



COMISIÓN TÉCNICA
ACTA No. 014-2018

CONCURSO PÚBLICO INTERNACIONAL PARA LA CONTRATACIÓN BAJO LA MODALIDAD DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA DE LA EJECUCIÓN DEL “DRAGADO DE PROFUNDIZACIÓN DEL CANAL DE ACCESO A LAS TERMINALES PORTUARIAS MARÍTIMAS Y FLUVIALES, PÚBLICAS Y PRIVADAS DE GUAYAQUIL, INCLUYENDO SU MANTENIMIENTO Y OPERACIÓN”

El día 13 de septiembre del 2018, a las 09h30, se reunió la Comisión Técnica integrada por los siguientes miembros: Ing. Ramiro Castillo Illingworth, quien la preside en su calidad de Profesional designado por la Máxima Autoridad; Ing. Carlos Intriago Puga, Director de Obras Públicas (E), Ing. Enrique Camposano Castro, Delegado del Director Financiero; y, Abg. Luis Endara Terán, Delegado del Procurador Síndico Municipal. Actúa como Secretaria de la Comisión Técnica la Abg. Blanca García Véliz.

El señor Presidente luego de haber constatado que existe el quórum reglamentario declara instalada la sesión y solicita que por Secretaría se dé lectura del orden del día:

- 1. CONOCER Y RESOLVER SOBRE LAS PREGUNTAS Y ACLARACIONES DEL PROYECTO DE CONTRATO DE ADHESIÓN DEL CONCURSO PÚBLICO INTERNACIONAL PARA LA CONTRATACIÓN BAJO LA MODALIDAD DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA DE LA EJECUCIÓN DEL “DRAGADO DE PROFUNDIZACIÓN DEL CANAL DE ACCESO A LAS TERMINALES PORTUARIAS MARÍTIMAS Y FLUVIALES, PÚBLICAS Y PRIVADAS DE GUAYAQUIL, INCLUYENDO SU MANTENIMIENTO Y OPERACIÓN” Y LA POSTERIOR CALIFICACIÓN DE LAS OFERTAS.**

2. VARIOS

Puesto a consideración de los miembros de la Comisión, el orden del día, es aprobado por unanimidad, pasándose a tratar los puntos acordados.

PUNTO UNO.-

La secretaria de la Comisión Técnica informa a los miembros que ha recibido de manera física y digital las preguntas por parte de los oferentes **BOSKALIS INTERNATIONAL B.V., JAN DE NUL N.V.,** y del **CONSORCIO CANAL GUAYAQUIL HACIA EL FUTURO** dentro del periodo establecido para el efecto. Así mismo se informa que, se ha recibido el 07 de septiembre del 2018, un oficio por parte de **VAN OORD DREDGING MARINE CONTRACTORS B.V.** mismo que se da lectura en sesión.

Una vez revisadas las preguntas, los miembros de la Comisión Técnica resuelven por unanimidad contestarlas de la siguiente manera:

Consortio Canal Guayaquil hacia el futuro.

Pregunta 1: Procedimiento de cobro.

El último borrador del Contrato de APP estipula que los honorarios cobrados por tarifa se pagarán en una cuenta designada por el MIMG y solo se entregarán dichos honorarios al Gestor Delegado cada quince días, sujeto a un informe favorable del Administrador y el Controlador.

Este procedimiento de cobro se ha discutido con los potenciales financiadores, que ven que dicho sistema de cuentas de “fideicomiso” puede generar complicaciones e influenciar negativamente en la (costo de / posibilidad de) financiación. Por lo tanto, solicitamos reemplazar este sistema por una “Garantía de



Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Guayaquil
M. I. MUNICIPALIDAD DE GUAYAQUIL

Acta No. 014-2018
Pág. No. 2 de 21

Penalización”. Sugerimos que el monto de dicha Garantía de Penalización sea de USD (500.000), ya que este monto es similar a una multa de 2 semanas por 100 mensualidades de salario/día. Este período de 2 semanas es similar al período de retención propuesto en el caso de la cuenta.

Si se utiliza parte de la garantía de Penalización, el Gestor Delegado debe restaurarla dentro de los (90) días a su valor original.

Esta Garantía de Penalización cumplirá exactamente el mismo propósito que la MIMG está buscando, mientras que no suponga al Gestor Delegado una situación de insolvencia reteniendo sus ingresos.

Respuesta 1:

En respuesta a la solicitud efectuada, quien resulte adjudicatario del procedimiento tendrá la opción de elegir entre el mecanismo de recaudación contemplado en la cláusula séptima “Retribución para el Gestor Privado y Procedimiento de cobro” título “Procedimiento de cobro”; o el siguiente mecanismo que sustituye los dos últimos párrafos de dicha cláusula:

“El plazo para el pago de esta tasa es de hasta ocho días calendario siguientes a la notificación de la factura. El pago se realizará por parte del sujeto pasivo a la cuenta que designe el gestor delegado.

El gestor delegado deberá presentar previo al inicio de las operaciones una garantía bancaria suficiente, incondicional, irrevocable y de cobro inmediato a favor de la Municipalidad de Guayaquil, ejecutable a la sola afirmación fundamentada de la Municipalidad de Guayaquil mediante comunicación dirigida al Banco pertinente, que estará vigente durante la totalidad del plazo contractual y cuya cuantía corresponderá a dos meses de recaudación de las tasas (que no puede ser inferior a un millón quinientos mil dólares de los Estados Unidos de América), descontando el valor que corresponda transferir a la Municipalidad de Guayaquil para el pago oportuno al fiscalizador y al administrador del contrato, con el propósito de asegurar el destino efectivo de los dineros producto de la recaudación de las tasas a la ejecución efectiva de la obra contratada, de acuerdo al cronograma proyectado; es decir, esta garantía está ligada en forma directa e insustituible al destino efectivo de los recursos para el avance de las obras de acuerdo con el cronograma proyectado y exigible.

Al efecto, el Administrador y el Fiscalizador del contrato deberán informar mensualmente sobre el cumplimiento efectivo del destino de los dineros recaudados a la ejecución de la obra y al cumplimiento del contrato, y por ende al cumplimiento del cronograma proyectado y exigible de acuerdo con la pertinente etapa de la ejecución contractual. De existir incumplimiento en el avance de las obras proyectadas en el cronograma por causas imputables al gestor delegado, la Municipalidad de Guayaquil ejecutará dicha garantía en la proporción del objetivo incumplimiento en la ejecución de la obra proyectada de acuerdo con el cronograma indicado; incumplimiento que se sustentará en los específicos y pertinentes informes del administrador y del fiscalizador del contrato sobre el destino de los dineros y cumplimiento del cronograma proyectado.

Remediado el incumplimiento en la ejecución de las obras proyectadas de acuerdo con el cronograma indicado, la Municipalidad de Guayaquil devolverá al gestor delegado el monto de la garantía ejecutada sin intereses, habida consideración de que si no se reembolsara tales dineros al gestor delegado, la Municipalidad de Guayaquil retendría dichos dineros sin causa justa ni jurídica. Lo anterior sin perjuicio de la aplicación de las multas que correspondan por el incumplimiento referido. Dichas multas no serán reembolsadas.

El monto de la garantía deberá ajustarse de forma bimestral acorde al valor recaudado en el periodo bimestral anterior.

En caso de ejecución total o parcial de la garantía, el monto de la misma deberá ser restablecida en el término máximo de diez días contados desde su ejecución, al valor de la recaudación que corresponda al periodo bimestral en curso, en iguales condiciones a las descritas en párrafos anteriores.”

Pregunta 2: Multas



Multa durante fase de profundización (Cláusula 14.3)

En el nuevo Contrato de APP, consideramos que la multa de 100 salarios unificados (USD 38.600/día) por día de demora es bastante elevada en comparación con el impacto. Esta multa es del mismo orden de magnitud que los ingresos de la recaudación de peaje durante el período de trabajo.

Solicitamos el siguiente cambio: Incluir una multa progresiva por demora en la entrega de la fase de profundización. Por ejemplo: primeros (3) meses de retraso 50 salarios unificados, a partir del cuarto mes, 100 salarios unificados.

Multa durante fase de mantenimiento (Cláusula 14.2)

Nuestro entendimiento según la cláusula 14.2 es que la multa por no mantener la profundidad establecida contractualmente durante la Fase de Mantenimiento sería de 20 salarios unificados por día. Solicitamos confirmen que nuestro entendimiento es correcto.

Solicitamos confirmen también que esta penalización por no obtener la profundidad establecida contractualmente sólo se calcula a partir del trigésimo primer (31) día de infracción, ya que el Gestor Delegado recibe 30 días para rectificar la profundidad hasta la profundidad establecida en el Contrato. Esto también sería razonable teniendo en cuenta los límites de tiempo para una movilización urgente para un dragado de emergencia que se requeriría en tal caso. Favor confirmar que nuestro entendimiento es correcto.

Respuesta 2:

1. En cuanto a la “multa durante la fase de profundización” se elimina del proyecto de contrato el subnumeral 3 del numeral 14.3 toda vez que existe duplicidad con lo previsto en el último párrafo de dicho numeral. Por lo tanto, la multa a aplicarse por retraso en el cronograma de trabajos será de 50 salarios básicos unificados por día de retraso.
2. En cuanto a la multa a imponerse a partir del vencimiento del plazo de cada fase de profundización, por no haber cumplido los niveles de profundización descritos en el contrato se mantiene la misma en 100 salarios básicos unificados por día de retraso. Cabe resaltar como referencia para los oferentes que en el contrato No. **LICO-MIMG-016-2015 “CONSTRUCCIÓN DEL PUENTE SOBRE EL RÍO DAULE, QUE INCLUYE PASO ELEVADO EN LA AVENIDA SAMBORONDÓN, VÍA DE ACCESO, PUENTE VÍA DE ACCESO, PASO ELEVADO SOBRE LA AVENIDA NARCISA DE JESÚS MARTILLO MORÁN Y VIADUCTO HACIA LA AVENIDA JOSÉ MARÍA EGAS”**, la multa diaria a imponer por el retraso en la ejecución de los trabajos fue de alrededor de USD\$71,946.00 (1x1000 del valor del contrato)
3. Respecto de la multa por retraso en la ejecución de la fase de mantenimiento, se fija la misma en 50 salarios básicos unificados por día de retraso. En cuanto al periodo de 30 días para rectificar la profundidad, acorde a la respuesta de la pregunta 134 del Acta No. 003-2018, la corrección en el área detectada cuyo defecto no haya sido conocido al momento de emitirse los informes de aprobación por parte del fiscalizador y el Administrador debe cumplirse en el plazo que disponga la Municipalidad, el cual en ningún caso superará los 30 días. Excepcionalmente dicho plazo podrá ampliarse fundamentadamente. En ese caso específico, la multa se comenzará a imponer a partir del siguiente día luego de vencido el plazo otorgado por la Municipalidad de no haberse cumplido con efectuar la corrección pertinente en el área detectada. En los demás casos se estará a la regla general, esto es, 50 salarios básicos unificados por día de retraso.

Pregunta 3: Terminación

Terminación en caso de que las multas incurridas excedan los USD 3,000,000.00

La cláusula 21, sub. 3, punto (f) estipula que se podrá terminar el contrato si la sanción excede de los USD 3,000,000.00. Solicitamos confirmar que esto es por evento o por año, y no acumulado durante todo el período del contrato (25 años). De lo contrario, esto pondría en riesgo el financiamiento del proyecto.



Además, los USD 3,000,000.00 deberán aumentar de acuerdo con los aumentos en el salario unificado a lo largo de los años, ya que la multas también aumentan de acuerdo con los aumentos en el salario unificado a lo largo de los años.

Terminación del período

El Contrato de APP prevé que en 10 días que el Gestor Delegado presente su defensa y, si procede, que solucione el incumplimiento.

Acordamos que una posible defensa debería presentarse en el menor tiempo posible. Dicho esto, sugerimos que este período sea de 2 semanas como mínimo para que el Gestor Delegado tenga tiempo para preparar su defensa.

Además, consideramos que 10 días para subsanar el incumplimiento es un período de tiempo corto. De hecho, la movilización de emergencia de una flota de dragado puede llevar más tiempo. Sugerimos lo siguiente: el Gestor Delegado deberá proporcionar a la autoridad delegante su plan de reparación dentro de las 14 días, y la operación de reparación debe comenzar dentro de los 30 días.

Respuesta 3:

1. En cuanto a la terminación en caso de que las multas incurridas excedan los USD \$ 3'000.000,00 se reforma el proyecto de contrato a efectos de que tal causal de terminación pueda adoptarse en caso que las multas superen el 5% del valor proyectado de los costos y gastos del contrato.
2. Respecto del procedimiento de terminación unilateral del contrato se reforma el cuarto párrafo de la cláusula Vigésima primera: "Terminación del contrato y liquidación" del proyecto de contrato en el siguiente sentido:

"Para declarar la terminación unilateral del contrato, la Municipalidad de Guayaquil deberá conceder previamente el término de quince días para que el Operador justifique la mora y de ser el caso, proponga su plan de remediación del incumplimiento. La operación para remediar el incumplimiento deberá comenzar en el término máximo de treinta días a partir de la aceptación del plan de remediación por parte del Administrador y el Fiscalizador del contrato. Excepcionalmente dicho término podrá ser ampliado fundamentadamente. En caso de no justificar la mora, o que no se presente el plan de remediación o que no comience dicha remediación en el término antedicho o no cumpla a cabalidad con la remediación en el término que determine la Municipalidad, la Municipalidad podrá declarar la terminación unilateral del contrato. En los demás aspectos se seguirá el procedimiento determinado en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento de Aplicación."

Pregunta 4: Transferencia o cesión de acciones.

La cláusula 16.1 prevé la posibilidad de asignación del contrato sujeto al consentimiento de la MIMG. Estamos de acuerdo con que la transferencia o cesión de acciones de la SPE debería requerir el consentimiento de la Autoridad y que dicho consentimiento puede retrasarse o paralizarse en caso de que la transferencia o cesión dé como resultado que la SPE no pueda cumplir con sus obligaciones y que no pueda garantizar el mismo servicio a los usuarios del canal como la otorgada bajo la estructura accionaria original.

Sin embargo, si existe tal transferencia o cesión permitida de acciones en la SPE, la responsabilidad del accionista original debería reducirse de acuerdo con su reducción en la participación accionaria. Se debe tener en cuenta que el Contrato ya prevé un período de 5 años durante los cuales no se permite ninguna transferencia o cesión; este período de 5 años ya garantiza que todos los trabajos de profundización se han realizado y que la SPE es un concesionario en operación.

Respuesta 4:

No se acepta.



Pregunta 5: Permisos

La cláusula 6.1 b estipula correctamente que, en caso de retrasos en la obtención de permisos, no atribuibles al Gestor Delegado, el término de la Etapa de Organización se extenderá. Sin embargo, en caso de prórroga de la Etapa de Organización, los costos futuros del Gestor Delegado aumentarán de acuerdo con la inflación. Por lo tanto, confirmar que la indexación de tarifas se puede calcular a partir de la fecha originalmente programada de inicio de operaciones.

Respuesta 5:

No se acepta.

Pregunta 6: Derecho de Subrogación (Step-in right) (Cláusula 19)

Haciendo referencia al Acta No. 008-2018 del 28 de junio, concretamente en la pregunta número 3 donde se establece que la ejecución del contrato y su exigibilidad no debería depender de los vínculos que el gestor Delegado tenga con los Prestamistas.

En particular, el derecho de subrogación no debe poner en peligro los derechos de la MIMG bajo el Contrato. A continuación, explicamos por qué el derecho de subrogación no compromete los derechos de la MIMG, más bien, ayuda a que el Contrato de Concesión se mantenga en vigor y con pleno efecto, incluso si el Gestor Delegado no está cumpliendo con sus obligaciones. Además, damos ideas claras sobre cómo debe interpretarse el derecho de subrogación, en base a la experiencia en la región y respaldado por nuestro Asesor Financiero.

Siguiendo el precedente del Puerto de Posorja, en el que el derecho de subrogación es parte del Contrato de Concesión, y dado que los prestamistas no son operadores en el Proyecto, el “derecho de subrogación” no es una obligación, sino un derecho que se puede utilizar en el escenario de una acción relevante que desencadene riesgos y que pueda ser activado en el Contrato de APP. En cualquier caso, los Prestamistas trabajarán con la MIMG para asegurar el cumplimiento del Contrato. Además, los Prestamistas colaborarán con la MIMG para encontrar la mejor solución y evitar la terminación: reemplazo del Gestor Delegado, ya que la selección del nuevo Gestor Delegado estará sujeta a la aprobación de la MIMG.

Los derechos de la MIMG se mantendrán en vigor y con plenos efectos en caso de intervención por parte de los Prestamistas, incluida la obligación de cumplimiento del Contrato y el pago de posibles sanciones. Se acuerda un protocolo de subrogación con la MIMG antes del Cierre Financiero, bajo un llamado Acuerdo Directo entre la MIMG, los Prestamistas y el Gestor Delegado, en el que se incluirán, entre otras, las siguientes condiciones:

- El Contrato de APP permanecerá siempre en plena vigencia durante el período de Subrogación.
- A los Prestamistas se les otorgará un período de gracia para resolver cualquier contingencia antes de que se decida terminar el Contrato.
- Los Prestamistas tendrán derecho a ejercer la subrogación en el Contrato durante el período de gracia y designar a un candidato para reemplazar al gestor Delegado y cumplir cabalmente las obligaciones del Contrato.
- Ni la MIMG ni los Prestamistas asumirán responsabilidades adicionales como resultado de la subrogación.

Según lo establecido por el Banco Mundial (fuente: <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/legislation-regulation/framework-assessment/legal-environment/lender-issues-step-in-rights>) El derecho de subrogación se otorga a los prestamistas en los acuerdos financiados por el proyecto para “reemplazar” la posición de la compañía en el contrato, para tomar el control del proyecto de infraestructura cuando la SPE no está cumpliendo con sus obligaciones. Sin este derecho será difícil atraer financiamiento del sector privado.

Sugerimos revisar la inclusión de dicho derecho en el Contrato de Concesión, ya que hace cumplir la ejecución del contrato, al tener la posibilidad adicional de que un nuevo Operador intervenga para concluir los trabajos. En conversaciones recientes con el BID y en su Carta de Interés, que fue presentada por este



Consortio, afirman que contar con el derecho de subrogación es importante para asegurar que no haya impedimento para atraer financiamiento al Proyecto.

Respuesta 6:

No se acepta.

Pregunta 7: Compensación por terminación

Haciendo referencia a la cláusula 21 en el último borrador del contrato de la APP, apreciamos el principio propuesto en caso de terminación del Contrato, el gestor Delegado recibirá el pago de los trabajos ejecutados a la fecha que no puedan ser recuperados mediante el cobro de la tasa. Sugerimos incluir una fórmula para definir dicho pago de manera más precisa, en línea con precedentes recientes en la región. En conversaciones recientes con el BID y en su Carta de Interés, que fue presentada por este Consortio, ellos afirman que tener una fórmula de pago por Terminación es importante para asegurar que no haya impedimento para atraer financiamiento. Se anexa fórmula de pago propuesta por el BID.

OPCIÓN 1

Si se declara la terminación del Contrato, debido a una infracción atribuible a la MIMG, la misma MIMG estará obligada a pagar al Gestor Delegado.

El mayor valor entre:

(A) El valor de mercado de la SPE

ó

(B) La suma de:

- El valor de la deuda pendiente del gestor Delegado con las entidades financieras (Prestamistas).
- Otros pasivos del Gestor Delegado.
- Patrimonio del Gestor Delegado.
- Costos y gastos relacionados con la terminación.
- Pérdida de beneficios que es una consecuencia directa del incumplimiento de acuerdo con los resultados reales de la ejecución del Proyecto.

OPCIÓN 2

Si la terminación del Contrato se debe a una infracción atribuible a la MIMG, la misma MIMG estará obligada a resarcir al Gestor Delegado con:

- La suma real de todos los elementos de inversión hasta la fecha según la tabla de inversión en el modelo financiero en el momento de la presentación de la oferta (incluidos el dragado de profundización, VTS, obras preparatorias costos de funcionamiento durante la construcción).
- (15%) por (Suma real de todos los elementos de la inversión según lo anterior) por (años del período de concesión hasta la fecha de terminación) para compensar los costos de financiación / rendimiento de la inversión.
- La suma real de todos los elementos de los gastos de operación durante el período de mantenimiento hasta la fecha, según las Cuentas Anuales de la SPE (incluido el dragado de mantenimiento, los trabajos de batimetrías, los costos de gestión de la SPE, etc.).
- La suma real de impuestos pagados hasta la fecha, según las Cuentas Anuales de la SPE; menos
- La suma real de todos los ingresos arancelarios hasta la fecha, según las Cuentas Anuales de la SPE y los informes entregados a la Autoridad.

En este sentido, el Gestor Delegado entregará declaraciones anuales a la Autoridad Delegante.

Respuesta 7:

Para efectos de asegurar el justo valor a compensar, previamente a la definición de dicho valor, la Entidad Contratante se deberá asegurar de incluir todos los factores reales que permitan llegar a una definición justa del valor a compensar.

ref



Pregunta 8: Objeto del contrato. Responsabilidad

La cláusula establece que la responsabilidad de los licitantes/accionistas de la SPE se limita a la obligación del cumplimiento de la obligación principal (ejecución integral del objeto contractual).

Trabajos de profundización

Entendemos que esta obligación hace referencia a la obligación de profundizar el canal a la profundidad establecida contractualmente. Por ello, debe señalarse, que el Contrato prevé:

- a. Una Garantía de cumplimiento del 10% del costo de Inversión de Profundización (véase la cláusula 10.1.2)
- b. Terminación del contrato de APP en caso de que las multas o sanciones se hayan acumulado en USD 3,000,000.00 (cláusula 21.1.1 punto f), donde la multa por retraso en la finalización de cada una de las etapas de dragado son 100 salarios unificados (=100 por 386 USD = 38.600 USD) por cada día de retraso (cláusula 14.2). Por lo tanto, desde USD 3,000,000.00 / USD 38,600 = 77 días de demora en cualquier entrega de fase de dragado, el contrato puede darse por terminado.

Por lo tanto, en caso de mal desempeño por parte del Gestor Delegado durante las Obras de Profundización (incumplimiento en la obligación de profundizar el canal), el Contrato ya puede terminarse después de 77 días con el pago de USD 3,000,000.00 en multas. Tras la terminación del contrato causada por el incumplimiento del Gestor Delegado, se podrá recurrir a la Garantía de Cumplimiento del 10% del Costo de Inversión de la Profundización. Esta Garantía de Cumplimiento será (i) suficiente para cubrir posibles multas máximas relacionadas con la demora, y (ii) para encontrar un Gestor Delegado de reemplazo si así se requiere en el caso final.

Por lo tanto, quisiéramos aclarar si efectivamente en virtud del Contrato, la responsabilidad de los accionistas en el SPE se limita a:

- Pago de multas
- Entrega de la Garantía de Cumplimiento

Obras de mantenimiento

En caso de que la responsabilidad de los licitantes/accionistas también incluya la obligación de mantenimiento, esto debería limitarse por un año de mantenimiento. De hecho, la campaña de mantenimiento será anual con una duración de cada campaña de unos pocos meses. En caso de terminación del contrato debido al incumplimiento del Gestor Delegado, otorga a la MIMG un año para encontrar un Gestor Delegado de reemplazo, mientras que el Gestor Delegado existente sigue siendo responsable por el año en curso.

Además, en tal caso, el Gestor Delegado pagará las multas y también tendrá una Garantía de Cumplimiento que puede ser utilizada.

Respuesta 8:

La prerrogativa de la terminación unilateral del contrato y sus causales se describen en la cláusula Vigésima primera: "Terminación del contrato y liquidación". En este contrato, existen, entre otras, causales específicas para dos hipótesis: 1) por incumplimiento del operador y/o 2) porque las multas exceden determinado valor.

En este sentido es preciso aclarar que la circunstancia de que las multas que se impongan no lleguen al monto del 5% de los costos y gastos del contrato, no excluye la posibilidad de que el contrato sea objeto de terminación unilateral por incumplimiento. Así también en caso de que las multas excedan dicho porcentaje del 5%, es posible que la Municipalidad decida por razones de interés público en continuar la ejecución de la obra, no declarar la terminación unilateral contractual.

En virtud de lo anterior, la responsabilidad respecto de la exigencia del cumplimiento contractual no está limitada a un porcentaje determinado de imposición de multas. De la misma manera, la responsabilidad de los adjudicatarios no está tampoco limitada al pago de las multas por parte de la SPE, siendo plenamente exigible el cumplimiento de la obligación principal (ejecución integral del objeto contractual) a él o los adjudicatarios, de acuerdo a lo previsto en el contrato.



Pregunta 9: Fuerza Mayor

La cláusula 22 (c) estipula que la calificación de un Evento e Fuerza Mayor corresponde a la MIMG, cuando el hecho ha sido alegado por el Gestor Delegado.

Confirmar que dicha calificación por parte de la MIMG sólo se aplicará en caso de que el evento no se especifique claramente según el Artículo 30 del Código Civil Ecuatoriano (ref. cláusula 22 (a)).

Respuesta 9:

En todos los casos la calificación de un evento como fuerza mayor o caso fortuito corresponde a la Municipalidad de Guayaquil.

Pregunta 10: Solución de controversias.

Por favor, cambiar la cláusula de la siguiente manera:

“g) Las partes declaran su disposición a someter a Arbitraje Internacional cualquier disputa o reclamo que no haya sido resuelto entre las partes, de conformidad con las disposiciones anteriores. El arbitraje será administrado por la Ley y el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, República de Chile, de conformidad con las normas de la Cámara de Comercio Internacional “ICC”.

De hecho, será un arbitraje internacional entre partes internacionales y, por lo tanto, deberían aplicarse las normas internacionales de la ICC. El lugar del arbitraje puede ser Santiago , Chile.

Respuesta 10:

Se ajustará el proyecto de contrato en caso de resultar adjudicatario quien formula la pregunta a efectos de que sean aplicables a la sustanciación del arbitraje las normas de la Cámara de Comercio Internacional en tanto no contradigan la normativa local aplicable y el contenido de la referida cláusula, considerando además que la normativa aplicable al fondo de la controversia será siempre y de forma insustituible el derecho ecuatoriano acorde al artículo 22 del Reglamento General de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas. En todo caso el contenido de la cláusula arbitral, por mandato de la ley, será sometido a consideración de la Procuraduría General del Estado para su aprobación, debiendo las partes estar al contenido de dicho dictamen.

Pregunta 11: Aprobación de estudios técnicos definitivos.

Sugerimos que si la Municipalidad ni aprueba, ni niega y ni solicita modificaciones dentro del plazo de 15 días, que los estudios técnicos definitivos se consideran como aprobados.

Respuesta 11:

No se acepta.

Boskalis:

Pregunta 1: Mecanismo de recolección de peaje

Las últimas comunicaciones oficiales referentes a la recolección de los peajes estipula que dichos ingresos serán recolectados por la MIMG y puestos en una cuenta de la MIMG. EL Operador sólo recibirá fondos en esta cuenta cada 2 semanas luego de un informe positivo del Administrador y de el Fiscalizador confirmando el cumplimiento de sus obligaciones. De esta forma el MIMG tiene otra herramienta más para deducir penalidades, reclamos, daños y costos administrativos del Administrador y Fiscalizador además de las ya otorgadas en el contrato.



Dadas las múltiples medidas ya implementadas para el control de la ejecución satisfactoria del proyecto encontramos que este desvío de los fondos recaudados creo un nuevo obstáculo a la cobranza por el Gestor Privado de los fondos necesarios para la amortización de sus inversiones. Por esta razón pedimos que se revierta a la situación por la cual los fondos recaudados por el Operador sean cobrados y depositados en una cuenta bajo el control del mismo.

También pedimos detallar los procedimientos y regulaciones aplicables para el cobro de dichas tasas de peaje.

Respuesta 1:

En respuesta a la solicitud efectuada, quien resulte adjudicatario del procedimiento tendrá la opción de elegir entre el mecanismo de recaudación contemplado en la cláusula séptima "Retribución para el Gestor Privado y Procedimiento de cobro" título "Procedimiento de cobro"; o el siguiente mecanismo que sustituye los dos últimos párrafos de dicha cláusula:

"El plazo para el pago de esta tasa es de hasta ocho días calendario siguientes a la notificación de la factura. El pago se realizará por parte del sujeto pasivo a la cuenta que designe el gestor delegado.

El gestor delegado deberá presentar previo al inicio de las operaciones una garantía bancaria suficiente, incondicional, irrevocable y de cobro inmediato a favor de la Municipalidad de Guayaquil, ejecutable a la sola afirmación fundamentada de la Municipalidad de Guayaquil mediante comunicación dirigida al Banco pertinente, que estará vigente durante la totalidad del plazo contractual y cuya cuantía corresponderá a dos meses de recaudación de las tasas (que no puede ser inferior a un millón quinientos mil dólares de los Estados Unidos de América), descontando el valor que corresponda transferir a la Municipalidad de Guayaquil para el pago oportuno al fiscalizador y al administrador del contrato, con el propósito de asegurar el destino efectivo de los dineros producto de la recaudación de las tasas a la ejecución efectiva de la obra contratada, de acuerdo al cronograma proyectado; es decir, esta garantía está ligada en forma directa e insustituible al destino efectivo de los recursos para el avance de las obras de acuerdo con el cronograma proyectado y exigible.

Al efecto, el Administrador y el Fiscalizador del contrato deberán informar mensualmente sobre el cumplimiento efectivo del destino de los dineros recaudados a la ejecución de la obra y al cumplimiento del contrato, y por ende al cumplimiento del cronograma proyectado y exigible de acuerdo con la pertinente etapa de la ejecución contractual. De existir incumplimiento en el avance de las obras proyectadas en el cronograma por causas imputables al gestor delegado, la Municipalidad de Guayaquil ejecutará dicha garantía en la proporción del objetivo incumplimiento en la ejecución de la obra proyectada de acuerdo con el cronograma indicado; incumplimiento que se sustentará en los específicos y pertinentes informes del administrador y del fiscalizador del contrato sobre el destino de los dineros y cumplimiento del cronograma proyectado.

Remediado el incumplimiento en la ejecución de las obras proyectadas de acuerdo con el cronograma indicado, la Municipalidad de Guayaquil devolverá al gestor delegado el monto de la garantía ejecutada sin intereses, habida consideración de que si no se reembolsara tales dineros al gestor delegado, la Municipalidad de Guayaquil retendría dichos dineros sin causa justa ni jurídica. Lo anterior sin perjuicio de la aplicación de las multas que correspondan por el incumplimiento referido. Dichas multas no serán reembolsadas.

El monto de la garantía deberá ajustarse de forma bimestral acorde al valor recaudado en el periodo bimestral anterior.

En caso de ejecución total o parcial de la garantía, el monto de la misma deberá ser restablecida en el término máximo de diez días contados desde su ejecución, al valor de la recaudación que corresponda al periodo bimestral en curso, en iguales condiciones a las descritas en párrafos anteriores."

Pregunta 2: Caso de suspensión y Terminación del contrato



Consideramos de gran importancia implementar los siguientes dos planteamientos en el Proyecto de Contrato.

PLANTEAMIENTO A

En el evento de que la MIMG o el Administrador / Fiscalizador no cumpliera sus obligaciones contenidas en el contrato, el Gestor Privado tendría pleno derecho a suspender la ejecución de sus propias obligaciones contenidas en el contrato. En el caso que el incumplimiento por parte de la MIMG o el Administrador / Fiscalizador fuera prolongado o en casos de graves incumplimientos por parte de la MIMG o el Administrador /Fiscalizador, el Gestor Privado debería tener pleno derecho y autorización para la terminación del Contrato sin responsabilidad de su parte. El Gestor Privado no tendría que recurrir a Arbitraje para ejercer su derecho de terminación de contrato.

PLANTEAMIENTO B

En el caso de Terminación del Contrato, el Gestor Privado deberá recibir el valor de los trabajos ya ejecutados hasta la fecha de terminación y no ya recuperado. En dicho caso es importante precisar y clarificar la fórmula financiera a ser aplicada para el cálculo de dicho valor. Además se deberá especificar la fuente originaria contractual de los fondos a las cuales se recurrirán para efectuar los pagos adeudados.

Respuesta 2:

Planteamiento A: No se acepta.

Planteamiento B: Para efectos de asegurar el justo valor a compensar, previamente a la definición de dicho valor, la Entidad Contratante se deberá asegurar de incluir todos los factores reales que permitan llegar a una definición justa del valor a compensar.

Pregunta 3: Ajustes a la tasa de peaje

Quisiéramos incluir algunas clarificaciones en el Contrato para evitar la discrecionalidad en el procedimiento de ajuste de tarifas. Adicionalmente, en el caso que hubiera demoras que excedan los (x) días, que la aprobación de nuevas tarifas pueda ser retroactiva.

Respuesta 3:

No se acepta.

Pregunta 4: Estabilidad jurídica

Es de gran importancia para el Gestor Privado aclarar el alcance del concepto de Estabilidad Jurídica para este Contrato por lo que se propone estipular en el Contrato que las Leyes del Ecuador regirán en relación a este concepto y a todo concepto relacionado a situaciones de Fuerza Mayor u Actos de Príncipe. No puede ser la misma MIMG que defina dichas situaciones. Con este fin el Contrato tendrá que especificar también que la Estabilidad Jurídica sería afectada bajo circunstancias como las siguientes y las cuales serían a riesgo de la MIMG.

- Desequilibrio económico o financiero (incluyendo casos extraordinarios de sedimentación, tráfico, etc.).
- Cambios en leyes, regulaciones y directivas administrativas con aplicación a el presente Contrato, incluyendo cambios a la interpretación de las mismas.
- Desarrollos económicos (por ejemplo, crisis económica, construcciones dentro o próximos al sistema fluvial que afecte la hidrodinámica de los canales, embargos económicos o actos similares).
- Sanciones económicas o políticas a nivel nacional o internacional.
- Obstrucciones o condiciones físicas que se descubran durante la ejecución de las obras que no pudieran haber sido previstas e incluidas en la ecuación económica por un Gestor Privado, tales como naufragios.
- Toda situación que sea consecuencia normal e inevitable de los esfuerzos del Gestor Privado por completar sus labores contractuales, tales como ruido, luces, vibraciones, turbidez, emisiones, quejas de las comunidades, etc.



La restauración de la Estabilidad Jurídica no deberá limitarse a la compensación mediante cobro de peajes sino también plantear fondos adicionales con los cuales restaurar dicha estabilidad jurídica de presentarse dicha situación.

Respuesta 4:

Remitirse a las respuestas 39 y 120 del Acta No. 003-2018 del 07 de mayo del 2018, así como a las respuestas 28 (segundo párrafo), 33 y 49 del ACTA No. 008-2018 del 28 de junio del 2018.

Pregunta 5: Responsabilidad del contratista:

Bajo el presente Proyecto de Contrato se creará un Gestor Privado para la ejecución de las responsabilidades en dicho contrato y que asumirá todas dichas responsabilidades. Sin embargo, se está estipulando que el Contratista que firme este Contrato permanecerá responsable por la duración completa del período contractual, a pesar de que el gestor Privado es una persona jurídica independiente.

Se propone que el Contratista original pueda vender sus acciones en el Gestor Privado y transferir de esta forma sus responsabilidades a un nuevo Contratista que compre dichas acciones, siempre sujeto a la aprobación por parte de la MIMG. Esto aseguraría la continuidad del proyecto aun en casos extremos donde cese de existir o cambie radicalmente la Administración del Contratista original.

Respuesta 6:

No se acepta.

Pregunta 6: Administración del contrato

En el interés de un proceso fluido y con máxima eficiencia en el desempeño de las obras consideramos que es vital consolidar los procesos de verificación y control que se encuentran repartidos entre varias personas, departamentos y agencias bajo la responsabilidad de una única persona jurídica que desempeñe la función de (Ingeniero) Administrador para la MIMG. Esta función podría ser desempeñada tanto por una persona como por una compañía en tanto se corrobore suficiente experiencia técnica, financiera y jurídica y los poderes correspondientes para manejar y ejecutar el contrato en representación de la MIMG. Dicho Administrador consultará al Fiscalizador en la toma de sus decisiones, pero podrá actuar en contra de las observaciones de este en tanto pueda presentar clara justificación de los beneficios a la MIMG de dichas decisiones.

De establecerse una metodología transparente y basado en merito internacional el Gestor Privado estaría dispuesto a asumir los costos que resultaran de establecer dicha función.

Con dicho fin sería necesario reestablecer la siguiente oración que fue removida de la Cláusula 11 el día 13 de junio. "La M.I. Municipalidad de Guayaquil contratará a una empresa debidamente calificada y con experiencia en la evaluación, análisis y gestión del control de cumplimiento de las obligaciones previstas en este Contrato".

Dicho Administrador deberá tener poder de toma de decisiones en los siguientes casos:

- a) Cláusula 14 – Multas.- La imposición de penalidades con la posibilidad de apelación por el Gestor Privado por medio de las vías administrativas usuales.
- b) Cláusula 19 – Intervención en la Administración del Operador.- Intervención en las operaciones del Gestor Privado en casos de incumplimientos por parte del Gestor Privado con la posibilidad de apelación por el Gestor Privado por medio de las vías administrativas usuales.

Cláusula 20 – Eventos Extraordinarios.- La determinación de eventos extraordinarios

Respuesta 6:

No se acepta el planteamiento formulado.



En cuanto a las multas, las mismas se impondrán por el Administrador del contrato, respecto de las cuales podrá apelarse ante la máxima autoridad de la Municipalidad de Guayaquil.

Respecto de la intervención, la cláusula Décima novena: "Intervención en la administración del operador", establece que la misma se fundamenta en el informe del Administrador del contrato.

En cuanto a la cláusula vigésima "eventos extraordinarios" está previsto que la aceptación de la calificación de un evento como extraordinario, le corresponde a la Municipalidad, previo informe de la fiscalización y el Administrador del contrato.

Pregunta 7: RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA

La versión más reciente del Proyecto de Contrato ha introducido (en cláusula 10.2) el concepto de responsabilidad civil objetiva, es decir que se deberá indemnizar a cualquier perjudicado aun cuando el gestor Privado no haya sido el culpable de dicho perjuicio. Esto es irrazonable, tanto porque es un requerimiento que no puede ser asegurado por ninguna aseguradora nacional o internacional, como porque pone en manos de los representantes de la MIMG el poder absoluto de determinar la responsabilidad y los daños incurridos. Esto crea un riesgo que no puede ser mitigado por el Gestor Privado por lo que es un riesgo incontrolable y casi infinito.

Respuesta 7:

El trabajo que va a cumplir el gestor privado es un servicio público. Cuando un prestador de un servicio público causa un daño a terceros, debe responder independientemente del factor subjetivo culpa y/o dolo. Lo que no significa que deba responder por caso fortuito o fuerza mayor.

Pregunta 8:

Bajo el presente Proyecto de Contrato la Garantía de Fiel Cumplimiento deberá ser renovada automáticamente tras el posible descuento por concepto de multas, aun cuando cualquier impugnación a dicha sanción esté siendo procesada. Esto puede resultar en la creación de una situación donde el riesgo financiero para el Gestor Privado sea indeterminable, incontrolable e infinito, lo cual no se pudiera aceptar. Por lo tanto, la Garantía de Fiel Cumplimiento debe ser por un monto fijo y dado el caso de que las sanciones financieras superen un cierto monto la MIMG podrá recurrir a la rescisión del contrato sin compensación al Gestor Privado por los trabajos ya ejecutados y a la ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento en su totalidad.

Respuesta 8:

No se acepta. Cabe destacar que los montos de la garantía de fiel cumplimiento están limitados de acuerdo al valor previsto para cada una de las etapas en la cláusula décima: "Garantías", debiendo en todo momento restablecerse la garantía de fiel cumplimiento a dichos montos.

Pregunta 9:

Solicitamos se implemente la exclusión de pérdida consecuyente mutua y que, en línea con los temas 7 y 8 (18 y 19) se defina un límite a la responsabilidad agregada total. Se propone que el límite a la responsabilidad total sea del 20% del contrato de profundización lo cual representa el doble de lo utilizado normalmente en contratos internacionales tipo FIDIC.

Respuesta 9:

No se acepta.

Jan de Nul.

Pregunta 1: Cláusula séptima. Mecanismo de recaudación y pago.

La cláusula séptima del proyecto de contrato establece condiciones para el pago de los recursos recaudados a los usuarios del canal, al tenor siguiente:



“CLÁUSULA SÉPTIMA: RETRIBUCIÓN PARA EL GESTOR PRIVADO Y PROCEDIMIENTO DEL COBRO...”

PROCEDIMIENTO DE COBRO...

El plazo para el pago de esta tasa es de ocho días calendario siguientes a la fecha de la notificación de la factura. El pago se realizará por parte del sujeto pasivo a la cuenta que designe la Municipalidad de Guayaquil. Los valores que se recauden en la cuenta designada por la Municipalidad producto del cobro de las tasas serán transferidos al gestor privado con una periodicidad quincenal, previo informe favorable del Administrador y el Fiscalizador del contrato respecto del estricto cumplimiento de las obligaciones contractuales y del cronograma de ejecución de obras. De los valores a transferir se descontarán las multas a que hubiera lugar, así como los costos de la Administración y Fiscalización del contrato.

Para tales efectos se suscribirá el pertinente convenio tripartito entre la Municipalidad, el gestor privado y la institución de la cuenta recaudadora, con el propósito de establecer la obligación irrevocable de la Municipalidad de ordenar la transferencia quincenal de tales valores al gestor privado previo informe favorable del Administrador y el Fiscalizador contrato, respecto del estricto cumplimiento de las obligaciones contractuales y del cronograma de ejecución de obras...”

Este esquema de cobro introduce nuevos riesgos al gestor Privado ya que, adicionalmente al período de 2 semanas de espera, la transferencia de fondos queda sujeta a una aprobación del Administrador y del Fiscalizador del contrato, lo que, en términos prácticos, podría generar problemas e flujo de caja para el Gestor Privado, afectando su capacidad de pago respecto de sus gastos corrientes, a espera de tener todos los criterios favorables que se imponen.

Por otro lado, quisiéramos remarcar que, si el objetivo de este nuevo esquema de cobro es garantizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales, ya existen en el proyecto de contrato las garantías económicas respectivas y mecanismos de penalidades, por lo que consideramos que imponer este esquema de pago resulta innecesario, dado los múltiples problemas que pueden derivarse.

Con estos antecedentes, solicitamos modificar el esquema de pago previsto y aplicar cualquiera de los mecanismos que usan otros contratos de gestión delegada que se ejecutan actualmente en Ecuador en los que el operador privado puede cobrar directamente las tarifas y disponer inmediatamente de los recursos que genera el proyecto. Para ilustrar nuestro argumento, nos permitimos ejemplificar con varios casos nuestros comentarios:

- a. En el contrato de gestión delegada del Puerto de Manta, suscrito entre la Autoridad Portuaria de Manta y la empresa Terminal Portuario de Manta, TPM S.A., respecto al cobro de las tarifas se establece lo siguiente:

Sección XIII: Retribuciones

53. Ingresos del Proyecto

- (a) Los Ingresos del Proyecto consisten en:
 - (i) La recaudación de las Tarifas Portuarias correspondientes a los Servicios Obligatorios que se presten o ejecuten en las instalaciones de la APP; y,
 - (ii) La recaudación del precio cobrado al Usuario por Servicios Facultativos, que hayan sido autorizados por la Entidad Contratante.
- (b) Los Ingresos del Proyecto se recaudarán y distribuirán en la forma, condiciones y a través del mecanismo previsto en este Pliego. La porción de estos ingresos que, una vez efectuada la referida recaudación y distribución corresponden a la Sociedad Gestora serán considerados de su titularidad. No obstante, se deberán establecer



mecanismos legales y financieros que garanticen que los recursos serán destinados a financiar las futuras fases de inversión del Proyecto.

54. Ingresos por Tarifas Portuarias.

- (a) Las Tarifas Portuarias serán percibidas por la Sociedad Gestora de acuerdo con los requisitos, requerimientos, términos, condiciones, limitaciones y más bases de este Pliego y las estipulaciones contractuales.
 - (b) Con el fin de permitir a la Sociedad Gestora atender sus obligaciones contractuales, la recaudación de las Tarifas Portuarias y la distribución de la porción que corresponde a la Sociedad Gestora iniciarán su ejecución desde el día siguiente a la fecha de Toma Física de los Bienes de la APP.
 - (c) El Valor Máximo de las prestaciones patrimoniales que abonen los Usuarios por los Servicios Obligatorios, serán aquellos fijados por acto normativo del MTOP, a través de la Subsecretaría de Puertos y Transporte Marítimo y Fluvial.
- b. En el contrato de gestión delegada suscrito entre la Autoridad Portuaria de Puerto Bolívar y la empresa YILPORTECU S.A., respecto al cobro de las tarifas, se establece lo siguiente:

(5) años anteriores a la infracción. **CAPÍTULO XI. TÉRMINOS FINANCIEROS Y ECONÓMICOS.- CLÁUSULA SEPTUAGÉSIMA TERCERA.- Ingresos del Proyecto:** (a) Los ingresos del Proyecto se generan del: i. Recaudo de las Tasas Portuarias, dentro de las Tarifas de los Servicios Obligatorios suministrados y prestados a través de los Bienes de la APP; y ii. Recaudo de las Tasas Portuarias dentro de las Tarifas de los Servicios Facultativos autorizados por la Entidad Delegante; (b) Los Ingresos del Proyecto se cobrarán a través de los mecanismos que el Gestor Privado considere como los más adecuados, a su entera discreción. (c) Todas las Tarifas relacionadas con los ingresos del Proyecto estarán sujetas a la Indexación anual. El Gestor Privado hará el cálculo y notificará a la Entidad Delegante respecto de tal Indexación. En el caso

- c. En el contrato de gestión delegada suscrito entre el Ministerio de Transporte y Obras Públicas, y Consorcio del Sur por la obra vial Río 7 – Huaquillas, respecto al cobro de peajes, se establece lo siguiente:

Sección XIII: Ingresos operativos del Proyecto

50. Descripción

- (a) La Sociedad Gestora obtendrá ingresos derivados de:
 - (i) Peaje a ser cobrado al Usuario por los Servicios Obligatorios, de conformidad con los términos y condiciones previstas en este Pliego y el Contrato.
 - (ii) El PPD en los términos y condiciones previstas en este Pliego.



Con estos antecedentes, reiteramos nuestro pedido de modificar el esquema de cobro previsto en la cláusula séptima, para que sea el gestor Privado quien pueda cobrar directamente y sin mediar autorizaciones adicionales, los recursos generados por el proyecto.

Respuesta 1:

En respuesta a la solicitud efectuada, quien resulte adjudicatario del procedimiento tendrá la opción de elegir entre el mecanismo de recaudación contemplado en la cláusula séptima "Retribución para el Gestor Privado y Procedimiento de cobro" título "Procedimiento de cobro"; o el siguiente mecanismo que sustituye los dos últimos párrafos de dicha cláusula:

"El plazo para el pago de esta tasa es de hasta ocho días calendario siguientes a la notificación de la factura. El pago se realizará por parte del sujeto pasivo a la cuenta que designe el gestor delegado.

El gestor delegado deberá presentar previo al inicio de las operaciones una garantía bancaria suficiente, incondicional, irrevocable y de cobro inmediato a favor de la Municipalidad de Guayaquil, ejecutable a la sola afirmación fundamentada de la Municipalidad de Guayaquil mediante comunicación dirigida al Banco pertinente, que estará vigente durante la totalidad del plazo contractual y cuya cuantía corresponderá a dos meses de recaudación de las tasas (que no puede ser inferior a un millón quinientos mil dólares de los Estados Unidos de América), descontando el valor que corresponda transferir a la Municipalidad de Guayaquil para el pago oportuno al fiscalizador y al administrador del contrato, con el propósito de asegurar el destino efectivo de los dineros producto de la recaudación de las tasas a la ejecución efectiva de la obra contratada, de acuerdo al cronograma proyectado; es decir, esta garantía está ligada en forma directa e insustituible al destino efectivo de los recursos para el avance de las obras de acuerdo con el cronograma proyectado y exigible.

Al efecto, el Administrador y el Fiscalizador del contrato deberán informar mensualmente sobre el cumplimiento efectivo del destino de los dineros recaudados a la ejecución de la obra y al cumplimiento del contrato, y por ende al cumplimiento del cronograma proyectado y exigible de acuerdo con la pertinente etapa de la ejecución contractual. De existir incumplimiento en el avance de las obras proyectadas en el cronograma por causas imputables al gestor delegado, la Municipalidad de Guayaquil ejecutará dicha garantía en la proporción del objetivo incumplimiento en la ejecución de la obra proyectada de acuerdo con el cronograma indicado; incumplimiento que se sustentará en los específicos y pertinentes informes del administrador y del fiscalizador del contrato sobre el destino de los dineros y cumplimiento del cronograma proyectado.

Remediado el incumplimiento en la ejecución de las obras proyectadas de acuerdo con el cronograma indicado, la Municipalidad de Guayaquil devolverá al gestor delegado el monto de la garantía ejecutada sin intereses, habida consideración de que si no se reembolsara tales dineros al gestor delegado, la Municipalidad de Guayaquil retendría dichos dineros sin causa justa ni jurídica. Lo anterior sin perjuicio de la aplicación de las multas que correspondan por el incumplimiento referido. Dichas multas no serán reembolsadas.

El monto de la garantía deberá ajustarse de forma bimestral acorde al valor recaudado en el periodo bimestral anterior.

En caso de ejecución total o parcial de la garantía, el monto de la misma deberá ser restablecida en el término máximo de diez días contados desde su ejecución, al valor de la recaudación que corresponda al periodo bimestral en curso, en iguales condiciones a las descritas en párrafos anteriores."

Pregunta 2: Responsabilidad Civil objetiva.

La cláusula décima del proyecto de contrato sobre la garantía de responsabilidad civil objetiva establece parámetros de responsabilidad cuestionables, que dejan en indefensión al Gestor Privado, tal como exponemos a continuación:

"CLÁUSULA DÉCIMA: GARANTÍAS...



10.2. GARANTÍA DE RESPONSABILIDAD CIVIL...

"10.2... para cubrir daños a terceros (en su persona o bienes) producidos como consecuencia del cumplimiento del presente contrato. Así, por los actos y omisiones del personal a su cargo; por los actos y omisiones de sus contratistas y sus subcontratistas y dependientes de los mismos; por accidentes; por los pagos a que pueda ser condenado el Municipio de Guayaquil administrativa y/o judicialmente como consecuencia de los daños causados a terceros por la gestión, hechos, actos y omisiones del gestor privado y de las personas por las cuales el mismo responde en los términos del presente contrato, de los documentos que forman parte del mismo y de la legislación aplicable.

El operador será responsable de pagar los daños ocasionados por la prestación del servicio, sin necesidad de que la acción u omisión sea dolosa o culposa. Se trata de una responsabilidad objetiva.

El gestor privado deberá justificar que cuenta con esta garantía de responsabilidad civil contra daños a terceros y/o usuarios y sus bienes, para garantizar a quienes puedan resultar perjudicados en el desarrollo de la actividad delegada..."

Bajo el criterio de responsabilidad "objetiva", el Gestor Privado responderá por todo, por cualquier "daño", independientemente de cuál sea el origen del mismo. La forma en como se ha redactado esta cláusula permite concluir que bastaría que un tercero alegue un daño, supuestamente causado por la ejecución de este contrato, para que la entidad contratante disponga el pago reclamado, sin importar si hubo culpa o dolo en la generación del daño. Adicionalmente, un peritaje se plantea como suficiente para cuantificar el daño, sin que exista un proceso administrativo que permita, por lo menos, cuestionar el origen del reclamo y la liquidación que demuestre el peritaje.

La responsabilidad objetiva debe ser siempre reglada, sin embargo, la redacción muy abierta de esta cláusula genera indefensión y podría romper fácilmente el equilibrio económico del contrato. Está claro que el Estado tiene prerrogativas en un contrato público frente a su contraparte -lo que no ocurre en contratos privados-, pero esas prerrogativas siempre deben estar sometidas al imperio de la ley y a la proporcionalidad. La forma de someterse al imperio de la ley es que los reclamos que puedan aparecer por supuestos "daños", por lo menos, se verifique que existió culpa del gestor privado en la generación del daño y al que las partes podamos acudir para cuestionar las determinaciones que se tomen, sin perjuicio de activar los demás mecanismos de solución de conflicto que pueda tener el contrato. En cualquier caso, para asumir responsabilidad por parte del gestor privado debe demostrarse en todo momento que hubo culpa en la generación del daño.

Para ilustrar nuestro punto, nos permitimos citar la cláusula novena que sobre materia similar consta en el modelo de contrato para el **SISTEMA DE TRANSPORTE PÚBLICO AEROSUSPENDIDO PARA LA CIUDAD DE GUAYAQUIL (PRIMERA FASE GUAYAQUIL-DURÁN)**

*"... El Operador entrega una Garantía de Responsabilidad Civil por la suma de US\$ 3'500,000.00 (TRES MILLONES QUINIENTOS MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA 00/100) para cubrir daños a terceros (en su persona o bienes), en caso de accidentes, **negligencias o mala ejecución de los trabajos contratados** por parte del personal del Operador, **siempre y cuando dichos daños sean consecuencia directa de la gestión del Operador...***

*... Esta garantía no exime, pues, al aliado estratégico de la reparación total por daños producidos, en función de cualquier reclamación de terceros **efectivamente perjudicados**, sea que haya o no sentencia ejecutoriada."*

Lo resaltado demuestra que, en dicho caso, la Municipalidad establece el criterio de responsabilidad civil como nosotros lo hemos expuesto, supeditado a por lo menos la culpa del operador y de que se demuestre que los daños son efectivamente una consecuencia directa de actos u omisiones culposas del gestor privado.

— RD



Es importante considerar que en la ejecución del contrato el Gestor Privado trabajará sobre la base de un diseño aprobado por la Municipalidad de Guayaquil y con una licencia ambiental obtenida por la misma Municipalidad; por lo que resulta cuestionable que sea el Gestor Privado quien deba asumir la reparación de daños que puedan generarse, precisamente, por el solo hecho de cumplir con sus obligaciones contractuales. Con estos antecedentes, solicitamos que esta cláusula se modifique para que se aclare que el Gestor Privado de ninguna manera será responsable por pérdidas o daños, directos o indirectos, que se produzcan por el cumplimiento del contrato y la legislación vigente.

Asimismo, solicitamos incluir la creación de un organismo técnico, con al menos 3 miembros -un experto indicado por la M.I. Municipalidad de Guayaquil, un segundo experto indicado por Gestor Privado y un tercer experto acordado por los dos primeros como presidente- para que en caso de reclamos dicho organismo se encargue de verificar si existió culpa del Gestor Privado en la generación del daño, y al que las partes podamos acudir para cuestionar las determinaciones que se tomen, sin perjuicio de activar los demás mecanismos de solución de conflicto que pueda tener el contrato.

Finalmente, quisiéramos destacar que el criterio de RESPONSABILIDAD OBJETIVA que se plantea en esta cláusula es similar a lo previsto en el Art. 11 del Código Orgánico del Ambiente, que entró en vigencia en abril de 2017, pero que pese a ello, hasta la presente fecha no tiene un reglamento que permita tener claridad sobre la aplicación de dicho criterio; todo lo cual hace aún más cuestionable la imposición de un criterio de responsabilidad sobre el que la propia legislación ecuatoriana no tiene normativa de aplicación.

Respuesta 2:

El trabajo que va a cumplir el gestor privado es un servicio público. Cuando un prestador de un servicio público causa un daño a terceros, debe responder independientemente del factor subjetivo culpa y/o dolo. Lo que no significa que deba responder por caso fortuito o fuerza mayor.

Pregunta 3: Cláusula Vigésima. Desequilibrio económico del contrato.

En la cláusula vigésima del proyecto de contrato se establece la posibilidad de ajustar el desequilibrio económico del contrato y señala que, una vez cumplidas las condiciones descritas en dicha cláusula se procederá con:

- Ajuste a las tasas portuarias de dragado (no mediante subsidio);
- Extensión del plazo de vigencia del Contrato;
- Combinación de los mecanismos anteriores; u
- Otro mecanismo que puedan pactar las partes.

Consideramos que un mecanismo de ajuste del desequilibrio podría ser la modificación del diseño definitivo del Canal, por lo que se solicita agregar como punto adicional a los antes detallados el siguiente:

"Modificaciones al Diseño Definitivo del Canal".

Respuesta 3:

No se acepta.

Pregunta 4: CLÁUSULA Vigésima, Riesgo de tráfico.

En la cláusula vigésima del proyecto de contrato se ha incluido lo siguiente:

"CLÁUSULA VIGÉSIMA: EVENTOS EXTRAORDINARIOS:

... La insuficiencia del flujo de naves no será causal para restablecer el equilibrio económico financiero del contrato, en razón de que el riesgo de dicho flujo lo asume exclusivamente el operador".



Si bien estamos de acuerdo en que ese riesgo de tráfico quede en manos del Gestor Privado, al considerar un horizonte de 25 años, la variabilidad de los escenarios posibles de tráfico se amplifica sustancialmente, quedando el Gestor Privado expuesto a situaciones extremas que pueden romper fácilmente el equilibrio económico del contrato.

En este sentido, consideramos esencial incluir alguna medida que permita mitigar esa exposición, brindando una solución ante casos extremos de caída de tráfico; y a tal efecto solicitamos ajustar esta cláusula de tal forma que se permita restablecer el equilibrio económico en caso el tráfico real resulte un 50% -o porcentaje similar- menor a las proyecciones de tráfico incluidas en los Pliegos por parte de la M.I. Municipalidad.

Respuesta 4:

El ajuste por variación de volumen ya fue considerado en la respuesta 26 del acta 008-2018, con el límite establecido en la cláusula 8.2 del proyecto del contrato.

Pregunta 5: Cláusula Vigésima. Riesgo de Sedimentación.-

En el Análisis Técnico de los Pliegos el volumen referencial de mantenimiento anual e la obra de dragado se estimó en 3.122.267 m³.

Por otro lado, de acuerdo a los cálculos y análisis de Prefactibilidad preparados por Jan de Nul dicho volumen de mantenimiento anual de dragado se ajustó llegando a aproximadamente 5.000.000 m³. Vale la pena destacar que esta estimación ha sido el resultado de un modelo hidrodinámico y de simulación de sedimentación que tomó en consideración la limitada información histórica disponible y dispersa del Canal.

En forma adicional a esta limitación en la información disponible, existen al menos dos aspectos cruciales del proyecto que agregan incertidumbre respecto de los volúmenes reales de mantenimiento que enfrentará el Gestor Privado, y que podrían redundar en niveles de sedimentación muy superiores a los estimados, a saber:

1. Dado que es la primera vez que se va a llegar el canal a los niveles de profundización definidos en el proyecto de contrato, no se conoce a ciencia cierta cuál será la respuesta del medio en cuanto a sus rangos de sedimentación.
2. Las lluvias debidas a la presencia de un evento atípico y acíclico pero recurrente como es el Fenómeno de El Niño podrían incrementar fuertemente la sedimentación.

En este sentido, si bien estamos de acuerdo en que ese riesgo de sedimentación debe quedar en manos del Gestor Privado, la falta de información y variabilidad de posibles escenarios genera una enorme exposición al Gestor Privado, que podría ver afectada su capacidad de continuar con el proyecto.

En este sentido, consideramos esencial incluir alguna medida que permita mitigar esa exposición, y a tal efecto, solicitamos incluir en esta cláusula la posibilidad de restablecer el equilibrio económico en el caso que la sedimentación supere los 8.000.000 m³ anuales (es decir, sea 2.5 veces el volumen referencial incluido en los Pliegos).

Respuesta 5:

No se acepta.

Pregunta 6: VIGÉSIMA PRIMERA, Límite en multas

En la cláusula vigésima primera del proyecto de contrato, sobre la terminación contractual, se establece como causal de terminación la siguiente:

"CLÁUSULA VIGÉSIMA PRIMERA: TERMINACIÓN DEL CONTRATO Y LIQUIDACIÓN...

...f) Si las multas en que incurriere el Operador superan el monto de USD 3'000.000,00.",



Siendo esta terminación una potestad unilateral del Municipio.

Considerando que dichas multas pueden ser impugnadas por los mecanismos de solución de conflictos previstos en el contrato, mecanismos que normalmente insumen un período de tiempo considerable, y que dichas multas deben ser abonadas en forma previa a la impugnación, consideramos indispensable incluir una medida que provea un balance para las partes, limitando la exposición del Gestor Privado.

Al respecto solicitamos incluir un literal en esta cláusula para que en caso que las multas superen un 5% - o un porcentaje similar- de la inversión realizada, el Gestor Privado tenga una potestad equivalente a la del M.I. Municipalidad para terminar el contrato.

Respuesta 6:

No se acepta.

Pregunta 7: Cláusula Vigésima Primera. Falta de acuerdo.-

En la cláusula vigésima primera del modelo de contrato, sobre la terminación y liquidación del mismo, se señala lo siguiente:

“CLÁUSULA VIGÉSIMA PRIMERA: TERMINACIÓN DEL CONTRATO Y LIQUIDACIÓN...”

... 4.b) Por no restablecer el equilibrio económico del Contrato de acuerdo con las normas del mismo. No se considerará no restablecimiento del equilibrio económico del contrato la falta de acuerdo entre el Municipio de Guayaquil y el Gestor Privado.

Desde nuestra perspectiva, la falta de acuerdo entre las partes, ante la necesidad de restablecer el equilibrio económico del contrato, haría que la ejecución se vuelva imposible en perjuicio de las dos partes; por lo que debería considerarse esta “falta de acuerdo” como un parámetro de no restablecimiento, para dar paso a la terminación contractual y a la liquidación respectiva.

Respuesta 7:

No se acepta. En ese caso podrá acudir a la cláusula de solución de controversias.

Pregunta 8: Cláusula Vigésima Primera: Liquidación del contrato.

En la cláusula vigésima primera del modelo de contrato, en los parámetros que se consideran para la práctica de la liquidación, solicitamos se incluya de manera expresa la información que conste en los estados contables auditados del Gestor Privado, para probar gastos, inversiones, avances de trabajo y rubros ya pagados totalmente o parcialmente comprometidos.

Respuesta 8:

No se acepta.

Pregunta 9: CLÁUSULA VIGÉSIMA SÉPTIMA. ESTABILIDAD JURÍDICA.

En la redacción actual de la Cláusula Vigésima Séptima solo se encuentra estabilizada la normativa relacionada con los impuestos que han sido aprobados para la exoneración en este proyecto por parte del Comité Interinstitucional de Asociaciones Público Privadas. Es decir, estas exoneraciones que ya han sido aprobadas, no pueden ser modificadas, ni siquiera por ley posterior.

Sin embargo, existen otros aspectos regulatorios que se consideran esenciales y prioritarios para el proyecto que no han sido incluidos en esta cláusula de estabilidad. Sobre este particular es importantes señalar que



la ley si permitiría estabilizar normas relacionadas con el proyecto. El Art. 15 de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera, señala lo siguiente:

“Art. 15.- De la Estabilidad Jurídica del Contrato de Gestión Delegada. La estabilidad jurídica que se garantiza en esta Ley se extiende a los aspectos regulatorios sectoriales y específicos que hayan sido declarados como esenciales en los correspondientes contratos de gestión delegada...

La estabilidad jurídica no recaerá sobre las normas declaradas inconstitucionales o ilegales por el tribunal competente, durante la vigencia de los contratos de gestión delegada. Los contratos de gestión delegada deben estar en armonía con los derechos, garantías y deberes consagrados en la Constitución de la República y respetar los tratados internacionales ratificados por el Estado ecuatoriano...”

Con este antecedente, consideramos muy importante que en el contrato se declaren como esenciales, para efectos de garantizar la estabilidad jurídica prevista en esta norma, las ordenanzas municipales, resoluciones de autoridades competentes y demás normativa secundaria relacionada con el uso del canal que se dragará, permisos y regulaciones ambientales, así como las que establezcan nuevas tarifas o aspectos técnicos que pudieran afectar los parámetros técnicos del dragado acordado, así como sus costos.

Finalmente, cabe señalar que en el documento COMPARADOR PUBLICO PRIVADO, que consta en los pliegos del proceso, en la **TABLA DE RIESGOS RETENIDOS** (pag.6), establece para la entidad delegante los cambios de legislación sectorial en materia portuaria y marítima y expresamente señala lo siguiente:

“Este riesgo se lo ha considerado como retenido, en la medida que el Comité Interinstitucional de Asociaciones Público Privadas apruebe la estabilidad jurídica de la normativa sectorial portuaria y marítima para el proyecto, consagrada en el artículo 15 de la Ley orgánica de Incentivos para las Asociaciones Público Privadas, como un derecho del gestor privado...”

En este sentido, al amparo de lo previsto en el Art. 15 de la norma invocada, y dado que el propio comparador elaborado por la Municipalidad lo reconoce expresamente, solicitamos se reconozca la estabilidad jurídica a la normativa sectorial portuaria, marítima y ambiental que tiene incidencia directa sobre este proyecto.

Respuesta 9:

Remitirse a las respuestas 39 y 120 del Acta No. 003-2018 del 07 de mayo del 2018, así como a las respuestas 28 (segundo párrafo), 33 y 49 del ACTA No. 008-2018 del 28 de junio del 2018.

Cabe destacar que el texto íntegro del comparador público privado relacionado a este tema estableció lo siguiente:

“Este riesgo se lo ha considerado como retenido, en la medida que el Comité Interinstitucional de Asociaciones Público Privadas apruebe la estabilidad jurídica de la normativa sectorial portuaria y marítima para el proyecto, consagrada en el artículo 15 de la Ley Orgánica de Incentivos para las Asociaciones Público Privadas, como un derecho del gestor privado. Cabe referir además que la identificación de este riesgo como retenido, no implica que la entidad delegante tenga que hacer algún tipo de ajuste a la tasa que percibirá el gestor privado por el solo hecho de su ocurrencia, sin perjuicio de que de suscitarse el quebranto de la estabilidad jurídica y todos los elementos constitutivos de la responsabilidad civil, es posible la compensación vía ajuste de tasa como un mecanismo excepcional.”

PUNTO DOS.- VARIOS

Habiendo concluido con las respuestas a las preguntas de los oferentes, los miembros de la Comisión Técnica aprueban por unanimidad el **PROYECTO DE CONTRATO MODIFICADO**, mismo que se publica como anexo a la presente acta.



Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Guayaquil
M. I. MUNICIPALIDAD DE GUAYAQUIL

Acta No. 014-2018
Pág. No. 21 de 21

No habiendo puntos varios que tratar, se da por terminada la sesión, siendo las 15h20, concediéndose el tiempo necesario para la redacción de la presente acta, la que una vez elaborada y conocida por los miembros de la Comisión Técnica, es aprobada por unanimidad, para constancia de lo cual firman en unidad de acto, siendo las 15h59.

Ing. Ramiro Castillo Illingworth
PRESIDENTE DE LA COMISIÓN TÉCNICA

Ing. Carlos Intriago Puga
DIRECTOR DE OBRAS PÚBLICAS (E)

Ing. Enrique Camposano Castro
DELEGADO DEL DIRECTOR FINANCIERO

Abg. Luis Endara Terán
DELEGADO DEL PROCURADOR SÍNDICO MUNICIPAL

Lo certifico.-

Abg. Blanca García Véliz
**SECRETARIA DE LA COMISIÓN
TÉCNICA**