



Ministerio
de Telecomunicaciones y de la
Sociedad de la Información



Memorando Nro. MINTEL-CGJ-2015-0123-M

Quito, D.M., 30 de octubre de 2015

PARA: Sr. Ing. Christhian Manuel Burgos Murillo
Coordinador General Administrativo Financiero

ASUNTO: CUMPLIMIENTO DE RECOMENDACIONES DE AUDITORÍA

En atención al Memorando No. MINTEL-DM-2015-0072-M de 23 de octubre de 2015 y al Memorando No. MINTEL-CGAF-2015-0508-M, de 26 del mismo mes y año, a través del cual manifiesta: "Con estos antecedentes solicito a usted se absuelva con la siguiente consulta: Al existir valores pendientes de pago a favor de la Empresa Alegría Activity por un monto total de USD \$ 360.812.13, es procedente cruzar el valor de USD \$146.948.49, establecido por la Dirección de Auditoría Interna como monto no justificado en el servicio de Difusión y convocatoria contemplado en los dos primeros contratos?"

En caso de ser positiva su respuesta favor indicar cuál es el procedimiento a seguir para cumplir con la recomendación dada por la Dirección de Auditoría en su informe 23738-1-2013."; Al respecto, me permito manifestar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

De la documentación expuesta mediante Memorando No. MINTEL-CGAF-2015-0508-M, de 26 de octubre de 2015 y remitida a esta Coordinación General Jurídica se tiene los siguientes antecedentes:

1.1 PRIMER CONTRATO

Con fecha 15 de septiembre de 2011, el MINTEL celebró el contrato No. LICS-MINTEL-081-2011 para el servicio de alistamiento digital con énfasis en zonas rurales y urbano marginales, por un monto de USD \$1.478.951.00 más IVA, y un plazo de ejecución de 1 año.

"El pago del anticipo se lo realizó el 30 de septiembre de 2011 y el restante se realizó en 2 cuotas mensuales, es decir 24 pagos en un año, que cubrirían el 60% restante, cancelándose el valor total del contrato."

1.2 SEGUNDO CONTRATO

Con fecha 03 de abril de 2012, el MINTEL celebró el segundo contrato MINTEL-2012-003 (LICS-MINTEL-001-2012), con la empresa ALEGRIA ACTIVITY ECUADOR CIA. LPDA por un monto de USD \$2.036.793.00, para el servicio de alistamiento digital con énfasis en zonas rurales y urbano marginales con un plazo de ejecución de 12 meses.



VICEMINISTRO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN

Ministerio de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información
COORDINACIÓN GENERAL ADMINISTRATIVA

FECHA 04 NOV 2015

15:30
HORA

04 NOV 2015

15:04
HORA

Av. 6 de Diciembre N25-75 y Av. Colón
Telf.: + (593 2) 2200200
Fax: (593 2) 2228950
www.telecomunicaciones.gob.ec
Quito - Ecuador

RECIBIDO

SIN ANEXOS

DOCUMENTO RECIBIDO

CON ANEXOS

SIN ANEXOS



Memorando Nro. MINTEL-CGJ-2015-0123-M

Quito, D.M., 30 de octubre de 2015

“El pago del anticipo se lo realizó el 13 de abril de 2012 y el restante se realizó en 2 cuotas mensuales, para este caso en particular solo se cancelaron 22 cuotas quedando un saldo pendiente de USD \$ 88.260.96”

1.3 TERCER CONTRATO.-

Con fecha 14 de noviembre de 2012, el MINTEL celebró el tercer contrato MINTEL-2012-0019 (LICS-MINTEL-002-2012), con la empresa ALEGRIA ACTIVITY ECUADOR CIA. LTDA por un monto de USD \$ 10.730.361 más IVA, para el servicio de alistamiento digital con énfasis en zonas rurales y urbano marginales con un plazo de ejecución de 30 meses contados a partir de la entrega del anticipo.

“El pago del anticipo se lo realizó el 28 de noviembre de 2012, mismo que fue amortizado en su totalidad, adicionalmente se cancelaron 12 cuotas de USD \$272.551.17 cada una, con base a servicio recibido y aprobado por el administrador de contrato, cabe indicar que con cargo a este contrato la Empresa prestó el servicio por trece meses consecutivos, quedando pendiente de pago la cuota correspondiente al treceavo mes, por el valor de USD \$272.551.17.”

1.4 Mediante Documento 23738-1-2013, la Dirección de Auditoría Interna remite a esta Cartera de Estado, el “Examen Especial al proceso precontractual, contractual y ejecución de los contratos suscritos por la adquisición de bienes y prestación de servicios del al Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, por el período comprendido entre el 1 de agosto de 2010 y el 31 de diciembre de 2012”, dentro del cual, en el ámbito de la consulta que motiva el presente Criterio se señala *“Dispondrá al Coordinador General Administrativo Financiero y al Coordinador General Jurídico realicen las acciones necesarias para recuperar los valores pagados por los servicios de difusión y convocatoria no proporcionados por la empresa Alegria Activity Ecuador Cia. Ltda., de los contratos LICS-MINTEL-081-2011 y MINTEL-2012-003.”*

1.5 Mediante CARTA COMPROMISO, el Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, suscribió conjuntamente con el la señora Mónica Jazmín Zambrano García, Apoderada General de la empresa Alegria Activity Ecuador Cia. Ltda, un compromiso en el cual debido a las observaciones de Contraloría, la referida empresa, *“...AUTORIZA al MINTEL la RETENCIÓN de los pagos correspondientes a los servicios de Alistamiento Digital, que se han brindado y brindarán mediante los contratos LICS-MINTEL-081-2011, MINTEL-2012-003 y MINTEL-2012-019...”*

II. ALCANCE Y EFECTO DEL CRITERIO JURÍDICO EMITIDO POR LA COORDINACIÓN GENERAL JURÍDICA.





Memorando Nro. MINTEL-CGJ-2015-0123-M

Quito, D.M., 30 de octubre de 2015

El Estatuto por Procesos del Ministerio de Telecomunicaciones, MINTEL en su numeral 3.1.2, letra A), dispone que es atribución y responsabilidad de la Coordinación General Jurídica, “c) emitir criterios, Informes y dictámenes jurídicos ante consultas formuladas por las autoridades, funcionarios y servidores de la institución.”

III. NORMATIVA APLICABLE:

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.”

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

Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas.”

Art. 227.- La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.

Art. 288.- Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas.

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado

“Art. 1.- Objeto de la Ley.- La presente Ley tiene por objeto establecer y mantener, bajo la dirección de la Contraloría General del Estado, el sistema de control, fiscalización y





Memorando Nro. MINTEL-CGJ-2015-0123-M

Quito, D.M., 30 de octubre de 2015

auditoría del Estado, y regular su funcionamiento con la finalidad de examinar, verificar y evaluar el cumplimiento de la visión, misión y objetivos de las instituciones del Estado y la utilización de recursos, administración y custodia de bienes públicos.”

“Art. 19.- Examen Especial.- Como parte de la auditoría gubernamental el examen especial verificará, estudiará y evaluará aspectos limitados o de una parte de las actividades relativas a la gestión financiera, administrativa, operativa y medio ambiental, con posterioridad a su ejecución, aplicará las técnicas y procedimientos de auditoría, de la ingeniería o afines, o de las disciplinas específicas, de acuerdo con la materia de examen y formulará el correspondiente informe que deberá contener comentarios, conclusiones, recomendaciones.”

“Art. 92.- Recomendaciones de auditoría.- Las recomendaciones de auditoría, una vez comunicadas a las instituciones del Estado y a sus servidores, deben ser aplicadas de manera inmediata y con el carácter de obligatorio; serán objeto de seguimiento y su inobservancia será sancionada por la Contraloría General del Estado.”

Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado

“Art. 28.- Seguimiento y control.- La Contraloría General a los tres meses de haber entregado a la entidad examinada el informe definitivo, podrá solicitar a la máxima autoridad o representante legal, que informen documentadamente sobre el estado de la implementación de las recomendaciones.”

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública:

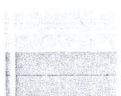
“Artículo 4.- Principios.- Para la aplicación de esta Ley y de los contratos que de ella deriven, se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional”.

Codificación del Código Civil

“Artículo 1561.- Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”

“Artículo 1568.- “En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.”

“Art. 1671.- Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que van a explicarse.”





Memorando Nro. MINTEL-CGJ-2015-0123-M

Quito, D.M., 30 de octubre de 2015

“Art. 1673.- Para que haya lugar a la compensación es preciso que las dos partes sean recíprocamente

Así, el deudor principal no puede oponer a su acreedor, por vía de compensación, lo que el acreedor deba al fiador.

Ni requerido el deudor de un pupilo por el tutor o curador, puede oponerle, por vía de compensación, lo que el tutor o curador le deba a él.

*Ni requerido uno de varios deudores solidarios, puede compensar su deuda con los créditos de sus codeudores contra el mismo acreedor, salvo que éstos se los hayan cedido.
deudoras”*

IV. ANÁLISIS.

De los contratos citados en el antecedente, se evidencia que los mismos fueron realizados al amparo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

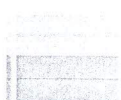
La precitada Ley se rige por principios específicos en materia de contratación pública, mismos que se encuentran establecidos en el artículo 4, señalando que para la aplicación de esta Ley y de los contratos que de ella deriven, se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, entre otros.

El artículo 226 de la Constitución señala que las instituciones del Estado ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley, esta actividad administrativa deberá enmarcar sus actuaciones en lo que previamente ha sido establecido por la norma lo cual le proporciona legitimidad a su actuación.

Referente a esto, el tratadista Diego Fernández manifiesta que la legalidad, “Determina que toda estipulación, orden, facultad o prerrogativa a la que se deben sujetar la administración o su contraparte, deben estar comprendidas dentro de la legislación vigente, es decir que ninguna cláusula convenida por las partes es válida si se aparta de lo lícito y de lo jurídico.”[1] Este principio enseña que todas las personas y órganos del poder público están sometidos al ordenamiento jurídico del Estado.

Respecto al trato justo, este refiere a la forma como la Administración, ya sea en su etapa precontractual o contractual, debe tratar al administrado, cumpliendo para el efecto las condiciones establecidas para cada contrato.

En tal sentido, las actuaciones del Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, referente a los procedimientos de contratación pública para la adquisición y ejecución de contratos en bienes y servicios, debe someterse a las disposiciones





Memorando Nro. MINTEL-CGJ-2015-0123-M

Quito, D.M., 30 de octubre de 2015

establecidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento y resoluciones que emita el SERCOP así como a los objetivos del Sistema Nacional de Contratación Pública como lo señala el número 3 del artículo 9 de la LOSNCP que es garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad, al respecto el doctor Marco Morales en su libro Manual de Derecho Procesal Administrativo, *“el obrar administrativo no puede convertirse en arbitrario, despótico, totalitario ni atrabiliario, es decir, debe guardar ciertas formas y rituales en su proceder, a los efectos de que al momento de fiscalizar dichas actuaciones, las mismas tengan sustento en cuestiones de orden jurídico y técnico.”*

Con base a lo expuesto, es obligación de ésta institución actuar en estricto apego de los principios que rigen en materia de contratación pública y no en base a supuestos trances o “cruces” que puedan afectar el correcto proceder de la institución o peor aún que puedan caer en decisiones arbitrarias o discrecionales.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y su Reglamento General de aplicación, determinan varios tipos de contratación, a través de los cuales según sea el objeto, se podrá contratar bienes, servicios u obras, incluyendo consultorías; para cada uno de estos procesos, se establece un procedimiento y de concluirse con la adjudicación, se procede a firmar un contrato.

De lo mencionado, se tiene que cada proceso tiene un contrato y por supuesto cada contrato obliga al administrado a cumplir con especificaciones propias de cada uno de ellos y que fueron requeridos en su tiempo debido a una necesidad institucional.

Tal es así que, entre algunas de las obligaciones establecidas en los contratos se tiene:

Contrato No. LICS-MINTEL-081-2011

Plazo: un año

Precio: \$ 1.478.951,00

Contrato No. MINTEL-2012-003

PLAZO: un año

PRECIO: \$ 2.036.793,00

Contrato No. MINTEL-2012-0019

PLAZO: 30 meses

PRECIO: 10.730.361,00

Con lo expuesto, se evidencia que cada uno de los precitados contratos han sido suscritos, con las condiciones específicas propias de la necesidad institucional de ese momento y por tanto se debe evaluar su cumplimiento de forma individual, considerando la





Memorando Nro. MINTEL-CGJ-2015-0123-M

Quito, D.M., 30 de octubre de 2015

obligación que las partes tienen de dar, hacer o no hacer alguna cosa, en cada uno de ellos, más allá de que éstos hayan sido suscritos con la misma empresa.

Sin embargo, considerando la recomendación de la Contraloría General del Estado, que textualmente señala *“Dispondrá al Coordinador General Administrativo Financiero y al Coordinador General Jurídico realicen las acciones necesarias para recuperar los valores pagados por los servicios de difusión y convocatoria no proporcionados por la empresa Alegría Activity Ecuador Cía. Ltda., de los contratos LICS-MINTEL-081-2011 y MINTEL-2012-003.”*, y que de acuerdo al artículo 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, se dispone que *“Las recomendaciones de auditoría, una vez comunicadas a las instituciones del Estado y a sus servidores, deben ser aplicadas de manera inmediata y con el carácter de obligatorio; serán objeto de seguimiento y su inobservancia será sancionada por la Contraloría General del Estado.”*; ésta Coordinación, considerando que los contratos No. LICS-MINTEL-081-2011, No. MINTEL-2012-003 y No. MINTEL-2012-019, han sido suscritos entre el MINTEL y la misma empresa, y que todo servidor público en el ámbito de sus competencias debe actuar con eficacia y eficiencia y garantizar el correcto uso y administración de los recursos públicos de conformidad con la disposición contenida en el artículo 233 de la Constitución de la República, a fin de cumplir con la recomendación de la Contraloría General del Estado; al amparo de lo establecido en el Título XVII del Código Civil, que determina la procedencia de la compensación entre deudores y que propone como requisito fundamental, en su artículo 1673, que para que haya lugar a la compensación, es preciso que las dos partes sean recíprocamente deudoras; se podría “cruzar” los valores entre los precitados contratos para recuperar el monto que ha sido determinado por la contraloría como no proporcionado por la empresa Alegría Activity Ecuador Cía. Ltda.

Como se ha mencionado la Administración no puede actuar arbitrariamente, más aun considerando que son diferentes contratos, sin embargo de la documentación analizada, se evidencia que en el mes de mayo de 2013, mediante CARTA COMPROMISO, el Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, suscribió conjuntamente con el la señora Mónica Jazmín Zambrano García, Apoderada General de la empresa Alegría Activity Ecuador Cía. Ltda, un compromiso.

En dicha CARTA COMPROMISO, en el número tres de los antecedentes se menciona que “Mediante Oficio MINTEL-DAI-2013-028, la Dirección de Auditoría Interna del MINTEL, notifica al Sr. Carlos Esteban Navas, entre otras cosas lo siguiente:

“..., se determina que el servicios de difusión y convocatoria ofertado por la empresa Alegría Activity Ecuador Cía. Ltda., no se cumplió en el contrato LICS-MINTEL-081-2011 desde el 22 de noviembre de 2011 al 21 de noviembre de 2011 para el aula 1 y del 12 de enero al 31 de diciembre de 2012 para el aula 2...”

La referida observación (realizada por Contraloría), es tácitamente acogida por la





Memorando Nro. MINTEL-CGJ-2015-0123-M

Quito, D.M., 30 de octubre de 2015

contratista puesto que acepta la retención de los valores debido al incumplimiento suscitado en el contrato LICS-MINTEL-081-2011, manifestando:

“Considerando los antecedentes, y al encontrarnos en la capacidad de solventar la inconformidad presentada en el contrato LICS-MINTEL-081-2011:

Alegría Activity Ecuador Cía. Ltda, “...AUTORIZA al MINTEL la RETENCIÓN de los pagos correspondientes a los servicios de Alistamiento Digital, que se han brindado y brindarán mediante los contratos LICS-MINTEL-081-2011, MINTEL-2012-003 y MINTEL-2012-019,...”

De lo mencionado, si la contratista, hubiese cumplido a cabalidad el contrato, jamás hubiera aceptado tal compromiso motivo por el cual se podría considerar una aceptación tácita que el contratista realiza en el incumplimiento del contrato y por tanto autoriza la retención de valores.

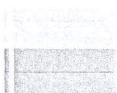
Ahora bien, dado que la RETENCIÓN de pagos se encuentra condicionada hasta que se efectúe la subsanación a entera satisfacción del MINTEL, de la inconformidad del numeral 3 de los antecedentes, es necesario evidenciar si estos han sido o no subsanados dentro del tiempo que aun este servicio era de vital importancia para el MINTEL.

El alcance de la referida Carta Compromiso, al haber sido motivada por una posible determinación de la Dirección de Auditoría Interna del MINTEL, respecto al servicio de difusión y convocatoria ofertado por la contratista, se sujeta a un condicionamiento, que es el de subsanar a entera satisfacción del MINTEL el servicio contratado; el compromiso se asume por las partes como una obligación que ha generado responsabilidades, de dar o hacer alguna cosa, por lo que el incumplimiento de las obligaciones por parte de la empresa ALEGRIA ACTIVITY ECUADOR CIA. LTDA., conforme lo dispuesto en el Informe Final de Auditoría, provocaría como efecto jurídico la retención definitiva de los valores pendientes de pago en cualquiera de los contratos *LICS-MINTEL-081-2011, MINTEL-2012-003 y MINTEL-2012-019*, por parte de esta Cartera de Estado.

En el caso de que estos no hayan sido subsanados conforme lo acordado entre las partes, y dado que ya se ha determinado un valor sobre estos, cabría el cobro de los valores que correspondan al servicio no proporcionado, al amparo de la **AUTORIZACIÓN EMITIDA POR EL CONTRATISTA.**

Con la autorización expresa del administrado, se estaría guardando “ciertas formas y rituales” que sustentarían y respaldarían a la administración en su proceder, por tanto no estaría tomando una decisión *despótica, totalitaria o arbitraria.*

V. CONCLUSIÓN





Memorando Nro. MINTEL-CGJ-2015-0123-M

Quito, D.M., 30 de octubre de 2015

Con base al análisis que precede en el acápite IV, y en atención a la interrogante planteada, se concluye que esta Cartera de Estado, debido a que cuenta con la **AUTORIZACIÓN EXPRESA DEL CONTRATISTA**, y considerando que todo servidor público en el ámbito de sus competencias debe actuar con eficacia y eficiencia garantizando el correcto uso y administración de los recursos públicos de conformidad con la disposición contenida en el artículo 233 de la Constitución de la República, a fin de cumplir con la recomendación de la Contraloría General del Estado, conforme lo establece el artículo 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría, y artículo 28 de su Reglamento; al amparo de lo establecido en el Título XVII del Código Civil, que determina la procedencia de la compensación entre deudores y que propone como requisito fundamental, en su artículo 1673, que para que haya lugar a la compensación, es preciso que las dos partes sean recíprocamente deudoras; se podría “cruzar” los valores entre los contratos mencionados en el antecedente para recuperar el monto que ha sido determinado por la contraloría como no proporcionado por la empresa Alegría Activity Ecuador Cia. Ltda. Sin perjuicio de las acciones de índole financiero, que se deban cumplir para el efecto.

El presente Criterio no constituye una orden de pago.

La Coordinación General Jurídica ha elaborado el presente Criterio Jurídico en base a la documentación presentada, por lo cual no se pronuncia respecto a cuestiones de orden técnico y financiero, los mismos que son de exclusiva responsabilidad de las unidades administrativas y servidores que suscriben.

[1] FERNANDEZ Diego Orlando. Manual de Derecho Público. Ediciones Azpiazu. Quito – Ecuador. 2000. Pág. 12

Atentamente,

Abg. Sebastian Eduardo Ramon Fernandez
COORDINADOR GENERAL JURÍDICO

Referencias:

- MINTEL-CGAF-2015-0508-M



Memorando Nro. MINTEL-CGJ-2015-0123-M

Quito, D.M., 30 de octubre de 2015

Copia:

Sr. Ing. Augusto Rubén Espín Tobar
Ministro de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información

Sr. Ing. Luis Gustavo Sanchez Hidalgo
Viceministro de la Sociedad de la Información y el Conocimiento, Encargado

mh

