



REPÚBLICA DEL ECUADOR

REPÚBLICA DEL ECUADOR
TRIBUNAL
CONTENCIOSO ELECTORAL



FECHA DE INGRESO: <i>28 de mayo de 2008</i>		ORIGINADO EN: <i>Tehuacan</i>	
PROCESO No. <i>422-2004</i>		CUERPO No. <i>I</i>	
TIPO DE RECURSO: <i>Art. 100</i>			
ACUSADOS: <i>María Inés, Juan Carlos, Juan José, Juan Carlos, Juan Carlos</i> Casillero Contencioso Electoral		DEFENSOR: Domicilio Judicial Electrónico:	
ACCIONADO: <i>Carlos Pardo</i> Casillero Contencioso Electoral		DEFENSOR: Domicilio Judicial Electrónico:	
OTROS INTERESADOS:			
ORGANISMO DEL QUE RECURRE:			
Ciudad:		Cantón:	Provincia: <i>Tehuacan</i>
Dirección:			
Tel:		Correo electrónico:	
FOLIO: <i>22 mayo 08 14h38</i>		SECRETARIO RELATOR: <i>Lp. Aurora García Pardo</i>	
OBSERVACIONES:			



REPÚBLICA DEL ECUADOR
CONTRALORÍA GENERAL

Teléf. : 2900-844
Fax : 2900-817

“ El Ecuador ha sido
es y será País Amazónico”

08654

Oficio No.

DIAPA

Sección: DIRECCIÓN DE AUDITORÍA DE PROYECTOS Y AMBIENTAL

Asunto: Se remite copia certificada

Quito,

8 MAY 2009

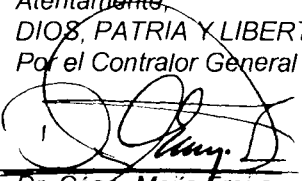
Señor doctor
Alejandro Carrión Pérez
Presente

Señor doctor:

Atendiendo lo solicitado por usted en comunicación de mayo 6 de 2009, adjunto al presente, copia certificada del informe No. DIAPA-0013-2009 del examen especial ingeniería practicado al contrato de construcción, sus antecedentes y ejecución del Proyecto Hidroeléctrico Toachi-Pilatón, a cargo de HIDROTOAPI S.A. – Consejo Provincial de Pichincha, por el periodo comprendido entre el 31 de enero de 2008 y el 15 de septiembre de 2008.

Respecto del memorando de antecedentes, por las restricciones señaladas en el artículo 13 del Reglamento Sustitutivo de Responsabilidades, no es posible atender su pedido.

Atentamente,
DIOS, PATRIA Y LIBERTAD
Por el Contralor General del Estado,


Dr. César Mejía Freire
SECRETARIO GENERAL DE LA CONTRALORÍA

Adj.: 1 ejemplar de informe

CONTRALORIA GENERAL DEL ESTADO

DIRECCION DE AUDITORIA DE PROYECTOS Y AMBIENTAL

DIAPA 0013-2009

CONSEJO PROVINCIAL DE PICHINCHA

INFORME GENERAL

al contrato de construcción

AL SEÑOR



-3-
(11es)

CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO

DIRECCIÓN DE AUDITORÍA DE PROYECTOS Y AMBIENTAL

DIAPA-0013-2009

CONSEJO PROVINCIAL DE PICHINCHA

INFORME GENERAL

al contrato de construcción, sus antecedentes y ejecución del Proyecto Hidroeléctrico
Toachi-Pilatón, a cargo HIDROTOAPI S.A.

TIPO DE EXAMEN :

EEI

PERIODO DESDE : 2008/01/31

HASTA : 2008/09/15



- 9 -
(cetro)

"Ref. Informe aprobado el24.03.09....."

Quito, 27 MAR 2009

Señor
PREFECTO PROVINCIAL DE PICHINCHA
PRESIDENTE DEL DIRECTORIO DE HIDROTOAPI S.A.
Ciudad

Señor Prefecto:

La Dirección de Auditoría de Proyectos y Ambiental de la Contraloría General del Estado, con el objeto de evaluar el cumplimiento de leyes, normas, estipulaciones contractuales y especificaciones técnicas que rigen para la inversión de recursos públicos, realizó un examen especial de ingeniería al contrato de construcción, sus antecedentes y ejecución del Proyecto Hidroeléctrico Toachi-Pilatón, a cargo de HIDROTOAPI S.A.- Consejo Provincial de Pichincha, por el período comprendido entre enero 31 de 2008 y 15 septiembre de 2008.

El informe del examen en referencia, ejecutado de acuerdo con las Normas Ecuatorianas de Auditoría Gubernamental y las Normas de Control Interno para el Área de Inversiones en Proyectos y Programas, contiene comentarios, conclusiones y recomendaciones, las cuales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, deben ser aplicadas de manera inmediata y con el carácter de obligatorio por la Entidad examinada, con el objeto de mejorar la administración de sus recursos.

Atentamente,
DIOS, PATRIA Y LIBERTAD

Germán E. Lynch López
DIRECTOR DE AUDITORÍA DE PROYECTOS Y AMBIENTAL

3-
(1760)

EXAMEN ESPECIAL DE INGENIERÍA AL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN, SUS ANTECEDENTES Y EJECUCIÓN DEL PROYECTO HIDROELÉCTRICO TOACHI-PILATÓN A CARGO DE HIDROTOAPI S.A. – CONSEJO PROVINCIAL DE PICHINCHA, POR EL PERÍODO COMPRENDIDO ENTRE EL 31 DE ENERO DE 2008 AL 15 DE SEPTIEMBRE 2008.

CAPITULO I

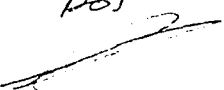
1.1 INFORMACIÓN INTRODUCTORIA

El 19 de diciembre del 2007, se suscribe el contrato de Detallamiento de Ingeniería del Diseño Básico Referencial, Suministros, Construcción, Montaje y Comisionamiento del Proyecto Hidroeléctrico Toachi-Pilatón, entre HIDROTOAPI S.A., en calidad de contratante y la Constructora Norberto Odebrecht S.A., como contratista, por un precio global de USD 366 000 000.

El contrato de construcción responde a un proceso denominado "Swiss Challenge", que es una modalidad precontractual realizada para seleccionar el socio estratégico del Consejo Provincial de Pichincha, para el desarrollo del proyecto, el mismo que es adjudicado a la Empresa Odebrecht S.A., en sesión del Directorio de HIDROTOAPI S.A., el 20 de julio del 2007.

Sin embargo de que el proyecto en su totalidad, ha sido financiado a través de un crédito del FEISEH, por un monto de USD 470 596 000,00, el Directorio, adjudicó la ejecución del proyecto, a la Empresa Constructora Odebrecht S.A., en sesión del 5 de noviembre de 2007.

La Contraloría General del Estado, realiza el examen especial de ingeniería al Proceso de Contratación "Swiss Challenge" y ejecución del Proyecto Toachi-Pilatón, a cargo de la Empresa HIDROTOAPI S.A., por el período comprendido entre el 2 de enero de 2005 al 30 de enero del 2008, informe que fue aprobado con el No. DIAPA-0026-2008, el 10 de junio del 2008.

Do


-6-
(seis)

1.2 MOTIVO DEL EXAMEN

La Dirección de Auditoría de Proyectos y Ambiental de la Contraloría General del Estado, realiza el examen especial de ingeniería al contrato de construcción, sus antecedentes y ejecución del Proyecto Toachi-Pilatón a cargo de HIDROTOAPI S.A. – CONSEJO PROVINCIAL DE PICHINCHA, como un imprevisto del Plan Anual de Actividades, para lo cual se emitió la Orden de Trabajo No. 0031-DIAPA-2008 de 16 de septiembre de 2008 y Alcance a la Orden de Trabajo No. 29023-DIAPA de 20 de noviembre de 2008.

1.3 OBJETIVOS DEL EXAMEN

- Evaluar la conveniencia del proceso de contratación escogido por la compañía concesionaria.
- Evaluar el grado cumplimiento de las leyes, normas y reglamentos aplicables y normatividad existente para la contratación y ejecución del proyecto.
- Examinar la eficiencia de la fiscalización del proyecto.

1.4 ALCANCE Y PERIODO EXAMINADO

El examen especial de ingeniería abarca, el período comprendido entre el 31 de enero de 2008, fecha de corte de la evaluación del examen especial de ingeniería No. DIAPA-0026-2008 y el 15 de septiembre de 2008, fecha de corte para la presente evaluación.

Al quedar establecido como fecha de corte el 15 de septiembre de 2008, no se ha considerado parte de la presente evaluación las actividades ocasionadas posteriormente, como sería el hecho que se desprende de los oficios Nos. 0288, 0329 y 348-HTP-2008, de 23 de octubre, 25 de noviembre y 19 de diciembre de 2008, que

kes


señalan entre otros aspectos, que las partes se encuentran en proceso de terminación de mutuo acuerdo, encontrándose al momento con una liquidación acordada y en revisión del correspondiente convenio.

1.5 FISCALIZACIÓN Y SUPERVISIÓN

HIDRORTOAPI S.A., en sesión de Directorio de 15 de febrero de 2008, resuelve:

"Aceptar por unanimidad los justificativos de contratación presentados por la Gerencia General y dar por conocida la propuesta de términos de referencia y bases del concurso presentados, los mismos que una vez que sean revisados por técnicos del CONELEC y/o Ministerio de Electricidad, serán sometidos a aprobación del Directorio."

Desde esa fecha la empresa preparó las correspondientes bases e inició el proceso precontractual, el 7 de marzo de 2008, con la publicación en la prensa escrita del país, invitando a empresas nacionales o extranjeras, independientemente o asociadas entre si, a presentar sus ofertas para la fiscalización de la construcción y supervisión del diseño del Proyecto Hidroeléctrico Toachi-Pilatón.

Este proceso es adjudicado por el Comité de Concurso del Proceso de Selección de Propuestas para Contratación de Servicio de Fiscalización de la Construcción y Supervisión del Diseño del Proyecto Hidroeléctrico Toachi-Pilatón, el 17 de julio de 2008, al Consorcio CFA (Caminosca – Furnas Asociados), por U.S.D. 11 668 043,67. El 25 de agosto de 2008, se solicita a la Procuraduría el Informe de Ley correspondiente.

El 2 de septiembre de 2008, el mismo Comité, en virtud de la información recibida del asesor jurídico, aprueba la moción por unanimidad y declara desierto el Concurso Internacional No. 02-2008, disponiendo a la Presidencia que sean devueltas las garantías de seriedad de oferta de todos los oferentes; y que, se ponga en conocimiento del Directorio lo actuado para que proceda según corresponda.

El mismo día, 2 de septiembre de 2008, el Directorio Resuelve:

cuatro

- 8 -
(ocho)

"Resolución No. 3:

Por convenir a los intereses de Hidrotoapi, sin que se haya producido la Fecha de Cierre del Proceso, en los términos estipulados en el Documento de bases respectivo, se dispone el archivo del Proceso de Selección de Propuestas para Contratación de Servicios de Fiscalización de la Construcción y Supervisión del Diseño del Proyecto Hidroeléctrico Toachi-Pilatón."

Hasta la fecha de corte de la presente evaluación, 15 de septiembre de 2008, Hidrotoapi S.A., no cuenta con un equipo de fiscalización, sin embargo, se encuentra conformando un equipo multidisciplinario, que sería el encargado de realizar esta función.

1.6 FUENTES DE FINANCIAMIENTO

La ejecución del proyecto, se financia con los fondos provenientes de un préstamo por la suma de USD 470 595 508,32, otorgado por el FIDEICOMISO MERCANTIL FONDO ECUATORIANO DE INVERSIÓN EN LOS SECTORES ENERGÉTICO E HIDROCARBURÍFERO FIMFEISEH, para tres componentes:

1. Contrato de Detallamiento de ingeniería, suministros, construcción, montaje y comisionamiento del proyecto hidroeléctrico Toachi-Pilatón.
2. Plan de manejo Ambiental y Desarrollo Sustentable, aprobado y funcionando.
3. Administración y operación del proyecto.

El valor total del crédito incluido los intereses será pagado por el Prestatario al Prestamista, semestralmente a partir de que entra en operación comercial el proyecto, en un plazo de 30 años.

circo

-9-
(nueve)

1.7 DESARROLLO DEL EXAMEN

1.7.1 DESCRIPCIÓN DEL PROYECTO

El proyecto se encuentra ubicado a unos 80 km. de distancia al suroeste de la ciudad de Quito, en las sub-cuencas hidrográficas de los ríos Pilatón y Toachi, que se encuentran en la vertiente occidental de la Cordillera de los Andes, hacia la costa del Pacífico.

El proyecto propone la reversión de las aguas del río Pilatón para el río Toachi y la capacidad instalada total de 228 MW en dos centrales, una de 50 MW, Central Sarapullo, que aprovecha solamente las aguas del río Pilatón y otra de 178 MW Central Alluriquín que generaría con la suma de los dos caudales.

El proyecto incluye la construcción de un dique de derivación en el río Pilatón; las aguas del Pilatón serán aducidas por un túnel de aproximadamente 4.5 km., de longitud hasta la central subterránea Sarapullo, con 50 MW instalados.

Los niveles aguas abajo de esta central serán regulados por la presa del río Toachi. Aguas abajo de la central Sarapullo existe un túnel de desfogue.

A continuación de dicho túnel está prevista la construcción de un túnel de aproximadamente 1787 m. de longitud, que completa la aducción del caudal hasta la presa del río Toachi.

El caudal resultante de la suma de los caudales de los dos ríos se conduce para la central Alluriquín por medio de un túnel de aproximadamente 8.7 km., de longitud, que liga el embalse del Toachi a la central de Alluriquín.

La energía anual que se generaría bajo este esquema alcanza los 1 120 GWh.

5215

CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A., las cantidades de USD 109 800 000,00 y 2 387 214,14, por concepto del anticipo, equivalente al 30% del monto total del contrato y por reajuste del anticipo de conformidad con la Cláusula 7.2. del contrato de Detallamiento de Ingeniería, Suministros, Construcción, Montaje y Comisionamiento del Proyecto Hidroeléctrico Toachi Pilatón.

1.7.4. ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN RELACIONADA CON LOS ANTECEDENTES DEL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN, EVALUADA MEDIANTE EEI No. 026-2008-DIAPA.

El 10 de junio de 2008, el Contralor General del Estado aprueba el informe No. 0026-2008, del examen especial de ingeniería al Proceso de Contratación "Swiss Challenge" y Ejecución del Proyecto Toachi Pilatón, a cargo de la Empresa HIDROTOAPI S.A.

En la página 26 de dicho informe, se establece la siguiente conclusión:

"Del análisis de la documentación y de lo anteriormente expresado se puede concluir que el Gobierno de la Provincia de Pichincha y la Compañía HIDROTOAPI S.A. (CONCESIONARIA), a pesar de haber cambiado la forma de financiamiento en el proceso Swiss Challenge, no ha procedido efectuar un nuevo proceso para contratar la construcción del Proyecto Hidroeléctrico Toachi-Pilatón.

En fundamento de dicha conclusión, para fines informativos se establece lo siguiente:

La Sociedad HIDROTOAPI S.A., se establece legalmente el 9 de septiembre del 2005, según inscripción efectuada en el Registro Mercantil del Cantón Quito; se rige por las leyes inherentes y el marco regulador al sector empresarial privado, por lo tanto funciona en base a sus estatutos y reglamentos aprobados por el Directorio de la Empresa y la Junta General de Accionistas. Sin embargo, al ser una sociedad anónima, donde el Consejo Provincial de Pichincha es dueño del 100% de las



-11-
(once)

acciones, está sujeta a normas específicas de la Contraloría y Procuraduría General del Estado.

Mediante Resolución del Directorio, el 8 de diciembre del 2005, se decide iniciar un proceso competitivo permanente denominado Swiss Challenge, a fin de permitir que la empresa privada se involucre como socio estratégico, en las fases previas de desarrollo del proyecto hidroeléctrico, aportando recursos y tecnología que faciliten la consecución de todos los estudios requeridos para obtener la concesión definitiva, así como facilitar su financiamiento.

El artículo 2 del Reglamento de Contratación Directa y Negociación Competitiva, aprobado por el Directorio de HIDROTOAPI S.A. en sesión del mismo 8 de diciembre de 2005, expresa:

"Artículo 2.- "Swiss Challenge"

Se entenderá por Swiss Challenge a todo proceso de negociación competitiva iniciado en una negociación directa vinculante con un interesado que, a su costo y riesgo asume la elaboración de una propuesta de negocios para la Compañía, en virtud de un acuerdo inicial garantizado, mediante el cual parte de su propuesta comercial podrá ser puesta a consideración de otros posibles interesados, en forma de términos de referencia, dentro de un proceso de selección, para que éstos tengan opción de mejorar esa propuesta inicial."

Analizada la carta de intención y documentos anexos presentados por la Constructora Norberto Odebrecht, se la designa como Primer Proponente y se la convoca a negociar un Memorando de Entendimiento en el que se describan los términos y condiciones del proceso a seguirse, el cual fue suscrito el 13 de febrero del 2006 ante el Notario Trigésimo Segundo del Cantón Quito

Este Acuerdo, al tiempo que permite la actualización de los estudios y costos necesarios para el proceso Swiss Challenge, asegura la presentación de la primera propuesta.

cuete

-12-
(doce)

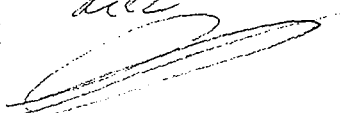
Luego de dos ampliaciones de plazo, de 33 y 90 días respectivamente, la empresa Odebrecht, el 13 de septiembre de 2006 presenta el diseño básico referencial del proyecto, que fue revisado y analizado a petición de HIDROTOAPI S.A., por la empresa internacional de ingeniería Montgomery Watson & Harza.

El 13 de octubre de 2006, la empresa presenta su propuesta de construcción y financiamiento, la misma que, en fundamento del informe de la empresa internacional Montgomery Watson & Harza, es negociada y aprobada por el Directorio de HIDROTOAPI S.A., el 8 de diciembre del 2006.

De acuerdo a lo previsto para el proceso, el Directorio decidió realizar el lanzamiento del concurso internacional, el 21 de diciembre del 2006. Se hicieron publicaciones en dos periódicos nacionales y uno internacional.

Luego de varias ampliaciones de plazo, la última el 7 de marzo del 2007, por 60 días adicionales ante un pedido del entonces Ministro de Energía y Minas y dado que no se presentaron proponentes, el 11 de julio del 2007, bajo el esquema de negociación continua previsto en el Reglamento de Contratación Directa y Negociación Competitiva, la empresa Odebrecht, presentó a HIDROTOAPI S.A. una nueva propuesta ajustada de financiamiento y construcción, la misma que recoge en parte las observaciones y sugerencias de la Comisión Especial de Análisis Técnico, Económico y Financiero de la propuesta entregada por la empresa Odebrecht para el desarrollo y construcción del proyecto, conformada por el Ministerio de Energía y Minas, CONELEC Y CENACE, que incluía básicamente la repotenciación del diseño de 190 a 228 MW, manteniendo el mismo precio de construcción y las mismas condiciones de financiamiento.

Finalmente el 20 de julio de 2007, el Directorio de HIDROTOAPI S.A. decide adjudicar a la empresa Odebrecht S.A. en virtud de su oferta ajustada, la calidad de socio estratégico del H. Consejo Provincial de Pichincha en HIDROTOAPI S.A., para realizar conjuntamente con esta Empresa, la estructuración financiera del proyecto

diez


hidroeléctrico Toachi – Pilatón y la capitalización de la empresa con el objeto de ejecutarlo.

El literal F), de la Resolución No. 1 del Directorio de HIDROTOAPI S.A., expresa:

"F) Reservar para el H. Consejo Provincial de Pichincha el derecho a renegociar en cualquier momento la Primera Propuesta o declarar desierto este proceso y adjudicación, si cambiaren las condiciones del financiamiento, en particular si las condiciones que se establezcan por parte del Estado para la consecución de los recursos del FEISEH hacen inviable el cierre financiero del Proyecto o en caso de que existan recursos adicionales del FEISEH que benefician la participación del H. Consejo Provincial de Pichincha."

El 1 de Noviembre del 2007, mediante oficio No. ADMFID-116-2007-0705062, el Administrador Fiduciario del FIMFEISEH, comunica a HIDROTOAPI S.A., lo siguiente:

"Adicionalmente, y conforme lo establece el literal c) del artículo 7 de la referida Ley, autorizar al Fiduciario el desembolso de USD 470,596,000.00 en calidad de crédito, para lo cual, HIDROTOAPI deberá constituir un fideicomiso mercantil de administración y garantía, a cuyo patrimonio autónomo deberá transferir el proyecto hidroeléctrico y el flujo de caja, para posteriormente el fideicomiso FIMFEISEH transferir el valor del préstamo concedido por el COFEISEH, de acuerdo con el cronograma de desembolsos que se requiera. El contrato de fideicomiso deberá contemplar todas las estipulaciones necesarias que aseguren la restitución del préstamo al FIMFEISEH, así como la copropiedad de la Central Hidroeléctrica TOACHI – PILATON..."

El artículo 15 y la Disposición General Séptima de la Ley Orgánica de Creación del Fondo Ecuatoriano de Inversión en los sectores Energético e Hidrocarburífero – FEISEH, señalan:

"Art. 15.- Los organismos, entidades y empresas públicas, empresas de economía mixta y sociedades anónimas cuyo capital accionario pertenezca mayoritariamente al

OSCE

- 14 -
(22/01/08)

Estado, podrán presentar a la COFEISEH, para su análisis y decisión, proyectos de inversión a financiarse con los recursos del FEISEH.

.../...

DISPOSICIONES GENERALES

.../...

SEPTIMA.- Los procesos de selección en materia contractual, se someterán a las leyes de Contratación Pública; Consultoría; y, demás normas atinentes a la materia"

El artículo 6 del Reglamento de Contratación aprobado por el Directorio de HIDROTOAPI S.A., el 11 de diciembre del 2007, esto es a 8 días de la firma del contrato, dice:

"Artículo 6.- Concurso: Los procesos para la contratación de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras cuyas cuantías superen el monto de la contratación directa se realizarán mediante Concurso. El Directorio, aprobará los reglamentos que se requieran, de acuerdo con su propio criterio y en concordancia con el Estatuto Social, que en cada caso se requieran para atender a la naturaleza de la contratación."

Del análisis de lo expresado, se establece lo siguiente:

1. La Empresa HIDROTOAPI S.A., es una sociedad anónima, cuyo capital accionario es 100% público, por lo tanto se encuentra dentro de lo que señala la Disposición General Séptima de la Ley Orgánica de Creación del Fondo Ecuatoriano de Inversión en los sectores Energético e Hidrocarburífero – FEISEH, esto es, someter el proceso de contratación a las disposiciones de la Ley de Contratación Pública, por lo tanto no se debió suscribir un contrato EPC, ya que al fundamentarse en esta Ley, como lo dispone su artículo 14, la entidad antes de iniciar cualquier procedimiento precontractual, debió contar con los estudios completos, la programación total, presupuesto referencial y

doce

- 15 -
(quince)

demás documentos.

2. El Proceso "Swiss Challenge" realizado y que se adjudicó a la empresa Norberto Odebrecht S.A., fue desarrollado para escoger un socio estratégico. Socio estratégico con aporte de financiamiento y tecnología dada la experiencia de la empresa.

Sin embargo, al ser el Gobierno Nacional el ente financista que otorgó un crédito por USD 470 596 000,00, a través de los fondos de FEISEH, ya no se requería el socio estratégico, si no un contratista para la construcción del proyecto.

3. Así mismo, en vista de que el Estado financia la ejecución del proyecto a través de un préstamo del Fondo FEISEH por un monto de USD 470,596,000, las condiciones del financiamiento previstas en el proceso inicial Swiss Challenge cambian totalmente, por lo que la entidad de conformidad con el literal F) de la Resolución No. 1, de la sesión de Directorio de 20 de julio del 2007, debió declarar desierto el proceso de adjudicación efectuado de manera inicial.
4. De conformidad con el artículo 6 del Reglamento de Contratación de HIDROTOAPI S.A., aprobado el 11 de diciembre del 2007, esto es antes de la suscripción del contrato de construcción, una vez declarado desierto el primer proceso, se debió realizar un nuevo concurso, en vista de que al contar con el financiamiento proporcionado por el Estado, se abría la posibilidad de la participación de otras empresas, que no presentaron interés dentro del primer proceso, debido a la dificultad de lograr financiamiento.
5. No se ha presentado, un informe técnico, económico y legal, que justifique la razón de la decisión tomada por los miembros del Directorio, el 5 de noviembre del 2007, en la cual se Resuelve adjudicar a la Constructora Norberto Odebrecht S.A., en calidad de Socio Estratégico del H. Consejo

toce

- 16 -
(dieciséis)

Provincial de Pichincha en HIDROTOAPI S.A., para ejecutar el Proyecto Toachi-Pilatón como Contratista del Contrato EPC, sin participación accionaria en HIDROTOAPI S.A.; y, sin utilización de los recursos de financiamiento presentados por el proponente adjudicatario en su oferta, por lo que no se ha procedido de conformidad con las leyes y reglamentos que corresponden.

CRITERIOS EMITIDOS POR LA INSTITUCIÓN

Mediante oficios No. 297 y 303- HTP de 27 y 30 de octubre de 2008, el Prefecto de Pichincha, en calidad de Presidente y el Gerente de HIDROTOAPI S.A., en reapuesta a la Comunicación de Resultados provisionales, responden lo siguiente:

"2.1.2. EFECTIVAMENTE, SI SE REALIZÓ EL CONCURSO PARA LA CONTRATACIÓN DEL PROYECTO, Y AL AMPARO DE LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY

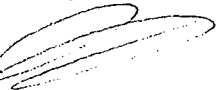
A.1.) HIDROTOAPI ACTUÓ APEGADA A DERECHO AL NO SOMETER EL PROCESO DE CONTRATACIÓN A LAS DISPOSICIONES DE LA LEY DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, SINO A LAS NORMAS DE CONTRATACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

El Auditor interpreta parcialmente la Disposición General Séptima de la Ley Orgánica de Creación del FEISEH que dice: "*SEPTIMA: Los procesos de selección en materia contractual se someterán a la leyes de contratación pública; Consultoría; y, demás normas atinentes a la materia*". (el subrayado es nuestro).

Es verdad que Hidrotoapi es una sociedad anónima, y es verdad que su capital accionario es 100% público, por ser propiedad del Honorable Consejo Provincial de Pichincha, su único accionista. Pero es necesario despejar de toda duda, el hecho de que en materia de contratación; y, puntualmente de la contratación de la construcción del Proyecto Toachi-Pilatón, materia a la cual nos referimos, estaba sujeta explícitamente y expresamente a normas específicas atinentes a sus capacidades legales de contratación; esto es a las normas especiales definidas como aplicables para la ejecución de proyectos por parte de sociedades anónimas con capital mayoritariamente estatal, los cuales por la naturaleza de éstas, solo se pueden someter al régimen jurídico de contratación que rige al sector privado; es decir, en ningún caso, con sometimiento a las normas de Contratación Pública.

Las demás normas atinentes a la materia; es decir a la contratación efectuada por Hidrotoapi, plenamente amparan los procesos y el Contrato, llevados a cabo, y son las siguientes:

- Artículo 26 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico.

catore


- 17 -
(Revisado)

- Artículo 48 de la Ley de Modernización del Estado.
- Artículo 97 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.
- Reglamento de Negociación Competitiva y Directa de Hidrotoapi.
- Ley Orgánica de Creación del FEISEH.
- Reglamento a la Ley Orgánica de Creación del FEISEH, reformado, (RO. 220 de 27 de noviembre de 2007), que reconoce en su Artículo 9: "...Entre los proyectos a los que se refieren las letras c) y d) del Art. 3 de la Ley FEISEH, se considerarán también aquellos proyectos que actualmente se encuentran en ejecución, siempre y cuando cumplan los requisitos y procedimientos establecidos para los nuevos proyectos. Cuando se trate de proyectos ejecutados por entidades y organismos del sector público estos se someterán a las disposiciones de contratación previstas en la ley de la materia para la ejecución de obras, adquisición de bienes y prestación de servicios. SI LOS PROYECTOS SON EJECUTADOS POR EMPRESAS DE ECONOMÍA MIXTA Y SOCIEDADES ANÓNIMAS, ÉSTOS POR SU NATURALEZA SE SOMETERÁN AL RÉGIMEN JURÍDICO DE CONTRATACIÓN QUE RIGE AL SECTOR PRIVADO..." (Los resaltados son nuestros).

En este punto, dentro del orden público del ordenamiento jurídico de la República, es necesario integrar esencialmente en el análisis la norma contenida en la disposición final de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico: "*Por su carácter de especial la presente Ley prevalecerá sobre cualquier otra que se le oponga y entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.*" (el énfasis nos pertenece), en concordancia con la disposición del artículo 39 del Código Civil: "*La ley especial anterior no se deroga por la general posterior, si no se expresa*", en tanto, e incontrovertiblemente, la normativa aplicable a una materia de tal trascendencia, especialidad, e importancia para el desarrollo de la economía nacional y los objetivos mayores del Estado, establece un régimen de participación de empresas como HIDROTOAPI S.A. indispensable para el desarrollo estratégico de la generación hidroeléctrica: "*Art. 26.- Régimen de las empresas de generación; transmisión y distribución.- La generación, transmisión o distribución de energía eléctrica será realizada por compañías autorizadas, y establecidas en el país, de conformidad con esta Ley y la de Compañías. Las compañías a las que se refiere esta disposición, independientemente de su estructura accionaria, se someterán para todos los efectos, incluyendo el tributario y el laboral, al régimen legal aplicable para las personas jurídicas de derecho privado.*" (El énfasis es nuestro)

Consecuentemente, No cabe duda alguna respecto del pleno cumplimiento de la Ley del FEISEH, que remite a las demás normas atinentes a la materia".

Hidrotoapi realizó un proceso de selección y contratación completamente ajustado a Derecho. El propio Presidente Constitucional de la República aclaró mediante reforma al Reglamento a la Ley del Creación del FEISEH, en noviembre de 2007, la aparente confusión que podría darse en la aplicación de las antes mencionadas disposiciones, ratificando que, las normas aplicables a la contratación realizada por Hidrotoapi

Quince

- 18 -
(dieciocho)

fueron las empleadas explícitamente, cuales son las del derecho privado, marco en el cual se evacuó el concurso internacional Swiss Challenge que, derivó en la adjudicación perfeccionada en el Contrato.

Nótese que la reforma reglamentaria introducida por el Señor Presidente Constitucional de la República en ningún caso modificó la Ley Orgánica de Creación del FEISEH, lo cual hubiera sido un imposible jurídico; pues lo único que hizo fue reforzar y aclarar aquello que siempre estuvo previsto en el espíritu de la Ley, en coherencia con el orden jurídico de la República, por obvias razones de orden legal, cuanto de orden práctico, técnico, y financiero coherente con los altos intereses nacionales, esto es que las normas aplicables a las contrataciones financiadas por el FEISEH a sociedades anónimas como Hidrotoapi, deben regirse, como en efecto se rigieron única y exclusivamente por el derecho privado, en virtud de su naturaleza jurídica.

El Honorable Consejo Provincial de Pichincha, demostró su interés, a lo largo de los últimos casi dos décadas, en desarrollar el Proyecto Hidroeléctrico Toachi-Pilatón, dentro de sus competencias, las cuales ejecutó al amparo del marco legal aplicable, tomando ventaja en el mejor provecho institucional y de la provincia, de todos los recursos legales garantizados por la Constitución Política y en las Leyes Aplicables.

El Artículo 1 de la Ley de Contratación Pública dispuso el ámbito de aplicación de la Ley de Contratación Pública al mandar que *"...se sujetarán a las disposiciones de esta Ley el Estado y las entidades del sector público - según las define la Constitución Política en su artículo 118 - que contraten la ejecución de obras, la adquisición de bienes, así como la prestación de servicios no regulados por la Ley de Consultoría..."*.

El mencionado Artículo 118 de la Constitución Política de la República (vigente a ese momento) que, encabezaba el Capítulo I del Título V de la Carta Magna "De las Instituciones del Estado y la Función Pública", señalaba que sean o se consideren instituciones del Estado:

- "...1. Los organismos y dependencias de las Funciones Legislativa, Ejecutiva y Judicial.*
- 2. Los organismos electorales.*
- 3. Los organismos de control y regulación.*
- 4. Las entidades que integran el régimen seccional autónomo.*
- 5. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.*
- 6. Las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos..."*

No estaban, como es evidente, incluidas las compañías de propiedad del Estado incorporadas al amparo de la Ley de Compañías, mediante actos mercantiles, como lo es Hidrotoapi S.A.

De otro lado, el Régimen de las Empresas de Generación, aplicable al momento que nos ocupa, instaurado en el Artículo 26 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, instruía claramente que la generación de energía eléctrica

dicuís

- 19 -
(Decreto)

podía ser realizada exclusivamente por compañías constituidas al amparo de la Ley de Compañías, las cuales, como antes explicitamos, indistintamente de su estructura de capital; es decir, sea o no que el Estado fuese su mayor accionista, están sujetas al régimen de las personas jurídicas de derecho privado, para todos los efectos legales.

Hidrotoapi como hemos dicho, es una sociedad anónima; es decir, una persona jurídica de derecho privado, por lo cual le son aplicables las disposiciones del Artículo 48 de la Ley de Modernización del Estado; del Artículo 4 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado; y, en especial las del Artículo 97 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

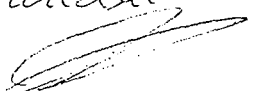
Este último artículo citado expresamente permite que Hidrotoapi lleve a cabo un Swiss Challenge, o cualquier otro proceso que hubiere decidido imponerse, sin contravenir el orden interno, al mandar:

"...Las personas jurídicas de derecho privado referidas en el artículo 4 de esta Ley, se someterán a su propia normatividad en materia de contratación, no estarán sujetas a los procedimientos previstos en la codificación de la Ley de Contratación Pública, en la Ley de Consultoría y en las demás leyes y reglamentos que rigen la materia..."

En consecuencia de lo anterior, valga resaltarlo, previamente auditado por la Contraloría General del Estado, Hidrotoapi S.A. adoptó su propia normatividad en materia de contratación, con resolución de su Directorio adoptada el 8 de Diciembre de 2005, al amparo de la letra f) del Artículo Veinte y Uno de su Estatuto Social mediante la cual se creó el Reglamento para Contratación Directa y Negociación Competitiva de Hidrotoapi S.A., el cual concuerda y se ratifica en su emisión y espíritu, con el criterio expresado por el Señor Procurador General del Estado en su oficio 31369 de 09-02-2007 en el que señala expresamente, al referirse al Swiss Challenge, que *"...Cuando una persona jurídica de derecho privado hubiere recibido del Estado la delegación para la prestación de un servicio público, dicha persona bien puede determinar la modalidad contractual para el efecto, cuidando por una parte que tal modalidad no vulnere la normativa vigente en la República, y que la vía a través de la cual se exprese tal modalidad, se encuentre determinada en el estatuto social de dicha persona jurídica..."*. Hidrotoapi en efecto recibió una delegación del Estado para ejecutar el Proyecto Hidroeléctrico Toachi-Pilatón mediante el Contrato de Concesión celebrado entre el Consejo Nacional de Electricidad e Hidrotoapi S.A., para el desarrollo el Proyecto Hidroeléctrico Toachi-Pilatón.

El Swiss Challenge para seleccionar un socio estratégico para el desarrollo del Proyecto Hidroeléctrico Toachi-Pilatón, es una modalidad de negociación directa y competitiva que se define en procedimientos regulados reglamentariamente, como queda demostrado, al amparo de la legislación ecuatoriana vigente.

Por lo expuesto, no aplica la Ley de Contratación Pública al Swiss Challenge de Hidrotoapi S.A., por estar ésta como persona jurídica de derecho privado, explícitamente excluida de su aplicación; siendo que Hidrotoapi ha obrado además, en su capacidad de concesionaria del Proyecto Hidroeléctrico Toachi-Pilatón, en base de su

diecisiete


-20-
(veinte)

propio Estatuto Social y a la normativa en materia de contratación que para todo efecto ha generado en base a ese Estatuto Social.

B.1.) HIDROTOAPI EN VIRTUD DE LA LETRA F) DE LA RESOLUCIÓN NO. 1 DE LA SESIÓN DE DIRECTORIO DE 20 DE JULIO DE 2007, NO DEBÍA DECLARAR DESIERTO EL PROCESO DE ADJUDICACIÓN EFECTUADO DE MANERA INICIAL.

La citada letra F) de la Resolución en cuestión, dice:

"F) Reservar para el H. Consejo Provincial de Pichincha el derecho a renegociar en cualquier momento la Primera Propuesta o declarar desierto este proceso y adjudicación, si cambiaren las condiciones del financiamiento, en particular si las condiciones que se establezcan por parte del Estado para la consecución de los recursos del FEISEH hacen inviable el cierre financiero del Proyecto o en caso de que existan recursos adicionales del FEISEH que benefician la participación del H. Consejo Provincial de Pichincha".

La reserva que se hace mediante esta resolución, está formada para y dirigida a, proteger los intereses de la corporación provincial, accionista único en Hidrotoapi, en el sentido de poder tomar el mejor provecho del proceso Swiss Challenge llevado adelante, permitiendo que se adapte a cualquier condición de cierre financiero que pudiese demandar el Estado Ecuatoriano, en caso de consecución de los recursos del FEISEH, indistintamente de ser viable o no el cierre financiero del Proyecto, que fuera en su momento propuesto por el Primer Proponente.

La afirmación de que Hidrotoapi incumplió con la letra F) de Resolución N°1 de 20 de julio de 2007, implica una lectura sesgada e incompleta de la misma; ya que, ésta fue adoptada con el objeto de crear dos opciones claras e independientes, de las cuales podía y debía servirse Hidrotoapi legalmente, en caso de suceder cambios en las posibilidades de financiamiento; indistintamente de que tales cambios implicasen bien: (a) la imposibilidad de cierre financiero; o, (b) mejora de condiciones para el Gobierno de la Provincia de Pichincha.

En otras palabras, jamás fue el espíritu de la mencionada resolución, limitar a Hidrotoapi a una declaratoria de desierto del Swiss Challenge en caso de que mejorase la participación del Gobierno de Pichincha por efecto de las condiciones financieras; como tampoco fue el espíritu de la resolución, obviamente por resultar absurdo y contra la lógica del beneficio institucional que, se hubiese limitado las opciones de Hidrotoapi a renegociar la Primera Propuesta si hubiere resultado inviable el cierre financiero.

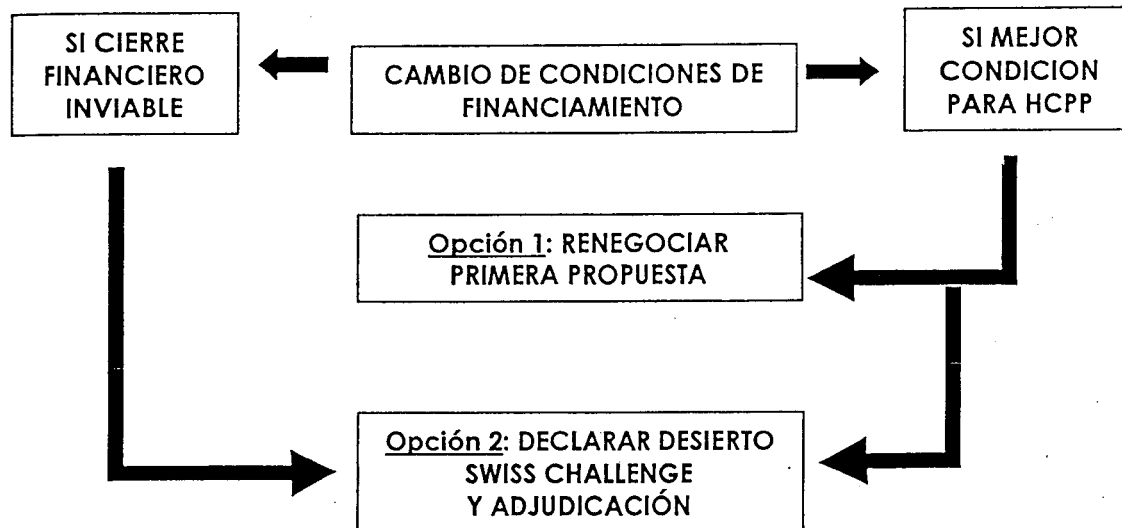
Es evidente entonces y queda demostrado de la simple lectura de la antes mencionada resolución, que no existe tal cosa como el sugerido "deber jurídico" de Hidrotoapi de declarar desierto el proceso de adjudicación. Lo que existe es una opción de eventualmente hacerlo para atender de la mejor manera el interés institucional, en caso de inviabilidad de cierre financiero.

Hidrotoapi


- 21 -
(continúa)

Es correspondiente a la legislación ecuatoriana, que debe existir una norma que se incumple para que proceda la conclusión, y queda demostrado lo contrario.

El siguiente cuadro permitirá contextualizar las disposiciones de la letra F) de Resolución N°1 de 20 de julio de 2007, en su verdadero y único sentido:



Habiéndose conseguido el financiamiento total con recursos del FEISEH en modalidad de préstamo; no de capitalización por parte del FEISEH; o, como colateral para endeudamiento externo (opciones que brindaba la Ley de Creación del FEISEH), se aseguró que la participación accionaria del Honorable Consejo Provincial de Pichincha sería siempre igual a su participación inicial, esto es del 100%, lo cual obviamente implicó una mejora en las condiciones a favor del gobierno de la provincia.

Carece de fundamento la interpretación que se da en la comunicación de resultados provisionales, a la letra F) de la resolución número 1 del Directorio de Hidrotoapi, del 20 de julio del 2007, que decide la adjudicación; pues de una lectura objetiva de la misma se puede colegir de manera simple y transparente que solamente en el caso de que se hubiese hecho inviable el cierre financiero, lo cual no sucedió, habría cabido la necesidad de ejercer la facultad de realizar una declaratoria de desierto.

B.2.) NO ES CORRECTA LA AFIRMACIÓN RESPECTO A QUE, DADO QUE EL ESTADO APROBÓ UN PRÉSTAMO A TRAVÉS DEL FEISEH, LAS CONDICIONES DEL FINANCIAMIENTO PREVISTAS EN EL SWISS CHALLENGE, HUBIERAN "CAMBIADO TOTALMENTE"

Mediante comunicación 0000506 de 20 de Diciembre de 2006, adjunta como ANEXO 1, el Presidente Alfredo Palacio González, en calidad Presidente del COFEISEH, comunicó a Hidrotoapi la intención del Gobierno Nacional de priorizar el Proyecto Hidroeléctrico Toachi-Pilatón; y, de "...asignar los recursos necesarios del

diecinueve

- 22 -
(veintidos)

Fondo Ecuatoriano de Inversión en los Sectores Energético e Hidrocarburífero - FEISEH al mismo..."; es decir, en fecha evidentemente anterior al inicio del concurso internacional.

Como es de su conocimiento, por haber sido examinado previamente por la Contraloría General del Estado, el concurso Internacional dentro del Swiss Challenge, en el cual se puso a disposición de todos los interesados la posibilidad de contestar y mejorar la Primera Propuesta presentada por Constructora Norberto Odebrecht, se lanzó al público el día 21 de diciembre de 2006 mediante convocatoria publicada los días 21, 22 y 23 de diciembre de 2006 (ANEXO 2); es decir, ya contando con la intención del Gobierno Nacional, de financiar con recursos públicos, como se demuestra con el ANEXO 1, antes mencionado.

Junto con los documentos del Swiss Challenge, hechos públicos a la convocatoria, desde su inicio se publicitó la intención del Gobierno del Ecuador de asignar recursos del FEISEH al Proyecto Hidroeléctrico Toachi-Pilatón; por lo cual todo interesado pudo conocer la intención del Gobierno Nacional de facilitar tales recursos al Proyecto, indistintamente de quién fuese el contratista; y, más importante aún, como se puede verificar de la antes mencionada carta del Presidente Palacio, sin un límite de disponibilidad.

Por lo expuesto, habiéndose dado a conocer al mundo la intención de asignación de fondos FEISEH para el Proyecto Hidroeléctrico Toachi-Pilatón, desde el inicio del concurso internacional; su finalmente efectiva asignación a título de préstamo después de la adjudicación, no puede considerarse una sorpresa; y, mucho menos un cambio de reglas de juego que hubiera debido operar en contra de "...la posibilidad de la participación de otras empresas..."; ya que, por efecto de la explícita intención gubernamental de financiar el proyecto, sin límite de disponibilidad, el Swiss Challenge presentó una facilidad y no una dificultad para lograr financiamiento, a favor de cualquier empresa.

B.3.) NO ES CORRECTA LA AFIRMACIÓN RESPECTO A QUE, OTRAS EMPRESAS NO PRESENTARON INTERÉS DENTRO DEL SWISS CHALLENGE DEBIDO A LA DIFICULTAD DE LOGRAR FINANCIAMIENTO

Como ya hemos señalado, la disponibilidad de recursos del FEISEH, no cambió las reglas de juego del Swiss Challenge en ningún momento; ya que, como es evidente, la disponibilidad del interés estatal de asignar recursos del FEISEH, no se hizo por un monto determinado; es decir, creando las condiciones para que los interesados pudiesen adaptar sus propuestas a cualquier esquema con consideración de los eventuales recursos públicos.

De hecho, creemos que este factor debió constituir uno de los mayores atractivos para que cualquiera se hubiera interesado en presentar propuestas, contando no solamente con garantías de absoluta igualdad; sino que además, y al contrario de lo que señala el Auditor, sin dificultad alguna en lograr financiamiento.

Por lo expuesto y como queda demostrado, no se quebrantó el principio de igualdad de oportunidades para intervenir en el concurso para nadie, pues la posibilidad del financiamiento gubernamental siempre estuvo

Veinte

- 23 -
(veintitres)

presente. Tal es así que la oferta de la compañía adjudicataria consideró en su Propuesta Negociada y Ajustada Final, un financiamiento parcial con fondos estatales.

C) HIDROTOAPI NO HA INCUMPLIDO SU REGLAMENTO DE CONTRATACIÓN EN LA ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO

El Reglamento de Contratación de Hidrotoapi S.A., como lo ha evidenciado el mismo Auditor, entró en vigencia, naturalmente sin fórmula o posibilidad de retroactividad, el 11 de diciembre de 2007; es decir, después de terminado y adjudicado el proceso Swiss Challenge; proceso cuya base reglamentaria e incluso a nivel de normativa especial, fue y es única y exclusivamente el Reglamento de Negociación Competitiva y Directa de Hidrotoapi.

No es correcta entonces, la apreciación contenida en el número 3 de la cuarta página de la comunicación de la referencia que señala que, "...De conformidad..." con el Artículo 6 del Reglamento de Contratación de Hidrotoapi S.A. "...una vez declarado desierto el primer proceso, se debió realizar un nuevo concurso, en vista de que al contar con el financiamiento proporcionado por el Estado, se abría la posibilidad de la participación de otras empresas, que no presentaron interés dentro del primer proceso, debido a la dificultad de lograr financiamiento...". Para mejor entendimiento, es preciso volver a repasar el contenido del Artículo 6 del Reglamento de Contratación de Hidrotoapi que dice:

"Artículo 6.- Concurso: Los procesos para la contratación de: adquisiciones de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras cuyas cuantías superen el monto de la contratación directa se realizarán mediante Concurso. El Directorio, aprobará los reglamentos que se requieran, de acuerdo con su propio criterio y en concordancia con el Estatuto Social, que en cada caso se requieran para atender a la naturaleza de la contratación."

Por un lado, no se declaró desierto el proceso por no corresponder tal posibilidad; y, como es evidente por otro lado, el mencionado artículo nada sugiere, dice, manda o constriñe respecto de declarar "...desierto el primer proceso...", o sobre el deber de "...realizar un nuevo concurso..." y menos aún, "...en vista de que al contar con el financiamiento proporcionado por el Estado, se abría la posibilidad de la participación de otras empresas...". No señala nada de lo anterior, ni señala qué otros procesos iniciar bajo reglamentos especiales.

De otro lado, no conocemos el origen o el sustento de la afirmación de que otras empresas "...no presentaron interés dentro del primer proceso, debido a la dificultad de lograr financiamiento...".

La base reglamentaria propia, especial del Swiss Challenge es el Reglamento de Negociación Competitiva y Directa, el cual señala los principios aplicables al Swiss Challenge; y, como ha quedado demostrado para ante las autoridades de control (Procuraduría General del Estado; Contraloría General del Estado y Comisión de Control Cívico Contra la Corrupción), aplicados transparente, legal y legítimamente a la adjudicación en Swiss

Ventuno



- 24 -
(veinticuatro)

Challenge, en el mejor provecho de los intereses de Hidrotoapi, de la Provincia de Pichincha y sobretodo, del País.

El Reglamento de Contratación, si bien se emitió antes de la suscripción del Contrato, corresponde a un momento materialmente posterior a la adjudicación del mismo; y, sin duda, no fue parte del marco regulatorio aplicable al Swiss Challenge, por no ser además, una norma retroactiva.

D) LAS DECISIONES DEL DIRECTORIO DE HIDROTOAPI S.A., DE 5 DE NOVIEMBRE DE 2007, SI CUMPLIERON LAS LEYES Y REGLAMENTOS QUE CORRESPONDEN Y TIENEN A TODAS LUCES, SUSTENTO TÉCNICO, ECONÓMICO Y LEGAL.

El Auditor manifiesta que procediendo "...al margen de las leyes y reglamentos que corresponden...", sin citar ninguna Ley o reglamento al respecto, no se presentaron informes que justifiquen la decisión tomada por el Directorio de adjudicar a Constructora Norberto Odebrecht en calidad de Socio Estratégico para ejecutar el Proyecto Hidroeléctrico Toachi-Pilatón como contratista, sin participación accionaria y sin utilización de los recursos de financiamiento presentados por esa empresa.

De hecho, el comentario no atiende al contenido completo del acta de la sesión de 5 de noviembre de 2007, en la cual se resuelve la adjudicación; o mejor dicho, se la ratifica y modifica para privilegiar el interés institucional.

El momento al que corresponde el comentario, el Swiss Challenge ya había sido adjudicado en su esquema original; es decir, el concurso internacional se había agotado; y, con el objeto de aprovechar la disponibilidad en ese momento de los fondos FEISEH, dentro del marco legal aplicable, la vía más eficiente era modificar la adjudicación ya realizada para dejar al socio seleccionado sin posibilidad de participar como accionista sino exclusivamente como constructor.

Durante la sesión de 5 de noviembre de 2007, lo cual puede verificarse de la respectiva acta, copia de la cual se adjunta como ANEXO 3, en la página 2 de 7 de ese instrumento, atendiendo al comentario de Presidencia de la Compañía, respecto de que "...en virtud de la resolución del COFEISEH, y a que el financiamiento del FEISEH no ha planteado implícita o explícitamente condiciones específicas respecto de la forma de contratación de las obras, bienes y servicios para la ejecución del proyecto; el Presidente de la República, en el acto solemne de fecha 10 de octubre de 2007, manifestó públicamente la voluntad del gobierno nacional de que el proyecto sea en un 100% de propiedad estatal, por lo cual considera prudente revisar las posibilidades reglamentarias del proceso de selección Swiss Challenge adjudicado a Constructora Norberto Odebrecht, para poder asegurar el propósito presidencial de lograr que el proyecto en efecto sea exclusivamente de propiedad estatal; es decir, sin contar con los aportes patrimoniales, créditos o aportes de capital que ofreció el Proponente Adjudicatario...", el Gerente General manifestó que "...el proceso competitivo internacional de selección del socio estratégico se realizó considerando entre otros, los siguientes parámetros:

Veinticuatro


-25-
(veinticinco)

- El valor global del costo del Proyecto, lo que minimiza los riesgos de costos adicionales en el proceso de construcción.
- La experiencia local y extranjera del Constructor Designado, que garantiza la ejecución del proyecto.
- Los plazos de construcción ofertados, que garantizan un adecuado flujo de recursos por venta de potencia y energía a fin de atender los requerimientos energéticos del país.
- La garantía para alcanzar la potencia y energía de las centrales, con la ingeniería optimizada..."

Sugirió además, entre estos antecedentes que, con el objeto "...de cumplir con la intención e iniciativa del Gobierno Nacional, es conveniente reformular la estructura contractual adjudicada; ya que, no se requeriría de aportes patrimoniales, consecución de créditos ni capitalización por parte del Proponente Adjudicatario..."

Los pronunciamientos del Gerente General, a ese momento, constituyen el sustento técnico para mantener la adjudicación; ya que, se contaba con una Primera Propuesta, ya ajustada además, plenamente conocida por el Directorio de la empresa, fruto de un concurso internacional para selección de un Socio Estratégico que además era Constructor Designado.

La Primera Propuesta, ya auditada por la Contraloría General del Estado, fue presentada el 13 de Octubre de 2006. En su Capítulo 3, desde la página 1261 hasta la página 1264 (ANEXO 4), presenta, la propuesta, un análisis pormenorizado de la energía térmica que sería sustituida por la generación hidroeléctrica del Proyecto Toachi Pilatón; y, realiza una estimación del costo total de combustible importado que dejaría consumir el País.

Hace además una proyección, asumiendo una reducción del precio del barril de petróleo, para llegar a determinar que el ahorro promedio anual por la entrada en operación de las centrales del Proyecto Hidroeléctrico Toachi-Pilatón, sería de US\$. 110,000,000.00 anuales.

Adjunto se servirá encontrar como ANEXO 5, copia de las páginas del Documento de Factibilidad, Técnica, Económica y Financiera y Social preparado por la empresa HEXAGON, de agosto de 2007 donde igualmente se hace clara mención a este tema y que fue considerado por el Gerente General al exponer ante el Directorio el 5 de noviembre de 2007.

Para Hidrotoapi siempre estuvo claro, desde la recepción de la Primera Propuesta, el fundamento económico de la necesidad de lograr la más inmediata ejecución del Proyecto, por lo cual, al mencionar el Gerente General "...Los plazos de construcción ofertados, que garantizan un adecuado flujo de recursos por venta de potencia y energía a fin de atender los requerimientos energéticos del país...", argumento económico como ya lo hemos señalado, conocido por el Directorio desde octubre de 2006, sustentó en base de conocimiento y documentación previa, su propuesta de "...disponer la renegociación de los términos contractuales...", sin que se suspenda o declare desierto el proceso ya culminado y a ese instante listo para viabilizar la contratación.

Venturas

- 26 -
(veintiseis)

De otro lado, y en el mismo sentido, la Gerencia General presentó al Directorio en sesión del 24 de enero de 2007, el Memorando No. 001-HYDRO-2007, en el cual dieron a conocer en detalle las bondades del Proyecto Hidroeléctrico Toachi-Pilatón. Este memorando, contiene el análisis de la Complementariedad Hidrológica, Ahorro en la Importación de Combustibles y la Dependencia de la Conexión con Colombia. Del análisis realizado, se verifica, respecto del ahorro en la importación de combustibles, la conclusión que para un precio internacional del marcador WTI de US\$50/barril de petróleo el ahorro en importaciones por la disminución de generación térmica sería de US\$112 millones. Adjunto como ANEXO 6, copia del mencionado documento, también empleado como base de los comentarios expuestos el 5 de noviembre de 2007 por el Gerente General, ante el Directorio de Hidrotoapi.

Sin perjuicio de que no había viabilidad para un nuevo proceso concurso, previsto que la opción planteada por la resolución de directorio de renegociar la propuesta adjudicada, era plenamente aplicable y necesaria, la Gerencia General analizó la posibilidad de lanzar un nuevo concurso para la construcción del Proyecto en el mes de Noviembre de 2007, tomando en cuenta que un proceso de este tipo podría tomar entre 8 y 10 meses dado que se hubiera requerido de un cronograma similar al siguiente:

➤ Preparación de bases	30 días
➤ Venta de Bases	30 días
➤ Preparación de Propuestas	120 días
➤ Calificación y adjudicación	30 días
➤ Negociación contrato	15 días
➤ Aprobación Procuraduría	30 días
Total	255 días

Valorado este cronograma en términos económicos, el retraso que implicaba el inicio de la construcción del Proyecto, hubiera significado una pérdida para el Estado de US\$.78,000,000.00 por generación térmica no desplazada considerando simplemente a US\$.50/barril el precio futuro del marcador WTI.

De igual forma, la empresa dejaría de facturar alrededor de US\$.29,000,000.00 en el mismo período por concepto de venta de energía y potencia al valor de 4 centavos/KWh.

Todos estos elementos estuvieron contenidos en los comentarios del Gerente General, sintetizados en sus puntualizaciones plasmadas en el acta de la sesión de Directorio de 5 de noviembre de 2007 respecto de los parámetros de selección del Socio Estratégico; ya que, los elementos mencionados, formaron parte de sus conclusiones que, además previamente conocidas documentalmente por el Directorio, eran suficientes elementos de juicio en el orden técnico y económico para asumir la decisión de ratificación y modificación de la adjudicación previamente realizada.

veintiseis



-27-
(veintisiete)

Debe entenderse, como ya lo verificaron en su momento la Procuraduría General del Estado y la Contraloría General del Estado que, el Swiss Challenge, que bajo la denominación de Socio Estratégico Hidrotoapi buscó potenciales accionistas, financistas y constructores; siendo que las tres facetas podían corresponder a una sola empresa o a varias con suficientes credenciales para llevar adelante el proyecto, lo cual puede verificarse de las Instrucciones a los Proponentes dentro del Swiss Challenge; de acuerdo con lo que el Directorio explícitamente consideró de la siguiente forma: *"...Que las Instrucciones a los Proponentes, aprobadas mediante resolución de Directorio de Hidrotoapi S.A., de fecha 15 de marzo de 2006 previeron que tanto el Primer Proponente, como los demás Proponentes presenten como parte de sus propuestas un "Constructor Designado", entendiéndose por el mismo, según el glosario de términos del proceso a la "Empresa o Asociación designada por el Primer Proponente o por otro Proponente que presente una Contra-Propuesta para ser responsable de la construcción del Proyecto", en concordancia con la Sección 3 de las Instrucciones a los Proponentes que al definir las informaciones generales de la Primera Propuesta dispusieron que la misma contenga entre otros los "Datos Generales del Constructor Designado por el Socio Estratégico para la construcción del Proyecto, según Formulario No.3"; la "Situación Societaria y Financiera del Constructor Designado, según Formulario No.5"; y, la "Experiencia del Constructor Designado en la construcción de Proyectos Hidroeléctricos, según Formulario No.8"; es decir, haciendo parte esencial de la propuesta la designación de un constructor con calificaciones óptimas y capacidades para el desarrollo del proyecto..."*, por lo cual se ratificó que si se llevó a cabo una selección competitiva del Constructor Designado.

De otro lado, en la misma sesión de 5 de noviembre, estuvo presente el Asesor Jurídico de la compañía, quien por pedido de la Gerencia General hizo notar al Directorio que, al adjudicar el proceso Swiss Challenge, además, entre otros se resolvió: *"F) Reservar para el H. Consejo Provincial de Pichincha el derechos a renegociar en cualquier momento la Primera Propuesta o declarar desierto este proceso y adjudicación, si cambiaren las condiciones del financiamiento, en particular si las condiciones que se establezcan por parte del Estado para la consecución de los recursos del FEISEH hacen inviable el cierre financiero del Proyecto o en el caso de que existan recursos adicionales del FEISEH que benefician la participación del H. Consejo Provincial de Pichincha..."*; por lo cual mencionó, atendiendo al pedido de su opinión por parte del Gerente General que *"...cabría, en el marco del proceso de selección llevado a cabo, comunicar a Constructora Norberto Odebrecht que las condiciones del financiamiento resuelto por el COFEISEH implican recursos adicionales a los originalmente previstos en la propuesta adjudicataria que, claramente benefician la participación del H. Consejo Provincial de Pichincha; en virtud de lo cual, será necesario renegociar la estructura contractual negociada, en el sentido de que Constructora Norberto Odebrecht solo pueda participar del proyecto como contratista de construcción..."*. Hizo notar además que sería necesario para los efectos buscados por Hidrotoapi, ajustar la adjudicación original, contando con la aceptación del Proponente Adjudicado; previsto naturalmente que ambas acciones; *"...ajustes de la adjudicación y aceptación de la adjudicataria; así como los instrumentos contractuales que nacen de estas acciones, deberán ser puestas en conocimiento de la Procuraduría General del Estado para su pronunciamiento antes de la correspondiente suscripción..."*, lo cual efectivamente se realizó, de acuerdo con la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, antes de la suscripción del Contrato; lo cual además justifica el hecho de que si se contó con suficiente sustento informativo en el orden legal.

veinticinco

-28-
(veintiocho)

La adjudicación se modificó de acuerdo a lo señalado con base legal en la capacidad de contratación de HIDROTOAPI que indistintamente del contenido de la Ley del FEISEH, le permitía actuar como en efecto actuó.

Por lo expuesto, queda claro que HIDROTOAPI SI CONTÓ CON SUFICIENTES ARGUMENTOS DE ORDEN LEGAL, TÉCNICO Y FINANCIERO PARA REALIZAR LA ADJUDICACIÓN Y SUSCRIBIR EL CONTRATO RESULTANTE; PREVISTO QUE LOS ARGUMENTOS TÉCNICOS, DE RENTABILIDAD ECONÓMICA Y BENEFICIO NACIONAL PARA LA CONTRATACIÓN, ASÍ COMO LOS SUPUESTOS Y BASES JURÍDICAS DE PROCESO Y CONTRATO, NO CAMBIARON EN NINGÚN MOMENTO DURANTE EL PROCESO; Y, DE HECHO SE MANTUVIERON AL MOMENTO DE LA ADJUDICACIÓN."

Oficio No. 303 - HTP – 2008, de 30 de Octubre de 2008

"1. RESPECTO DE NUESTRAS OBSERVACIONES Y COMENTARIOS RELATIVOS A LA PRIMERA CONCLUSIÓN DE LA COMUNICACIÓN DE RESULTADOS PROVISIONALES:

A) Dejamos señalado en el número A.1) de nuestro oficio de contestación original que, " A.1.) HIDROTOAPI ACTUÓ APEGADA A DERECHO AL NO SOMETER EL PROCESO DE CONTRATACIÓN A LAS DISPOSICIONES DE LA LEY DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, SINO A LAS NORMAS DE CONTRATACIÓN DEL DERECHO PRIVADO", entre los otros argumentos que por este medio ratificamos, porque "...las sociedades anónimas con capital mayoritariamente estatal, los cuales por la naturaleza de éstas, solo se pueden someter al régimen jurídico de contratación que rige al sector privado; es decir, en ningún caso, con sometimiento a las normas de Contratación Pública..."; previsto que las normas atinentes a la contratación efectuada por Hidrotoapi, son las que señalamos en nuestra contestación, incluyendo el Reglamento a la Ley Orgánica de Creación del FEISEH, reformado, (RO. 220 de 27 de noviembre de 2007), que reconoce en su Artículo 9: "...SI LOS PROYECTOS SON EJECUTADOS POR EMPRESAS DE ECONOMÍA MIXTA Y SOCIEDADES ANÓNIMAS, ÉSTOS POR SU NATURALEZA SE SOMETERÁN AL RÉGIMEN JURÍDICO DE CONTRATACIÓN QUE RIGE AL SECTOR PRIVADO..." (Los resaltados son nuestros) lo que, por los argumentos que hemos dejado expuestos, además verifica el pleno cumplimiento de la Ley del FEISEH.

Esta reforma reglamentaria que por ser tal, no modificó la Ley Orgánica de Creación del FEISEH, lo genera el efecto de reforzar y aclarar aquello que siempre estuvo previsto en el espíritu de la Ley, en coherencia con el orden jurídico de la República, por obvias razones, cuanto de orden práctico, técnico y financiero, en concordancia con los altos intereses nacionales; esto es que las normas aplicables a las contrataciones financiadas por el FEISEH a sociedades anónimas como Hidrotoapi, deben regirse, como en efecto se rigieron única y exclusivamente por el ordenamiento del derecho privado.

veintiseis

-29-
(veinti nueve)

Por este medio y respecto de este razonamiento, queremos añadir que, al tiempo de emisión del antes citado reglamento; esto es el 27 de noviembre de 2007, el momento histórico que vivía el País implicaba la existencia de un régimen de excepción legal; ya que, como es de conocimiento público, el 15 de enero de 2007, por medio de una consulta popular se autorizó la instalación de una Asamblea Constituyente con el propósito de reformar la Constitución y reestructurar el régimen de instituciones públicas.

En este ámbito, el Reglamento emitido por el Presidente de la República y su reforma, no tiene la fuerza exclusivamente de una norma reglamentaria; sino que el Decreto Ejecutivo publicado en el RO. 220 de 27 de noviembre de 2007, tiene la fuerza de un Decreto Ley, en virtud de lo cual, no opera exclusivamente como reglamentación simple a la Ley de Creación del FEISEH, sino además como norma de aclaración de la misma, con jerarquía evidentemente superior a la de un mero reglamento.

Siendo que la jerarquía jurídica de las disposiciones expresadas en la reforma al Reglamento a la Ley de Creación del FEISEH completan esa Ley, dotando de plena claridad el espíritu de la Disposición General Séptima de la Ley, dentro de su propio espíritu originario, esto es que, las normas atinentes a la materia de la contratación de una sociedad anónima, de propiedad mayoritariamente del Estado como lo es Hidrotoapi, son exclusiva y únicamente las normas del Derecho Privado; las cuales fueron legítima y legalmente empleadas por Hidrotoapi para llevar a cabo el Swiss Challenge, incluido el concurso internacional parte del mismo, las decisiones y opciones de proceso que dictó Hidrotoapi; y, la consecuente adjudicación y suscripción del Contrato.

- B) En el apartado B.2.) de nuestra comunicación, manifestamos que “NO ES CORRECTA LA AFIRMACIÓN RESPECTO A QUE, DADO QUE EL ESTADO APROBÓ UN PRÉSTAMO A TRAVÉS DEL FEISEH, LAS CONDICIONES DEL FINANCIAMIENTO PREVISTAS EN EL SWISS CHALLENGE, HUBIERAN “CAMBIADO TOTALMENTE””. Al respecto adjuntamos como ANEXO 1, la comunicación 0000506 de 20 de Diciembre de 2006, del Presidente Alfredo Palacio González, en calidad Presidente del COFEISEH, en la que comunicó a Hidrotoapi la intención del Gobierno Nacional de priorizar el Proyecto Hidroeléctrico Toachi-Pilatón; y, de “...asignar los recursos necesarios del Fondo Ecuatoriano de Inversión en los Sectores Energético e Hidrocarburífero - FEISEH al mismo...”; es decir, en fecha evidentemente anterior al inicio del concurso internacional.

Para completa comprensión de la validez de este elemento en el ámbito de nuestra argumentación, adjuntamos para completar el expediente, copia de la comunicación 030 - HYDRO - 2006 de Hidrotoapi al Presidente del COFEISEH, mediante la cual se solicitó “disponer al Comité Técnico del FEISEH, el análisis del Proyecto Hidroeléctrico Toachi Pilatón; y, la correspondiente decisión de la COFEISEH determinando la priorización de este proyecto en el FEISEH; así como, la asignación de los recursos para su completa ejecución, de acuerdo con los términos de esta petición, además de disponibilidad de recursos para garantizar eventuales financiamientos a favor del proyecto”. (ANEXO 1). Esta comunicación es la

veintiseis

- 30 -
(Hientz)

fueron la fuente u origen de la antes mencionada comunicación de intención de asignación de fondos del FEISEH a Toachi-Pilatón.

Ratificamos que al haberse incorporado la mencionada comunicación del Presidente Palacio a los documentos de convocatoria del concurso internacional en el Swiss Challenge, está claro que desde un principio se hizo disponible a todo concursante, la intención del Gobierno del Ecuador de asignar recursos del FEISEH al Proyecto Hidroeléctrico Toachi-Pilatón; por lo cual todo interesado pudo conocer de esta intención, indistintamente de que su interés de participar hubiera sido como potencial prestamista, como potencial accionista, como potencial inversor o claro como potencial constructor.

Recalcamos que más importante aún, es verificar del expediente de proceso que, la antes mencionada carta del Presidente Palacio, no tenía un límite de disponibilidad, lo que permitía una absoluta flexibilidad para los proponentes, incluso de plantear una eventual participación en el Proyecto, casi exclusivamente como Contratista, por lo cual no puede considerarse una sorpresa; y, mucho menos un cambio de reglas de juego que hubiera operado en contra de "...la posibilidad de la participación de otras empresas..."; ya que, por efecto de la explícita intención gubernamental de financiar el proyecto, sin límite de disponibilidad desde el inicio del concurso el Swiss Challenge, representó una facilidad y no una dificultad para lograr financiamiento, a favor de cualquier empresa que hubiera estado interesada; por lo cual, en el concurso se produjeron las máximas posibilidades de participación.

C) Respecto de la Letra B.1.) de nuestra comunicación, hemos afirmado que "HIDROTOAPI EN VIRTUD DE LA LETRA F) DE LA RESOLUCIÓN NO. 1 DE LA SESIÓN DE DIRECTORIO DE 20 DE JULIO DE 2007, NO DEBIA DECLARAR DESIERTO EL PROCESO DE ADJUDICACIÓN EFECTUADO DE MANERA INICIAL.". Mantenemos y nos ratificamos en nuestros argumentos originalmente presentados y por este medio además, puntualizamos los beneficios que recibieron Hidrotoapi, el Gobierno de la Provincia de Pichincha y el Estado, por efecto llevar a cabo la renegociación autorizada por la letra F) de la Resolución No. 1 del acta de sesión del Directorio de Hidrotoapi de 20 de Julio de 2007:

- Se mantiene el valor global del costo del Proyecto, por efecto de ya haberse negociado y adjudicado el Contrato, en base de los precios contenidos en una oferta que a ese momento ya tenía casi un año de madurez.
- Se evitan los costos de un eventual nuevo concurso que, en todo caso, en los términos legales del Swiss Challenge ya adjudicado, no hubiera sido viable desde ningún punto de vista jurídico; evitando además y mucho más importante, los costos asociados derivados de la demora en entrada en operación comercial del proyecto que hubiera ocasionado a Hidrotoapi y al Estado, costos por demora en la atención del abastecimiento de energía y potencia, por aproximadamente US\$.112,000,000.00 por cada año de ahorro en combustibles fósiles; al menos US\$.78,000,000.00

Venturoso


- 31 -
(veinteyuno)

de ahorro en este mismo concepto, solo por el período de gestión del eventual concurso (que como ya hemos dicho, de todas maneras era inviable legalmente -255 días-), como hemos dejado señalado en nuestra contestación; más una pérdida de aproximadamente US\$ 29,000,000.00, también, de acuerdo al detalle contenido en nuestra contestación, por efecto de facturación que la concesionaria no realizaría.

- El H. Consejo Provincial de Pichincha, en lugar de quedarse con un porcentaje marginal en el capital accionario en Hidrotoapi, logra mantener el 100% de propiedad de la compañía y el proyecto, logrando que sus propios flujos de disponibilidad de recursos para las labores propias de su competencia dentro del régimen seccional, se potencien sobre niveles jamás alcanzados por ningún consejo provincial; y menos, con recursos propios.
- Previsto que el financiamiento provendría del crédito del FEISEH a Hidrotoapi, no se incurre en comisiones ni costos de financiamiento al exterior, asegurando que el 100% de la rentabilidad financiera del proyecto, incluidos intereses sobre el crédito se queden en Ecuador; este es un beneficio que representa un ahorro de US\$ 42,2 millones para el Estado con respecto a la primera propuesta.
- La propuesta negociada y ajustada final presentada por Odebrecht incluyó un incremento de la potencia instalada de 190 MW a 228 MW sin incrementar el precio ofertado de construcción, lo cual fue considerado como una reducción del precio por cada MW instalado comparada con la primera oferta.
- Adjuntamos además, como ANEXO 2, copia del informe preparado por Hexagon para resolución del COFEISEH sobre el financiamiento del Proyecto Hidroeléctrico Toachi-Pilatón, del cual se demuestra que la Tasa Interna de Retorno Financiera (TIR Financiero) del Proyecto se eleva de 6,44% a 8,23% al pasar del esquema de financiamiento original al esquema de financiamiento a través del FEISEH. De igual forma la Tasa Interna de Retorno Económica (TIR Económico) del Proyecto se eleva de 20,4% a 41,1% al pasar del esquema de financiamiento original al esquema de financiamiento a través del FEISEH.

D) Adicionalmente, agradeceremos que se sirva recibir para el correspondiente expediente, copia de la comunicación No. 004 – HYDRO - 2008 de Hidrotoapi a la Procuraduría General del Estado (ANEXO 3), mediante la cual se hizo llegar copia del Contrato de Construcción suscrito, a la Procuraduría General del Estado; y, de las comunicaciones número 08051 de 25 de Enero de 2008, y, número 04134 de 16 de octubre de 2008, de la Procuraduría General del Estado a Hidrotoapi (ANEXOS 4 y 5), de cuyos textos se comprueba que la Procuraduría General del Estado, no ha manifestado inconformidad alguna con el

veinteyuno

-32-
(Hernández)

cumplimiento que ha hecho Hidrotoapi de incorporar al texto del contrato suscrito, las observaciones que obligatoriamente dispuso en su momento, la Procuraduría General del Estado.

Sin otro particular por el momento, nos ratificamos en nuestro pedido de eliminación dentro del borrador de informe que contenga los resultados finales del examen especial efectuado por la Auditoría a su cargo, de las conclusiones constantes en el informe de resultados preliminares al examen especial de ingeniería al contrato de construcción, sus antecedentes y ejecución del Proyecto Hidroeléctrico Toachi-Pilatón a cargo de HIDROTOAPI S.A. y del Consejo Provincial de Pichincha. “

CRITERIO DEL EQUIPO DE CONTROL

El Equipo de Control, concuerda con lo señalado en los oficios enviados por HIDROTOAPI S.A., en el hecho de que este proceso ya fue evaluado en el examen DIAPA-0026-2008, sin embargo, al haber sido evaluado, se deja señalado como hechos estrictamente informativos.

Por lo tanto, se reitera que la entidad no realizó un nuevo proceso para contratar la construcción del Proyecto, a pesar de haber cambiado sustancialmente las condiciones del financiamiento, por las siguientes consideraciones:

1. El financiamiento cambió respecto del propuesto en el proceso Swiss Challenge, ya que al ser el Estado el que a través de un crédito FEISEH, financiaba el 100%, no era el socio estratégico el responsable de la búsqueda del mismo.
2. El proceso Swiss Challenge, fue dirigido hacia la búsqueda de un socio estratégico, que aporte con el financiamiento y tecnología, no la de un contratista para la ejecución del proyecto al contar con los recursos necesarios.

Por lo expuesto, los hechos relatados no cambian las expresiones establecidas por el equipo de control, por lo tanto se ratifica la conclusión vertida en el examen especial de ingeniería No. DIAPA-0026-2008.

través

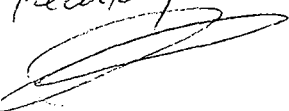
- 33 -
(treinta y tres)

Por otra parte, el 19 de Diciembre del 2007, se suscribe el contrato de construcción entre HIDROTOAPI S.A. y Constructora Norberto Odebrecht S.A., Sucursal Ecuador, para ejecutar el detallamiento de ingeniería, suministros y construcción, montaje y comisionamiento para el Proyecto Hidroeléctrico Toachi-Pilatón en la Provincia de Pichincha.

El tipo de contrato suscrito es EPC o contrato "llave en mano", que es aquel en el que el contratista se obliga frente al contratante, a cambio de un precio, generalmente alzado, a concebir, construir y poner en funcionamiento una obra determinada que el mismo ha proyectado. Es importante señalar la responsabilidad global que asume el contratista tanto en el precio, plazo fijo y calidad del proyecto.

Sin embargo, el contrato como se encuentra redactado, desdice la naturaleza del mismo, por las siguientes consideraciones:

1. En la cláusula 8, referente a Prórrogas de Plazo, no se limita exclusivamente a circunstancias especiales y esencialmente casos de fuerza mayor, estableciendo la posibilidad de realizar nuevos cronogramas ante ajustes de plazo y/o precio por la ejecución de obras adicionales.
2. La cláusula 9.- Trabajos Adicionales y Complementarios, deja abierta la posibilidad para que a través de contratos complementarios, se pueda modificar el precio fijo establecido en el contrato de construcción, más aún cuando se establece que de acuerdo con este contrato, la contratista no es responsable por el Diseño Básico ni por las informaciones topográficas, sedimentológicas, geológico-geotécnicas, hidrológicas y otras contenidas en el Diseño Básico, empleadas para su actualización y obtención del Diseño Básico Referencial.
3. La Cláusula 42.- Derechos de Propiedad Intelectual, en la parte pertinente dice:

treinta y cinco


-34-
(Heintz y wietz)

"Además las Partes acuerdan que la Contratante es la única responsable por eventuales errores, imprecisiones u omisiones contenidas en el Diseño Básico Referencial y los eventuales errores, imprecisiones u omisiones que resulten de ello."

Es de anotar que el Diseño Básico Referencial, fue ejecutado y es de responsabilidad total del contratista, por lo tanto no es aplicable la justificación prevista en el contrato para el caso de que el contratista no alcance la eficiencia media ponderada para cada Unidad de Generación, debido a variaciones de carácter hidrológico, sedimentológico, geológico entre otros.(Cláusula 13.3.3).

4. En la Cláusula 10.- Alternativas, Cambios o Mejoras en el Diseño Básico Referencial, se incluye la posibilidad de disponer y efectuar cambios o mejoras al Diseño Básico Referencial, con reconocimiento de incentivos del 50% del valor que se ahorraría.

Lo señalado, podría establecer que el Diseño Básico Referencial, pudo ser realizado sin que se apliquen las técnicas adecuadas, profesionales y suficientes, ya que este diseño puede ser mejorado como lo señala esta cláusula.

Hecho similar ocurre con el reconocimiento de incentivos por mejoras de la eficiencia de los equipos electro-hidro-mecánicos.

5. La Cláusula 12.3, establece ajustes al precio y cronograma de ejecución del contrato, debido a una aceleración en el cumplimiento de las obras sea por retrasos en la ejecución de los trabajos respecto del cronograma original o por razones de interés del contratante, aspecto que puede atentar contra la calidad de los trabajos programados.

treinta y dos


-35-
(Heintzen)

6. El contrato no establece multas a ser aplicadas en caso de incumplimiento del contratista, con montos que representen una sanción adecuada al tipo de proyecto en ejecución, sin embargo, si reconoce como lo señala la Cláusula 13, Daños Liquidados Bonos, que son indemnizaciones que reconocería el Contratista a la Contratante por retrasos en la entrega del proyecto o falta de eficiencia media ponderada en cada unidad de generación, previa determinación en laudo firme e inapelable (arbitraje, Cámara de Comercio de Quito).
7. Las garantías técnicas establecidas para los equipos son de 1 año, las cuales son limitadas para este tipo de proyectos.
9. No se ha previsto que la contratista, a su costo y durante el período de construcción, obtenga un seguro contra todo riesgo.
10. La Cláusula 16.5, considera retribución por diferenciales cambiarios, en consideración de la posibilidad de pagos al exterior, sin tomar en cuenta que, en virtud del contrato de crédito entre HIDROTOAPI S.A. y el FIMFEISEH, no es viable tal posibilidad.
11. La Cláusula 37.3 establece una renuncia de las partes por lucro cesante, daños indirectos, daños morales, daños a la imagen o daños consecuenciales, incluyendo, pérdida o disminución de ingresos, en clara controversia con disposiciones expresas del Código Civil Ecuatoriano; así como, por efecto de la Cláusula 5.3 del Contrato.

Lo señalado, permite establecer que el contrato de construcción, tal como se encuentra redactado, no es favorable a los intereses institucionales o del Estado Ecuatoriano, por cuanto no facilita la exigencia del cumplimiento en plazos, monto y especificaciones técnicas establecidas en el contrato, denotando más bien aspectos de protección exclusivos para la empresa contratista con los cuales se eluden

Heintzen y tres

(36-
Heintz y sus)

responsabilidades respecto de un Diseño Básico Referencial que ejecutó con información proporcionada por la institución a través del Diseño Básico. //

Al ser un contrato "llave en mano" (EPC), los estudios completos, diseños incluidos planos y cálculos, especificaciones generales y técnicas son de exclusiva responsabilidad de la empresa contratista.

CRITERIO DE LA ENTIDAD

Mediante oficio No. 297 – HTP 27 de octubre de 2008, el Prefecto de Pichincha, en calidad de Presidente y el Gerente de HIDROTOAPI S.A., expresan lo siguiente:

"SOBRE LA SEGUNDA CONCLUSIÓN:

"El Contrato, fue objeto de control de legalidad previa a la suscripción por parte de la Procuraduría General del Estado, materializada en las observaciones de esa institución que fueron debida y fielmente recogidas e incorporadas en el texto del Contrato.

TODAS LAS DISPOSICIONES CONTRACTUALES FUERON PACTADAS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PRIVADO Y CON UN OBJETO LÍCITO; Y, NINGUNA DE ELLAS CONTRAVIENE EL MARCO LEGAL APLICABLE, NI MUCHO MENOS CONTRAVIENE O AFECTA EL INTERÉS DEL ESTADO.

Sin perjuicio de lo anterior, revisemos las disposiciones del Artículo 1937 del Código Civil que contiene disposiciones especiales respecto de los "...contratos para construcción de edificios, celebrados con un empresario que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado...", y que sujeta a esos contratos, a las reglas siguientes:

"1a.- El empresario no podrá pedir aumento de precio, a pretexto de haber encarecido los jornales o los materiales, o de haberse hecho agregaciones o modificaciones en el plan primitivo; salvo que se haya ajustado un precio particular por dichas agregaciones o modificaciones;

2a.- Si circunstancias desconocidas, como un vicio oculto del suelo, ocasionaren costos que no pudieron preverse, deberá el empresario hacerse autorizar para ellos por el dueño; y si éste rehúsa, podrá ocurrir al juez para que decida si ha debido o no preverse el recargo de obra, y fije el aumento de precio que por esta razón corresponda;

Heintz y sus


37-
(treinta y siete)

3a.- Si el edificio perece o amenaza ruina, en todo o parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario. Si los materiales han sido suministrados por el dueño no habrá lugar a la responsabilidad del empresario sino en conformidad al Art. 1934, inciso final;

4a.- El recibo otorgado por el dueño, después de concluida la obra, sólo significa que el dueño la aprueba como exteriormente ajustada al plan y a las reglas del arte, y no exime al empresario de la responsabilidad que por el inciso precedente se le impone; y,

5a.- Si los artífices, empleados en la construcción del edificio, han contratado con el dueño directamente por sus respectivas pagas, se mirarán como contratistas independientes, y tendrán acción directa contra el dueño. Pero si han contratado con el empresario, no tendrán acción contra el dueño sino subsidiariamente, y hasta concurrencia de lo que éste deba al empresario..."

Como veremos más adelante, el Contrato preservó todas las reglas precedentes.

Sin perjuicio de las aclaraciones que hoy traemos a su conocimiento, consideramos igualmente importante poner en su conocimiento que, en virtud de los acontecimientos de dominio público suscitados con el contratista Odebrecht en el Proyecto Hidroeléctrico San Francisco, (eventos conocidos por Hidrotoapi solo meses después de suscrito el contrato aprobado por la Procuraduría General del Estado), como medidas de prudencia administrativa, Hidrotoapi propuso a la contratista una eventual renegociación de cláusulas contractuales (ANEXO 7) con conocimiento del Gobierno Nacional a través del señor Ministro de Electricidad y Energía Renovable, como Usted podrá verificar del -Acta del Directorio de Hidrotoapi de fecha 25 de Agosto de 2008- (posibilidad admitida por escrito por la Contratista ANEXO 8).

Sin embargo, la situación del Contratista en el entorno nacional se volvió inconveniente para Hidrotoapi, por lo cual, al momento se lleva a cabo un proceso de terminación de contrato por mutuo consentimiento que hasta el momento, ha avanzado en los términos expresados en el ANEXO 9.

En todo caso, el análisis que sustentó la citada conclusión, se intentó fundamentar en los siguientes criterios que, aclaramos de la siguiente forma:

2.2.1. EL CONTRATO CONTIENE CLAÚSULAS VÁLIDAS DENTRO DEL MARCO LEGAL, QUE GARANTIZAN LA INVERSIÓN EFECTUADA POR LA CONTRATANTE Y CUMPLEN LOS PROPÓSITOS DE PRECIO, PLAZO Y CALIDAD ESPERADOS EN OBRAS DE ESTAS CARACTERÍSTICAS

treinta y cinco

38
(treinta y ocho)

A) El Auditor no repara en el hecho de que todas las disposiciones del Contrato fueron pactadas en el ámbito del Derecho Privado y con un objeto lícito, por lo cual no era obligatorio, como no era prudente, restringir eventuales ajustes de plazo a eventos excepcionales de fuerza mayor; y, fundamenta equivocadamente su posición en una analogía con la Ley de Contratación Pública y su Reglamento que, como es de su conocimiento, no regulan la concesión de prórrogas de plazo; y, más importante aún, no regulan el Contrato.

Para plena comprensión, la mencionada Cláusula 8, aprobada como todas las demás del Contrato por la Procuraduría General del Estado, prevé que solo la Contratante, limitada a los casos que restrictivamente se señala, de acuerdo con la Cláusula 8.3., en virtud de la potestad exclusiva que asume contractualmente, con autorización de su máxima autoridad administrativa y contando con informe previo de la Fiscalización (debidamente sustentado y documentado) "...podrá prorrogar el plazo del contrato..." en los siguientes casos que revisamos uno a uno:

- "...a) Por fuerza mayor o caso fortuito, aceptado como tal por la Contratante, en los términos del Artículo 30 de la Codificación del Código Civil;..."

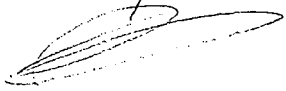
Esta es una razón obvia para que se llegue a autorizar una prórroga de plazo que, en condiciones usuales no hace beneficio para ninguna parte contractual en particular; ya que, anticipa simplemente salidas de orden legal para que las partes bien logren rescatar de hechos imprevistos la posibilidad de continuar su relación contractual y obtener sus resultados esperados, o bien, tengan una fórmula razonable y equitativa para salir del contrato. Más aún opera a favor de la Contratante; ya que, depende exclusivamente de su aceptación.

- "...b) Cuando la Contratante ordene la ejecución de trabajos adicionales o se produzcan aumentos de las cantidades de obras;..."

Debe comprenderse que el responsable principal por la ejecución del Proyecto Hidroeléctrico Toachi-Pilatón, es su concesionario; es decir, Hidrotoapi S.A.; la cual dentro de sus responsabilidades frente al Estado, es la llamada, dentro de su capacidad legal y limitada por la Ley, quien debe con la debida prudencia administrativa determinar, cuando fuere del caso, la ejecución de trabajos adicionales o, la aceptación u orden de aumentos de cantidades de obra. No debe perderse de vista que esta disposición, al igual que las demás contenidas en la cláusula, solo opera por prerrogativa de la Contratante, cuando a su satisfacción estos eventos fueren justificados, según la cláusula 8.1.

En todo caso, la cláusula no contraviene la Ley por estar amparada en el Derecho Privado, marco en el cual, simplemente no está prohibida.

Resultaría injusto y eventualmente lesivo a la honra de los presentes y los futuros administradores de Hidrotoapi, que se presuponga y prejuzgue que, por efecto de esta cláusula, "...la contratista se vería beneficiada ante la posibilidad de incrementar costos..."; ya que, debiendo presumirse la buena fe con la que todas las personas

Revisado y Sees


- 39 -
(treinta y nueve)

actúan, debe entenderse que esta cláusula consta del Contrato para cubrir igualmente necesidades imprevistas de las obras que, sin duda son distintas de la fuerza mayor; y que, en todo caso, son también prerrogativa de Hidrotoapi.

- "...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 a la Contratista;..."

Esta cláusula es necesaria para asegurar la continuidad de los trabajos comprometidos en las obras; ya que, anticipa a favor de la Contratante, la posibilidad de mantener en vigencia el Contrato incluso si se viera en la necesidad de realizar ajustes de tipo administrativo a su gestión en el Proyecto, sin caer en incumplimiento de contrato frente al Contratista; ya que, como se puede verificar del texto, la cláusula trata de dar remedio a situaciones eventualmente motivadas por el Contratante.

En todo caso, la cláusula no contraviene la Ley por estar amparada en el Derecho Privado, marco en el cual, simplemente no está prohibida.

- "...d) Por causas no imputables a la Contratista que hagan imposible que ésta continúe ejecutando el contrato, siempre que dicha suspensión no sea de aquellas ordenadas por la Fiscalización a la Contratista en ejercicio de sus funciones fiscalizadoras, por efecto de la defectuosa ejecución de las obras por la Contratista o por inobservancia de la Contratista a una instrucción emitida por la Fiscalización; y,..."

Esta cláusula de manera evidente sirve al interés de la Contratante; ya que, admitiendo la posibilidad de prórrogas por caso fortuito, no admite prórrogas a favor del contratista cuando la suspensión: (a) sea ordenada por la Fiscalización; (b) sea causada por defectuosa ejecución del contratista; o (c) sea ocasionada por inobservancia de instrucciones de la Fiscalización.

Sin perjuicio de lo anterior, esta cláusula tampoco contraviene la Ley por estar amparada en el Derecho Privado, marco en el cual, simplemente no está prohibida, por lo cual no causan perjuicio al Estado.

- "...e) Por retraso en el pago del anticipo y/o por retraso en el pago de las planillas de obra por más de sesenta días..."

Esta cláusula es válida; indistintamente de que no existiese una similar en el ámbito de los modelos de Documentos Precontractuales elaborados por la Contraloría General del Estado, en el Reglamento a la Ley de Contratación Pública o en la Ley de Contratación Pública. En esos ámbitos, la mora en el pago de las planillas de

treinta y siete

ejecución de obra no es considerada como causa de prórroga del plazo contractual, porque esta posibilidad no está contemplada legalmente; y, sin embargo, no existe norma de Derecho Privado, único marco legal aplicable al Contrato que la prohíba; por lo cual, está permitida.

B) El número 2 de la quinta página de la comunicación de resultados provisionales señala: "2. La cláusula 9.- Trabajos Adicionales y Complementarios, deja abierta la posibilidad para que a través de contratos complementarios, se pueda modificar el precio fijo establecido en el contrato de construcción, más aún cuando se establece que de acuerdo con este contrato, la contratista no es responsable por el Diseño Básico ni por las informaciones topográficas, sedimentológicas, geológico-geotécnicas, hidrológicas y otras contenidas en el Diseño Básico, empleadas para su actualización y obtención del Diseño Básico Referencial...".

En nuestra comprensión de la posición antes transcrita, el Auditor en realidad se refiere a las sub-cláusulas 9.1. y 9.5. de la Cláusula 9 que, a continuación comentamos:

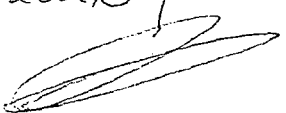
La Cláusula 9.1., permite que en el caso que fuere "...necesario ampliar, modificar o complementar la obra materia de este contrato, debido a causas imprevistas o técnicas presentadas en su ejecución, la Contratante podrá celebrar contratos complementarios con el mismo Contratista, con la finalidad de atender esa necesidad. El precio y el plazo será acordado entre las partes..."

LOS CONTRATOS COMPLEMENTARIOS, CUMPLEN UNA FUNCIÓN ESENCIAL EN EL MARCO DE LA SEGURIDAD CONTRACTUAL, PUES INCLUSO DENTRO DEL MARCO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA QUE POR DEMÁS ESTÁ RECORDARLO, NO ES EL MARCO LEGAL APLICABLE AL CONTRATO, EXISTEN Y SE APLICAN, PARA ASEGURAR EL OBJETO CONTRACTUAL.

Al igual que aquellas disposiciones previamente comentadas en la letra A) anterior, estas disposiciones tampoco contravienen la Ley por estar amparadas en el Derecho Privado, marco en el cual, simplemente no están prohibidas. Más aún, buscan atender eventuales necesidades de aseguramiento de los objetivos contractuales, bajo prerrogativa de la Contratante, siempre; y, previo pacto de precio y plazo entre las Partes.

Nuevamente, esta es una disposición prudente y razonable y no contraviene el interés público. No cabe prejuzgar actos no cometidos por las personas, por lo cual, no podemos anticipar si en el futuro, otros administradores del Toachi-Pilatón pudieran hacer mal uso del Contrato, sin embargo, no podemos presuponerlo.

De otro lado, la Cláusula 9.5., efectivamente señala que la Contratista no es responsable por el Diseño Básico ni por las informaciones topográficas, sedimentológicas, geológico-geotécnicas, hidrológicas y otras contenidas en el Diseño Básico, empleadas para su actualización y que resultó en el Diseño Básico Referencial, lo cual concuerda con las definiciones de glosario del Contrato que definen lo siguiente:

trabaja y odoo


- H) -
(ver el y 000)

"Diseño Básico.- Diseño elaborado por entidades del Estado Ecuatoriano para el Proyecto Hidroeléctrico Toachi-Pilatón, sea directamente o través de terceros, que el HCPP ha entregado a Hidrotoapi S.A. y ésta al Primer Proponente para elaboración de su propuesta."

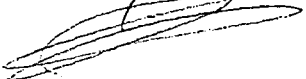
"Diseño Básico Referencial.- Es la actualización del Diseño Básico desarrollada por el Socio Estratégico y presentado junto con la Propuesta Adjudicataria y aceptada por Hidrotoapi S.A., de acuerdo a las informaciones topográficas, sedimentológicas, geológico-geotécnicas, hidrológicas y otras contenidas en el Diseño Básico, sin perjuicio de la responsabilidad del HCPP por dichas informaciones y por el Diseño Básico."

Otra vez, es necesario recordar que todas las disposiciones del Contrato fueron pactadas en el ámbito del Derecho Privado. En este ámbito, es razonable que el contratista se haga responsable por el Diseño Básico Referencial generado por el mismo, y, sin embargo, a partir de la intención del propietario, en este caso Hidrotoapi, de que se ejecute el proyecto en base de la información de su Diseño Básico, es razonable que sobre condición de acuerdo previo entre las Partes, se reconozca que el contratista no es responsable por "...informaciones topográficas, sedimentológicas, geológico-geotécnicas, hidrológicas y otras contenidas en el Diseño Básico...", no generado por él, sino dispuesto por el Contratante.

Hemos de señalar que Hidrotoapi no suministra al contratista una ingeniería de detalle para la ejecución de la obra, sino que le provee del Diseño Básico exclusivamente, por lo cual, es por demás razonable suponer que podrían existir informaciones esencialmente desactualizadas que, durante el detallamiento de la ingeniería y propiamente durante la ejecución de las obras, serán objeto de precisión por parte del contratista para asegurar los resultados del Contrato; lo cual definitivamente beneficiará al propietario; es decir, a Hidrotoapi, en los resultados finales de las obras, la cual, en todo caso, mantiene siempre a su favor, la prerrogativa de generar o no, modificaciones a los diseños.

Para mayor claridad, es necesario conocer que la Cláusula 3.1. del Contrato dispone que los términos del contrato deben interpretarse en un sentido literal, en el contexto del mismo, y cuyo objeto revela claramente la intención de los contratantes; siendo que "...en su falta o insuficiencia se aplicarán las normas contenidas en el Título XIII del Libro IV del Código Civil, De la Interpretación de los Contratos..."

En la Cláusula 19.2 la Contratista "...declara que conoce razonablemente el Diseño y las informaciones, geológico/geotécnicas, topográficas, sedimentológicas, meteorológicas e hidrológicas contenidas en el Diseño Básico las cuales fueran suministradas por la Contratante..."; y, a continuación y en el sentido acordado en las definiciones, "... las Partes reconocen y aceptan que la Contratista no es responsable por el Diseño Básico..."; solo por el Diseño Básico; por lo cual, sin contravención a ninguna norma, se conviene en que la Contratista tendrá derecho a ajustes en el Precio del Contrato en caso de cualquier variación dispuesta por la Contratante y que no pudo haber sido razonablemente prevista por la Contratista al elaborar el Diseño Básico Referencial, considerando que este se elabora a partir del Diseño Básico.

recuerda y conoce


- 42 -
(correcto y dos)

De esta forma queda explicado que las disposiciones citadas tienen un espíritu definido, que no se presta a confusión; el Contratista no es responsable por el Diseño Básico, cuanto si lo es por el Diseño Básico Referencial, sin perjuicio de que quepan variaciones al mismo que a su voluntad, pueda llegar a disponer Hidrotoapi.

C) Sin perjuicio de la claridad de las disposiciones antes citadas, hemos identificado como un lapsus, que no altera en el fondo ninguna de las relaciones contractuales, a la referencia que acertadamente hace el Auditor respecto del último párrafo de la Cláusula 42; ya que, vista la intención de las partes en el contrato, en esa cláusula, donde se lee "Diseño Básico Referencial", debe entenderse "Diseño Básico" exclusivamente; ya que, por la misma definición otorgada a los "Diseños", resultaría absurdo entender que la cláusula se refiere en el párrafo señalado, al Diseño Básico Referencial; así, la intención de los contratantes era que la cláusula se lea de la siguiente forma:

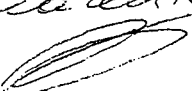
"...Además las Partes acuerdan que la Contratante es la única responsable por eventuales errores, imprecisiones u omisiones contenidas en el Diseño Básico ~~Referencial~~ y los eventuales errores, imprecisiones u omisiones que resulten de ello..." (el tachado corresponde al documento)

Respecto del comentario que señala al final de la quinta página de la comunicación de la referencia que *"...Es de anotar que el diseño Básico Referencial, fue ejecutado y es de responsabilidad total del contratista, por lo tanto no es aplicable la justificación prevista en el contrato para el caso de que el contratista no alcance la eficiencia media ponderada para cada Unidad de Generación, si este es originado por variaciones de carácter hidrológico, sedimentológico, geológico entre otros (Cláusula 13.3.3.)..."*, debemos comentar que, primero, no existe cláusula 13.3.3 en el Contrato; segundo, toda la Cláusula 13 se refiere a "Daños Liquidados-Bonos"; y, en ese contexto, en la Cláusula 13.2.2, dispone que la Contratista no pagará Daños Liquidados si no alcanza la eficiencia media ponderada garantizada, por efecto de un evento de Fuerza Mayor; o, por variaciones de carácter hidrológico, sedimentológico, geológico, entre otros, que no fueren imputables directa y únicamente a la Contratista; es decir, en la misma línea de criterio expresada en la Cláusula 28 de Fuerza Mayor.

D) El número 4 de la sexta página de la comunicación de resultados provisionales señala: *"...En la cláusula 10.- Alternativas, Cambios o Mejoras en el Diseño Básico Referencial, se incluye la posibilidad de disponer y efectuar cambios o mejoras al Diseño Básico Referencial, con reconocimiento de incentivos del 50% del valor que se ahorraría.*

Lo señalado, podría establecer que el Diseño Básico Referencial, pudo ser realizado sin que se apliquen las técnicas adecuadas, profesionales y suficientes, ya que este diseño puede ser mejorado como lo señala esta cláusula..."

Bien señala el Auditor que, la cláusula se refiere a *"...la posibilidad de disponer y efectuar cambios o mejoras al Diseño Básico Referencial..."*; no admite obligatoriedad de las mismas. (el subrayado es nuestro).

correcto


43 -
(correcto y tres)

Al igual que otras disposiciones previamente comentadas, estas disposiciones tampoco contravienen la Ley por estar amparadas en el Derecho Privado, marco en el cual, simplemente no están prohibidas.

Más aún, buscan atender eventuales necesidades de aseguramiento de los objetivos contractuales, bajo prerrogativa de la Contratante.

Adicionalmente, esta es una disposición prudente y razonable y no contraviene el interés público.

Adicionalmente, en nuestra opinión, todo arte humano y en especial la Ingeniería es susceptible de mejora.

E) El número 5 de la sexta página de la comunicación de resultados provisionales señala: "...La cláusula 12.3, establece ajustes al precio y cronograma de ejecución del contrato, debido a una aceleración en el cumplimiento de las obras sea por retrasos en la ejecución de los trabajos respecto del cronograma original o por razones de interés del contratante, aspecto que puede atentar contra la calidad de los trabajos programados..."

La aceleración sugerida solo opera por acuerdo previo entre las Partes, por lo cual, es una prerrogativa de Hidrotoapi su aplicación. No hay liberalidad del contratista, como puede apreciarse, por lo cual el interés institucional está protegido.

F) El número 6 de la sexta página de la comunicación de resultados provisionales señala: "...El contrato no establece multas a ser aplicadas en caso de incumplimiento del contratista, con montos que representen una sanción adecuada al tipo de proyecto en ejecución, sin embargo, sí reconoce como lo señala la cláusula 13, Daños Liquidados bonos, que son indemnizaciones que reconocería el contratista a la contratante por retrasos en la entrega del proyecto o falta de eficiencia media ponderada en cada unidad de generación, previa determinación en laudo firme e inapelable (arbitraje, Cámara de Comercio de Quito)..."

La Cláusula de Daños Liquidados-Bonos, implica un acuerdo de pago por la Contratista a favor de Hidrotoapi, a título de indemnización pre-establecida ("Daños Liquidados"), que se determinará puntualmente en cada caso, previa determinación en laudo firme e inapelable según la fórmula de resolución de controversias en sede arbitral, del Contrato.

Una cláusula de multas como la que parecería esperar ver el Auditor, no es una cláusula obligatoria; y, el negocio de Hidrotoapi no es la recolección de multas.

Hecho, el espíritu comercial de los Daños Liquidados, no es punitivo; y, más bien sea estructurado para generar un incentivo de cumplimiento sobre el contratista.

Guillermo J. Cueva

- AN-
(warrant y contrato)

La Cláusula es legal dentro del marco aplicable al Contrato, esto es el marco del Derecho Privado.

G) El número 7 de la sexta página de la comunicación de resultados provisionales señala: "...Las garantías técnicas establecidas para los equipos son de 1 año, las cuales son limitadas para este tipo de proyectos..."

En efecto hay casos, sobretudo en otros países, en los que se conoce, se ha logrado garantías de este tipo, por periodos de hasta cinco años sobre obras civiles y de hasta 3 años en equipamiento electro-hidro-mecánico; sin embargo, no son muy comunes. Sin duda garantías por plazos mayores serían deseables pero, la factibilidad real de obtenerlas, varía mucho dependiendo de las condiciones globales de mercado de la industria. No consideramos por lo tanto que, sin más consideraciones de orden fáctico, pueda afirmarse que para Toachi-Pilatón, estuviesen disponibles garantías por periodos mucho mayores.

Cabe señalar que en otros contratos de construcción de proyectos hidroeléctricos en el país, como es el caso del Proyecto Mazar, las garantías técnicas son de 2 años.

En todo caso, la disposición contractual no contraviene normas expresas y al ser convención de orden privado, es legítima y legal.

H) El número 8 de la sexta página de la comunicación de resultados provisionales señala: "...No se establece una garantía para la operación del proyecto por lo menos durante un tiempo de 10 años, en función a lo que prevé el Código Civil Ecuatoriano, por daños ocultos en el proceso constructivo..."

Entendemos que el Auditor se refiere al Artículo 1937 del Código Civil, según el cual "...Los contratos para construcción de edificios, celebrados con un empresario que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado, se sujetan, además, a las reglas siguientes:...

3a.- Si el edificio perece o amenaza ruina, en todo o parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario...". Como puede apreciarse de la lectura de la Ley, la misma no se refiere, no establece y no impone el otorgamiento de una garantía de operación por 10 años. La norma simplemente manda que el contratante tiene el derecho de reclamar hasta 10 años después de recibir la obra, en caso de que la obra, durante ese tiempo, pereziese o amenazase ruina, en todo o parte.

Sin perjuicio de lo antes dicho, la Cláusula 5.3 claramente señala que "...Sin perjuicio de lo señalado en la presente cláusula y en el presente Contrato, la Contratista está obligada a cumplir con cualquier otra responsabilidad que se derive natural y legalmente del objeto del Contrato y pueda ser exigible por constar en cualquier documento del mismo o en las Leyes Aplicables..."; es decir, incluido el derecho concedido a Hidrotoapi por la regla tercera del Artículo 1937 del Código Civil, antes mencionado.

Warrant y contrato

- 45 -
(cuarenta y cinco)

Como es además evidente, esta disposición no contraviene el orden interno, no perjudica los intereses del Estado y ha sido válidamente celebrada, sin favorecer a la contratista.

I) El número 9 de la sexta página de la comunicación de resultados provisionales señala: "...No se ha previsto que la contratista, a su costo y durante el periodo de construcción, obtenga un seguro contra todo riesgo...".

En efecto la Contratista ha mantenido a su costo su seguro de todo riesgo mientras se mantuvo la ejecución de las obras; y, de haberse dado una renegociación de términos contractuales, Hidrotoapi aspiraba a que, la contratista la traspasase a su nombre; sin embargo de que no se realizó este pacto originalmente.

Sin perjuicio de lo anterior, es de señalar que la obligación concesional de Hidrotoapi era mantener durante la ejecución de las obras, un seguro contra terceros, en el ámbito de la regulación de seguros del Consejo Nacional de Electricidad.

J) El número 10 de la sexta página de la comunicación de resultados provisionales señala: "...La cláusula 16.5. considera retribución por diferenciales, en consideración de la posibilidad de pagos al exterior, sin tomar en cuenta que; en virtud del contrato de crédito entre HIDROTOAPI S.A. y el FIMFEISEH, no es viable tal posibilidad...".

La Cláusula 16.5. del Contrato "Pagos en el Exterior" prevé que todos y cada uno de los pagos realizados en el exterior serán efectuados por la Contratante emitiendo una orden de desembolso contra el Crédito o Créditos obtenidos por la Contratante, hasta el límite que éstos permitan para cada pago y en las monedas estipuladas en los mismos. Cualquier eventual saldo o contrapartida local será siempre pagado a la Contratista en Dólares de los Estados Unidos de América, en el Ecuador. La Contratante reconocerá a la Contratista, posibles diferenciales cambiarios incurridos por la conversión de las monedas de pago, para equilibrar su utilización con respecto a la moneda del precio del contrato.

El contrato de préstamo suscrito entre el FIMFEISEH a través del Banco Central del Ecuador con Hidrotoapi, contiene tres rubros o componentes, entre los cuales no existen pagos al exterior. Es de entender que a diferencia del Contrato, el préstamo es una relación de orden administrativo (Derecho Público), por lo cual sin que se hubiesen previsto pagos al exterior de manera explícita, los mismos simplemente no son posibles. No entendemos la razón por la

cuarenta y tres

- 46 -
(cuarenta y seis)

En el momento de la aprobación del Contrato ante la Procuraduría General del Estado, esa institución, no dispuso la eliminación de esta cláusula.

El pacto contractual de reconocimiento de diferenciales cambiarios, en el caso que nos ocupa, solo es aplicable a pagos al exterior por concepto de pago de créditos contratados por Hidrotoapi en monedas distintas del Dólar de los Estados Unidos de Norteamérica; ya que, como queda demostrado, no están previstos en el único préstamo concedido a Hidrotoapi, pagos al exterior.

Así, las disposiciones contractuales sobre diferenciales cambiarios, no afectan el interés de Hidrotoapi, ni el del Estado; ya que, la Cláusula 16.5 que habla de esta condición, lo hace presuponiendo la posibilidad de pagos al exterior, sin tomar en cuenta que, en virtud del contrato de crédito entre Hidrotoapi y el FIMFEISEH, no existe tal posibilidad. Esta cláusula podría retirarse por no tener aplicación material.

K) El número 11 de la sexta página de la comunicación de resultados provisionales señala: "...La Cláusula 37.3 establece una renuncia de las partes por lucro cesante, daños indirectos, daños morales, daños a la imagen o daños consecuenciales, incluyendo, pérdida o disminución de ingresos, en clara controversia con disposiciones expresas del Código Civil Ecuatoriano; así como, por efecto de la cláusula 5.3 del Contrato...".

Es válida la observación del Auditor, en tanto menciona a la Cláusula 5.3.; sin embargo, cabe hacer la puntualización de que la misma, por la estructura de su redacción es cláusula especial que prevalece sobre la 37.3.

Por lo expuesto, la Cláusula 37.3 no afecta el interés de Hidrotoapi, ni el del Estado; ya que, en virtud de las provisiones expresas del Código Civil Ecuatoriano, respecto de la indemnización de daños y perjuicios, prevista en su Libro IV; así como, por efecto de la Cláusula 5.3 del Contrato que le dota de plena exigibilidad, Hidrotoapi siempre tendrá derecho a exigir este tipo de compensación, en todos los casos en que se lo permita la Ley.

Con fundamento en lo expuesto, se establece que la conclusión que consta en la comunicación de resultados provisionales es improcedente."

cuarenta y cuatro



- 47 -
(cuerpo y siete)

CRITERIO DEL EQUIPO DE CONTROL

Se modifica el comentario de la Comunicación Provisional de Resultados en el sentido de señalarlo como un hecho de carácter informativo dado el alcance de esta nueva evaluación.

Por otra parte, los hechos relatados en el oficio enviado por la institución y que tienen relación con el contenido de las estipulaciones contractuales, no aportan más elementos de juicio a las analizadas, por lo tanto se mantienen los hechos desarrollados por el equipo de control. Sin embargo como se expresa en este oficio dichas cláusulas fueron analizadas y aprobadas por la Procuraduría General del Estado, previo a la emisión del informe favorable emitido para la suscripción de este contrato.

1.7.5 AVANCE DE OBRA Y CUMPLIMIENTO DE PLAZOS

De conformidad con la Cláusula 12, el plazo para la conclusión sustancial previo a su operación comercial, es de 48 meses a partir de la fecha de inicio de la construcción.

Este plazo no ha iniciado en consideración de que no se cumple con lo previsto en la cláusula 6 del contrato, relacionada con la fecha efectiva y fecha de inicio de la construcción.

A la fecha de corte de la presente evaluación, la empresa contratista, se encuentra realizando trabajos parciales autorizados por HIDROTOAPI S.A., para la ejecución de accesos a las presas, como lo establece la Cláusula 6.3 que señala:

"6.3 Sin embargo, por razones de interés de la Contratante y aceptadas por el Contratista, la Contratante podrá autorizar el inicio anticipado, parcial o total de ciertas partes de las obras antes del cumplimiento de las condiciones anteriormente citadas. La

uno cent y cinco

-48-
(correcto y ocho)

Fecha de Inicio de la Construcción seguirá siendo la fecha en que hayan tenido lugar los hechos descritos en el numeral 6.2.1 anterior."

Ante lo señalado, el plazo contractual no ha iniciado, por lo tanto no se puede evaluar de conformidad con el cronograma valorado de trabajos, el avance del mismo.

cuarenta y seis



-49-
(ver en el anexo)

CAPITULO II

COMENTARIOS Y CONCLUSIONES

- 2.1. El pago del anticipo contractual se lo efectúa antes de la fecha de inicio de la construcción.

Mediante AUTORIZACIÓN DE PAGO FIDEICOMISO TOACHI PILATÓN, No. 003-2008 de 5 de marzo del 2008, HIDROTOAPI S.A., la empresa contratante dispone el pago a favor de la empresa contratista por concepto de anticipo, la cantidad de USD 109 800 000.00, equivalente al 30% del monto contractual.

El 17 de abril, mediante AUTORIZACION DE PAGO FIDEICOMISO TOACHI PILATÓN, No. 008-2008, se dispone el pago de USD 2 387 214.14, por concepto de reajuste del anticipo.

La Cláusula 16, referente al pago por anticipo, expresa:

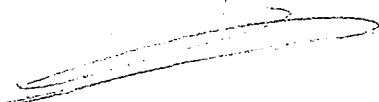
"16.2. ANTICIPO

16.2.1. El anticipo, en un monto equivalente al 30% del precio del Contrato será pagado a la recepción de la Orden de Inicio y contra entrega de la correspondiente Garantía del Buen Uso del Anticipo."

La Cláusula 6.2, relacionada con la fecha de inicio de la construcción, dice:

"6.2.1 La contratista iniciará y procederá diligentemente con las obras, comenzando en la fecha en que cada una de las condiciones abajo indicadas habrá sido cumplida a satisfacción, o renunciada por escrito, por la Parte o partes para cuyo beneficio resulta dicha condición (la "Fecha de Inicio de la Construcción"):

(a) que haya ocurrido la Fecha Efectiva.

cuarenta y siete


-30-
(conveniente)

(b) Que la Contratante haya emitido a la Contratista una notificación u orden de proceder especificando la fecha para dar inicio a las obras, la cual será emitida en hasta treinta (30) días calendario contados de la Fecha Efectiva."

Hasta la fecha de corte del examen especial, esto es el 15 de septiembre de 2008, se encuentran en ejecución, solamente trabajos preliminares relacionados con los accesos a las obras de las presas, túneles etc., por lo tanto, han transcurrido 7 meses desde la fecha de cancelación del anticipo, sin embargo no se ha dispuesto la Orden de Inicio de los trabajos, por lo que se establece que la suma de USD 112 187 214.14, fue cancelada incumpliendo disposiciones del contrato de construcción.

Conclusión

El Directorio de HIDROTOAPI S.A., dispone el pago del anticipo contractual de conformidad con el valor de las garantías entregadas por la empresa contratista, antes de la emisión de la orden de inicio de la construcción, lo que da lugar a que esta empresa mantenga en su poder desde el 5 de marzo del 2008, esto es por aproximadamente 7 meses, la cantidad de USD 112 187 214.14.

CRITERIO DE LA INSTITUCIÓN

Mediante oficio No. 297 – HTP 27 de octubre de 2008, el Prefecto de Pichincha, en calidad de Presidente y el Gerente de HIDROTOAPI S.A., expresan lo siguiente:

"EL PAGO DEL ANTICIPO CONTRACTUAL SE EFECTUÓ CON CAUSA LEGAL Y EN BENEFICIO DE HIDROTOAPI, DE LA PROVINCIA Y DEL PAÍS.

La ejecución del Proyecto Hidroeléctrico Toachi-Pilatón, no se reduce a la ejecución del Contrato de Construcción, sino que abarca la gestión bajo el régimen concesional eléctrico, la gestión ambiental y comunitaria del desarrollo en su entorno; todo ello soportado por su estructura financiera.

Así, el proyecto está formado de 4 contratos principales; uno de concesión; uno de construcción; uno de préstamo y una licencia ambiental que, interactúan unos con otros; y sin cuya interacción e interdependencia a

conveniente y poder

-81-
(anexo y no)

nivel de obligaciones recíprocas, no sería viable la ejecución del Proyecto; de hecho puede decirse que la naturaleza de estos contratos subyace en su interdependencia.

El Artículo 1562 del Código Civil, prevé que "...Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella...".

Al definir al Financiamiento del Proyecto, el Contrato de Construcción, dice que "...se encuentra financiado en su totalidad, con recursos provenientes del crédito otorgado por el COFEISEH a HIDROTOAPI S.A..."; definición que genera el vínculo entre el Contrato de Préstamo y el de Construcción, siendo que la vida del segundo depende inevitablemente de la eficiente y oportuna gestión del primero; ya que, sin flujo financiero, es imposible la ejecución de las obras.

El Contrato de Préstamo Toachi-Pilatón, en su Cláusula Tercera "Disponibilidad del Crédito", señala que los recursos serán desembolsados parcialmente en tres componentes:

- a) Componente 1: Centrales Hidroeléctricas Funcionando.
- b) Componente 2: Plan de Manejo Ambiental y Desarrollo Sustentable.
- c) Componente 3: Administración, Operación, Monitoreo y Evaluación del Proyecto.

El primer desembolso para el Componente 1, según la Cláusula 3.1. del Contrato de Préstamo "...se efectuará una vez suscrito el Contrato de Construcción del PROYECTO, cuyo anticipo no excederá el 30% del monto del citado contrato, previo a la entrega por parte del constructor de las correspondientes garantías de fiel cumplimiento del contrato y del anticipo de los recursos, que se incorporarán al patrimonio autónomo del FIDEICOMISO TOACHI-PILATÓN. Los demás desembolsos se efectuarán anticipadamente de forma trimestral de acuerdo al cronograma proyectado de avance de obra...".

DEBEMOS INDICAR POR OTRO LADO QUE, RESPECTO DE LA CONCLUSIÓN COMENTADA, NO EXISTE PERJUICIO ECONÓMICO ALGUNO PARA HIDROTOAPI, NI PARA EL CONSEJO PROVINCIAL DE PICHINCHA, PUES TODO ANTICIPO ENTREGADO SE ENCUENTRA RESPALDADO EN GARANTÍAS DE BUEN USO DE ANTICIPO Y FIEL CUMPLIMIENTO DE CONTRATO

anexo y no



-52-
(anexo y dos)

POLIZAS DE SEGURO**A.I.G. METROPOLITANA CIA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.**

Vigencia Documento		Póliza N°	Seguro	Asegurado	Valor US\$.
Desde	Hasta				
04.03.2008	04.03.2012	50014	Buen Uso Anticipo	250588 Hidrotoapi S.A	2,387,214.14
04.03.2008	04.03.2012	50014	Buen Uso Anticipo	250588 Hidrotoapi S.A	109,800,000.00
Total Póliza Buen Uso de Anticipo					112.187.214,14
17.06.2008	17.12.2012	50044	Fiel Cumplimiento de contrato	250588 Hidrotoapi S.A	23,790,000.00
Total Póliza Fiel Cumplimiento de contrato					23,790,000.00

ESTAS GARANTIAS SON IRREVOCABLES Y DE COBRO INMEDIATO POR LO QUE LOS FONDOS ENTREGADOS ESTÁN ASEGURADOS HASTA EL 4 DE ABRIL DE 2012. POR LO TANTO SE PUEDE EXIGIR LA EJECUCION DEL ANTICIPO ENTREGADO.

Con fecha 31 de enero de 2008, la Gerencia General de Hidrotoapi se dirigió al Administrador Fiduciario del FIMFEISEH mediante oficio N° 10-HYDRO-2008 solicitándole el desembolso de US\$3,916,500.00, correspondiente a la partida 1.1.1 Anticipo, recursos destinados a cubrir los siguientes rubros: 1.5 Proyecto Ejecutivo (Ingeniería de Detalle); 1.7 Movilización/Desmovilización; 1.8 Costo de Importación/Exportación de Equipos; y, 1.9 Central de Generación de Emergencia (Equipos e instalación). Al respecto, el Fiduciario informó a Hidrotoapi, mediante oficio ADMFID-048-2008-0800499 de 6 de febrero de 2008 que, el cronograma de desembolsos del Contrato de Préstamo "...no contempla el monto indicado para los rubros..." solicitados, por lo cual no podría atender la petición de anticipo por los montos señalados.

Sin embargo, el mismo fiduciario, citando la antes mencionada Cláusula 3 del Contrato de Préstamo, manifestó que "...el primer desembolso correspondiente al componente 1, Centrales Hidroeléctricas Funcionando se efectuará una vez suscrito el CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN DEL PROYECTO, cuyo anticipo no podrá exceder el 30% del monto del citado contrato, previo a la entrega por parte del constructor de las correspondientes garantías de fiel cumplimiento del contrato y del anticipo...".

La inminente terminación del estudio de impacto ambiental de las vías de acceso del Proyecto y la obtención de la correspondiente licencia provisional, obligaba a Hidrotoapi S.A. en el mes de Febrero de 2008, a buscar la

forma de anticipar recursos al Contratista para la ejecución de estas obras preliminares que permitirían en el largo plazo la reducción del cronograma original de construcción del Proyecto.

La respuesta del Banco Central confirmaba que la única manera de obtener recursos del Componente 1 del Contrato de Financiamiento, era mediante la solicitud del anticipo total del Proyecto a través de la emisión de la respectiva Garantía de Buen Uso. Ante esta salvedad el Directorio buscó la forma de recibir el total del anticipo pero solamente entregar anticipos parciales al Contratista conforme lo demuestra el Acta de Directorio del 15 de Febrero de 2008 (ANEXO 10).

El Contratista por su parte exigió que se le reconozcan los rendimientos financieros que genere este anticipo dado que él había incurrido en el gasto de contratación de la Garantía de Buen Uso por el total del anticipo. La CFN, fiduciaria del Fideicomiso Toachi Pilatón, consideró que no podía entregar estos rendimientos financieros al Contratista ya que de acuerdo al Contrato de Fideicomiso estos recursos pertenecían al patrimonio del Fideicomiso.

Ante esta negativa se analizaron los beneficios adicionales que podría producir para el Proyecto el pago del total del anticipo, como son el asegurar el flujo de recursos previstos en el cronograma de desembolsos para el primer trimestre de ejecución del Proyecto, dado que el cambio regulatorio que estaba generando la Asamblea Nacional en ese momento, al suprimir el FEISEH, generaría un lapso importante de tiempo (6 meses al menos) en los cuales no se iba a poder recibir los recursos del crédito. Cabe mencionar que efectivamente esto sucedió en todos los proyectos hidroeléctricos que esperaban recibir recursos del FEISEH, los cuales hasta la fecha no han podido suscribir los nuevos contratos de financiamiento, con excepción del Proyecto Mazar que lo suscribió hace unos días.

Asimismo se analizó los beneficios que para Hidrotoapi podría implicar la fijación del reajuste sobre el anticipo que se produciría en caso de lograrse viabilidad a la entrega del valor total del anticipo contractual. El 26 de febrero de 2008, la Gerencia Administrativa-Financiera de Hidrotoapi, mediante Memorando N° 017 - GAF - 2008, adjunto como ANEXO 11, por pedido del Gerente General presentó sus estimaciones al respecto.

Este informe demostró el potencial de ahorro que para Hidrotoapi representaría el pago del anticipo completo, por efecto de la fijación de su valor total en el precio del contrato, con el objeto de eliminar al menos en su proporción, la exposición a inflación de la compañía, por traslado de ese riesgo al contratista.

El 3 de marzo de 2008, el Gerente General llevó al Directorio la información recabada de la Gerencia Administrativa-Financiera y solicitó además la opinión del abogado asesor de la compañía respecto de la necesidad y conveniencia de llevar a cabo una entrega del 100% del anticipo contractual, expuesta en la misma fecha al Directorio que, por considerarlo adecuado a los intereses de la compañía, resolvió la entrega del 100% del anticipo a la contratista.

anexo y tres

-54-
(unavecto y azito)

De otro lado, el Artículo 1581 del Código Civil señala que "...Cuando en un contrato se ha expresado un caso para explicar la obligación, no se entenderá por sólo eso haberse querido restringir la convención a ese caso, excluyendo los otros a que naturalmente se extienda...".

La Cláusula 16.2.1. íntegramente revisada, al referirse al caso que nos ocupa; esto es un caso de "Inicio Parcial", permite que Hidrotoapi entregue un anticipo por el valor de la parte iniciada parcialmente o por un valor incluso mayor, proveniente del valor de "...MÁS PARTES DE LAS OBRAS..."; como efectivamente sucedió, cuando se entregó un anticipo y se recibió una garantía de buen uso de anticipo, por el 100% del valor de las obras; es decir, por un valor superior al de las obras iniciadas; o en otras palabras, por más partes de las obras, distintas de aquellas cuyo inicio se ordenó.

En otras palabras, la cláusula no debe entenderse como limitativa; ya que, de por la naturaleza del Contrato, era previsible la posibilidad de realizar la entrega del anticipo del modo en que se ejecutó, con el objeto de asegurar su cumplimiento, en concordancia con su base financiera, cual era el Contrato de Préstamo.

En concordancia con y como base de viabilidad legal de lo antes señalado, la Cláusula 6.3. del Contrato permite el inicio anticipado parcial total de ciertas partes de las Obras antes del cumplimiento de las condiciones aplicables a la formación de la Fecha de Inicio contractual, de la siguiente forma: 6.3 "... por razones de INTERÉS DE LA CONTRATANTE y aceptadas por el Contratista, la Contratante podrá autorizar el inicio anticipado, parcial o total de ciertas partes de las obras antes del cumplimiento de las condiciones anteriormente citadas..."; un interés razonado financieramente por la Gerencia de Hidrotoapi: y, del cual se pudo aprovechar en beneficio de la compañía, de su accionista y del país, gracias a la oportuna decisión administrativa adoptada por el Directorio de la empresa, que está además, plenamente justificada.

Adicionalmente y sin perjuicio de los argumentos previamente expuestos, es imprescindible dejar en claro que, NO EXISTE PERJUICIO ALGUNO PARA EL ESTADO, por las siguientes razones:

La decisión administrativa que dentro del marco contractual, como queda demostrado, asumió el Directorio de Hidrotoapi, de entregar el 100% del anticipo, en marzo 3 de 2008, de acuerdo con el crecimiento de los índices igualmente contractuales, generó un ahorro real a favor de Hidrotoapi y del Proyecto Hidroeléctrico Toachi-Pilátón, de US\$.14,067,793.87 (ANEXO 12) hasta el inicio de Septiembre de 2008, previsto que:

- No debe interpretarse la Cláusula 16.2.1., restringiéndola al único caso de la emisión de la orden de inicio, pues no se ha querido restringir la condición a ese caso; previsto que el contrato de financiamiento que también forma parte de las normas aplicables a la ejecución del contrato, y expresamente permite la entrega del anticipo contra la entrega de la correspondiente garantía de buen uso de anticipo; con lo cual Hidrotoapi alcanza un beneficio financiero a favor de sus intereses, por reducción del precio total de construcción, por efecto

unavecto y azito

- 55 -
(Cinco y cinco)

de la fijación del reajuste del anticipo, solo hasta septiembre de 2008, por la suma de US\$.14,067,793.87 que, además conlleva haber trasladado el riesgo inflacionario al contratista.

De otro lado, el inicio parcial de obras, permitía además acelerar los cronogramas totales de gestión de la construcción de la obra, produciendo para Hidrotoapi una oportuna entrada en operación del proyecto e incluso la posibilidad de una entrada anticipada a operación comercial.

Con esto hemos demostrado que la decisión más acertada respecto de la entrega del anticipo, fue la asumida por Hidrotoapi S.A. a través de su Directorio.

Sin perjuicio de lo que dejamos demostrado, previsto que Constructora Norberto Odebrecht ya no continúa prestando servicios como constructor de las obras del proyecto desde el viernes 17 de octubre de 2008, HIDROTOAPI se encuentra en proceso de obtener la devolución de los valores entregados en anticipo, más los correspondientes rendimientos financieros; lo cual está previsto dentro del marco de la terminación contractual de mutuo acuerdo que hemos iniciado y que esperamos culmine exitosamente en 20 días de trabajo, más desde esta fecha, aproximadamente.

CRITERIO DEL EQUIPO DE CONTROL

Lo señalado en el oficio presentado por la institución, aporta elementos de juicio respecto de que el haber cancelado el anticipo antes de la emisión de la orden de inicio de la construcción, no ha provocado perjuicio a la entidad y que dichos valores se encuentran protegidos con las garantías presentadas por el Buen Uso del Anticipo, por la totalidad de los valores entregados incluido el reajuste del anticipo, sin embargo, el equipo de control, durante la presente evaluación ha considerado los antecedentes señalados, por lo que se mantiene en el criterio establecido.

curriculo y fees



-86-
(unavotados)

RECOMENDACIONES:

Al Directorio de HIDROTOAPI S.A.

1. En vista de que el contrato suscrito con la empresa constructora Norberto Odebrecht S. A., de Detallamiento de Ingeniería, Suministros, Construcción, Montaje y Comisionamiento del Proyecto Hidroeléctrico Toachi-Pilatón, se encuentra en proceso de terminación, una vez concluida esta actividad administrativa, dispondrá a la Gerencia General, en apego a lo que señala la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y la Ley Orgánica para la recuperación del uso de los recursos petroleros del Estado y Racionalización Administrativa de los Procesos de Endeudamiento, desarrollar todas las actividades necesarias para efectuar un nuevo proceso de contratación para la construcción del proyecto y las gestiones necesarias ante el Ministerio de Finanzas, a fin de lograr la asignación de los recursos establecidos en el contrato de financiamiento.

Este nuevo proceso de contratación, debe someterse a las disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento, para lo cual, previamente y de conformidad con el artículo 23 de esta Ley, la entidad deberá contar con los estudios y diseños completos, definitivos y actualizados, planos y cálculos, presupuestos, especificaciones técnicas, debidamente aprobados por las instancias correspondientes, vinculados al Plan Anual de Contratación de la entidad.

2. Dispondrá al Gerente General, para que en coordinación con el asesor jurídico de la entidad, estipulen todas las cláusulas necesarias para un adecuado control de la ejecución de proyecto, considerando lo dispuesto en los artículos 70 y 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

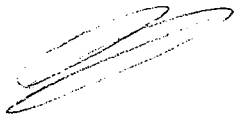
3. Al cumplirse el acto administrativo de la terminación del contrato, dispondrá al

unavotados y unavotados

- 57 -
(anexo y sete)

Gerente General y Asesor Jurídico de la entidad, tomen las acciones necesarias a fin de recuperar el anticipo entregado y demás valores considerando las estipulaciones previstas en las cláusulas contractuales correspondientes y en la ley.

4. Para futuros contratos, en los que se estipule pagos por anticipo, éste deberá cancelarse una vez que se han cumplido todas las condiciones estipuladas contractualmente.

Revisado y en co


- 58 -
(cinco y ocho)

CAPITULO III

PUNTOS DE VISTA DEL CONTRATISTA EMITIDOS DESPUÉS DE LA LECTURA DEL BORRADOR DEL INFORME

Mediante oficio No. CON/PHTP/DP/093/2008, de fecha enero 19 de 2009, la Constructora Norberto Odebrecht S.A., en referencia al borrador del informe del examen especial de ingeniería Proyecto Toachi Pilatón, responde:

- "1. No existe duda a lo largo del Borrador de Informe del Examen que el Contrato de Construcción y su ejecución se llevaron a efecto dentro del marco del derecho privado, hecho que fue ampliamente reconocido por el Señor Procurador General del Estado en el informe favorable previo a la suscripción del mismo.*
- 2. En esta perspectiva legal, siendo un contrato de índole privada, Constructora Norberto Odebrecht S.A. no es sujeto de control por parte de la Contraloría General del Estado, como efectivamente puede deducirse del Borrador de Informe.*
- 3. No deja de causar extrañeza y redarguyo de ilegal la recomendación número 3) constante en la página 53 y siguiente del Borrador de Informe; pues sugerir la recuperación del anticipo con reajuste de precios, no tiene ningún asidero contractual ni legal.*

El Contrato de Construcción es ley para las partes y en sus cláusulas no han estipulado, pactado o dejado escrito ninguna posibilidad de aplicar reajustes de precios a la expectativa de devolver una parte del anticipo por no haberse amortizado, más aún si esta devolución no obedece a causas imputables al Contratista en el marco del referido Contrato."

CRITERIO DEL EQUIPO DE CONTROL.

El equipo de Control, previo el análisis correspondiente, expresa lo siguiente:

El análisis efectuado, se enmarca en la base legal existente, para la suscripción del

anticipo y sus.

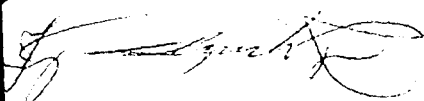
-59-
(university)

contrato, dentro del marco del derecho privado, considerando la normativa especial que pasaría a normar la contratación, al ser el Estado Ecuatoriano, el que financia la ejecución a través de un crédito con fondos FEISEH.

Como Entidad Superior de Control del Estado, la acción de control llevada, se enmarca en lo que establece el párrafo segundo del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, considerando que HIDROTOAPI S. A., es una sociedad anónima donde el Consejo Provincial de Pichincha es dueño del 100% de las acciones.

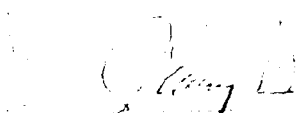
Finalmente, la Recomendación No. 3, relacionada con la recuperación del anticipo y demás valores aplicables, se refiere a la verificación del cumplimiento de las estipulaciones que corresponden al tema y que están previstas tanto en el contrato como en las leyes pertinentes.

Por lo expuesto, el equipo de control de la Contraloría General del Estado, se ratifica en los criterios vertidos durante el desarrollo de este informe.



Germán E. Lynch López

CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO.- SECRETARÍA GENERAL.- Certifico que el informe que antecede, contenido en cincuenta y siete fojas útiles, es fiel copia del original que reposa en el archivo de esta Institución.- Quito, 8 Mayo 2009



Dr. César Mejía Freire
SECRETARIO GENERAL DE LA CONTRALORÍA

GEL/PA/L/Ody/1
2009-05-07

university

- 60 -
(secent)

Dra. Tania Arias

PRESIDENTA DEL TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL

Los Nueve candidatos a la Prefectura y Viceprefectura del Consejo Provincial de Pichincha, de las elecciones realizadas el 26 de abril del 2009, ante usted presentamos la siguiente denuncia:

ANTECEDENTES

El 19 de diciembre d 2007, se suscribe el contrato de Detallamiento de Ingeniería del Diseño Básico Referencial, Construcción, Montaje y Comisionamiento del Proyecto Hidroeléctrico Toachi-Pilatón, entre HIDROTOAPI S.A., en calidad de contratante y la Constructora Norberto Odebrecht S.A., como contratista, por un precio global de USD 366 000 000; sin embargo de que el proyecto en su totalidad, ha sido financiado a través de un crédito del FEISEH, por un monto de USD 470 596 000,00, del Directoria, adjudico la ejecución del proyecto, a la Empresa Constructora Odebrecht S.A., en sesión del 5 de noviembre de 2007.

Adjunto al presente se dignará encontrar copia certificada del examen especial realizado por la Contraloría General del Estado, denominado Ingeniería al Contrato de Construcción, sus antecedentes y ejecución del Proyecto Hidroeléctrico Toachi-Pilatón a cargo de HIDROTOAPI S.A. _ Consejo Provincial de Pichincha; por informaciones de auditores honestos de Contraloría General del Estado, y del examen de auditoría realizado, se concocen que se han determinado serios indicios de responsabilidad civil culposa o glosas, en cantidades millonarias que han perjudicado los intereses del H. Consejo Povincial y en perjuicio del Estado Ecuatoriano. Dichas glosas están tramitándose en la Dirección de Responsabilidades de la Institución, y son en contra del Econ. Ramiro González y del señor Gustavo Baroja, Ex-prefecto y actual Prefecto de Pichincha.

Pruebas que reposan y criterios jurídicos emitidos por la Contraloría General del Estado que demuestran el perjuicio al Consejo Provincial y al Estado Ecuatoriano sobre este contrato.

El pago del anticipo contractual se lo efectúa antes de la fecha de inicio de la construcción.

Mediante AUTORIZACION DE PAGO FIDEICOMISO TOACHI PILATON, No 003-2008 de 5 marzo del 2008, HIDROTOAPI S.A., la empresa contratante dispone el pago a favor de la empresa contratista por el concepto de anticipo, la cantidad de USD 109 800 000,00 equivalente al 30% del monte contractual.

El 17 de abril, mediante, AUTORIZACION DE PAGO FIDEICOMISO TOACHI PILATON , No 008- 008, se dispone el pago de USD 2,387 214,14, por concepto de reajuste de anticipo. Hasta la fecha de corte del examen especial, esto es el 15 de septiembre de 2008, se encuentran en ejecución, solamente trabajos preliminares relacionados con los accesos a las obras de las presas, túneles, etc., por lo tanto, han transcurrido 7 meses desde la fecha de cancelación ha transcurrido 7 meses desde la fecha de cancelación del anticipo, sin embargo no se ha dispuesto la Orden de Inicio de los trabajos, por lo que se establece que la suma de USD 112,187,214,14, fue cancelada incumpliendo disposiciones del contrato de construcción.

CONCLUSION

El directorio de HIDROTOAPI S.A., dispone el pago del anticipo contractual de conformidad con el valor de las garantías entregadas por la empresa contratista, antes de la emisión de la orden de inicio de la construcción, lo que da lugar a que esta empresa mantenga en su poder desde el 5 de marzo del 2008, esto es por aproximadamente 7 meses, la cantidad de USD 112.187,214,14. Además, cabe indicar señora Presidenta del Tribunal Contencioso Electoral, usted podrá encontrar en el examen realizado por la Contraloría, criterios de auditoría que demuestran que la mayoría de las cláusulas del contrato anteriormente mencionado son lesivos para los intereses del Consejo Provincial, y han perjudicado al estado ecuatoriano en la cantidad de USD 112 187 214,14, ya que hasta el momento el Consejo Provincial de Pichincha no ha recuperado el valor del anticipo señalado y concedido de forma ilegal a la compañía constructora.

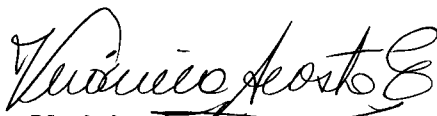
Todas estas consideraciones jurídicas y antecedentes expuestos, y de conformidad con el art. 52 de la ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, la Constitución Política de la República del Ecuador, la Ley de Elecciones y el Reglamento de los Partidos Políticos, el art. 229 y 231 de la Constitución, y otras leyes conexas, en concreto los nueve candidatos a la Prefectura de Pichincha que suscribimos este documento, solicitamos:

A la Presidenta del Tribunal de lo Contencioso Electoral, Dra. Tania Arias.

- a. Que se nos reciba en Comisión General
- b. Que el Señor Gustavo Baroja, actual prefecto encargado de la Prefectura de Pichincha, al ser un ciudadano dignatario, y al estar incurso en glosas, o, Responsabilidad Civil culposa, de conformidad con las leyes de la República se halla impedido de posesionarse del cargo de Prefecto de Pichincha, y no puede seguir ejerciendo esa dignidad en la provincia ya que los actos emanados por el, son nulos de nulidad absoluta; por lo tanto dicho tribunal deberá emitir una Resolución para tal efecto.

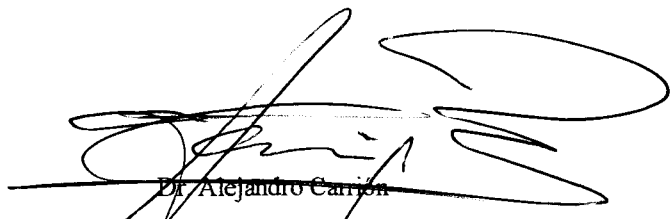
Además Señora Presidenta el Señor Gustavo Baroja al ser dignatario del sector público y al no haber presentado su declaración patrimonial juramentada, de conformidad con lo que establece el art. 231 de la Constitución de la República del Ecuador, NO PUEDE POSESIONARSE de ningún cargo, o dignidad, que pretenda asumir ilegalmente; por lo que usted deberá oficiar a la Contraloría General del Estado, para que en cumplimiento del ámbito de sus competencias, le informe el quebrantamiento de la norma constitucional, ley suprema del Estado.

Firmamos los que suscribimos a continuación



Verónica Acosta

Candidata a Prefecta



Dr. Alejandro Carrion

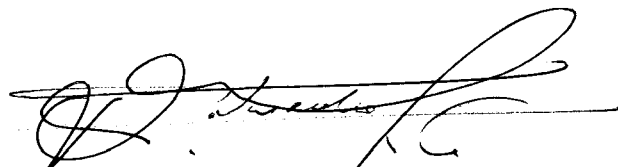
Candidato a Prefecto

ABOGADO

M.P. 1548 CPP

Roberto Aguilar

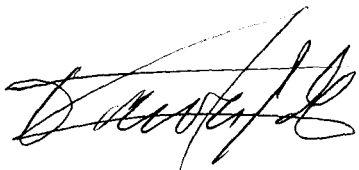
Candidato a Prefecto



Lider Calle

Candidato a Prefecto

- 63 -
(sesenta y tres)

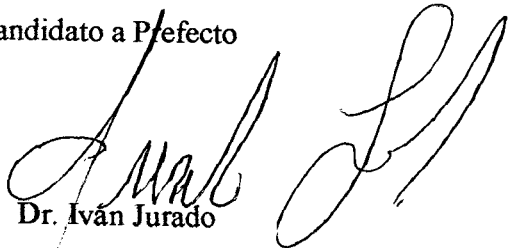


Diego Dávalos

Candidato a Prefecto

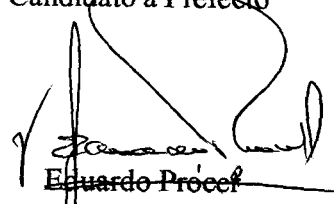
Diego Guzmán

Candidato a Prefecto



Dr. Iván Jurado

Candidato a Prefecto



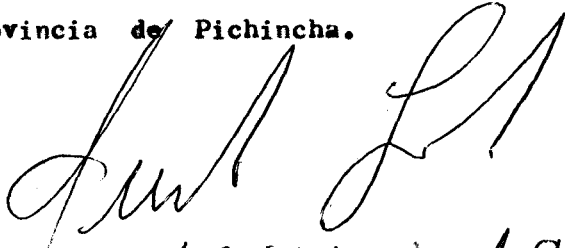
Eduardo Procel

Candidato a Prefecto

Abogado

Matricula 1951 C.A.P

Para cualquier Notificación selamos señalamos como Domicilio Judicial ,
el Casillero Judicial N°. 3891 , que ele pertenece al Dr. Alejandro
Carrión Perez y Dr. Ivan Jurado , quienes nos representan en defensa de
los intereses de la Provincia de Pichincha.



ABUOGADO. 1951. CAP

Dr. A. CARRION 2905-037

T: 2480 333 OFICINA

09-8104178 Dr. JURADO

Dr

**TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL
SECRETARIA GENERAL**

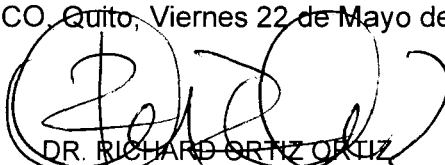
- 64 -
presente y ejecutivo

Ingresado por: NREYES

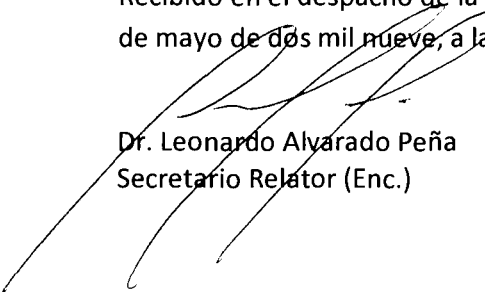
Recibida el día de hoy, viernes veinte y dos de mayo del dos mil nueve, a las once horas y quince minutos, la causa seguida por: ACOÑSTA VERONICA, CARRION ALEJANDRO, CALLE LIDE,, DAVALOS DIEGO, JURADO IVAN, PROCEL EDUARDO, CANDIDATOS PREFECTURA PICHINCHA en contra de BAROJA GUSTAVO, PREFECTO ENCARGADO DE PICHINCHA, MOVIMIENTO PAIS, en: 4 foja(s), adjunta examen especial de la Contraloría General del Estado al Consejo Provincial de Pichincha en cincuenta y siete fojas.- CERTIFICO.


DR. RICHARD ORTIZ ORTIZ
SECRETARIO GENERAL

RAZON.- Siendo como tal que realizado el sorteo, esta causa le correspondió a: DRA. ALEXANDRA CANTOS MOLINA Juez del Tribunal Contencioso Electoral; ingresa con el número 2009-0402.- CERTIFICO. Quito, Viernes 22 de Mayo del 2009.


DR. RICHARD ORTIZ ORTIZ
SECRETARIO GENERAL

Recibido en el despacho de la Dra. Alexandra Cantos Molina, el día de hoy, viernes veinte y dos de mayo de dos mil nueve, a las 14h38, en sesenta y cuatro fojas.- Certifico.-


Dr. Leonardo Alvarado Peña
Secretario Relator (Enc.)



REPÚBLICA DEL ECUADOR
TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL

- 60 -
resenta yreis

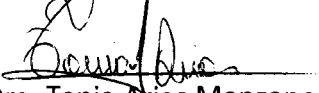


VOTO SALVADO DE LOS JUECES ARTURO DONOSO Y JORGE MORENO

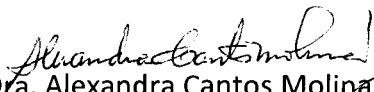
TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL.- Quito, Distrito Metropolitano 29 de mayo del 2009. Las 11h00.- VISTOS: Con fecha 22 de mayo del 2009 ingresa en Secretaría General de este Tribunal, en 64 fojas útiles, la petición de las ciudadanas y ciudadanos: Verónica Acosta, Alejandro Carrión, Lider Calle, Diego Dávalos, Iván Jurado y Eduardo Prócel en calidad de candidatos a Prefecto Provincial del Pichincha, petición que en su parte esencial pretende: a) Que se les reciba en Comisión General. b) Que el señor Gustavo Baroja (.....) al estar incurso en glosas, o, Responsabilidad Civil culposa, de conformidad con las leyes de la República se halla impedido de posesionarse del cargo de Prefecto de Pichincha, y no puede seguir ejerciendo esa dignidad en la provincia, ya que los actos emanados por el, son nulos de nulidad absoluta; por tanto dicho tribunal deberá emitir una Resolución para tal efecto. Además el Señor Gustavo Baroja al ser dignatario del sector público y al no haber presentado su declaración patrimonial juramentada (...) **NO PUEDE POSESIONARSE** de ningún cargo, o dignidad, que pretenda asumir ilegalmente. Siendo este el petitorio de los comparecientes, se hacen las siguientes consideraciones: **PRIMERA.-** El petitorio se sustenta en simples fotocopias de un supuesto examen especial de ingeniería practicado (período 31 de enero del 2008 al 15 de septiembre del 2008) al contrato de construcción del Proyecto Hidroeléctrico Toachi - Pilatón a cargo de HIDROTOAPI S.A. celebrado con el H. Consejo Provincial de Pichincha. La misma que en aras del debido proceso carece de eficacia probatoria, según el artículo 76 numeral 4 de la Constitución de la República. **SEGUNDA.-** Analizada la petición de los comparecientes, este Tribunal debe ante todo asegurar su competencia, por tanto se expresa lo siguiente: **a)** De conformidad con el artículo 15 del Régimen de Transición, para este proceso electoral, los órganos de la Función Electoral (Consejo Nacional Electoral y Tribunal Contencioso Electoral), estamos llamados aplicar todo lo dispuesto en la Constitución, la Ley Orgánica de Elecciones y en las demás leyes conexas, siempre que no se oponga a la presente normativa. Inclusive se faculta a los dos órganos de la Función Electoral a dictar las normas necesarias en el ámbito de sus competencias positivas para viabilizar el nuevo ordenamiento constitucional. **b)** Con fundamento en la norma invocada en la letra a) de este considerando, las competencias del Tribunal Contencioso Electoral se encuentra expresamente previstas en el artículo 221 de la Constitución de la República. **c)** De la petición que se analiza y fotocopias adjuntas al mismo, no existe impugnación o recurso alguno que se haya interpuesto a resolución que emane sea del Consejo Nacional Electoral o de los órganos electorales desconcentrados, ni que se trate de un asunto litigioso. En cuanto al régimen sancionatorio –competencia del Tribunal Contencioso Electoral- la misma está prevista por el “incumplimiento de las normas sobre financiamiento, propaganda, gasto electoral y en general por vulneraciones de normas electorales”; esto es, las contempladas en la Ley Orgánica de Control de Gasto Electoral y de la Propaganda Electoral y Ley Orgánica de Elecciones, en tanto no se opongan a los preceptos del régimen de transición y Constitución de la

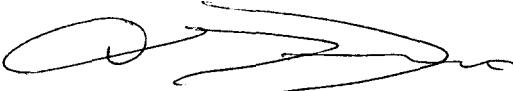
En nombre del pueblo del Ecuador y por la autoridad que nos confiere la Constitución,...

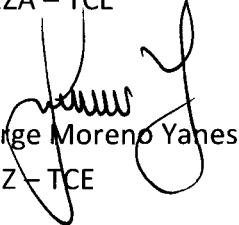
República. **TERCERA.**- Por las consideraciones expuestas la petición de los candidatos a Prefecto Provincial del Pichincha, es del todo improcedente, razón por la que, el Tribunal Contencioso Electoral se inhibe de conocerla y dispone el archivo. Notifíquese a los peticionarios en la casilla judicial No. 3891 del Palacio de Justicia de Quito, sin perjuicio de su publicación en la página web y en cartelera visible del Tribunal. Cúmplase y notifíquese.

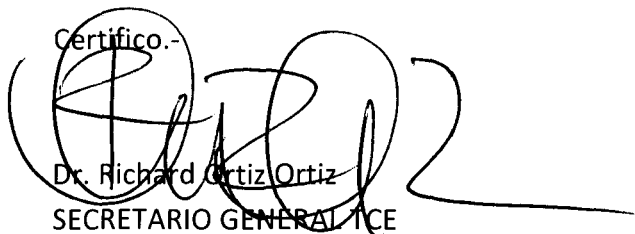

Dra. Tania Arias Manzano
PRESIDENTA – TCE


Dra. Ximena Endara Osejo
VICEPRESIDENTA – TCE


Dra. Alexandra Cantos Molina
JUEZA – TCE


Dr. Arturo Donoso Castellón
JUEZ – TCE


Dr. Jorge Moreno Yanes
JUEZ – TCE

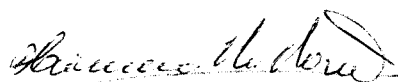
Certifico.-

Dr. Richard Ortiz Ortiz
SECRETARIO GENERAL TCE

VOTO DE MAYORÍA

TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL.- Quito, Distrito Metropolitano, 29 de mayo de 2009; las 11h00.- **CAUSA No 402-2009. VISTOS:** Llega a conocimiento de este Tribunal el escrito presentado por las señora y señores: Verónica Acosta, Alejandro Carrión, Líder Calle, Diego Dávalos, Eduardo Procer e Iván Jurado, en sus calidades de candidatos a Prefectos(a) por la provincia de Pichincha. La petición se basa en la copia simple -que adjuntan-, del Informe de Contraloría General del Estado, No. DIAPA-0013-2009 sobre el examen especial de ingeniería practicado al contrato de construcción, sus antecedentes y ejecución del Proyecto Hidroeléctrico Toachi – Pilaton, a cargo de HIDROTOAPI S.A.- Consejo Provincial de Pichincha, por el periodo comprendido entre el 31 de enero de 2008 y el 15 de septiembre de 2008. Cabe señalar que las copias simples no hacen fe en ningún proceso. Dicen que del examen de auditoría realizado por la Contraloría General del Estado “...se conocen (sic) que se han determinado serios indicios de responsabilidad civil culposa o glosas, en cantidades millonarias que han perjudicado los intereses del H. Consejo Provincial y en perjuicio del Estado Ecuatoriano. Dichas glosas están tramitándose en la Dirección de Responsabilidades de la Institución, y son en contra del Econ. Ramiro González y del señor Gustavo Baroja, Ex – prefecto y actual Prefecto de Pichincha.” Por ello solicitan: “a. Que se nos reciba en Comisión General. b. Que el señor Gustavo Baroja, actual prefecto encargado de la Prefectura de Pichincha, al ser un ciudadano dignatario, y al estar incurso en glosas, o Responsabilidad Civil culposa, de conformidad con las leyes de la República se halla impedido de posesionarse del cargo de Prefecto de Pichincha, y no puede seguir ejerciendo esa dignidad en la provincia ya que los actos emanados por el (sic), son nulos de nulidad absoluta; por lo tanto dicho tribunal deberá emitir una Resolución para tal efecto. Además Señora Presidenta el Señor Gustavo Baroja al ser dignatario del sector público y al no haber presentado su declaración patrimonial juramentada, de conformidad con lo que establece el Art. 231 de la Constitución de la República del Ecuador, NO PUEDE POSESIONARSE de ningún cargo, o dignidad, que pretenda asumir ilegalmente; por lo que usted deberá oficiar a la Contraloría General del Estado, para que en cumplimiento del ámbito de sus competencias, le informe el quebrantamiento de la norma constitucional, ley suprema del Estado.” Conocido el contenido de la petición, es necesario que este Tribunal analice si es de su competencia entrar a tramitar y resolver la presente acción. Al respecto considera: **PRIMERO.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 221 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con el inciso segundo del artículo 217 y artículos 167, 168 numeral 3 del mismo cuerpo legal, el Tribunal Contencioso Electoral cuenta con jurisdicción para administrar justicia en materia de derechos políticos, siendo sus fallos de última instancia e inmediato cumplimiento; es así que el artículo 221 de la Constitución dispone que es el órgano que cuenta con competencia para conocer y resolver los recursos electorales contra los actos del Consejo Nacional Electoral y de los organismos desconcentrados, y los asuntos litigiosos de las organizaciones políticas; y para sancionar por incumplimiento de las normas sobre financiamiento, propaganda, gasto electoral y en general por vulneraciones de normas electorales, de tal forma que es competente para sancionar los delitos, faltas o violaciones electorales, de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica de Elecciones, como lo corrobora el Art. 15 del Régimen de Transición, previsto en la Constitución. **SEGUNDO.-** En el escrito presentado, contra el señor Gustavo Baroja, se solicita al Tribunal que impida su

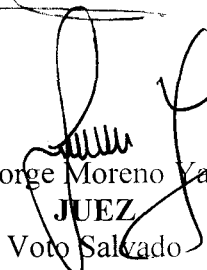
posesión al cargo de Prefecto de la provincia de Pichincha, porque supuestamente está inmerso en “glosas o responsabilidad civil culposa” y además porque no habría presentado su declaración patrimonial juramentada. La existencia de la supuesta glosa, en contra del señor Baroja, se basa en el informe sobre el examen especial de ingeniería practicado por la Contraloría General del Estado al contrato de construcción, sus antecedentes y ejecución del Proyecto Hidroeléctrico Toachi – Pilato n, a cargo de HIDROTOAPI S.A.- Consejo Provincial de Pichincha, informe que contiene cuatro recomendaciones dirigidas al Directorio de HIDROTOAPI S.A., sin ninguna determinación, y que además consta en copias simples y por tanto, como ya se lo señaló, no tiene eficacia en ningún proceso. Al revisar el contenido del escrito y del informe en el cual se basa, se infiere claramente que no hay presunciones de delito, falta o vulneración alguna a normas electorales que deba tramitar y resolver este Tribunal, adicionalmente se recuerda a los peticionarios que toda petición debe estar debidamente sustentada, documentada y realizada de buena fe. Por las consideraciones expuestas, este Tribunal, en uso de las atribuciones de las que se halla investido, se inhibe de conocer la presente causa, llama la atención a los peticionarios por el contenido de su escrito, y dispone su archivo. Notifíquese a los peticionarios en el casillero judicial N° 3891 del Palacio de Justicia de Quito, sin perjuicio de su publicación en la página web y en cartelera visible del Tribunal Contencioso Electoral.- Cúmplase y notifíquese.


Dra. Tania Arias Manzano
PRESIDENTA


Dra. Ximena Endara Osejo
VICEPRESIDENTA


Dra. Alexandra Cantos Molina
JUEZA

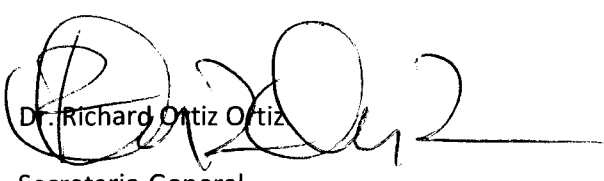

Dr. Arturo Donoso Castellón
JUEZ
Voto Salvado


Dr. Jorge Moreno Yanes
JUEZ
Voto Salvado

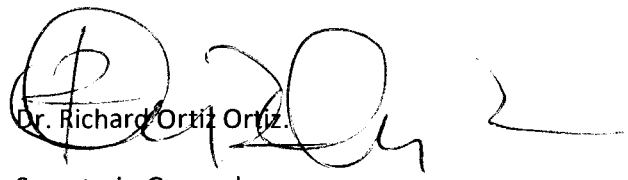
Razón.- Siento como tal que a los veinte y nueve días del mes de mayo del año dos mil nueve, a partir de las diecinueve horas con treinta y cinco minutos, procedí a subir a la página web del Tribunal Contencioso Electoral (www.tce.gov.ec), el auto y el voto salvado que anteceden.- Certifico.-


Dr. Richard Ortiz Ortiz
Secretario General.

Razón.- Siento como tal que a los veinte y nueve días del mes de mayo del año dos mil nueve, a partir de las diecinueve horas con cuarenta y dos minutos, procedí a publicar el auto y el voto salvado que anteceden, en la Cartelera del Tribunal Contencioso Electoral.- Certifico.-


Dr. Richard Ortiz Ortiz
Secretario General.

Razón.- Siento como tal que al primer día del mes de junio del año dos mil nueve, a partir de las nueve horas con veinte y seis minutos, procedí a notificar con el auto y el voto salvado que antecede a la Sra. VERÓNICA ACOSTA Y OTROS, en el Casillero Judicial N.- 3891 del Palacio de Justicia de Quito .- Certifico.-


Dr. Richard Ortiz Ortiz
Secretario General.