



Quito, DM., a 04 de enero de 2021

SEÑORES JUECES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Atención: Dra. CARMEN CORRAL PONCE, Juez Constitucional.

MAURICIO LÓPEZ OCHOA, dentro de la acción de inconstitucionalidad número **87-20-IN**, ante Vds. comparezco y presento la siguiente demanda de inconstitucionalidad.

Asunto: Comentarios respecto a las contestaciones a la demanda propuestas por la Presidencia de la República, la Asamblea Nacional y la Procuraduría General del Estado.

Sus Señorías:

1.- Los análisis que hacen los servicios jurídicos de la Presidencia de la República y de la Asamblea Nacional se hallan muy lejos de acertar en la diana si se sigue su línea de argumentación. Lamento que se confunda de manera tan ostensible aspectos de orden legal con los de tipo constitucional que entraña la demanda postulada.

2.- *Ab initio*, es prudente recordar que, en efecto, en un proceso administrativo de terminación anticipada y unilateral de un contrato sujeto a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante la “LOSNCP”), existen aspectos que son propios de discusión en sedes ordinarias, tanto administrativa como judicial, cuando de ellos se desprendan controversias entre las partes y la entidad contratante, en la medida que esos aspectos no lesionen derechos constitucionales.

3.- En esa línea, es indudable que las *razones de fondo* por las cuales una entidad se ve empujada a adelantar ese tipo de procedimientos o a dictar actos administrativos ordenando la terminación anticipada y unilateral de un contrato no deben -o mejor dicho, no deberían- ser nunca objeto de acciones constitucionales, ya que, por ejemplo, las indagaciones administrativas sobre la actuación del contratista, las discrepancias en cuanto a formas de ejecución, plazos, valores de liquidaciones, etc., deben ser ventiladas y resueltas bajo el imperio de las normas infra-constitucionales, que regulan cada uno de esos detalles.

4.- Empero, los documentos de la Presidencia de la República y de la Asamblea Nacional eluden cuidadosamente el referirse a *lesiones al debido proceso* en que puedan incurrir las entidades administrativas en el curso de procesos de terminación anticipada y unilateral de contratos; infracciones que, de darse, no podrían ser perseguidas en sede constitucional por efecto de la norma cuestionada en mi demanda, presente en la frase final del segundo párrafo del Art. 95 de la LOS, publicada en Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009.

Comentarios al escrito de la Presidencia de la República.

5.- En el caso del escrito de la Presidencia de la República, no sólo que se rehúye el

núcleo duro de la cuestión, sino que, en un ejercicio interpretativo muy laxo, en el numeral ocho (8), leemos:

«[...] 8. La norma se refiere exclusivamente a las **resoluciones** de terminación unilateral. Por tanto, es equívoco suponer que la inconstitucionalidad de contenido de la norma radica en que toda acción constitucional es improcedente contra cualquier acto administrativo de terminación anticipada y unilateral de contratos sujetos a la LOSNCP (como afirma el actor).⁴ La norma es clara y dispone que toda acción constitucional es inadmisibles únicamente respecto de la **resolución**, y no respecto de todo acto [...].» (Lo enfatizado está en el original).

6.- Es notorio que la argumentación copiada intenta disgregar y separar, como si se tratara de dos cuestiones por completo extrañas entre sí, *a una resolución administrativa del procedimiento que la engendra*. Lo obvio, por el contrario, es que al ser un acto administrativo la consecuencia final de un procedimiento administrativo previo, los vicios, defectos o virtudes del proceso se verán necesariamente reflejados en la resolución que se adopte.

10.- Además, la línea de defensa de la Presidencia parte de una premisa deseable, pero que no siempre se cumple: la estricta observancia por parte de los entes del Estado de los mandatos del Art. 95 de la **LOSNCP**; en ese orden, vemos que en el numeral 10 del escrito en referencia leemos:

«[...] 10. La norma precautela el derecho a la tutela judicial efectiva al garantizar que, respecto de la **resolución** de terminación unilateral, el contratista pueda ejercer su derecho a la defensa, ya sea justificando la mora o remediando el incumplimiento. Además, la resolución que le es notificada al contratista va acompañada de los informes técnicos y económicos que dan sustento a tal declaración. **De esta manera, el procedimiento previsto en la LOSNCP para declarar la terminación anticipada y unilateral garantiza el derecho al debido proceso, el derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva del contratista, al reconocerle la posibilidad de impugnar las decisiones ante los diversos órganos jurisdiccionales [...]**» (Lo enfatizado y subrayado me pertenecen).

11.- Digo que este argumento “*parte de una premisa deseable, pero que no siempre se cumple*”, toda vez que, en efecto, la norma del Art. 95 *pretende* proteger al ciudadano en su garantía del debido proceso; empero, la postura de la Presidencia de la República no responde al cuestionamiento medular: ¿qué ocurrirá si ese debido proceso no es respetado *en la práctica*? En un mundo ideal la Secretaría Jurídica de la Presidencia tendría razón; empero y por lo mismo, en ese mundo ideal, no sería precisa la existencia de jueces y tribunales, pues nunca habría necesidad de ellos.

Comentarios al escrito de la Asamblea Nacional.

12.- En un similar sentido se orienta la defensa de la Asamblea Nacional. Así, a partir del último párrafo de la página tres (3) del memorial del Poder Legislativo, leemos:

«[...] El referido artículo 95, que contiene la disposición impugnada, establece pasos previos a la terminación unilateral del contrato por parte de la entidad contratante, permitiendo así que el contratista realice gestiones que puedan evitar tal terminación, pues se establece que:

- 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.
- 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.

En el mismo artículo 95, se desarrollan oportunidades para que el contratista pueda remediar el incumplimiento que originó el trámite de terminación unilateral del contrato, garantizando el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa; estableciendo además una especie de amnistía al incumplimiento de sus obligaciones pactadas que se originaron en el contrato; situación que de no ser remediada dentro de los 10 días otorgados, producirá la terminación unilateral del contrato [...]».

13.- Vemos que la teoría jurídica defendida por los entes accionados pasa por *asumir* que las entidades llamadas por la Ley a interpretar y aplicar día a día el contenido del Art. 95 de la LOSNCP, no cometen errores ni tampoco, nunca, jamás, violan derechos, porque siempre y en todos los casos, respetan los derechos constitucionales de las personas¹.

Caso real relacionado con el motivo de la demanda.

14.- Como ciudadano y abogado, uno desearía que las utópicas visiones de los escritos arriba mencionados se vean verificadas *en el mundo real* una y otra vez. Empero, por mucho que nos pese, hemos de señalar que tales anhelos no son siempre satisfechos por la actividad cotidiana de los entes de poder público.

15.- En lo personal no habría propuesto esta demanda de no ser porque, en el curso de mi ejercicio profesional, defendí un caso en el que se presentaron las siguientes incidencias:

15.1.- Un consorcio privado suscribió un contrato de obra con el Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial de Chimborazo (en adelante **EL GADP CHIMBORAZO**”).

15.2.- En el contrato se fijaron, entre otras cosas, las direcciones en que la contratante y el contratista recibirían sus mutuas notificaciones.

¹ No sólo eso. En el escrito de la Asamblea Nacional se cita la **Sentencia No. 210-15-SEP-CC**, dictada por la Corte Constitucional dentro del caso No. 0495-11-EP, que da razón a mi demanda, en cuanto en ese fallo se lee:

«[...] **debe señalarse que la vía de lo contencioso administrativo, para el caso en concreto (terminación unilateral del contrato), garantiza que los detalles técnicos de la ejecución de la obra puedan ser analizados de mejor manera**, ya que la naturaleza probatoria de este proceso es especialmente pertinente para la determinación de la procedencia o no de la terminación del contrato y, en consecuencia, de esta manera, se tutela los derechos, tanto de la parte demandada como de la demandante, garantizando una debida intermediación técnica en los argumentos y defensas expuestas [...]

[...] En consecuencia, **la vía jurisdiccional de la acción de protección se justificaría, en el presente caso, si del análisis de la sentencia impugnada se constatará la vulneración de derechos constitucionales en la decisión administrativa materia de dicha acción [...]**». (Lo enfatizado me pertenece).

Este examen es el que se hace en mi demanda y que pretendo reiterar en este escrito: que los temas de fondo de los procesos de terminación anticipada del contrato deben ser tratados en vía contenciosa; pero, las eventuales lesiones a derechos constitucionales deben ser perseguibles mediante la activación de garantías jurisdiccionales, lo que torna inconstitucional a la segunda frase del Art. 95 de la LOSNCP.

15.3.- En el desarrollo del proceso el Fiscalizador de la obra asentó una serie de informes poco favorables para el contratista, que llevaron al inicio y posterior declaración de terminación anticipada y unilateral del contrato, por parte del **GADP CHIMBORAZO**.

15.4.- Amén de las razones de orden técnico, a las que se refirió el Fiscalizador, la notificación de la resolución con la que se dio inicio al proceso de terminación anticipada y unilateral del contrato, realizada mediante notario público, se ejecutó en una dirección diferente de la señalada en el contrato;

15.5.- Luego, la notificación del acto administrativo de terminación del contrato, igualmente hecha vía notarial, se ejecutó en el mismo sitio que la primer decisión y, por tanto, fuera del lugar marcado en el contrato.

16.- Estos eventos dieron lugar a que mis representados en ese caso no conocieran del proceso de terminación del contrato en ningún momento, sino hasta varias semanas después de dictada la resolución de terminación anticipada y unilateral, que se emitió **en agosto de 2016**.

17.- Mis representados se enteraron de todo ello, en forma extrajudicial, cuando la resolución había sido ya dictada y, supuestamente, notificada. A la entidad se le hizo el reclamo que la decisión no fue notificada a los interesados en el sitio marcado por el contrato, a lo que el **GADP CHIMBORAZO**, contestó con completa indiferencia.

18.- Debido a la norma de la frase final del segundo párrafo del Art. 95 de la **LOSNCP**, descartamos acudir a la justicia constitucional y accionamos en el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo y Fiscal de Ambato (en forma previa se realizó una diligencia de acto preparatorio de inspección judicial a fin de recabar pruebas que podrían perderse). El resultado, fue que el 2020 obtuvimos sentencia parcialmente favorable, en la que se declaró la nulidad de las actuaciones de la entidad y se dispuso que el nombre del contratista sea retirado del registro de incumplidos.

19.- Lo triste de la historia es que esa sentencia está actualmente sujeta a recurso de casación; y, considerando los tiempos que tarda la Corte Nacional de Justicia y la justicia ordinaria en general, en resolver cada caso, resulta que mis representados, a pesar de tener sentencia favorable, **continúan en el registro de contratistas incumplidos**, pues: **i)** la sanción de permanecer en él se extienden por un plazo de cinco años, lo que determina que habiendo ganado la demanda, debido a la falta de ejecución de la sentencia, mis representados de todos terminarán de cumplir la sanción, que les fue impuesta en 2016; y, **ii)** la sentencia no es ejecutable, pues existe un recurso de casación interpuesto por el **GADP CHIMBORAZO**, aún pendiente de resolución. Por esa causa, los jueces de primer nivel se rehúsan a hacer efectivo lo decidido, argumentado la restricción del Art. 274 del COGEP., según el cual «[l]a admisión del recurso no impedirá que la sentencia o auto se cumpla, **salvo** que el proceso verse sobre el estado civil de las personas o que haya sido propuesto por los organismos o entidades del sector público».

20.- La colación de ese caso en esta petición de inconstitucionalidad es pertinente ya que en la sentencia del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo y Fiscal de Ambato, se dijo que las actuaciones del **GADP CHIMBORAZO**, en particular las omisiones de notificar el inicio del proceso de terminación anticipada y unilateral del contrato, así como la decisión de en efecto concluirlo en forma forzada, no fueron notificadas en forma legal, por lo que se violaron

derechos constitucionales del contratista:

«[...] **De lo expuesto, se puede establecer que la entidad pública habría practicado una notificación defectuosa de la mencionada actuación administrativa**, desprendiéndose que se ha realizado **en otro domicilio que no se corresponde al fijado por el “CONSORCIO ACHUPALLAS” en el contrato**, lo cual no le habría permitido dar contestación dentro de término de ley a los incumplimientos establecidos en los informes técnico y económico adjuntados al Oficio No. 057-PIDR-2016 de fecha 23 de junio del 2016 de inicio de terminación anticipada y unilateral del contrato, habiéndolo realizado fuera del término concedido, fundamentos que no los ha considerado la entidad por haber sido presentados extemporáneamente. Además en el acta de notificación realizada por la Notaria no se señala por parte de este funcionario que la dirección descrita en el contrato haya cambiado de denominación, es decir, cuando se suscribe el contrato tenía el nombre de Calle Antonio Ante 296 y Pasaje B, **y cuando se realiza la notificación de inicio de la terminación unilateral tenía el nombre de Ascásubi y Antonio Ante**. También hay que acotar que no se ha aplicado para la notificación lo dispuesto en el Art. 127 del Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ER-JAFE), que señala que cuando no pudiera nadie hacerse cargo de la notificación, se hará constar esta circunstancia en el expediente, bajo juramento, junto con el día y la hora en que se intentó la notificación, intento que se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes, pero en este caso no se ha actuado de esta manera, sino más bien ha procedido a dejarle por debajo de la puerta de ingreso, lo cual vuelve aún más irregular la notificación del inicio del trámite de declaratoria anticipada y unilateral del contrato, porque limitó que el contratista ejerza su derecho a la defensa dentro del término previsto en el Art. 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, volviendo irregular el proceso de terminación anticipada y unilateral del contrato. **Además, la resolución de terminación anticipada y unilateral del contrato también ha sido dejada en otra dirección diferente a la que consta en el contrato** (fojas 502 a 503), y con la agravante de no cumplir con lo previsto en el Art. 127 del Reglamento invocado anteriormente, siendo irregular la misma afectando en parte la validez y legalidad de dicha notificación; sin embargo, la notificación de la resolución no afecta directamente al administrado, porque lo ha podido controvertir mediante esta acción de controversia contractual [...]»². (Lo enfatizado me pertenece)

21.- Más abajo, la misma sentencia, añade:

«[...] Todas estas irregularidades **sumadas a la anormal notificación del inicio del procedimiento terminación unilateral del contrato**, afectan la validez de la resolución de terminación anticipada y unilateral del contrato, por lo tanto el Tribunal concluye que el procedimiento para la terminación anticipada y unilateral del contrato **vulnero derechos del contratista, en especial legítimo derecho a la defensa, y no está debidamente motivada, incumpliendo lo previsto en el Art. 76 numeral 7 literal I) de la Constitución de la República del Ecuador** [...]»³. (Lo enfatizado me pertenece).

22.- En el §18, *supra*, comenté que no se interpuso en su momento una acción constitucional debido a la vigencia del texto del Art. 95 de la LOSNCP cuestionado en mi demanda. De haber podido hacerlo habría *atacado los actos de la entidad en vía constitucional por la*

² Sentencia del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo y Fiscal de Ambato de 25 de agosto del 2020, las 16h48. Proceso **18803-2018-00286**.

³ *Ídem* nota 2.

falta de notificación de sus actuaciones.

23.- De no ser por la norma cuya inconstitucionalidad persigo, habría en este caso intentado una acción de protección ordinaria, en la que no habría cuestionado las razones de fondo del proceso; es decir, no habría sido procedente atacar en esa vía las valoraciones realizadas por la Entidad a partir de los informes del Fiscalizador de la obra, pues esos son tópicos de orden técnico que deben ser aireados ante los jueces ordinarios⁴. Empero, la patente violación del debido proceso habría sido procedente ser accionada en sede constitucional, de no ser por la norma cuestionada, y ello hubiese permitido **hace cuatro años** subsanar, a través de un mecanismo rápido, directo, eficaz y expeditivo, los derechos de mis representados, quienes llevan cinco años litigando ante la Función Judicial por este asunto, sin que a la fecha haya concluido la controversia. Adjunto a este escrito la sentencia copiada en el **§20**.

24.- Este es un elocuente ejemplo de cómo la norma de la frase final del segundo párrafo del Art. 95 de la **LOSNC** lesiona a las personas y de cuán ajenas a la realidad son las idílicas presentaciones de las entidades demandadas, comentadas en párrafos anteriores.

25.- Tan cierto es lo dicho que:

25.1.- Esta Corte Constitucional ha determinado que, cuando una entidad del estado en el curso de procesos sujetos a la **LOSNC** viola el debido proceso del contratista, cabe perfectamente la acción de protección. Así, en el párrafo 39 de la sentencia N°. **943-14-EP/20**, leemos:

«[...] 39. Lo dicho no descarta que en un procedimiento de terminación unilateral de un contrato **puedan darse arbitrariedades por parte del Estado**, dadas sus facultades discrecionales. **Si el accionar estatal transgrede derechos constitucionales, las afectaciones deben ser conocidas y resueltas por jueces constitucionales**, pues no están de por medio valoraciones técnicas ni legales. En el caso de marras, los jueces no incurrir en ninguna extralimitación, **va que se pronuncian únicamente sobre la falta de notificación y la repercusión de dicha omisión en los derechos constitucionales de quien propuso la acción de protección** [...]» (Lo enfatizado me pertenece).

25.2.- En otra sentencia, esta Corte, además, ha precisado que:

«[...] si bien las controversias relacionadas con la suscripción, ejecución y terminación de los contratos administrativos en principio deben tramitarse mediante la vía legal correspondiente, **eso no impide** que “[...] *un contratista pueda incoar una garantía jurisdiccional si estima que sus derechos constitucionales están siendo amenazados o vulnerados, pues a todas luces, la vía idónea para esas controversias es la constitucional* [...]”⁵. (Las cursivas aparecen en el original. Lo enfatizado me pertenece).

25.3.- La Corte, además, en la **Sentencia No. 006-17-SEP-CC**, citada y comentada en mi demanda, estableció que:

«[...] la restricción de acciones constitucionales contemplada en la norma no tiene una justificación razonable, pues en base a su propio contenido se puede colegir un desconocimiento por parte del legislador a la naturaleza y objeto de las garantías jurisdiccionales y dentro de ellas específicamente a la acción de protección consagrada en el artículo 88 de la Constitución de la República, toda vez que al establecerse de forma general la existencia de vías adecuadas y eficaces para impugnar cualquier actuación del Estado en materia de contratación pública, so

⁴ En efecto, esos temas de fondo fueron materia de la demanda que inició el juicio contencioso-administrativo; y, en la sentencia copiada del Tribunal, se determinó que el Fiscalizador faltó a la verdad, descuidó sus deberes y, por último, fue designado y entró en funciones en forma ilegal.

⁵ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1915-15-EP/20 de 28 de octubre de 2020. Párrafo 34.



pretexto de restringir las acciones constitucionales, no solo que en dicha área específica, se omita el principio de sujeción de todos los poderes públicos a los principios, reglas y derechos de la Constitución establecido en el artículo 426 de la Carta Suprema, sino que principalmente, se le niega al ciudadano la posibilidad de hacer uso de ésta vía como único medio adecuado y eficaz para, de forma directa, y bajo los principios de acceso a la justicia y máxima eficacia de los derechos fundamentales, conocer y resolver la vulneración de derechos y en consecuencia, reparar integralmente el daño cuando este se causa efectivamente [...]»⁶.

26.- Si éste último argumento fue suficiente para inconstitucionalizar al séptimo inciso del artículo 102 de la LOSNCP, debe serlo también para expulsar del ordenamiento nacional a la norma objetada en mi demanda.

Comentarios al escrito de la Procuraduría General del Estado.

27.- A la Procuraduría General los planteamientos que realicé en la demanda debieron parecerle -al menos en parte- razonables, amén de lo dicho hasta aquí; pues, en lugar de oponerse a mi petición de inconstitucionalidad de la norma de la frase final del segundo párrafo del Art. 95 de la LOSNCP, ese Organismo «[...] *considera que, el Pleno de la Corte Constitucional, al tenor de lo previsto en el artículo 76, numerales 4 y 5 ibídem, realice una interpretación conforme y condicionada, en lo que fuere pertinente, permitiendo la permanencia de la aludida disposición dentro del ordenamiento jurídico interno del Estado ecuatoriano* [...]».

PETICIÓN:

28.- Por lo expuesto, solicito que:

28.1.- Si la Corte lo estima necesario, se convoque a una audiencia pública; y,

28.2.- Sea que la audiencia se realice, como si no, se dicte sentencia y se declare inconstitucional por razones de contenido de la frase final del segundo párrafo del Art. 95 de la LOSNCP.

Por mis propios derechos y como Abogado en libre ejercicio profesional.

DR. MAURICIO LÓPEZ OCHOA
MATRÍCULA 17-2009-374
FORO DE ABOGADOS DE PICHINCHA

⁶ Como resultado de este examen, en esa Sentencia la Corte Constitucional declaró «[...] *en ejercicio de la competencia establecida en el artículo 436 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador, la inconstitucionalidad del séptimo inciso del artículo 102 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en el cual se establece: "Los procesos de contratación pública no son susceptibles de acciones constitucionales porque tienen mecanismos de defensa adecuados y eficaces para proteger los derechos derivados de tales procesos previstos en la Ley".* [...]».



**REPÚBLICA DEL ECUADOR
FUNCIÓN JUDICIAL
www.funcionjudicial.gob.ec**

Juicio No: 18803201800286, PRIMERA INSTANCIA, número de ingreso 1

Casillero Judicial No: 0
Casillero Judicial Electrónico No: 1716984610
mauriciolopez@legalconsultex.com
jorge.lopez17@foroabogados.ec
jorg0206torr@yahoo.es
salazaracuriocj@hotmail.com

Fecha: 25 de agosto de 2020

A: JORGE ANTONIO TORRES ALVAREZ Y CARLOS JAVIER SALAZAR ACURIO COMO GERENTE DE LA COMPAÑIA CONSTRUCTORA RTORRES SALAZAR CONSTOSA CIA. LTDA.

Dr/Ab.: JORGE MAURICIO LOPEZ OCHOA

**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO CON SEDE EN EL
CANTÓN AMBATO**

En el Juicio No. 18803201800286, hay lo siguiente:

Ambato, martes 25 de agosto del 2020, las 16h48, VISTOS: En lo principal, conforme lo establece el Art. 95 del Código Orgánico General de Procesos, el Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario con sede en Ambato, integrado por el Dr. Hernán Salinas Cabrera (Juez Ponente); Dr. Edison Guerrero Zúñiga (Juez), y Dr. Walter Garnica Bustamante (Juez), emite la correspondiente sentencia escrita en los siguientes términos:

Los contenidos 1 y 2 previstos en el artículo 95 del Código Orgánico General de Procesos se señalan en el encabezado de esta Sentencia.

3.- PARTES PROCESALES:

Comparecen con la presente demanda de impugnación contenciosa administrativa en calidad de ACTOR: JORGE ANTONIO TORRES ÁLVAREZ, por sus propios y personales derechos; y CARLOS JAVIER SALAZAR ACURIO, Gerente de la Compañía “Constructora Torres Salazar CONSTOSA Cia. Ltda”, en sus calidades de integrantes del “CONSORCIO ACHUPALLAS”, acción dirigida en contra de los DEMANDADOS: GOBIERNO AUTONOMO DESCENTRALIZADO DE

LA PROVINCIA DE CHIMBORAZO, legalmente representado por el señor Abg. Mariano Curicama Guamán, en su calidad de Prefecto Provincial de Chimborazo; Dr. Juan Carlos Pilco Mayorga, Coordinador de Gestión de Sindicatura (Procurador Síndico) del GAD Provincial de Chimborazo; y, Procurador General del Estado.

4.- HECHOS Y CIRCUNSTANCIAS OBJETO DE LA DEMANDA Y DEFENSA DE LA O DEL DEMANDADO:

4.1.- Hechos y circunstancias objeto de la demanda:

En el libelo de demanda los actores en relación a los hechos detallados y pormenorizados, que sirven de fundamento a las pretensiones, en lo fundamental señalan: Que el 16 de febrero de 2016 el GAD Provincial de Chimborazo convocó a concurso para la contratación de la obra Mejoramiento y Rehabilitación del Sistema de Riego Achupallas, cantón Alausi, provincia de Chimborazo, al cual se han presentado los actores de esta causa habiendo resultado ganadores, y que una vez adjudicado el contrato han constituido el “CONSORCIO ACHUPALLAS”, siendo que el contrato se adjudica por un monto de \$ 355.549,48 dólares, con un plazo de ejecución de doscientos cuarenta (240) días a partir de la entrega del anticipo, de acuerdo a la resolución administrativa de adjudicación No. 053-2016-GADPCH de fecha 11 de marzo de 2016, y que en base a lo cual, el 01 de abril de 2016 han suscrito el contrato de obra No. 001-OB-CT-PIDR-2016, pactándose en la cláusula quinta un anticipo del 50% del monto total de la obra. Sostienen que el GAD Provincial de Chimborazo ha contratado al Ing. Alonso Wilfrido Mayancela Sánchez para la fiscalización del contrato, habiendo sido notificados el 19 de mayo de 2016, y que en el contrato se encontraba pactado que el plazo del mismo empezaba a decurrir desde la entrega del anticipo, sucediendo este hecho el 22 de abril de 2016, siendo que ese mismo día el compareciente Jorge Torres Álvarez en representación del CONSORCIO ACHUPALLAS, ha suscrito con el Ing. Alonso Mayancela Sánchez, sin saber en qué condición firmara esa acta, ya que no había sido aún contratado como fiscalizador, el ACTA DE ORDEN DE INICIO de la obra, siendo que la fecha de terminación de la obra debía ser el 17 de diciembre de 2016, siempre que no sucedieran suspensiones o prorrogas debidamente autorizadas, y que a partir del inicio mismo de la obra, el fiscalizador se ha dedicado a la sistemática tarea de obstaculizar y obstruir el avance del proyecto, a tal punto que ha llegado a presentar varios informes al GAD Provincial de Chimborazo aduciendo que la contratación de la obra no avanzaba en lo más mínimo, siendo que en el informe de fiscalización No. 2 de 21 de junio de 2016 se solicita se dé por terminado el contrato, teniendo la audacia de señalar que el avance del contrato era de cero por ciento (0%), y que el monto ejecutado era también de cero dólares, siendo estos falsos, toda vez que ya se le habían presentado dos planillas, recomendando en el informe la terminación unilateral del contrato, y luego mediante Oficio No. 023-FISCA-ACHUPALLAS-AM-2016 de fecha 25 de julio de 2016 el indicado fiscalizador ha presentado el informe de fiscalización No. 4 por el periodo del 1 al 25 de julio del 2016, señalando que durante ese periodo existe un avance del 13.61% en la planilla de avance de obra, con una ejecución de \$ 48.378,73 dólares, y que en base a estas arbitrarias recomendaciones el GAD Provincial de Chimborazo por intermedio del señor Prefecto, sin seguir el procedimiento previsto en el Art. 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, ha expedido la Resolución

Administrativa No. 306-2016-GADPCH que da por terminado unilateralmente el contrato, declarándose como contratista incumplido al “CONSORCIO ACHUPLLAS” y a sus consorciados, tomándose como base para la resolución administrativa únicamente los informes del fiscalizador. Señala que al saber que los informes 4 y 5 así como todos los anteriores están plagados de mentiras, han solicitado al Tribunal Contencioso Administrativo de Ambato la realización de una inspección preparatoria, ya que luego de haberse dado por terminado el contrato el GAD de Chimborazo ha contratado a otras personas para que continúen con los trabajos, lo que alteraría la situación en la que han dejado la obra, dando como consecuencia que se pierda la prueba de su real avance ejecutado por el Consorcio Achupallas, habiendo designado como perito al Ing. Gerardo Espinoza Saquicela, realizándose la inspección por parte del Tribunal los días 17 y 30 de noviembre del 2016, presentando posteriormente el perito su informe en el que ha concluido que al momento de la terminación unilateral del contrato la obra ha estado avanzada en un 66.66%, desmintiéndose de esa forma al Fiscalizador de la obra y al GAD Provincial de Chimborazo, y dejando en evidencia las mendaces expresiones de la resolución de terminación unilateral del contrato que señala que solo se habían adelantado los trabajos en un 13.61 %, y que el avance de la obra del 66.66% se ha ejecutado pese a que el fiscalizador arrogándose funciones que no tenía, el 29 de julio del 2016, ha dispuesto mediante oficio que se paralicen los trabajos objeto del contrato, y a la vez presente una planilla de liquidación de lo ejecutado hasta el 31 de julio de 2016, lo que supone que el trabajo no estaba atrasado sino por el contrario estaba adelantado, tanto así que de acuerdo al perito Ing. Gerardo Espinoza Saquicela en su informe señala que ha constatado el avance sostenido de los trabajos por parte de la contratista con la participación de la comunidad San Francisco de Achupallas, que ha intervenido con el aporte comunitario comprometido formalmente con el GAD Provincial de Chimborazo como contraparte para la ejecución de esta obra, y que incluso el avance del 60% del valor del contrato se podría considerar superior si se realizaba una reprogramación de la obra considerando factores reales como los dos meses que se dio como plazo para que el GAD Municipal de Alausi ejecute la apertura del camino de acceso desde la plaza central de Achupallas hasta la plataforma del tanque de reserva del sistema de riego, pese aquello la contratista no ha solicitado prórroga de plazo por estos eventos no imputables a su responsabilidad, y que sobre la base de esta afirmación, el perito en las conclusiones de su informe ha determinado que la inversión realizada por parte de la contratista hasta el momento de la paralización de los trabajos el 29 de julio del 2016 era del 66.66% teniendo prevista una inversión del 52.10% hallándose un 14.56% por adelantado del cronograma, y lo más importante estando con un avance de obra de un 53.05% por arriba de lo señalado en la resolución de terminación unilateral del contrato por la supuesta demora en el avance de las obras, siendo totalmente injustificada y arbitraria. Indican que en los informes de fiscalización 001, 002 y 003 en el numeral 2.5 de cada uno de ellos, el fiscalizador ha indicado que la actividad “medición de avance de obra” no se ha realizado, y que a pesar de aquello se ha colocado un avance de obra del 00.00% en los tres casos, siendo que si el fiscalizador no midió el avance de la obra cómo pudo manifestar con tanta seguridad que su avance era del 0%, y que luego en los informes de fiscalización 004 de 25 de julio de 2016 y 005 de 02 de agosto de 2016 en el apartado 2.5 aparece con datos de avance de obra que le permiten al fiscalizador decir en el informe 004 que la obra había avanzado apenas el 13.61%, y en el informe 005 que la obra terminaba con un avance del 18.65%, sin que esas mediciones se hayan realizado en la forma estipulada en el contrato en su cláusula sexta numeral 6.5 que señalaba que los cinco primeros días

laborables de cada mes la fiscalización con el contratista en forma conjunta realizarán las mediciones de las cantidades de obras ejecutadas durante el mes anterior, siendo que la entidad y el fiscalizador han incumplido con esta estipulación, ya que los informes de fiscalización 004 y 005 no contaron con la participación del Consorcio Achupallas, siendo que las mismas no hacen efecto en contra del CONSORCIO, y que de hecho las inobservancias y omisiones del Fiscalizador han sido tan graves que el perito designado en la diligencia preparatoria respecto del trabajo del señor Mayancela concluye que la participación de la fiscalización externa con su aporte diario en la supervisión y control de los trabajos realizados cotidianamente en la marcha del proyecto ha sido completamente nula, no ha fiscalizado, no ha reprogramado la obra en función de los parámetros reales de ejecución del proyecto, sin estar enterado oportunamente de los acontecimientos de incidencia directa en el proyecto, ya que el fiscalizador debía ser un colaborador directo para la concreción del proyecto, siendo todo lo contrario, quedando demostrado que desconocía los detalles de la relación del contratista con la comunidad de San Francisco de Achupallas, no realizaba su trabajo de fiscalización, ejecutaba presuntas mediciones de avance de la obra sin contar con los constructores, realizando índices de avance de obra inferiores a los reales, haciendo una tarea negligente o dolosa que dio lugar a la terminación unilateral del contrato, produciéndose así un incumplimiento del mismo por parte de la entidad contratante que no verificó a través del administrador del contrato que los informes del fiscalizador sean reales. Expresan que uno de los puntos del contrato sobre los cuales el fiscalizador demostró un total desconocimiento y el GAD de Chimborazo un absoluto desprecio que lo han llevado a incumplir el contrato, ha sido que el desarrollo de los trabajos por parte de la contratista debía hacerse con la participación de la comunidad San Francisco de Achupallas, haciéndose eco de ello el perito Ing. Gerardo Espinoza Saquicela, quien en su informe entregado al tribunal en su diligencia preparatoria de inspección judicial ha señalado como contraparte de la Comunidad de San Francisco de Achupallas con el GAD Provincial de Chimborazo a participar directamente con su aporte comunitario mediante la ejecución de algunos rubros tal como se indica en los términos de referencia, y que recién el 29 de junio del 2016 el camino ha estado disponible, antes de aquello la comunidad se ha mostrado reacia a realizar el acarreo de material conforme consta del informe presentado por e Ing. Espinoza Saquicela, evidenciándose una vez más la mala fe con la que actuaron el GAD de Chimborazo y su Fiscalizador, sabían que la comunidad tenía reparos de realizar el trabajo que le correspondía en ausencia del camino que el GAD Municipal de Alausi se ha comprometido en realizar a partir del 28 de abril del 2016, entregando dos meses después el 19 de junio y que recién el 29 de junio del 2016 con el camino aperturado la comunidad se ha dispuesto a prestar plena colaboración para ejecutar su parte del contrato, siendo falsas las aseveraciones del fiscalizador al indicar en su informe que los miembros de la comunidad están molestos por el incumplimiento del contratista, tanto que el mismo fiscalizador se ha encargado de desmentirlas en el Oficio No. 20-FISCA-ACHUPALLAS-AM-2016 de 7 de julio del 2016 que expresa su total desconocimiento respecto a la organización del aporte que la comunidad San Francisco de Achupallas comprometiera con la entidad contratante, objetando además que la comunidad no haya notificado a la fiscalización externa la culminación del tramo de vía construido por el GAD Municipal de Alausi sino que lo haya hecho a la contratista, en otras palabras el fiscalizador admite que no tiene comunicación con los comuneros, a pesar que en el informe de fiscalización número dos (2) se permitió decir que estos estaban molestos, pero a pesar de la falta de camino el proyecto de riego avanzaba, tanto así que el consorcio el 5 de mayo del 2016 y el 14 de junio del

mismo año presentó las planillas 001 y 002 las que en forma ilegal fueron rechazadas por el fiscalizador, concluyendo que el GAD Provincial de Chimborazo violó el contrato toda vez que al declarar terminado el mismo alegando que el avance de obra y monto ejecutado a esa fecha del 5 de junio del 2016 era del 13,61% cuando en realidad los trabajos a la fecha de suspensión de la obra era del 66,66%, además de violar el contrato en la medida que el 29 de junio del 2016 ordenó por intermedio de su fiscalizador la suspensión de los trabajos alegando que no se había comenzado la obra en sesenta (60) días, lo cual era falso ya que se habían emitido 2 planillas y la obra se había realizado en tramos parciales esperando tan solo que el GAD Municipal de Alausí entregará un camino de dos (2) kilómetros que permita subir a la montaña los implementos más pesados a fin de complementar esos tramos, negándose el fiscalizador a contabilizar esos tramos como obra realizada, pidiendo se declare la terminación unilateral del contrato, desprendiéndose que este acto es abusivo y arbitrario, mismo que debe ser anulado. Señala que al administrador del contrato le competía pronunciarse sobre las presuntas demoras afirmadas por el fiscalizador, sin embargo este funcionario nunca lo hizo ni dijo nada, siendo que ese silencio determinaron que se termine el contrato a causa de las mentiras y desmanes del fiscalizador que son imputables a la entidad contratante, aduciendo además que el administrador no ha cumplido con el Código 408-17 de las NCI inclusive ni siquiera ha suscrito el acta de inicio de operaciones, inobservando lo previsto en el artículo 121 del Reglamento General a la LOSNCP, siendo que el fiscalizador se ha arrogado funciones que no le competían como la de denegar el pago de planillas legalmente emitidas o de imponer multas, cosas para las que no tenía competencia, sin que el administrador del contrato mueva un solo dedo, en definitiva no hay en el expediente un documento que justifique que el administrador hiciera su trabajo, lo que de haber sucedido habría evitado los abusos del fiscalizador. Sostiene que el fiscalizador rechazó pagar planillas debidamente notificadas por el Consorcio, mismo que tenían tres (3) días para objetarlas y de no hacerlo la planilla se entendía irrevocablemente aceptada, dándose el lujo el fiscalizador de ignorar el contrato, siendo que la falta de pago de esas planillas, en el plazo y condiciones fijadas en el contrato constituyen incumplimiento del mismo, y que el fiscalizador arrogándose funciones que nunca tuvo impuso multas sin que el administrador del contrato haya hecho nada para poner las cosas en orden, siendo que con fecha 3 de junio del 2016 impuso multas por el supuesto incumplimiento a la cláusula undécima del contrato, indicando que el contratista supuestamente no iniciaba los trabajos de construcción de la obra, multa que se determinó correspondía a veinte (20) días de supuesto retardo, según el cronograma de trabajos, penalizando a la contratista con 7110.99 dólares, y con fecha de 27 de junio del 2016 la fiscalización externa informó que aplicaba nuevas multas por incumplimiento, señalando que se habría producido un periodo de retraso de sesenta y ocho (68) días equivalente a una multa de 24177.36 dólares, así como la supuesta no presentación de la planilla numero 002 a tiempo con un retraso de nueve (9) días equivalente a una multa de 3199.95 dólares, aplicándose con este oficio una multa total de 27377.31 dólares, siendo notorio que el fiscalizador actuó de forma abusiva, rebasado los límites de sus competencias, ya que solamente al administrador del contrato le estaba dado establecer e imponer multas, así lo manda la LOSNCP y su reglamento de aplicación. Hace relación a los artículos 70, 71 de la ley de la LOSNCP artículo 121 del Reglamento a la LOSNCP, artículo 10.12 de la Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072 del Servicio Nacional de Contratación Pública, concluyendo que existió por parte del fiscalizador un abuso de posición y una arrogación de funciones que no le competían, hechos estos que fueron validados por la entidad

contratante, la que se sirvió de esas multas ilegalmente fijadas para justificar la terminación del contrato por haber sido fijado por persona incompetente, lo cual constituye un atropello a sus derechos, y un abuso de los poderes exorbitantes de la administración. Hacén relación al artículo 1453 del Código Civil, señalando que el contrato era imposible de ejecutar siguiendo las especificaciones técnicas que inicialmente les fueron entregadas, toda vez que desde un punto de vista técnico, las especificaciones que el consultor elaboró los estudios respectivos eran inviables de realizar físicamente, pues de haberlo hecho el sistema de riego sería inoperativo, en virtud que la presión del agua disponible excedía la capacidad de la tubería fijada para instalarla, lo cual fue verificado por el perito designado por este tribunal Ing. Gerardo Espinoza Saquicela, siendo que el fiscalizador no hizo absolutamente nada por remediar la situación, apenas el 13 de junio del 2016 el fiscalizador de la obra entrega 87 planos originales del proyecto de construcción con firmas de responsabilidad, y que tristemente para nuestra desesperación, esos planos también estaban equivocados, como por ejemplo las medidas de las tuberías no correspondían al largo de los tramos entre tanque y tanque, siendo que para nuestra desazón, ni el administrador del contrato ni el fiscalizador tuvieron siquiera la elemental cortesía de contestar estos requerimientos, denotando estos detalles que la entidad incumplió el contrato en la medida que nos arrinconó a ejecutar una obra que en el mundo real era físicamente imposible construir debido a los manifiestos errores de los estudios técnicos y en los planos, al tiempo que el contratante hizo oído sordo a todos nuestros requerimientos destinados a lograr que los planos y los estudios fuesen corregidos. Expresan que en las resoluciones de convocatoria a un nuevo proceso de contratación y en la de adjudicación de ese segundo contrato destinado a concluir el sistema de riego, el Prefecto de Chimborazo dejó constancia que fue necesario realizar ajustes a los estudios y planos del proyecto, quedando patente que los reclamos que en su momento presentamos, que los estudios técnicos estaban equivocados, no tenían una base de verdad ineludible y sólida, tanto así que el fiscalizador termina por hacer cambios de diseño y rubros en la tabla de cantidades, lo que nos lleva a cuestionar como pretendía el fiscalizador y el GAD de Chimborazo que ejecutemos un contrato que evidentemente se basaba en estudios equivocados, porque ante nuestra imposibilidad de ejecutar ciertos rubros debido a esos errores nos impusieron multas y finalmente nos arrebataron el contrato de forma anticipada, declarándonos contratistas incumplidos por el pecado de no haber podido llevar a practica con sustento en los planos y especificaciones técnicas incorrectas que ellos contrataron, siendo evidente que fuimos conducidos a una trampa jurídica y técnica preparada por el fiscalizador y la entidad, quienes tras el éxito de la celada recogieron los desperdicios y modificaron las especificaciones para volver a contratar. Señalan que respecto de la notificación de la resolución de inicio del proceso de terminación anticipada del contrato prevista en el artículo 95 de la LOSNCP no fue cumplida por la entidad, pues si bien el GAD Chimborazo hizo una notificación sobre la decisión de terminar el contrato disponiendo que el consorcio remedie los supuestos incumplimientos, ese acto se realizó en una dirección diferente a la determinada en el contrato a través del Dr. Pablo Muñoz Rodríguez Notario Séptimo del cantón Riobamba, siendo que la notificación fue dejada en un inmueble diferente al que se especificó en el contrato, de manera que nosotros nunca nos enteramos de la existencia de ese procedimiento sino hasta días después cuando de manera informal y luego de que se habían supuestamente extinguido los diez (10) días termino que teníamos para responder, un funcionario de la entidad verbalmente nos informó que tal notificación se había llevado a cabo, a pesar de ello en forma por demás sónica y mentirosa en el quinto considerando de la resolución que

impugnamos se dice que la notificación se hizo en el sitio determinado en el contrato, tan cierto es que no sabíamos nada de lo ejecutado por la entidad que el 28 de junio del 2016 entregamos el antes referido oficio 004-CA-2016 y el 14 de junio del 2016 el oficio 05- CA-2016 que antes citamos, en los que informamos acerca de los errores de las especificaciones técnicas, en el que no dijimos una palabra respecto de esa notificación, porque no sabíamos nada de ello, lo que debía hacer la entidad al actuar de buena fe era declarar la nulidad de lo actuado por falta de notificación y ordenar que el proceso se retrotraiga al punto de que el vicio invalidante se produjo, es decir, volver a notificar el inicio del procedimiento de terminación del contrato, pero el GAD de Chimborazo a pesar de la evidencia, sus directivos se empeñaron en decir que la notificación se hizo en el mismo sitio que está señalado en el contrato, y sin darnos el derecho a la defensa el prefecto declaró la terminación unilateral del mismo y nos mandó al registro de contratistas incumplidos, y que si lo acontecido no fuera suficiente, increíblemente la resolución administrativa No. 306- 2016-GADPCH que dio por terminado el contrato, tampoco nos fue notificado en el sitio señalado en el contrato, a pesar de que los funcionarios de la entidad estaban ya advertidos respecto de la irregular notificación que habrían realizado el 28 de junio, en las fotografías que corresponden a la supuesta notificación no aparece el notario, siendo que la misma nos fue entregada dos o tres días después por el propietario de la casa en la que fue dejada, quien es un vecino del sector y amablemente nos hizo llegar esos documentos al tiempo de declarar que desconoce el destino que habría tenido la primera notificación, así la vulneración de nuestros derechos fue consumada. Sostiene que la terminación unilateral del contrato en forma injustificada con multas fijadas por el fiscalizador que no tenía autoridad para ello y que el GAD Chimborazo las validó sin aprobación del administrador del contrato, y realizada sin respetar el procedimiento legal por falta de notificación, nos causó serios daños y perjuicios, al habernos declarado contratistas incumplidos con el Estado, viéndonos expuestos a las consecuencias del artículo 98 de la LOSNCP, lo que nos colocó en situación de no poder contratar con el Estado, y visto que somos expertos en la construcción ingenieros civiles de profesión, por lo que nuestro medio habitual de trabajo y subsistencia es la contratación de obras en el sistema público y privado, siendo que la imposibilidad de contratar con el Estado por cinco (5) años nos causa un gravísimo perjuicio, y que a fin de cuantificarlos contratamos los servicios de la Dra. Gladys Cecilia Pérez Salinas quien se halla acreditada como perito auditora financiera en el Consejo de la Judicatura, a fin de que evalúe el monto de los daños y perjuicios, quien con base en su metodología arribó a las conclusiones que constan en el mencionado informe que adjuntan a la demanda. Exponen los fundamentos de derecho que justifican el ejercicio de la acción. Anuncian los medios probatorios que ofrecen para acreditar los hechos. Señalan la cuantía y el procedimiento que se debe imprimir a la causa; suscriben la demanda junto a su abogado patrocinador.

4.2.- Calificación de la demanda.- Mediante auto de fecha jueves 08 de noviembre del 2018, las 16h06 (fjs. 561), el Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario con sede en Ambato, calificó la demanda y ordenó citar a los demandados, a fin de que en el término de treinta (30) días la contesten y propongan las excepciones de las que se crean asistidos, conforme lo dispone el Art. 291 del Código Orgánico General de Procesos.

4.3.- Citación, Calificación de la Contestación a la demanda, y Defensa de la o del demandado:

a).- Conforme consta de fojas 582 vlta, 583 y 583 vlta, se ha citado de manera legal a los demandados. A fojas 590 comparece el Dr. Jacinto Mera Vela, Director Regional de Chimborazo de la Procuraduría General del Estado, señalando casillero judicial y correo electrónico para recibir notificaciones ante este tribunal, y autorizando a los Abogados institucionales para que asuman la defensa de la entidad a la cual representa. Y, a fojas 1414 a 1466 comparecen los demandados: Abg. Mariano Curicama Guamán y Dr. Juan Carlos Pilco Mayorga, Prefecto y Procurador Síndico del GAD Provincial de Chimborazo, contestando la demanda fuera del término legal.

b).- Mediante auto de fecha 13 de marzo del 2019, las 12h09, en virtud de haber sido presentado la contestación a la demanda de manera extemporánea, el tribunal dispuso: "...De la razón sentada por la secretaría del tribunal de fecha 6 de marzo de 2019, se establece que los demandados Ab. Mariano Curicama Guamán y Dr. Juan Carlos Pilco Mayorga, Prefecto y Procurador Síndico (respectivamente) del Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial de Chimborazo, han dado contestación a la demanda el 11 de febrero del 2019 fuera del termino de ley, esto es a los treinta y un (31) días término contados desde la última citación (26 de diciembre de 2018), en consecuencia no se califica la contestación a la demanda por extemporánea. Por el principio de contradicción se pone en conocimiento de la parte actora la documentación y expediente administrativo relativo al caso adjuntado por los demandados para fines de ley..."

4.4.- AUDIENCIA PRELIMINAR.-

Mediante auto de fecha miércoles 20 de marzo del 2019, las 14h40 (fjs. 1474) el Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario con sede en Ambato, ha señalado para el día martes 10 de diciembre del 2019, a las 09h30, para que se lleve a cabo la Audiencia Preliminar, en la Sala de Audiencias No. 7, de la Torre 1 del Complejo Judicial de Ambato, según lo establece el Art. 292 del Código Orgánico General de Procesos.

5.- LA DECISIÓN SOBRE LAS EXCEPCIONES PREVIAS, VALIDEZ DEL PROCESO, RECLAMOS DE TERCEROS, CUESTIONES DE COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO. El Tribunal en la Audiencia Preliminar, luego de escuchar a los sujetos procesales resolvió: "Respecto de las excepciones previas nada tiene que resolver el tribunal, por no haber justificado ninguna la parte demandada. Sin observarse ninguna de las causales de nulidades procesales previstas en el artículo 107 y siguientes del COGEP; además ningún vicio de procedimiento, el Tribunal declara la validez del proceso. COMPETENCIA.-La competencia del Tribunal en razón de la MATERIA viene dada por lo dispuesto en los Artículos 75 y 173 de la Constitución de la República, y artículo 326 numeral 4 literal d) del COGEP. Y por el TERRITORIO.- La competencia de este Tribunal está determinada por lo dispuesto en el artículo 299 del COGEP y artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado. PROCEDIMIENTO.- A la causa se le ha dado el procedimiento previsto en el artículo 327 del COGEP, el trámite ORDINARIO, que es el correcto".

5.1.- OBJETO DE LA CONTROVERSIA: El tribunal luego de escuchar a las partes fijó el siguiente objeto de la controversia: "Determinar si proceden o no las pretensiones que plantea el actor, en base a los fundamentos de hecho y de derecho que constan en el libelo de demanda".

5.2.- Anuncio probatorio.- Luego de haber anunciado el actor la totalidad de las pruebas que serán practicadas en la Audiencia de Juicio, y escuchadas las solicitudes, objeciones y planteamientos realizados a la oferta de prueba de la contraparte. El Tribunal en relación a los fundamentos de la demanda y contradicción, dictó el siguiente auto interlocutorio: “Se aceptan todas las pruebas anunciadas por la parte actora en esta Audiencia y que constan en el libelo de demanda inicial. El actor deberá retirar de secretaría de este tribunal los oficios para notificar a los testigos y peritos. La comparecencia de los mismos queda bajo su estricta responsabilidad”.

5.3.- CONVOCATORIA A AUDIENCIA DE JUICIO.- Este Tribunal en la Audiencia Preliminar convocó a los sujetos procesales a Audiencia de Juicio para el día 7 de julio del 2020, a las 09h30, la cual se suspendió, señalándose nueva fecha para el día lunes 27 de julio del 2020, a las 09h30, desarrollándose en el día y hora indicado, habiendo el actor practicado la prueba previamente anunciada, contradiciendo la entidad demandada, y realizado sus alegaciones, emitiendo este Tribunal su resolución oral, en base a lo establecido en los Arts. 93, 94, 297 numeral 7 y 313 del Código Orgánico General de Procesos.

6.- LA RELACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS, RELEVANTES PARA LA RESOLUCIÓN:

6.1.- La carga de la prueba recae en el actor; pero en este caso para realizar la relación de los hechos probados, que son relevantes para dictar el presente fallo, es necesario tener en cuenta los siguientes principios definidos por el doctrinario Víctor de Santo en su obra “La Prueba Judicial”, Editorial Universidad, Buenos Aires 1992, páginas 9 y siguientes: Principio de lealtad y probidad o veracidad de la prueba, cuando indica. “...En cuanto la prueba es común...es obvio que no debe utilizarse para deformar la realidad u ocultarla...SILVA MERELO señala, en este sentido, que la prueba debe tender a la reconstrucción de los hechos y de la situación jurídica, tal como efectivamente ocurrieron o están ocurriendo las cosas...”; así como el Principio de la Comunidad (o de la adquisición) de la Prueba en el sentido de que “...la prueba no pertenece a quien la suministra; por ende, es inadmisibles pretender que solo beneficie al que la allega al proceso. Una vez incorporada legalmente a los autos debe tenérsela en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho sobre el cual versa, sea que resulte favorable al que la propuso o al adversario...”, y el Principio de la Pertinencia y Conducencia o idoneidad de la Prueba en el sentido de que “...el tiempo y la labor de los funcionarios judiciales y de los litigantes...no debe perderse en recibir medios probatorios que por sí mismos o por su contenido de ninguna forma sirvan para los fines propuestos y resulten manifiestamente improcedentes o inidóneos...debe distinguirse debidamente la pertinencia de la prueba de su valor convictivo”. Entre los documentos producidos en la audiencia de juicio, el Tribunal considera como medios de prueba relevantes para la resolución, los siguientes:

a).- Resolución Administrativa No. 053-2016-GADPCH de fecha 11 de marzo de 2016, en la que el Prefecto Provincial, adjudica al CONSORCIO ACHUPALLAS la ejecución de la obra del Sistema de Riego Achupallas, por un monto de \$ 355.549,48 dólares, y un plazo de 240 días a partir de la entrega del anticipo (fjs. 61 a 63).

b).- Contrato de obra No. 001-OB-CT-PIDR-2016 para el Mejoramiento y Rehabilitación del Sistema de Riego Achupallas (fjs. 376 a 396).

- c).- Acta de Orden de Inicio de Obra de fecha 22 de abril de 2016. (fjs. 397).
- d).- Informes de Fiscalización 01, 02, 03, y 04, suscritos por el Ing. Alonso Mayancela Sánchez (fjs. 408 a 422).
- e).- Planillas 001 y 002 presentadas por el CONSORCIO ACHUPALLAS (fjs. 270 a 243).
- f).- Oficio No. 03-FISCA-ACHUPALLAS-AM-2016 de contestación al oficio No. 001-CA-2016 de presentación de la Planilla No. 001 de obra ejecutada, trámite No. 4575. (fjs. 451).
- g).- Oficio No. 14-FISCA-ACHUPALLAS-AM-2016, mediante el cual el fiscalizador objeta la Planilla 002 presentada por el constructor y la devuelve alegando incumplimientos, de fecha 21 de junio de 2016, una vez vencido en exceso el plazo señalado en el numeral 6.3 del contrato (fjs. 401 vlta).
- h).- Oficio No. 05-FISCA-ACHUPALLAS-AM-2016 mediante el cual el Fiscalizador impone multas al contratista por incumplimiento a la cláusula undécima del contrato. (fjs. 453)
- i).- Oficio No. 06-FISCA-ACHUPALLAS-AM-2016 mediante el cual el Fiscalizador ratificó la imposición de multas previamente establecidas en el Oficio 05-FISCA-ACHUPALLAS-AM-2016, de fecha 3 de junio de 2016. (fjs. 454).
- j).- Oficio No. 28-FISCA-ACHUPALLAS-AM-2016 enviando por el Fiscalizador al CONSORCIO ACHUPALLAS, en el que informa que aplica nuevas multas por incumplimiento de la cláusula undécima del contrato. (fjs. 455).
- k).- Oficio No. 11-FISCA-ACHUPALLAS-AM-2016 de la entrega de ochenta y siete planos del proyecto de construcción con sus respectivas firmas de responsabilidad, de fecha 13 de junio del 2016 (fjs. 458).
- l).- Oficio No. 20- FISCA-ACHUPALLAS-AM-2016, de fecha 07 de julio del 2016, suscrito por el Ing. Mayancela Sánchez relativo al aporte comunitario de la comunidad de San Francisco de Achupallas. (fjs. 449 y 450).
- m).- Oficio suscrito por el fiscalizador de la obra No. 30- FISCA-ACHUPALLAS-AM-2016 de paralización de trabajos, y requiere la presentación de una planilla de liquidación de lo ejecutado hasta el 31 de julio del 2016. (fjs. 446).
- n).- Resolución Administrativa No. 306-2016-GADPCH de fecha 2 de agosto del 2016, expedida por el señor Mariano Curicama Guamán, Prefecto Provincial de Chimborazo (fjs. 507 a 509).
- o).- Diligencia Preparatoria de Inspección Judicial No. 18803-2016-00020G de fecha 7 de noviembre del 2016, donde se designó como perito al Ing. Gerardo Boanerges Espinoza Saquicela, que incluye el informe del perito, contrato para la ejecución de obra, acta de inspección judicial realizada por los jueces del tribunal, contrato de constitución del Consorcio Achupallas, y copia del nombramiento del representante legal del referido consorcio. (fjs. 96 a 351).
- p).- Copia del contrato de consultor individual No. CI-001-2016 CC-2950-OCEC, de fecha 18 de mayo de 2016, para efectos de fiscalización para la ejecución del contrato de obra. (fjs. 391 a 396).
- q).- Certificado del GAD Municipal de Alausi, que justifica que era necesario la construcción de un camino para conectar la parroquia Achupallas con el tanque principal de la obra. (fjs. 448).
- r).- Materialización Notarial de la Resolución Administrativa No. 600-2016-GADPCH suscrita por el Prefecto de Chimborazo, donde dispone el inicio del trámite de cotización para el Mejoramiento del Sistema de Riego de San Francisco de Achupallas, de fecha 13 de diciembre de 2016. (fjs. 462 a 465).
- s).- Diligencia de notificación de 28 de junio del 2016, ejecutada por el Notario Séptimo del cantón

Riobamba, concediéndole diez días para que la contratista remedie los incumplimientos. (fjs. 467 a 501).

t).- Diligencia de notificación de fecha 8 de agosto del 2016, ejecutada por el Notario Séptimo del cantón Riobamba, haciendo conocer la resolución de terminación anticipada y unilateral del contrato. (fjs. 502 a 512).

u).- Informe pericial elaborado por la Dra. Gladys Cecilia Pérez Salinas, perito auditora financiera acreditada por el Consejo de la Judicatura, que determina el daño causado a los demandantes. (fjs. 513 a 526).

v).- Expediente del proceso de contratación de obra No. 001-OB-CT-PIDR-2016 (documentos precontractuales y contractuales). (fjs. 593 a 1407).

w).- Testimonios de los señores: José Manuel Quijosaca Quinche, Manuel Reacción Namiña Quinchi.

Ante la relación de los hechos probados que el Tribunal estima relevantes para la decisión, no se referirá a ninguna otra actuación procesal ni prueba invocada por las partes, porque considera que no desvanece o varía lo trascendental del cuadro procesal señalado.

7.- MOTIVACIÓN.-

Una vez sustanciada la Audiencia de Juicio conforme lo establecido en el Art. 297 del Código Orgánico General de Procesos, y trabada la Litis, para resolver lo que en derecho corresponda se considera:

PRIMERO: El Tribunal es competente para el conocimiento y resolución del presente asunto, según lo dispuesto en los artículos 75 y 173 de la Constitución de la República, artículos 300 y 326 numeral 4 literal d) del Código Orgánico General de Procesos, y Art. 217 del Código Orgánico de la Función Judicial.

SEGUNDO: El proceso ha sido tramitado de conformidad con las normas pertinentes del Código Orgánico General de Procesos, habiéndose verificado la validez procesal, garantizado a las partes el derecho a la contradicción, se han hecho efectivos los principios de intermediación, oralidad y celeridad en las audiencias preliminar y de juicio, no se omitido solemnidad sustancial alguna que pueda influir en la decisión de la causa, o que pueda causar indefensión a las partes, por lo que no ha existido nulidad que declarar.

TERCERO: Corresponde mediante un ejercicio intelectual analizar si los fundamentos que exponen los actores en su demanda para conseguir sus pretensiones planteadas, son procedentes, análisis que se lo hace en relación a los cargos y contradicción de las partes en conflicto que el Tribunal considere que sean relevantes y pertinentes al objeto de la controversia, y además aquellos que en relación directa a los mismos comporten control de legalidad de los antecedentes o fundamentos del acto administrativo impugnado, supliendo incluso las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho, o se aparte del criterio que aquellos atribuyan a los hechos, conforme lo dispone el Art. 313 del Código Orgánico General de Procesos, que prescribe: “Art. 313.- Contenido de la sentencia. Además de los requisitos generales previstos para la sentencia, esta decidirá con claridad los puntos sobre los que se produjo la controversia y aquellos que en relación directa a los mismos comporten

control de legalidad de los antecedentes o fundamentos de la resolución o acto impugnados, supliendo incluso las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho, o se aparte del criterio que aquellas atribuyan a los hechos.”. En esencia el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario, ha de determinar si la autoridad demandada ha adecuado su accionar al principio de legalidad que como columna vertebral de las instituciones públicas consigna el Artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador “Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”. Así en el caso, el asunto en cuestión se pone de manifiesto en el escenario jurídico respecto del control de legalidad que debe realizar este órgano jurisdiccional a las disposiciones que justifiquen los fundamentos de hecho y pretensiones que reclama la parte actora a través de la presente acción. En el presente caso al no haber contestado la demanda la entidad demandada dentro del término de ley, no se ha calificado la misma, por lo que esta circunstancia será tomada como negativa de los fundamentos en los términos previstos en el Art. 157 del COGEP.

CUARTO: Los actores en su demanda acusan que para dictar la resolución de terminación anticipada y unilateral del contrato, no se ha seguido el procedimiento previsto en el Art. 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, ya que no se ha notificado con el oficio relativo a la decisión de dar por terminado anticipada y unilateralmente el contrato, habiéndose realizado ese acto a través del Notario Séptimo del cantón Riobamba, en una dirección diferente a la determinada en el contrato, de manera que no se han enterado de la existencia de ese procedimiento, sino hasta algunos días después de haberse extinguido el supuesto término que tenían para responder, y que increíblemente la resolución administrativa No. 306- 2016-GADPCH que da por terminado el contrato también ha sido notificada en otra dirección diferente a la que consta en el contrato, siendo que la misma les ha sido entregada dos o tres días después por el propietario de la casa en la que fue dejada, vulnerándose de esta manera sus derechos a la defensa.

Para discernir este cargo el tribunal en primer término se remite a lo previsto el Art. 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que respecto del procedimiento para la terminación unilateral de un contrato por la entidad contratante, dispone: “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. 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....”. De su parte respecto de la notificación, el Art. 127 numerales 1 y 2 del Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, vigente al momento de presentar la demanda, señala: “Art. 127.- Práctica de la notificación. 1. Las notificaciones se practicarán por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado. La acreditación o razón de la notificación efectuada se incorporará al expediente. 2. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, la notificación se practicará en el lugar que éste haya señalado a tal efecto en la solicitud. Cuando ello no fuera posible, en cualquier lugar adecuado a tal fin, y por cualquier medio conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo. Cuando la notificación inicial se practique en el domicilio del interesado, de no hallarse presente éste en el momento de entregarse la notificación podrá hacerse cargo de la misma cualquier persona que se encuentre en el domicilio y haga constar su identidad. Si nadie pudiera hacerse cargo de la notificación, se hará constar esta circunstancia en el expediente, bajo juramento, junto con el día y la hora en que se intentó la notificación, intento que se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes”.

En el caso en análisis, según se establece del expediente (fjs. 1294 a 1307), consta el contrato suscrito el 01 de abril del 2016, entre El Gobierno Autónomo Descentralizado de la Provincia de Chimborazo, y el “Consorcio Achupallas”, CONTRATO No. 001-0B-CT-PIDR-2016 para la ejecución de la obra: “Mejoramiento y Rehabilitación del Sistema de Riego Canal Achupallas, parroquia Achupallas, cantón Alausi, provincia de Chimborazo”, por el monto de \$ 355.00,00 dólares, con un plazo de doscientos cuarenta (240) días contados a partir de la entrega del anticipo, donde se ha pactado la forma de pago el cincuenta (50%) por ciento en calidad de anticipo, y el valor restante del cincuenta (50%) por ciento, mediante el pago contraprestación de planillas mensuales debidamente aprobadas por la fiscalización y la administración del contrato. En la cláusula Vigésima Séptima.- DOMICILIO en el

numeral 27.2 respecto de las notificaciones, se establece: “Para efectos de comunicación o notificaciones, las partes señalan como su dirección, las siguientes: la CONTRATANTE: Primera Constituyente y Carabobo de la ciudad de Riobamba. Teléfono: 2963-940-954504, Correo electrónico: prefectura@chimborazo.gob.ec. EL CONTRATISTA: Calle Antonio Ante 296 y Pasaje B, del barrio Villa Granada, parroquia Lizarzaburu; Teléfonos: 0997237769, Correo electrónico: salazaracuriocj@hotmail.com”, domicilio este que es concordante con el fijado en la escritura de constitución del CONSORCIO ACHUPALLAS (fjs. 58).

A fojas 1310 y 1311 del proceso se verifica la DILIGENCIA DE CONSTATAción DE NOTIFICACIÓN realizada por el Dr. Pablo Muñoz Rodríguez, Notario Séptimo del cantón Riobamba, de fecha 28 de junio del 2016, a las 09h00, relativa al Oficio No. 057-PIDR-2016 de 23 de junio del 2016, y sus anexos, de inicio del trámite de terminación anticipada y unilateral del contrato, suscrita por los personeros del GAD Provincial de Chimborazo, donde les conceden el término de diez (10) para que remedien los incumplimientos. En la mencionada acta de notificación textualmente se señala: “...Siendo las nueve horas con treinta minutos, encontrándonos en la calle Ascàzubi y Antonio Ante, del barrio Villa Granada, de la ciudad de Riobamba, el Dr. Ángel Javier Velastegui Cadena, procedió a notificar con el oficio número 057-PIDR-2016 de veintitrés de junio del dos mil dieciséis, y sus anexos, al señor ingeniero Carlos Salazar Acurio, Procurador Común del Consorcio Achupallas, el mismo, que por no ser encontrado en persona, lo dejó por debajo de la puerta de ingreso en el inmueble sin número, de dos pisos, color amarillo, ubicado en la calle Ascàzubi...”.

De lo expuesto, se puede establecer que la entidad pública habría practicado una notificación defectuosa de la mencionada actuación administrativa, desprendiéndose que se ha realizado en otro domicilio que no se corresponde al fijado por el “CONSORCIO ACHUPALLAS” en el contrato, lo cual no le habría permitido dar contestación dentro de término de ley a los incumplimientos establecidos en los informes técnico y económico adjuntados al Oficio No. 057-PIDR-2016 de fecha 23 de junio del 2016 de inicio de terminación anticipada y unilateral del contrato, habiéndolo realizado fuera del término concedido, fundamentos que no los ha considerado la entidad por haber sido presentados extemporáneamente. Además en el acta de notificación realizada por la Notaria no se señala por parte de este funcionario que la dirección descrita en el contrato haya cambiado de denominación, es decir, cuando se suscribe el contrato tenía el nombre de Calle Antonio Ante 296 y Pasaje B, y cuando se realiza la notificación de inicio de la terminación unilateral tenía el nombre de Ascàzubi y Antonio Ante. También hay que acotar que no se ha aplicado para la notificación lo dispuesto en el Art. 127 del Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), que señala que cuando no pudiera nadie hacerse cargo de la notificación, se hará constar esta circunstancia en el expediente, bajo juramento, junto con el día y la hora en que se intentó la notificación, intento que se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes, pero en este caso no se ha actuado de esta manera, sino más bien ha procedido a dejarle por debajo de la puerta de ingreso, lo cual vuelve aún más irregular la notificación del inicio del trámite de declaratoria anticipada y unilateral del contrato, porque limitó que el contratista ejerza su derecho a la defensa dentro del término previsto en el Art. 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, volviendo irregular el proceso de terminación anticipada y unilateral del contrato. Además, la resolución de terminación anticipada y unilateral del contrato también ha sido dejada en otra dirección diferente a la que consta en el contrato (fojas 502 a 503), y con la agravante

de no cumplir con lo previsto en el Art. 127 del Reglamento invocado anteriormente, siendo irregular la misma afectando en parte la validez y legalidad de dicha notificación; sin embargo, la notificación de la resolución no afecta directamente al administrado, porque lo ha podido controvertir mediante esta acción de controversia contractual.

QUINTO: En relación a los descargos del “Consortio Achupallas” acerca de las causales de terminación unilateral del contrato, que la entidad contratante no consideró por extemporáneos, el CONSORCIO señala (fojas 1347) “...2. Dentro de los pliegos de contratación o bases del proceso se establece en el presupuesto referencial (cuadro de cantidades y precios), los rubros contractuales así como los rubros correspondientes a la contraparte; es decir los trabajos que deben realizar los miembros de la comunidad, tales como limpieza y desbroce, excavación manual de zanja en suelo, excavación manual de zanja en conglomerado, desalojo, etc, rubros que son concernientes a la primera etapa de la ejecución de la obra y que corresponden a movimiento de tierras 3. Con fecha 01 de abril del 2016, entre el Gobierno Autónomo Descentralizado de la provincia de Chimborazo y el Consortio Achupallas, legalmente representado por el ingeniero Jorge Antonio Torres Álvarez, en calidad de Procurador Común, se suscribió el contrato de obra 001-OB-CT-PIDR-2016. 4. Conforme se desprende del acta de orden de inicio de obra, la misma comenzó el día 22 de abril del 2016; sin embargo casi al mes de haber suscrito la referida acta, el doctor Javier Velasteguí Cadena Especialista de Adquisiciones PIDR, notifica al ingeniero Carlos Salazar, miembro del Consortio “Achupallas”, sobre la designación del fiscalizador en la persona del ingeniero Alonso Mayancela Sánchez; documentos estos que generaron duda respecto de la fecha de inicio para la ejecución de la obra, pues el fiscalizador da inicio a la ejecución sin haber sido previamente designado...”.

Al respecto, el oficio 068-PIDR-2016 de 25 de julio de 2016 suscrito por el Coordinador de Gestión de Riego, Jefe de Fiscalización, Fiscalizador Externo y Especialista de Adquisiciones PIDR señala en su numeral 1.9.2: “...En el punto 4 del escrito, ponen en tela de duda, la fecha de inicio del contrato y, si tenía problemas con el plazo de inicio de obra, bastaba que ponga un comunicado a dicho Administrador para que suspenda el plazo contractual hasta que se designe el fiscalizador...” y a continuación en el numeral 2.6 del mismo informe se indica: “...si bien se estaba trabajando en la apertura de la vía para llegar al reservorio, el contratista podía realizar trabajos adicionales como el acarreo de materiales, excavación de zanjas y suministro e instalación de tubería desde la bocatoma y la misma excavación del reservorio...”.

El contrato en la CLÁUSULA DÉCIMA respecto de las prórrogas de plazo, señala: “a) Por fuerza mayor o caso fortuito aceptado como tal por la máxima autoridad de la Entidad Contratante o su delegado, previo informe del administrador del contrato, en base al informe debidamente fundamentado de la fiscalización...” “c.- Por suspensiones en los trabajos o cambios de las actividades previstas en el cronograma, motivadas por la CONTRATANTE u ordenadas por ella, a través de la Fiscalización, y que no se deban a causas imputables al CONTRATISTA”.

El Tribunal se orienta a dirimir si las circunstancias invocadas por el contratista “CONSORCIO ACHUPALLAS”, o la fiscalización justifican en su orden la ilegalidad o legalidad de la resolución de terminación unilateral. Para el efecto, empieza por referirse a los informes de fiscalización que son las evidencias constantes del proceso respecto del desarrollo contractual: a).- De fojas 1268 a 1276 consta el INFORME DE FISCALIZACIÓN N0. 1, elaborado por el Ing. Alonso Mayancela, Fiscalizador Externo, donde se establece lo siguiente: Periodo de evaluación abril y mayo del 2016; Avance de obra

planilla No. 1 aproximado 0,00 %; Avance de obra planilla No. 2 aproximado 0,00 %; Monto total ejecutado de obra aproximado 0,00 %. Además indica que ha realizado las siguientes actividades del periodo: "...con fecha 22 de abril del 2016 se procedió a suscribir el Acta de orden de inicio de obra entre el contratista y fiscalizador de obra externa (...) ha procedido a revisar la planilla de avance de obra No. 1 presentada por el contratista el 5 de mayo del 2016 al GADP Chimborazo (...) la fiscalización de obra externa realiza la revisión de la planilla de avance de obra No. 1, con oficio No. 03-FISCA-ACHUPALLAS-AM-2016 y fecha 19 de Mayo del 2016 se contesta al contratista Ing. Jorge Torres Álvarez (...) contestando que la planilla NO SE APRUEBA, hasta que cumpla las observaciones realizadas (...) el contratista Ing. Jorge Torres Álvarez...no inicia los trabajos de construcción de la obra, a lo cual la fiscalización externa de la obra va a proceder a la aplicación de las cláusulas contractuales cláusula Undécima.- Multas...la multa que la fiscalización ha determinado, es de 20 días calendario por no justificar las actividades relacionadas con el objeto del contrato....a lo cual se procede aplicar la cláusula de multas por un valor de 7.110,99....dólares americanos...2.3 CONTROL DE HERRAMIENTAS, EQUIPOS Y MAQUINARIA No se realiza esta actividad. 2.4 CONTROL DE MANO DE OBRA No se realiza esta actividad. MEDICIÓN DE LA OBRA EJECUTADA EN EL PERIODO. No se realiza esta actividad...". b).- De fojas 1317 a 1322 consta el INFORME DE FISCALIZACIÓN N0. 2, de fecha 21 de junio de 2016, también elaborado por el Ing. Alonso Mayancela, Fiscalizador Externo, donde se establece lo siguiente: Periodo de evaluación de junio del 2016; Avance de obra planilla No. 1 aproximado 0,00 %; Avance de obra planilla No. 2 aproximado 0,00 %; Monto total ejecutado de obra aproximado 0,00 %. Además señala que realiza las siguientes actividades "...Se ha realizado la entrega de varios oficios donde se solicita varios pedidos de la fiscalización de la obra externa, pero hasta la presente fecha no se ha contestado los mismos (...) la ineficiencia en el gerenciamiento de la obra por el contratista hace que no se conteste ningún pedido que realiza la fiscalización de obra externa (...) se adjunta copia de todos los oficios entregados al contratista (...) la planilla de avance de obra No. 01 fue reprobada por la Fiscalización de obra externa el 19 de mayo del 2016, al no justificarse los rubros que se planilla, hasta la presente fecha (...) no presenta la planilla con los justificativos solicitados (...) la planilla de obra No. 2 se presenta el 14 de junio del 2016 la misma tiene una sanción por multas por 9 días de retraso en la entrega de la planilla un valor de 2.844,40 USD (...) al no presentar dentro de los 5 primeros días de cada mes como consta en el contrato Cláusula Undécima literal (sic) No. 11.2 (...) igualmente la planilla de avance de obra No. 2 se entrega...el 20 de junio del 2016, y una vez revisada esta es reprobada por no justificar los rubros planillados con el oficio No. 14 y 15-FISCA-ACHUPALLAS-AM-2016....aplicando la cláusula de multas se tendría una multa de \$ 7.110,99, esta multa se aplicó el 3 de junio del 2016...en vista que han transcurrido 60 días desde la fecha de inicio de la obra y al no tener ninguna justificación por escrito presentado por el contratista...mi recomendación en calidad de fiscalizador....es que se proceda a la terminación unilateral del contrato...no se ha pagado ninguna planilla de avance de obra por la no aprobación de las mismas al no tener un sustento...". c).- De fojas 408 a 417 consta el INFORME DE FISCALIZACIÓN N0. 4, de fecha 25 de julio de 2016, elaborado por el Ing. Alonso Mayancela, Fiscalizador Externo, donde se establece lo siguiente: Periodo de evaluación de 1 al 25 de julio del 2016; Avance de obra planilla No. 1 aproximado y aprobado por fiscalización 0,00 %; Avance de obra planilla No. 2 aproximado y aprobado por fiscalización 0,00 %; Avance de obra planilla No. 3 aproximado y aprobado por fiscalización 0,00 %; Avance de obra planilla No. 4

aproximado y aprobado por fiscalización 13,61 %; Monto total ejecutado de obra aproximado y aprobado por fiscalización 13,61%. Además señala que realiza las siguientes actividades "...que con fecha 29 de junio del 2016 se da inicio a los trabajos de construcción del sistema de riego...se revisa que en la maquinaria que se va utilizar no se cuenta con una Excavadora de oruga...de acuerdo a la oferta presentada...el contratista no cuenta con la aprobación de la fiscalización para el uso de la maquinaria, tampoco se tiene el libro de obra...hasta la presente fecha no se ha podido legalizar ninguna planilla de avance de obra y tampoco las planillas de reajuste de precios, esto se debe a que el contratista no puede justificar el avance de obra por no haber ejecutado los rubros que se presentan en las planillas de avance de obra...no se tiene libro de obra legalizado por la fiscalización...no se ha pagado ninguna planilla de avance de obra por la no aprobación de las mismas al no tener un sustento, por lo que ha sido improcedente el pago de las planillas...Las planillas de avance de obra...1, 2, y 3 no se legalizado por no tener un sustento de su ejecución y hasta la presente fecha no se han legalizado por descuido del contratista, igualmente las planillas de reajuste de precios no han sido presentadas...En base al informe No. 4 y a la presentación de la planilla de avance de obra No. 4 referencial, la cual ha sido valorada por la fiscalización se tendría un avance de obra a la presente fecha de 48,89%, se evidencia que se tiene un retraso del 35,19%...el contratista no justifica los motivos del retraso...se solicita al Administrador del contrato...considere todos los inconvenientes que se ha ido generando por falta de gerenciamiento del proyecto...y se defina la continuidad de la obra o definitivamente se termine unilateralmente el contrato y se liquide el mismo".

De lo expuesto, el Tribunal discierne de manera diáfana y contundente que la contratista inicialmente no podía solicitar prorrogas de plazo, porque no existía un fiscalizador legalmente nombrado para que emita el informe fundamentado de la fiscalización atinente a la procedencia de una posible prórroga, y además los cambios de actividades previstas en el cronograma de obra también debían ser ordenadas por la contratante a través de fiscalización, por consecuencia, a criterio de este tribunal, era imposible cumplir con lo manifestado por el Coordinador de Gestión de Riego, Jefe de Fiscalización, Fiscalizador Externo, y Especialista de Adquisiciones PIDR, siendo que de conformidad a lo previsto en el Art. 12 literal a) del Reglamento de Determinación de Etapas del Proceso de Ejecución de Obras y Prestación de Servicios Públicos "...Los objetivos más importantes de la labor fiscalizadora, son...: a).- Vigilar y responsabilizarse por el fiel y estricto cumplimiento de las cláusulas del contrato de construcción, a fin de que el proyecto se ejecute de acuerdo a sus diseños definitivos, especificaciones técnicas, programas de trabajo, recomendaciones de los diseñadores, y normas técnicas aplicables".

De otro lado, el literal d) del Art. 12 del referido reglamento, referente a los objetivos de la fiscalización, señala: "d) Conseguir de manera oportuna se den soluciones técnicas a problemas surgidos durante la ejecución del contrato". Y, los literales d) y e) relacionadas a las funciones del fiscalizador, prescriben: "d) Ubicar en el terreno todas las referencias necesarias, para la correcta ejecución del proyecto" "e) Sugerir durante el proceso constructivo la adopción de las medidas correctivas y/o soluciones técnicas que estime necesarias en el diseño y construcción de las obras, inclusive aquellas referidas a métodos constructivos". Las Normas de Control Interno No. 408-19 de la Contraloría General del Estado, respecto de las funciones del fiscalizador, señalan: "...c) Ubicar en el terreno las referencias necesarias para la correcta ejecución de la obra" "g) Resolver las dudas que surgieren de la interpretación de los planos, especificaciones, detalles constructivos y cualquier otro

aspecto técnico relacionado con la obra; “i) Justificar técnicamente la necesidad de efectuar modificaciones o trabajos extraordinarios en las obras bajo su supervisión” “q) Coordinar con el contratista las actividades más importantes del proceso constructivo”.

De las disposiciones transcritas, es evidente que la labor de la fiscalización es vital en la construcción de la obra pública, pues, para cumplir las sugerencias realizadas por los funcionarios del GAD Provincial de Chimborazo, no podía el contratista por si solo realizar trabajos adicionales o cambios en el cronograma de actividades como el acarreo de materiales, excavación de zanjas y suministro, e instalación de tubería desde la bocatoma, y la misma excavación del reservorio, hasta que se realice la apertura de la vía para el transporte del material que era aporte de la comunidad, dicha argumentación que a lo posterior sirvió como antecedente para declarar la terminación anticipada y unilateral del contrato, el tribunal la considera imprecisa e infundada, porque no existió oportunamente un fiscalizador legalmente designado para que coordine y brinde soluciones técnicas a los problemas surgidos durante la ejecución del contrato, inclusive para que sugiera durante el proceso constructivo la adopción de las medidas correctivas y/o soluciones técnicas que estime necesarias en el diseño y construcción de la obra, como aquellas referidas a métodos constructivos, situación que es atribuible a la entidad contratante, mas no al contratista.

En la especie, se observa una eminente omisión por parte de la entidad contratante, al no haber realizado la contratación oportuna del fiscalizador de obra, pues, es de entender que la fecha de inicio del contrato se dio el 22 de abril del 2016, y el contrato de fiscalizador se suscribe el 19 de mayo de 2016, después de casi un mes de la fecha que se suscribe el acta de inicio del contrato, esta situación generaba desconcierto en la fecha de inicio de los trabajos contratados, toda vez, que al no existir un fiscalizador legalmente nombrado para coordinar las diferentes fases de contratación, lo lógico era que la entidad contratante suspenda el plazo del contrato para que decurra una vez que se encuentre legalmente contratado el fiscalizador. Además es de indicar que resulta extraña la actuación del fiscalizador ya que aparece firmando como tal en el acta de inicio de la obra el 22 de abril del 2016, sin que a esa fecha haya sido contratado legalmente, porque su contrato que consta a fojas 391 a 396 de los autos, se suscribe el 19 de mayo del 2016, y se establece en la cláusula segunda que la prestación deberá ser llevada a cabo en el plazo de 240 días, contados desde la suscripción del contrato, a ese entender la actuación del fiscalizador deviene en irregular y confusa; sin embargo de aquello la designación irregular del fiscalizador, no eximía al contratista de presentar las planillas de avance de obra en la forma que establece la ley, inclusive si no estuvo conforme con la designación del fiscalizador debió haber comunicado inmediatamente a la entidad contratante, además es de acotar y dejar en claro que la irregular designación del fiscalizador, lo único que justifica es la falta de coordinación y demora en la ejecución de la obra, y la incertidumbre en la fecha de iniciación de la obra; no así enerva las observaciones a la presentación de planillas que el contratista estaba en la obligación de dar respuestas al fiscalizador, pues los informes del fiscalizador son elaborados después de haber sido designado en legal y debida forma.

Todas estas irregularidades sumadas a la anormal notificación del inicio del procedimiento terminación unilateral del contrato, afectan la validez de la resolución de terminación anticipada y unilateral del contrato, por lo tanto el Tribunal concluye que el procedimiento para la terminación

anticipada y unilateral del contrato vulnero derechos del contratista, en especial legítimo derecho a la defensa, y no está debidamente motivada, incumpliendo lo previsto en el Art. 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador.

SEXTA: Ahora bien, en relación al avance real de la obra este tribunal entra a analizar las siguientes constancias procesales: 6.1.- Del proceso de fojas 3 a 351 se encuentra la diligencia preparatoria de inspección realizada por este Tribunal al lugar de ejecución de la obra, donde se designó como perito al Ing. Gerardo Boanerges Espinoza Saquicela, mismo que dentro del término concedido presentó su informe pericial y lo sustentó en la Audiencia de Juicio. En el referido informe el perito luego de realizar un recuento de los acontecimientos sucedidos en la ejecución del contrato hasta la terminación unilateral del mismo, entre lo principal señala: “De la diligencia de inspección judicial, que se llevó a efecto al sitio de la obra los días jueves 24 y miércoles 30 de noviembre de 2016 (...) se ha podido constatar el avance sostenido de los trabajos por parte de la contratista, con la participación de la comunidad San Francisco de Achupallas (...) que intervino con el aporte comunitario comprometido formalmente con el GAD CHIMBORAZO como contraparte para la ejecución de esta obra, de acuerdo a los términos referenciales del contrato (...) de acuerdo a lo observado en la diligencia de inspección judicial (...) y el análisis de cantidades y costos de inversión ejecutados; se establece que el avance realmente ejecutado hasta la fecha de suspensión unilateral por parte de la entidad contratante fue superior al 60% del valor del contrato tomando en cuenta el cronograma de inversiones vigente; y, que incluso se podría considerar superior si se realizaba una reprogramación de la obra, considerando factores reales como los dos meses que se dio como plazo para que el GAD MUNICIPAL DE ALAUSI ejecute la apertura del camino de acceso desde la plaza de San Francisco de Achupallas hasta la plataforma del tanque de reserva del sistema, sumados otros factores de carácter técnico, dadas las incongruencias anotadas entre las características de los materiales de diseño y los estimados para la suscripción del contrato (...) los ejecutores del proyecto (...) y la comunidad San Francisco de Achupallas, no pararon sus labores hasta la orden de suspensión de la obra por parte de la contratante. La contratista (...) no solicita prórroga de plazo por estos eventos no imputables a su responsabilidad. Para una justa liquidación económica total, se deberán tomar en cuenta los trabajos e inversiones realmente ejecutadas (...) De acuerdo al avance físico observado en la inspección judicial (...) se estima que para terminar la obra se requiere de un máximo de 90 días calendario, es decir la obra tiene un avance físico equivalente a 2/3 del contrato, faltando definir los suministros y accesorios del Sistema de Conducción para su instalación en las zanjas excavadas y pasos elevados ya construidos y proceder de inmediato a los trabajos de terminados y pruebas hidrostáticas que garanticen el buen funcionamiento de la obra (...) La inversión realizada por parte de la contratista al momento de la paralización de los trabajos, 29 de julio del 2016, es superior al 60%. El cronograma de inversiones vigente para esta fecha tenía prevista una inversión del 52,10%. Tomando en cuenta que el avance físico de la obra es equivalente a los 2/3 del contrato, con costos de logística y otros de carácter indirecto, el aporte de la comunidad de acuerdo a los documentos de este proceso; el avance real de las obras ejecutadas por el CONSORCIO (...) de acuerdo al detalle de los trabajos realizados del Anexo de LIQUIDACIÓN DE PLANILLAS DE OBRA EJECUTADA, presentadas por la contratista y verificadas en el proyecto, al 29 de julio de 2016 corresponden a: % DE AVANCE REALMENTE EJECUTADO: 66,66 %. VALOR DE LA INVERSIÓN REALMENTE EJECUTADO: \$

237.009,28...”.

6.2.- Al momento de presentar observaciones al peritaje durante la diligencia preparatoria la entidad contratante señala que: “en la parte de las conclusiones se limita a establecer (Numeral 4.2 que el avance real ejecutado es del 66,66%; con un valor de la inversión realmente ejecutado de US\$. 237.009,28 ¿Sobre la base de que trabajo intelectual y de campo llegó a esa conclusión? ¿Dónde están las mediciones que realizó en campo para llegar a tamaña conclusión. Si es una experticia técnica, como podemos contradecirla si se basa en aseveraciones que no tienen respaldos de ninguna naturaleza?”.

6.3.- Al solicitar la diligencia preparatoria los accionantes manifestaron que el perito ha de informar respecto de los siguientes puntos: “a.- El avance real de las obras ejecutadas por el CONSORCIO ACHUPALLAS, en cumplimiento del Contrato de Obra No. 001-0B-CT-PIDR-2016 de 01 de abril de 2016. En este punto el perito deberá establecer el detalle de los trabajos realizados, el porcentaje de avance de los mismos, en comparación con las especificaciones técnicas de los pliegos que constituyen parte integrante del contrato, así como el cuadro de descripción de rubros, unidades, cantidades y precios, que figura en la cláusula QUINTA del contrato, incluyendo el detalle de rubros nuevos ejecutados”. Como se aprecia es clara la solicitud de comparar lo ejecutado con el cuadro de descripción de rubros, unidades, cantidades y precios del contrato; sin embargo, en el informe pericial no se observa que el perito haya cumplido con esta solicitud en los términos planteados por la parte actora.

6.4.- Para entrar a valorar esta prueba el tribunal se remite a lo previsto en el Art. 221 del Código Orgánico General de Procesos, que respecto de la prueba pericial, señala; “Art. 221.- Perito. Es la persona natural o jurídica que por razón de sus conocimientos científicos, técnicos, artísticos, prácticos o profesionales está en condiciones de informar a la o al juzgador sobre algún hecho o circunstancia relacionado con la materia de la controversia...”. Y, el Art. 227 *Ibidem*, expresa: “Art. 227.- Finalidad y contenido de la prueba pericial. La prueba pericial tiene como propósito que expertos debidamente acreditados puedan verificar los hechos y objetos que son materia del proceso. Las partes procesales, podrán sobre un mismo hecho o materia, presentar un informe elaborado por una o un perito acreditado”. En el recurso de casación No. 158-2011 LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA-SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO, de fecha 26 de agosto de 2013, las 11H10, respecto de la prueba pericial manifiesta: “...El perito es, sin duda, un importantísimo auxiliar de la justicia, que proporciona a quien va a resolver sobre un tema técnico o de alta especialización, un criterio definido y conclusiones sólidas basadas no sólo en los hechos (documentos), sino también en la experiencia profesional de quien la formula...”.

6.5.- Analizado en su contexto el informe pericial, este tribunal concluye que el mismo se fundamenta únicamente en las planillas de avance de obra presentadas por la contratista, las cuales que del propio informe y de la verdad procesal se establece que fueron observadas por el fiscalizador de la obra; además, no contiene un criterio técnicamente establecido, que en su calidad de perito especialista debía indicar en base a la tabla de cantidades y precios constante en el contrato y verificados en campo, indicando en forma técnica y con el respaldo suficiente cuanto de esos rubros ejecutó el contratista, en el informe pericial no se define técnicamente los rubros constatados por el perito que hayan sido ejecutados por la contratista para que llegue a la conclusión de la ejecución del contrato del 66%. El perito no realiza su propio trabajo de medición de rubros ejecutados, porque se basa más bien

en las planillas hechas unilateralmente por el actor, además de hacer mención que los sustenta en el libro de obra de la contratista que no contiene firmas de responsabilidad de parte de la entidad contratante, todo lo cual resta de credibilidad al informe pericial, en consecuencia no hay prueba del avance real de la obra; inclusive el Tribunal reflexiona que aún en el supuesto de haberse presentado un informe pericial adecuado, éste medio probatorio no es suficiente para acreditar un avance real de obra, porque el proceso de ejecución de obras comprende el registro de las actividades diarias, el cual se lo hace en el libro de obra, posterior se presenta la planilla respectiva para su aprobación; en el presente caso el contratista, muy a pesar de la designación irregular del fiscalizador, debió presentar las planillas conforme lo establece la cláusula séptima, numeral 7.6, del contrato; porque el fiscalizador si bien empezó su actuación en forma irregular el 22 de abril del 2016, hay que destacar que legalmente ya estuvo designado desde el 19 de mayo del 2016, en ese sentido el contratista debió presentar las planillas de avance de obra, conforme lo ordenaba el contrato, al caso en estudio no consta que haya procedido de esta manera, por lo tanto no hay certeza del avance real de la obra, además las planillas que presentó fueron observadas por el fiscalizador de la obra.

SEPTIMA: En relación a la indemnización que persiguen los actores, el tribunal se remite en primer término a lo previsto en el artículo 1572 del Código Civil, que prescribe: “Art. 1572.- La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”. Así mismo, a efectos de establecer la viabilidad de las pretensiones de indemnización, el tribunal hace suyo como parte de la motivación en el presente fallo, el pronunciamiento vertido por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador dentro del Recurso de Casación No. 293- 2009, que en lo pertinente se manifestó : “[...] En cuanto al daño, si lo que se pretende es la reparación de daños materiales, o también llamados patrimoniales, se deberá probar que efectivamente el hecho dañino produjo una pérdida o disminución patrimonial (daño emergente); o que el hecho impidió o impedirá el ingreso patrimonial previsto (lucro cesante)...”. En idéntico tenor literal se pronunció en el numeral 3.3 dentro del Recurso de Casación No. 402- 2009, del 25 de febrero de 2013 (Caso EMELMANABÍ), y que este Tribunal acoge también como criterio jurídico aplicable al presente caso, el expuesto por el Dr. José Suing Nagua, en su voto salvado emitido de 24 de agosto de 2012 dentro de la causa No. 139-2010, que al final del numeral 5.4 expresa: “[...] No será lo mismo liquidar un perjuicio de daño emergente o lucro cesante, de un carácter eminentemente monetario que uno de daño moral, que aunque pueda ser valorado económicamente, no pretende equiparar financieramente una situación que no es posible tasarla monetariamente, sino que pretende aminorar con carácter, incluso, simbólico el sufrimiento soportado; por eso es que caben incluso indemnizaciones no monetarias, como disculpas, reconocimientos públicos u otras acciones similares. Sin embargo, todo se circunscribe a aspectos probatorios; es decir, que quien se presenta como perjudicado de un hecho dañino deberá probar el perjuicio sufrido y que éste tuvo relación efectivamente con el evento que produjo el daño...”. La Sala de lo Civil de la Corte Nacional de Justicia, en la resolución No. 0197-2019 de fecha 2018-09-18, respecto de los daños y perjuicios señala: “...3.6. La reparación civil por daños y perjuicios comprende el lucro cesante y el daño emergente, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, de haberse cumplido imperfectamente, o del retardado en el cumplimiento. (Artículo 1572 C.C.). Para la procedencia de la reparación de daños y perjuicios, deben justificarse necesariamente la coexistencia de tres elementos

esenciales, comunes a todo tipo de responsabilidad subjetiva civil contractual o extracontractual: conducta culposa o dolosa del demandado o de alguien a su cargo, daño cierto antijurídico y nexo causal entre la conducta y el daño (...) 3.8. René Abeliuk Manasevich, en su obra “Las Obligaciones”, al referirse al daño emergente y al lucro cesante, enseña que “La distinción entre ambos deriva de que el daño emergente es el empobrecimiento real y efectivo que sufre el patrimonio del acreedor, y el lucro cesante, la utilidad que deja de percibir el acreedor por el incumplimiento o cumplimiento tardío de la obligación” (ob.Cit. Tomo II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, pág. 791.)...”.

Los pronunciamientos jurisdiccionales referidos anteriormente son concordantes en manifestar que los daños materiales o también llamados patrimoniales deben ser probados, tanto el daño emergente y el lucro cesante, siendo que este tribunal debe valorar la prueba atinente a esta pretensión conforme lo manda el artículo 164 del COGEP, que señala: “Art. 164.- Valoración de la prueba. Para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberá solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código. La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos...”. El Art. 162 *Ibidem* indica: “Art. 162.- Necesidad de la prueba.- Deben probarse todos los hechos alegados por las partes, salvo los que no lo requieran...”. El Art. 158 del cuerpo procesal invocado expresa: “Art. 158.- Finalidad de la Prueba.- La prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos”.

En la especie, para justificar la pretensión de indemnización solicitada en la demanda, se tiene que la parte actora presentó prueba pericial. En efecto, para el análisis y valoración de esta prueba, es preciso indicar que en este proceso la parte actora acusa la ilegalidad de la terminación unilateral como causa de los perjuicios sufridos; sin embargo, el Tribunal no pasa por alto el hecho de que ha de probarse una relación entre el lucro cesante y daño emergente que cuantifica y reclama la parte actora, y el acto ilegal que estima antecedente de tal perjuicio.

Al efecto los actores en su demanda relatan que como consecuencia de la ilegalidad de la terminación unilateral, las multas impuestas carecen de valor; criterio con el cual concuerda este Juzgador pluripersonal, y por lo tanto estima pertinente reponer este valor a la parte accionante por USD \$ 27.377,31 dólares.

En esencia, en este proceso los actores para cuantificar la indemnización presentan el informe pericial contable efectuado por la Dra. Gladis Cecilia Pérez Salinas, perito inscrita el Consejo de la Judicatura (fjs. 513 a 526), que señala como “daño emergente” la cantidad de USD \$ 141.071,38 proveniente de comprobantes de venta y pago que respaldan las inversiones realizadas por el CONSORCIO ACHUPALLAS para cumplir con el Contrato de Obra No. 001-OB-CT-PIDR-2016; acumulación de inversiones por los accionantes para el mismo propósito, comparación entre inversiones realizadas y valor reconocido por la contratante al terminar unilateralmente el contrato; cálculo de la diferencia entre inversiones; costos de peritaje legal y contable; intereses ocasionados por el financiamiento para cumplir con el reembolso del anticipo puesto que el 95.48% fue utilizado en las inversiones realizadas en la obra. Con la ejecución de las garantías y liquidación contractual por parte de la entidad contratante, se le reconoció al contratista únicamente el valor de USD \$ 48.378,73 dólares, devengados del anticipo.

El Tribunal concluye que las inversiones realizadas por el “CONSORCIO ACHUPALLAS” para

cumplir con el Contrato de Obra No. 001-OB-CT-PIDR-2016; y, la acumulación de inversiones por los accionantes para el mismo propósito NO CONTIENEN SUSTENTO DOCUMENTAL; por lo tanto no cabe ordenar su reembolso toda vez que no justifican los actores haber incurrido en dichos egresos ni incluye la perito en su informe prueba de tales gastos. Los intereses resultantes del financiamiento incurrido para reembolsar a la aseguradora el valor del anticipo devuelto ascienden a USD \$ 3.096,24 según el cuadro que integra el informe, sin embargo carecen de sustento documental. Acerca de los gastos por asesoría y peritajes incurridos por el actor, los mismos son costas procesales, porque son gastos incurridos por el actor para ejercer la presente demanda, por lo tanto no se vinculan con daños y perjuicios resultantes de la ilegalidad de la terminación, además que no los reclama la parte actora, ni puede condenarse al Estado a su pago conforme lo establece el Art. 284 del Código Orgánico General de Procesos.

En relación del lucro cesante el Tribunal no discierne ni los actores justifican que exista relación entre los rubros que determina la perito y la declaratoria de terminación unilateral del contrato, ya que si bien señalan en su demanda: “Conforme quedó de manifiesto en el informe pericial contable financiero adjuntado a esta demanda, este monto es el resultado de sumar los daños ocasionados a los demandantes por el tiempo que hemos permanecido en el registro de contratistas incumplidos, más honorarios, rentas y utilidades que dejamos de percibir durante ese lapso; los rubros ejecutados y devengados por el Consorcio y no pagados por la entidad demandada; los gastos por contratación de personal, adquisición de bienes y servicios para la ejecución del contrato; el importe de la manutención de las garantías contractuales y su cobro, así como toda pérdida imputable a lucro cesante y los honorarios de nuestro defensor”; sin embargo, el peritaje no presenta ningún sustento documental que justifique las conclusiones a la que arriba la perito, así, no constan justificativos de las inversiones en la ejecución de la obra, ni del financiamiento incurrido para transigir con la aseguradora, ni de los estados de resultados elaborados por la perito para determinar las utilidades netas que dejaron de percibir los actores por el tiempo que estuvieron en el registro de contratistas incumplidos del SERCOP, no hay declaraciones de impuesto a la renta, I.V.A, registros de contabilidad, etc., que demuestre que los actores dejaron de percibir renta a consecuencia de la terminación unilateral del contrato, por tanto el informe pericial no prueba ningún daño ni perjuicio (lucro cesante); inclusive aún en el supuesto no consentido que dicho informe pericial probara algún rubro, es preciso indicar que el Tribunal no encuentra ninguna relación causal entre la terminación unilateral del contrato y los rubros cuyo pago persigue la parte actora, es decir el actor no ha probado el nexo causal, para justificar una indemnización a consecuencia de la terminación unilateral del contrato, más aún cuando se advierte que de parte del contratista también hubo incumplimientos que desencadenaron en una irregular ejecución de la obra contratada, así se advierte pues los actores demandan la resolución del contrato; sin embargo, dentro del proceso de ejecución de la obra no informaron a la entidad contratante de incumplimientos, ni tampoco ejercieron la respectiva acción ya sea administrativa o judicial para dar por terminado el contrato, es decir existió una total desidia de parte del contratista, quien en lugar de subsanar o demandar los incumplimientos, siguió con una ejecución defectuosa del contrato, conforme ha quedado ya explicado.

8.- DECISIÓN SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO, DETERMINANDO LA COSA, CANTIDAD O HECHO AL QUE SE CONDENE, SI CORRESPONDE:

Por lo expuesto, sin que existan otras consideraciones que realizar, el Tribunal Contencioso

Administrativo y Tributario con sede en Ambato, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY, acepta parcialmente la demanda presentada por el “CONSORCIO ACHUPALLAS, y declara lo siguiente: 1.- La ilegalidad del acto administrativo impugnado Resolución de Terminación Anticipada y Unilateral No. 306-2016-GADPCH, de fecha 02 de agosto de 2016, expedida por el Dr. Mariano Curicama Guamán, Prefecto Provincial de Chimborazo, del contrato de obra No. 001-OB-CT-PIDR-2016 de fecha 01 de abril de 2016; 2.- Se declara la ilegalidad de las multas impuestas por el fiscalizador por un valor total de \$ 27.377,31 dólares, valor que en caso de ya haberse cancelado a la entidad demandada, deberá ser restituido al CONSORCIO ACHUPALLAS; 3.- Respecto de la pretensión que se declare la resolución y por lo tanto la terminación por causas imputables a la entidad contratante, este tribunal considera incompatible la pretensión con la impugnación a la terminación unilateral, porque, la resolución por causas imputables a la entidad solo podía ejercerse antes de que la entidad declare la terminación unilateral, tanto más que si la parte actora hubiera ejercido esa acción al tiempo en que sucedieron los incumplimientos que se dejan relatados al analizar la terminación unilateral, la entidad no habría llegado a emitir la resolución que impugna el actor; 4.- Se deja sin efecto la inscripción del “CONSORCIO ACHUPALLAS” y sus integrantes en el Registro de Contratistas incumplidos y adjudicatarios fallidos; 5.- En virtud que la garantía de buen uso del anticipo, entregadas a la entidad contratante fue ejecutada, no procede ordenar su devolución. Además de autos no hay constancia que el CONSORCIO ACHUPALLAS, haya procedido a pagar a la aseguradora el valor de garantía ejecutada, por otro lado tampoco existe evidencia de la ejecución cabal del anticipo entregado al contratista, conforme ya fue explicado en el considerando anterior de este fallo, por lo que la devolución de la garantía del buen uso del anticipo es improcedente; 5.1.- El Tribunal considera que la devolución del valor de la garantía de fiel cumplimiento del contrato es procedente, porque el contratista ante la ilegal terminación del contrato, no puede sufrir menoscabo en su patrimonio, toda vez que por causas imputables a la entidad y también al propio contratista, no pudo terminar la obra; 6.- Se niega la pretensión de daños y perjuicios en los rubros detallados en el considerado séptimo del fallo. En consecuencia, la entidad demandada en el término de 30 días procederá a reembolsar al CONSORCIO ACHUPALLAS, el valor de la garantía de fiel cumplimiento del contrato, sin intereses; y, con respecto al valor de las multas impuestas, en caso de ya haberse cancelado a la entidad demandada, deberá ser restituido al CONSORCIO ACHUPALLAS, sin intereses; caso contrario, de no haberse pagado las mismas no procederá su pago.- Actúe como secretario encargado el abogado Josthyn Noboa.- Cúmplase y Notifíquese.-

f).- SALINAS CABRERA HERNAN NERI, JUEZ; GUERRERO ZUNIGA EDISON RAMIRO, JUEZ; GARNICA BUSTAMANTE WALTER PATRICIO, JUEZ

Lo que comunico a usted para los fines de ley.

NOBOA JACOME JOSTHYN JOSUE
SECRETARIO (E)