

Resolución Nro. APG-APG-2020-046-R

Guayaquil, 04 de agosto de 2020

AUTORIDAD PORTUARIA DE GUAYAQUIL

EL GERENTE DE AUTORIDAD PORTUARIA DE GUAYAQUIL

CONSIDERANDO:

Que, mediante Decreto - Ley de Emergencia No. 15 del 10 de abril de 1958, publicado en el Registro Oficial No. 486 del 12 de abril de 1958, y reformado con Decreto – Ley de Emergencia No. 1 de 17 de diciembre de 1959, publicado en el Registro Oficial No. 95 de igual fecha, se creó la Autoridad Portuaria de Guayaquil, como una Entidad Autónoma con personería jurídica, patrimonio y fondos propios y plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, que de conformidad con lo determinado en la Ley General de Puertos y en la Ley de Régimen Administrativo Portuario Nacional es una Entidad de Derecho Público sujeta a sus disposiciones;

Que, el artículo 21 de la Ley de la Autoridad Portuaria de Guayaquil en concordancia con el artículo 12 de la Ley de Régimen Administrativo Portuario Nacional, determina que el Gerente será el órgano administrativo de dicha entidad y tendrá representación legal en todos los asuntos judiciales y extrajudiciales que tengan relación con la misma;

Que, el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador, prescribe: “...*El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes...*”;

Que, el artículo 225 de la Constitución de la República señala que el sector público comprende, entre otros, a: “...3) *Los organismos y entidades creados por la Ley para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado...*”;

Que, Autoridad Portuaria de Guayaquil, es una institución parte del sector público, conforme lo dispuesto en el artículo 225 de la Constitución de la República del Ecuador, que se rige en cuanto a su organización y administración, por las disposiciones contenidas en la Ley General de Puertos, la Ley de Régimen Administrativo Portuario Nacional y demás disposiciones que le son aplicables conforme la Constitución y la ley;

Que, el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador dispone que: “*Las instituciones del Estado, sus organismos dependencias las servidoras y servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que le 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 el ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución*”;

Que, el artículo 227 de la antedicha Carta Magna, dispone: “...*La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación...*”;

Que, con fecha 07 de enero de 2019, se suscribió entre Autoridad Portuaria de Guayaquil y la compañía DIGECONSA S.A., el Contrato Nro. 001-2019 para la “**FISCALIZACIÓN Y REVISIÓN DE LAS OBRAS CIVILES PORTUARIAS MARÍTIMAS PARA EL DESARROLLO, CONSTRUCCIÓN**”

Resolución Nro. APG-APG-2020-046-R

Guayaquil, 04 de agosto de 2020

Y MANTENIMIENTO DE INSTALACIONES; EL DRAGADO, CONSTRUCCIÓN Y MANTENIMIENTO DE UN CANAL DE NAVEGACIÓN DE ACCESO HASTA POSORJA; ASÍ COMO DE LA CARRETERA QUE UNE PLAYAS Y POSORJA VÍA EL MORRO EN LA PROVINCIA DEL GUAYAS Y LA OPERACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DEL PUERTO DE AGUAS PROFUNDAS DE POSORJA", con un plazo de 8 meses (240 días), contados a partir del pago del anticipo y por un monto de USD 1.441.519.47 (UN MILLÓN CUATROCIENTOS CUARENTA Y UN MIL QUINIENTOS DIECINUEVE CON 47/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA) más IVA;

Que, en la cláusula Décima Cuarta, numeral 14.1, del Contrato Nro. 001-2019, se designó como Administrador del Contrato, *"persona con quien DIGECONSA, deberá canalizar y coordinar todas y cada una de las obligaciones contractuales aquí convenidas"*, al Ing. Guillermo Pacheco, Ingeniero de la Sección Construcciones de Autoridad Portuaria de Guayaquil;

Que, mediante Oficio Nro. 001-2019-121, de fecha 29 de agosto de 2019, el Ing. Douglas Alejandro, Gerente General de DIGECONSA S.A., manifiesta al Administrador del Contrato Nro. 001-2019, lo siguiente: *"En contestación a su oficio Nro. APG-DTEC-2019-000067-O de fecha 29 de agosto de 2019 en el cual nos solicita que presentemos un informe técnico económico y pronunciamiento a los dos proyectos de ingeniería presentados por DP WORLD POSORJA, para lo cual nos adjunta el Oficio No. DPWP LEG 186 2019, Oficio No. DPWP LEG 198 2019 y Oficio No. DPWP LEG 196 2019 (...) Esta fiscalización considera que es factible realizar dichos trabajos para mejorar y optimizar el atracado y la operatividad en el muelle, la construcción del retorno beneficiara a los habitante de Playas y El Morro para lo cual se estima que los trabajos de ampliación de 67.5 metros de muelle y trabajos de construcción del Retorno en el Km 4+120 e intersección hacia Playas tomaran entre 6 y 7 meses, lo cual requieren acompañamiento de una fiscalización tal como se hizo en la etapa previa"*;

Que, mediante Memorando Nro. APG-DTEC-2019-000465-M, de fecha 30 de agosto de 2019, el Administrador del Contrato Nro. 001-2019, adjunta un informe fechado a 30 de agosto de 2019, en el cual *"...recomienda aprobar la elaboración de un contrato complementario que permita continuar con los trabajos de fiscalización de las construcciones adicionales planteadas por el Gestor Privado. Disponer la elaboración del contrato complementario, dentro de la norma legal vigente para este contrato, conforme lo indica Cláusula DÉCIMA TERCERA (sic)"*, del acuerdo de voluntades celebrado el 07 de enero de 2019;

Que, el Administrador del Contrato, en su informe de revisión de propuesta adjunto al Memorando Nro. APG-DTEC-2019-000465-M, expresó que *"El valor que se recomienda que se acepte para la elaboración del contrato complementario es de \$ 1.178.301,22 (un millón ciento setenta y ocho mil trescientos uno 22/100) sin IVA"*;

Que, con fecha 30 de agosto de 2019, se firmó entre Autoridad Portuaria de Guayaquil y DIGECONSA S.A., el Contrato Complementario No. 01 al **"CONTRATO DE FISCALIZACIÓN Y REVISIÓN DE LAS OBRAS CIVILES PORTUARIAS MARÍTIMAS PARA EL DESARROLLO, CONSTRUCCIÓN, MANTENIMIENTO DE INSTALACIONES; DRAGADO, CONSTRUCCIÓN Y MANTENIMIENTO DE UN CANAL DE NAVEGACIÓN DE ACCESO HASTA POSORJA; ASÍ COMO DE LA CARRETERA QUE UNE PLAYAS Y POSORJA VÍA EL MORRO, EN LA PROVINCIA DEL GUAYAS; Y LA OPERACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DEL PUERTO DE AGUAS PROFUNDAS DE POSORJA"**, por un precio de USD 1.178.301,22, con un plazo de 7 meses (210 días), contados a partir de su suscripción;

Que, mediante Oficio Nro. APG-APG-2019-000343-O, de 03 de septiembre de 2019, el entonces Gerente de la institución, en virtud de la autorización de licencia sin remuneración otorgada a través de

Resolución Nro. APG-APG-2020-046-R**Guayaquil, 04 de agosto de 2020**

Memorando Nro. APG-UATH-2019-000443-M al Ing. Guillermo Pacheco, Administrador del Contrato Nro. 001-2019, designó al Ing. Medardo Sánchez como Administrador Temporal del mismo, por el periodo comprendido desde el 01 de septiembre hasta el 30 de septiembre de 2019;

Que, mediante Oficio Nro. APG-DTEC-2019-000076-O, de fecha 20 de septiembre de 2019, el Ing. Medardo Sánchez, Administrador del Contrato, notificó al Gerente General de la fiscalizadora DIGECONSA S.A., "...la suspensión del Contrato Complementario al Contrato Nro. 001-2019 suscrito entre Autoridad Portuaria de Guayaquil y su representada el 30 de agosto de 2019 cuyo objeto es la fiscalización de la **"ampliación de 67.5 metros de muelle y trabajos de construcción del Retorno en el Km 4+120 e intersección hacia Playas"**, toda vez que no se ha emitido por parte de las Autoridades competentes el dictamen favorable para que la delegataria DP WORLD Posorja inicie los trabajos relacionados al objeto del Contrato Complementario..." "Adicionalmente, se solicita realizar un alcance al informe contenido en el Oficio Nro. 001-2019-121 de fecha 29 de agosto de 2019, lo cual justifique dentro del marco técnico y económico la viabilidad de la ampliación de 67,5 metros de muelle y trabajos de construcción del retorno en el KM 4+120 e intersección hacia Playas, para lo que además, será necesario la elaboración de un cronograma valorado de trabajo y el justificativo detallado de la necesidad de ampliar este contrato por el plazo de siete meses, considerando que el contrato principal se encuentra vigente hasta el 02 de noviembre de 2019, y dentro del alcance del mismo se encuentra la ejecución del proyecto integral tanto de la carretera como del muelle..."

Esta notificación, se produjo en cumplimiento de la sumilla insertada por la Gerente, encargada, al Informe Técnico emitido mediante Memorando Nro. APG-DTEC-2019-000487-M, el 19 de septiembre de 2019, donde le instruye:

"Autorizado, Favor proceder con el trámite respectivo."

Que, mediante Oficio No. DPWP LEG 232 2019, de 23 de septiembre de 2019, el Apoderado Especial de DPWORLD POSORJA S.A., se dirige a la máxima autoridad de APG, en estos términos: "...Siendo que DPW presentó las solicitudes mediante oficios No. DPWP LEG 186 2019 el 14 de agosto del 2019, y el No. DPWP LEG 196 2019 del 22 de agosto de 2019, para la correspondiente aprobación del Alcance al Proyecto Técnico Definitivo con relación al Proyecto Vía y Proyecto TPPP; consulto a la Entidad Delegante si ésta ha dado aprobación a dichas peticiones...";

Que, mediante Oficio Nro. APG-APG-2019-000433-O, de fecha 31 de octubre de 2019, el Gerente en funciones, pone en conocimiento del Gerente General de DPWORLD POSORJA S.A., lo siguiente: "Una vez revisada la documentación técnica entregada por su representada y aprobada por la Dirección Técnica de esta entidad, comunico a usted, que las obras que se detallan a continuación han sido aprobadas y autorizadas para su inicio de construcción. Construcción de 67.5 metros adicionales de muelle de la Terminal de Aguas Profundas de Posorja. Retorno en la nueva Carretera Playas – El Morro – Posorja para permitir el acceso a Playas...";

Que, mediante Memorando Nro. APG-DTEC-2019-000595-M, emitido el 19 de noviembre de 2019, el Ing. Guillermo Pacheco, reintegrado a sus funciones como Administrador del Contrato Nro. 001-2019, indica: "...Con la aprobación de las dos obras complementarias para el Puerto de Aguas Profundas de Posorja, requiere contar con un control de un equipo técnico especializado tanto en campo con en oficinas, por lo que es necesario levantar la suspensión del plazo del contrato complementario No. 01-2019. Así mismo, este contrato complementario al contrato No. 001-2019, es necesario porque con este, se extienden las actividades de control de las obras de DP World Posorja, toda vez que existen, adicional a las dos obras en el muelle y en el retorno de la carretera, actividades de monitoreo, y de implementación de obras de las diferentes etapas de la terminal marítima, así como datos técnicos importantes para la documentación, registro y contraste de datos, de diseño e información técnica. Es

Resolución Nro. APG-APG-2020-046-R**Guayaquil, 04 de agosto de 2020**

decir, el contrato complementario no es únicamente para fiscalizar las dos obras complementarias aprobadas por la Gerencia de APG, sino para realizar una serie de actividades no contempladas en el contrato principal. Se debe incluir en el contrato complementario, lo determinado en los puntos 1, 2, 3 y 4 establecido en el componente “REVISION DE CONTRATO COMPLEMENTARIO” del presente informe...”;

Que, mediante sumilla ingresada en el Memorando Nro. APG-DTEC-2019-000595-M, el Gerente de Autoridad Portuaria de Guayaquil dispone al Director de Asesoría Jurídica: “...su revisión, análisis e informe pertinente conforme a las leyes, reglamentos y demás normativa aplicable.”;

Que, mediante Memorando Nro. APG-UAJ-2019-000537-M, de fecha 05 de diciembre de 2019, dirigido al Gerente de Autoridad Portuaria de Guayaquil, el Director de Asesoría Jurídica, emite un *Informe y recomendaciones en relación al Contrato de Fiscalización* entre APG y DIGECONSA S.A., y extiende las siguientes conclusiones y recomienda:

“...Con los antecedentes expuestos, esta Dirección de Gestión de Asesoría Jurídica, una vez que ha procedido a la revisión pormenorizada del presente proceso y de conformidad a la normativa descrita en el numeral 3 de este informe, es del criterio de que el Contrato Principal, suscrito el 7 de enero de 2019, y el Complementario No. 1 de Fiscalización suscrito entre Autoridad Portuaria de Guayaquil y la compañía DIGECONSA S.A., el 30 de agosto de 2019, al ser un contrato accesorio, deben darse por terminado, de acuerdo a lo establecido en la Cláusula Décima Quinta, numerales 15.1.2 y 15.2, del Contrato Principal de la “FISCALIZACIÓN DE LAS OBRAS CIVILES PORTUARIAS MARITIMAS PARA EL DESARROLLO, CONSTRUCCIÓN, MANTENIMIENTO DE INSTALACIONES; DRAGADO, CONSTRUCCIÓN Y MANTENIMIENTO DE UN CANAL DE NAVEGACIÓN DE ACCESO HASTA POSORJA; ASÍ COMO DE LA CARRETERA QUE UNE PLAYAS Y POSORJA VÍA EL MORRO EN LA PROVINCIA DEL GUAYAS Y LA OPERACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DEL PUERTO DE AGUAS PROFUNDAS DE POSORJA”,...en vista de todas las inconsistencias detalladas en el numeral 2 del presente informe, las cuales son insubsanables e insostenibles...”

“...2. Que se notifique a la compañía DIGECONSA S.A., sobre la decisión de terminar por mutuo acuerdo el Contrato de “FISCALIZACIÓN DE LAS OBRAS CIVILES PORTUARIAS MARÍTIMAS PARA EL DESARROLLO, CONSTRUCCIÓN, MANTENIMIENTO DE INSTALACIONES; DRAGADO, CONSTRUCCIÓN Y MANTENIMIENTO DE UN CANAL DE NAVEGACIÓN DE ACCESO HASTA POSORJA; ASÍ COMO DE LA CARRETERA QUE UNE PLAYAS Y POSORJA VÍA EL MORRO EN LA PROVINCIA DEL GUAYAS Y LA OPERACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DEL PUERTO DE AGUAS PROFUNDAS DE POSORJA”, celebrado el 7 de enero de 2019, así como el Contrato Complementario No. 1, otorgado el 30 de agosto de 2019...; y, 3. Que el expediente contractual se ponga en conocimiento de los organismos de control, para el ejercicio del control posterior determinado en la ley...”;

Que, mediante Oficio Nro. APG-APG-2019-000493-O, de fecha 27 de diciembre de 2019, el Gerente de Autoridad Portuaria de Guayaquil, exhorta a que la compañía DIGECONSA S.A. se acerque a la brevedad posible a formalizar el respectivo acuerdo de resciliación y su documentación habilitante, bajo prevenciones de ley, expresando, entre otros motivos:

“1. Con relación a los aspectos técnicos

Mediante oficio s/n de fecha 28 de agosto de 2019, el cual adjunto, el Sr. Jorge Velásquez Guedez, Gerente General de DPWORLD POSORJA S.A., comunica a Autoridad Portuaria de Guayaquil, lo siguiente: “...En vista de la futura implementación de una ingeniería que permita al Gestor Privado cobrar las tarifas del peaje para la carretera, confirmamos a ustedes que DPW está realizando el desarrollo del diseño técnico definitivo para estos efectos. Una vez concluido el respectivo desarrollo por nuestro equipo técnico, remitiremos a la Entidad Delegante la documentación con el fin de que el MTOP

Resolución Nro. APG-APG-2020-046-R**Guayaquil, 04 de agosto de 2020**

y la APG lo aprueben. Y una vez aprobado, remitiremos a ustedes el cronograma valorado correspondiente”.

Mediante Oficio Nro. APG-APG-2019-000433-O, del 31 de octubre de 2019, el actual Gerente de la entidad otorga a la delegataria DPWORLD POSORJA S.A., la aprobación de las obras objeto del contrato complementario, es decir, dos meses después de su suscripción, toda vez que éste fue celebrado el 30 de agosto de 2019. Es por esto que, con Oficio Nro. APG-DTEC-2019-000076-O del 20 de septiembre de 2019, el Ing. Medardo Sánchez Alvarado, Administrador temporal del Contrato en mención, suspende la ejecución del contrato complementario indicando lo siguiente: “(...) toda vez que no se ha emitido por parte de las Autoridades competentes el dictamen favorable para que la delegataria DP WORLD Posorja inicie los trabajos relacionados al objeto del Contrato Complementario”.

Al respecto, la Norma de Control Interno de la Contraloría General del Estado Nro. 408-19, establece entre las funciones de los fiscalizadores, las siguientes: “i) Justificar técnicamente la necesidad de efectuar modificaciones o trabajos extraordinarios en las obras bajo su supervisión; p) Verificar que el contratista **disponga de todos los diseños, especificaciones, programas de trabajo, licencias, permisos y demás documentos contractuales**”. Como es evidente, dentro del marco técnico, no era factible la suscripción de un contrato complementario, toda vez que las obras adicionales objeto de dicho instrumento jurídico, no contaban a la fecha de la firma con las aprobaciones correspondientes conforme lo determina el ordenamiento ecuatoriano (...)

Es importante mencionar que los contratos del Estado, son contratos administrativos y están regidos predominantemente por el Derecho Público, por lo tanto, se excluye la autonomía de la voluntad que preside en las relaciones jurídicas de Derecho Privado, de acuerdo al principio de legalidad consagrado en el artículo 226 de la Carta Magna, en consecuencia, cualquier acto que Autoridad Portuaria de Guayaquil realice al amparo del ejercicio de sus potestades administrativas, debe interponerse y ejecutarse enmarcado estrictamente en normas expresas, pues, la entidad Delegante no es titular de derechos individuales susceptibles de libre estipulación, sino que ejerce su representación a favor de los intereses estatales...”;

Que, mediante Oficio No. 000474-DPGY-AE-2020, notificado el 26 de febrero de 2020, la Contraloría General del Estado, remite un ejemplar del informe al Examen Especial No. DPGY-077-2019 efectuado por dicho ente de control a los procesos precontractual y contractual de gestión delegada; asociación público privada para el desarrollo, construcción, mantenimiento de instalaciones; el dragado, construcción y mantenimiento de un canal de navegación de acceso hasta Posorja, así como de la carretera que une Playas y Posorja vía el Morro, en la provincia del Guayas; y, la operación del servicio público del puerto de aguas profundas de Posorja; y, entidades relacionadas, en la Autoridad Portuaria de Guayaquil, **por el período comprendido entre el 1 de marzo de 2015 y el 28 de febrero de 2019**, dentro de los cuales formuló entre otras recomendaciones la siguiente:

“Recomendación**Al Gerente de Autoridad Portuaria de Guayaquil**

5.- Implementará mecanismos de verificación y control respecto del total de inversiones previstas en el Modelo Económico Financiero del proyecto que sirvió de base para emitir el informe de viabilidad económica financiera, a fin de garantizar la operación adecuada del Puerto, los ingresos del proyecto y las retribuciones al delegante. Adicionalmente, con la finalidad de verificar si se han cumplido las condiciones de equidad y libre competencia, y que los ingresos que el Estado percibe son equitativos y adecuados al interés público, solicitará a la Contraloría General del Estado realizar un examen a las concesiones portuarias vigentes”;

Que, mediante Memorando Nro. APG-GAJ-2020-0315-M, de fecha 06 de julio de 2020, dirigido al Gerente de Autoridad Portuaria de Guayaquil, el Director de Asesoría Jurídica, emite un Informe y

Resolución Nro. APG-APG-2020-046-R

Guayaquil, 04 de agosto de 2020

recomendaciones en relación al Contrato de Fiscalización suscrito entre APG y DIGECONSA S.A., y extiende las siguientes conclusiones y recomendaciones:

“3.1. Que se declare terminado anticipada y unilateralmente el Contrato Complementario No. 1 al “CONTRATO DE FISCALIZACIÓN Y REVISIÓN DE LAS OBRAS CIVILES PORTUARIAS MARÍTIMAS PARA EL DESARROLLO, CONSTRUCCIÓN, MANTENIMIENTO DE INSTALACIONES; DRAGADO, CONSTRUCCIÓN Y MANTENIMIENTO DE UN CANAL DE NAVEGACIÓN DE ACCESO HASTA POSORJA; ASÍ COMO DE LA CARRETERA QUE UNE PLAYAS Y POSORJA VÍA EL MORRO, EN LA PROVINCIA DEL GUAYAS; Y LA OPERACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DEL PUERTO DE AGUAS PROFUNDAS DE POSORJA”, celebrado entre Autoridad Portuaria de Guayaquil y la compañía DIGECONSA S.A., el 30 de agosto de 2019, por las causales enunciadas en los artículos 64 y 94, numeral 5, de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en concordancia con los artículos 80 de la LOSNCP; 112 y 144 de su Reglamento General; 9 del Código Civil; y, en virtud de lo dispuesto en la Norma de Control Interno No. 408-19, literales i) y p), de la Contraloría General del Estado. 3.2. Este contrato, por lo indicado en el acápite 2.11 del presente memorando, no pudo haberse ejecutado y no puede tener ningún valor que liquidar a favor de la contratista”;

Que, mediante sumilla ingresada en el Memorando Nro. APG-GAJ-2020-0315-M, de fecha 06 de julio de 2020, el Gerente de Autoridad Portuaria de Guayaquil dispone al Director de Asesoría Jurídica: *“Se acogen las recomendaciones del informe, sírvase proceder con los trámites correspondientes, previo el cumplimiento de todos los requisitos legales.”;*

Que, en virtud de que el Contrato Complementario No. 1, otorgado el 30 de agosto de 2019, quedó fuera del período de análisis del Examen Especial No. DPGY-077-2019 referido en el considerando que antecede, se requiere que la administración tome una decisión sobre su validez y continuidad, **todo vez que ha permanecido suspendido** desde la notificación formulada vía Oficio Nro. APG-DTEC-2019-000076-O, de fecha 20 de septiembre de 2019;

Que, la letra l) del numeral 7, del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador establece lo siguiente: *“...l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho...”;*

Que, el CÓDIGO ORGÁNICO ADMINISTRATIVO, publicado en el Registro Oficial Suplemento Nro. 31 de fecha 07 de julio del 2017, estableció en los artículos:

“...Art. 23.- Principio de racionalidad. La decisión de las administraciones públicas debe estar motivada...”; y, *“...Art. 100.- Motivación del acto administrativo. En la motivación del acto administrativo se observará: 1. El señalamiento de la norma jurídica o principios jurídicos aplicables y la determinación de su alcance; 2. La calificación de los hechos relevantes para la adopción de la decisión, sobre la base de la evidencia que conste en el expediente administrativo; 3. La explicación de la pertinencia del régimen jurídico invocado en relación con los hechos determinados. Se puede hacer remisión a otros documentos, siempre que la referencia se incorpore al texto del acto administrativo y conste en el expediente al que haya tenido acceso la persona interesada. Si la decisión que contiene el acto administrativo no se deriva del procedimiento o no se desprende lógicamente de los fundamentos expuestos, se entenderá que no ha sido motivado...”;*

Que, el artículo 4 del Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los Actos de la Administración Pública, establece que: *“Siempre que la administración dicte actos administrativos es requisito indispensable que motive su decisión...”;*

Resolución Nro. APG-APG-2020-046-R

Guayaquil, 04 de agosto de 2020

Que, el artículo 288 de la Carta Magna dispone que: "*Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas*";

Que, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en su artículo 3 señala que *en las contrataciones que se financien con fondos reembolsables o no reembolsables provenientes de financiamiento de gobierno a gobierno..., se observará lo acordado en los respectivos convenios. Lo no previsto en dichos convenios se regirá por las disposiciones de esta Ley*;

Que, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en el artículo 4 dispone que su aplicación y de los contratos que de ella se deriven, se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad, participación nacional; y, se interpretarán y ejecutarán tomando en cuenta la necesidad de precautelar los intereses públicos y la debida ejecución del contrato;

Que, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en su artículo 64 prescribe que *si se celebrare un contrato contra expresa prohibición de esta Ley, la máxima autoridad de la Entidad Contratante podrá declarar en forma anticipada y unilateral la terminación del contrato, sin que proceda reconocer indemnización alguna al contratista. A partir de la fecha en que se declare la terminación unilateral, la institución contratante se abstendrá de realizar cualquier pago en razón del contrato, salvo el que resultare de la liquidación que se practicará*;

Que, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en el artículo 80 señala: "*El supervisor y el fiscalizador del contrato son responsables de tomar todas las medidas necesarias para su adecuada ejecución, con estricto cumplimiento de sus cláusulas, programas, cronogramas, plazos y costos previstos. Esta responsabilidad es administrativa, civil y penal según corresponda*";

Que, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en su artículo 94, numeral 5, expresa que la Entidad Contratante podrá declarar terminada anticipada y unilateralmente los contratos a que se refiere esta Ley, en los siguientes casos: "*5. Por haberse celebrado contratos contra expresa prohibición de esta Ley...*";

Que, el Reglamento General de la LOSNCP, en su artículo 112 añade que los contratos se regulan por las normas de dicha Ley, las disposiciones de su Reglamento General, la normativa que emita el SERCOP, y, supletoriamente, por las disposiciones del Código Civil en lo que sean aplicables;

Que, el Código Civil, en el artículo 9, nos enseña que: "*Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor...*". Fundamental es recordarlo, puesto que la contratista no pudo haber ejecutado el Contrato Complementario No. 1 otorgado el 30 de agosto de 2019, suspendido desde el 20 de septiembre de 2019, dado que las obras objeto de la fiscalización recién se aprobaron el 31 de octubre de 2019. Nada puede reclamar la fiscalizadora, y así lo ratifica el artículo 64 de la LOSNCP, por cuanto lo que vicia el contrato complementario es de su exclusiva responsabilidad;

Que, el Código Civil, en su artículo 1454 define al contrato y señala que: "*Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas*";

Que, el artículo 1478 del Código Civil, determina que: "*Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano*";

Resolución Nro. APG-APG-2020-046-R

Guayaquil, 04 de agosto de 2020

Que, el artículo 1561 del Código Civil, preceptúa: *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*;

Que, la Norma de Control Interno No. 408-19, contenida en el Acuerdo Nro. 039 de la Contraloría General del Estado, establece como funciones de los fiscalizadores: *i) Justificar técnicamente la necesidad de efectuar modificaciones o trabajos extraordinarios en las obras bajo su supervisión; y, p) Verificar que el contratista disponga de todos los diseños, especificaciones, programas de trabajo, licencias, permisos y demás documentos contractuales;*

Que, es evidente que en el Oficio Nro. 001-2019-121, de fecha 29 de agosto de 2019, suscrito por el representante legal de la fiscalizadora DIGECONSA S.A., no se cumplieron los requerimientos de los artículos 80 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; 144 de su Reglamento General; y, Norma de Control Interno 408-19, literales i) y p). Tal es así, que el objeto de la fiscalización consistente en **“ampliación de 67.5 metros de muelle y trabajos de construcción del Retorno en el Km 4+120 e intersección hacia Playas”**, recién fue aprobado mediante Oficio Nro. APG-APG-2019-000433-O del 31 de octubre de 2019, es decir, dos meses después de la firma del Contrato Complementario No. 1. Sin embargo, la contratista aseveró en su Oficio Nro. 001-2019-121, en estos términos: *“Esta fiscalización considera que es factible realizar dichos trabajos para mejorar y optimizar el atracado y la operatividad en el muelle”*, incumpliendo el precitado ordenamiento jurídico ecuatoriano;

Que, de conformidad a lo previsto en los artículos 64 y 94 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, es procedente emitir la respectiva resolución de Terminación Unilateral y Anticipada, del Primer Contrato Complementario al Contrato Nro. 001-2019 para la **“FISCALIZACIÓN Y REVISIÓN DE LAS OBRAS CIVILES PORTUARIAS MARÍTIMAS PARA EL DESARROLLO, CONSTRUCCIÓN Y MANTENIMIENTO DE INSTALACIONES; EL DRAGADO, CONSTRUCCIÓN Y MANTENIMIENTO DE UN CANAL DE NAVEGACIÓN DE ACCESO HASTA POSORJA; ASÍ COMO DE LA CARRETERA QUE UNE PLAYAS Y POSORJA VÍA EL MORRO EN LA PROVINCIA DEL GUAYAS Y LA OPERACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DEL PUERTO DE AGUAS PROFUNDAS DE POSORJA”**, por haber incurrido en el numeral 5 del artículo 94 de la LOSNCP;

Por los antecedentes expuestos y de conformidad a las facultades previstas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en concordancia con su Reglamento General, y en uso de las atribuciones legales referidas:

RESUELVE:

Artículo 1.- DECLARAR la Terminación Anticipada y Unilateral del Primer Contrato Complementario al Contrato Nro. 001-2019 para la **“FISCALIZACIÓN Y REVISIÓN DE LAS OBRAS CIVILES PORTUARIAS MARÍTIMAS PARA EL DESARROLLO, CONSTRUCCIÓN Y MANTENIMIENTO DE INSTALACIONES; EL DRAGADO, CONSTRUCCIÓN Y MANTENIMIENTO DE UN CANAL DE NAVEGACIÓN DE ACCESO HASTA POSORJA; ASÍ COMO DE LA CARRETERA QUE UNE PLAYAS Y POSORJA VÍA EL MORRO EN LA PROVINCIA DEL GUAYAS Y LA OPERACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DEL PUERTO DE AGUAS PROFUNDAS DE POSORJA”**, suscrito entre Autoridad Portuaria de Guayaquil y la compañía DIGECONSA S.A., toda vez que ha incurrido en el numeral 5 del artículo 94 de la LOSNCP, justificado en los antecedentes que sustentan el presente documento, y que son parte inherente de este acto administrativo.

Resolución Nro. APG-APG-2020-046-R**Guayaquil, 04 de agosto de 2020**

El contrato cuya terminación anticipada y unilateral se declara por este acto, no tuvo ejecución alguna, puesto que fue suspendido por decisión de la máxima autoridad el 20 de septiembre de 2019, mientras que las obras que dicho convenio pretendía fiscalizar, se aprobaron mediante Oficio Nro. APG-APG-2019-000433-O el 31 de octubre de 2019.

Consecuente con el hecho de que no hubo ninguna ejecución del contrato complementario, al tenor de lo dispuesto en los artículos 14 y 18 del Código Orgánico Administrativo que habla de las potestades discrecionales, en concordancia con el artículo 43 de la Codificación de Resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública, publicada en el Registro Oficial Edición Especial 245 del 29 de enero de 2018, el cual indica que es "...de responsabilidad exclusiva de las entidades contratantes declarar a un adjudicatario como fallido o a un contratista como incumplido, dentro de lo que establece la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General...", no se inscribirá a la contratista DIGECONSA S.A., como incumplida.

Artículo 2.- DISPONER que a través de los servidores que oportunamente designará esta Gerencia, se practique la liquidación referida en el artículo 64 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, tomando en consideración los intereses estatales y lo señalado en el segundo párrafo del Artículo 1 de la presente Resolución.

Artículo 3.- DISPONER a la Dirección de Gestión de Servicios Institucionales de esta entidad a través de su Unidad de Sistemas, la publicación de la presente Resolución en el portal institucional de Autoridad Portuaria de Guayaquil www.puertodeguayaquil.gob.ec.

Artículo 4.- DISPONER que la garantía de fiel cumplimiento entregada en virtud del contrato complementario cuya terminación se ordena, sea devuelta una vez que se cumplan los requisitos previstos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General, habida cuenta de que existe un contrato principal de fiscalización (Contrato Nro. 001-2019) en etapa de ejecución.

Artículo 5.- NOTIFICAR con el contenido de la presente resolución a la compañía **DIGECONSA S.A.**, por cualquiera de los medios permitidos por el ordenamiento jurídico, en las direcciones y/o domicilios consignados en el Contrato Nro. 001-2019 de 07 de enero de 2019.

La presente resolución entrará en vigencia a partir de su expedición, sin perjuicio de las publicaciones ordenadas por ley, y no se suspenderá por interposición de recurso alguno con arreglo a lo prescrito en el artículo 95, segundo inciso, de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Cúmplase y notifíquese.-

Documento firmado electrónicamente

Sr. Héctor Hugo Plaza Subía
GERENTE

Referencias:

- APG-GAJ-2020-0315-M



Resolución Nro. APG-APG-2020-046-R

Guayaquil, 04 de agosto de 2020

Copia:

Señor Arquitecto
Francisco Javier Jaramillo Castillo
Asesor

Señor Abogado
Andres Fernando Tapia Faggioni
Director de Asesoría Jurídica

Señorita Economista
Ana María Rodríguez Valarezo
Directora de Gestión Administrativa

Señorita Licenciada
Luz Alexandra Nevárez Tello
Digitalizadora y Archivo

leva/afth