

PROYECTO DE MODERNIZACIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y EQUIPAMIENTO DE PUERTO CALDERA

Sobre el equilibrio financiero del contrato. Cláusulas,
3.4.2, 3.4.6.1, 3.4. 6.2, 6.8. Criterio de la División

Marzo de 2025

1. Motivación

En el marco del proceso de licitación del Proyecto de Modernización de Infraestructura y Equipamiento de Puerto Caldera, las empresas APM TERMINALS B.V., SAAM PUERTOS S.A., DP WORLD CL HOLDING AMERICAS INC. e INTERNATIONAL CONTAINER TERMINAL SERVICES, INC. (las interesadas) interpusieron frente a la Contraloría General de la República (CGR) sus respectivos recursos de objeción contra el cartel de licitación en la fecha 5 de diciembre de 2024, dentro del plazo considerado para ello en la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicio Público (LGCOSP).

Posteriormente, en la fecha 20 de enero de 2025, la División de Contratación Pública de la CGR comunicó en el documento R-DCP-00004-2025 el resultado de sus consideraciones respecto de dichos recursos, de modo que ciertos de ellos quedaron rechazados y otros completa o parcialmente aceptados. En estos últimos casos, la propia CGR provee de las indicaciones para atender sus consideraciones de manera oportuna.

Desde la recepción de dicha comunicación, la Administración Concedente se encuentra trabajando en los análisis necesarios para resolver satisfactoriamente las observaciones de la CGR, tanto mediante las modificaciones cartelarias que sean precisas como a través de las aclaraciones de ciertos aspectos que se añadirán al expediente administrativo.

El objetivo de este documento es dar respuesta a la consideración de la CGR II. Sobre el pliego de condiciones sobre el equilibrio financiero del contrato. Cláusulas, 3.4.2, 3.4.6.1, 3.4. 6.2, 6.8.

2) Respuesta de la Administración Concedente al criterio de la División de Contratación Administrativa de la Contraloría General de la República II. Sobre el pliego de condiciones. 2) sobre el equilibrio financiero del contrato. Cláusulas, 3.4.2, 3.4.6.1, 3.4. 6.2, 6.8.

Hállense en los siguientes apartados las justificaciones de la Administración Concedente que dan respuesta sobre el recurso de objeción presentado sobre el equilibrio financiero del contrato. Cláusulas, 3.4.2, 3.4.6.1, 3.4.6.2, 6.8.

Se considera que el Concesionario podrá solicitar el restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato cuando ocurran eventos que se encuentran fuera del control del concesionario, según lo establecido en el Contrato de Concesión y que generen un desequilibrio económico financiero del Contrato de acuerdo con lo estipulado en el Contrato de Concesión y la Ley Aplicable, incluyendo la adopción de medidas o políticas u omisiones de obligaciones estatales, incluyendo pero no limitando, promulgación de nuevas leyes o regulaciones que impongan costos, tarifas o impuestos adicionales, que afecten negativa o positivamente la rentabilidad de las operaciones del Concesionario o como consecuencia directa y particular de cambio en leyes aplicables o en la interpretación de las mismas. Esto en la medida que tenga exclusiva relación con aspectos económicos financieros vinculados a la variación de: i) costos de inversión, ii) ingresos o iii) costos de operación y mantenimiento relacionado la prestación de los Servicios.

El equilibrio económico-financiero será restablecido, como consecuencia de lo señalado de un desequilibrio debidamente comprobado y en comparación con lo que habría pasado en el mismo período si no hubiesen ocurrido los cambios extraordinarios sujetos a:

- El restablecimiento del equilibrio económico-financiero deberá considerar el valor presente de los efectos en los flujos de caja futuros del Concesionario conforme el Modelo Financiero actualizado al momento en que se calcule el desequilibrio. Copia de la solicitud será remitida a la empresa consultora que sea acordada entre las partes, para que emita una opinión técnico-económica-financiera con relación a lo solicitado, que deberá ser evaluada por la Administración Concedente, sin carácter vinculante. Esta opinión deberá ser remitida a las Partes dentro del plazo de veinte (20) Días Hábiles.
- El restablecimiento del equilibrio económico se efectuará sobre la base de los estados financieros auditados (o de la información utilizada en la elaboración de los mismos) del Concesionario del período en el que se verifiquen las variaciones de los ingresos, costos de inversión o costos de operación y mantenimiento anteriormente referidas.
- Sin perjuicio de lo anterior, la Administración Concedente podrá solicitar mayor información que sustente las variaciones señaladas. Adicionalmente, las partes podrán acordar utilizar documentación distinta a los estados financieros auditados para los efectos descritos en la presente cláusula, siempre que tenga el debido sustento.
- Si las partes no se pusieran de acuerdo sobre el resultado emitido dentro del plazo de diez (10) Días Hábiles de su notificación a las partes, cualquiera de ellas podrá considerar que se ha producido una controversia y será resuelta de conformidad con los mecanismos de controversias regulados en el contrato de concesión ante las instancias administrativas competentes.

El procedimiento de ajuste debe considerar si cumple los siguientes parámetros según la cláusula 3.4.6.1 del contrato:

- Varíe los costos de inversión realizados por el Concesionario desde la Orden de Inicio de Construcción hasta el Inicio de la Etapa de Explotación Total en un equivalente al diez por ciento (10%) o más del Monto de Inversión, luego de los eventuales ajustes debiendo considerarse para el restablecimiento del equilibrio económico financiero, la totalidad de la variación; o,
- Se afecte los ingresos o los costos de operación y mantenimiento de los Servicios de manera tal que la diferencia entre los ingresos menos los costos de operación y mantenimiento del Concesionario en la Etapa de Explotación Total de la Concesión durante un período de doce (12) meses consecutivos o más, varíe en el equivalente al diez por ciento (10%) o más de los ingresos anuales percibidos por el Concesionario durante los doce (12) meses anteriores a la invocación de la cláusula de equilibrio económico.

Estos porcentajes se incluyen dado que cualquier afectación menor a ese porcentaje se asume que se encuentra incluido dentro del costo ofertado por el oferente y por lo tanto no genera una afectación al equilibrio financiero del contrato por ser un elemento establecido en el cartel de licitación siendo que los parámetros deben ser definidos por la Autoridad Concedente. Asimismo, forman parte del análisis del modelo financiero referencial.

Asimismo, se estipula en las modificaciones al cartel los plazos para la tramitación y resolución de peticiones de reequilibrio. Así como los requisitos específicos para la presentación de solicitudes, documentación necesaria y los criterios objetivos que se utilizarán.

El Concesionario deberá presentar su solicitud pertinente indicando:

- 1) Identificación de los eventos que, a juicio del Concesionario desencadenan una alteración del equilibrio económico-financiero de la Concesión.
- 2) Descripción del impacto producido por él o los eventos alegados, conteniendo la descripción detallada de los daños y perjuicios directos que los referidos eventos hubieren producido sobre el equilibrio contractual.
- 3) Determinación del monto por el que, a juicio del Concesionario, corresponde que éste sea compensado por parte de la Administración Concedente.
- 4) Determinación de las técnicas que, a juicio del Concesionario, correspondería aplicarse para compensar los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia del referido evento, así como para nivelar el equilibrio económico- financiero contractual en lo que resta cumplir del plazo de vigencia del Contrato, que deberá ser una o más de los previstos en el Contrato de concesión. La solicitud de referencia debería ir acompañada de la documentación de respaldo correspondiente, a efectos de evaluarse por la Administración Concedente, los fundamentos de la pretensión del Concesionario.

Recibida la información, la Administración Concedente procederá en los siguientes términos:

- 1) En primer lugar, delimitará clara y específicamente cuál o cuáles son los eventos o actos alegados por el Concesionario que han alterado la ecuación contractual, si los mismos, encuadran en las categorías que confieren al Concesionario el derecho a la nivelación del

equilibrio contractual, y cuál es el alcance de la compensación conforme a la categoría o categorías que en su caso correspondan.

- 2) Una vez determinada la existencia y características de los eventos alegados, la Administración Concedente procederá a verificar si el o los eventos alegados, han ocurrido dentro del plazo máximo previsto en el Contrato para reclamar los perjuicios derivados del mismo, o si en caso de haber fundado la solicitud de nivelación en la acumulación de más de un evento, los mismos han acaecido dentro del plazo máximo previsto para ello.
- 3) A partir de allí, corresponderá comprobar el desequilibrio económico-financiero del contrato considerado como base para los procedimientos de nivelación contractual, de acuerdo a lo expresado precedentemente.
- 4) Tras ello, la Administración Concedente deberá cuantificar el impacto producido sobre el equilibrio económico – financiero por los eventos alegados; para lo cual seguirá los siguientes parámetros: a) Los eventos alegados pueden generar, además de los daños y perjuicios, beneficios al Concesionario; de modo tal que en la determinación de su impacto final (y una eventual compensación) también deberán considerarse dichos beneficios, b) No se considerarán reclamos fundados en eventos cuyo riesgo es de cargo del Concesionario. Asimismo, no serán tomados en cuenta en el cálculo de una eventual compensación, aquellos daños y perjuicios ocasionados al equilibrio contractual como resultado un incumplimiento de normas legales, reglamentarias o contractuales aplicables.
- 5) Seguidamente, corresponderá la determinación, por parte de la Administración Concedente, de la eventual compensación a que tenga derecho el Concesionario. La Administración Concedente podrá solicitar al Concesionario la presentación de información adicional o complementaria a la presentada.
- 6) La Administración Concedente comunicará la resolución adoptada al Concesionario dentro del plazo de ley, siendo que, si para restablecer el equilibrio económico financiero del contrato se debe realizar una modificación a la estructura tarifaria ordinaria o parámetros de ajuste aprobados o un mecanismo extraordinario de ajuste tarifario, se requiere de previo a su aplicación el criterio vinculante de la ARESEP. En caso de discrepancia entre el concesionario y la Administración concedente, respecto de los resultados obtenidos por la aplicación de las metodologías de revisión consignadas en el contrato, el concesionario podrá apelar la decisión de la Administración concedente, dentro de los tres días hábiles siguientes a la notificación. Esta Administración trasladará la apelación, junto con el expediente del contrato de concesión, a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos para que resuelva, en definitiva, en un plazo máximo de cinco días hábiles. La resolución de la Autoridad Reguladora agotará la vía administrativa.

Asimismo, el contrato en su cláusula 3.4.6.2 define el Concesionario o la Administración Concedente, podrá proponer por escrito a la otra parte y con la necesaria sustentación, las soluciones y procedimientos a seguir para restablecer el equilibrio económico afectado.

Así las cosas, el mecanismo estipulado para restablecer el equilibrio financiero del contrato cumple con el numeral 17 de la Ley General de Contratación de Obras Públicas y Servicios conexos (LGCOPS) y el artículo 8, inciso i), de dicha Ley, al prever un procedimiento claro y objetivo que permite ajustar las condiciones económicas del contrato en caso de alteraciones extraordinarias, imprevisibles o ajenas a la voluntad del concesionario. Dicho mecanismo garantiza la sostenibilidad del contrato, preserva la ecuación económico-financiera originalmente pactada y se enmarca en los principios de continuidad del servicio, legalidad, seguridad jurídica y buena fe contractual que rigen los contratos de concesión.