



Ministerio
de **Transporte**
y **Obras Públicas**

SECRETARÍA TÉCNICA DEL COMITÉ INTERINSTITUCIONAL
DE ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS
SECTOR INFRAESTRUCTURA Y GESTIÓN DEL TRANSPORTE

INFORME DE ANÁLISIS LEGAL

INICIATIVA PÚBLICA PRESENTADA POR:

**GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO
MUNICIPAL DE GUAYAQUIL**

PROYECTO:

*“Delegación a la Iniciativa Privada del Dragado de Profundización del Canal de Acceso a las
Terminales Portuarias de Guayaquil, incluyendo su mantenimiento y operación bajo términos
FBOT (Financiamiento, Construcción, Operación, y Transferencia)”*

29 DICIEMBRE, 2017

QUITO – ECUADOR

Contenido

1. ANTECEDENTES:	3
2. ANTECEDENTES GENERALES:	6
2.1. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE AL PROYECTO.-	6
2.2 RÉGIMEN TRIBUTARIO APLICABLE AL PROYECTO.-	7
2.3 VERIFICACIÓN DE QUE EL PROYECTO PRESENTADO ES APP, CONFORME EL Art. 8 LEY APP Y Art. 4 REGLAMENTO DE LA LEY APP.-	8
3. BASE LEGAL:	10
3.1 Análisis del informe de la viabilidad legal presentado por la entidad delegante.-	10
3.2 Identificación de la entidad delegante y determinación de su naturaleza jurídica.-	11
3.3 Análisis del sector de interés general en el que se desarrollará el proyecto APP.-.....	11
3.4 Análisis de la base legal de la competencia del Comité.-	13
3.5 Análisis del modelo de contrato APP propuesto.-.....	13
3.6 Régimen de bienes afectos a proyecto APP.-.....	14
3.7 Cumplimiento de Legislación ambiental.-.....	15
3.8 Cumplimiento de legislación nacional sobre hallazgos arqueológicos.-.....	15
3.9 Cumplimiento de otros requisitos.-.....	16
4. CONCLUSIÓN:	16
5. RECOMENDACIÓN:	17

INFORME DE ANÁLISIS LEGAL
No. STCIAPP-SIGT-001-DIC-2017

1. ANTECEDENTES:

El 2 de diciembre de 2016, se suscribe el Convenio de Delegación de Competencias entre el Ministerio de Transporte y Obras Públicas y el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Guayaquil, para el Dragado de Profundización del Canal de Acceso a las Terminales Portuarias de Guayaquil, incluyendo su Mantenimiento y Operación, donde se manifiesta lo siguiente:

“3.3 El objetivo de la competencia del dragado es aumentar y/o mantener su calado a la profundidad técnica y comercialmente necesaria (con un mínimo de 9,60 metros en una primera etapa y 11 metro MLWS en una segunda etapa) para efectos de facilitar el transporte marítimo y fluvial, así como para facilitar el acceso a las Terminales Portuarias estatales y privadas, logrando así la complementariedad, competencia y competitividad de todo el sistema portuario.

3.4 La transferencia de la competencia incluye la competencia para la libre definición del modelo de gestión para el ejercicio de competencia delegada y la autorización para convocar, adjudicar y suscribir el contrato que la M.I. Municipalidad de Guayaquil determine como mecanismo idóneo para la gestión del dragado, en los términos indicados en el numeral 3.2 y 3.3 anterior, de todo el track de navegación de los canales de acceso a todas las terminales portuarias de Guayaquil (estatales y privadas), su mantenimiento y servicios relacionados. La Municipalidad de Guayaquil podrá utilizar la modalidad de concesión, alianza público privada, alianza estratégica, así como cualquier prevista en las leyes, que no impliquen que el Gobierno Central o Local paguen por la pertinente obra o mantenimiento, sino que dicho costo sea de cargo de los navieros, propietarios u operadores de buques que transiten por dichos canales.

3.5 La M.I. Municipalidad de Guayaquil declara que no es su intención ejecutar la competencia delegada por administración directa, por lo que las competencias delegadas las ejecutará mediante la contratación de empresas o instituciones públicas o privadas con experiencia en la ejecución de obras y servicios materia del

presente Convenio. Las partes expresamente aceptan y declaran que es de la esencia del Convenio la obligación de la M.I. Municipalidad de Guayaquil contratar las obras y servicios materia de la delegación con empresas con experiencia en la materia delegada por medio de cualquiera de las modalidades previstas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. En virtud de ello, el Ministerio de Transporte y obras Públicas reconoce que si perjuicios de las obligaciones en ejecución del Convenio son contratar a una institución ejecutora, supervisar y controlar la ejecución del contrato suscrito...”.

El 25 de julio de 2017, se suscribe un Adendum modificatorio al Convenio de Delegación de Competencias entre el Ministerio de Transporte y Obras Públicas y el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Guayaquil para el Dragado de Profundización del Canal de Acceso a las Terminales Portuarias de Guayaquil, incluyendo su Mantenimiento y Operación, y en el numeral 3.1 se señala: *“Inclúyase luego del primer inciso del punto “3.5.-” de la “CLAUSULA TERCERA:”, el siguiente texto: La M.I. Municipalidad de Guayaquil para la ejecución de las competencias delegadas, utilizará el Modelo de Gestión de Alianza Público-Privada de conformidad con la ley vigente para la materia...”.*

En razón de lo determinado en el Art. 56 del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), que dice: *“Salvo autorización expresa, no podrán delegarse las competencias que a su vez se ejerzan por delegación”.* El Ministerio de Transporte y Obras Públicas mediante Convenio de Delegación de Competencias, del 2 de Diciembre de 2016, y Adendum Modificatorio de 25 de julio de 2017, delegó de forma expresa al Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Guayaquil, según lo señalado en la cláusula 3.4 *“... La Municipalidad de Guayaquil podrá utilizar la modalidad de concesión, alianza público privada, alianza estratégica, así como cualquier prevista en las leyes, que no impliquen que el Gobierno Central o Local paguen por la pertinente obra o mantenimiento, sino que dicho costo sea de cargo de los navieros, propietarios u operadores de buques que transiten por dichos canales.”.*

Mediante oficio Nro. AG-2017-25411, de 05 de octubre de 2017, el abogado Jaime Nebot Saadi, Alcalde de Guayaquil, solicitó la aprobación del proyecto denominado “Proyecto para la Delegación a la Iniciativa Privada del Dragado de Profundización del Canal de Acceso a las Terminales Portuarias de Guayaquil, incluyendo su mantenimiento y operación bajo términos FBOT (Financiamiento, Construcción, Operación y Transferencia)”, al licenciado Lenín Moreno Garcés, Presidente Constitucional de la República del Ecuador.

Con oficio S/N, de 09 de octubre de 2017, el licenciado Lenín Moreno Garcés, Presidente Constitucional de la República del Ecuador, informó al abogado Jaime Nebot Saadi, Alcalde de Guayaquil, que ha instruido al señor Ministro de Transporte y Obras Públicas y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia, a fin de que, con la brevedad del caso, se proceda con la conformación del Comité Interinstitucional de Asociaciones Público-Privadas.

El Presidente Constitucional de la República del Ecuador, licenciado Lenín Moreno Garcés, mediante Decreto Ejecutivo Nro. 186, de 13 de octubre de 2017, designó como su Delegado al titular del Ministerio de Transporte y Obras Públicas, para presidir el Comité Interinstitucional de Asociaciones Público-Privadas relacionadas con todos los procesos de infraestructura y gestión del transporte, incluyendo transporte terrestre, tránsito y seguridad vial; transporte ferroviario; transporte alternativo; transporte aéreo; puertos; transporte marítimo y fluvial; y todas aquellas que se deriven de la naturaleza de las competencias asignadas a dicha Cartera de Estado.

Mediante oficio Nro. AG-2017-25818, de 17 de octubre de 2017, el abogado Jaime Nebot Saadi, Alcalde de Guayaquil, realiza un alcance a oficio Nro. AG-2017-25411, de 05 de octubre de 2017, y remite al Presidente Constitucional de la República y al Ministro de Transporte y Obras Públicas, el Informe de Validación del Servicio de Rentas Internas SRI, correspondiente a los incentivos tributarios y solicita se incorpore al expediente para continuar con el trámite de aprobación.

Mediante Acuerdo Ministerial Nro. 052-2017, de 17 de noviembre de 2017, el doctor Paúl Granda López, Ministro de Transporte y Obras Públicas, designó a la Ing. Irma Yolanda Gaete Zambrano, Subsecretaria de Delegaciones y Concesiones del Ministerio de Transporte y Obras Públicas, como Secretaria Técnica del Comité Interinstitucional de Alianzas Público-Privada relacionadas con todos los procesos de infraestructura y gestión del transporte, incluyendo transporte terrestre, tránsito y seguridad vial; transporte ferroviario; transporte alternativo; transporte aéreo; puertos; transporte marítimo y fluvial; y todas aquellas que se deriven de la naturaleza de las competencias asignadas a dicha Cartera de Estado.

Mediante oficio Nro. SMG-2017-18734, de 21 de noviembre de 2017, la Abg. Martha Herrera Granda, Secretaria Municipal del Municipio de Guayaquil, remitió al Ministro de Transporte y Obras Públicas, copia del proyecto denominado "Proyecto para la Delegación a la Iniciativa Privada del Dragado de Profundización del Canal de Acceso a las Terminales Portuarias de Guayaquil, incluyendo su mantenimiento y operación bajo términos FBOT

(Financiamiento, Construcción, Operación y Transferencia)”, para que se continúe con el trámite de aprobación.

Con base a los procedimientos internos, la Secretaría Técnica del Comité APP asignó la siguiente numeración al proyecto: TRÁMITE-APP-001-2017.

2. ANTECEDENTES GENERALES:

2.1. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE AL PROYECTO.-

El Gobierno Autónomo Municipal del Cantón Guayaquil, para la realización del “Proyecto para la Delegación a la Iniciativa Privada del Dragado de Profundización del Canal de Acceso a las Terminales Portuarias de Guayaquil, incluyendo su mantenimiento y operación bajo términos FBOT (Financiamiento, Construcción, Operación y Transferencia)”, se ha basado en la normativa que se detalla a continuación:

- Constitución de la República del Ecuador, Decreto Legislativo 0, Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre de 2008, última reforma de 21 de diciembre de 2015, Art. 260, 262, 314 y 316.
- Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas, Ley 0, Registro Oficial Nro. 652, de 18 de diciembre de 2015, todo el articulado.
- Reglamento Ley de Incentivos para Asociaciones Público Privadas, Decreto Ejecutivo 1040, Registro Oficial Nro. 786, de 29 de junio de 2016, última Reforma 16 de mayo de 2017, todo el articulado.
- Resolución CIAPP-R-009-abril-2017, Resolución General para la presentación y aprobación de Proyectos bajo la modalidad de Asociación Público-Privada, Registro Oficial Edición Especial Nro. 11 de 07 de junio de 2017 y su Guía metodológica para Presentación y aprobación de proyectos bajo la modalidad de Asociación Público – Privada. Todo el contenido.
- Ley de Fortalecimiento y Desarrollo del Transporte Acuático, Ley 18, Registro Oficial 204 de 05 de noviembre de 2003, Art. 6 numeral a) y b) Art. 7.
- Código Orgánico Administrativo, Ley Orgánica Suplemento 31 de 07 de julio de 2017, Arts. 74, 75, 76 y 77 (Entrará en vigencia doce meses después de su publicación en REGISTRO OFICIAL).
- Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Ley Orgánica Suplemento Nro. 303 de 19 de octubre de 2010. Última reforma 20 de marzo de 2017, todo el articulado.
- Reglamento para el Funcionamiento del Comité Interinstitucional de Asociaciones Público Privadas y de su Secretaría Técnica, Resolución No. 1 Registro Oficial Nro. 713 de 06 de marzo de 2016, Todo el articulado.
- Reglamento del Régimen de Colaboración Público-Privada, Decreto Ejecutivo Nro. 582, Registro Oficial Nro. 453 de 06 de marzo de 2015. Todo el articulado.

- Reglamento de Operaciones Portuarias de la Autoridad Portuaria de Guayaquil. Resolución Nro. 191/02, Registro Oficial Nro. 7 de 21 de noviembre de 2002. Todo el articulado.
- Reglamento tarifario de las Autoridades Portuarias, Resolución DIGMER Nro. 54 Registro Oficial Suplemento Nro. 885 de 03 de marzo de 1988, Art. 3.0.9.
- Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE. Decreto Ejecutivo 2428, Registro Oficial Nro. 536 de 18 de marzo de 2002. Última reforma de 27 de junio de 2017. Artículos 75, 76 y 77.
- Convenio de Delegación de Competencias celebrado entre el Ministerio de Transporte y Obras Públicas y el Municipio de Guayaquil de 02 de diciembre de 2016. Todo el articulado.
- Adendum al Convenio de Delegación de Competencias celebrado entre el Ministerio de Transporte y Obras Públicas y el Municipio de Guayaquil el 25 de julio de 2017- Todo el contenido.
- Resolución General para la Aplicación del beneficio previsto en el artículo 125 (COPCI) sobre las importaciones destinadas para la ejecución de proyectos APP. Resolución Nro. CIAPP-R-010-abril-2017, Registro Oficial Nro. 10 de 08 de junio de 2017. Todo el contenido.
- Dragado y uso de canal de acceso a los puertos de Guayaquil y Posorja, Resolución Nro. APG-APG-2017-014-R de 29 de marzo de 2017. Todo el articulado.
- Normas que regulan los servicios portuarios en el Ecuador, Resolución Nro. MTOP-SPTMF-60, Registro Oficial Nro. 732, 13 de abril de 2016. Última reforma 31 de mayo de 2016. Todo el articulado.
- Competencia del dragado hidráulico y limpieza de ríos, Consejo Nacional de Competencias Resolución Nro. 5, Registro Oficial Nro. 709 de 23 de mayo de 2012, Art. 2 segundo inciso.
- Fijación de la tarifa por uso de canal de acceso para tráfico internacional, de Autoridad Portuaria de Guayaquil, Resolución CNMMP Nro. 016/08 de 27 de agosto de 2008, Registro Oficial Nro. 435 de 29 de septiembre de 2008. Todo el articulado.
- Fijación de la tarifa por uso de canal de acceso para tráfico de cabotaje, de Autoridad Portuaria de Guayaquil, Resolución DIGMER Nro. 014/08 de 17 de abril de 2008, Registro Oficial Nro. 336 de 14 de mayo de 2008. Todo el articulado.
- Decreto Ejecutivo Nro. 186, designación para presidir el Comité APP. Todo el contenido

2.2 RÉGIMEN TRIBUTARIO APLICABLE AL PROYECTO.-

El Régimen Tributario que se ha aplicado a este proyecto es el siguiente:

- Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas y la Inversión Extranjera, Registro Oficial Nro. 652 de 18 de diciembre de 2015, todo el articulado.



- Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, COPCI. Ley Orgánica Suplemento Nro. 351 de 29 de diciembre de 2010. Última reforma 30 de diciembre de 2016, Art. 24.
- Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, Decreto Legislativo O, Registro Oficial Suplemento, Nro. 242 de 29 de diciembre de 2007, última reforma 30 de diciembre de 2016, Art. 159.1.
- Ley Orgánica de Régimen tributario Interno, codificación 26, Registro Oficial Suplemento, Nro. 463 de 17 de noviembre de 2004. Última reforma de 18 de abril de 2017, Art. 9.3.
- Reglamento General de Aplicación de la Ley Orgánica de Incentivos a las Asociaciones Público Privadas y la Inversión Extranjera. Decreto Ejecutivo 1040, Registro Oficial 786 de 29 de junio de 2016, última Reforma 16 de mayo de 2017, todo el articulado.
- Informes de validación de cuantificación emitidos por el SRI y la SENAE respecto a la incidencia de los tributos que se encuentran en los flujos presentados por el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Guayaquil (GAD Guayaquil, a través de Oficios Nro. 9170120170SCT002S00 y 9170120170DIR09ZS48 Servicio de Rentas Internas de 05 y 06 de octubre respectivamente; y oficio SENAE-SENAE-2017-1186-OF de 06 de diciembre de 2017, mediante los cuales se emite la aprobación de los incentivos.
- Los incentivos que constan en el informe de validación son: exoneración del Impuesto a la Renta por 10 años, Exoneración del Impuesto a la Salida de Divisas por importación de bienes o compra de servicios, Exoneración de impuesto a la Salida de Divisas por financiamiento, Exoneración del Impuesto a la Salida de Divisas por pago de dividendos y utilidades, Costo Retención en la Fuente; la SENAE valida la exoneración de tributos al comercio exterior- aranceles por importación- salvaguardia por importación y otros.

2.3 VERIFICACIÓN DE QUE EL PROYECTO PRESENTADO ES APP, CONFORME EL Art. 8 LEY APP.-

La Iniciativa Pública para el proyecto **“Delegación a la Iniciativa Privada del Dragado de Profundización del Canal de Acceso a las Terminales Portuarias de Guayaquil, incluyendo su mantenimiento y operación bajo términos FBOT (Financiamiento, Construcción, Operación, y Transferencia)”** es un proyecto de Asociación Público Privada, en el cual el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Guayaquil propone como modelo de contrato, una concesión en términos FBOT (por sus siglas en inglés)



PROYECTO DE INICIATIVA PÚBLICA

Dragado de Profundización del Canal de Acceso a las
Terminales Portuarias de Guayaquil.

De conformidad con el artículo 13 de la Ley Orgánica de incentivos para Asociaciones Público Privadas y la Inversión Extranjera, el proyecto tiene como objeto delegar al sector privado la prestación del servicio de dragado del Canal de Acceso a las terminales portuarias de Guayaquil. Esta delegación incluye el financiamiento, las obras de dragado, que no es otra cosa que la remoción de materiales o sedimentos del lecho del canal, el mantenimiento de los niveles de calado, la recaudación de las tarifas por la prestación del servicio; y, la transferencia o reversión de estas atribuciones a la entidad delegante, una vez que concluya el plazo del contrato.

En contraprestación por el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, el gestor privado tendrá el derecho de percibir el valor de la tasa portuaria que se fije por parte del Concejo Municipal de Guayaquil, y que será pagada por las naves que utilicen el canal de acceso a las terminales portuarias de Guayaquil.

Este proyecto cumple con la modalidad de contratación estipulada en el Art. 8 de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas que dice: *"De la Asociación Público-Privada. Se define por asociación público-privada la modalidad de gestión delegada por la que el Gobierno Central o los Gobiernos Autónomos Descentralizados encomiendan al gestor privado, la ejecución de un proyecto público específico y su financiamiento total o parcial, para la provisión de bienes, obras o servicios a cambio de una contraprestación por su inversión, riesgo y trabajo, de conformidad con los términos, condiciones, límites y más estipulaciones previstas en el contrato de gestión delegada"*.

En base al Artículo 3 de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera, este proyecto contiene los elementos esenciales mínimos de los proyectos APP, que detallo a continuación:

- **Distribución adecuada de riesgos.-** De acuerdo con el artículo 3, numeral 3.2 de la Ley APP, para realizar una evaluación de una asociación público-privada se debe identificar y valorar los riesgos y beneficios durante la vigencia del proyecto, los cuales deben ser asumidos, transferidos o compartidos por la entidad pública delegante y el gestor privado.

La identificación de los factores de riesgo se analiza para todas las fases del proyecto: construcción, operación y reversión. Una vez identificados y distribuidos los riesgos, es necesaria su evaluación, a partir valores cualitativos que muestran la frecuencia o probabilidad de ocurrencia. En el proyecto se ha realizado una distribución adecuada de riesgos, considerando quien que se encuentra en mejores condiciones de asumirlos.

Entre los principales riesgos que asume el Gestor Privado se encuentra el riesgo comercial del tráfico marítimo que circule por el canal de acceso; es preciso señalar que el Gestor Privado no puede exigir, ni el Municipio garantiza medidas compensatorias por no cumplir las expectativas de negocio o de tráfico marítimo





mínimo. El proyecto no contempla aportes municipales, ni contratación de deuda pública alguna, la obligación de financiamiento y pago de las obras y servicios de dragado es de entera responsabilidad del Gestor Privado.

- **Un gestor privado claramente identificado.**- A definirse en la etapa contractual, la selección del gestor privado se realizará mediante concurso público.
- **Un esquema de obligaciones bilaterales de largo plazo.**- Obligaciones y responsabilidades de la entidad delegante y del gestor privado, durante 25 años de vigencia de la delegación, según los documentos precontractuales.
- **Indicadores de desempeño.**- Calado de 12,50 metros con beneficio de marea, durante la etapa de explotación del proyecto.
- **Formas de contraprestación.**- Contraprestación para el privado a través de tarifas pagadas por los navieros, propietarios u operadores de buques que transiten por el canal de Guayaquil. El proyecto no considera aportes del estado bajo la figura de PPD o algún tipo de compensación; tampoco contempla contraprestaciones (canon fijo y/o variable) para el Estado, puesto que no se han establecido en el modelo de gestión propuesto.
- **Combinación total o parcial de las etapas.**- el proyecto público consiste en las obras de dragado, hasta un calado de 12,50 y mantenimiento durante los 25 años.
- **Régimen de incentivos.**- SRI y SENA emitieron los informes de validación e impacto con la aprobación de incentivos tributarios previstos en la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas y la Inversión Extranjera.
- **Determinación de aspectos regulatorios sectoriales.**- La matriz de riesgos, cuantifica como riesgo retenido los aspectos regulatorios, a través de lo cual se da garantía de estabilidad jurídica.

3. BASE LEGAL:

3.1 ANÁLISIS DEL INFORME DE LA VIABILIDAD LEGAL PRESENTADO POR LA ENTIDAD DELEGANTE.-

La delegación al Gestor Privado involucra el financiamiento total de los costos de la obra y las tareas de operación y mantenimiento por parte del delegado, recibiendo en contraprestación el valor de la tasa portuaria que por concepto de dragado pagarán las embarcaciones que utilicen el canal de navegación para acceder a las terminales portuarias de Guayaquil.



El proyecto público se ejecutará en los términos y condiciones que se prevé en los pliegos de licitación y demás documentos precontractuales, así como en el respectivo Contrato de Gestión Delegada.

Al amparo del artículo, 8 de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas y la Inversión Extranjera, en el que se contempla la posibilidad de delegar a la iniciativa privada la ejecución de obras y la provisión de bienes y servicios, incluyendo su financiamiento total o parcial, el Gobierno Autónomo Municipal del Cantón Guayaquil ha considerado procedente impulsar el “Proyecto para la Delegación a la Iniciativa Privada del Dragado de Profundización del Canal de Acceso a las Terminales Portuarias de Guayaquil, incluyendo su mantenimiento y operación bajo régimen FBOT (Financiamiento, Construcción, Operación y Transferencia)”.

3.2 IDENTIFICACIÓN DE LA ENTIDAD DELEGANTE Y DETERMINACIÓN DE SU NATURALEZA JURÍDICA.-

La Entidad Delegante es el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Guayaquil, entidad de derecho público que goza por norma constitucional de autonomía política, administrativa y financiera, la Municipalidad de Guayaquil es un gobierno autónomo descentralizado de nivel municipal, en los términos 238 y 264 de la Constitución de la República y los artículos 53 y siguientes del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD).

3.3 ANÁLISIS DEL SECTOR DE INTERÉS GENERAL EN EL QUE SE DESARROLLARÁ EL PROYECTO APP.-

El artículo 13 de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas, señala lo siguiente:

“Art. 13.- Del objeto de los Contratos de Gestión Delegada. Serán objeto de los contratos de gestión delegada, los proyectos públicos desarrollados en los sectores de interés general. Estos, para efectos de la aplicación de esta ley, serán aquellos bienes, obras o servicios provistos por el Gobierno central o los Gobiernos Autónomos Descentralizados, determinados en las leyes o por el Comité Interinstitucional de Asociaciones Público-Privadas, tales como infraestructura, desarrollo urbano, proyectos inmobiliarios y aquellos vinculados con vialidad e infraestructura portuaria y aeroportuaria.

Por excepción, el Comité Interinstitucional podrá, para la aplicación de esta ley, priorizar y aprobar asociaciones público-privadas en material de servicios públicos en el marco de las disposiciones constitucionales.



Las leyes sectoriales establecen el régimen específico al que se sujeta la delegación o participación privada, a través de cualquier modalidad para la ejecución de obras, adquisición de bienes y prestación de servicios en los sectores estratégicos, por lo que, las disposiciones e incentivos tributarios previstos en esta ley no se aplicarán a esos casos, salvo los nuevos proyectos públicos relacionados con el sector hidroeléctrico y otras energías alternativas, siempre y cuando se configuren las reglas establecidas en el artículo 100 del Código Orgánico de Producción Comercio e Inversiones, y las leyes sectoriales.

Bajo la modalidad de asociación público-privada no se podrá delegar a la gestión privada las facultades de rectoría, regulación y control a cargo del Estado ni la gestión de servicios de interés general para lo que se haya excluido constitucional o legalmente la participación privada.”

Por su parte, el artículo 14 de la Ley APP establece lo siguiente:

“Art. 14.- De los Tipos de Proyectos Públicos. El proyecto público podrá consistir entre otros en:

14.1 La construcción, el equipamiento cuando se lo requiera, la operación y mantenimiento de una obra pública nueva para la provisión de un servicio de interés general:

14.2. La rehabilitación o mejora, el equipamiento cuando se lo requiera, operación y mantenimiento de una obra pública existente para la provisión de un servicio de interés general;

14.3. El Equipamiento cuando la inversión requerida para este propósito sea sustancial, la operación y mantenimiento de una obra pública existente para la provisión de un servicio de interés general;

14.4. La operación y mantenimiento de una obra pública existente para la provisión de un servicio de interés general cuando se justifique mejoras sustanciales en esta materia a través de la participación privada en la gestión;

14.5. La construcción y comercialización de proyectos inmobiliarios, vivienda de interés social y obras de desarrollo urbano, siempre que sean calificados como prioritarios por el Comité Interinstitucional;

14.6. El desarrollo de actividades productivas, de investigación y desarrollo y en general en las que participe el Estado directamente y en concurrencia con el sector privado, siempre que sean calificados como prioritarios por el Comité Interinstitucional; y,

14.7. Las demás calificadas como prioritarios por el Comité Interinstitucional”.

El *“Proyecto para la delegación a la Iniciativa Privada del dragado de profundización del canal de acceso a las Terminales Portuarias de Guayaquil, incluyendo su mantenimiento y operación bajo régimen FBOT (Financiamiento, Construcción, Operación y Transferencia)”* corresponde al sector de interés general definido en el artículo 13 de la ley APP, por tratarse de un proyecto de infraestructura portuaria. La caracterización de las obras de servicio de dragado como proyecto de infraestructura portuaria se deriva de la normativa portuaria nacional, como son la Ley General de Puertos, la Ley de Régimen Administrativo Portuario Nacional, el Reglamento General de la Actividad Portuaria y las Normas que regulan los servicios portuarios en el Ecuador.

3.4 ANÁLISIS DE LA BASE LEGAL DE LA COMPETENCIA DEL COMITÉ.-

El Comité Interinstitucional de Asociaciones Público Privadas (CIAPP) fue creado mediante el artículo 4 de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas, y sus atribuciones están establecidas en el artículo 6 del mismo cuerpo legal.

Una de las atribuciones del Comité Interinstitucional de Asociaciones Público Privadas (CIAPP), es APROBAR la propuesta de la entidad delegante según lo determinado en el numeral 6.3. del artículo 6 de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas que señala: *“Aprobar, la propuesta de la entidad delegante, los proyectos que se desarrollarán bajo la modalidad de asociación público-privada y el régimen de incentivos previstos en esta Ley.”*

Tratándose de un servicio de interés general definido en el artículo 13 de la Ley APP, como son las infraestructuras portuarias, el CIAPP tiene competencia para conocer y de ser el caso aprobar el *“Proyecto para la delegación a la Iniciativa Privada del dragado de profundización del canal de acceso a las Terminales Portuarias de Guayaquil, incluyendo su mantenimiento y operación bajo régimen FBOT (Financiamiento, Construcción, Operación y Transferencia)”* y de ser el caso el régimen de incentivos tributarios.

3.5 ANÁLISIS DEL MODELO DE CONTRATO APP PROPUESTO.-

De conformidad con el artículo 13 de la Ley Orgánica de incentivos para Asociaciones Público Privadas y la Inversión Extranjera, el proyecto tiene como objeto delegar al sector privado la prestación del servicio de dragado del Canal de Acceso a las terminales portuarias de Guayaquil. Esta delegación incluye el financiamiento, las obras de dragado, que no es otra cosa que la remoción de materiales o sedimentos del lecho del canal, el mantenimiento de los niveles de calado, la recaudación de las tarifas por la prestación del servicio; y, la transferencia o reversión de estas atribuciones a la entidad delegante, una vez que concluya el plazo del contrato.



Por tanto, el modelo de contrato propuesto es una delegación al sector privado en términos FBOT, Financiamiento, Construcción, Operación y Transferencia del canal marítimo y del canal fluvial de acuerdo con las cláusulas contractuales. El gestor privado debe financiar a su cuenta y riesgo las obras y servicios materia del proyecto (obligación de financiamiento), deberá ejecutar las obras de dragado de apertura o profundización del canal de acceso y durante la operación, realizar el dragado de mantenimiento de los niveles de calado y al finalizar el plazo del contrato revertir el proyecto al estado en las condiciones exigidas en el Contrato.

En contraprestación por el cumplimiento de las obligaciones contractuales, el gestor privado tendrá el derecho de percibir el valor de la tasa portuaria que se fije por parte del Concejo Municipal de Guayaquil, y que será pagada por las naves que utilicen el canal de acceso a las terminales portuarias de Guayaquil.

Entre los principales riesgos que asume el Gestor Privado se encuentra el riesgo comercial del tráfico marítimo que circule por el canal de acceso, el proyecto no contempla aportes municipales ni contratación de deuda pública. La obligación de financiamiento es exclusiva del Gestor Privado, el proyecto no establece medidas compensatorias en el caso de que no se tenga el tráfico esperado.

Respecto al Modelo de Contrato el proyecto propuesto por el Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Guayaquil, considera un FBOT (Financiamiento, Construcción, Operación y Transferencia), la Secretaría Técnica en razón de que en el Numeral 4.4.5. del proyecto propuesto señala: *"(...)El Gestor Privado del proyecto deberá financiar, a su cuenta y riesgo, las obras y servicios materia del proyecto (obligación de financiamiento), deberá ejecutar las obras de dragado de apertura (profundización) del canal de acceso (obligación de construir), deberá ejecutar las obras y prestar los servicios correspondientes al dragado de mantenimiento del canal de acceso (obligación de operación), y deberá entregar el canal de acceso al finalizar el plazo del Contrato en las condiciones exigidas en el mismo (obligación de transferencia)"*.

3.6 RÉGIMEN DE BIENES AFECTOS A PROYECTO APP.-

Los principales bienes que forman parte del proyecto APP son las dragas y los equipos necesarios para la ejecución de las obras y servicio de dragado de profundización y mantenimiento, los cuales se constituyen en el equipo esencial necesario para la ejecución del proyecto y constan detallados en los documentos técnicos del mismo.

Los estudios ejecutados para el desarrollo del proyecto APP y de forma especial las corridas financieras correspondientes no contemplan que la propiedad de las dragas y demás equipos pasen a propiedad municipal, ni durante su adquisición y/o importación, ni





en durante la fase de operación y mantenimiento, así como al final del plazo contractual, o al término del contrato por cualquier causa.

El canal de acceso a las terminales portuarias de Guayaquil es un cauce natural, constituye un bien de dominio público y no es objeto de transferencia ni gravamen de ningún tipo, por lo que el Gobierno Autónomo Municipal del Cantón Guayaquil transfiere durante el plazo de vigencia del contrato, exclusivamente el derecho a operar, mantener el canal y cobrar las tasas a los usuarios.

3.7 CUMPLIMIENTO DE LEGISLACIÓN AMBIENTAL.-

El *"Proyecto para la delegación a la Iniciativa Privada del dragado de profundización del canal de acceso a las Terminales Portuarias de Guayaquil, incluyendo su mantenimiento y operación bajo régimen FBOT (Financiamiento, Construcción, Operación y Transferencia)"*, cumple con la normativa ambiental vigente, toda vez que entre los documentos que sustentan el proyecto se encuentran los análisis relacionados con los posibles impactos ambientales y las medidas a ser implementadas para mitigar, reducir o remediar los impactos negativos.

Como parte de los estudios definitivos se prevé el desarrollo de los estudios de impacto ambiental y la aprobación de la licencia ambiental para la ejecución del contrato, que deberá obtenerse por parte del Gobierno Autónomo Municipal del Cantón Guayaquil previo al inicio de las obras de dragado, que según el modelo de contrato de gestión delegada, el riesgo de obtención es del GAD Municipal, para lo que el Gestor Privado debe desarrollar los estudios e informes correspondientes.

Sin embargo, según la documentación del proyecto, la Autoridad Portuaria de Guayaquil cuenta con una licencia ambiental aprobada para dichas actividades, por lo que se tiene previsto analizar la posibilidad en forma conjunta con Autoridad Portuaria de Guayaquil de proceder a la cesión de dicha licencia ambiental en favor del GAD Municipal.

3.8 CUMPLIMIENTO DE LEGISLACIÓN NACIONAL SOBRE HALLAZGOS ARQUEOLÓGICOS.-

Dentro de este proyecto se tiene contemplado que en caso de ocurrencia de un hallazgo arqueológico, el Gestor Privado está obligado a informar al Gobierno Autónomo Municipal de Guayaquil, quien será el responsable de dar aviso inmediatamente al Instituto Nacional de Patrimonio Cultural (INPC), para que se proceda de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica de Cultura y su Reglamento.



3.9 CUMPLIMIENTO DE OTROS REQUISITOS.-

El “Proyecto para la Delegación a la Iniciativa Privada del Dragado de Profundización del Canal de Acceso a las Terminales Portuarias de Guayaquil, incluyendo su mantenimiento y operación bajo términos FBOT (Financiamiento, Construcción, Operación y Transferencia)”, también deberá observar las disposiciones y recomendaciones contenidas en los siguientes documentos legales:

Convenio de Delegación de competencias dos (02) de diciembre de 2016 suscrito entre el Ministerio de Transporte y Obras Públicas y el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Guayaquil, para el dragado de profundización del canal de acceso a las terminales portuarias de Guayaquil, incluyendo su mantenimiento y operación.

Adendum Modificatorio al Convenio de Delegación de competencias de 25 de julio de 2017, que celebran el Ministerio de Transporte y Obras Públicas y el gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Guayaquil, para el dragado de profundización del canal de acceso a las terminales portuarias de Guayaquil, incluyendo su mantenimiento y operación.

Informe de validación sobre la cuantificación de la incidencia de los incentivos, emitido por el SRI.

Informe de validación sobre la cuantificación de incentivos APP, emitido por la SENA.

4. CONCLUSIÓN:

Como resultado del análisis jurídico realizado a la documentación presentada para validar el “Proyecto para la Delegación a la Iniciativa Privada del Dragado de Profundización del Canal de Acceso a las Terminales Portuarias de Guayaquil, incluyendo su mantenimiento y operación bajo términos FBOT (Financiamiento, Construcción, Operación y Transferencia)”, se puede determinar que el proyecto se enmarca en lo determinado en la normativa legal vigente y se acoge a los beneficios de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas, su Reglamento y cumple con la modalidad de contratación estipulada en el Art. 8 de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas que dice: *“De la Asociación Público-Privada. Se define por asociación público-privada la modalidad de gestión delegada por la que el Gobierno Central o los Gobiernos Autónomos Descentralizados encomiendan al gestor privado, la ejecución de un proyecto público específico y su financiamiento total o parcial, para la provisión de bienes, obras o servicios a cambio de una contraprestación por su inversión, riesgo y trabajo, de conformidad con los términos, condiciones, límites y más estipulaciones previstas en el contrato de gestión delegada”.*



5. RECOMENDACIÓN:

La ejecución de un contrato de APP es compleja, por lo cual se debería implementar en el contrato una cláusula de *"Compensación o Equilibrio Financiero"*, que incluya algunas herramientas o mecanismos de pagos, frente a cualquier evento imprevisto que se pueda suscitar durante la suscripción del contrato. Estos mecanismos de ajuste tienen como objetivo crear un marco seguridad para el privado frente a cambios de legislación, macroeconómicos y en general, actos de autoridad.

El proyecto a cargo del Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Guayaquil *"Delegación a la Iniciativa Privada del Dragado de Profundización del Canal de Acceso a las Terminales Portuarias de Guayaquil, incluyendo su mantenimiento y operación bajo términos FBOT (Financiamiento, Construcción, Operación, y Transferencia)"* conforme a las viabilidades técnica, económica – financiera, ambiental y jurídica; corresponde a una iniciativa pública para la delegación a un gestor privado de los trabajos de profundización del dragado y su mantenimiento y operación; en tal razón la Secretaría Técnica recomienda, aplicar en el proceso de concurso el siguiente nombre: *"Delegación al Gestor Privado del Dragado de Profundización del Canal de Acceso a las Terminales Portuarias de Guayaquil, incluyendo su mantenimiento y operación bajo términos (...)"*.

La Secretaría Técnica del Comité APP ha realizado el análisis a la información presentada por el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Guayaquil y ha determinado que el proyecto si aplica a la modalidad de Asociaciones Público Privadas y a los incentivos, debido a que se acoge a lo dispuesto en la Ley de incentivos para las asociaciones público privadas y la inversión extranjera, consecuentemente se recomienda la aprobación del proyecto bajo la modalidad APP y la aplicación de incentivos tributarios para lo que se tiene como fundamento, los informes de validación emitidos por el SRI y por la SENA y tomando en consideración que el *"Proyecto para la delegación a la Iniciativa Privada del dragado de profundización del canal de acceso a las Terminales Portuarias de Guayaquil, incluyendo su mantenimiento y operación bajo régimen FBOT (Financiamiento, Construcción, Operación y Transferencia)"*, por tratarse de un proyecto de infraestructura portuaria, corresponde al sector de interés general definido en el artículo 13 de la ley de Asociaciones Público Privadas, y a su vez cumple con los principios y lineamientos estipulado en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas.

Abg. Elizabeth Villarroel

**Secretaría Técnica Comité Interinstitucional Comité de Asociaciones Público Privadas
Sector Infraestructura y Gestión del Transporte**