

Memorando Nro. UNAEP-JCONTR-2018-0026-M

Guayaquil, 05 de junio de 2018

PARA: Sr. Mgs. Paulo Arturo Proaño Andrade
Gerente General

ASUNTO: Terminación unilateral contrato Nro. R3GENC-UNAEP-007-2016

De mi consideración:

Por disposición del Gerente Jurídico procedo a atender el memorando Nro. UNAEP-DTCI-2018-0129-M, de fecha 17 de mayo del 2018, suscrito por el Ing. Iván Goottman, Administrador del Contrato Nro. R3GENC-UNAEP-007-2016, quien solicita las directrices para cerrar el contrato en referencia; al respecto, en virtud de la Norma de Control Interno Nro. 401-03 Supervisión, manifiesto lo siguiente:

1.- ANTECEDENTES.-

1.1.- Que, con fecha 08 de agosto del año 2016 se celebra entre la empresa Unidad Nacional de Almacenamiento UNA EP y la compañía IN. CAR. PALM. INDUSTRIA CARTONERA PALMAR S.A., el Contrato de Adquisición de Bienes Nro. R3GENC-UNAEP-007-2016, cuyo objeto fue suministrar y entregar cajas de catón para empaque de banano y otras musáceas para exportación, por un monto de USD \$ 1'379,048.00 y con un plazo de 365 días contados desde la notificación de inicio de la ejecución contractual.

1.2.- Con memorando Nro. UNAEP-GJ-2016-0842-M, de fecha 16 de agosto del 2016, se designa al señor Ing. Iván Goottman Alvarado, como Administrador del Contrato R3GENC-UNAEP-007-2016.

1.3.- Mediante memorando Nro. UNAEP-DTCI-2018-0004-M, de fecha 25 de enero del 2018, dirigido al Gerente Jurídico, suscrito por el Ing. Iván Goottman Alvarado, en calidad de Administrador del Contrato R3GENC-UNAEP-007-2016, señala en los puntos 8 y 9 lo siguiente:

"8.- Se ha insistido personalmente y por vía de correo institucional para poder cerrar el Contrato Nro. R3GENC-UNAEP-007-2016 de "ADQUISICIÓN DE CAJAS DE CARTÓN PARA EMPAQUE DE BANANO Y OTRAS MUSACEAS PARA EXPORTACIÓN" con la Compañía IN. CAR. PALM. INDUSTRIA CARTONERA PALMAR S.A., quién manifiesta que NO firma ningún documento hasta que NO se le cancele una deuda pendiente que tiene la UNA EP con ellos por Cartón de Exportación;

9.- Estos valores por catón de exportación que está cobrando la Compañía IN. CAR. PALM INDUSTRIA CARTONERA PALMA S.A., a la Empresa Pública Unidad Nacional de Almacenamiento UNA EP, NO corresponden al Contrato Nro.

Memorando Nro. UNAEP-JCONTR-2018-0026-M

Guayaquil, 05 de junio de 2018

R3GENC-UNAEP-007-2016 de "ADQUISICIÓN DE CAJAS DE CARTÓN PARA EMPAQUE DE BANANO Y OTRAS MUSÁCEAS PARA EXPORTACIÓN", ya que de acuerdo a lo expuesto anteriormente este Contrato no se ejecutó.

(El énfasis me pertenece)

1.4.- A través del memorando Nro. UNAEP-GJ-2018-0029-M, de fecha 15 de febrero del 2018, dirigido al Mgs. Paulo Andrade Proaño, Gerente General UNA EP, suscrito por el Gerente Jurídico, se da atención al memorando citado en el párrafo que antecede, concluyendo en su parte pertinente, lo siguiente:

"(...) considerando lo mencionado por el administrador del contrato, esto es, que el contrato no llegó a ejecutarse toda vez que la adquisición de CAJAS DE CARTÓN PARA EL EMPAQUE DE BANANO Y OTRAS MUSÁCEAS PARA EXPORTACIÓN no estaría ya dentro de las necesidades de la UNA EP, en virtud de la exportación de banano a China, como resultado del rompimiento de relaciones comerciales entre esta empresa pública y GLOBEXIM, el suscrito recomienda, en apego al principio de oportunidad y al Art. 93 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, gestionar la terminación por mutuo acuerdo del contrato R3GENC-UNAEP-007-2016, notificando a la Contratista IN. CAR. PALM. INDUSTRIA CARTONERA PALMAR S.A. y concediéndole el término de diez días para que suscriba el acta resultante evidenciando la terminación por mutuo acuerdo del citado contrato.

No obstante, si existe alguna negativa por parte del contratista se deberá proceder con la terminación unilateral del mismo, de conformidad con el numeral 7 del Art. 93 de la prenombrada ley, toda vez que no es procedente la negativa del contratista de no suscribir actas, como consecuencia de los valores que le adeuda la UNA EP, mismos que no guardan relación alguna con el contrato en cuestión."

1.5.- Mediante oficio s/n de fecha 05 de marzo del 2018, el Ing. Iyan Goottman Alvarado, Administrador del Contrato Nro. R3GENC-UNAEP-007-2016, comunica al Ing. José Anuar Millán Abadía, Gerente General de IN. CAR. PALM INDUSTRIA CARTONERA PALMAR S.A., la terminación de contrato por mutuo acuerdo, solicitando se señale la fecha en la cual se suscribirá el acta respectiva.

1.6.- Con oficio s/n de 19 de marzo del 2018, suscrito por la Ab. Cecilia Sierra Morán, en calidad de apoderada especial de IN. CAR. PALM INDUSTRIA CARTONERA PALMAR S.A., se da contestación a la solicitud de terminación por mutuo acuerdo, señalando en su parte pertinente lo siguiente:

"Una vez que la Empresa Pública Unidad Nacional de Almacenamiento haya pagado la totalidad de las facturas pendientes de pago a favor de la compañía IN. CAR. PALM INDUSTRIA CARTONERA PALMAR S.A., esta última procederá a indicar, por escrito,

Memorando Nro. UNAEP-JCONTR-2018-0026-M

Guayaquil, 05 de junio de 2018

la fecha en la cual se llevará a cabo la suscripción del acta de terminación por mutuo acuerdo del Contrato Nro. R3GENC-UNAEP-007-2016 para la ADQUISICIÓN DE CAJAS DE CARTÓN DE EMPAQUE DE BANANO Y OTRAS MUSACEAS PARA EXPORTACIÓN."

1.7.- A través del memorando Nro. UNAEP-DTCI-2018-0071-M, de fecha 12 de abril 2018, dirigido al Ing. Ignacio Mendoza Arévalo, Director Técnico de Comercialización de Productos y Servicios Agrícolas, suscrito por el Ing. Iván Gootman Alvarado, Administrador del Contrato R3GENC-UNAEP-007-2016, presenta informe técnico a fin de cerrar el citado contrato.

En la parte pertinente del informe técnico en referencia, se recomienda lo siguiente:

"(...) en calidad de Administrador del Contrato Nro. R3GENC-UNAEP-007-2016 para la "ADQUISICIÓN DE CAJAS DE CARTÓN PARA EMPAQUE DE BANANO Y OTRAS MUSÁCEAS PARA EXPORTACIÓN", procedo a sugerir que se debe dar con la terminación unilateral del Contrato Nro. R3GENC-UNAEP-007-2016 (...) de conformidad con el numeral 7 del artículo 94 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, debido a la negativa de la CONTRATISTA Compañía IN. CAR. PALM INDUSTRIA CARTONERA PALMAR S.A., de firmar el Acta de Terminación por Mutuo Acuerdo del contrato Nro. R3GENC-UNAEP-007-2016 (...)"

1.8.- Con memorando Nro. UNAEP-GJ-2018-0090-M, de fecha 23 de abril del 2018, dirigido al Gerente Financiero, de ese entonces, suscrito por el Gerente Jurídico, a través del cual se solicita informe económico del Contrato R3GENC-UNAEP-007-2016.

1.9.- A través del memorando Nro. UNAEP-JPRE-2018-0230-M, de fecha 01 de junio del 2018, dirigido al Gerente Jurídico, suscrito por la Ing. Grace Muñoz Rivadeneira, Jefa de Presupuesto, se señala que no se ha recibido ningún ingreso contable por parte del proveedor IN. CAR. PALM INDUSTRIA CARTONERA PALMAR S.A..

2.- NORMATIVA JURÍDICA APLICABLE.-

2.1.- La Constitución de la República del Ecuador dispone lo siguiente:

"Art. 233.- Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidad por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos."

2.2.- La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública determina:

"Art. 5.- Interpretación. - Los procedimientos y los contratos sometidos a esta Ley se

Memorando Nro. UNAEP-JCONTR-2018-0026-M

Guayaquil, 05 de junio de 2018

interpretarán y ejecutarán conforme los principios referidos en el artículo anterior y tomando en cuenta la necesidad de precautelar los intereses públicos y la debida ejecución del contrato.”

2.3.- La ley *ibídem*, en cuanto a la terminación unilateral del contrato, dispone:

“Art. 94.- Terminación Unilateral del Contrato.- La Entidad Contratante podrá declarar terminada anticipada y unilateralmente los contratos a que se refiere esta Ley, en los siguientes casos: (...) 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.”

“Art. 95.- Notificación y Trámite.- Antes de proceder a la terminación unilateral, la Entidad Contratante notificará al contratista, con la anticipación de diez (10) días término sobre su decisión de terminarlo unilateralmente. Junto con la notificación, se remitirán los informes técnico y económico, referentes al cumplimiento de las obligaciones de la Entidad Contratante y del contratista. La notificación señalará específicamente el incumplimiento o mora en que ha incurrido el contratista de acuerdo al artículo anterior y le advertirá que de no remediarlo en el término señalado, se dará por terminado unilateralmente el contrato.

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 institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP. 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. Tampoco se admitirá acciones constitucionales contra las resoluciones de terminación unilateral del contrato, porque se tienen mecanismos de defensas adecuados y eficaces para proteger los derechos derivados de tales resoluciones, previstos en la Ley.

Los contratistas no podrán aducir que la Entidad Contratante está en mora del cumplimiento de sus obligaciones económicas en el caso de que el anticipo que les fuere entregado en virtud del contrato no se encontrare totalmente amortizado. La forma de calcular la amortización del anticipo constará en el Reglamento respectivo. Solo se aducirá mora en el cumplimiento de las obligaciones económicas de la Entidad Contratante cuando esté amortizado totalmente el anticipo entregado al contratista, y éste mantenga obligaciones económicas pendientes de pago.

Memorando Nro. UNAEP-JCONTR-2018-0026-M

Guayaquil, 05 de junio de 2018

La declaración unilateral de terminación del contrato dará derecho a la Entidad Contratante a establecer el avance físico de las obras, bienes o servicios, su liquidación financiera y contable, a ejecutar las garantías de fiel cumplimiento y, si fuere del caso, en la parte que corresponda, la garantía por el anticipo entregado debidamente reajustados hasta la fecha de terminación del contrato, teniendo el contratista el plazo término de diez (10) días para realizar el pago respectivo. Si vencido el término señalado no efectúa el pago, deberá cancelar el valor de la liquidación más los intereses fijados por el Directorio del Banco Central del Ecuador, los que se calcularán hasta la fecha efectiva del pago.

La Entidad Contratante también tendrá derecho a demandar la indemnización de los daños y perjuicios, a que haya lugar.

Una vez declarada la terminación unilateral, la Entidad Contratante podrá volver a contratar inmediatamente el objeto del contrato que fue terminado, de manera directa, de conformidad con el procedimiento que se establezca en el reglamento de aplicación de esta Ley."

2.4.- El Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en lo relativo al trámite de terminación anticipada y unilateral de los contratos sujetos a su régimen dispone lo siguiente:

"Art. 146.- Notificación de terminación unilateral del contrato.- La notificación prevista en el artículo 95 de la Ley se realizará también, dentro del término legal señalado, a los bancos o instituciones financieras y aseguradoras que hubieren otorgado las garantías establecidas en el artículo 73 de la Ley; para cuyo efecto, junto con la notificación, se remitirán copias certificadas de los informes técnico y económico, referentes al cumplimiento de las obligaciones de la entidad contratante y del contratista.

La declaración de terminación unilateral del contrato se realizará mediante resolución motivada emitida por la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, la que se comunicará por escrito al SERCOP, al contratista; y, al garante en el caso de los bancos o instituciones financieras y aseguradoras que hubieren otorgado las garantías establecidas en el artículo 73 de la Ley.

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 la resolución de terminación unilateral del contrato se establecerá el avance físico de las obras, bienes o servicios y la liquidación financiera y contable del contrato; requiriéndose que dentro del término de diez días contados a partir de la fecha de

Memorando Nro. UNAEP-JCONTR-2018-0026-M

Guayaquil, 05 de junio de 2018

notificación de la resolución de terminación unilateral, el contratista pague a la entidad contratante los valores adeudados hasta la fecha de terminación del contrato conforme a la liquidación practicada y en la que se incluya, si fuera del caso, el valor del anticipo no devengado debidamente reajustado.

En el caso de que el contratista no pague el valor requerido dentro del término indicado en el inciso anterior, la entidad contratante pedirá por escrito al garante que dentro del término de 48 horas contado a partir del requerimiento, ejecute las garantías otorgadas y dentro del mismo término pague a la entidad contratante los valores liquidados que incluyan los intereses fijados por el Directorio del Banco Central del Ecuador, que se calcularán hasta la fecha efectiva del pago.”

2.5.- El Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas dispone que se entienden por recursos públicos los definidos en el Art. 3 de la Ley de la Contraloría General del Estado, la cual a su vez dispone que se entenderán por recursos públicos, todos los bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título, realicen a favor del Estado o de sus instituciones, personas naturales o jurídicas u organismos nacionales o internacionales.

2.6.- La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado dispone lo siguiente:

“Art. 5.- Sistema de Control, Fiscalización y Auditoría del Estado. - Las instituciones del Estado, sus dignatarios, autoridades, funcionarios y demás servidores, actuarán dentro del Sistema de Control, Fiscalización y Auditoría del Estado, cuya aplicación propenderá a que:

1.- Los dignatarios, autoridades, funcionarios y servidores públicos, sin excepción, se responsabilicen y rindan cuenta pública sobre el ejercicio de sus atribuciones, la utilización de los recursos públicos puestos a su disposición, así como de los resultados obtenidos de su empleo;

...

Art. 9.- Concepto y elementos del Control Interno.- El control interno constituye un proceso aplicado por la máxima autoridad, la dirección y el personal de cada institución, que proporciona seguridad razonable de que se protegen los recursos públicos y se alcanzan los objetivos institucionales.

...

Art. 31.- Funciones y Atribuciones.- La Contraloría General del Estado, además de las atribuciones y funciones establecidas en la Constitución Política de la República, tendrá las siguientes:

...

3. Examinar los gastos, inversiones, utilización, administración y custodia de recursos

Memorando Nro. UNAEP-JCONTR-2018-0026-M

Guayaquil, 05 de junio de 2018

públicos;

...

30. *Pronunciarse sobre los aspectos de legalidad, economía, eficiencia, efectividad y transparencia en el empleo de los recursos y bienes públicos, humanos, materiales, financieros, tecnológicos, ambientales, de tiempo y sobre los resultados de la gestión institucional;*

...

Art. 52.- Alcance.- La responsabilidad civil culposa nace de una acción u omisión culposa aunque no intencional de un servidor público o de un tercero, autor o beneficiario, de un acto administrativo emitido, sin tomar aquellas cautelas, precautelos o precauciones necesarias para evitar resultados perjudiciales directos o indirectos a los bienes y recursos públicos.

2.7.- La Ley Orgánica de Empresas Públicas dispone lo siguiente:

“Art. 2.- Objetivos. - Esta Ley tiene los siguientes Objetivos: (...) 6. Proteger el patrimonio, la propiedad estatal, pública y los derechos de las generaciones futuras sobre los recursos naturales renovables y no renovables, para coadyuvar con ello el buen vivir;

Art. 3.- Principios.- Las empresas públicas se rigen por los siguientes principios: (...) 6. Preservar y controlar la propiedad estatal y la actividad empresarial pública”.

2.8.- Las Normas de control interno para las entidades, organismos del sector público y personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos establecen lo siguiente:

“100-01 Control Interno.

El control interno es un proceso integral aplicado por la máxima autoridad, la dirección y el personal de cada entidad, que proporciona seguridad razonable para el logro de los objetivos institucionales y la protección de los recursos públicos.”

2.9.- Las Normas Internas de Administración de Talento Humano de la UNA EP disponen lo siguiente:

“Art. 31.- Deberes de las o los servidores y servidoras de la Empresa Pública Unidad Nacional de Almacenamiento “UNA EP”.- Son deberes de las y los servidores de la Empresa Pública Unidad Nacional de Almacenamiento “UNA EP”, los siguientes:

...

g) Velar por la economía y recursos de la empresa y por la conservación de los documentos, útiles, equipos, muebles y bienes en general confiados a su guarda, administración o utilización de conformidad con la ley y las normas secundarias;

Memorando Nro. UNAEP-JCONTR-2018-0026-M

Guayaquil, 05 de junio de 2018

...

j) *Ejercer sus funciones con lealtad, rectitud y buena fe. Sus actos deberán ajustarse a los objetivos propios de la Empresa Pública Unidad Nacional de Almacenamiento "UNA EP" y administrar los recursos de la misma con apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia, rindiendo cuentas de su gestión, de conformidad con el Art. 20 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.*

2.10. Absolución de consulta de la Procuraduría General del Estado, a través del OF. PGE. Nro. 09354 de 17-09-2009, publicado en el Registro Oficial Nro. 72 de 23 de noviembre del 2009.

"TERMINACION UNILATERAL Y DE MUTUO ACUERDO: CONTRATOS DE EJECUCION DE OBRA

CONSULTANTE: Consejo Provincial de Pichincha.

CONSULTAS:

1.- *¿Respecto de contratos de ejecución de obra celebrados con sujeción a la Ley de Contratación Pública, publicada en el Registro Oficial No. 501 de 16 de agosto de 1990 , que a la presente fecha no han terminado, puede conforme a Derecho, el H. Consejo Provincial de Pichincha proceder a la declaración de terminación unilateral y anticipada en caso de que el contratista no acceda a la terminación de mutuo acuerdo, principio jurídico y normativo que expresamente consta en el artículo 94 numeral 7 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?*

2.- *¿Respecto de los mismos contratos, cuál es el procedimiento de declaratoria de terminación unilateral anticipada en caso de que el contratista no acceda a la terminación de mutuo acuerdo, y, requerido el contratista a la terminación de mutuo acuerdo, cuál sería el lapso luego del cual se constituiría en mora, o procedería que la entidad lo establezca?"*

PRONUNCIAMIENTOS:

El contrato de ejecución de obra celebrado con sujeción a la Ley de Contratación Pública, publicada en el Registro Oficial No. 501 de 16 de agosto de 1990 , que a la presente fecha no ha terminado, el H. Consejo Provincial de Pichincha puede proceder a la declaración de terminación unilateral y anticipada, en caso de que el contratista injustificadamente no acceda a la terminación de mutuo acuerdo, de conformidad con el numeral 7o. del artículo 94 de la vigente Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, aplicable en virtud de la excepción establecida por el numeral 2o. de la regla 18 del artículo 7 del Código Civil.

2.- En armonía con lo analizado, es procedente concluir que siendo aplicable la ley vigente, en esta materia, lo es también el procedimiento para la terminación unilateral que para el caso específico consistente en la negativa del contratista a poner fin al contrato de mutuo acuerdo, es el previsto en el propio artículo 94 de la Ley Orgánica



Memorando Nro. UNAEP-JCONTR-2018-0026-M

Guayaquil, 05 de junio de 2018

del Sistema Nacional de Contratación Pública, en concordancia con su artículo 95 y 146 de su reglamento."

(El énfasis me pertenece)

3.- CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN. –

Por los antecedentes expuestos, de conformidad con las disposiciones legales antes transcritas, en razón de lo informado por el administrador del contrato, mediante el memorando detallado en líneas superiores, el suscrito recomienda, proceder con la terminación unilateral del contrato Nro. R3GENC-UNAEP-007-2016 de "ADQUISICIÓN DE CAJAS DE CARTÓN PARA EMPAQUE DE BANANO Y OTRAS MUSACEAS PARA EXPORTACIÓN", por haberse configurado la causal número 7 del artículo 94 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Cabe indicar que previo a declarar terminado unilateralmente el contrato Nro. R3GENC-UNAEP-007-2016, se le debe conceder al contratista el término de 10 días para que justifique la mora o remedie el incumplimiento, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

En el presente caso, no se ejecutará la garantía de fiel cumplimiento del contrato ni se inscribirá al contratista como incumplido.

Particular que comunico para los fines pertinentes.

Atentamente,

Documento firmado electrónicamente

Abg. Hans Christian Ahlers Mesias
JEFE DE CONTRATACIÓN

Referencias:

- UNAEP-DTCI-2018-0129-M

Anexos:

- r3-genc-unaep-07-2016-contrato.pdf
- notificación_a_in_car_palm.pdf
- memorando_00290529789001528234912.pdf
- informe_técnico0946203001528234912.pdf
- informe_económico0333784001528234913.pdf

Memorando Nro. UNAEP-JCONTR-2018-0026-M

Guayaquil, 05 de junio de 2018

- contestaciÓn_de_incarpalm.pdf
- poder_ab_ccecilia_sierra_moran.pdf

Copia:

Sr. Abg. Manuel Alejandro Chávez Montero
Gerente Jurídico

Sr. Ing. Ignacio Eduardo Mendoza Arévalo
Gerente Técnico de Mercadeo y Comercialización (S)

Sr. Ing. Daniel Fernando Suarez Quimi
Director Técnico de Comercialización de Insumos (E)

Sr. Ing. Jose Javier Venegas Alava
Jefe Técnico de Comercialización de Insumos para Musáceas

Sr. Ing. Ivan Eduardo Gootman Alvarado
Vendedor de Insumos para Musáceas