

Oficio Nro. APG-APG-2018-000319-O

Guayaquil, 07 de junio de 2018

Asunto: Informe de la modalidad contractual y proceso precontractual del Contrato de Gestión Delegada celebrado entre Autoridad Portuaria de Guayaquil y DP WORLD POSORJA S.A.

Señor Magíster
Boris Paul Palacios Vásquez
Ministro de Transporte y Obras Públicas, Encargado
MINISTERIO DE TRANSPORTE Y OBRAS PÚBLICAS
En su Despacho

De mi consideración:

Por medio del presente memorando, dentro del análisis legal de la modalidad contractual y proceso precontractual del Contrato de Gestión Delegada que, con fecha 6 de junio de 2016, esta entidad celebró en calidad de delegante con la compañía DP WORLD POSORJA S.A., en calidad de Delegatario o Gestor Privado; corresponde, poner en consideración lo siguiente:

1.- ANTECEDENTES:

1.1.- Con fecha 14 de enero de 2015, la empresa DP WORLD INVESTMENT B.V., la compañía ALIANZA INTERNACIONAL PORTUARIA ALINPORT S.A. (como subsidiaria de la primera), y el Ministerio de Transporte y Obras Públicas, suscribieron un memorando de entendimiento, relacionado con el desarrollo de la infraestructura de un puerto de aguas profundas en Posorja.;

1.2.- Con fecha 9 de marzo de 2015, la empresa DP WORLD INVESTMENT B.V., presenta formalmente ante Autoridad Portuaria de Guayaquil, la propuesta denominada "Iniciativa Privada para la Construcción y Operación del Puerto de Aguas Profundas de Posorja", indicando entre otros temas, que DP WORLD INVESTMENT B.V., es de propiedad del Gobierno de Dubái, y que su capital estaba integrado con un porcentaje de 80.45% de propiedad del Gobierno de Dubái y el porcentaje restante de 19.55% le correspondía a inversionistas privados por Bolsa. De igual manera, a esta propuesta se acompañaron de forma preliminar los siguientes documentos: "1. Documentos de DP World Investment B.V., Copia certificada de la Protocolización de los documentos relativos al Certificado de Registro de la Compañía DP World Investment BV y Copia certificada de la Protocolización de los documentos relativos al Poder otorgado por DP World Investment BV a favor de Juan Manuel Marchan. 2. Estados Financieros auditados de DP World, correspondientes al año 2013. 3. Resumen Ejecutivo del Proyecto, que contiene la relación y descripción de las obras, infraestructuras y servicios que forman parte del proyecto. 4. Certificado otorgado por el Registro de la Propiedad



Oficio Nro. APG-APG-2018-000319-O

Guayaquil, 07 de junio de 2018

de Guayaquil, en el que consta la información del bien inmueble donde se desarrollará el proyecto, Plano geo-referenciado y Comprobante de pago del impuesto predial del año 2014. 5. Detalle de las inversiones presupuestadas para el diseño y construcción y costos proyectos de operación y mantenimiento. 6. Plan Económico Financiero, que contiene: a. Proyección de la demanda; b. Plan de Negocios. 7. Evaluación de impacto ambiental proyecto que se propone. 8. Matriz de riesgos del proyecto que contiene la identificación y análisis de los riesgos previsibles al proyecto. 9. Tarifas y retribución APG. 10. Indicación de los beneficios económicos y sociales del proyecto. 11. Copia del Memorandum of Understanding suscrito entre Alinport, Dp World y MTOP. 12. Indicación completa de la experiencia del Proponente Privado en proyectos similares”;

1.3.- Con fecha 13 de marzo de 2015, Autoridad Portuaria de Guayaquil mediante Oficio No. APG-G-2015-000167-O, solicita a DP WORLD INVESTMENT B.V., aclare y complete la información de su propuesta de Iniciativa Privada para la Construcción y Operación del Puerto de Aguas Profundas de Posorja;

1.4.- Con fecha 19 de marzo de 2015, Autoridad Portuaria de Guayaquil mediante Oficio No. APG-G-2015-000172-O, solicita al Ministerio de Transporte y Obras Públicas analice el interés público de la propuesta de Iniciativa Privada para la Construcción y Operación del Puerto de Aguas Profundas de Posorja, presentada por DP WORLD INVESTMENT B.V.;

1.5.- La empresa DP WORLD INVESTMENT B.V., mediante comunicación fechada 23 de marzo de 2015 y alcance de fecha 27 de marzo de 2015, presenta a Autoridad Portuaria de Guayaquil las aclaraciones e información complementaria solicitada mediante Oficio No. APG-G-2015-000167-O del 13 de marzo de 2015, adjuntando la documentación siguiente: “1. Nómina de Accionistas de la compañía ALIANZA INTERNACIONAL PORTUARIA ALINPORT S.A., emitida por la Superintendencia de Compañías, en la que consta que DP WORLD INVESTMENT B.V. es su accionista mayoritaria. 2. Traducción al español de la Ley No. (3) de 2006 del Gobierno de Dubái, que crea la compañía DUBAI WORLD. 3. Segunda Copia certificada de la Protocolización ante Notario Público de la Comunicación emitida por la compañía DUBAI WORLD, con su respectiva traducción, en la que consta que el Gobierno de Dubái, es su accionista. 4. Declaración de la compañía DP WORLD INVESTMENT B.V., en la que se explica su cadena de accionistas y se indica que es de propiedad indirecta del Gobierno de Dubái, debidamente traducida. 5. Estatutos Sociales de la compañía DP WORLD INVESTMENTS B.V., debidamente apostillados, con su correspondiente traducción al español. 6. Poder General otorgado por la compañía DP WORLD INVESTMENTS B.V., a favor del Ab. Juan Manuel Marchán, con su correspondiente traducción al español. 7. Protocolización de los documentos relativos al Certificado de Registro de la compañía DP WORLD INVESTMENTS B.V. En dicho certificado consta que los señores John Wilson Thomson y Pernille Lina Kal son miembros del Directorio

Oficio Nro. APG-APG-2018-000319-O

Guayaquil, 07 de junio de 2018

en la Notaría Trigésimo Octava del cantón Guayaquil el día 4 de mayo de 2007. 9. Copia certificada de la escritura pública de división de predio rústico otorgada por la compañía COMPOSORJA S.A., celebrada ante el Notario Trigésimo Octavo del cantón Guayaquil, el 13 de marzo de 2007. 10. Cuarta Copia certificada de la protocolización de la resolución expedida por el Director del Instituto Ecuatoriano de Reforma Agraria y Colonización de fecha 18 de junio de 1992, a la compañía COMPOSORJA S.A. 11. Certificado de No Afectación emitido por el Arq. Gino Mero Güler, Subdirector de Proyectos Específicos de la M. I. Municipalidad de Guayaquil. 12. Estudio de Impacto y Plan de Manejo Ambiental. 13. Traducción de los Estados Financieros de DP World, correspondientes al año 2013. 14. Dossier Técnico para la construcción del Puerto de aguas profundas, con sus respectivos anexos. 15. Plan del proponente en cuanto a su responsabilidad corporativa. 16. Plan Económico Financiero, y sus respectivos anexos. 17. Resumen Ejecutivo del Proyecto y propuesta presentada.”;

1.6.- Con fecha 27 de marzo de 2015, la Subsecretaría de Puertos, Transporte Marítimo y Fluvial mediante Oficio No. SPTM-15-001-OF-M, presenta a Autoridad Portuaria de Guayaquil, el Análisis de Interés Público de la Iniciativa Privada en Puerto Posorja solicitado por esta entidad mediante Oficio No. APG-G-2015-000172-3 de fecha 19 de marzo de 2015, concluyendo en lo principal que: “la propuesta de Iniciativa Privada de la Compañía DP WORLD INVESTMENTS B.V., para la Construcción y Operación del puerto de Aguas Profundas de Posorja tiene un grado de contribución Alto en función de los instrumentos de planificación del ente rector.”;

1.7.- Con fecha 27 de marzo de 2015, Autoridad Portuaria de Guayaquil mediante Oficio No. APG-G-2015-0001-0-M, suscrito por el Ab. Juan Carlos Jairala Reyes, en su calidad de Gerente de la entidad, y dirigido al Dr. Juan Manuel Merchán, Apoderado de DP WORLD INVESTMENT B.V., comunica, en lo medular, que: “1. La propuesta de Iniciativa Privada para la construcción y operación del “Puerto de aguas profundas de Posorja”, presentada por DP WORLD INVESTMENT B.V., es de interés público (...).”;

1.8.- Con fecha 26 de enero de 2016, mediante Oficio No. T.6736-SGJ-16-61 el Dr. Vicente Peralta León, en su calidad de Subsecretario General Jurídico de la Presidencia de la República, dando contestación a la consulta hecha por el Ing. Walter Solís Valarezo, como Ministro de Transporte y Obras Públicas, mediante Oficio No. MTOP-DM-16-34-OF del 15 de enero de 2016 sobre la “vía jurídico a seguir para la contratación directa, bajo la modalidad de concesión, entre Estados o entre empresa pública y ente Rector Portuario”, menciona con base en el Art. 100 del Código Orgánico de la Producción, que: “...en el tercer inciso del mismo Artículo se ejemplifican las modalidades a ser empleadas para la delegación, previniendo además la posibilidad excepcional de la contratación directa, cuando se trate de empresas de propiedad estatal de los países que formen parte de la comunidad internacional. Sin embargo, de acuerdo al Artículo 3 del Reglamento del Régimen de Colaboración Público-Privada, la consideración y decisión sobre el proyecto le corresponde al Promotor Público, en este



Oficio Nro. APG-APG-2018-000319-O

Guayaquil, 07 de junio de 2018

caso a la entidad del sector público titular de la competencia a ser delegada. En este contexto le corresponde al Promotor Público la verificación de los presupuestos previstos en el Artículo 8 del mentado Reglamento, en particular, la evaluación del interés público. Sin perjuicio de lo antes señalado, según los documentos adjuntos a la comunicación que contesto, se habrían cumplido los presupuestos para proceder a la contratación directa a la que se refiere el tercer inciso del Artículo 100 del Código Orgánico de la Producción, Empleo e Inversiones. Por consiguiente, de verificarse por su parte el cumplimiento de los presupuestos antes referidos podrá usted autorizar el empleo del régimen excepcional antes comentado, determinando la modalidad específica a ser empleada.”;

1.9.- Con fecha 29 de enero de 2016, la empresa DP WORLD INVESTMENT B.V., presenta el proyecto final de iniciativa privada denominado: *“Proyecto para el Desarrollo del Puerto de Aguas Profundas de Posorja, para la construcción y mantenimiento de una carretera de acceso al puerto entre la ciudad de Playas y Posorja y el dragado, construcción y mantenimiento de un canal de acceso (Hidrovia)”;*

1.10.- Con fecha 23 de mayo de 2016, Autoridad Portuaria de Guayaquil, a través de sus direcciones de Gestión Técnica, Gestión de Control de Concesionarias y Gestión de Asesoría Jurídica, según memorandos Nos. APG-DTEC-2016-0002014-M, APG-UCG-2016-000236-M y, APG-UAI-2016-000196-M, respectivamente, concluye que existe viabilidad técnica, económica-financiera y jurídica, respecto del Proyecto para el Desarrollo del Puerto de Aguas Profundas, para la construcción y mantenimiento de una carretera de acceso al puerto entre la ciudad de Playas y Posorja y el dragado, construcción y mantenimiento de un canal de acceso (Hidrovia); así como, que es legalmente factible, delegar de forma directa a empresas de propiedad estatal de los países que forman parte de la comunidad internacional, al amparo de lo previsto en el tercer inciso del artículo 100 del COPCI;

1.11.- Con fecha 23 de mayo de 2016, el Ministerio de Transporte y Obras Públicas, mediante Oficio No. MTOP-DM-16-374-OF del 23 de mayo de 2016, solicitó la declaratoria de excepcionalidad al Presidente Constitucional de la República.

1.12.- Con fecha 25 de mayo de 2016, El Econ. Rafael Correa Delgado, como Presidente Constitucional de la República, y considerando la propuesta de iniciativa privada presentada por la empresa DP WORLD INVESTMENT B.V., emite el Decreto No. 1050, donde resuelve: *“Artículo Único: Autorizar de manera excepcional el desarrollo, construcción y mantenimiento de instalaciones, la operación del servicio público del Puerto de Aguas Profundas de Posorja, el dragado, construcción, mantenimiento y operación de un canal de navegación de acceso hacia Posorja, así como de la carretera que une Playas y Posorja, vía Morro, en la provincia del Guayas”;*

1.13.- Con fecha 31 de mayo de 2016, Autoridad Portuaria de Guayaquil mediante Oficio



Oficio Nro. APG-APG-2018-000319-O

Guayaquil, 07 de junio de 2018

Asociaciones Público Privadas, la solicitud para la aprobación de la modalidad de Asociación Público Privada y de los incentivos previstos en la Ley Orgánica de Incentivos a las Asociaciones Público Privadas, al proyecto público para el desarrollo del Puerto de Aguas Profundas de Posorja a cargo del proponente privado DP WORLD INVESTMENT B.V.; y, mediante escritura pública otorgada ante la Notaría Cincuenta y Cinco del Cantón Guayaquil e inscrita en el Registro Mercantil del cantón, el mismo 31 de mayo de 2016, se constituye la sociedad denominada DP WORLD POSORJA S.A.;

1.14.- Con fecha 2 de junio de 2016, El Comité Interinstitucional de Asociaciones Público Privadas, mediante Resolución No. CIAOO-R-006-JUNIO-2016, resuelve: *"Aprobar la modalidad de Asociación Público Privada y la aplicación de los incentivos tributarios previstos en el Art. 9.3 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario, en el Art. 125 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones; y en el Art. 159.1 de la Ley Reformatoria de la Ley para la Equidad Tributaria del Ecuador, al proyecto público del "Puerto de Aguas Profundas de Posorja", presentado al Comité Interinstitucional y aprobado bajo responsabilidad de la Autoridad Portuaria de Guayaquil y el Ministerio de Transporte y Obras Públicas, a través de su Subsecretaría de Puertos y Transporte Fluvial; sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos establecidos en la legislación tributaria, de finanzas públicas y demás normativa aplicable."*;

1.15.- Con fecha 3 de junio de 2016.- Por intermedio de la Ing. Mery Fiero Aguilera, en su calidad de Subsecretaria de Puertos y Transporte Marítimo y Fluvial, Subrogante, se emite la Resolución Nro. MTOP-SPTM-2016-001-RD, misma que en el Art. 1, expresa: *"Autorizar que la Autoridad Portuaria de Guayaquil, a través de su Gerente, efectivice la ejecución, elaboración y suscripción del contrato que se deriva del Decreto Ejecutivo 1060 de 25 de mayo de 2016 con la pertinente empresa seleccionada, de conformidad con las negociaciones mantenidas."*; y, en la misma fecha, mediante Resolución G-038-2016 suscrita por el Ing. Jorge Veja Armijos, como Gerente de la época de Autoridad Portuaria de Guayaquil, se adjudica, por delegación directa, el contrato de Gestión Delegada a DP WORLD INVESTMENT B.V.;

1.16.- Con fecha 5 de junio de 2016, Autoridad Portuaria de Guayaquil mediante escritura pública otorgada ante la Notaría Cuarta del cantón Quito, celebra con la compañía DP WORLD POSORJA S.A., el *"CONTRATO DE GESTIÓN DELEGADA: ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA PARA EL DESARROLLO, CONSTRUCCIÓN Y MANTENIMIENTO DE UN CANAL DE NAVEGACIÓN DE ACCESO HASIA POSORJA, ASÍ COMO DE LA CARRETERA QUE UNE A PLAYAS Y POSORJA VIA EL MORRO, EN LA PROVINCIA DEL GUAYAS; Y LA OPERACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DEL PUERTO DE AGUAS PROFUNDAS DE POSORJA"*; y,

1.17.- Con fecha 13 de septiembre de 2016, se expide, a través del Ing. Walter Solís Valarezo, en su calidad de Ministro de Transporte y Obras Públicas, el Acuerdo



Oficio Nro. APG-APG-2018-000319-O

Guayaquil, 07 de junio de 2018

Ministerial Nro. 035-2016, mismo que, en su artículo 1 indica: "DELEGAR al Gerente de Autoridad Portuaria de Guayaquil, para que lleve adelante en su totalidad, el proceso público de contratación para la construcción, operación y mantenimiento de la vía Playas - Posorja por el Morro."; y, en su artículo 4, se lee: "El presente Acuerdo entrará en vigencia a partir de la fecha de su suscripción...".

2.- MARCO JURÍDICO:

2.1.- Sentencia No. 001-12-SIC-CC dictada por la Corte Constitucional en el CASO N. 0008-10-IC y publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 629 del 30 de enero del 2012, interpretativa de los Arts. 313, 315 y 316 de la Constitución de la República:

"...Debe entenderse que las empresas públicas únicamente gozan de la facultad de gestionar los sectores estratégicos y/o prestar los servicios públicos, para los que hubieran sido autorizadas sin que se les esté permitido a su vez, a dichas empresas públicas, delegar a la iniciativa privada la gestión de los sectores estratégicos y/o prestación de los servicios públicos lo cual es competencia de los organismos pertinentes conforme lo establecido en la ley. (...) Dicha autorización se realizará a través de las autoridades de control y regulación competentes de la Administración Pública o gobierno central, que tengan dicha atribución legal. (1/4) esta sentencia interpretativa tiene carácter normativo y rige hacia el futuro, así como el carácter vinculante general de conformidad con lo señalado en el artículo 159 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional..."

2.2.- Art. 154 de la Constitución de la República:

"A las ministras y ministros de Estado, además de las atribuciones establecidas en la ley, les corresponde:

1. Ejercer la rectoría de las políticas públicas del área a su cargo y expedir los acuerdos y resoluciones administrativas que requiera su gestión. (...)"

2.3.- Art. 226 de la Constitución de la República del Ecuador:

"Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúan en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución."

2.4.- Art. 100 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones:

Oficio Nro. APG-APG-2018-000319-O

Guayaquil, 07 de junio de 2018

"Excepcionalidad. En forma excepcional debidamente decretada por el Presidente de la República cuando sea necesario y adecuado para satisfacer el interés público, colectivo o general, cuando no se tenga la capacidad técnica o económica o cuando la demanda del servicio no pueda ser cubierta por empresas públicas o mixtas, el Estado o sus instituciones podrán delegar a la iniciativa privada o a la economía popular y solidaria, la gestión de los sectores estratégicos y la provisión de los servicios públicos de electricidad, vialidad, infraestructuras portuarias o aeroportuarias, ferroviarias y otros.

Se garantizará lo dispuesto en la Constitución y se precautelará que los precios y tarifas por los servicios sean equitativos y que su control y regulación sean establecidos por la institucionalidad estatal.

La modalidad de delegación podrá ser la de concesión, asociación, alianza estratégica, u otras formas contractuales de acuerdo a la ley, observando, para la selección del delegatario, los procedimientos de concurso público que determine el reglamento, salvo cuando se trate de empresas de propiedad estatal de los países que forman parte de la comunidad internacional, en cuyo caso la delegación podrá hacerse de forma directa."

2.5.- Art. 6 de la Ley de Compañías:

"Toda compañía nacional o extranjera que negociare o contrajere obligaciones en el Ecuador deberá tener en la República un apoderado o representante que pueda contestar las demandas y cumplir las obligaciones respectivas.

Sin perjuicio de lo que se dispone en el Art. 415 si las actividades que una compañía extranjera va a ejercer en el Ecuador implicaren la ejecución de obras públicas, la prestación de servicios públicos o la explotación de recursos naturales del país, estará obligada a establecerse en él con arreglo a lo dispuesto en la Sección XIII de la presente Ley.

En los casos mencionados en el inciso anterior, las compañías u otras empresas extranjeras organizadas como personas jurídicas, deberán domiciliarse en el Ecuador antes de la celebración del contrato correspondiente. El incumplimiento de esta obligación, determinará la nulidad del contrato respectivo. (...)"

2.6.- Art. 415 de la Ley de Compañías:

"Para que una compañía constituida en el extranjero pueda ejercer habitualmente sus actividades en el Ecuador deberá:

- 1. Comprobar que está legalmente constituida de acuerdo con la Ley del país en el que se hubiere organizado;*
- 2. Comprobar que, conforme a dicha ley y a sus estatutos, puede acordar la creación de*



Oficio Nro. APG-APG-2018-000319-O

Guayaquil, 07 de junio de 2018

sucursales y tiene facultad para negociar en el exterior, y que ha sido válidamente adoptada la decisión pertinente.

3. Tener permanentemente en el Ecuador, cuando menos, un representante con amplias facultades para realizar todos los actos y negocios jurídicos que hayan de celebrarse y surtir efectos en territorio nacional, y especialmente para que pueda contestar las demandas y cumplir las obligaciones contraídas.

Igual obligación tendrán las empresas extranjeras que, no siendo compañías, ejerzan actividades lucrativas en el Ecuador; y,

4. Constituir en el Ecuador un capital destinado a la actividad que se vaya a desarrollar. Su reducción sólo podrá hacerse observando las normas de esta Ley para la reducción del capital.

Para justificar estos requisitos se presentará a la Superintendencia de Compañías y Valores los documentos constitutivos y los estatutos de la compañía, un certificado expedido por el Consuli del Ecuador que acredite estar constituida y autorizada en el país de su domicilio y que tiene facultad para negociar en el exterior. Deberá también presentar el poder otorgado al representante y una certificación en la que consten la resolución de la compañía de operar en el Ecuador y el capital asignado para el efecto, capital que no podrá ser menor al fijado por el Superintendente de Compañías y Valores, sin perjuicio de las normas especiales que rijan en materia de inversión extranjera."

2.7.- Art. 418 de la Ley de Compañías:

"Toda compañía extranjera que opere en el Ecuador está sometida a las leyes de la República en cuanto a los actos y negocios jurídicos que hayan de celebrarse o surtir efectos en el territorio nacional."

2.8.- Art. 419 de la Ley de Compañías:

"Las compañías extranjeras, cualquiera que sea su especie, que se establecieren en el Ecuador, deberán cumplir todos los requisitos enumerados en los artículos 33 y 415 de esta Ley, aún cuando no tengan por objeto el ejercicio del comercio.

La Superintendencia calificará, para sus efectos en el Ecuador, los poderes otorgados por las compañías, a los que se refiere el artículo 415 de esta Ley, y luego ordenará su inscripción y publicación."

2.9.- Art. 30 de la Ley de Compañías:

"Los que contrataren a nombre de compañías que no se hubieren establecido legalmente



Oficio Nro. APG-APG-2018-000319-O

Guayaquil, 07 de junio de 2018

contratos se causen a los interesados y, además, serán castigados con arreglo al Código Penal.

La falta de escritura pública no puede oponerse a terceros que hayan contratado de buena fe con una compañía notoriamente conocida.

En igual responsabilidad incurrirán los que a nombre de una compañía, aún legalmente constituida, hicieren negociaciones distintas a las de su objeto y empresa, según este determinado en sus estatutos."

2.10.- Art. 1 de la Escritura de Constitución de la compañía DP WORLD INVESTMENT B.V. (21 de julio de 2008):

1. El nombre de la compañía es DP WORLD INVESTMENT B.V.
2. La compañía tiene su sede en Rotterdam."

2.11.- Art. 2 de la Escritura de Constitución de la compañía DP WORLD INVESTMENT B.V. (21 de julio de 2008):

"El objeto social de la compañía es el siguiente:

- Invertir en participar en, constituir, comprar, adquirir, financiar, administrar, supervisar, operar, promover, mantener cualquier otra clase de participación en, negociar, transferir, vender, aportar y/o enajenar sociedades anónimas, compañías, sociedades colectivas, empresas u otras entidades;
- Otorgar garantías por las deudas de personas jurídicas o de otras compañías con las cuales la compañía esté relacionada en un grupo, o por deudas de terceros;
- Tomar en préstamo, dar en préstamo u obtener fondos, incluyendo la emisión de bonos, pagarés u otros valores o constancias de deuda, y celebrar acuerdos relacionados con estas actividades;
- Llevar a cabo todos los actos relacionados con lo anterior o para cumplir con los anteriores propósitos, todo ello en el más amplio sentido."

2.12.- Art. 1697 del Código Civil:

"Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes.

La nulidad puede ser absoluta o relativa."





Oficio Nro. APG-APG-2018-000319-O

Guayaquil, 07 de junio de 2018

2.13.- Art. 1698 del Código Civil.-

"La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato."

2.14.- Art. 93 del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.-

"Cualquier acto administrativo expedido por los órganos y entidades sujetas a este estatuto deberá ser extinguido cuando se encuentre que dicho acto contiene vicios que no pueden ser convalidados o subsanados..."

3.- CONCLUSIONES:

3.1.- El Ministerio de Transporte y Obras Públicas, a través de la Subsecretaría de Transporte Vial, es el órgano encargado de la emisión y/o ejecución de las políticas públicas en materia de transporte e infraestructura vial, así como de establecer las tarifas de peajes, tasas y el derecho al cobro por el uso de sus infraestructuras y servicios. Del estudio de los antecedentes del Contrato de Gestión Delegada, se constata que la Subsecretaría de Puertos y Transporte Marítimo y Fluvial, como Autoridad Portuaria Nacional y ente rector de la actividad portuaria nacional y del transporte marítimo, concedió su autorización para la celebración del citado Contrato de Gestión Delegada, según se menciona en el acápite 1.15 de este informe.

3.2.- Sin perjuicio de lo indicado en el acápite anterior, a la fecha de la celebración del Contrato de Gestión Delegada, Autoridad Portuaria de Guayaquil, como entidad delegante, habría carecido de capacidad suficiente para delegar al Gestor Privado la construcción de la carretera que une Playas y Posorja vía El Morro, por cuanto la ejecución de dicha obra no pertenece a su ámbito de competencia ni al ámbito que regula la Subsecretaría de Puertos y Transporte Marítimo y Fluvial, considerando además que, por parte del MTOF, fue la única subsecretaría que concedió su autorización para la celebración del citado contrato.

En este contexto, conforme a los términos del Acuerdo Ministerial Nro. 035-2016 emitido el 13 de septiembre de 2015, se delega, a partir de dicha fecha, por parte del MTOF al Gerente de Autoridad Portuaria de Guayaquil, la capacidad para llevar a cabo en su totalidad "el proceso público de contratación para la construcción, operación y



Oficio Nro. APG-APG-2018-000319-O

Guayaquil, 07 de junio de 2018

resaltaría con mayor claridad, no solo la incapacidad aludida o falta de competencia para delegar la construcción de dicha carretera a la fecha de celebración del Contrato de Gestión Delegada, sino además la falta de autorización para proceder con la delegación directa sin concurso público.

Cabe enfatizar lo señalado en el inciso precedente, puesto que la delegación otorgada a APG por parte del MTCOP fue para que se lleva a cabo la construcción de la carretera mediante concurso público, y DP WORLD POSORJA S.A., como adjudicatario o delegatario directo de APG y en calidad de Gestor Privado, habría delegado, por su parte, de manera directa la construcción de la carretera a otra compañía o contratista privada.

3.3.- Por otro lado, Autoridad Portuaria de Guayaquil, mediante Resolución G-038-2016 de fecha 3 de junio de 2016, adjudica, por delegación directa, bajo la modalidad de Asociación Público-Privada el citado contrato de Gestión Delegada a DP WORLD INVESTMENT B.V., con base en el tercer inciso del Art. 100 del COPCI, que establece que la delegación podrá hacerse de forma directa cuando se trate de empresas de propiedad estatal de los países que formen parte de la comunidad internacional.

Aconforme a la excepción señalada, para que sea aplicable la delegación directa, debe justificarse la propiedad estatal de la delegataria. Al respecto, DP WORLD INVESTMENT B.V., sería una compañía privada de responsabilidad limitada "Holding" o tenedora de acciones, con sede en la ciudad de Rotterdam/Holanda, teniendo la titularidad del total de sus participaciones y/o capital social, la compañía WORLD PORTS COOPERATIVE U.A., que también sería una compañía privada con sede en la ciudad de Rotterdam/Holanda.

Indistintamente de ello, la compañía DP WORLD INVESTMENT B.V., no habría justificado su calidad de ser una empresa de propiedad estatal o pública, con las certificaciones correspondientes de los organismos competentes de la ración de su domicilio (Holanda), ni tampoco con respecto del Gobierno de los Emiratos Árabes Unidos al que asegura pertenecer como empresa estatal, puesto que esta aseveración contenida en su propuesta de Iniciativa Privada se basa en que el Gobierno de los Emiratos Árabes Unidos tendría propiedad indirecta en DP WORLD INVESTMENT B.V., a través de la empresa DUBAI WORLD CORPORATION (de propiedad del Gobierno de los Emiratos Árabes Unidos), misma que tendría participación mayoritaria en varias otras compañías vinculadas al capital social de DP WORLD INVESTMENT B.V., resaltando además, que dicha participación mayoritaria tampoco se habría justificado debidamente con las certificaciones correspondientes por parte de las compañías respectivas o de los organismos públicos a cargo de su registro, control o vigilancia.

3.4.- Ahora bien, para que una compañía constituida en el extranjero pueda ejercer habitualmente sus actividades en el Ecuador debe establecerse en él con arreglo al Art.



Oficio Nro. APG-APG-2018-000319-O

Guayaquil, 07 de junio de 2018

415 de la Ley de Compañías, específicamente, debiendo justificar, a través de una certificación expedida por el Cónsul del Ecuador, estar constituida y autorizada en el país de su domicilio y que tiene facultad para negociar en el exterior, así como contar con una certificación en la que conste la resolución de la compañía de operar en el Ecuador y el capital asignado para el efecto. De los documentos que reposan en los archivos y registros de esta entidad, se constata que DP WORLD INVESTMENT B.V., no habría presentado dichas certificaciones, tanto más cuando, de acuerdo a su objeto social, no estaría facultada para la ejecución de obras públicas y la prestación de servicios públicos en países extranjeros.

3.5.- Es de considerar también, que el decreto ejecutivo No. 1363, de excepcionalidad emitido con fecha 25 de mayo de 2016 por el Ecom. Rafael Correa Delgado, como Presidente Constitucional de la República, se motiva con base en la propuesta de iniciativa privada presentada por la empresa DP WORLD INVESTMENT B.V., y a la que, por parte de APG, se le adjudica de forma directa el Contrato de Gestión Delegada por ser considerada como empresa extranjera de propiedad estatal o gubernamental de los Emiratos Árabes Unidos; sin embargo, el contrato de Gestión Delegada se celebra con la compañía DP WORLD POSORJA S.A., siendo una compañía privada constituida en el Ecuador con personería jurídica propia y teniendo como accionista mayoritario a la empresa DP WORLD INVESTMENT B.V. que, como se ha mencionado, sería una compañía privada Holding" o tenedora de acciones con sede en Holanda.

3.6.- Como punto final, se pone en consideración que la declaratoria de interés público, fue realizada por parte de APG como entidad delegante, con base en los estudios que realizó el MTOP en consideración de la propuesta de iniciativa privada presentada con fecha 9 de marzo de 2015 por la empresa DP WORLD INVESTMENT B.V., denominada "Iniciativa Privada para la Construcción y Operación del Puerto de Aguas Profundas de Posorja", que comprendía, únicamente, la construcción y operación del nuevo puerto de aguas profundas en Posorja; posterior a ello, con fecha 29 de enero de 2016 la empresa DP WORLD INVESTMENT B.V., presenta el proyecto final de iniciativa privada que adicionaba la construcción de la hidrovía y la carretera, además la subsecuente prestación y cobro de las tarifas por los servicios obligatorios que de ellos se derivan por los 50 años de la delegación, todo lo cual, no habría sido materia de análisis o declaración de interés público con arreglo al Art. 8 del Reglamento del Régimen de Colaboración Público Privada.

3.7.- Se recomienda, salvo su mejor criterio, que dicho contrato sea materia de un examen especial por parte de la Procuraduría General del Estado.

Con sentimientos de distinguida consideración.



Oficio Nro. APG-APG-2018-000319-O

Guayaquil, 07 de junio de 2018

Documento firmado electrónicamente

Abg. Guido Andrés Ferretti Trujillo
GERENTE

Copia:

Señorita Licenciada
Luz Alexandra Nevárez Tello
Digitalizadora y Archivo

caan/pg



LA FUENTE