



EMPRESA PÚBLICA METROPOLITANA METRO DE QUITO – EPMMQ

GERENCIA JURIDICA

INFORME JURÍDICO PROCESO DE MEDIACIÓN No. 0422-DNCM-2024-QUI

El presente documento no puede ser reproducido, distribuido, comunicado públicamente, archivado o introducido en un sistema de recuperación de información, o transmitido, en cualquier forma y por cualquier medio (electrónico, mecánico, fotográfico, grabación o cualquier otro), total o parcialmente, sin el previo consentimiento por escrito de la Empresa Pública Metropolitana Metro de Quito- EPMMQ.

© 2024. Empresa Pública Metropolitana Metro de Quito - EPMMQ. Todos los derechos reservados.

	EMPRESA PÚBLICA METROPOLITANA METRO DE QUITO	
	INFORME JURÍDICO PROCESO DE MEDIACIÓN No. 0422-DNCM-2024-QUI	
		Página 2 de 33

Firmas de Revisión y Aprobación:

Revisado y aprobado por:	Cargo:	Firma	Fecha
Dr. Galo Torres Gallegos	Gerente Jurídico		07/JUN/2024

El presente informe tiene por objeto poner en su conocimiento el informe técnico - jurídico relacionado con el proceso de Mediación No. 0422-DNCM-2024-QUI entre el Consorcio CAF Metro de Quito y el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, a través de su delegada la Empresa Pública Metropolitana Metro de Quito ("EPMMQ"), que actualmente se sustancia en el Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado.

1. ANTECEDENTES:

Mediante Ordenanza Metropolitana No. 0237, reformada por la Ordenanza Metropolitana No. 0383, aprobada el 28 de marzo de 2013, sancionada por el Alcalde del Distrito Metropolitano de Quito el 2 de abril del mismo año, se creó la Empresa Pública Metropolitana Metro de Quito (EPMMQ), cuyo objeto principal es desarrollar, implementar y administrar el Subsistema de Transporte Público Metro de Quito. La referida Ordenanza fue incorporada en el Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito, a partir del artículo 207.

Con fecha 17 de julio del 2014, el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito y el Consorcio CAF METRO DE QUITO suscribieron el Contrato de Provisión de Bienes No. LICB-EPMMQ-2014-116, por el cual el Consorcio CAF METRO DE QUITO se obligó a fabricar y entregar en la ciudad de Quito el material rodante, vehículos auxiliares, equipos y herramientas de taller y lote de repuestos para la Primera Línea del Metro de Quito, por un monto de USD 183'592.999, sin IVA y un plazo de ejecución de 28 meses. El acuerdo parcial está planteado por las partes para motivar y promover la resolución del proceso de mediación No. 0422-DNCM-2024-QUI, que se sustancia en el Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado, con la finalidad de llegar a un acuerdo debido a las condiciones de mercado relacionadas con la cotización que presentó el Consorcio CAF en el 2014 como parte del proceso LICB-EPMMQ-2014-116 de suministro de bienes con el MDMQ.

En el contrato, se determinó: *"Cláusula Sexta. - CONDICIONES SUSPENSIVAS. - 6.1 De conformidad con lo establecido en el Art. 1495 del Código Civil Ecuatoriano, el presente contrato de ADQUISICIÓN DEL MATERIAL RODANTE, VEHÍCULOS AUXILIARES, EQUIPOS Y HERRAMIENTAS DE TALLER, Y LOTE DE REPUESTOS PARA LA PRIMERA LÍNEA DEL METRO DE QUITO, entrará en vigor solo si se cumplen las siguientes condiciones suspensivas:*

- *Concreción de la oferta de financiamiento presentada por el CONTRATISTA en respectivo proceso pre-contractual, mediante la suscripción del correspondiente contrato de préstamo.*
- *Adjudicación del Contrato para la Construcción de la denominada Fase 2 de la Primera Línea del Metro de Quito.*

6.2 Las partes dejarán constancia expresa del cumplimiento de estas condiciones suspensivas a través de la suscripción del documento que acuerden para este efecto."

La Cláusula Décima Tercera, Solución de Controversias del referido contrato establece que *"(...) En el caso de que se suscitaren divergencias o controversias en la interpretación o ejecución del presente Contrato, las partes trataran de llegar a un acuerdo amigable directo, renunciando expresamente al ejercicio de cualquier acción relacionada con el presente Contrato que se*

canalice a través de la jurisdicción ordinaria ecuatoriana, sea judicial, administrativa o de cualquier otra índole. - Si ello no fuera posible en el término máximo de 15 días, las partes podrán someterse a un proceso de Mediación ante el Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado Ecuatoriano, siempre que el monto a transigir sea inferior a los doscientos mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 200.000)."

1.1. Antecedentes relevantes del Contrato de Provisión de Bienes LICB-EPMMQ-2014-116

Mediante Resolución No. RAP-EPMMQ-2014-017 de 23 de mayo de 2014, el entonces Gerente General de la EPMMQ aprobó el pliego de la licitación LICB-EPMMQ-2014-116 para la Adquisición y financiamiento del material rodante, vehículos auxiliares, equipos y herramientas de taller, y lote de repuestos para la Primera Línea del Metro de Quito.

Luego de llevar adelante el respectivo procedimiento precontractual, con Resolución No. RA-EPMMQ-2014-009 de 4 de julio de 2014, el Gerente General de la EPMMQ adjudicó a favor del Consorcio CAF METRO DE QUITO el contrato para la Adquisición y financiamiento del material rodante, vehículos auxiliares, equipos y herramientas de taller, y lote de repuestos para la Primera Línea del Metro de Quito, por un monto de USD 183'592.999,00), más IVA y un plazo de ejecución de 28 meses contados a partir del cumplimiento de las condiciones previstas contractualmente.

Con fecha 17 de julio de 2014, el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito y el Consorcio CAF Metro de Quito, suscribieron el Contrato de Provisión de Bienes No. LICB-EPMMQ-2014-116 para la Adquisición y financiamiento del material rodante, vehículos auxiliares, equipos y herramientas de taller, y lote de repuestos para la Primera Línea del Metro de Quito, por un monto de USD 183'592.999,00.

De conformidad con lo previsto en la Cláusula Segunda Documentos del Contrato, forman parte integrante del Contrato, entre los que interesan a este análisis, los siguientes documentos:

"2.1 El Pliego (Condiciones Particulares del Pliego CPP y Condiciones Generales del Pliego CGP) incluyendo las especificaciones técnicas del objeto de la contratación.

(...) 2.3 La Oferta presenta por el CONTRATISTA.(...)"

En lo que concierne al Pliego, como usted bien cita en su memorando de consulta, se encuentra lo siguiente:

"(...) 4.2.2 METODOLOGÍA DE DESARROLLO - Plan de Mantenimiento Completo: 15 puntos (Numeral 1.5 del Formulario de Oferta)

Se evaluarán dos componentes:

1. El Plan de Mantenimiento Completo (7.5 puntos); que incluirá la verificación del Plan de Mantenimiento Básico proporcionado por la EPMMQ como apéndice a este Pliego, y los siguientes componentes con las subsiguientes calificaciones:

Planificación General de los Procesos de Mantenimiento del Material Rodante, Vehículos Auxiliares y Equipamiento de Taller (2,5 puntos)

Procedimientos específicos para cada operación, las horas hombre necesarias, el nivel de especialización del personal y su nacionalidad. (2,5 puntos)

Instrumentación y tecnología de planificación y seguimiento para el Mantenimiento del Material Rodante, Vehículos Auxiliares y Equipamiento de Taller (2,5 puntos)
(...)

2. La Propuesta Económica de Mantenimiento por 10 años (7.5 puntos)

Consiste en el Valor Total, en dólares de los Estados Unidos de América por el Servicio de Mantenimiento de los trenes y vehículos auxiliares, expresado a precios constantes de diciembre de 2013, por los primeros 10 años de operación de la PLMQ.

Este precio constante a diciembre de 2013 se expresará mediante un canon en \$/km válido para los 10 años de mantenimiento, teniendo en cuenta que los trenes circularán 150.000 km anuales.

Este servicio de mantenimiento no será contratado como resultado del presente proceso de Licitación; sin embargo, el valor de la oferta o cotización del mantenimiento servirá de base para contratar el servicio desde el primer día de la operación oficial de la PLMQ, y por lo tanto será vinculante. El canon se ajustará anualmente a la inflación en el Ecuador así como a la posible variación de los kilómetros recorridos pro los trenes.

Para la evaluación, la Oferta más económica de mantenimiento tendrá una puntuación de 7.5 puntos. Las otras Ofertas recibirán una puntuación inversamente proporcional. (...)

Atendiendo a este requerimiento, el oferente Consorcio CAF hizo constar en su oferta lo que sigue:

“1.8. PROPUESTA ECONÓMICA DE MANTENIMIENTO *La propuesta económica para el Servicio de Mantenimiento de los treses (sic) y vehículos auxiliares, expresado a precios constantes de diciembre de 2013, por los primeros 10 años de operación de la PLMQ es el siguiente:*

0.86 USD/km, por tren.

Este canon será válido para los 10 años de mantenimiento, teniendo en cuenta que los trenes circularán 150.000 km anuales. El canon supone el precio por cada kilómetro que recorra un tren”.

De otro lado, en el formulario 3.1. de la oferta presentada por CAF, aparece lo que sigue:

“(…)

3.1 PRESENTACIÓN Y COMPROMISO

El que suscribe, en atención a la convocatoria efectuada por el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito (EPMMQ), luego de examinar el Pliego del proceso de Licitación para la ADQUISICIÓN Y FINANCIAMIENTO DEL MATERIAL RODANTE, VEHÍCULOS AUXILIARES, EQUIPOS Y HERRAMIENTAS DE TALLER, Y LOTE DE REPUESTOS PARA LA PRIMERA LÍNEA DEL METRO DE QUITO, se presenta esta oferta por LUIS ENRIQUE GIRALT GARDEAZABAL declara que:

(…)

9. Conoce las condiciones de la contratación, ha estudiado las especificaciones técnicas, términos de referencia y demás información del Pliego, las aclaraciones y respuestas realizadas en el proceso, y en esa medida renuncia a cualquier reclamo posterior, aduciendo desconocimiento por estas causas.

(…)

18. En caso de participar a futuro en el procedimiento precontractual para la contratación del servicio de mantenimiento de los bienes objeto de esta licitación, se obliga a mantener o mejorar las condiciones de la oferta técnica y económica del referido servicio presentadas en esta oferta”. (El énfasis me pertenece).

Con fecha 19 de junio de 2014, el SERCOP cursa al Gerente General de la EPMMQ el oficio No. SERCOP-DNCPCP-2014-0752-OF, con el que manifiesta:

“(…) El artículo 6 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, RGLOSNC, establece como atribuciones del SERCOP, ejercer el monitoreo constante de los procedimientos de contratación, emitir de oficio o a petición de parte observaciones de orden técnico o legal en la fase precontractual, supervisar de oficio o pedido de parte conductas elusivas de los principios y objetivos del Sistema Nacional de Contratación Pública, así como, generar alertas o recomendaciones de cumplimiento obligatorio a las respectivas entidades contratantes.

(…)

De la revisión de pliego del procedimiento de Licitación Internacional, signado con el código LICB-EPMMQ-2014-116; de la información correspondiente publicada en el portal institucional del SERCOP y sobre el análisis y recomendación formulado por esta Dirección Nacional de Control de Procedimientos de Contratación Pública, se emite el siguiente Informe de Supervisión:

(...)

2.- En el numeral 3.5 "Mantenimiento", numeral 2.3 de la Selección II del pliego del procedimiento, se evidencia lo siguiente:

b) Por otro lado, en cuanto al mantenimiento de los equipos, se establece "si bien el mantenimiento no será contratado dentro del proceso para la adquisición del material rodante, vehículos auxiliares, equipos y herramientas de taller y lote de repuestos, ni en otro proceso simultáneo, es fundamental para los intereses institucionales evaluar las capacidades técnicas y contar con un Plan de Mantenimiento y una propuesta económica de los oferentes del material rodante para brindar posteriormente el servicio de mantenimiento que requerirán los bienes que se adquieren mediante este procedimiento licitatorio **"(el subrayado me pertenece)**; y, además el pliego incorpora una declaración mediante la cual "... el oferente se obliga a mantener vigente la oferta técnica y económica de mantenimiento de los bienes objeto de este procedimiento hasta la finalización del plazo contractual".

Sin embargo, existe una contradicción con lo determinado en el numeral 4.2 del pliego del procedimiento, respecto al parámetro "Propuesta Económica de Mantenimiento de 10 años", puesto que se indica "Este servicio de mantenimiento no será contratado como resultado del presente proceso de Licitación sin embargo, el valor de la oferta o cotización del mantenimiento servirá de base para contratar el servicio desde el primer día de la operación oficial de la PLMQ, y por tanto será vinculante..." (el subrayado me pertenece).

En tal virtud, la Empresa Pública Metropolitana Metro de Quito, deberá aclarar si el adjudicatario para la provisión de los equipos, materia de la contratación de la referida Licitación, será quien se encargue del mantenimiento futuro respetando el presupuesto económico ofertado; de no ser así, deberá explicar las razones por las cuales se incorpora la obligatoriedad de la declaración de mantener vigente la oferta económica de mantenimiento de los bienes objeto de este Plan de Mantenimiento procedimiento hasta la finalización del plazo contractual, y el por qué se evalúa condiciones respecto al mantenimiento que no forman parte del objeto de la referida contratación."

En contestación al oficio del SERCOP, el entonces Gerente General, mediante oficio No. EPMMQ-2014-500 de 27 de junio de 2014, manifiesta:

"(...)

Observación No. 2: "Mantenimiento"

(...)

En relación al literal b), debemos señalar que efectivamente el “Mantenimiento” no será contratado dentro del procedimiento para la “Adquisición y financiamiento del material rodante, vehículos auxiliares, equipos de taller y lote de repuestos para la primera línea del Metro de Quito”; sin embargo, tal y como se establece en el pliego, es fundamental para los intereses institucionales evaluar las capacidades técnicas y contar con un Plan de Mantenimiento y una propuesta económica de los oferentes del material rodante para brindar posteriormente el servicio de mantenimiento que requerirán los bienes que se adquieren mediante este proceso licitatorio.”

El mantenimiento de los bienes que se adquieren mediante la presente licitación, será contratado de conformidad con la normativa vigente de contratación pública, sin embargo por la alta complejidad técnica de los bienes que se adquieren y del mantenimiento de los mismos, nos hace prever que utilizará un procedimiento de contratación de un proveedor único para este servicio; por lo que la propuesta económica vinculante solicitada En el pliego del presente proceso, evitará que los costos de la futura contratación para el mantenimiento de estos bienes se eleve”.

Como se detalla en los informes técnico y económico que se analizan más adelante, la controversia surge de la propuesta técnico económica presentada en el año 2014 por el Consorcio CAF Metro de Quito dentro de la licitación LICB-EPMMQ-2014-116 para la Adquisición y financiamiento del material rodante, vehículos auxiliares, equipos y herramientas de taller, y lote de repuestos para la Primera Línea del Metro de Quito en lo relacionado con el Plan de Mantenimiento Completo y la Propuesta Económica de Mantenimiento que fueron contempladas en los pliegos de licitación.

Ante los hechos producidos, la Empresa Pública Metropolitana Metro de Quito, en adelante EPMMQ, en aplicación de lo previsto en la cláusula Décima Tercera del Contrato, antes citada, ha procurado llegar a un acuerdo amigable directo por más de 15 días con la finalidad de encontrar soluciones a las controversias antes detalladas, sin lograr acuerdos.

1.2. Proceso de Mediación ante el Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado.

- Fundamentados en la cláusula Décima Tercera, el Consorcio CAF Metro de Quito presentó ante el Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado, una *“SOLICITUD DE MEDIACIÓN CON LA FINALIDAD DE LLEGAR A UN ACUERDO DEBIDO A LAS CONDICIONES DEL MERCADO RELACIONADAS CON LA COTIZACIÓN QUE PRESENTÓ EL CONSORCIO CAF EN EL 2014 COMO PARTE DEL PROCESO LICB-EPMMQ-2014-116 DE SUMINISTRO DE BIENES CON EL MDMQ”.*
- El proceso de mediación que se sustancia en el Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado se encuentra signado con el número No. 0422-DNCM-2024-QUI.

- Dentro del proceso de mediación se han desarrollado dos audiencias, la primera el día 10 de mayo de 2024; a partir de las 10H00; y, la segunda el día 20 de mayo de 2024, a partir de las 10h00.
- Durante las dos audiencias, con la anuencia del señor mediador, las Partes acordaron instalar mesas técnicas de trabajo dada la complejidad técnica, económica y jurídica de los asuntos controvertidos. Como producto de las mesas técnicas, las Partes han alcanzado un acuerdo total respecto de los asuntos controvertidos.

1.3. Informe Técnico

Mediante Informe Técnico AVA-GT-INF-303, de 6 de junio de 2024, adjunto al Memorando No. EPPMQ-GT-2024-0435-M de 6 de junio de 2024, elaborado por Cristian Espinosa, Jefe de Material Rodante; aprobado por Pedro Sevilla y Jorge Sánchez, Gerente Técnico y Gerente de Operaciones (E), en su orden, se manifiesta, en lo que respecta al procedimiento de mediación, los siguientes aspectos relevantes para el análisis que motiva este informe:

“2. ANÁLISIS

El presente informe cuenta con dos análisis específicos, los cuales permiten entender técnicamente la controversia suscitada y su potencial resolución de manera objetiva.

La primera parte contempla el análisis técnico del Administrador del Contrato, el cual establece las condiciones presentadas en el proceso de provisión de bienes No. LICB-EPMMQ-2014-116 fechado 17 de julio de 2014; y, la segunda parte aborda el análisis de la Gerencia de Operaciones en cuanto al proceso de contratación del mantenimiento del Material Rodante Nro. RE-PU-EPMMQ-2024-001 fechado 05 de abril de 2024, que fue declarado desierto el 26 de abril del mismo año. Finalmente, el análisis recoge la controversia presentada entre el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, representado por la Empresa Pública Metropolitana Metro de Quito (EPMMQ) y el Consorcio CAF, la secuencia del proceso de mediación en el Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado y los potenciales acuerdos alcanzados.

3. CONDICIONES DEL PROCESO DE PROVISIÓN DE BIENES No. LICB-EPMMQ-2014-116

3.1. DATOS GENERALES DEL CONTRATO

*El objeto del contrato suscrito en el 2014 es la **“ADQUISICIÓN Y FINANCIAMIENTO DEL MATERIAL RODANTE, VEHÍCULOS AUXILIARES, EQUIPOS Y HERRAMIENTAS DE TALLER, Y LOTE DE REPUESTOS PARA LA PRIMERA LÍNEA DEL METRO DE QUITO”**. Dicho objeto general se desglosa así:*

Adquisición de los siguientes bienes con financiamiento total incluido en la Oferta:

i. Material Rodante compuesto por dieciocho (18) trenes de seis (6) coches cada uno.

- ii. Cuatro (4) Vehículos Auxiliares para transporte y mantenimiento del material rodante y de los elementos de vía.
- iii. Equipos y Herramientas de Taller, debidamente instalados, necesarios para el mantenimiento del Material Rodante y de los Equipos Auxiliares.
- iv. Lote de Repuestos del material rodante.

Para mayor precisión, se resumen los datos generales del contrato:

Tabla 1. Datos generales del contrato

Contrato No.		LICB-EPMMQ-2014-116			
Objeto del Contrato:		ADQUISICIÓN Y FINANCIAMIENTO DEL MATERIAL RODANTE, VEHÍCULOS AUXILIARES, EQUIPOS Y HERRAMIENTAS DE TALLER, Y LOTE DE REPUESTOS PARA LA PRIMERA LÍNEA DEL METRO DE QUITO			
Contratista:		CONSORCIO CAF METRO DE QUITO			
Administrador:		Pedro David Sevilla Rendón (desde 01 de marzo de 2024 hasta la actualidad)			
Fecha de Suscripción del Contrato:		17 de julio de 2014			
Fecha Inicio de ejecución:		05 de enero de 2017			
Fecha Fin:		8 de julio de 2023 (Según Acta de Trabajo No. 11) Actualmente el contrato se encuentra suspendido (Proceso de Mediación – “Diploris de Taller”)			
Monto del Contrato:	USD \$183.141.324,95	Plazo:	28 meses		
Multas:		No se han aplicado multas (en verificación)			
Garantía vigente a la fecha:					
Buen uso del anticipo:	SI	X	NO	Fecha de Vencimiento:	31/07/2024
Fiel cumplimiento del contrato:	SI	X	NO	Fecha de Vencimiento:	31/07/2024
OBSERVACIONES: El presente contrato de provisión de bienes, incluye 12 Actas de Trabajo: - Acta de Trabajo No.1 (24/11/2015) - Acta de Trabajo No.2 (19/04/2016) - Acta de Trabajo No.3 (16/10/2017) - Acta de Trabajo No.4 (13/07/2018) - Acta de Trabajo No.5 (18/10/2018) - Acta de Trabajo No.6 (07/01/2019) - Acta de Trabajo No.7 (06/03/2020) - Acta de Trabajo No.8 (08/10/2020) - Acta de Trabajo No.9 (29/06/2021) - Acta de Trabajo No.10 (04/02/2022) - Acta de Trabajo No. 11 (23/06/2023) - Acta de Trabajo No. 12 (09/11/2023)					

(...)

4.6. REVISIÓN DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN

Mediante oficio No. SERCOP-DNCPCP-2014-0752-OF de 19 de junio de 2014, el Servicio Nacional de Contratación Pública se refiere al monitoreo del proceso "Adquisición y Financiamiento del Material Rodante, Vehículos Auxiliares, Equipo y Herramientas de Taller, y Lote de Repuestos para la Primera Línea del Metro de Quito"; al respecto, cita textualmente el pliego y emite observaciones:

"b) (...) en cuanto al mantenimiento de los equipos, se establece "si bien el mantenimiento no será contratado dentro del proceso para la adquisición del material rodante vehículos auxiliares equipos y herramientas de taller y lote de repuestos ni en otro proceso simultaneo, es fundamental para los intereses institucionales evaluar las capacidades técnicas y contar con un Plan de Mantenimiento y una propuesta económica de los oferentes del material rodante para brindar posteriormente el servicio de mantenimiento que requerirán los bienes que se adquieren mediante este procedimiento licitatorio **"(el subrayado me pertenece)**; y, además el pliego incorpora una declaración mediante la cual "... el oferente se obliga a mantener vigente la oferta técnica y económica de mantenimiento de los bienes objeto de este procedimiento hasta la finalización del plazo contractual".

Sin embargo, existe una contradicción con lo determinado en el numeral 4.2 del pliego del procedimiento, respecto al parámetro "Propuesta Económica de Mantenimiento de 10 años", puesto que se indica "Este servicio de mantenimiento no será contratado como resultado del presente proceso de licitación; sin embargo, el valor de la oferta o cotización del mantenimiento servirá de base para contratar el servicio desde el primer día de la operación oficial de la PLMQ y por lo tanto será vinculante ... **"(el subrayado me pertenece)**.

En tal virtud, la Empresa Pública Metropolitana Metro de Quito, deberá aclarar si el adjudicatario para la provisión de los equipos, materia de la contratación de la referida Licitación, será quien se encargue del mantenimiento futuro respetando el presupuesto económico ofertado; de no ser así, deberá explicar las razones por las cuáles se incorpora la obligatoriedad de la declaración de mantener vigente la oferta técnica, económica de mantenimiento de los bienes objeto de este Plan de Mantenimiento procedimiento hasta la finalización del plazo contractual, y el por qué se evalúa condiciones respecto al mantenimiento que no forman parte del objeto de la referida contratación."

Mediante oficio No. EPMMQ-2014-500 de 27 de junio de 2014, el señor Mauricio Anderson Salazar en calidad de Gerente General de la EPMMQ, a esa fecha, responde:

"En relación a su Oficio No. SERCOP-DNCPCP-2014-0752-OF de 19 de Junio de 2014, recibido en nuestras oficinas el 20 de los mismos mes y año, a través del cual se pone en nuestro conocimiento el Informe de Supervisión realizado al pliego del procedimiento de Licitación Internacional, signado con el No. LICB-EPMMQ-2014-116, cuyo objeto es la ADQUISICIÓN Y FINANCIAMIENTO DEL MATERIAL RODANTE, VEHÍCULOS AUXILIARES, EQUIPOS y HERRAMIENTAS DE TALLER, Y LOTE DE REPUESTOS PARA LA PRIMERA LÍNEA DEL METRO DE QUITO; dentro del término correspondiente, me permito manifestar lo siguiente:

"Observación No. 2: "Mantenimiento"

En relación al literal b), debemos señalar que efectivamente el "Mantenimiento" no será contratado dentro del procedimiento para la "Adquisición y financiamiento del material rodante,

vehículos auxiliares, equipos y herramientas de taller y lote de repuestos para la primera línea del Metro de Quito"; sin embargo, tal y como se establece en el pliego, es fundamental para los intereses institucionales evaluar las capacidades técnicas y contar con un Plan de Mantenimiento y una propuesta económica de los oferentes del material rodante para brindar posteriormente el servicio de mantenimiento que requerirán los bienes que se adquieren mediante este proceso licitatorio.

El mantenimiento de los bienes que se adquieren mediante la presente licitación, será contratado de conformidad con la normativa vigente de contratación pública, sin embargo por la alta complejidad técnica de los bienes que se adquieren y del mantenimiento de los mismos, nos hace prever que se utilizará un procedimiento de contratación de un proveedor único para este servicio; por lo que la propuesta económica vinculante solicitada en el pliego del presente proceso, evitará que los costos de la futura contratación para el mantenimiento de estos bienes, se eleve.”.

De otro lado, en el formulario 3.1 “Presentación y Compromiso” que forma parte de la Oferta presentada el 23 de junio del 2014 por el Consorcio CAF-Metro de Quito, y del pliego del proceso de Licitación No. LICB-EPMMQ-2014-116, consta: “**En caso de participar** a futuro en el procedimiento precontractual para la contratación del servicio de mantenimiento de los bienes objeto de esta licitación, se obliga a mantener o mejorar las condiciones de la oferta técnica y económica del referido servicio presentadas en esta oferta”. (el énfasis añadido me pertenece)

(...)

6. GESTIÓN DEL MANTENIMIENTO

Actualmente, el servicio de mantenimiento se encuentra ejecutado bajo la modalidad de gestión directa institucional con el personal técnico capacitado de la EPMMQ.

6.1. PROCESO DE CONTRATACION DE MANTENIMIENTO Nro. RE-PU-EPMMQ-2024-001

Con fecha 05 de abril de 2024, se emitió la resolución Nro. RE-GG-EPMMQ-CP-2024-012 de inicio del proceso de contratación No. RE-PU-EPMMQ-2024-001 del “SERVICIO DE MANTENIMIENTO PREVENTIVO Y CORRECTIVO DEL MATERIAL RODANTE, VEHÍCULOS AUXILIARES Y EQUIPOS DE TALLER DE LA PRIMERA LINEA DEL METRO DE QUITO.”. Los términos de referencia para la referida contratación fueron elaborados con base en las condiciones establecidas en el proceso de licitación No. LICB-EPMMQ-2014-116 del año 2014, indexado por el componente de inflación de acuerdo con lo previsto por la Normativa Secundaria del SERCOP.

Mediante resolución Nro. RE-GG-EPMMQ-CP-2024-016 de 26 de abril de 2024, la Máxima Autoridad de la EPMMQ, resolvió:

“Declarar desierto el proceso de Régimen Especial signado con el Nro. RE-PU-EPMMQ-2024-001 para la contratación del “SERVICIO DE MANTENIMIENTO PREVENTIVO Y CORRECTIVO DEL MATERIAL RODANTE, VEHÍCULOS AUXILIARES Y EQUIPOS DE TALLER DE LA PRIMERA LINEA DEL METRO DE QUITO.”, por no haberse presentado oferta alguna, de conformidad a lo dispuesto en la letra a del artículo 33 de la LOSNCP”.

(...)

Una vez declarado desierto el proceso de contratación, el servicio de mantenimiento ha continuado ejecutándose bajo la modalidad de gestión directa institucional con el personal técnico capacitado de la EPMMQ.

6.2. MEDIACIÓN No. 422-DNCM-2024-QUI

6.2.1. INICIO DE PROCESO DE MEDIACIÓN

Mediante comunicación de fecha 16 de abril de 2024 recibida electrónicamente en la EPMMQ, la Empresa CAF, a través del Procurador Común economista Eduardo Alonso, informó que atendiendo a la cordial invitación recibida por el Portal del Servicio Nacional de Contratación Pública para presentar una oferta técnica y económica dentro del procedimiento bajo régimen especial Nro. RE-PU-EPMMQ-2024-001, publicado para la contratación del "SERVICIO DE MANTENIMIENTO PREVENTIVO Y CORRECTIVO DEL MATERIAL RODANTE, VEHÍCULOS AUXILIARES Y EQUIPOS DE TALLER DE LA PRIMERA LINEA DEL METRO DE QUITO."; CAF debe abstenerse de presentar una oferta debido a que el precio del proceso contractual subido en el portal del SERCOP es similar a la oferta en el anexo 2 presentada por CAF en el año 2014 dentro del proceso precontractual del contrato LICB-EPMMQ-2014-116; y esta difiere de una posible oferta con precios actualizados y de mercado que podría presentar CAF. En la referida comunicación, CAF sustenta sus afirmaciones con base en las siguientes condiciones: a) temporalidad, b) técnicas, c) inflacionarias, d) expectativas de negocio y, e) diferencia de los alcances solicitados.

Con fecha 1 de mayo de 2024, se suscribió el Acta de Reunión entre la EPMMQ y CAF, en la cual se dejó constancia de los argumentos de la controversia. La discusión se centró en el análisis de la variación o no de las condiciones imperantes al momento en que se presentó la oferta del servicio de mantenimiento, las diferencias entre el costo ofertado en 2014; los costos actuales del servicio; y, el carácter vinculante o no de la mencionada oferta correspondiente al proceso de contratación No. LICB-EPMMQ-2014-116 suscrito en el año 2014. Estos hechos fueron analizados por las partes; no obstante, se evidenció que no existe un consenso al respecto; de tal forma que, ante la imposibilidad de que las partes lleguen a acuerdos relacionados a la oferta técnico-económica de mantenimiento del 2014 y su vigencia, CAF invitó a la EPMMQ a someterse a un proceso de mediación en el Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado.

6.3. CONVOCATORIA

Mediante Convocatoria No. 4733-CMCV-2024-QUI de 8 de mayo de 2024, el Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado cursó a la EPMMQ la invitación a participar en el proceso de mediación No. 0422-DNCM-2024-QUI. En la referida comunicación consta:

*"(...) Dentro del Procedimiento de Mediación No.0422-DNCM-2024-QUI entre Consorcio CAF Metro De Quito y Empresa Pública Metropolitana Metro De Quito – Epmmq (SIC), relacionado con la "SOLICITUD DE MEDIACIÓN CON LA FINALIDAD DE LLEGAR A UN ACUERDO DEBIDO A LAS CONDICIONES DEL MERCADO RELACIONADAS CON LA COTIZACIÓN QUE PRESENTÓ EL CONSORCIO CAF EN EL 2014 COMO PARTE DEL PROCESO LICB-EPMMQ-2014-116 DE SUMINISTRO DE BIENES CON EL MDMQ", **este Centro de Mediación le invita en Primera ocasión a la Primera Audiencia de Mediación a realizarse el día viernes 10 de Mayo de 2024 a las 10:00,***

en las oficinas de este centro, ubicadas en la Av. Amazonas N39-123 y Arízaga, edificio Amazonas Plaza, Mezzanine.

En esta mediación ustedes tendrán la oportunidad de explorar opciones de resolución aceptables para las partes con el apoyo de una tercera persona neutral. Este procedimiento, reconocido en la Constitución de la República y en la Ley de Arbitraje y Mediación, al tratarse de una entidad pública se deberá estar a lo dispuesto en el Art. 16 #2 y 5 del Reglamento de la Ley de Arbitraje y Mediación (Decreto No.165-2021).

Solicito a usted confirmar su asistencia a los números telefónicos 022941300 o al correo electrónico jaime.andrade@pge.gob.ec”

6.4. AUDIENCIAS DE MEDIACIÓN

En el mes de mayo de 2024, se realizaron las siguientes audiencias de mediación de manera presencial en el Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado:

Tabla 6 Convocatorias del proceso de mediación.

No. Audiencia	No. Convocatoria	Ocasión de convocatoria	Fecha Convocatoria	Fecha Audiencia
1	4733-CMCV-2024-QUI	1ª	8 mayo 2024	10 mayo 2024
2	5061-CMCV-2024-QUI	1ª	16 mayo 2024	20 mayo 2024

En la audiencia llevada a cabo el 10 de mayo de 2024 y, una vez expuestas los argumentos de las partes en cuanto a la controversia suscitada, el Mediador autorizó el desarrollo de mesas técnicas de trabajo, a fin de buscar una solución a la controversia.

6.5. MESAS TÉCNICAS DE TRABAJO

Dentro de las mesas técnicas de trabajo realizadas durante la semana del 13 al 17 de mayo de 2024, entre los equipos técnicos de las Gerencias de Operaciones, Técnica y Jurídica de la EPMMQ y las respectivas contrapartes de la empresa CAF se trataron los puntos que giran en torno a la controversia del proceso de mediación No. 0422-DNCM-2024-QUI.

Las partes acordaron voluntariamente someterse al procedimiento de mediación, independiente de la cuantía de la controversia.

La EPMMQ, manifestó que, en aras de obtener el servicio de mantenimiento por gestión externa para los trenes, lanzó un procedimiento de contratación considerando las condiciones de la propuesta económica del contrato del 2014 ajustada por la inflación. Por su parte, la empresa CAF manifestó que las condiciones técnicas, jurídicas, económicas y del mercado han variado sustancialmente en los 10 años transcurridos desde la presentación de la oferta técnica para el proceso de ADQUISICIÓN DEL MATERIAL RODANTE, VEHÍCULOS AUXILIARES, EQUIPOS Y HERRAMIENTAS DE TALLER, Y LOTE DE REPUESTOS PARA LA PRIMERA LÍNEA DEL METRO DE QUITO.

Para establecer la temporalidad del servicio de mantenimiento y, en procura de subsanar la controversia suscitada, las partes acercan posiciones para que CAF oferte a la EPMMQ, un servicio de mantenimiento que sea suficiente para mantener una adecuada operación, por un

periodo de 8 meses, tomando como referencia los precios del proceso de contratación No. LICB-EPMMQ-2014-116 suscrito en el año 2014 actualizado por la inflación conforme lo determina la Normativa Secundaria del SERCOP. CAF, por su parte, deja expresa constancia que estos precios no obedecen a las condiciones de mercado actuales; sin embargo los aceptan, por que permiten subsanar la controversia.

La Empresa Pública Metropolitana Metro de Quito, se compromete a gestionar un nuevo procedimiento de contratación del servicio de mantenimiento del material rodante a largo plazo, que deberá ser contratado en el período comprendido entre julio de 2024 y abril del 2025.

6.6. ACUERDOS ALCANZADOS EN LAS MESAS TÉCNICAS DE TRABAJO

Con la finalidad de resolver la controversia entre las partes, relacionada con: por un lado, la posición de EPMMQ respecto a la exigibilidad del cumplimiento de la propuesta económica vinculante presentada en la contratación de suministro de bienes No. LICB-EPMMQ-2014-116 del año 2014, que fue el argumento de la EPMMQ para elaborar el Estudio de Mercado dentro del procedimiento de contratación No. RE-PU-EPMMQ-2024-001 publicado el 05 de abril de 2024 y declarado desierto el 26 de abril de 2024 y; por otro lado, la posición de CAF que sostiene que al haber transcurrido 10 años sin haberse contratado el servicio de mantenimiento, la oferta del 2014, al 2024 ya no es exigible por haberse producido variaciones significativas en los siguientes aspectos: a) temporalidad, b) técnicas, c) inflacionarias, d) expectativas de negocio y, e) diferencia de los alcances solicitados. Estos argumentos sirvieron de base para su no presentación de oferta técnica económica en el referido procedimiento de contratación No. RE-PU-EPMMQ-2024-001 del año 2024. En aras de acercar las posiciones de las partes dentro del proceso de mediación No. 0422-DNCM-2024-QUI, se establecen los siguientes acuerdos:

- 1. Las partes reconocen que las condiciones desde el 2014 hasta el 2024 han variado.*
- 2. La EPMMQ se compromete a iniciar un nuevo procedimiento de contratación del servicio de mantenimiento para el material rodante, en el marco de las disposiciones legales aplicables, dado que persiste la necesidad institucional. Por su parte CAF se compromete a presentar su oferta técnica económica para la prestación del citado servicio de mantenimiento, una vez que haya evaluado las condiciones del pliego del citado proceso de contratación y las considere pertinentes.*
- 3. La documentación preparatoria y precontractual del procedimiento de contratación del servicio de mantenimiento, producto de esta mediación, contemplará los siguientes parámetros:*
 - **Técnicas:** El servicio de mantenimiento será provisto de acuerdo con el plan elaborado por el fabricante; a saber:
 - o Intervenciones tipo VS, tipo B y C, en base al kilometraje estimado en el período.*
 - o Reparaciones de primer nivel que garanticen el servicio comercial en condiciones adecuadas.**
 - **Temporales:** El plazo de ejecución del servicio de mantenimiento será de 8 meses,*
 - **Económicas:** El precio establecido para el mantenimiento será el que resulte de la oferta presentada por CAF en el año 2014, considerando la inflación (variación del índice de*

precios al consumidor) del Ecuador al 2024, y prorrateado mensualmente para el tiempo de duración del contrato.

- 4. La EPMMQ se compromete a convocar un nuevo procedimiento de contratación del servicio de mantenimiento para el material rodante, en condiciones jurídicas, técnicas y económicas actuales e internacionales de mercado, de acuerdo con las necesidades institucionales, el mismo deberá ser contratado en el período comprendido entre julio de 2024 y abril del 2025.*

7. CONCLUSIONES

Actualmente, el servicio de mantenimiento se encuentra ejecutado bajo la modalidad de gestión directa institucional con el personal técnico capacitado de la EPMMQ.

La propuesta de mediación se justifica técnicamente, y es conveniente a los intereses de la EPMMQ, ya que permite contar con el servicio de mantenimiento, bajo la modalidad de gestión por contrato.

Esta mediación permitirá solventar los aspectos técnicos de mantenimiento con la empresa CAF, vinculados con la provisión de repuestos, dependencia tecnológica y otros elementos propios del material rodante.

Adicionalmente, esta mediación facultará avanzar al cierre y liquidación del Contrato No. LICB-EPMMQ-2014-116 del año 2014.

El presente informe técnico recoge los aspectos relevantes discutidos y consensuados por las partes en las mesas técnicas efectuadas del 13 al 17 de mayo del 2024, así como en las audiencias de mediación desarrolladas los días 10 y 20 de mayo del 2024.

8. RECOMENDACIONES

La Gerencia Técnica y la Gerencia de Operaciones recomiendan a la máxima autoridad de la EPMMQ continuar con el proceso de cierre de la mediación, con base en los términos técnicos y operativos de los acuerdos planteados.

Se recomienda contar con los informes económico y jurídico, a fin de solicitar al Concejo Metropolitano, la respectiva autorización para la suscripción del Acta de acuerdo de mediación”.

1.4. Informe Económico

Mediante Informe Económico No. APO-DF-INF-098, de 6 de junio de 2024, elaborado por Miguel Alejandro Terán, Profesional 3 de Presupuesto; revisado por Mónica Morán Garnica, Directora Financiera; y, aprobado por Wendy Barreno Lalama, Gerente Administrativa Financiera, que se remite adjunto al Memorando No. EPMMQ-GAF-2024-0150-M de 6 de junio de 2024, luego de establecer los antecedentes, base legal, análisis presupuestario y consignar información de orden financiero y presupuestario, manifiesta:

“1. RESUMEN EJECUTIVO

El presente informe se genera en el contexto del Proceso de Mediación signado con el código No. 0422-DNCM-2024-QUI de fecha 08 de mayo de 2024, instaurado entre Consorcio CAF Metro De Quito y EPMMQ, en este sentido la Gerencia Administrativa Financiera verifica que el proceso citado consta dentro del Plan Anual de Inversiones 2024, Plan Plurianual de Inversiones 2024-2028, y en el reporte de Plan Operativo Anual de la Gerencia de Operaciones de la EPMMQ; asimismo se verifica que la Certificación Presupuestaria CO 0000554 para el proceso de "Servicio de Mantenimiento Preventivo y Correctivo del Material Rodante, Vehículos Auxiliares y Equipos de Taller de la Primera Línea del Metro de Quito" a la fecha de elaboración del presente informe se encuentra vigente.

(...)

4. ANÁLISIS PRESUPUESTARIO

4.1. MARCO PLURIANUAL EPMMQ 2024-2028

Mediante Resolución No. DEPMMQ-023-2023, de 20 de diciembre de 2023, el Directorio de la EPMMQ conoció y aprobó el Plan Plurianual de Inversión, la Programación Cuatrianual y los Techos Plurianuales Presupuestarios por Programas 2024-2028, con el siguiente detalle:

AÑO	2024	2025	2026	2027	2028
TECHO PLURIANUAL APROBADO:	93.872.380,10	87.111.162,06	83.710.997,66	82.607.450,53	111.137.571,30

4.2. PRESUPUESTO PLURIANUAL 2024-2028 – GERENCIA DE OPERACIONES

Mediante Memorando Nro. EPMMQ-GO-2024-0170-M de fecha 14 de marzo de 2024, la Gerencia de Operaciones solicitó a la Dirección de Planificación y Control de Gestión la emisión de la certificación PAI del proceso "Servicio de Mantenimiento Preventivo y Correctivo del Material Rodante, Vehículos Auxiliares y Equipos de Taller de la Primera Línea del Metro de Quito"

Mediante Memorando Nro. EPMMQ-DPCG-2024-0118-M, de 14 de marzo de 2024, la Dirección de Planificación y Control de Gestión, en atención al memorando citado en el párrafo anterior indicó que "(...) ha procedido con la revisión de los instrumentos de planificación y presupuesto vigentes, concluyendo que el requerimiento realizado por la Gerencia de Operaciones, mediante memorando Nro. EPMMQ-GO-2024-0170-M de fecha 14 de marzo de 2024, ha sido contemplado en el Proyecto: "Primera Línea del Metro de Quito" conforme se detalla a continuación:

Sector	Movilidad
Programa	Sistema de Transporte Público Eficiente
Proyecto	Primera Línea del Metro de Quito
Unidad	Gerencia de Operaciones
Actividad	Garantizar la disponibilidad de la PLMQ con el mantenimiento y supervisión oportuno.

Así también, el numeral 4, del Memorando Nro. EPMMQ-DPCG-2024-0118-M, concluyó que "La Dirección de Planificación y Control de Gestión, ha procedido con la revisión de los instrumentos de planificación vigentes, concluyendo lo siguiente:

La contratación del proceso "Servicio de Mantenimiento Preventivo y Correctivo del Material Rodante, Vehículos Auxiliares y Equipos de Taller de la Primera Línea del Metro de Quito", ha sido considerado en el PAI 2024 y Plan Plurianual de Inversión 2024 – 2028 que fue aprobado por el Directorio Institucional, por encontrarse alineado con las actividades y tareas de la empresa."

Mediante Memorando Nro. EPMMQ-GO-2024-0232-M, 01 de abril de 2024, la Gerencia de Operaciones de la EPMMQ, solicitó la emisión de la certificación presupuestaria para el proceso "Servicio de Mantenimiento Preventivo y Correctivo del Material Rodante, Vehículos Auxiliares y Equipos de Taller de la Primera Línea del Metro de Quito"

Mediante el Memorando Nro. EPMMQ-GAF-DF-2024-0346-M, de 01 de abril de 2024, la Dirección Financiera de la EPMMQ, en atención Memorando Nro. EPMMQ-GO-2024-0232-M, remitió la Certificación Presupuestaria CO 0000554 para la Contratación de "Servicio de Mantenimiento Preventivo y Correctivo del Material Rodante, Vehículos Auxiliares y Equipos de Taller de la Primera Línea del Metro de Quito"

Monto total de la contratación \$ 13.943.155,38

Año 2024 \$ 1.626.701,46

Año 2025 \$ 2.788.631,07

Año 2026 \$ 2.788.631,07

Año 2027 \$ 2.788.631,07

Año 2028 \$ 3.950.560,71

5. CONCLUSIONES

- La Gerencia Administrativa Financiera - Dirección Financiera, ha revisado y verificado que el proceso citado consta dentro del Plan Anual de Inversiones 2024, Plan Plurianual de Inversiones 2024-2028, y en el reporte de Plan Operativo Anual de la Gerencia de Operaciones de la EPMMQ.
- Se verifica la Certificación Presupuestaria CO 0000554 para la Contratación de "Servicio de Mantenimiento Preventivo y Correctivo del Material Rodante, Vehículos Auxiliares y Equipos de Taller de la Primera Línea del Metro de Quito" a la fecha de elaboración del presente informe se encuentra vigente".

2. BASE LEGAL.

2.1. Constitución de la República del Ecuador

El inciso primero del artículo 190 dispone: "Se reconocerá el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir (...)"

El artículo 226 preceptúa que: "Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal

ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley (...)".

El primer inciso del artículo 233 señala: "Art. 233.- Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones o por omisiones, y serán responsable administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos".

2.2. Código Civil

"Art. 1489.- Es obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro que puede suceder o no.

Art. 1490.- La condición es positiva o negativa.

La positiva consiste en que acontezca una cosa; la negativa, en que una cosa no acontezca."

"Art. 1493.- Se llama condición potestativa la que depende de la voluntad del acreedor o del deudor; casual, la que depende de la voluntad de un tercero, o de un acaso; mixta, la que en parte depende de la voluntad del acreedor, y en parte de la voluntad de un tercero, o de un acaso."

"Art. 1495.- La condición se llama suspensiva si, mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho; y resolutoria, cuando por su cumplimiento se extingue un derecho.

Art. 1496.- Si la condición suspensiva es o se hace imposible, se tendrá por fallida.

A la misma regla se sujetan las condiciones cuyo sentido y el modo de cumplirlas son enteramente ininteligibles.

Y las condiciones inductivas a hechos ilegales o inmorales.

La condición resolutoria que es imposible por su naturaleza, o ininteligible, o inductiva a un hecho ilegal o inmoral, se tendrá por no escrita".

"Art. 1501.- No puede exigirse el cumplimiento de la obligación condicional, sino verificada la condición totalmente.

Todo lo que se hubiere pagado antes de efectuarse la condición suspensiva, podrá repetirse mientras no se hubiere cumplido".

"Art. 1505.- En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

Pero, en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios”.

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

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

“Art. 1583.- Las obligaciones se extinguen, en todo o en parte:

(...) 4. Por la transacción;”

“Art. 2348.- Transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual.

No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa.”

“Art. 2362.- La transacción surte el efecto de cosa juzgada en última instancia; pero podrá pedirse la declaración de nulidad o la rescisión, en conformidad a los artículos precedentes.”

2.3. Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas

El artículo 115 dispone: *“Certificación Presupuestaria.- Ninguna entidad u organismo público podrán contraer compromisos, celebrar contratos, ni autorizar o contraer obligaciones, sin la emisión de la respectiva certificación presupuestaria”.*

2.4. Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización

El artículo 331, señala lo siguiente: *“Prohibiciones a los ejecutivos de los gobiernos autónomos descentralizados. - Está prohibido al ejecutivo de los gobiernos autónomos descentralizados: (...) j) Absolver posiciones, deferir el juramento decisorio, allanarse a la demanda o desistir de una planteada, y aceptar conciliaciones conforme a la ley sin previa autorización del órgano de legislación”.*

2.5. Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado

El artículo 11, establece que: *“(...) Los organismos y entidades del sector público podrán someterse a procedimientos de arbitraje de derecho y a la mediación nacional o internacional, de acuerdo a lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación, o en instrumentos internacionales que los faculte, previa la suscripción del respectivo convenio (...)”.*

El artículo 12, indica que: “(...) *De la transacción y el desistimiento.* - Los organismos y entidades del sector público, con personería jurídica, podrán transigir o desistir del pleito, en las causas en las que intervienen como actor o demandado, para lo cual deberán previamente obtener la autorización del Procurador General del Estado, cuando la cuantía de la controversia sea indeterminada o superior a veinte mil dólares de los Estados Unidos de América. **Los organismos del régimen seccional autónomo no requerirán dicha autorización, pero se someterán a las formalidades establecidas en las respectivas leyes (...)**”. (Énfasis añadido).

2.6. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

El artículo 70 dispone: “Art. 70.- *Administración del Contrato.*- Los contratos contendrán estipulaciones específicas relacionadas con las funciones y deberes de los administradores del contrato, así como de quienes ejercerán la supervisión o fiscalización.

En el expediente se hará constar todo hecho relevante que se presente en la ejecución del contrato, de conformidad a lo que se determine en el Reglamento. Especialmente se referirán a los hechos, actuaciones y documentación relacionados con pagos; contratos complementarios; terminación del contrato; ejecución de garantías; aplicación de multas y sanciones; y, recepciones”.

El artículo 104 dispone lo que sigue: “Artículo 104.- *Métodos alternativos de solución de controversias.* - De existir diferencias entre las partes contratantes no solventadas dentro del proceso de ejecución, podrán utilizar los procesos de mediación y arbitraje en derecho, que lleven a solucionar sus diferencias, de conformidad con la cláusula compromisoria respectiva”.

2.7. Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado

El artículo 40 dispone: “Art. 40.- *Responsabilidad por acción u omisión.* - Las autoridades, dignatarios, funcionarios y demás servidores de las instituciones del Estado, actuarán con la diligencia y empeño que emplea generalmente en la administración de sus propios negocios y actividades, caso contrario responderán, por sus acciones u omisiones, de conformidad con lo previsto en esta ley.”

Por otra parte, el artículo 54 determina que: “Art. 54.- *Responsabilidad en los procesos de estudio, contratación y ejecución.*- Las autoridades, dignatarios, funcionarios y servidores que tengan a su cargo la dirección de los estudios y procesos previos a la celebración de los contratos públicos, tales como de construcción, provisión, asesoría, servicios, arrendamiento, concesiones, delegaciones, comodato y permuta, serán responsables por su legal y correcta celebración; y aquellos a quienes correspondan las funciones de supervisión, control, calificación o dirección de la ejecución de los contratos, serán responsables de tomar todas las medidas necesarias para que sean ejecutadas con estricto cumplimiento de las estipulaciones contractuales, los programas, costos y plazos previstos”.

2.8. Ley de Arbitraje y Mediación

El artículo 43, establece que “(...) La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto (...)”.

2.9. Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación

El artículo 16, dispone lo que sigue: “(...) Mediación con el Estado y entidades del sector público.-

1. El Estado o una entidad del sector público podrán resolver cualquier disputa sobre los hechos, actos o demás actuaciones administrativas que tengan relación o surjan con ocasión de la relación jurídica objeto de mediación, incluyendo dejar sin efecto o modificar actos de terminación, caducidad, sancionadores o multas, indistintamente del órgano administrativo que los emita.

2. En la mediación el representante del Estado o la entidad pública, con el apoyo de sus dependencias técnicas y legales, realizará un análisis costo-beneficio de proseguir con la controversia, considerando el costo en tiempo y recursos de un litigio, la expectativa de éxito de seguir tal litigio, y la conveniencia de resolver la controversia en la instancia más temprana posible.

3. Las Actas de Mediación que contengan un acuerdo cuya cuantía sea indeterminada o superior a veinte mil dólares de los Estados Unidos de América deberán ser aprobadas por el Procurador General del Estado.

4. La suscripción del Acta de Mediación y la emisión de los informes conforme a los incisos anteriores no generará responsabilidad civil o administrativa de los funcionarios de la entidad pública o la Procuraduría General del Estado, salvo la existencia de dolo en su emisión.

5. Incurrirá en responsabilidad civil o administrativa el funcionario público que, negándose a suscribir un acuerdo de mediación, hubiese provocado una condena a la entidad pública, cuando era razonablemente predecible que la posición de la entidad estatal no hubiese sido acogida en un litigio y, con base en un análisis costo-beneficio, hubiese sido preferible para el erario público llegar a un acuerdo (...)”.

2.10. Reglamento del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado

“Art. 22.- Admisión: Si la solicitud no cumple con los requisitos del artículo 21 del presente reglamento, el Director del Centro o el delegado del Presidente requerirá al solicitante que la complete.

Si de la petición se desprende **que la controversia materia de la solicitud de mediación no versa sobre materia transigible**, el Director del Centro o el delegado del Presidente la **inadmitirá a trámite**”. (Las negrillas me pertenecen).

Art. 31.- De las Actas de Acuerdo Total y Parcial de Mediación: Estos instrumentos contendrán:

a) Comparecientes.- Nombres, apellidos, calidad en la que comparecen y de ser el caso, números de cédulas o pasaportes;

b) Antecedentes:

b.1) En el caso de las Actas de Acuerdo de Mediación, los antecedentes, a más de establecer la petición, las convocatorias y las audiencias realizadas, deberán contener una relación de los hechos que originaron el conflicto, de conformidad con la Ley de Arbitraje y Mediación.

b.2) De intervenir una entidad del sector público, se hará constar lo siguiente:

a) El informe técnico, de fiscalización o del administrador del contrato;

b) Informe económico-financiero, de ser el caso;

c) Informe jurídico fundamentado, pronunciándose favorablemente sobre la conveniencia y legalidad de los acuerdos arribados en la mediación, así como que se trata de materia transigible; y,

d) Certificación presupuestaria, conforme lo dispuesto en el artículo 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, cuando los acuerdos impliquen la erogación de recursos públicos (...)."

2.11. Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

Art. 46.- Estudios.- Antes de iniciar un procedimiento precontractual, de acuerdo con la naturaleza de la contratación, la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños completos, definitivos y **actualizados**, planos y cálculos, especificaciones técnicas o términos de referencia, análisis de precios unitarios -APUS- de ser el caso, presupuesto referencial y demás información necesaria para la contratación, debidamente aprobados por las instancias correspondientes, vinculados al Plan Anual de Contratación de la entidad según corresponda.

En el caso de obras públicas, que cuenten con aportes de participación ciudadana, la entidad contratante procederá con su inclusión en los estudios a efectos de delimitar adecuadamente el objeto de la contratación.

Excepcionalmente, cuando no existan técnicos especializados en la entidad contratante, la máxima autoridad o su delegado, podrá contratar bajo la modalidad de consultoría los estudios previos requeridos para la contratación, lo cual deberá ser considerado en el Plan Anual de Contrataciones (PAC)".

Art. 49.- Determinación del presupuesto referencial.- Las entidades contratantes deberán contar con un **presupuesto referencial apegado a la realidad de mercado al momento de publicar sus procesos de contratación**. Los instrumentos de determinación del presupuesto referencial serán los siguientes:

1. Estudio de mercado: Para el caso de adquisición de bienes y prestación de servicios, conforme los parámetros que regule el SERCOP.

En aquellos bienes o servicios con precio oficial fijado por el Gobierno Nacional mediante Decreto Ejecutivo o algún otro mecanismo legalmente reconocido para el efecto, no será aplicable la metodología para la determinación de presupuesto referencial (...)”.

El primer inciso del artículo 295 ordena: *“Art. 295.- De la administración del contrato.- En todos los procedimientos que se formalicen a través de contratos u órdenes de compra, las entidades contratantes designarán de manera expresa a un administrador del contrato, quien velará por el cabal y oportuno cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones contractuales”*.

“Art. 297.- Informes.- El administrador del contrato emitirá los informes de manera motivada y razonada enmarcándose en el respeto al debido proceso y a las cláusulas contractuales, a fin de precautelar los intereses públicos y la debida ejecución del mismo, y acorde a lo prescrito en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.”

“Art. 302.- Contratos de alta complejidad.- En los contratos que por la naturaleza del objeto de contratación, implique un alto nivel de especificidad técnica o tecnológica, el administrador del contrato expondrá las justificaciones motivadas a la máxima autoridad de la entidad contratante, a fin de incluir la participación de profesionales o áreas internas de la entidad contratante, para que con su conocimiento y perfil profesional se pueda adoptar de ser el caso, las medidas que garanticen una correcta administración y ejecución del contrato”.

“Art. 303.- Atribuciones del administrador del contrato.- Son funciones del administrador del contrato u orden de compra las siguientes:

- 1. Coordinar todas las acciones necesarias para garantizar la debida ejecución del contrato;*
- 2. Cumplir y hacer cumplir todas las obligaciones derivadas del contrato y los documentos que lo componen;*
- 3. Adoptar las acciones para evitar retrasos injustificados en la ejecución del contrato;*
- 4. Imponer las multas establecidas en el contrato, para lo cual se deberá respetar el debido proceso;*
- 5. Administrar las garantías correspondientes que se mantendrán vigentes durante todo el plazo de vigencia del contrato, esta obligación podrá ser coordinada con el tesorero de la entidad contratante o quien haga sus veces, a quien corresponde el control y custodia de las garantías. La responsabilidad por la gestión de las garantías será solidaria entre el administrador del contrato y el tesorero;*
- 6. Reportar a la máxima autoridad de la entidad contratante, cualquier aspecto operativo, técnico, económico y de otra naturaleza que pudieren afectar al cumplimiento del contrato;*
- 7. Coordinar con las direcciones institucionales y con los profesionales de la entidad contratante, que, por su competencia, conocimientos y perfil, sea indispensable su intervención para garantizar la debida ejecución del contrato;*
- 8. Notificar la disponibilidad del anticipo cuando sea contemplado en el contrato como forma de pago coordinando con el área financiera de la entidad contratante;*
- 9. Verificar que los movimientos de la cuenta bancaria del contratista correspondan estrictamente al devengamiento del anticipo y a lo correspondiente en la ejecución contractual;*

10. *Proporcionar al contratista las instrucciones necesarias para garantizar el cumplimiento del contrato sobre la base de las especificaciones técnicas o términos de referencia y en las condiciones establecidas en los pliegos del proceso;*
11. *Requerir motivadamente al contratista, la sustitución de cualquier integrante de su personal cuando lo considere incompetente o negligente en su oficio, presente una conducta incompatible con sus obligaciones, se negare a cumplir las estipulaciones del contrato y los documentos anexos. El personal con el que se sustituya deberá acreditar la misma o mejor capacidad, experiencia y demás exigencias establecidas en los pliegos;*
12. *Autorizar o negar el cambio del personal asignado a la ejecución del contrato, verificando que el personal que el contratista pretende sustituir acredite la misma o mejor capacidad, experiencia y demás exigencias establecidas en los pliegos, desarrollando adecuadamente las funciones encomendadas;*
13. *Verificar de acuerdo con la naturaleza del objeto de contratación, que el contratista disponga de todos los permisos y autorizaciones para el ejercicio de su actividad, en cumplimiento de la legislación ambiental, seguridad industrial y salud ocupacional, legislación laboral, y aquellos términos o condiciones adicionales que se hayan establecidos en el contrato;*
14. *Reportar a las autoridades competentes, cuando tenga conocimiento que el contratista se encuentra incumpliendo sus obligaciones laborales y patronales conforme a la ley;*
15. *Verificar permanentemente y en los casos aplicables, el cumplimiento de Valor de Agregado Ecuatoriano, desagregación y transferencia tecnológica, así como cualquier otra figura legalmente exigible y que se encuentre prevista en el contrato o que por la naturaleza del objeto y el procedimiento de contratación sean imputables al contratista;*
16. *Elaborar e intervenir en las actas de entrega recepción a las que hace referencia el artículo 81 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; así como, coordinar con el contratista y el técnico no interviniente durante la ejecución del contrato, la recepción del mismo;*
17. *Publicar en el Portal COMPRASPÚBLICAS durante la fase contractual toda la información relevante, de conformidad con los manuales de usuario o directrices que emita el Servicio Nacional de Contratación Pública. Para dicho efecto, el usuario creador del proceso deberá habilitar el usuario para el administrador del contrato;*
18. *Preparar y organizar el expediente de toda la gestión de administración del contrato, dejando evidencia documental a efectos de las auditorías ulteriores que los órganos de control del Estado realicen;*
19. *Informar a la máxima autoridad de la entidad contratante, la modificación de las características técnicas de los productos a ser entregados en una orden de compra formalizada;*
20. *Solicitar a los contratistas y servidores que elaboraron los estudios, que en el término máximo de quince (15) días, desde la notificación, informen sobre la existencia de justificación para suscribir contratos complementarios, órdenes de trabajo y diferencias en cantidades de obra que superen el quince por ciento (15%) del valor del contrato principal; y,*
21. *Cualquier otra que de acuerdo con la naturaleza del objeto de contratación sea indispensable para garantizar su debida ejecución. Las atribuciones adicionales del administrador del contrato deberán estar descritas en el contrato.”*

2.12. Normativa Secundaria del Sistema Nacional de Contratación Pública

Art. 53.- Estudio de mercado.- Corresponde a la entidad contratante, el análisis efectuado para la definición del presupuesto referencial, el cual deberá contener mínimo lo siguiente:

1. Análisis del bien, y/o servicio a ser contratado: especificaciones técnicas o términos de referencia;
2. Revisión de los procesos de contratación pública de la entidad contratante como de otras instituciones del Estado, para identificar los montos de adjudicaciones similares realizadas en los últimos dos (2) años;

La entidad contratante, de acuerdo a la necesidad institucional, podrá realizar un análisis de la contratación a desarrollarse, considerando para el efecto la naturaleza de la contratación y sus particularidades especiales, tales como ubicación geográfica y economía de escala, en observancia de los principios previstos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública;

3. De ser el caso, **considerar la variación de precios locales o importados, según corresponda; de ser necesario, realizar el análisis a precios actuales, considerando la inflación (nacional y/o internacional);** y,

4. Las entidades contratantes procurarán contar con al menos tres proformas; las cuales podrán ser obtenidas a través de la herramienta de "Necesidades de contratación y recepción de proformas". (...)

2.13. Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito

"Artículo 207.- Creación.- Créase la empresa pública denominada "Empresa Pública Metropolitana Metro de Quito".

"Artículo 208.- Objeto Principal.- El objeto principal de la "Empresa Pública Metropolitana Metro de Quito" será el de desarrollar, implementar y administrar el subsistema "Metro de Quito" en el marco de las políticas y normas expedidas por el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito".

"Artículo 209.- Potestades y competencias.- Las potestades de la "Empresa Pública Metropolitana Metro de Quito" serán las siguientes:

(...) b. Administrar, operar, mantener y, en general, explotar la infraestructura, el material móvil y el equipamiento e instalaciones del Subsistema de Transporte Público Metro de Quito;

c) Prestar servicios atinentes al objeto previsto en el literal anterior, a través de la infraestructura a su cargo, directamente o por cualquier medio permitido por el ordenamiento jurídico; y,"

2.14. Contrato de Provisión de Bienes No. LICB-EPMMQ-2014-116 suscrito el 17 de julio de 2014

“Cláusula Tercera.- Objeto del Contrato

3.1. El CONTRATISTA se obliga para con la MDMQ a fabricar y entregar en la Ciudad de Quito, D.M., conforme lo señalado en los pliegos, a entra satisfacción del MDMQ y de la EPMMQ, el MATERIAL RODANTE, VEHÍCULOS AUXILIARES, EQUIPOS y HERRAMIENTAS DE TALLER, Y LOTE DE REPUESTOS PARA LA PRIMERA LINEA DEL METRO DE QUITO.

Se compromete al efecto, a realizar dichos trabajos con sujeción a su Oferta, planos, especificaciones técnicas generales y particulares de los bienes y servicios, anexos, acta de mejoras, instrucciones de la EPMMQ y demás documentos contractuales, tanto los que se protocolizan en este instrumento, cuanto los que forman parte del mismo sin necesidad de protocolización, y respetando la normativa legal aplicable.

3. ANÁLISIS

3.1. Elementos generales del Contrato y hechos suscitados que han llevado a la controversia

De los antecedentes expuestos, consta que el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, representado por la Empresa Pública Metropolitana Metro de Quito, suscribió el 17 de julio de 2014 un contrato de provisión de bienes con el Consorcio CAF Metro de Quito, en el marco normativo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento y normativa secundaria dictada por el SERCOP, para la adquisición de material rodante, vehículos auxiliares y lote de repuestos para la Primera Línea del Metro de Quito.

Forma parte integrante del Contrato celebrado por las Partes, los pliegos, términos de referencia y la oferta presentada por EOMMT SAS.

En el Pliego de la licitación se incluyó un requerimiento para los oferentes, tendiente a contar con un plan de mantenimiento y una oferta económica con carácter vinculante por el mantenimiento con un plazo de 10 años, a partir del inicio de la operación, aclarando que el mantenimiento no sería parte del objeto del contrato, es decir, no sería contratado en ese momento.

No se puede dejar de mencionar que este tipo de estipulación resulta inusual en procesos de contratación pública, toda vez que no se explica en principio, que se haya requerido una oferta económica y asignar puntaje en la fase de evaluación, para un servicio que no habría de contratarse como producto de ese procedimiento precontractual.

Se evidencia que la misma preocupación tuvo el SERCOP cuando cursa una comunicación a la EPMMQ requiriendo, entre otros temas, explicar las razones para solicitar un plan de mantenimiento y una oferta económica que no serían objeto de la contratación.

El gerente general de aquella época contesta al SERCOP, ratificando expresamente que: (i) el mantenimiento no sería contratado dentro del citado procedimiento, justificando la estipulación en la necesidad de evaluar las capacidades técnicas de los oferentes y contar con un Plan de Mantenimiento y una propuesta económica de los oferentes del material rodante para brindar posteriormente el servicio de mantenimiento; y, (ii) Evitar que los costos de la futura contratación para el mantenimiento se eleven, previendo que seguramente habría de ejecutarse un procedimiento de contratación directa, bajo la figura de proveedor único.

Luego de absueltas estas dudas al SERCOP, el procedimiento continuó hasta la adjudicación y suscripción del respectivo contrato, el día 17 de julio de 2014, sin que haya sido suspendido, cancelado o declarado desierto.

Es importante mencionar el formulario 3.1. Presentación y Compromiso de la oferta de CAF, que corresponde a un formulario que forma parte del Pliego, documento de presentación obligatoria como parte de la oferta, en la que todos los oferentes participantes, en el caso específico el Consorcio CAF, formulan una serie de declaraciones que brindan seguridad al procedimiento, a la entidad contratante y obligan al oferente al cumplimiento de todos aquellos compromisos contenidos en la oferta, puesto que declaran conocer todos y cada uno de los requerimientos del Pliego, declaran su conformidad, se obligan a suscribir el contrato en caso de ser adjudicados, entre otros varios compromisos y obligaciones que asumen al presentar su oferta.

Es así que en el numeral 18 del formulario 3.1., el oferente Consorcio CAF declara lo que sigue:

*“18. En caso de participar a futuro en el procedimiento precontractual para la contratación del servicio de mantenimiento de los bienes objeto de esta licitación, **se obliga a mantener o mejorar las condiciones de la oferta técnica y económica del referido servicio presentadas en esta oferta**”.* (Las negrillas me pertenecen)

Antes de pasar a analizar las implicaciones y efectos jurídicos de la obligación asumida por el oferente, se debe mencionar que el formulario 3.1. es parte integrante de la oferta del Consorcio CAF y que ésta, a su vez, es parte integrante del contrato suscrito, conforme lo dispone la Cláusula Segunda, numeral 2.3., antes transcrita.

Siendo que el contrato legalmente celebrado es ley para las partes, como lo ordena el artículo 1561 del Código Civil, y que el contrato con el Consorcio CAF se encuentra vigente a esta fecha, pues no se ha suscrito el acta de entrega recepción única, con carácter de definitiva, que pondría fin a la relación contractual y extinguiría sus obligaciones, la obligación asumida por el Consorcio CAF en cuanto a su oferta respecto del Plan de Mantenimiento y su oferta económica, se consideraría, en principio, una obligación contractual vigente y exigible.

Sin embargo de lo manifestado, y con la finalidad de que las autoridades de la EPMMQ cuenten con los elementos necesarios para adoptar las decisiones que resguarden el interés público y se ajusten a la normativa vigente, se debe analizar la naturaleza jurídica de la obligación asumida

por el Consorcio CAF, lo que nos remite al Código Civil, en su Libro IV De las obligaciones en general y de los contratos.

Tenemos entonces la definición de obligación condicional contenida en el artículo 1489 del Código Civil, que dice que es aquella que depende de una condición, esto es, de que se produzca un acontecimiento futuro e incierto, que puede ocurrir o no.

La condición es positiva cuando depende que un hecho se produzca, y es negativa cuando depende de que el hecho futuro e incierto no se produzca. En el caso materia de este informe, estamos frente a una condición positiva.

Esta obligación condicional tiene además el carácter de suspensiva, puesto que depende de que el hecho futuro e incierto se produzca, y una vez verificado, la obligación se torna exigible.

En el caso que se analiza, se verifica que el tipo de obligación que asumió el Consorcio CAF al momento de presentar su oferta, conforme lo establecido en el Pliego, es una obligación condicional positiva y además suspensiva puesto que inicia el numeral 18 del formulario 3.1. diciendo: *“18. En caso de participar a futuro en el procedimiento precontractual para la contratación del servicio de mantenimiento...”*. En este texto se verifica que la obligación está condicionada a un hecho futuro e incierto, que es la eventual participación en el procedimiento para la contratación del mantenimiento.

Ese hecho futuro contiene dos elementos que deben concurrir para que se verifique: (i) que la EPMMQ lleve adelante el procedimiento precontractual para la contratación del servicio de mantenimiento; y, (ii) que el Consorcio CAF decida participar en el procedimiento y presente una oferta. Si ese hecho futuro e incierto se llega a producir, entonces se genera la obligación de mantener o mejorar las condiciones de la oferta técnica y económica.

Sin embargo, se debe tener en cuenta que la participación de un oferente en un procedimiento precontractual, es una decisión que compete solo al oferente, y que no existe norma jurídica alguna que obligue a un oferente, cualquiera que éste sea, a presentar una oferta.

En el caso que nos ocupa, la EPMMQ llevó adelante el Proceso de Contratación de Mantenimiento No. RE-PU-EPMMQ-2024-001, que inició el 5 de abril de 2024, con la Resolución No. RE-GG-EPMMQ-CP-2024-012.

Como señala el informe técnico, *“Los términos de referencia para la referida contratación fueron elaborados con base en las condiciones establecidas en el proceso de licitación No. LICB-EPMMQ-2014-116 del año 2014, indexado por el componente de inflación de acuerdo con lo previsto por la Normativa Secundaria del SERCOP.*

Mediante resolución Nro. RE-GG-EPMMQ-CP-2024-016 de 26 de abril de 2024, la Máxima Autoridad de la EPMMQ, resolvió:

“Declarar desierto el proceso de Régimen Especial signado con el Nro. RE-PU-EPMMQ-2024-001 para la contratación del “SERVICIO DE MANTENIMIENTO PREVENTIVO Y CORRECTIVO DEL MATERIAL RODANTE, VEHÍCULOS AUXILIARES Y EQUIPOS DE TALLER DE LA PRIMERA LINEA DEL METRO DE QUITO.”, por no haberse presentado oferta alguna, de conformidad a lo dispuesto en la letra a del artículo 33 de la LOSNCP”.

Como se evidencia, el Consorcio CAF, pese a haber recibido la invitación a presentar su oferta, y luego de analizar los requerimientos y demás condiciones del Pliego que se elabore para el efecto, tenía la facultad, no la obligación, de presentar o no una oferta.

Consta del informe técnico que mediante comunicación de 16 de abril de 2024, el oferente CAF informó que debe abstenerse de presentar una oferta debido a que el precio del proceso contractual subido en el portal del SERCOP es similar a la oferta en el anexo 2 presentada por CAF en el año 2014 dentro del proceso precontractual del contrato LICB-EPMMQ-2014-116; y esta difiere de una posible oferta con precios actualizados y de mercado que podría presentar CAF. En la referida comunicación, CAF sustenta sus afirmaciones en las siguientes razones: a) temporalidad, b) técnicas, c) inflacionarias, d) expectativas de negocio y, e) diferencia de los alcances solicitados.

En lo que respecta al presupuesto referencial, la normativa vigente en la contratación pública es suficientemente clara respecto de cómo establecerlo a partir del estudio de mercado que la entidad contratante debe elaborar.

Al haber transcurrido casi diez años desde la suscripción del contrato con el Consorcio CAF, se debe tener en cuenta lo previsto por el numeral 3, del artículo 53 de la Normativa Secundaria del Sistema Nacional de Contratación Pública, que faculta a la entidad contratante a considerar la variación de precios locales o importados, según corresponda; de ser necesario, realizar el análisis a precios actuales, considerando la inflación (nacional y/o internacional).

La controversia surge entonces, respecto de si la oferta técnica y económica presentada por el Consorcio CAF en el procedimiento llevado a cabo en el año 2014 sería exigible o no a esta fecha.

Para determinar la exigibilidad es necesario analizar y determinar si las condiciones vigentes al año 2014, que sirvieron de base para la oferta técnica y económica presentada por el Consorcio CAF han variado o no hasta la presente fecha, en cuyo caso, la obligación, por ser una obligación condicional, positiva y suspensiva, conforme lo determinan los artículos del Código Civil que hemos citado, se han mantenido invariables hasta la presente fecha o han variado por factores de orden técnico o económico.

Del informe técnico consta que las Partes, luego de las mesas técnicas que han mantenido para procurar un acuerdo, han determinado que sí se han producido variaciones en las condiciones desde el 2014 hasta el 2024, lo que lleva a la aplicación del artículo 1496 del Código Civil, que prescribe que: *“Si la condición suspensiva es o se hace imposible, se tendrá por fallida”.*

3.2. Pertinencia jurídica del proceso de mediación

La mediación es un proceso alternativo de solución de conflictos que las partes contratantes acordaron en el contrato antes detallado, conforme lo determinan los artículos 190 de la Constitución de la República del Ecuador y 43 y siguientes de la Ley de Arbitraje y Mediación.

Como lo determina el artículo 43 de la Ley de Arbitraje y Mediación, los conflictos materia del arbitraje deben versar sobre materia transigible, elemento de suma importancia para este análisis. Ha de entenderse por materia transigible a aquello que es susceptible de concesiones recíprocas de las Partes en conflicto, aquello que puede ser negociado dentro de los límites que establece la ley, en aras de solucionar un conflicto ya existente o prevenir uno futuro.

Conforme lo dispone el Reglamento del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado, en su artículo 22, al normar lo relativo a la admisión de una solicitud de mediación, establece que compete al Director del Centro o el delegado del Presidente inadmitir la solicitud si la controversia no versa sobre materia transigible.

Además de la admisión por parte del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado, cabe señalar que los asuntos controvertidos expuestos en el Informe Técnico son materia transigible, en razón de que no afectan a los elementos esenciales del Contrato, ni lo desnaturalizan, toda vez que los acuerdos versan sobre la forma de proceder a futuro en torno al contenido de la oferta presentada por el Consorcio CAF en el año 2014 respecto del Plan de Mantenimiento Completo y la Propuesta Económica de Mantenimiento que, hay que resaltar, no fueron parte del objeto del contrato, porque los pliegos señalaron expresamente que no serían contratados en ese momento.

Cuando las Partes alcanzan acuerdos satisfactorios y convenientes a sus intereses, que permitan superar las controversias, dichos acuerdos se materializan en un Acta de Acuerdo Total de Mediación, instrumento que, conforme lo dictamina el 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación, goza del efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada.

Como lo prescribe el artículo 29 del Reglamento del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado, *“El procedimiento de mediación concluye con cualquiera de los siguientes instrumentos: 1. El acta de acuerdo total de mediación, cuando las partes han resuelto el conflicto en todas sus partes; (...).”*

3.3. Acuerdos que se plantean para la suscripción del Acta de Mediación

Luego de haber agotado el trabajo en las mesas técnicas que las Partes acordaron en la primera audiencia de mediación, el Informe Técnico plasma los acuerdos alcanzados, desarrollados y

justificados ampliamente en dicho informe y citados textualmente en la parte que interesa a este informe, en el acápite de antecedentes.

- “1. Las partes reconocen que las condiciones desde el 2014 hasta el 2024 han variado.*
- 2. La EPMMQ se compromete a iniciar un nuevo procedimiento de contratación del servicio de mantenimiento para el material rodante, en el marco de las disposiciones legales aplicables, dado que persiste la necesidad institucional. Por su parte CAF se compromete a presentar su oferta técnica económica para la prestación del citado servicio de mantenimiento, una vez que haya evaluado las condiciones del pliego del citado proceso de contratación y las considere pertinentes.*
- 3. La documentación preparatoria y precontractual del procedimiento de contratación del servicio de mantenimiento, producto de esta mediación, contemplará los siguientes parámetros:*
 - Técnicas: El servicio de mantenimiento será provisto de acuerdo con el plan elaborado por el fabricante; a saber:*
 - o Intervenciones tipo VS, tipo B y C, en base al kilometraje estimado en el período.*
 - o Reparaciones de primer nivel que garanticen el servicio comercial en condiciones adecuadas.*
 - Temporales: El plazo de ejecución del servicio de mantenimiento será de 8 meses,*
 - Económicas: El precio establecido para el mantenimiento será el que resulte de la oferta presentada por CAF en el año 2014, considerando la inflación (variación del índice de precios al consumidor) del Ecuador al 2024, y prorrateado mensualmente para el tiempo de duración del contrato.*
- 4. La EPMMQ se compromete a convocar un nuevo procedimiento de contratación del servicio de mantenimiento para el material rodante, en condiciones jurídicas, técnicas y económicas actuales e internacionales de mercado, de acuerdo con las necesidades institucionales, el mismo deberá ser contratado en el período comprendido entre julio de 2024 y abril del 2025”.*

Se debe tener claro que el Acta de Mediación que se plantea suscribir, no supone en modo alguno el incremento en el monto del Contrato original, o el reconocimiento de valor económico alguno por fuera del Contrato, ya sea a título de indemnización, desequilibrio económico o cualquier otro.

Por otra parte, se debe tener en cuenta que conforme la ordenanza de creación de la EPMMQ, para el caso de la adquisición de material rodante, la entidad contratante es el GADDMQ, correspondiéndole a la EPMMQ la administración del respectivo contrato.

En esta línea, teniendo en cuenta que el Contratante es el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, se debe tener presente la disposición contenida en el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, cuyo artículo 331, letra j), al establecer las prohibiciones a las que se encuentra sujeto el ejecutivo de los gobiernos autónomos descentralizados, se contempla el absolver posiciones, deferir el juramento decisorio, allanarse a la demanda o desistir de una planteada, y aceptar conciliaciones, sin previa autorización del órgano de legislación.

4. CRITERIO JURÍDICO Y RECOMENDACIÓN

Por los antecedentes, base legal y análisis expuestos en el presente informe, y fundamentalmente por el contenido de los informes técnico y económico que sirven de base a este informe, es criterio de esta Gerencia Jurídica que el señor Gerente General de la EPMMQ, se encuentra legalmente facultado a solicitar al señor Alcalde del Distrito Metropolitano de Quito a fin de que someta a consideración del Concejo Metropolitano de Quito el otorgamiento de la autorización prevista en el artículo 331, letra j) del COOTAD.

Una vez alcanzada la mencionada autorización, el señor Alcalde del Distrito Metropolitano, o su delegado, quedarán facultados para acudir al Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado con el fin de suscribir el Acta de Acuerdo de Mediación dentro del proceso de mediación No. 0584-DNCM-2023-QUI, previo el cumplimiento del procedimiento y requisitos establecidos en la Ley de Arbitraje y Mediación, y su respectivo Reglamento.

Es fundamental dejar sentado que los acuerdos alcanzados con el Consorcio CAFMQ implican el reconocimiento de ningún valor económico adicional al monto contractual estipulado al momento de su suscripción.

En el presente caso, no se requiere de la autorización del señor Procurador General del Estado, teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, que dice: “Los organismos del régimen seccional autónomo no requerirán dicha autorización, pero se someterán a las formalidades establecidas en las respectivas leyes (...)”.

Con sentimientos de distinguida consideración y estima.