

Quito, 17 de septiembre del 2010.
Oficio No.444 -UCP-10.

Señor doctor
Jorge González Tamayo
DIRECTOR EJECUTIVO
DEL INSTITUTO NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
Quito.-

De mis consideraciones:

La Constructora Andrade Gutiérrez S.A. mediante oficio No. AA/GG-33-10 de 6 de septiembre del 2010, requiere a esta Entidad “.... se oficie al Instituto Nacional de Contratación Pública para que cumpliendo con resoluciones nacidas de las Administración de Justicia del País elimine la publicación constante en el portal de compras públicas, que señala la terminación unilateral y anticipada del contrato celebrado el 10 de julio de 1998 para la ejecución del Proyecto de Riego Tabacundo,...”; al respecto en cumplimiento a lo dispuesto en el Art, 13, numeral 12 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y a lo establecido en la Resolución de 13 de septiembre del 2010, remito a usted copia certificada de dicha Resolución, para efecto de publicidad de información relevante.

Por la atención que se dé a la presente, anticipo mis agradecimientos.

Atentamente,

Ing. Mario Rueda Moya.
DELEGADO DEL PREFECTO DE PICHINCHA
DIRECTOR DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

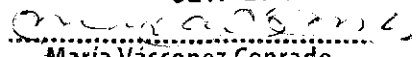
MRM/jba.
ADJ: 10 fijas útiles



GOBIERNO DE
LA PROVINCIA DE
PICHINCHA

GOBIERNO DE LA PROVINCIA
Pichincha
CERTIFICO QUE ES FIEL
COPIA DEL ORIGINAL

QUITO, 17 SET. 2010


María Vásquez Conrado
SECRETARIA GENERAL

EL PREFECTO DE LA PROVINCIA DE PICHINCHA

Considerando:

I

Reclamo y solicitud

El reclamo y solicitud de la compañía CONSTRUCTORA ANDRADE GUTIÉRREZ S.A., presentados al Prefecto de la Provincia de Pichincha mediante Oficio No. AA/GG-039-10 de 6 de septiembre de 2010, ingresado en el órgano regular de la Administración el 6 de septiembre de 2010, conforme consta de la Hoja de Control y Tramite No. 4375; en su peticitorio dice:

“Con estos antecedentes reclamamos de usted señor Prefecto se oficie al Instituto Nacional de Contratación Pública para que cumpliendo con resoluciones nacidas de la Administración de Justicia del País elimine la publicación constante en el portal de compras públicas, que señala la terminación unilateral y anticipada del contrato celebrado el 10 de julio de 1998 para la ejecución del Proyecto de Riego Tabacundo, ya que para tomar esta decisión carecía usted de competencia. Adicionalmente esta acción sin las debidas motivaciones y justificaciones permite que injustificadamente pueda presumirse a nuestra empresa como “contratista incumplido” causándonos un intolerable perjuicio adicional y el consecuente daño moral. (el énfasis me pertenece).

Insistimos señor Prefecto con la fuerza que nace de lo establecido en el numeral 23 del artículo 66 de la Constitución Política del Estado se nos confiera copias certificadas del acta de la sesión del Consejo Provincial del 26 de julio de 2010, así como también copias del informe de la Comisión de Legislación signado como 28-CL y del acta de la sesión de la Comisión en la que se aprobó el informe anteriormente mencionado; así mismo copia del informe de la Comisión de Legislación número 29-CL de 30 de agosto de 2010 y del acta de la sesión en que se aprobó el

indicado informe. En todos los documentos mencionados rogamos señalar los nombres de todos y cada uno de los asistentes.”


CERTIFICO QUE ES FIEL
COPIA DEL ORIGINAL

QUITO, 17 SET. 2010

II

Relación del procedimiento y motivación


María Vásquez Conrado
SECRETARIA GENERAL

2.1. Dentro del procedimiento de terminación unilateral del contrato celebrado el 10 de julio de 1998 con la peticionaria para la ejecución del proyecto Canal de Riego Tabacundo y su complementario, el Prefecto de Pichincha, mediante Resolución de 29 de junio de 210, declara la terminación unilateral del referido contrato.

2.2. La compañía Constructora Andrade Gutiérrez S.A., interpone recurso de reposición, peticiona aclaración, y apela para ante el H. Consejo Provincial de Pichincha.

2.3. El Prefecto de la Provincia de Pichincha, resuelve las peticiones antes mencionadas, incorporadas al expediente con escritos presentados por la compañía con oficios Nos. AG/GG-23-10 de 2 de julio del 2010, AG/GG-24-10 de 2 de julio del 2010, AG/GG-25-10 de 7 de julio del 2010, y AG/GG-026-10 de 9 de julio de 2010. Acto de fecha 12 de julio de 2010, que en su parte resolutoria dice:

“1._____Aclarar la Resolución de terminación unilateral del contrato celebrado el diez de julio de 1998 con la compañía CONSTRUCTORA ANDRADE GUTIÉRREZ S.A. para la ejecución del proyecto CANAL DE RIEGO TABACUNDO con las reformas introducidas mediante contrato complementario suscrito el 19 de abril del 2002, por negativa injustificada de la contratista a la terminación por mutuo acuerdo, extinguiéndose así la relación jurídica contractual establecida en el contrato principal y su complementario, en el sentido de que la publicación de la misma en el Portal www.compraspublicas.gov.ec y en la página Web de la institución no produce el efecto de inhabilitar a la compañía contratista, previsto en el artículo 146, inciso tercero del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en razón de lo dispuesto en el Artículo 94 numeral 7 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. (el énfasis es incorporado).

2._____Negar las peticiones de ampliación y de revocatoria de la Resolución de terminación unilateral del contrato celebrado el diez de julio de 1998 con la compañía CONSTRUCTORA ANDRADE GUTIÉRREZ S.A. para la ejecución del proyecto CANAL DE RIEGO TABACUNDO con las reformas introducidas mediante contrato

complementario suscrito el 19 de abril del 2002, por negativa injustificada de la contratista a la terminación por mutuo acuerdo, extinguiéndose así la relación jurídica contractual establecida en el contrato principal y su complementario, expedida el 29 de junio de 2010 y notificada con Oficio No. 252-UCP-2010 de 29 de junio de 2010.

3._____ Ejercido que ha sido el derecho de apelación por parte de la compañía contratista, con fundamento en la Constitución que nos rige, admitase al trámite para ante el H. Consejo Provincial de Pichincha.

4._____ Notifíquese a la contratista, compañía CONSTRUCTORA ANDRADE GUTIÉRREZ S.A., en el domicilio de la compañía, con la presente Resolución y publíquese en el Portal www.compraspublicas.gov.ec y en la página WEB de la Corporación Provincial de Pichincha;

El Director de Contratación Pública practicará la notificación y publicación, y comunicará por escrito la presente resolución al INCOP, y sentará la razón respectiva.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase. Hecho que fuere, elévese el expediente a conocimiento y resolución del H. Consejo Provincial de Pichincha, en forma inmediata.”

2.4. Consecuentemente, la resolución de terminación unilateral ha sido debidamente aclarada en el sentido que consta del numeral 1 de la Resolución de 12 de julio de 2010, y publicada la misma en el Portal del Sistema Nacional de Compras Públicas, y no puede deducirse en forma alguna que la compañía Constructora Andrade Gutiérrez se encuentra inhabilitada por efecto de la publicación, ni se presume incumplimiento, a la letra de lo que dispone el artículo 94 numeral 7 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública:

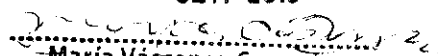
“7. La Entidad Contratante también podrá declarar terminado anticipada y unilateralmente el contrato cuando, ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, el contratista no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato. En este caso, no se ejecutará la garantía de fiel cumplimiento del contrato **ni se inscribirá al contratista como incumplido.**” (el énfasis me pertenece).

2.5. La publicación de las referidas resoluciones se fundamenta en disposiciones legales vigentes y expresas, esto es los artículos 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 13 numeral 12, 17 y 146 del Reglamento General de la propia ley, que en lo sustancial norman:


CERTIFICO QUE ES FIEL
COPIA DEL ORIGINAL

3 de 10

QUITO, 17 SET. 2010


María Vásconez Conrado
SECRETARIA GENERAL

“Art. 95.- Notificación y Trámite.- [...]”

Si el contratista no justificare la mora o no remediare el incumplimiento, en el término concedido, la Entidad Contratante podrá dar por terminado unilateralmente el contrato, mediante resolución de la máxima autoridad de la Entidad Contratante, que se comunicará por escrito al contratista y se publicará en el Portal COMPRASPUBLICAS. La resolución de terminación unilateral no se suspenderá por la interposición de reclamos o recursos administrativos, demandas contencioso administrativas, arbitrales o de cualquier tipo o de acciones de amparo de parte del contratista.

“Art. 13.- Información relevante.- Para efectos de publicidad de los procedimientos de contratación en el Portal www.compraspublicas.gov.ec se entenderá como información relevante la siguiente: [...]

12. Actas de entrega recepción, o actos administrativos relacionados con la terminación del contrato.”

“Art. 17.- Notificaciones.- Todas las notificaciones que deban efectuarse en virtud de las disposiciones de la Ley y del presente Reglamento General, incluso respecto de la resolución de adjudicación, se entenderán realizadas, desde que la entidad publique en el Portal www.compraspublicas.gov.ec el documento, acto o resolución objeto de la notificación, para lo cual debe existir los registros informáticos correspondientes, salvo que fuese imposible notificar electrónicamente, en cuyo caso, ésta se realizará por medios físicos.”

“Art. 146.- Notificación de terminación unilateral del contrato.- [...]

La resolución de terminación unilateral del contrato será publicada en el portal www.compraspublicas.gov.ec y en la página web de la entidad contratante e inhabilitará de forma automática al contratista registrado en el RUP.”

En otras palabras, el mandato de la ley, contenido en el artículo 94, numeral 7, impide que la publicación surta el efecto de inhabilitar al contratista por el incumplimiento específico de negarse injustificadamente a terminar el contrato por mutuo acuerdo.

2.6. Las disposiciones de la Ley son jerárquicamente superiores a las del Reglamento, pero no se oponen, puesto que la publicación en el portal tiene como objeto servir de forma de notificación de los actos y publicidad de los procesos, y el efecto de inhabilitar al contratista en el RUP no se produce en vigor de la norma contenida en el numeral 7 del

Pichincha
CERTIFICADO QUE ES FIEL
COPIA DEL ORIGINAL

QUITO, 17 SET. 2010

Maria Vázquez Conrado
SECRETARIA GENERAL

artículo 94 de la Ley, constituyéndose una excepción al efecto previsto en el artículo 146 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Compras Públicas.

En resumen, la inhabilidad para contratar proveniente de la declaración unilateral por incumplimiento, en el caso del numeral 7 del artículo 94 se excluye por disposición de la ley, y por consiguiente la publicación en el portal tampoco produce el efecto jurídico de inscribir al contratista como incumplido.

2.7. Los actos administrativos expedidos en cumplimiento de disposiciones legales expresas no puede ser considerados causa de daño civil en general, ni moral en particular, porque este tiene como condición la ilicitud del hecho o acto.

2.8. El artículo 12 del Código Civil, señala que:

“Art. 12.- Cuando una ley contenga disposiciones generales y especiales que estén en oposición, prevalecerán las disposiciones especiales.”

Entre las disposiciones de los artículos 94 y 95, supra indicadas, de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública no existe oposición, ni la primera puede considerarse especial respecto de la segunda, porque versan sobre recaudos legales distintos. La primera da un tratamiento especial al contratista que se niega injustificadamente a la terminación por mutuo acuerdo; la segunda persigue la publicidad del procedimiento, y a la luz del artículo 17 del Reglamento sirve de medio de notificación.

A fortiori, la regla 5ª del artículo 18 del Código Civil, despeja la errónea interpretación de la reclamante en relación a que “pueda presumirse a nuestra empresa como contratista incumplido”, una vez que el Prefecto ha aclarado motivadamente en la resolución de 12 de julio de 2010, que la publicación en el portal no da lugar al efecto de inhabilitar a la compañía que se deduciría del artículo 146 del Reglamento, por fuerza de lo dispuesto por el artículo 94 numeral 7 de la ley de la materia:

“5a.- Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes;...”

Tampoco hay lugar a esta especie de presunción a que se refiere la peticionaria, en la resolución de 29 de junio de 2010, porque esta dice en forma expresa: “Téngase en cuenta, para todos los efectos de ley, lo

Pichincha
CERTIFICADO QUE ES FIEL
COPIA DEL ORIGINAL
QUITO, 17 SET. 2010
SECRETARÍA GENERAL
María Vázquez Contrado

dispuesto en el artículo 94, numeral 7 última oración, de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.”

2.9. En lo sustancial procede considerar que la reclamante, compañía Constructora Andrade Gutiérrez S. A., pide la eliminación de la publicación de las resoluciones en el portal compras de públicas, aduciendo o alegando incompetencia del Prefecto para expedir la declaratoria de terminación unilateral y anticipada del contrato celebrado el 10 de julio de 1998 para la ejecución del Proyecto de Riego Tabacundo, y que tal acción sin las debidas motivaciones y justificaciones permite que pueda presumirse a la empresa como contratista incumplido, causándole un intolerable perjuicio adicional y consecuente daño moral. En síntesis, la reclamante radica su petición en incompetencia, falta de motivación, y falta de justificación en el acto del órgano administrativo Prefecto de Pichincha. Argumentaciones, observaciones o alegaciones completamente infundadas; asunto que considero nuevamente, en el numeral subsiguiente (2.9) de esta resolución.

2.9. El reclamo es fundamentado por la peticionaria en incompetencia, del Prefecto de Pichincha, citando como antecedente los autos de la Primera Sala del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo, de 4 de junio de 2010, 23 de julio de 2010 y de 20 de agosto de 2010, en el juicio que por resolución del contrato sigue la contratista en contra del H. Consejo Provincial de Pichincha.

Al respecto, el Prefecto de la Provincia de Pichincha, en su calidad de máxima autoridad en el procedimiento de terminación unilateral ha motivado extensamente sus resoluciones en relación a la impugnación de la contratista basada en falta de competencia del Prefecto por haberse radicada ésta en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. La Primera Sala del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo ha resuelto que la petición de la contratista se considere un incidente que conforme el artículo 42 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa deberá ser resuelto en sentencia. La disposición invocada por el Tribunal Contencioso Administrativo es en todo concordante con otras normas del ordenamiento jurídico de la República tales las que obran de los artículos 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y 68 y 124 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva que instauran en el ordenamiento en forma positiva las presunciones de legalidad, legitimidad, ejecutoriedad y ejecutividad de los actos administrativos. Los autos del Tribunal de 23 de julio de 2010 y de 20 de agosto de 2010, no cambia los fundamentos de hecho y de derecho de la

Pichincha
CERTIFICADO QUE ES FIEL
COPIA DEL ORIGINAL

QUITO, 17 SET. 2010

Maria Vasconez Contrado
SECRETARIA GENERAL

declaratoria de terminación unilateral del contrato ni de la resolución que aclara su sentido y niega la petición de revocatoria, ni suspenden o inhiben la potestad administrativa del Prefecto como órgano administrativo competente en el procedimiento de terminación unilateral, por lo que, no hay fundamento para revisar la declaratoria de terminación unilateral del contrato en razón de incompetencia.

Para mayor abundamiento sobre la independencia de las funciones del Estado, procede recalcar que al tenor del artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, los jueces resuelven de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso:

“Art. 19.- PRINCIPIOS DISPOSITIVO, DE INMEDIACION Y CONCENTRACION.- Todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada. Las juezas y jueces resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley.”

En materia contencioso administrativa, los jueces no pueden contrariar los principios dispositivos, de intermediación y concentración, y en forma indubitable, existiendo normas jurídicas de rango de ley orgánica que tutelan la ejecutoriedad y ejecutividad del acto de terminación unilateral de los contratos administrativos, en el artículo 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública:

“La resolución de terminación unilateral no se suspenderá por la interposición de reclamos o recursos administrativos, demandas contencioso administrativas, arbitrales o de cualquier tipo o de acciones de amparo de parte del contratista.”

2.10. En especial se considera:

2.10.1. La letra d) del numeral 29 del artículo 66 de la Constitución manda:

d) Que ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley.

Y, el artículo 226 de la misma Carta, instauro en el ordenamiento jurídico el principio de legalidad de los actos de los poderes públicos, a través de la relación de competencia, a la que el funcionario debe sujetarse y está obligado a ejercer.

En consecuencia, el cumplimiento de la ley, en el Estado de Derecho, es institución sin excepción que caracteriza y fundamenta el Régimen Republicano.

SECRETARÍA GENERAL
Pichincha
CERTIFICADO QUE ES FIEL
COPIA DEL ORIGINAL

QUITO, 17 SET. 2010

Maria Vasquez Contrado
SECRETARIA GENERAL

La motivación del acto y por ende la justificación del mismo, se encuentra del mismo modo extensa, minuciosa y expresamente desarrollada en el texto de la resolución de terminación unilateral del contrato y de la resolución aclaratoria.

Habiendo sido resuelto el recurso horizontal, además, el H. Consejo Provincial de Pichincha ha resuelto inadmitir el recurso vertical interpuesto por la reclamante, en razón de incompetencia para conocer en el fondo y en la forma la apelación.

Se concluye, por todo lo expuesto, que no asiste razón jurídica a la reclamante para exigir la exclusión de la publicación ni para insistir en su alegación de incompetencia y falta de justificación del acto.

2.11. La petición de certificación de documentos del expediente es conforme a Derecho, según lo disponen los artículos 5 y 9 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, y debe concederse en el término perentorio de diez días contados desde la fecha de recepción de la solicitud, con autorización del señor Prefecto, como lo preceptúa el artículo 160 de la Ley de Régimen Administrativo.

III

Motivación

Revisado el expediente administrativo se verifica la observancia del debido proceso, la legalidad y validez del procedimiento y la competencia del Prefecto de la Provincia de Pichincha, por lo que, por lo méritos del expediente, en forma motivada, conforme lo disponen la Constitución de la República y la Ley de Modernización del Estado en sus artículos 76 numeral 7 literal l) y 31, respectivamente, en ejercicio de las facultades ejecutivas que le confieren los artículos 240, inciso segundo, de la Constitución de la República del Ecuador, 37 y 39 letras c) d) y m) de la Ley de Régimen Provincial y 6 numeral 16 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y con fundamento en las disposiciones legales de todo orden antes invocadas en relación de pertinencia con los hechos y actos correspondientes, y en especial las normas, principios, preceptos y mandatos invocados en el numeral 2.10 de la presente Resolución; se pasa a resolver, en aplicación del Derecho constitucional administrativo de la República del Ecuador.

Resuelve

1. _____ Negar la petición de eliminar del Portal www.compraspublicas.gov.ec, las resoluciones de 29 de junio de 210 y 12 de julio de 2010, expedidas en el procedimiento de terminación unilateral del contrato suscrito con la compañía Constructora Andrade Gutiérrez S.A. el 10 de julio de 1998 para la construcción de las obras del Canal de Riego Tabacundo, en consideración a la fuerza y razón jurídica que emanan del artículo 94 numeral 7 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en concordancia debida e integración normativa con el artículo 95 de la misma y los artículos 13 numeral 12 y 17 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y porque en ambas resoluciones se ha considerado con especial diligencia y de modo expreso en la parte resolutive lo que dispone el artículo 94, numeral 7, última oración, precautelando los derechos de la compañía Constructora Andrade Gutiérrez S.A., así como los hechos, actos y normas aplicables al procedimiento administrativo y al debido proceso.

2. _____ Inadmitir la insistencia en la alegación de incompetencia de esta Autoridad y falta de justificación del acto administrativo de declaratoria de terminación unilateral, en el Procedimiento de Terminación Unilateral del Contrato suscrito con la peticionaria para la ejecución del proyecto Canal de Riego Tabacundo el 10 de julio de 1998, y su complementario, por improcedente y contraria a la división de funciones y asignación de competencias, base de la organización político y administrativa del Estado de Derecho, y a la legalidad, legitimidad, ejecutoriedad y ejecutividad de los actos administrativos, conforme consta de la motivación de las resoluciones de 29 de junio de 210 y 12 de julio de 2010, correspondientes al procedimiento aludido y de la presente, y en razón de no haberse producido hecho u acto que sustente revisión de lo dispuesto por esta Autoridad.

3. _____ Notifíquese a la contratista, compañía CONSTRUCTORA ANDRADE GUTIÉRREZ S.A., en el domicilio de la compañía, con la presente resolución.

Pichincha
CERTIFICADO QUE ES FIEL
COPIA DEL ORIGINAL

QUITO, 17 SET. 2010

Maria Vásquez Collado
SECRETARIA GENERAL

El Director de Contratación Pública practicará la notificación y comunicará por escrito esta resolución al Instituto Nacional de Contratación Pública INCOP, para su publicación en el portal de compras públicas, y sentará la razón respectiva.

4. _____ Confiéranse por Secretaría General, debidamente certificados los documentos solicitados, en forma inmediata, dentro del término de ley.

El expediente cerrado; ejecutoriada esta resolución, archívese.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Dada en Quito, a los 13 días del mes de septiembre de 2010.

Eco. Gustavo Baroja Narváez.
PREFECTO PROVINCIAL DE PICHINCHA.



GOBIERNO DE LA PROVINCIA
Pichincha
CERTIFICO QUE ES FIEL
COPIA DEL ORIGINAL

QUITO, 17 SET. 2010

.....
María Vásconez Conrado
SECRETARIA GENERAL