concesionario se entabla una amplia e intensa relación jurídica, regulada fundamentalmente por el Derecho Administrativo en general y particularmente por el contrato celebrado entre ellos, fruto de la cual surgen múltiples derechos y obligaciones –revisados abreviadamente en los acápites 3.1 y 3.2- que son exigibles mutuamente y que en su conjunto configuran lo que constituye propiamente, la ejecución del contrato de concesión de servicio público aeroportuario.

¹⁰⁸ Robert Dromi, ob. cit., p. 619.

¹⁰⁹ Enrique Sayagués Laso, ob. cit., pp. 40 -43.

¹¹⁰ Roberto Dromi, ob. cit., pp. 617 - 621

¹¹¹ Roberto Dromi, ob. cit., p. 624.

Esta relación jurídica es quizá la más relevante, porque a través de ella se concreta en la práctica la prestación del servicio aeroportuario, por medio del concesionario como delegado de la respectiva administración pública (Dirección General de Aviación Civil o gobierno autónomo descentralizado municipal), a cambio de la cual ésta le faculta para que perciba de los usuarios (beneficiarios del servicio), retribuciones previamente autorizadas.

b) Derivada de la concesión del servicio aeroportuario se genera, por otro lado, una relación jurídica entre el concesionario y los usuarios, a pesar de que éstos no suscriben el contrato. Sin embargo, por ser los usuarios los destinatarios principales del servicio, éstos tienen derechos y también obligaciones con respecto al concesionario, que son prácticamente los mismos que existen entre los usuarios y las entidades públicas cuando actúan como prestadoras directas de los servicios.

En cuanto a la naturaleza de este vínculo, es pertinente recurrir una vez más a Roberto Dromi, quien afirma que “La relación entre el concesionario y el usuario de un servicio público depende de que su uso sea *obligatorio o facultativo* para el usuario. Por tanto, si el mismo es obligatorio la relación será *reglamentaria*, y si es facultativo será, en principio, *contractual*. Cuando sea reglamentaria, se regirá por el Derecho público; cuando sea *contractual* la regirá principalmente el Derecho privado...”¹¹².

Sobre esta consideración, conforme se anotó ya en el acápite 3.2, la Corte Constitucional se pronunció a través de la sentencia No. 003-09-SIN-CC emitida el 23 de julio de 2009 (página 36), en el caso No. 0021-2009-IA, en el sentido de que “es claro que el pago de tasas aeroportuarias en el Aeropuerto Mariscal Sucre de Quito no es voluntario, por el contrario, resulta obligatorio en virtud del poder de imperio, a partir del cual se ha establecido...”.

c) Otras relaciones que derivan de la concesión de servicio público aeroportuario se producen entre el concesionario y “el personal que colabora en la prestación del servicio”, que “son en principio contractuales, de derecho privado o del trabajo”, como lo expresa Sarmiento García¹¹³. Entre éstas se puede citar a las que surgen como consecuencia de los contratos que debe celebrar el concesionario para la provisión de bienes y servicios por parte de terceros, con relación a la concesión del servicio.

Según el autor últimamente citado, también “existe relación entre cliente o usuario y concedente, sobre todo en materia de condiciones económicas del contrato de concesión

¹¹² Roberto Dromi, ob. cit., p. 607. En el mismo sentido se pronuncia Jorge Sarmiento García, ob. cit., p. 294.

¹¹³ Jorge Sarmiento García, ob. cit., p. 291.

celebrado y el deber de contralor del concesionario (sic). La alusión al “concesionario” es un lapsus; lo correcto es “concedente”¹¹⁴.

En efecto, si bien la concesión supone una amplia delegación de las facultades de la entidad concedente al concesionario, es evidente que subsiste la obligación de aquélla de controlar y regular la actividad del concesionario, lo cual coadyuva a que el servicio sea prestado con sujeción a los principios constitucionales de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad y que se respeten los derechos de los usuarios.

Para que las relaciones jurídicas derivadas de las concesiones de servicio público aeroportuario sean fluidas, es necesario que estén debidamente reguladas, para lo cual es recomendable que en los procedimientos se consideren los factores descritos en la XVII Asamblea de la Comisión Latinoamericana de Aviación Civil (CLAC), como “guía a los Estados para que enfrenten de mejor forma los procesos de concesiones de aeropuertos..., que orientan hacia las mejores prácticas en esta materia y permite que todos los actores involucrados tengan participación en estos procesos”¹¹⁵.

3.4 Naturaleza jurídica de los valores pagados por los usuarios de los servicios aeroportuarios

En el numeral 3.2 al tratar sobre los deberes y derechos del concesionario, se analizó lo relativo a la “retribución” que los usuarios deben pagar al concesionario por la prestación del servicio -a base de la opinión doctrinaria de Jorge Sarmiento García, quien a su vez la sustenta en parte en Miguel S. Marienhoff-, la cual puede tomar la forma de tasa o precio, dependiendo de si el servicio es de uso obligatorio o facultativo, respectivamente. De lo mencionado en el acápite 3.2 se destaca, entre otros aspectos, que no es pertinente “hablar de tarifa como sinónimo de tasa o de precio”, porque la tarifa “no es otra cosa que una lista de los precios o de las tasas”.

También se señaló que la Corte Constitucional se pronunció a través de la sentencia No. 003-09-SIN-CC emitida el 23 de julio de 2009 (página 36), en el caso No. 0021-2009-IA, en el sentido de que “es claro que el pago de tasas aeroportuarias en el Aeropuerto Mariscal Sucre de Quito no es voluntario, por el contrario, resulta obligatorio en virtud del poder de imperio, a partir del cual se ha establecido, y su recaudación debe ingresar

¹¹⁴ Jorge Sarmiento García, ob. cit., p. 292.

¹¹⁵ Las recomendaciones formuladas por la CLAC, se enmarcan fundamentalmente en el artículo 28 del Convenio de Chicago.

directamente a las arcas del Estado con el fin de cubrir el gasto público. En consecuencia se trata de recursos públicos”.

Sobre estos importantes puntos, la sentencia en mención declaró además lo siguiente:

“[...] si el servicio público aeroportuario es esencial y, por tanto, quien lo presta es el Estado Central de manera exclusiva, o mediante gestión concurrente, los ingresos percibidos a partir del mismo por concepto de tasas, deben ingresar directa y exclusivamente a las arcas del Estado Central” (página 32 de la sentencia).

“No cabe la posibilidad de hablar de tasa, cuando el sujeto activo de la relación jurídico-tributaria es un ente privado, como en efecto ha sucedido hasta la fecha con Quiport”.

Por ello, partiendo de la naturaleza de servicio aeroportuario y de su indelegabilidad tributaria por parte del Estado Central, resultaría desde todo punto de vista, inconstitucional, que el producto de la tasa sea recaudado y retenido por Quiport, cuando la naturaleza del tributo a ser cobrado por las características del servicio público es y debe ser una tasa” (páginas 33 y 34 de la sentencia).

“Por otro lado, a la luz de la Constitución Política de 1998, fue posible la delegación de competencias en materia aeroportuaria pero nunca de su potestad tributaria, en todo caso, en la actualidad, en vigencia de la Constitución del 2008, QUIPORT continúa regulando, recaudando y reteniendo los valores provenientes del cobro de las distintas tasas aeroportuarias, cuando en virtud del mandato constitucional expreso ya no es y nunca debió ser de su competencia, actividad que es contraria a la Constitución y así lo declara esta Corte” (página 36).

A través de este pronunciamiento quedó claramente definido que en opinión del más alto organismo de administración de justicia constitucional, la retribución que pagan los usuarios del Aeropuerto “Mariscal Sucre” de la ciudad de Quito, constituyen tasas y, además, que ese pago es de carácter “obligatorio”, si bien la sentencia de la Corte Constitucional alude a la obligatoriedad del pago mas no a la obligatoriedad o no de utilización del servicio, como la hace doctrina citada (Sarmiento García y Marienhoff).

En cuanto a que dichas retribuciones (tasas) deben ingresar “directamente y exclusivamente a las arcas del Estado Central”, porque es “desde todo punto de vista, inconstitucional, que el producto de la tasa sea recaudado y retenido por Quiport”, es decir por la empresa concesionaria, porque se estaría vulnerando el principio de “indelegabilidad tributaria”, es preciso señalar que desde nuestra óptica, el pronunciamiento de la Corte Constitucional supone soslayar una de las características esenciales de la concesión de servicio público, consistente en que en virtud de la delegación conferida por el Estado, el

concesionario sí está facultado para recaudar directamente de los usuarios las retribuciones que éstos deben pagar por el servicio, lo que en ningún caso implica que exista delegación tributaria ni afectación de la soberanía estatal, porque la fijación de las tarifas la hace el Consejo Nacional de Aviación Civil o el gobierno autónomo descentralizado municipal, mas no el concesionario; éste simplemente las recauda como parte de la delegación que caracteriza a la concesión.

Este error fue subsanado por la propia Corte Constitucional, a través de la providencia emitida el 29 de septiembre de 2009, a las 16h30, al atender un pedido de ampliación formulado por la Contraloría General del Estado, respecto de la sentencia dictada. El pronunciamiento ampliatorio de la Corte Constitucional, en lo sustancial, dice:

“[...] b) En cuanto al requerimiento formulado por el señor Contralor General del Estado..., teniendo presente que tanto la naturaleza como la titularidad de los recursos es pública y sin perjuicio de las facultades de control atribuidas por la Constitución y la Ley a la Contraloría General del Estado, efectivamente los administradores de dichos fondos públicos, pueden aplicar todas las herramientas jurídico-financieras permitidas por el ordenamiento jurídico ecuatoriano para garantizar el eficiente, eficaz y adecuado cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia, debiendo entenderse que la correcta ejecución de las actividades de “recibir” y “administrar” dichos fondos, implica todo un proceso en el que intervienen diferentes partícipes (concesionario, instituciones financieras públicas o privadas, Municipios y Contraloría General del Estado), en las respectivas fases de recaudación, custodia, entrega, administración, disposición y control de los recursos...”.

En las concesiones de servicio público y de obra pública, la recepción o recaudación de las “retribuciones” que pagan los usuarios está a cargo del concesionario, sin perjuicio de que esos valores sean luego depositados o transferidos a instituciones financieras públicas o privadas, según lo que establezca el contrato, y examinados por la Contraloría General del Estado. Sin embargo, de acuerdo al análisis precedente, la sentencia de la Corte Constitucional cuestionó este mecanismo, aunque luego lo admitió a través de la ampliación comentada.

El pronunciamiento de la Corte Constitucional fue emitido con ocasión de una consulta formulada por la Contraloría General del Estado, y acogió la tesis de este Organismo en el sentido de que esos valores son recursos públicos porque tienen la categoría de tasas –criterio que dicho sea de paso es el que sostienen otros algunos

autores¹¹⁶-, lo que contradujo la posición que sostuvo la Procuraduría General del Estado, en cuanto a que esos ingresos son de naturaleza privada.

Los puntos cruciales contenidos en la parte resolutive de la sentencia de la Corte Constitucional, son los siguientes:

- a) Que “es plenamente ajustada al artículo 211 de la Constitución de la República del Ecuador, la pertinencia del ejercicio del control, fiscalización y auditoría, por parte de la Contraloría General del Estado, de todos los bienes y recursos públicos, afectados a la prestación del servicio aeroportuario en todos los aeropuertos del Ecuador”:
- b) Que en el marco del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, “los bienes y recursos públicos concesionados, no pierden su calidad de bienes públicos al ser administrados por corporaciones, fundaciones, sociedades civiles, compañías mercantiles y otras entidades de derecho privado, cualquiera hubiere sido o fuere su origen, creación o constitución”, porque la concesión “no implica una transferencia del dominio de los bienes concesionados”;
- c) Que “se ratifica el carácter público de los recursos derivados de los cobros de los distintos servicios aeroportuarios, tanto en el Aeropuerto Mariscal Sucre de Quito, como en los demás aeropuertos del país, por cuanto dichos pagos corresponden a

¹¹⁶ Jacinto Faya B., *Las Tasas y las Tarifas de los Servicios Públicos en los Tres Niveles de Gobierno*, <http://www.juridicas.unam.mx>, expresa: “Es necesario subrayar que aun en el régimen concesional, es decir, cuando el Estado no gestiona directamente la prestación de los servicios públicos, los ingresos provenientes de las tasas son ingresos públicos, independientemente de que los concesionarios particulares gestionen la prestación de los servicios públicos dentro de técnicas privadas. Las tarifas son siempre de naturaleza pública, siendo en consecuencia públicos también los ingresos que se perciben”. En diferente sentido se pronuncia Ramón Valdés Costa, *Curso de Derecho Tributario*, Bogotá, Editorial Temis S.A., 2001, 3ª edición, pp. 76 - 77: “[...] 4ª. En consecuencia, las prestaciones estatales de naturaleza económica que proporcionan una ventaja o provecho a la contraparte mediante la satisfacción de su necesidad, también económica, debe ser en principio retribuida con un *precio*, denominación genérica y convencional que comprende denominaciones particulares como prima, peaje, proventos portuarios, porte postal, matrícula, etc. Se trata de actividades que el Estado toma a su cargo por *razones de oportunidad o conveniencia* y que pueden ser cumplidas “en régimen de libre concurrencia o de monopolio, directamente o en sociedad de economía mixta, o en concesión...”. Las prestaciones que realicen los usuarios al concesionario, mantienen su naturaleza de precio, no son ingresos del Estado, pero éste, de acuerdo con la Constitución y la legislación vigente, conserva el derecho de fijar las tarifas y controlar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario...”. Desde otra óptica, Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 2, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2000, 4ª edición, pp. VI-4 – VI-5, niega la facultad del Estado para fijar tarifas cuando la delegación no es monopólica: “Este régimen (el del monopolio) no depende de la naturaleza de la actividad, sino de que el ordenamiento jurídico, expresa o implícitamente, lo sujete a un régimen de derecho público. Ello ocurre a veces en función de su ubicación en el mercado, o de que se trata de un monopolio natural. Hay muchas otras actividades que podremos considerar como de interés público mayor o menor, pero si en ellas existe libre competencia no encontraremos –hoy en día- fundamento fáctico suficiente para fijarles la tarifa. Allí está el eje de toda la regulación. Es una facultad que el Estado ejerce cuando ha conferido un monopolio y que a la inversa no puede llevar a cabo, actualmente, para actividades prestadas en libre competencia. No habrá en tales supuestos, pues, sustento fáctico ni legal suficiente para que la administración fije las tarifas...”.

tasas conforme los términos establecidos en la parte considerativa de esta sentencia”;

- d) Que “es inconstitucional crear, modificar, incrementar o extinguir tasas aeroportuarias vía contrato...”, lo que implica que todos estos actos sólo pueden emanar del Consejo Nacional de Aviación Civil o de los gobiernos autónomos descentralizados municipales, según el caso, a través de resoluciones¹¹⁷ u ordenanzas.

En el acápite 3.6 se analizará el alcance específico de la sentencia de la Corte Constitucional, en materia de ejercicio de las competencias de la Contraloría General del Estado respecto a las concesiones de servicio público aeroportuario.

3.5 Equilibrio financiero de la concesión

Como se mencionó en el acápite 3.2 (a), a través de la prestación del servicio aeroportuario el concesionario pretende, entre otros objetivos, obtener una ganancia o utilidad derivada de su gestión e inversiones, para lo cual es necesario que en la ejecución del contrato, tanto autoridad concedente como concesionario cumplan sus obligaciones con sujeción a los pliegos y al contrato.

La concreción de estos presupuestos (cumplimiento de las obligaciones contractuales y obtención de una ganancia o utilidad) sumados a otros elementos, supone que la relación se encuentra equilibrada desde el punto de vista financiero, situación que debe mantenerse a lo largo de la vigencia de la concesión. Sin embargo, ese equilibrio puede romperse por diversas circunstancias y producir perjuicios al concesionario, en cuyo caso es necesario analizar si aquéllas son o no imputables al concesionario; si lo son, debe asumir bajo su exclusiva responsabilidad las consecuencias y los perjuicios, caso contrario es necesario analizar un escenario más detallado en función de las causas generadoras del desequilibrio.

Como dato histórico relevante es pertinente señalar, siguiendo a Eduardo García de Enterría y Tomás – Ramón Fernández, que:

“La idea del equilibrio financiero..., fue alumbrada, en efecto, por el Consejo de Estado francés... en el asunto *Cie. Francaise des Trammways* de 11 de marzo de 1910, en curso del

¹¹⁷ La competencia que la Codificación de la Ley de Aviación Civil otorga al Consejo Nacional de Aviación Civil para la creación, modificación, incremento o extinción de tasas por medio de resoluciones, puede ser cuestionada a base del artículo 132 numeral 3 de la Constitución de la República, que ordena: “[...] Se requerirá de ley en los siguientes casos: [...] 3. Crear, modificar o suprimir tributos, sin menoscabo de las atribuciones que la Constitución confiere a los gobiernos autónomos descentralizados...”.

cual el Comisario del Gobierno León Blum acertó a destacar lo que, a partir de ese momento, vendría a inspirar la trayectoria de la jurisprudencia y, más adelante, los propios textos positivos:

Es de esencia misma de todo contrato de concesión el buscar y realizar, en la medida de lo posible, una igualdad entre las ventajas que se conceden al concesionario y las obligaciones que le son impuestas. Las ventajas y las obligaciones deben compensarse para formar la contrapartida entre los beneficios probables y las pérdidas previsibles. *En todo contrato de concesión está implicada, como un cálculo, la honesta equivalencia entre lo que se concede al concesionario y lo que se le exige. Es lo que se llama la equivalencia comercial, la ecuación financiera del contrato de concesión*¹¹⁸.

A nivel normativo, la necesidad del mantenimiento del equilibrio del contrato de concesión de servicio público aeroportuario, está recogida en el artículo 7 del Decreto Ejecutivo No. 810 de 5 de julio de 2011, que exige que en los pliegos de licitación de la concesión, se contemple, entre otros aspectos: “4. Justificación y establecimiento del equilibrio económico – financiero del contrato, que sustente el plazo, tarifas, inversiones, costos y rentabilidad aceptable”.

Los factores generadores del desequilibrio de la ecuación financiera son:

a) El *ius variandi*, al cual nos referimos en el acápite 3.1 (b), al tratar lo relativo a las atribuciones de la autoridad concedente y que consiste básicamente, en la exigencia que la administración concedente formula al concesionario, para que la prestación del servicio se adecue a las necesidades dinámicas de los usuarios, tanto cuantitativa como cualitativamente, en cuyo caso el concesionario debe acoger la exigencia, ya que la finalidad de ésta es satisfacer el interés público.

Sin embargo, el cumplimiento de esta exigencia por parte del concesionario, no puede implicar que sus derechos y garantías sean afectados, ya que si bien es cierto el interés general prevalece sobre el individual -a tal punto que el derecho a la seguridad jurídica previsto en el artículo 82 de la Constitución de la República, no tiene en materia de concesión de servicios públicos la rigidez que puede ser invocada en otros ámbitos-, no es menos cierto que en la búsqueda del interés público, los derechos e intereses individuales no pueden ser vulnerados sin las debidas indemnizaciones.

Al respecto, Eduardo García de Enterría y Tomás – Ramón Fernández manifiestan que “Si la Administración modifica el objeto del contrato es de toda lógica que deba

¹¹⁸ Eduardo García de Enterría y otro, ob. cit., tomo I, p. 748.

compensar al contratista por todas las consecuencias económicas de la modificación”. Agregan los autores citados: “Queda, pues, incluido en la amplia fórmula legal no sólo el daño emergente, sino también el lucro cesante”¹¹⁹.

Libardo Rodríguez sostiene que el equilibrio económico “es un principio que consiste..., en que las prestaciones que las partes pactan de acuerdo con las condiciones tomadas en consideración al momento de presentar la propuesta o celebrar el contrato, deben permanecer equivalentes hasta la terminación del mismo, de tal manera que si se rompe esa equivalencia, nace para el afectado el derecho a una compensación pecuniaria que la restablezca”¹²⁰.

En el contrato de concesión del servicio aeroportuario del Aeropuerto Seymour de la Isla Baltra, provincia de Galápagos, celebrado el 15 de abril de 2011, entre la Dirección General de Aviación Civil como concedente y la Compañía Aeropuertos Ecológicos de Galápagos S.A. ECOGAL como concesionaria, se ha pactado lo siguiente:

“[...] VEINTE: EQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO.- El Concesionario y CASA¹²¹ tienen derecho a que durante el Plazo del Contrato se mantenga el equilibrio económico financiero. Por lo tanto, en caso de que el equilibrio económico financiero fuere afectado, el Concesionario y CASA tendrán derecho a que se restablezca en función de la ecuación económica financiera que fue parte de la Iniciativa Privada y de su Oferta, que son parte integrante de este Contrato como anexos..., a través de cualquiera de los mecanismos de compensación que determinen de común acuerdo la DGAC (Dirección General de Aviación Civil) y la Sociedad Concesionaria o CASA, que podrán incluir, pero sin limitar, la extensión del Plazo de Concesión, el incremento de las tarifas, o cualquier otro que ellas determinen”.

b) Otro factor que puede producir el desequilibrio de la ecuación financiera es el denominado hecho del príncipe, *factum principis* o *fait du prince*, que se produce, en síntesis, “cuando el equilibrio económico del contrato se rompe por la expedición de actos

¹¹⁹ Eduardo García de Enterría y otro, ob. cit., tomo I, pp. 748 - 749.

¹²⁰ Libardo Rodríguez R., ob. cit., p. 443.

¹²¹ Es preciso recordar que conforme se explicó en el acápite 2.3 (a.2), al referirnos al concesionario como sujeto de la relación contractual, el contrato de concesión del servicio aeroportuario del Aeropuerto Seymour ubicado en la Isla Baltra, provincia de Galápagos, celebrado entre la Dirección General de Aviación Civil como concedente y la Compañía Aeropuertos Ecológicos de Galápagos S.A. ECOGAL, como concesionaria, tiene su origen en la iniciativa privada que fue presentada por Corporación América S.A. (CASA), cuya oferta fue adjudicada, situación que se produjo porque el artículo 172 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Modernización, preveía que: “Dentro del plazo de noventa días, contados a partir de la fecha de adjudicación, el adjudicatario deberá constituir la sociedad comprometida en la oferta, de nacionalidad ecuatoriana, con quien se celebrará el contrato. Su objeto, tipo y características serán las determinadas en las Bases de la Licitación y tendrá una duración de, al menos el período de vigencia de la concesión más cinco años [...]”. Como ya se ha señalado en varias oportunidades, el artículo 172 referido fue derogado, junto con todo el Título III del Reglamento invocado, por el Decreto Ejecutivo No. 810 de 5 de julio de 2011.

jurídicos o por actuaciones materiales, generales o particulares, de la propia entidad administrativa contratante, en ejercicio de atribuciones como autoridad pública y no como parte del contrato, que afectan a este último haciendo considerablemente más oneroso para el contratista su fiel cumplimiento”¹²².

Esta circunstancia, como expresa Eduardo García de Enterría y Tomás – Ramón Fernández, “da lugar a compensación”, “en cuanto se traduzca en una medida imperativa y de obligado acatamiento que reúna las características de generalidad e imprevisibilidad y que produzcan (relación de causalidad) un daño especial al contratista...”¹²³.

Sin embargo, el escenario no es tan simple, porque las actuaciones jurídicas o materiales de la autoridad pública pueden provenir tanto de la propia entidad concedente (Dirección General de Aviación Civil o gobierno autónomo descentralizado municipal), como de otras personas o entes públicos: Asamblea Nacional, Organismos de Control, Presidencia de la República, Ministerios de Estado, y en ambos casos afectar la relación contractual, de tal forma que para el concesionario, el cumplimiento de sus obligaciones sea más oneroso o imposible.

En principio, el primer caso es más claro ya que si la actuación se origina en la autoridad concedente, ésta se encuentra obligada a indemnizar al concesionario, tanto si se trata de “una medida de alcance individual” que afecta específicamente al concesionario, como en el supuesto de actos de “carácter general –ley o reglamento-..., porque no puede quedar librado a la voluntad de una de las partes alterar la ecuación financiera... del otro contratante...”¹²⁴.

De acuerdo a la opinión de Sayagués Laso, “es indiferente que el acto emane de la misma persona pública concedente... o de una persona pública distinta..., pues las reglas en ambos casos deben ser las mismas. No obstante, algunos consideran que cuando la medida la ha dictado una autoridad pública distinta, ese acto es para el concesionario y para la administración un hecho ajeno a ambas; la situación se traslada así al campo de la teoría de la imprevisión...”¹²⁵.

Siguiendo al prestigioso tratadista uruguayo, en ambos supuestos debe existir “relación causal entre el acto de la autoridad pública y la alteración de la ecuación financiera”, en cuyo caso “La indemnización a pagar al concesionario debe cubrir

¹²² Libardo Rodríguez R., ob. cit., p. 444.

¹²³ Eduardo García de Enterría y otro, ob. cit., tomo I, p. 750.

¹²⁴ Enrique Sayagués Laso, ob. cit., tomo II, pp. 60 -61.

¹²⁵ Enrique Sayagués Laso, ob. cit., tomo II, pp. 61 -62.

íntegramente¹²⁶ el perjuicio sufrido, de tal modo que su situación no resulte alterada. Pero la administración concedente puede evitar ese desembolso modificando la tarifa y compensando de esa manera el encarecimiento en la explotación del servicio¹²⁷.

Con relación al segundo caso resulta esclarecedor el ejemplo que formula Jorge Sarmiento García, quien por lo demás coincide plenamente con Sayagués Laso:

“[...] no hay problema cuando el acto emana de la misma persona estatal contratante, aún cuando emane de un órgano distinto al que celebró el contrato...; pero sí lo hay cuando el acto emana de una persona estatal distinta (“*exempli gratia*”, se celebra un contrato de concesión de un servicio determinado entre una provincia y un particular, sancionándose luego por la Nación una ley de precios máximos que impide se pueda aumentar la tarifa), caso en el cual adherimos a quienes piensan que, como el acto de marras es ajeno a las partes en el contrato, la situación debe trasladarse al ámbito de la teoría de la imprevisión¹²⁸.”

Otro ejemplo es planteado por Benjamín Herrera, relacionado con “el caso de los impuestos... Si este grava la actividad económica en general, se considera que es un hecho del príncipe y en tales condiciones da lugar a revisar el precio...”¹²⁹.

En Ecuador, esta institución se encuentra incorporada limitadamente a través del mecanismo de reajuste de precios prevista en el capítulo VII de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y en el Reglamento a esta Ley, aplicable a los contratos de ejecución de obras, consultoría, prestación de servicios y adquisición de bienes (no a las concesiones de servicios públicos), en los que se utilice la modalidad de precios unitarios.

c) La teoría de la imprevisión trata lo relativo a las afectaciones del equilibrio financiero del contrato, producidas no por actuaciones o hechos originados en la autoridad concedente o en el concesionario, sino por circunstancias independientes de las partes que no pudieron ser previstas al celebrar el contrato y que generan un mayor grado de onerosidad al concesionario, a punto tal que éste se vea seriamente limitado o incluso imposibilitado de continuar con la prestación del servicio.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, la autoridad concedente podría simplemente plantear al concesionario que si no cumple cabalmente las cláusulas contractuales, se adoptarían las medidas sancionatorias previstas en el contrato, considerando que los hechos que motivan la mayor onerosidad no provienen de la

¹²⁶ Jorge Sarmiento García, ob. cit., p. 248 enseña: “[...] mientras que en la teoría de la imprevisión la indemnización es parcial, en la del hecho del príncipe es integral, solución lógica y justa, pues en el segundo caso el acto es imputable a una de las partes en el contrato”.

¹²⁷ Enrique Sayagués Laso, ob. cit., p. 62.

¹²⁸ Jorge Sarmiento García, ob. cit., p. 247.

¹²⁹ Benjamín Herrera, *Contratos Públicos*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2005, p. 318.

concedente, supuesto en el cual el problema podría derivar en que el servicio público se vea afectado e incluso suspendido.

Frente a este escenario, la teoría de la imprevisión “o del riesgo imprevisible”¹³⁰ considera que “la Administración debe en estos casos acudir también en ayuda del concesionario, compartiendo con él los riesgos que de forma imprevista hayan podido surgir con el fin de evitar el colapso total del servicio concedido”¹³¹.

De lo expuesto se advierte en primer término, que la teoría de la imprevisión es aplicable solo en los casos en los cuales el factor o acontecimiento desequilibrante haya sido imprevisible para los contratantes; otra característica de esta institución es que el restablecimiento del equilibrio financiero no es responsabilidad exclusiva de la autoridad concedente, sino compartida con el concesionario, lo cual es lógico considerando que la causa es ajena a ambos.

Sarmiento García sostiene que “El acontecimiento perturbador debe ser extraordinario e imprevisible”¹³².

En general, esta teoría tiene como finalidad permitir que la prestación del servicio público continúe, aún en circunstancias que implican costos no previstos que debe asumir la autoridad concedente, para auxiliar al concesionario, lo que se explica precisamente por la prevalencia del interés público.

Es sustancial aclarar, en todo caso, como lo hace Eduardo García de Enterría y Tomás – Ramón Fernández, que esta teoría “no fue concebida..., ni, por lo tanto, puede ser entendida y aplicada como una garantía de beneficio para el concesionario, ni tampoco como un seguro destinado a cubrir las posibles pérdidas, sino como un mecanismo capaz de asegurar a ultranza el fin público del servicio en circunstancias anormales...”¹³³.

¹³⁰ Para revisar el antecedente histórico de la teoría de la imprevisión o del riesgo imprevisible, originada en un dictamen del Consejo de Estado francés en 1916, es decir durante la Primera Guerra Mundial, se puede consultar Eduardo García de Enterría y otro, ob. cit., tomo I, pp. 751 – 752.

¹³¹ Así lo plantea Eduardo García de Enterría y otro, ob. cit., tomo I, p. 751.

¹³² Jorge Sarmiento García, ob. cit., p. 244. El autor agrega que “anormalidad e imprevisibilidad deben darse conjuntamente: en tal sentido el Consejo de Estado francés resolvió... que aunque el hecho fuese extraordinario, si era previsible el cocontratante debe soportar las consecuencias”. Aclara que “la exigencia de la imprevisibilidad hace que esta teoría generalmente sólo pueda invocarse en los contratos que deben cumplirse en plazos largos (como es el de concesión de servicio aeroportuario), pues en los a plazo corto de cumplimiento instantáneo rara vez las alternaciones no pueden preverse”. Por otra parte, la doctrina exige que “El acontecimiento en cuestión debe tornar excesivamente onerosa la prestación..., pero a pesar de él, el contrato debe poder ejecutarse... Si el acontecimiento hiciera imposible la ejecución, se sale del campo de la imprevisión para ingresar al del caso fortuito o la fuerza mayor”.

¹³³ Eduardo García de Enterría y otro, ob. cit., tomo I, p. 755. Ver además Enrique Sayagués Laso, ob. cit., pp. 62 – 63.

3.6 Control

La sentencia No. 003-09-SIN-CC dictada por la Corte Constitucional el 23 de julio de 2009, en el caso No. 0021-2009-IA, comentada en el acápite 3.4, se originó en una acción pública de inconstitucionalidad planteada por la Contraloría General del Estado, el 24 de abril de 2009, cuya pretensión fue que se “Declare la inconstitucionalidad parcial por el fondo de los actos administrativos” contenidos en dos pronunciamientos emitidos por el Procurador General del Estado el 5 de enero y el 3 de febrero de 2009.

En dichos pronunciamientos la Procuraduría General del Estado, ante consultas formuladas por la Contraloría General del Estado, se había pronunciado en los siguientes términos: que de conformidad con el contrato de concesión, Quiport se encontraba habilitada “para recaudar, recibir y retener todas las tarifas aeroportuarias reguladas por la Municipalidad del Distrito Metropolitano de Quito... y que... serán automáticamente incrementadas...”; que las tarifas “no constituyen tributos, pues el servicio no lo presta directamente el Estado ni sufraga los costos del servicio, por lo mismo no le corresponde a éste la recaudación...”; que “Estas tarifas no se enmarcan en la definición de tributos..., porque no constituyen tasas fijadas y recaudadas por el Estado o sus instituciones por la prestación de un servicio que ellos otorgan, ni son recursos públicos que pertenecen al Estado o a sus instituciones, sino que constituyen valores recaudados por la Municipalidad concedente por la prestación de un servicio concesionado, que al ser recaudados e ingresar al activo corriente del concesionario..., no pueden ser considerados públicos sino privados de acuerdo con lo señalado en el inciso segundo del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado”. El 3 de febrero de 2009 la Procuraduría General del Estado se ratificó en el pronunciamiento señalado.

Como se puede advertir, la preocupación fundamental de la Contraloría General del Estado y la razón de fondo para proponer la acción pública de inconstitucionalidad de los pronunciamientos del Procurador General del Estado, fue que al ser considerados “privados” los recursos provenientes de las tarifas pagadas por los usuarios del Aeropuerto “Mariscal Sucre”, la Contraloría no tendría competencia para controlarlos, circunstancia que en opinión de este Organismo, implicaba la vulneración del artículo 211 de la Constitución de la República.

La sentencia declaró, por una parte, “la inconstitucionalidad parcial por el fondo” del pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado y de su ratificación; declaró además “plenamente ajustada al artículo 211 de la Constitución..., la pertinencia del ejercicio del control, fiscalización y auditoría, por parte de la Contraloría General del Estado, de todos los bienes y recursos públicos, afectados a la prestación del servicio aeroportuario en todos los

aeropuertos del Ecuador”. Con relación al artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que se refiere a los recursos públicos y al momento en que éstos pierden esa calidad, declaró que la celebración de un contrato de concesión “no implica una transferencia del dominio de los bienes concesionados” y que por tanto, “los bienes y recursos públicos concesionados, no pierden su calidad de bienes públicos al ser administrados por corporaciones, fundaciones, sociedades civiles, compañías mercantiles y otras entidades de derecho privado, cualquiera hubiera sido o fuere su origen, creación o constitución”.

Adicionalmente, la sentencia ratificó “el carácter público de los recursos derivados de los cobros de los distintos servicios aeroportuarios, tanto en el Aeropuerto Mariscal Sucre de Quito, como en los demás aeropuertos del país, por cuanto dichos pagos corresponden a tasas...”, lo que implica que pueden y deben ser controlados por la Contraloría General del Estado. Declaró además que “es inconstitucional crear, modificar, incrementar o extinguir tasas aeroportuarias vía contrato”, sin perjuicio de lo cual, “mientras no exista norma legal sobre este concepto, los Municipios reciban y administren las tasas que se encuentran vigentes...”.

La sentencia en mención definió, por tanto, que las retribuciones (tasas) que pagan los usuarios del servicio público aeroportuario, están sometidas a las acciones de control que la Contraloría General del Estado puede y debe ejercer en el marco de los artículos 211 y 212 de la Constitución de la República, de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y más normativa aplicable¹³⁴.

Por otra parte, en cuanto se refiere a la concesión del servicio aeroportuario como actividad a cargo de agentes públicos, que deben supervisar y controlar su ejecución y cuya gestión se encuentra sujeta al mencionado Organismo de Control, el artículo 54 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado dispone:

“Art. 54.- Las autoridades... y servidores que tengan a su cargo la dirección de los estudios y procesos previos a la celebración de los contratos públicos, tales como... concesiones, delegaciones... serán responsables por su legal y correcta celebración; y aquellos a quienes correspondan las funciones de supervisión, control, calificación o dirección de la ejecución de los contratos, serán responsables de tomar todas las medidas necesarias para que sean

¹³⁴ Es necesario considerar además que en materia de control el artículo 284 del COOTAD dispone que “los ejecutivos de los gobiernos autónomos descentralizados ejercerán control de las obras que se ejecuten directamente, por contrato, por delegación, por gestión compartida o por cogestión; así como, de los servicios públicos prestados a través empresas públicas, mixtas, de economía popular y solidaria o privadas, a fin de garantizar que éstos se presten bajo los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, oportunidad, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad establecidos en la Constitución de la República...”.

ejecutadas con estricto cumplimiento de las estipulaciones contractuales, los programas, costos y plazos previstos”. Agrega la norma que “La Contraloría General del Estado establecerá las responsabilidades a que hubiere lugar en esta material”.

En virtud de esta norma, los servidores públicos que tengan a su cargo las funciones de supervisión, control y ejecución del servicio público aeroportuario, se encuentran sometidos a las acciones de control que lleva a cabo la Contraloría General del Estado, que pueden derivar en la determinación de responsabilidades administrativas y civiles e indicios de responsabilidad penal.

Capítulo IV

Terminación de la concesión y solución de controversias

A continuación se analizará cómo opera la terminación de la concesión de servicio público aeroportuario y qué efectos produce con relación a los bienes destinados a la concesión; finalmente se revisará lo relativo a la solución de controversias derivadas de la celebración y ejecución del contrato.

4.1 Terminación de la concesión

La concesión de servicio público aeroportuario en cuanto contrato, se extingue por el vencimiento del plazo pactado, que constituye el modo “normal” de culminación de la concesión, una vez que el cometido principal de prestación del servicio aeroportuario ha sido prestado conforme a lo acordado. Sin embargo, existen además otras causas que tienen como efecto la terminación de estas concesiones.

El Título III del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Modernización del Estado (artículo 96), derogado por el Decreto Ejecutivo No. 810 de 5 de julio de 2011, contemplaba varias causales para la terminación de las concesiones: vencimiento del plazo; mutuo acuerdo; caducidad; resolución del contrato; incumplimiento del concesionario de la obligación prevista en el artículo 80 del mismo Reglamento, de asumir total o parcialmente el costo de las expropiaciones de inmuebles necesarios para ciertas concesiones; y, quiebra de la sociedad concesionaria de acuerdo con lo que contempla el artículo 100 ibídem.

Como se ha dicho anteriormente, el Decreto Ejecutivo No. 810 no contiene norma alguna que regule la terminación de las delegaciones (concesiones y autorizaciones) y, la remisión que hace la disposición general de dicho Decreto a “otras normativas legales y reglamentarias, sólo en cuanto no se contrapongan a los principios de la Constitución Política de la República del Ecuador; el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones; el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas; el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización y otros cuerpos legales vigentes”, no soluciona en nada ese vacío, porque ninguno de esos cuerpos normativos se refiere a las causales de terminación de las concesiones y, las previstas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, no son aplicables a las concesiones de servicio público, porque su ámbito no abarca a estas últimas.

El contrato de concesión del servicio aeroportuario del Aeropuerto Seymour de Isla Baltra, al que nos hemos referido en varias ocasiones, celebrado el 15 de abril de 2011,

contempla en la Sección XV (cláusulas 39, 40, 41 y 42), como causales para la terminación del contrato, las que preveía el artículo 96 del Reglamento últimamente invocado.

A nivel doctrinario, las causas de extinción de la concesión son las siguientes: mutuo acuerdo de las partes; caducidad derivada del incumplimiento de las obligaciones del concesionario; incumplimiento de las obligaciones de la autoridad concedente; imposibilidad de continuar la prestación del servicio aeroportuario; decisión unilateral de la autoridad concedente (rescate); y, quiebra del concesionario o fallecimiento de éste si se trata de una persona natural.

a) Mutuo acuerdo

Si durante la ejecución de la concesión, autoridad concedente y concesionario determinan que no es conveniente continuarla, pueden acordar su terminación y consecuente extinción de sus obligaciones contractuales, en cuyo caso deben formalizar esta decisión -por escritura pública si este fue el medio utilizado para su celebración-. Lógicamente que en este caso deberá preceder una liquidación económica, para verificar si existen saldos pendientes de pago por una u otra parte, en función de las inversiones realizadas, retribuciones percibidas y otros elementos que deban ser considerados, cuyo resultado se adjuntará al instrumento de terminación del contrato como habilitante.

El reconocido tratadista Héctor Escola precisa que al acordar las partes la terminación de la concesión, éstas deben especificar sus “efectos y condiciones” –que bien podrían constar en los pliegos y en el contrato-, y que se resumen en las siguientes consideraciones:

Si es el concesionario “quien ha querido la rescisión, no corresponde liquidarle ninguna indemnización o compensación por el hecho en sí de la rescisión, salvo la que corresponda por los bienes de su propiedad que, estando afectados al servicio, pasen al dominio del Estado para que pueda continuarse su ejecución”; si por el contrario, quien promovió la terminación de la relación fue la entidad concedente, “aceptada pero no querida por el concesionario, esas indemnizaciones y compensaciones podrían ser procedentes, aun cuando siempre se tratará de una cuestión de hecho que habrá que considerar en cada caso y resolver sobre la base de alcanzar una solución equitativa...”¹³⁵.

García de Enterría y Fernández admiten la posibilidad de resolución del contrato por mutuo acuerdo y señalan que “sólo puede utilizarse <cuando razones de interés público u otras circunstancias de carácter excepcional hagan innecesaria o inconveniente la

¹³⁵ Héctor Jorge Escola, *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*, volumen II, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1979, p. 302.

permanencia del contrato> y siempre que no existan otras causas capaces de determinar la resolución por incumplimiento del contratista”. Agregan los autores -a base de lo que prevé la legislación española-, que existe “un amplio margen para la negociación, aunque parece obvio que, dada la inexistencia de culpa en el contratista, debe devolverse a éste la fianza en todo caso y que, supuesto que se trata de un acuerdo, existan mutuas concesiones...”¹³⁶.

Desde luego que la terminación del contrato por mutuo acuerdo, no puede convertirse en un mecanismo para disfrazar otras causas que justificarían la resolución¹³⁷ del contrato por causas imputables al concesionario.

b) Caducidad

En caso de incumplimiento grave y reiterado de las obligaciones asumidas por el concesionario, por causas imputables a él, la entidad concedente¹³⁸ puede declarar la caducidad de la concesión y consecuente extinción unilateral y anticipada de la misma, a través de un acto administrativo que surte efectos a partir de su notificación.

En este supuesto, además de la medida que se adopta en sede administrativa, la entidad concedente puede reclamar las indemnizaciones a que hubiere lugar, para resarcir los perjuicios derivados del incumplimiento del concesionario. En apoyo a esta tesis,

¹³⁶ Eduardo García de Enterría y otro, ob. cit., tomo I, p. 774.

¹³⁷ Algunos autores denominan a la terminación por mutuo acuerdo “rescisión bilateral” (Sarmiento García, ob. cit., pp. 309 – 310; Enrique Sayagués Laso, ob. cit., tomo II, p. 72; Roberto Dromi, ob. cit., pp. 629 – 630). Esta denominación no se ajusta a la legislación ecuatoriana, ya que en ésta, la rescisión se produce como derivación de la nulidad relativa que debe ser declarada por un órgano judicial y no por acuerdo de las partes (artículos 1583 numeral 9 y 1698 de la Codificación del Código Civil).

¹³⁸ Un sector doctrinario considera que la entidad concedente está facultada para declarar la caducidad de la concesión, si el contrato así lo estipula –y más aún si la legislación así lo contempla-. Otro sector de la doctrina se ha pronunciado en el sentido de que la concedente no puede declararla directamente, sino que debe acudir previamente a los órganos judiciales competentes. Al respecto, ver: Enrique Sayagués Laso, ob. cit., p. 68, quien sintetiza las opiniones más relevantes emitidas sobre este tema. En la República del Ecuador, el artículo 97 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Modernización del Estado, confería a la autoridad concedente la facultad para “declarar la caducidad de la concesión, siempre que hubiese mediado solicitud para que subsane las... causas en un plazo razonable y el concesionario no lo hubiera hecho y que la autoridad concedente no se encontrase en mora de sus obligaciones”. Sin embargo, esta norma fue derogada por el Decreto Ejecutivo No. 810 de 5 de julio de 2011 y actualmente no contamos con una disposición regulatoria sobre la aplicación de esta medida sancionatoria. El tratadista Gastón Jeze, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, tomo VI, Buenos Aires, 1949, Editorial Depalma, p. 73, considera que la posibilidad de dar por terminada la concesión en forma unilateral forma parte de la potestad sancionatoria rescisoria de la administración concedente. Héctor Jorge Escola, ob. cit., pp. 159 – 160, sostiene que esta forma de terminación de la concesión “es una sanción de orden público y que existe, por tanto, sin que sea necesario incluirla expresamente en el acto de concesión, siendo nula y sin efecto cualquier cláusula en que se estipule que nunca se incurrirá en ella”; agrega este autor que su aplicación procede frente a “la comisión de una falta muy grave imputable al concesionario, pudiendo agregarse que es equivalente al desconocimiento sistemático de sus obligaciones”; añade que “exige la puesta en mora del concesionario mediante un requerimiento” y que “entraña necesariamente, para el concesionario, la pérdida de la concesión, además de otras consecuencias como la pérdida de la caución que hubiera otorgado”.

Roberto Dromi considera que “La caducidad declarada legítimamente por la Administración no crea derecho a indemnización a favor del particular cuando se debe al incumplimiento del contratista, o le sea imputable sin eximentes de responsabilidad” y que, si dicho incumplimiento genera perjuicios al Estado (lato sensu), “procederá la indemnización a favor de éste...”¹³⁹.

La aplicación de este mecanismo sancionador no se encuentra regulada en Ecuador a nivel legal; sin embargo, para su implementación es necesario que la administración concedente observe las garantías y principios constitucionales del debido proceso, consagrados en el artículo 76 de la Constitución de la República. Además, es conveniente que, en forma previa a la adopción de la resolución de caducidad, la autoridad concedente formule un requerimiento al concesionario, concediéndole un plazo para remediar los incumplimientos y advirtiéndole que en el supuesto de que éstos persistan, se aplicará la medida sancionatoria.

Siendo una medida extrema, la entidad concedente debe evaluar detenidamente los efectos de la misma y contar con mecanismos alternativos temporales, ya que como es lógico, su implementación supone, en principio, la interrupción de la prestación del servicio, con las consiguientes molestias a los usuarios.

García de Enterría y Fernández sostienen que en los contratos de concesión de servicios públicos, “La declaración de caducidad determina el cese del contratista en la gestión del servicio y la incautación por la Administración de los bienes afectos al mismo previo abono de su importe, que ha de fijarse en función del estado en que se encuentran y del tiempo que reste para la reversión”¹⁴⁰.

Sobre este último punto es preciso recordar que la prestación del servicio público aeroportuario, se desarrolla fundamentalmente sobre la infraestructura cuya titularidad pertenece al Estado (terminal, edificaciones, plataforma); sin embargo, otros bienes destinados a dicha prestación pueden pertenecer al concesionario (vehículos, maquinaria, equipos). A estos últimos se refiere la alusión precedente relativa a que pueden ser objeto de “incautación” “previo abono de su importe”. Sin embargo, las partes pueden pactar que al extinguirse la concesión, los bienes del concesionario sean transferidos a la entidad concedente aun sin pago de indemnización, lo cual puede ocurrir, según opinión de Dromi, “cuando el valor de los bienes está totalmente amortizado al vencer el plazo de la concesión; lo cual sucede en los supuestos de vencimiento del término de la concesión o cumplimiento del objeto de ella”. Agrega el autor argentino que “En los supuestos de

¹³⁹ Roberto Dromi, ob. cit., p. 629.

¹⁴⁰ Eduardo García de Enterría y otro, ob. cit., tomo I, p. 769.

caducidad, la transferencia gratuita actúa como sanción por el incumplimiento imputable en que incurrió el concesionario”¹⁴¹.

Sin embargo, consideramos que aun en el caso que se declare la caducidad, el concesionario puede reclamar el pago del valor de los bienes transferidos a la concedente, salvo que expresamente se haya pactado que en dicho supuesto opere su transferencia gratuita, o que una norma de rango legal así lo contemple.

c) Incumplimientos de la entidad concedente

Si los incumplimientos provienen de la entidad concedente y estos limitan o impiden la prestación normal del servicio por parte del concesionario, éste queda facultado para solicitar al órgano judicial competente¹⁴², que declare la resolución de la concesión y el pago de las indemnizaciones correspondientes.

Esto podría ocurrir si la entidad concedente viola la cláusula de exclusividad y otorga a otro concesionario la facultad de gestionar simultáneamente servicios aeroportuarios en la misma infraestructura sobre la cual se otorgó la concesión a otro cocontratante.

d) Fuerza mayor

La doctrina plantea la posibilidad de que la resolución del contrato se produzca por causas de fuerza mayor que impidan su ejecución, en cuyo caso, en principio, ninguna de las partes tiene responsabilidad y, consecuentemente, no debe a la otra indemnización alguna.

Héctor Escola afirma con relación al contrato de concesión de obra pública – aplicable por tanto a las concesiones de servicio público-, que su extinción puede producirse cuando determinadas circunstancias “crean la imposibilidad permanente y definitiva de que se continúe ejecutando el contrato administrativo, u ocasionen la “razonable” imposibilidad de ejecutar las prestaciones y obligaciones contractualmente establecidas”¹⁴³.

Sayagués Laso señala que “el régimen jurídico de la fuerza mayor en las concesiones de servicio público, tiene que adaptarse a las peculiaridades de éstas, tomando en cuenta el largo plazo que se estipula generalmente y que su finalidad es satisfacer una necesidad colectiva pública. De ahí que se admita la rescisión por fuerza mayor cuando el servicio llega a la imposibilidad absoluta de financiarse

¹⁴¹ Roberto Dromi, ob. cit., pp. 625 – 626.

¹⁴² En ningún caso el concesionario “puede declarar y hacer valer la rescisión por sí y ante sí, sino que debe pedir su declaración jurisdiccional” (Jorge Sarmiento García, ob. cit., p. 310).

¹⁴³ Héctor Jorge Escola, ob. cit., pp. 148 – 149.

económicamente..., luego de que ambas partes hayan procurado, en la máxima medida posible, reajustar la concesión para que el servicio pueda subsistir...”¹⁴⁴.

En el supuesto de producirse una causa de fuerza mayor evidente que impida continuar la ejecución del contrato, o conduzca irremediamente al rompimiento de la ecuación financiera, el concesionario podrá plantear a la entidad concedente la terminación por mutuo acuerdo del contrato y, si ésta no la aceptase, podría demandar ante el órgano judicial competente su resolución.

e) Rescate de la concesión

El rescate constituye un acto unilateral de la entidad concedente, por medio del cual resuelve terminar la concesión en forma anticipada, por razones de oportunidad relacionadas con el interés público, que desde luego obliga a la concedente a indemnizar al concesionario. Una de las particularidades del rescate es que una vez dictada la medida es el propio Estado el que gestiona el servicio en forma directa.

Héctor Escola enseña que el rescate constituye un modo específico de terminación de las concesiones, “que se produce sin que haya mediado ningún incumplimiento o falta al contrato que sean imputables al concesionario”¹⁴⁵.

Esta figura se encuentra prevista en la Ley No. 106 publicada en el Registro Oficial No. 361 de 4 de noviembre de 1982, denominada Ley para la construcción y mantenimiento de obras públicas como autopistas, puentes, túneles, estacionamientos, similares y la de transporte colectivo urbano, mediante contrato de concesión de obra pública, cuyo artículo 7 numeral 4 contempla al “rescate anticipado” como una de las causales para la extinción de la concesión. El artículo 11 *ibídem* prevé que “El Estado o la entidad pública contratante podrá, si así conviene a los intereses nacionales, declarar terminado el contrato, por rescate anticipado de la concesión y asumir directamente el cobro del valor del peaje, pontazgo o uso del servicio”, facultad que no podrá ser ejercida “sino después de transcurrido un período, por lo menos, igual al de la construcción de la obra hasta su recepción definitiva”.

El artículo 12 de esta Ley dispone que una vez dictada esta medida, el concesionario tiene derecho a recibir los siguientes valores: los invertidos para la ejecución de la obra, una vez deducidos los montos de amortización ya percibidos; los que corresponden a los bienes afectados, una vez deducidos los costos de amortización acumulada; los de los bienes no afectados a la concesión que el Estado (*lato sensu*)

¹⁴⁴ Enrique Sayagués Laso, ob. cit., tomo II, p. 70.

¹⁴⁵ Héctor Jorge Escola, ob. cit., p. 150.

resuelva adquirir; y, la compensación de lo que el concesionario dejare de percibir “por concepto de utilidad razonable, según los términos del contrato”.

Si bien la Ley No. 106 no es aplicable a las concesiones de servicio público aeroportuario, constituye un “precedente normativo” que puede orientar a la autoridad concedente, en caso que decida declarar la terminación unilateral y anticipada (rescate) de una concesión por razones de interés público.

A nivel doctrinario, como lo señala Sayagués Laso, existe “profundo desacuerdo... sobre esa denominación (rescate) y el régimen jurídico aplicable”. El autor en mención enseña que “En el derecho francés esta forma de extinción de las concesiones se denomina *rachat*, y se distingue según que se haya pactado o no expresamente, pues hay diferencia en el régimen jurídico aplicable a una y otra situación. El *rachat* implícito, que es de principio..., sólo procede cuando la administración explotará luego el servicio directamente..., y también, según algunos, para suprimirlo por no ser ya viable... o para introducirle modificaciones que el concesionario no está en condiciones de realizar...”.¹⁴⁶

Al respecto, Dromi enseña que el rescate “tiene por objeto sustituir la concesión por la ejecución directa”, en cuyo caso “procede la indemnización correspondiente, que debe ser total y no parcial. En este sentido, le son aplicables los mismos principios que regulan la expropiación”. Agrega que esta medida puede ser adoptada “en cualquier momento que el interés general así lo exija. No requiere “preaviso” al concesionario; sin embargo, debe notificárselo. No necesita de norma alguna que lo disponga expresamente”¹⁴⁷.

Se aprecia que a nivel doctrinario existen algunos aspectos relativos a esta figura, sobre los cuales las discrepancias son profundas; uno de ellos es si para su utilización debe estar prevista expresamente en el ordenamiento jurídico o si, por el contrario, cabe que lo esté implícitamente.

Aquellos sectores de la doctrina que sostienen que la concesión de servicios públicos constituye un acto y no un contrato, deberían reflexionar en cuanto a que para revocar o dejar sin efecto la concesión en forma unilateral y anticipada, tendrían que recurrir previamente a la acción de lesividad. Por su parte, quienes sostienen que la concesión es

¹⁴⁶ Enrique Sayagués Laso, ob. cit., tomo II, pp. 70 – 72. El autor uruguayo resume las tendencias más importantes relativas a esta controversial figura, entre ellas, la de la doctrina italiana que distingue entre la “revocación” y el “rescate”, precisando que la primera se encuentra implícita en toda concesión y consiste en “la extinción de ésta por acto unilateral de la administración, fundada en razones de interés público; la segunda, que debe ser pactada expresamente, es la extinción también unilateral pero por otros motivos...”. Reseña también las opiniones de Caetano, Mayer, Bielsa, Bercaitz, Duez y Debeyre, Bonnard, Jéze, de las cuales se desprenden varios puntos sobre los que no existe consenso.

¹⁴⁷ Roberto Dromi, ob. cit., p. 629.

un contrato administrativo, simplemente considerarían que el rescate es una denominación específica atribuida a la terminación unilateral y anticipada, pero no como sanción en contra del concesionario por incumplimiento de éste, sino por razones de oportunidad o conveniencia para los intereses públicos. En cualquier caso, el rescate anticipado de la concesión, se encuentre o no previsto en la legislación, da lugar a indemnizaciones¹⁴⁸ que debe pagar la entidad concedente al concesionario.

f) Otras causales

La doctrina prevé como causales que generan la terminación de la concesión de servicio público en general, aparte de las señaladas, las siguientes:

Revocación por ilegalidad¹⁴⁹; fallecimiento del concesionario si se trata de una persona natural y quiebra del concesionario en el caso de personas jurídicas¹⁵⁰; “la demora

¹⁴⁸ El derecho del concesionario a las indemnizaciones se basa, de acuerdo a la valiosa opinión de Escola, “en la circunstancia de que éste se ve privado, al producirse el rescate, de una actividad que tenía derecho a ejecutar, conforme a un contrato vigente, sin que haya existido culpa o responsabilidad de su parte, y que le es impuesta por razones de interés público”. Y si bien este interés debe prevalecer, es indiscutible que el legítimo interés del concesionario tiene que ser respetado; “de ahí la indemnización del *damnum emergens* y del *lucrum cessans* que con esa medida se le haya ocasionado y del cual se le haya privado” (Héctor Jorge Escola, ob. cit., p. 156).

¹⁴⁹ Ver Enrique Sayagués Laso, ob. cit., tomo I, pp. 566 – 567 y tomo II, p. 72; Jorge Sarmiento García, ob. cit., pp. 312 - 328.

¹⁵⁰ Ver Eduardo García de Enterría y otro, tomo I, pp. 766 – 767; Enrique Sayagués Laso, ob. cit., pp. 72 – 73. Ver además Jorge Sarmiento García, ob. cit., pp. 305 – 306, quien sostiene que por ser el contrato de concesión de servicios públicos *intuitu personae* “es lógico que tanto la muerte como la falencia del concesionario o su desaparición (tratándose de una persona jurídica) den lugar a la extinción de aquél, ya que se había tomado en cuenta la persona para realizarlo (en estos supuestos se suele exigir normativamente un acto posterior: la declaración de caducidad de la concesión); pero en principio nada impide que en caso de muerte, se autorice que la concesión continúe, en su caso, con los herederos”. Ver también Roberto Dromi, ob. cit., pp. 631 – 632, quien enseña: “En los contratos de concesión de servicio público se ha previsto en general que la presentación en concurso preventivo o la declaración de quiebra de la empresa concesionaria es causal que tiende a asegurar el derecho de los acreedores, y además puede poner en riesgo la continuidad de la prestación del servicio de que se trata...”. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la Ley No. 106 publicada en el Registro Oficial No. 361 de 4 de noviembre de 1982, recientemente citada, cuyo ámbito de aplicación es básicamente para las concesiones de obras públicas, dispone en su artículo 8 lo siguiente: “En caso de extinción de la concesión por incumplimiento, quiebra o insolvencia del concesionario, el Estado o la entidad pública contratante, podrá: a) Entregar la concesión a un nuevo concesionario, previo concurso...; o, b) Asumir directamente la recaudación de la tarifa por el tiempo necesario. En este caso, se procederá a la liquidación contable respectiva, para establecer los saldos entre la administración y el concesionario inicial”. Esta norma se explica porque una vez extinguida la concesión por una de esas causas, la prestación del servicio debe continuar a fin de no afectar los intereses públicos, de los usuarios. El Art. 13 *ibídem* dispone: “Declarada la quiebra o insolvencia del concesionario el Estado o la entidad pública contratante, entrará en posesión de todos los activos afectados al servicio público y asumirá su prestación y procederá de conformidad con lo previsto en el Art. 12 de esta Ley”.

superior a seis meses por parte de la Administración en la entrega al contratista de la contraprestación o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato”¹⁵¹.

4.2 Los bienes destinados a la concesión

Los bienes destinados a la prestación del servicio público aeroportuario son, fundamentalmente, la infraestructura, que consiste en palabras de Federico Vileda, en el conjunto de “instalaciones situadas en la superficie”¹⁵², y más precisamente en “el conjunto de instalaciones y servicios que, desde la superficie, sirven las necesidades de la actividad aeronáutica, posibilitando la partida y la llegada de aeronaves, controlando y aumentando la seguridad de los vuelos”¹⁵³.

La “infraestructura” constituye un bien de dominio público y como tal, sobre ella mantiene el Estado su titularidad, que no se ve afectada en modo alguno por la concesión del servicio. Consecuentemente, al extinguirse la concesión los bienes que integran esa infraestructura, son “recuperados” por la entidad concedente.

En cuanto a los bienes de propiedad del concesionario destinados a la concesión, en principio retornan al dominio del concesionario, salvo estipulación en contrario que la doctrina denomina “reversión”¹⁵⁴.

La reversión implica, como lo explica Juan Urueta Rojas –desde la óptica del ordenamiento colombiano-, “una naturaleza excepcional por ser una prerrogativa de la

¹⁵¹ Ver Eduardo García de Enterría y otro, tomo I, p. 775. Los autores enseñan que esta causal ha sido incluida por la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de España, específicamente para el “contrato de gestión de servicios públicos”.

¹⁵² Federico Vileda Escalada, *Derecho Aeronáutico*, tomo I, Buenos Aires, Zavalia Editor, 1969, p. 389.

¹⁵³ Federico Vileda Escalada, ob. cit., tomo I, p. 389, quien cita a Rodríguez Jurado.

¹⁵⁴ Con relación al vocablo “reversión” se ha formulado cuestionamientos en torno a que su significación no se ajusta a la operación en virtud de la cual el Estado (lato sensu) se apropia de los bienes del concesionario afectados a la concesión, porque si esos bienes “nunca fueron de la entidad concedente, se presta a confusión decir que ellos revertirán a aquélla, siendo más apropiado hablar de transferencia de bienes del concesionario a la entidad concedente” (Jorge Sarmiento García, ob. cit., p. 329). En idéntico sentido se pronuncia Roberto Dromi, ob. cit., p. 625 -626: “Los bienes particulares del concesionario afectados a la prestación del servicio, si las partes no estipulan cuál será el destino de ellos al extinguirse el contrato, seguirán perteneciendo al concesionario. No obstante, generalmente se pacta que esos bienes, al extinguirse la concesión, pasarán al dominio del Estado –concedente- con o sin indemnización a favor del concesionario [...]. Es común que se denomine a esto “reversión” de cosas o bienes del contratista al Estado. Ahora bien, como los bienes aludidos nunca fueron del Estado, se presta a confusión decir que se revertirán a él. Por ello es más propio decir transferencia de bienes del cocontratante al Estado. La extinción de la concesión que puede dar lugar a la transferencia de los bienes del concesionario a favor del concedente, con o sin indemnización en beneficio de aquél, puede ser por vencimiento del término de la concesión, por caducidad de la concesión o por cumplimiento del objeto de ella. La transferencia gratuita sin indemnización se da cuando el valor de los bienes está totalmente amortizado al vencer el plazo de la concesión; lo cual sucede en los supuestos de vencimiento del término de la concesión o cumplimiento del objeto de ella. En los supuestos de caducidad, la transferencia gratuita actúa como sanción por el incumplimiento imputable en que incurrió el concesionario”. Ver además Jorge Escolá, ob. cit., p. 134.

Administración”; sin embargo, el mismo autor agrega que “En el ámbito internacional, la reversión no suele ser considerada como una cláusula excepcional de derecho público. Para la mayoría de los ordenamientos es una estipulación contractual que debe ser pactada expresamente por las partes”¹⁵⁵, caso contrario, a la terminación del plazo de la concesión, “los bienes afectados a la ejecución del contrato continúan perteneciendo a quienes eran sus dueños”¹⁵⁶.

La Ley No. 106 publicada en el Registro Oficial No. 361 de 4 de noviembre de 1982 –que se ha dicho es aplicable específicamente a las concesiones de obras públicas, pero que la invocamos una vez más porque constituye uno de los escasos referentes normativos de la legislación ecuatoriana sobre concesiones-, dispone: “Extinguida la concesión, la concesionaria entregará al Estado o a la entidad del Sector Público contratante, sin costo ni gravamen, en buen estado de servicio y mantenimiento, las obras, instalaciones, equipos y accesorios afectados a la prestación del servicio...”.

La norma citada permite advertir que el ordenamiento jurídico ecuatoriano, acogió en esta materia la tendencia mayoritaria de la doctrina –que también se evidencia en las cláusulas 23 y 24 de la Sección VII del contrato de concesión del servicio aeroportuario del Aeropuerto Seymour, provincia de Galápagos, celebrado el 15 de abril de 2011, al que nos hemos referido en varias oportunidades, cláusulas que tratan, en su orden, sobre la titularidad de las ampliaciones y mejoras y el régimen de propiedad de los muebles-, que considera que los bienes afectados a la concesión, una vez extinguido el plazo de ésta, “revierten” a la entidad concedente.

En todo caso, la “reversión” de estos bienes se encuentra matizada por algunos aspectos sintetizados por Jorge Escola: opera en todos los casos de extinción de la concesión; incluye los bienes de propiedad del concesionario afectados a la concesión; no implica costos para la entidad concedente; y, los bienes “revertidos” deben encontrarse “en buen estado de servicio y mantenimiento”¹⁵⁷.

En cuanto a la “gratuidad” de la “reversión” de los bienes de propiedad del concesionario afectados a la concesión, se debe considerar que aquélla es relativa, porque implica necesariamente que su valor está incluido dentro del monto total de las inversiones

¹⁵⁵ Esta afirmación, sin embargo, es contraria al pronunciamiento emitido por el Consejo de Estado colombiano, citado por el propio Urueta Rojas, según el cual: “Da la naturaleza especial de este contrato de concesión, existen unas cláusulas que son de la esencia del contrato, como la reversión, que aunque no se pacte en forma expresa, deben entenderse íncitas en el contrato...” (Juan Urueta Rojas, ob. cit., p. 207).

¹⁵⁶ Juan Urueta Rojas, ob. cit., pp. 206 – 211.

¹⁵⁷ Jorge Escola, ob. cit., p. 137.

del concesionario, que se amortizarán mientras se preste el servicio, lo que implica que al momento de extinguirse la concesión, el concesionario ya ha sido debidamente resarcido.

Sin embargo, esta explicación –aceptable en el caso de extinción de la concesión por vencimiento del plazo, una vez cumplido su objeto- no es suficiente cuando la concesión termine por caducidad, incumplimiento de la entidad concedente, entre otras causales, es decir por hechos o situaciones imputables al concesionario o a la concedente. Escola plantea que si la terminación se produce por hechos imputables al concesionario, “la reversión gratuita de los bienes... utilizados en la ejecución del servicio integra la sanción que la administración debe aplicarle por tales faltas o por su incumplimiento...”¹⁵⁸. Mas, si la extinción se produce por causas ajenas al cocontratante, la “reversión” de los bienes de su propiedad afectados a la concesión, tendría que ser indemnizada¹⁵⁹, porque de lo contrario se incurriría en la violación del artículo 323 de la Constitución de la República, que prohíbe la confiscación.

4.3 Solución de controversias

a) Controversias entre concedente y concesionario

Durante la ejecución de la concesión de servicio público aeroportuario, pueden producirse diversas clases de controversias principalmente entre la autoridad concedente y el concesionario, derivadas ya sea de la interpretación que cada una de las partes haga de las estipulaciones contractuales, o relativas a la forma y condiciones bajo las cuales deben ser cumplidas las obligaciones pactadas, o cualquier otro tipo de conflicto proveniente de la ejecución del contrato.

En principio, en caso de producirse controversias, las partes involucradas están llamadas a procurar solventarlas a base de reuniones conjuntas en las que se busque alcanzar acuerdos que sean satisfactorios para sus intereses, a fin de que la prestación del servicio no se vea afectada. En este caso estamos ante lo que la doctrina denomina “solución directa”¹⁶⁰.

Puede ocurrir, sin embargo, que no se obtengan acuerdos, en cuyo caso, las partes estarán en libertad de someter las controversias a los órganos judiciales competentes¹⁶¹. Al

¹⁵⁸ Jorge Escola, ob. cit., p. 136.

¹⁵⁹ Esta indemnización, precisa Jorge Escola (ob. cit., p. 136), deberá efectuarse “en la proporción que corresponda al período contractual no cumplido, o sea, en relación con los valores que no hayan sido amortizados”.

¹⁶⁰ Benjamín Herrera, ob. cit., p. 388.

¹⁶¹ En general, como lo señala Roberto Dromi, ob. cit., p. 626, “Las contiendas entre el concedente y el concesionario se dirimen en la jurisdicción contencioso administrativa”.

respecto, es necesario remitirse al artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado, que dispone:

“Art. 38.- Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público. El administrado afectado presentará su demanda, o recurso ante el tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio. El procedimiento será el previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa o el Código Tributario, en su caso...”.

Esta norma es clara en cuanto prevé que son los tribunales distritales de lo contencioso administrativo, “dentro de la esfera de su competencia”, los llamados a resolver las controversias derivadas de los contratos “suscritos o producidos por las entidades del sector público”, entre los cuales se encuentran obviamente los de concesiones de servicios públicos.

Sin embargo, es necesario advertir que el artículo 63 de la Ley de Modernización, dispone que “Las controversias que se suscitaren en relación a los procesos contemplados en esta Ley, se resolverán en juicio verbal sumario, en primera instancia ante el Presidente de la Corte Superior del respectivo Distrito, y en segunda y definitiva instancia, ante una Sala de la Corte Superior de Justicia correspondiente determinada mediante sorteo...”; y, de conformidad con el artículo 42 ibídem, constituyen “procesos” de acuerdo a esta Ley, la desmonopolización, la privatización y la delegación, que pueden ejecutarse a través de las modalidades previstas en el artículo 43 ibídem, entre ellas, la concesión de servicio público o de obra pública.

Por tanto, la claridad inicial que se desprende del artículo 38 de la Ley de Modernización, en materia de competencia para sustanciar y resolver controversias derivadas de contratos administrativos y concretamente de concesiones de servicios y obras públicas, se ve empañada por el artículo 63 del mismo cuerpo legal, que genera dudas respecto a esta materia.

Con relación a esta compleja temática –que por razones de limitaciones de la extensión de este estudio no se puede abordar con suficiente amplitud-, Juan Carlos Benalcázar expresa:

“Si se considera los antecedentes de esta última norma (artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado y las reformas que tuvo, reiteramos que lo más acertado sería

suponer que actualmente toda demanda derivada de controversias por contratos suscritos por las entidades públicas, sean dichos contratos administrativos o sometidos al Derecho privado, debería ser conocida por los órganos jurisdiccionales de lo contencioso administrativo. Esta interpretación sería favorable a la eliminación del “peregrinaje jurisdiccional” que se advirtió, no obstante lo cual, es preciso insistir que los jueces deben tener en cuenta la distinción doctrinaria entre contratos administrativos y contratos sometidos al Derecho privado...”¹⁶².

Por otra parte, se debe considerar que la Constitución de la República admite en general “el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos..., en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir” y, en lo relativo a contratación pública –dentro de la cual está inmersa la concesión de servicios públicos-, reconoce “el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley” (artículo 190).

En lo que respecta a la solución de controversias, el contrato de concesión de servicio público aeroportuario del Aeropuerto Seymour, provincia de Galápagos, celebrado el 15 de abril de 2011, contempla el siguiente esquema: como primera opción la búsqueda de soluciones “de forma directa, amigable y de buena fe” (cláusula 47), a base del mecanismo que prevé la cláusula 48; si este mecanismo no da resultados, la controversia será sometida al procedimiento de mediación, en el marco de la Ley de Arbitraje y Mediación (cláusula 49). Si el conflicto subsiste y su cuantía supera los 50.000 dólares de los Estados Unidos de Norte América, se recurrirá a arbitraje internacional, en derecho, en el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago de Chile, de acuerdo con las normas del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional que tiene su sede en París, Francia, con la intervención de tres árbitros y con aplicación del derecho ecuatoriano. Las controversias que no superen la cifra anotada, se someterán a arbitraje nacional, en derecho, de acuerdo con la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana, con sujeción a las normas y procedimientos del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito (cláusula 50).

En cuanto a los laudos arbitrales, las partes han acordado que “serán definitivos, inapelables, obligatorios para las partes y ejecutables a través de la jurisdicción ordinaria” (cláusula 50).

En virtud de lo estipulado, las partes se encuentran impedidas de someter las controversias a la justicia ordinaria (tribunales distritales de lo contencioso administrativo),

¹⁶² Juan Carlos Benalcázar, *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*, Quito, Andrade & Asociados Fondo Editorial, 2007, p. 144.

de conformidad con lo que dispone el artículo 7 de la Ley de Arbitraje y Mediación y, consecuentemente, las controversias o conflictos que surjan en la ejecución del contrato, deberán ser sometidas a los mecanismos alternativos por ellas pactados.

b) Otras controversias

Adicionalmente pueden producirse conflictos entre otros sujetos (concesionario y usuarios), cuyo conocimiento “corresponde a la jurisdicción judicial común, no a la contencioso-administrativa, pues ambas partes son personas privadas”¹⁶³. Sin embargo, otros autores estiman que en esos casos también debe intervenir la jurisdicción contencioso-administrativa, por la preponderancia de “normas y preceptos que son de derecho administrativo”¹⁶⁴. Roberto Dromi, comparte la primera opinión pero advierte que “cuando se cuestionan cláusulas del contrato de concesión, o alguna situación contemplada en el marco regulatorio la jurisprudencia¹⁶⁵ se ha pronunciado en general por la jurisdicción contencioso-administrativa”. Compartimos la primera posición por cuanto la naturaleza de la relación concesionario – usuarios es de índole privada, no obstante que su vinculación derive de un acto administrativo (el de la concesión), lo que no modifica su esencia privada.

Pueden también generarse conflictos entre el concesionario y sus empleados, técnicos u obreros, los cuales “son contractuales de derecho privado”¹⁶⁶ y, en consecuencia, deben someterse a los jueces comunes, sean estos civiles o laborales, según el caso.

Las posibles controversias entre concesionario y terceros (no usuarios), como enseña Marienhoff, pueden tener origen contractual o extracontractual, pero en ambos supuestos “las relaciones se desenvuelven dentro del derecho privado, y la eventual jurisdicción judicial para dirimir las contiendas que se suscitaren es la de la justicia común (civil, comercial o penal)”¹⁶⁷.

En lo que respecta a las controversias entre la entidad concedente y terceros (usuarios o no del servicio), “tienen que ventilarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa, porque a los usuarios y a los terceros se los considera sujetos de la relación

¹⁶³ Miguel S. Marienhoff, ob. cit., p. 642.

¹⁶⁴ Héctor Escola, ob. cit., pp. 164 – 165.

¹⁶⁵ Roberto Dromi, ob. cit., pp. 626 – 627. El autor expresa que los jueces se han pronunciado en el sentido de que: “si bien desde una perspectiva linealmente textual podría resultar exacto que la intervención del fuero contencioso administrativo federal se limita a las hipótesis en las que concurra decisión administrativa del ente regulador, nada justifica –en materia de servicios públicos- fraccionar la competencia y erigir una dualidad jurisdiccional que daría lugar a eventuales conflicto de competencia, retardando así la pronta y adecuada satisfacción del servicio de justicia...”.

¹⁶⁶ Miguel S. Marienhoff, ob. cit., p. 641.

¹⁶⁷ Miguel S. Marienhoff, ob. cit., p. 642.

jurídica concedente-concesionario, tanto más cuando es en beneficio de ellos que se otorga la concesión de servicio público”¹⁶⁸.

¹⁶⁸ Roberto Dromi, ob. cit., p. 627.

Conclusiones

Luego de revisar el ordenamiento positivo ecuatoriano en materia de prestación de servicios públicos y específicamente del servicio público aeroportuario, con relación a la doctrina sobre delegación de la prestación de esos servicios a terceros, formulamos a continuación algunas conclusiones:

1. Constituyen servicios públicos las actividades así calificadas por normas constitucionales y legales, que desarrolla el Estado (lato sensu) en ejercicio de su potestad, en forma sistemática y continua, por sí mismo o por medio de personas jurídicas de derecho público o empresas de economía mixta creadas para el efecto, o a través de alianzas público – privadas o, excepcionalmente, por intermedio del sector privado, bajo la regulación y control de aquél, que conserva su titularidad, y que tienen como finalidad satisfacer necesidades comunes de la población, en un marco sometido al Derecho público.

Estas actividades están constituidas por tres elementos: uno objetivo o material conformado por el conjunto de operaciones en las que consiste la prestación; otro subjetivo u orgánico integrado por los órganos de la administración pública o sus delegados, encargados de ejecutar la prestación; y, un elemento finalista que es la satisfacción de necesidades colectivas.

Con la expedición del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, se viabilizó a nivel legal la excepcionalidad prevista en la Constitución de la República de 2008, para delegar a la iniciativa privada la prestación de los servicios públicos de “electricidad, vialidad, infraestructuras portuarias o aeroportuarias, ferroviarias y otros”, previa calificación emitida por el Presidente de la República, cuando así lo requiera el interés público, no se cuente con los recursos técnicos y económicos, o la demanda haya rebasado la capacidad de prestación por parte de los entes públicos, en cuyo caso se podrá recurrir a las modalidades de concesión, asociación, alianza estratégica u otras formas contractuales, previa selección del delegatario mediante licitación.

A nivel de gobiernos autónomos descentralizados, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), les confiere la responsabilidad de prestación de los servicios públicos y la implementación de las obras necesarias, ya sea directamente, con gestión compartida, delegación a otro nivel de gobierno, cogestión con la comunidad, empresas de economía mixta y, excepcionalmente, por delegación a la iniciativa privada, cuando aquéllos no cuente con la capacidad técnica y económica o, en circunstancias de calamidad o desastre natural.

2. El servicio público aeroportuario, que se encuentra inmerso en el contexto descrito, podemos definirlo como el conjunto de actividades que desarrolla el Estado por medio de dependencias técnicas especializadas o a través de delegatarios, consistentes en prestaciones sistemáticas y continuas tendientes a que las operaciones de transporte aerocomercial de pasajeros, carga y correo, desde y hacia el territorio nacional, se realicen con seguridad, eficiencia y competitividad.

3. En el contexto general del ordenamiento jurídico ecuatoriano, se puede afirmar que la concesión de servicio público es un contrato administrativo en sentido estricto, cuya celebración está supeditada a la emisión previa de un acto administrativo que la autorice, el cual a su vez encuentra sustento en una norma de rango constitucional o legal que confiera a determinado órgano administrativo, la competencia para delegar a un tercero la prestación del servicio público.

4. La concesión de servicio público aeroportuario es un acto a través del cual, el Estado por medio de la Dirección General de Aviación Civil, delega a una persona natural o jurídica del sector privado, para que se encargue por su cuenta y riesgo, a cambio de la percepción de retribuciones económicas, de ejecutar un conjunto de prestaciones sistemáticas y continuas tendientes a que las operaciones de transporte aerocomercial de pasajeros, carga y correo, desde y hacia el territorio nacional, se realicen con seguridad, eficiencia y competitividad, dentro del marco contractual correspondiente.

5. La Constitución de la República vigente desde el 20 de octubre de 2008, restringe sensiblemente la posibilidad de que la prestación de servicios públicos sea delegada por parte del Estado a la “iniciativa privada”, lo cual obedece a la tendencia ideológica predominante de los asambleístas constituyentes que la redactaron –y también a los “acuerdos” a los que arribaron diversos sectores para la aprobación acelerada de la Carta Fundamental en Montecristi-, caracterizada por una visión que considera esencial la intervención estatal directa en materia de gestión de los servicios públicos, sectores estratégicos, recursos naturales no renovables, entre otros, para consolidar un sistema económico socialista, que mira con recelo e incluso con desprecio la participación del sector privado.

6. Si bien es cierto, el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, viabilizó la posibilidad de delegar a la iniciativa privada la prestación de servicios públicos, despejando en parte las restricciones impuestas por la Constitución de 2008, es indispensable la expedición de una ley que regule las concesiones de obras públicas y las concesiones de servicios públicos, que no se encuentran sometidas al ámbito de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y carecen de marco regulatorio,

con excepción de algunas normas de la Ley de Modernización del Estado, que se complementaban con el Reglamento Sustitutivo al Reglamento General de esta Ley.

Mas, la derogatoria del Título III del referido Reglamento Sustitutivo, que trataba “De la delegación al sector privado”, ordenada por el Decreto Ejecutivo No. 810 de 5 de julio de 2011 (Registro Oficial No. 494 de 19 de julio de 2011), generó un enorme vacío legal que afecta a esas concesiones –que se ve agravado por la carencia de un código administrativo y de una ley de procedimientos administrativos-, ya que si bien el Decreto Ejecutivo No. 810 clarifica aspectos sustanciales relativos a la delegación de servicios públicos de transporte, la ausencia de un cuerpo normativo con rango de ley, puede derivar en el ejercicio arbitrario de potestades discrecionales de los órganos administrativos reguladores y controladores, lo que a su vez desalienta las inversiones por falta de seguridad jurídica.

Para mejorar este escenario, se requiere urgentemente la expedición de una ley de concesiones de obras y servicios públicos, que al menos regule los siguientes aspectos:

- a) Actos previos y autorizaciones requeridas;
- b) Iniciativa estatal e iniciativa privada;
- c) Elaboración y aprobación de los pliegos y documentos precontractuales;
- d) Modalidades de delegación: concesión a “riesgo y ventura” del cocontratante; asociación; alianza estratégica;
- e) Concesión de servicios públicos que incluyen la construcción de obras públicas;
- f) Plazos de las delegaciones y concesiones;
- g) Régimen de exclusividad de las concesiones;
- h) Uso de bienes de dominio público por parte del concesionario;
- i) Procedimiento de selección de los concesionarios;
- j) Celebración de los contratos y formalidades;
- k) Atribuciones y obligaciones de la entidad concedente;
- l) Derechos y obligaciones de los concesionarios;
- m) Inversiones y financiación;
- n) Relación entre concesionario y usuarios;

- o) Fijación y modificación de las retribuciones que percibirá el concesionario de los usuarios;
- p) Régimen de participación de las utilidades por parte de la concedente, de ser el caso;
- q) Aportaciones excepcionales de la entidad concedente;
- r) Régimen de garantías y seguros;
- s) Modificación cuantitativa y cualitativa de los servicios públicos;
- t) Equilibrio económico – financiero de las concesiones;
- u) Régimen sancionatorio aplicable a los concesionarios;
- v) Control, regulación y supervisión de las actividades concesionadas;
- w) Causas de extinción de las concesiones: vencimiento del plazo; muerte o quiebra del concesionario; terminación por causas imputables a los concesionarios; terminación por causas imputables a la entidad delegante; terminación por mutuo acuerdo de las partes; fuerza mayor; supresión del servicio público; rescate de la concesión por parte de la administración concedente;
- x) Procedimiento previo a la terminación de las concesiones;
- y) Reversión de los bienes afectados a la concesión;
- z) Régimen de indemnizaciones
- aa) Régimen de solución de controversias.

En cuanto se refiere específicamente a la concesión de servicios públicos aeroportuarios, se requiere adicionalmente que nuestra legislación, a tono con la tendencia que se observa en otros países, expida leyes que regulen lo concerniente a cada servicio público en particular.

7. Las retribuciones que pagan los usuarios de los servicios aeroportuarios constituyen tasas, su pago es de carácter “obligatorio”, su naturaleza es de recursos públicos y se encuentran sujetas al control de la Contraloría General del Estado; pero esto no obsta para que su recaudación la haga el concesionario, como lo reconoció –no muy explícitamente- la Corte Constitucional, al aclarar mediante providencia dictada el 29 de septiembre de 2009, la sentencia No. 003-09-SIN-CC dictada por ese Organismo el 23 de

julio de 2009, dentro del caso No. 0021-2009-IA, en la que inicialmente dispuso que dichas retribuciones deben ingresar “directamente y exclusivamente a las arcas del Estado Central”, y que no pueden ser recaudadas y retenidas por los concesionarios, porque ello implicaría violar el principio de “indelegabilidad tributaria”.

Al atender el pedido de aclaración de la sentencia formulado por la Contraloría General del Estado, la Corte Constitucional señaló que “efectivamente los administradores de dichos fondos públicos, pueden aplicar todas las herramientas jurídico-financieras permitidas por el ordenamiento jurídico ecuatoriano para garantizar el eficiente, eficaz y adecuado cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia, debiendo entenderse que la correcta ejecución de las actividades de “recibir” y “administrar” dichos fondos, implica todo un proceso en el que intervienen diferentes partícipes (concesionario, instituciones financieras públicas o privadas, Municipios y Contraloría General del Estado), en las respectivas fases de recaudación, custodia, entrega, administración, disposición y control de los recursos...”.

8.- Las retribuciones que pagan los usuarios del servicio público aeroportuario, no pueden ser creadas, modificadas, incrementadas ni extinguidas a través de los respectivos contratos de concesión de ese servicio, sino por medio de actos normativos emitidos por las entidades competentes, es decir, por el Consejo Nacional de Aviación Civil o por los gobiernos autónomos descentralizados municipales, según el caso, a través de resoluciones u ordenanzas, si bien, en cuanto se refiere a las primeras, la competencia que la Codificación de la Ley de Aviación Civil otorga al Consejo Nacional de Aviación Civil para la creación, modificación, incremento o extinción de tasas por medio de resoluciones, puede ser cuestionada a base del artículo 132 numeral 3 de la Constitución de la República, que prevé que se requiere de ley para la creación, modificación o extinción de tributos, sin perjuicio de las facultades que la Carta Fundamental confiere a los gobiernos autónomos descentralizados.

Bibliografía

- Benalcázar, Juan Carlos, *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*, Quito, Andrade & Asociados Fondo Editorial, 2007.
- Burneo, Ramón Eduardo, *Derecho Constitucional*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010.
- Canasi, José, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1974.
- Casares Marcos, Anabelén, *La Concesión de Obras Públicas a Iniciativa Privada Particular: Tramitación, Adjudicación y Garantía Contractual de la Calidad*, Madrid, Editorial Montecorvo S.A., 2007.
- Cordero Ordóñez, Patricio, *El Silencio Administrativo*, Quito, Editorial El Conejo, 2009.
- Dromi, Roberto, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires – Madrid – México, Ciudad Argentina – Hispania Libros, 2009, 12ª edición.
- Escola, Héctor Jorge, *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*, volumen II, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1979.
- Faya B., Jacinto, *Las Tasas y las Tarifas de los Servicios Públicos en los Tres Niveles de Gobierno*, <http://www.juridicas.unam.mx>,
- García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Navarra, Editorial Aranzadi S.A., 2006, 10ª edición.
- Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 2, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2000, 4ª edición.
- Herrera, Benjamín, *Contratos Públicos*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2005.
- Jeze, Gastón, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, tomo VI, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1949.
- Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo – Perrot, 1978, 2ª edición.
- Nieto Menor, Miguel, “La Liberalización de los Aeropuertos con respecto al Estado: Intervención de otras Administraciones Públicas y sujetos privados en el sistema aeroportuario”, en Martínez, Fernando y Petit, María Victoria, *Estudios de Derecho aéreo: Aeronave y liberalización*, Madrid, Marcial Pons, 2009.

- Olivé, Cristina Casamitjana, "La Liberalización Aeroportuaria en España", en Martínez, Fernando y Petit, María Victoria, *Estudios de Derecho aéreo: Aeronave y liberalización*, Madrid, Marcial Pons, 2009.
- Pérez, Efraín, *Derecho Administrativo*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008.
- Quezada Ruiz, Ramón, *Proceso de concesión aeroportuaria en Chile*, www.monografias.com.
- Rivero, Jean, *Derecho Administrativo*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984.
- Rodríguez R., Libardo, *Derecho Administrativo General y colombiano*, Bogotá, Editorial Temis S.A., 2011, 16a edición.
- Rojas Franco, Enrique, *Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo*, Guayaquil, Edilex S.A. Editores, 2007.
- Sarmiento García, Jorge, *Concesión de Servicios Públicos*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1999.
- Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2002, 8ª edición.
- Torres, Luis Fernando, *Presidencialismo Constituyente La ruta del autoritarismo en el Ecuador*, Quito, Cevallos Editora Jurídica, 2009.
- Urueta Rojas, Juan Manuel, *El Contrato de Concesión de Obras Públicas*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2006, 1ª edición.
- Valdés Costa, Ramón, *Curso de Derecho Tributario*, Bogotá, Editorial Temis S.A., 2001, 3ª edición.
- Vidal Perdomo, Jaime, *Derecho Administrativo*, Bogotá, Legis Editores S.A., 2008, 13ª edición.
- Vileda Escalada, Federico, *Derecho Aeronáutico*, tomo I, Buenos Aires, Zavalia Editor, 1969.