



FACULTAD DE POSTGRADO

MAESTRÍA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

**ESCRITO ACADÉMICO PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO EN
LA
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

TEMA:

**LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN CONTRA ACTOS DE TERMINACIÓN
UNILATERAL DE LOS CONTRATOS**

MAESTRANTE:

JOSÉ ROOSEVELT CEDEÑO MACÍAS

TUTOR:

AB. ERICK LEUSCHNER

AÑO:

2014

ECUADOR – GUAYAQUIL

CONTENIDO

1. INTRODUCCIÓN.....	1
2. MARCO TEÓRICO	3
2.1. ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA	3
2.2. LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN	5
2.3. NATURALEZA JURÍDICA	6
2.4. DISPOSICIONES COMUNES DE LAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES	7
2.5. EL DEBIDO PROCESO.....	10
2.6. EL DEBIDO PROCEDIMIENTO	11
2.7. LA MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS	13
2.8. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	14
2.9. LA AUTO TUTELA ADMINISTRATIVA.....	18
2.10. EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.....	19
2.11. ACTO DE TERMINACIÓN UNILATERAL.....	20
2.12. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	23
2.13. PROPORCIONALIDAD EN LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA.....	24
2.14. DESARROLLO DE PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL AMBITO SANCIONATORIO DE SUJECCIÓN CONTRACTUAL.....	25
2.15. REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES	27
2.16. RESTRICCIÓN NORMATIVA DE DERECHOS Y GARANTÍAS	31
2.17. NORMATIVA SUPRANACIONAL	34
3. DISCUSIÓN	35
4. CONCLUSIONES	36
5. BIBLIOGRAFÍA	

ABSTRACT

This research work indicates an analysis of the action mechanism of protection and protection of the rights of public sector contractors to the punitive act of unilateral termination of a contract, premises Coligen creating a harmonious legal reasoning legal rules our constitutional and establishing that the administrative act of unilateral termination of a contract at the time that damages constitutional rights as the basic guarantees of due process and legal certainty opening chord constitutionally established in Article 88 of the Constitution of the Republic.

In turn aims to point out the false premises that the Constitutional Court has been built in the sense that these acts of unilateral termination of the contract are only challengeable in the ordinary courts and their harmful effects, are not subject to provisional suspension; consolidated version in legal reform LOSNCP.

In this perspective we should analyze the legal nature of administrative contracts , guardianship order of the acts of the administration, the exorbitant power to declare Unilateral Termination by the contracting entity , the constituent elements of default by the contractor and the procedure administrative provisions of Organic Law of the National System of Public Procurement to declare Unilateral Termination of administrative Contracts for Execution of Works and Provision of Services, addressed the perspective of Constitutional due process , legal certainty and judicial safeguards.

KEYWORDS

Protective action, unilateral termination of the contract, the principle of proportionality, due process, judicial safeguards, constitutional rights.

RESUMEN

Este trabajo investigativo denota un análisis de la Acción de Protección como mecanismo de tutela de los derechos fundamentales de los contratistas del sector público ante el acto sancionatorio de terminación unilateral de un contrato, creando premisas que coligen a una argumentación jurídica armónica a nuestra normativa constitucional y legal, estableciendo que el acto administrativo de terminación unilateral de un contrato, en el momento que lesiona derechos constitucionales como las garantías básicas del debido proceso y la seguridad jurídica, apertura la vía constitucional acorde lo establecido en el artículo 88 de la Constitución de la República.

A su vez tiene la finalidad de señalar las premisas falsas que la Corte Constitucional ha construido en el sentido que estos actos de terminación unilateral del contrato solo son impugnables en la justicia ordinaria y sus efectos lesivos, no son sujetos de suspensión provisional; versión jurídica consolidada en la reforma a la LOSNCP.

En esta perspectiva se debe analizar la naturaleza jurídica de los contratos administrativos, la auto tutela de los actos de la administración, la potestad exorbitante para declarar la Terminación Unilateral por parte del ente contratante, los elementos constitutivo del incumplimiento por parte del contratista y el procedimiento administrativo que establece la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública para declarar la Terminación Unilateral de los Contratos Administrativos de Ejecución de Obras y de Prestación de Servicios, abordados de la perspectiva constitucional del debido proceso, la seguridad jurídica, derechos conexos y las garantías jurisdiccionales.

PALABRAS CLAVES

Acción de protección, terminación unilateral del contrato, principio de proporcionalidad, debido proceso, garantías jurisdiccionales, derechos constitucionales.

1. INTRODUCCIÓN

La Constitución de la República contiene Derechos y Garantías que son de directa e inmediata aplicación y sujetos de tutela jurisdiccional frente a la actividad del poder. Actividad que, en un Estado Constitucional, debe ejercerse acorde a las potestades, competencias y facultades que emanen de la Constitución, la Ley; respetando y garantizando los derechos fundamentales.

Para la prestación de servicios públicos y ejecución de obras, la Administración Pública contrata a personas naturales y jurídicas para su prestación; actividad que se encuentra regulada por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento y las cláusulas contractuales, en el marco del derecho administrativo.

En esta relación jurídica, se conciben potestades exorbitantes en favor de la Administración para la cobertura adecuada del interés público, pero que a su vez, estas potestades, deben ejercerse respetando derechos y garantías constitucionales y cuando de cuyo ejercicio, se vulneran estos derechos se activan las garantías jurisdiccionales de cautela y de protección.

Una de estas potestades exorbitantes en los contratos administrativos, es la Terminación Unilateral de los Contratos por parte de la Administración Pública, la misma que, siendo una actividad sancionadora en el marco de un régimen de sujeción especial que vincula las entidades contratantes con los contratistas, debe respetar y garantizar las Garantías Básicas del Debido Proceso Sustantivo y Adjetivo.

Cuando se lesiona este Derecho de Protección es legítimo acceder a la Tutela Constitucional, así lo han entendido varios Jueces de Primera y de Segunda Instancia que han conocido y resuelto este tipo de causas. Sin embargo de lo cual la Corte Constitucional ha emitido sentencias que marcarían la pauta que los contratistas públicos en el Ecuador solo tienen derechos de rango legal y estarían despojados de derechos constitucionales sujeto a lesión, en la relación jurídica con sus contratantes.

*“La Acción de Protección, conocida anteriormente como Amparo Constitucional e identificada como recurso, juicio, proceso, acción o derecho de amparo, según el **nomen-iuris**”(Ferrer, 2006), que se le ha dado por la normatividad, jurisprudencia o doctrina de cada país, no necesariamente debió constar en norma constitucional o legal expresa para que tenga vigencia en su aplicación. Por el contrario se ha hecho efectiva en varios sistemas, sin necesidad de que constituya norma constitucional expresa. En Ecuador, su creación es normativa y no pretoriana como ocurrió en Argentina en los casos “Siri” y “Kot”.*

Guillermo Cabanellas sostiene que: *“**Acción** equivale a ejercicio de una potencia o facultad. Efecto o resultado de hacer. En cambio al hablar de **Protección** manifiesta que es: Amparo, defensa, favorecimiento”(Cabanellas, 1968).*

Marcela I. Basterra, cita a Augusto Morello “en el mundo azteca, promediando los años 1850, un detenido era arrastrado por las calles de la ciudad de México por algunos esbirros que lo llevaban a la cárcel. Al escuchar voces que venían desde lo alto la víctima levantó la vista y vio en un balcón que conversaba con el dueño de casa un magistrado del Poder Judicial. Sólo atinó a pronunciar una palabra clave y definitiva: “ampárame”. Bastó ese salvoconducto para que la maquinaria judicial sin trámites, rizados ni oropeles procesales, brindara tutela efectiva y acordara la libertad que arbitrariamente se le cancelaba al afectado. Así de simple es el origen y el mecanismo del amparo”.(Basterra, 2013)

Couture (2002) se refiere a la acción como: *“el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión (...) tanto el individuo ve en la acción una tutela de su propia personalidad, la comunidad ve en ella el cumplimiento de uno de sus más altos fines, o sea la realización efectiva de las garantías de justicia, de paz, de seguridad, de orden, de libertad, consignada en la Constitución”(Couture, 2002).* Por lo cual, la acción de protección está diseñada como garantía jurisdiccional autónoma para proteger por reparación los derechos fundamentales sin discriminación alguna.

2. MARCO TEÓRICO

2.1. ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA

El Ecuador es un Estado Constitucional de derechos y justicia (Art.1CRE¹).Entendemos por Constitución al documento normativo que instituye la estructura de una colectividad política de conformidad con dos requisitos esenciales: Una declaración de derechos; y una organización de los órganos de decisión colectiva inspirada en una interpretación de la división o separación de poderes.(Amaya, 2012)

En la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, en el marco de la revolución francesa e inspirada en la declaración de independencia estadounidense de 1776 y en el espíritu filosófico del siglo XVIII que constituyó el fin del antiguo régimen y el inicio de una nueva época en el Artículo XVI se consignó: “toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”.

En este contexto la Constitución contiene un amplio catálogo de derechos que emanados de los Instrumentos y Tratados Internacionales y de la jurisprudencia internacional de los derechos humanos se han ido incorporando a lo largo del enfoque progresivo del constitucionalismo ecuatoriano.

Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas, con capacidad de obrar; entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica y por “status”, la condición de un sujeto, previsto así mismo por una norma jurídica positiva como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de actos que son ejercicio de éstas. (Ferrajoli, 2001, pág. 19)

¹CRE.- Constitución de la República del Ecuador

Los derechos fundamentales se los concibe también como ciertos derechos morales que la Constitución convierte en jurídicos.(Dworkin, 2002)Para que estos derechos sean tangibles y materialmente accesibles al uso y goce de los ciudadanos se requiere necesariamente de la existencia de garantías jurisdiccionales a efecto de cautela y/o reparar la vulneración desproporcionada que se hubiere producido en una relación de poder.

La razón jurídica actual tiene la ventaja derivada de los progresos del siglo pasado, que le permiten configurar y construir hoy el derecho –bastante más que en el viejo Estado Liberal– como un sistema artificial de garantías constitucionalmente pre-ordenado a la tutela de los derechos fundamentales.(Ferrajoli, Derechos y Garantías, 2009)La CRE² en el Título Tercero configura las garantías constitucionales siendo estas las garantías normativas, las de políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana y las garantías jurisdiccionales.

La progresividad de los derechos del buen vivir enunciados en el derecho internacional como los derechos económicos, sociales y culturales, requieren de una acción afirmativa de los Estados a través de políticas públicas que configuren materialmente los derechos del buen vivir, para cuyo efecto es necesario la implementación de proyectos de consultoría y de construcción para la dotación de obras y servicios a los ciudadanos.

En el marco de las políticas públicas y dotación de servicios públicos se crea la orientación para hacer efectivos los derechos del buen vivir y todos los derechos que se formulen a partir del principio de solidaridad. (Art.85CRE). Estas políticas públicas requieren de la acción ejecutiva de los diferentes niveles de gobierno en el marco del régimen de competencias para la planificación, diseño y ejecución de obras y servicios a través de los servicios de consultoría y de los contratos de ejecución de obra.

La nueva Constitución de la República del Ecuador revolucionó el rol del Estado en varios ámbitos, entre ellos, el económico. El nuevo rol del Estado en la economía ecuatoriana no deja dudas, su papel en la nueva economía ‘planificada’ es esencial, así lo dicta, por ejemplo, el artículo 227 de la Constitución de la República del Ecuador que establece que “La

²CRE: Constitución de la República del Ecuador.

*administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, **planificación**, transparencia y evaluación (Subrayado y negrilla es nuestro)”.*

Como toda actividad administrativa, la planificación tiene un objetivo claro marcado en el ordenamiento jurídico: El buen vivir. Objetivo constitucional que en el texto de la CPE recorre de manera transversal al mismo. Así, el Art. 275 de la CPE, primer inciso, establece que “*El régimen de desarrollo es el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales, que garantizan la realización del buen vivir, del sumakkawsay.*”

Luego de identificar el objetivo, continúa el artículo delineando la planificación estatal de la siguiente manera: “*El Estado planificará el desarrollo del país para garantizar el ejercicio de los derechos, la consecución de los objetivos del régimen de desarrollo y los principios consagrados en la Constitución. La planificación propiciará la equidad social y territorial, promoverá la concertación, y será participativa, descentralizada, desconcentrada y transparente.*”

2.2. LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN

La Acción de protección la encontramos dentro de las Garantías Jurisdiccionales, en el artículo 88 de nuestra Constitución de la República, donde señala que:

“La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación”.

Su objetivo es el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en nuestra Constitución, teniendo como fin reparar el daño causado.

2.3. NATURALEZA JURÍDICA

Con este enunciado constitucional, la Acción de Protección es una de las garantías jurisdiccionales contenida en el artículo 88 C.R.E.³, que el legislador en ejercicio de la potestad que le confiere el artículo 120 numeral 6⁴ y artículo 132 numeral 1 y 2⁵ de la C.R.E. al expedir la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, determinó que la Acción de Protección tutela los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución de la República y Tratados Internacionales de Derechos Humanos que no estén amparados por las otras garantías jurisdiccionales. Además, estableció que la Acción de Protección se podrá presentar cuando concurren los requisitos de:

- a) Violación de un derecho constitucional;
- b) Acción u omisión de una autoridad pública; y,
- c) Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.⁶

Para ello estableció que la Acción de Protección procede contra *“todo acto u omisión que viole o haya violado los derechos que menoscabe, disminuya o anule su goce o ejercicio”*

³Constitución de la República del Ecuador

⁴Constitución de la República del Ecuador Art. 120.- La Asamblea Nacional tendrá las siguientes atribuciones y deberes, además de las que determine la ley: 6. Expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio.

⁵Constitución de la República del Ecuador Art. 132.- La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común. Las atribuciones de la Asamblea Nacional que no requieran de la expedición de una ley se ejercerán a través de acuerdos o resoluciones. Se requerirá de ley en los siguientes casos: 1. Regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales; 2. Tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes.

⁶ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional artículos 39 y 40.

(Art.41#1LOGJCC⁷). De igual manera regulo la improcedencia de la Acción de Protección en el artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.⁸

Consecuentemente, la activación de la garantía jurisdiccional de Acción de Protección se configura con la existencia de un acto, por acción u omisión, de una autoridad pública, que no ejerza potestades judiciales, que manifieste su voluntad a través de un acto administrativo, hecho administrativo, contrato administrativo o reglamentación administrativa auto aplicativa, que lesione derechos constitucionales. Ejercicio administrativo que en virtud de una potestad estatal en el marco de competencias y facultades solo son atribuidas en la Constitución y Ley teniendo el deber de hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución. (Art.226CRE).

Con ello, la naturaleza jurídica de la acción de protección es un auténtico proceso jurisdiccional autónomo, configurado como el de mayor alcance en la protección jurisdiccional de los derechos y las libertades fundamentales. (Ferrer, 2006, pág. 191)

2.4. DISPOSICIONES COMUNES DE LAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES

La Constitución de la República en su artículo 86 determina que la Acción de Protección puede ser interpuesta por cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad. Son competentes la jueza o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos, su procedimiento es sencillo, rápido y eficaz, constituyéndose así en una garantía efectiva y ágil, ya que en todas sus fases e instancias se utilizará la oralidad, no pudiendo aplicar normas procesales que tiendan a retardar su ágil despacho.

⁷ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

⁸ Art. 42.- Improcedencia de la acción.- La acción de protección de derechos no procede: 1. Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales. 2. Cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos, salvo que de tales actos se deriven daños susceptibles de reparación. 3. Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de derechos. 4. Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz. 5. Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho. 6. Cuando se trate de providencias judiciales. 7. Cuando el acto u omisión emane del Consejo Nacional Electoral y pueda ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral. En estos casos, de manera sucinta la jueza o juez, mediante auto, declarará inadmisibile la acción y especificará la causa por la que no procede la misma.

Es así, que no habrá la necesidad de buscar el patrocinio de un abogado para proponer la acción, además de que serán hábiles todos los días y horas para plantearla, misma que podrá ser propuesta oralmente o por escrito, sin formalidades, y sin la necesidad de citar la norma legal infringida.

Las notificaciones que se necesiten hacer, se efectuarán por los medios más eficaces que estén al alcance del juzgador, del legitimado activo y del órgano responsable del acto u omisión. Una vez presentada la acción, la jueza o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos, convocará inmediatamente a una audiencia pública, y en cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para que sean recabadas dichas pruebas.

Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información. Luego de esto la jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de algún derecho consagrado en la Constitución, deberá declararla, así como ordenar la reparación integral, material e inmaterial, además de especificar e individualizará las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse.

Las sentencias de primera instancia podrán ser apeladas ante la Corte Provincial. Los procesos judiciales sólo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución. Si la sentencia o resolución no se cumple por parte de los servidores públicos, la jueza o juez ordenará su destitución del cargo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar.

“Por otro lado, cuando un particular sea quien incumpla la sentencia o resolución, se hará efectiva la responsabilidad determinada en la ley”(Ordoñez, 1995) El legislador incorporo un requisito que no consta en la Constitución para la acción de protección y este es el de la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz, para proteger el derecho violado. Este requisito, ha venido siendo interpretado como un elemento de subsidiaridad de la

acción constitucional de protección, que se activaría solo para suplir la omisión de garantías procesales en la vía judicial ordinaria.

Sin embargo de aquello, siendo la materia del ámbito constitucional, el derecho violado al cual se refiere el legislador es necesariamente un derecho constitucional y el 'otro' mecanismo de defensa que de existir en el caso concreto haría improcedente la acción de protección, según el legislador, debe ser uno de aquellos procedimientos que son constitucionalmente adecuados y eficaces para la defensa de los derechos constitucionales, por lo tanto, el amparo directo y eficaz se activa si el derecho humano lesionado no está amparado por las otras garantías jurisdiccionales, tales como: las habeas corpus, acceso a la información pública, habeas data, por incumplimiento extraordinario de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena. Con esta interpretación prohomine la acción de protección es de carácter alternativo y de ninguna manera subsidiario.”

En el ámbito de la contratación pública son aplicables los principios de la función judicial que en el art. 190 de la Constitución de la República que establece los medios alternativos de solución de conflictos entre los cuales destaca la mediación y el arbitraje.

En el ámbito de la justicia ordinaria, la vía Contencioso Administrativa no es adecuada y eficaz para proteger el Derecho al Debido Proceso de los Contratistas Públicos, pues, se establece en el art. 76 de la Ley de Jurisdicción Contencioso – Administrativo emitida el 18 de marzo de 1968 la prohibición de suspender la ejecución o cumplimiento del Acto Administrativo impugnado, por lo cual el fallo que se emita en esta Sede, devendría en inoficiosa la vía ante la lesión del derecho en búsqueda de protección ya que no repararía de manera inmediata y eficaz el derecho al Debido Proceso de los Contratistas Públicos, siendo su razón de justificación la defensa de la potestad estatal frente al Derecho del Ciudadano y/o del Administrado por ello, si la jurisdicción contencioso administrativa carece de potestad jurisdiccional para suspender los efectos del acto impugnado, y gracias a aquellos efectos no suspendidos el administrado sufre, por ejemplo, la quiebra de la empresa, ¿qué sentido tendría un fallo que reconozca la ilegalidad de la terminación unilateral del contrato si la empresa por la demora del proceso y del dictado del fallo ya ha quebrado? En ese caso hipotético, se habría obtenido la tutela judicial, pero la misma ya no fue

‘efectiva’. La tutela judicial efectiva, en casos como el planteado, se restringe a tutela judicial sí, pero inefectiva.

Por ello la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador en la sentencia del 6 de mayo de 2008 en el numeral 86 indica: “*Sin embargo, como lo ha reiterado en numerosas ocasiones esta Corte, la efectividad de los recursos no depende exclusivamente de que estén consagrados en la ley, sino que éstos en la práctica sean rápidos y sencillos, sobre todo que se cumpla con el objetivo de resolver sobre el derecho presuntamente vulnerado*”.

En esta sentencia el Estado Ecuatoriano fue destinatario de una decisión judicial en la jurisdicción de los Derechos Humanos al no contar la justicia ordinaria con un mecanismo adecuado, idóneo, eficaz, directo e inmediato que tutele derechos fundamentales.

2.5. EL DEBIDO PROCESO

En relación a la existencia de derechos de protección se determina que “*El problema de la existencia tiene un problema material y otro estructural. El material se refiere a la cuestión de que y como hay que proteger. La respuesta a esta cuestión es tarea de la dogmática de los diferentes derechos fundamentales*”(Alexy, 2002) En relación al aspecto estructural Robert Alexy plantea la interrogante de si existen derechos de protección o solo normas que prescriben al Estado la protección de los individuos sin conferirles un derechos subjetivo. Tratándose pues del conocido problema derecho subjetivo o mera norma objetiva. (2002) En este contexto Robert Alexy hace una demarcación entre derecho de defensa y derecho de protección.

El ordenamiento jurídico constitucional ecuatoriano establece en el Capítulo Octavo del Título II relativo a los derechos de protección entre los que consta el derecho a la Tutela Judicial Efectiva contenido en el artículo 75 CRE, derecho al Debido Proceso estipulado en el artículo 76 CRE y el derecho a la Seguridad Jurídica en el artículo 82 CRE.

“El derecho fundamental al Debido Proceso es un derecho complejo que proyecta en todos los ámbitos de la vida pública y privada, y que se ha institucionalizado en el Constitución en diversas reglas y principios”.(Pulido, El derecho de los derechos, 2008) Carlo Bernal Pulido se adhiere al criterio de la Corte Constitucional de Colombia en el sentido de que *“(…) el Debido Proceso constitucional no debe confundirse con el debido proceso legal que se refiere al desarrollo legislativo de los principios constitucionales que conforma el contenido de este derecho constitucional”*⁹. Con la cual se establece que las violaciones al debido proceso legal no tienen relevancia constitucional a menos que trascienda por su entidad al ámbito constitucional y se convierta en violaciones indirectas del debido proceso constitucional.

En este ámbito el autor establece cuales son las características y los contenidos que configuran los principios integradores del debido proceso constitucional señalando que son: el debido proceso en sentido estricto, la legalidad, la publicidad, el juez natural, la desfavorabilidad, la presunción de inocencia, la defensa, la celeridad, la doble instancia y la prevalencia de las normas sustanciales.

La Constitución de la República contiene estos principios en los numerales 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del artículo 76 y el derecho a la defensa en los literales a), b), c), d), e), f), g), h), i), j), k), l) y m) del numeral 7 del referido artículo 76.

El debido proceso, por tanto, es el derecho de los derechos en un Estado constitucional y democrático.

2.6. EL DEBIDO PROCEDIMIENTO

Con la normativa constitucional invocada es evidente que no es suficiente el cumplimiento de la normativa legal contenida en el Artículo 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en cuanto al trámite y a la tipicidad administrativa determinada en el Artículo 94 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, consecuentemente cuando la administración aplicando solo la ley pero inobservando la

⁹Sentencia T-461 y sentencia T-685 del año 2003.

Constitución lesiona derechos de rango fundamental, activando consecuentemente el derecho convencional a un recurso ágil y sencillo que lo cautele, tutele y repare.

La Convención Interamericana de Derechos Humanos en su Artículo 25 determina lo siguiente:

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Los Estados partes se comprometen:

- a) A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) A desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c) A garantizar el cumplimiento. Por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso (Art. 25 CIDDHH)¹⁰.

Sin embargo, acorde a la postura del poder público ecuatoriano es que al existir la jurisdicción contencioso administrativo como una vía judicial para impugnar los actos de la administración pública, la jurisdicción constitucional se encuentra vedada al litigio que emerge de los Contratos Administrativos, aunque se lesionen derechos fundamentales.

Esta premisa es evidentemente falsa dado que se sustenta en la hipótesis de que la Acción de Protección es de carácter subsidiario; sin embargo la adecuada interpretación del texto constitucional y del texto legal nos lleva a la conclusión de que la acción constitucional de protección es de carácter principal y alternativo, pues el legislador cuando se refiere al otro mecanismo de defensa judicial siempre pone como requisito que esa vía debe ser adecuada y eficaz para cautelar, tutelar y reparar el derecho constitucional violado.

¹⁰Convención Americana de Derechos Humanos, **San José, Costa Rica.**

La protección del derecho constitucional al Debido Proceso de los Contratistas Públicos, no es amparable por las acciones de Hábeas Corpus, Acceso a la Información Pública, Hábeas Data, por Incumplimiento, Extraordinaria de Protección y Extraordinaria de Protección contra decisiones de la Justicia Indígena, tal cual lo establece el art. 39 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; por lo cual en la jurisdicción constitucional no existe otro mecanismo de defensa judicial que sea adecuado, eficaz, directo, idóneo e inmediato para controlar eficazmente la actividad del funcionario público accionado y proteger adecuada y efectivamente el derecho constitucional lesionado.

El derecho constitucional contemporáneo ha venido adecuando garantías jurisdiccionales para el efectivo uso y goce de los derechos fundamentales, en aplicación, como Estado parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, concretamente en el art. 25 numeral 1; y, 2 literales a), b) y c), que determinan la protección judicial efectiva de derechos fundamentales a través de recursos sencillos y rápidos.

2.7. LA MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS

Todos los actos emanados de los órganos del Estado, deberán ser motivados. La motivación debe indicar los presupuestos de hecho y las razones jurídicas que han determinado la decisión del órgano, en relación con los resultados del procedimiento previo. La indicación de los presupuestos de hecho no será necesaria para la expedición de actos reglamentarios.

La Constitución de la República, dentro de las garantías básicas del derecho de defensa como elemento constitutivo del debido proceso dispone:

Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados (**Art. 76#7 lit. 1 CRE**)¹¹.

¹¹Constitución de la República del Ecuador, 2008

En cuanto a la motivación en las resoluciones judiciales la Corte Constitucional en la Sentencia N°. 032-11-SEP-CC del caso N°. 858-09-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N°. 572 del jueves 10 de noviembre del 2011, establece:

La motivación consiste en que los antecedentes que se exponen en la parte motiva sean coherentes con lo que se resuelve y nunca puede ser válida una motivación que sea contradictoria con la decisión. En otras palabras: “La motivación es justificación, es argumentar racionalmente para justificar una decisión aplicativa, es exposición de las razones que se han dado por los jueces para mostrar que su decisión es correcta o aceptable” **(Prieto Sanchis, Atienza citado por Egas Zavala, Jorge. Apuntes de Derecho Constitucional. Guayaquil (EC) 2009, pág. 93).**

Consecuentemente la motivación adecuada es una obligación de quien ejerce potestad pública y es un derecho de defensa en el marco del debido proceso del destinatario de la manifestación de voluntad de la administración.

2.8. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

La relación jurídica entre el sector público a través del órgano y el contratista sea persona natural o jurídica, se materializa a través de un contrato administrativo regido por los principios y normas del derecho administrativo.

El Derecho Administrativo constituye una rama destacada dentro de la ciencia jurídica, como caracteres y elementos comunes a las restantes vertientes del Derecho público. Como ocurre en cada una de ellas, la aproximación al Derecho administrativo requiere de una perspectiva sistémica comprensiva de las distintas dimensiones de la realidad jurídica teórica y práctica, de la norma, la conducta y el valor, bajo la luz que brinda el sistema de Derecho constitucional.

El Derecho Administrativo es el conjunto de normas y principios que regulan y rigen el ejercicio de una de las funciones del poder, la administrativa. Por ello, podemos decir que el Derecho administrativo es el *régimen jurídico de la función administrativa* y trata sobre el circuito jurídico del obrar administrativo. (Dromi, Derecho Administrativo, 2009)

Una de las formas de expresión de la voluntad de la administración es el contrato administrativo el mismo que es todo acto o declaración multilateral o de voluntad común; productor de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa. (Art.75ERJAFE¹²)

El objeto de todos los contratos es la obligación que por ellos se constituye. Obligación que tiene por contenido una prestación de dar, hacer o no hacer, querida por las partes.

Los contratos de la administración pueden tener por objeto una obra o servicio público y cualquier otra prestación que tenga por finalidad el fomento de los intereses y la satisfacción de las necesidades generales, lo que implica que el objeto de la contratación administrativa sea prácticamente ilimitado. En definitiva, la obligación es la consecuencia inmediata que persiguen las partes al celebrar el contrato, como factor determinante de su voluntad.

Las obligaciones que establece el contrato administrativo son respecto del contratista de carácter personal, *intuitipersonae*. Por esto, la administración al celebrar el contrato se resguarda de la insolvencia económica, moral y técnica de su contratista, prohibiendo, en principio, la cesión o subcontratación de las obligaciones que surgen del mismo.

Ahora bien, en relación jurídica contractual administrativa se contraponen los derechos y obligaciones del Estado y de su contratista, con una *equivalencia de las prestaciones* que no se refiere a una igualdad cuantitativa o aritmética, sino que es una igualdad proporcional de los derechos y obligaciones de las partes, con garantías para el contratista frente a las prerrogativas de la Administración, con el fin contractual de *lograr el objeto del bien común*, del que participan ambas partes.

En la actividad contractual de las entidades estatales, como es propio en este tipo de relaciones en que concurren voluntades para la creación de obligaciones procede el ejercicio de la autoridad administrativa manifestada en forma unilateral mediante la expedición de actos administrativos debidamente motivados susceptibles de impugnación por la vía gubernativa y del ejercicio de las acciones contenciosas pertinentes.(Arévalo, 2010)

¹²Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

De los contratos administrativos pueden emanar actos de la administración en calidad de contratante que suelen constituirse en actos separables, más, si emanan en la configuración de la autotutela administrativa que le confiere potestades exorbitantes a la administración, con fines disciplinarios y/o sancionatorios.

El Acto Administrativo es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa. (Art.65ERJAFE¹³) Sin embargo, el acto administrativo puede preceder o no a la materialización de la voluntad de la administración, la misma que se constituye en un hecho administrativo que expresa la ejecución material de un acto administrativo, estimamos que la diferencia es innegable; en particular por la certeza jurídica, los efectos jurídicos, la presunción de legitimidad, la Impugnabilidad, la nulidad, etc., que confieren un régimen jurídico propio, autónomo y diverso a cada una de estas dos formas jurídicas de la función administrativa.

El hecho administrativo no impone deberes a los administrados. Sus efectos jurídicos se reducen a imponer responsabilidad administrativa si se ha ocasionado un daño. Ahora bien, si el ordenamiento jurídico exige una declaración previa (acto previo) a la actuación administrativa, la falta de aquélla hará responsable al ente público y al agente ejecutante por los daños y perjuicios que se ocasionen. No obstante, la materialización de la voluntad de la administración, precedida o no de la formalidad de un acto administrativo, puede constituir una vía de hecho.

La “vía de hecho administrativa” se configura cuando concurren los siguientes elementos:

- a) Un acto material, una acción directa de la Administración, un hacer de la actividad administrativa.
- b) Que impone el ejercicio de actividad administrativa.

Que la actuación no se ajuste a derecho, ya sea:

¹³ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

- Porque carece de un acto administrativo o de una norma de carácter general que avale su proceder, por lo que tal actividad no tiene, desde ya, presunción de legitimidad.
- Porque toma como base un acto irregular por no haber observado el procedimiento administrativo correspondiente.
- Que lesione un derecho o garantía constitucionalmente reconocidos. Es decir que debe provocar, o tener la virtualidad de hacerlo, un agravio a los derechos individuales en todo su espectro, teniendo en cuenta la amplitud de la protección que les dispensa la Constitución.

La prohibición de “vías de hecho administrativas” procura enmarcar la actividad administrativa dentro del principio de legalidad, de modo de constreñir a la Administración a conducirse dentro del Estado de derecho.

En el Derecho Administrativo y Constitucional argentino; la vía del amparo, prevista en la Constitución de la Nación provee un instrumento judicial de protección expedita y rápida; este instituto cumple la función de hacer inmediatamente operativos los derechos subjetivos lesionados en forma actual o inminente, tanto por actos u omisiones de los particulares, como de la Administración.

La fórmula utilizada podría llevar a pensar que sólo resultaría procedente ante actos administrativos. Sin embargo, y de acuerdo con la doctrina mayoritaria, consideramos que en este caso el término acto ha sido utilizado en su acepción amplia de “hecho o acción”. (Dromi, Acto Administrativo , 2008)

En este contexto de un contrato administrativo pueden emanarse actos separables por parte de la administración en ejercicio de la autotutela administrativa con fines disciplinarios a través de multas o con fines sancionatorios a través de la terminación anticipada unilateral del contrato. Si esta manifestación de voluntad cumple las formalidades establecidas en el ordenamiento jurídico constituyen actos administrativos y si se emiten al margen del ordenamiento jurídico, constituyen vías de hecho; ambas plenamente impugnables en sede administrativa y judicial en el ámbito ordinario o de la jurisdicción constitucional.

2.9. LA AUTO TUTELA ADMINISTRATIVA

La autotutela administrativa es el ejercicio de potestad con efecto jurídico ejecutivo, ejecutable y ejecutorio y no suspensivo con el mero recurso impugnatorio y que constituye la potestad de la administración de aplicar sus propias resoluciones sin requerir autorización de alguna otra función del Estado.

Siendo la relación contractual una declaración común de voluntad, el ejercicio unilateral de sanciones como multas y Terminación Unilateral de Contratos, constituyen ejercicio de potestades que emergiendo del Contrato Administrativo salen de la órbita de la mutua manifestación de voluntad, por lo que es un ejercicio de potestad, que deviene de autoridad pública no judicial, que causa efectos jurídicos en los contratistas y por lo cual es impugnabile en sede administrativa y judicial, en el ámbito de la justicia ordinaria o constitucional.

Los Contratos Administrativos pueden concluir de manera regular o irregular: Finalizan regularmente cuando las partes contratantes han cumplido formalmente sus obligaciones acorde a las cláusulas contractuales, es decir, el objeto contractual se ha hecho efectivo, se ha cumplido satisfactoriamente dentro del plazo establecido; en cambio, la finalización irregular, es una culminación abrupta del contrato, pues, éste se irrumpe por hechos anormales como el incumplimiento de obligaciones, muerte, quiebra o insolvencia, etc. En materia contractual hay dos principios universales que deben honrarse:

Contractus Lex. Es una locución latina, que significa “Ley del Contrato”, utilizada para referirse al principio general del Derecho Civil, que establece que el contrato es una Norma Jurídica válida entre las partes contratantes.

Nuestro Código Civil, recoge este principio en su artículo 1561: “*Todo contrato legalmente celebrado es una Ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*”.

Pacta Sunt Servanda. Locución latina, que se traduce como: “Lo pactado obliga”, es decir, que toda convención debe ser fielmente cumplida por las partes de acuerdo con lo pactado. Este constituye un principio básico del Derecho Civil y del Derecho Internacional, especialmente relacionado con los contratos. Estos principios son aplicables también a la administración pública que actúa en los contratos administrativos en representación de las entidades contratantes.

2.10. EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

Jurídicamente la figura de incumplimiento de las obligaciones suele ser definida de forma negativa a través de su antónimo, en el sentido de que se trata de la situación contraria al cumplimiento de la obligación exigible.(Rodríguez, 2009) Los contratos administrativos deben ser pactados de tal manera que exista una interdependencia entre las prestaciones, es decir, como contratos sinalagmáticos que son, debe existir una reciprocidad ante las obligaciones de cada una de las partes, de tal manera que exista una correspondencia de unas con otras, pudiendo considerarse como equivalentes las prestaciones pactadas. Entonces, en aplicación de esa idea, el principio de equilibrio contractual se refiere a la necesidad de que dicha correspondencia entre prestaciones, esto es, entre derechos y obligaciones, se mantenga hasta la finalización del contrato.

La doctrina especializada ha definido el principio del equilibrio económico o financiero del contrato en los siguientes términos:

El equilibrio financiero, o la ecuación financiera del contrato, en una relación establecida por las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato, entre un conjunto de derechos del contratante y un conjunto de obligaciones de este, considerados equivalentes: de ahí el nombre de ecuación (equivalencia-igualdad).(R., 2009)

Es decir que el contrato público también es fuente de obligaciones para las entidades contratantes.

2.11. ACTO DE TERMINACIÓN UNILATERAL

La terminación anticipada y unilateral es el acto administrativo formal mediante el cual el ente estatal haciendo un uso las facultades exorbitantes, propias de la administración, da por terminado anticipadamente un contrato público por concurrir a una o más causales previstas en la ley. (Arévalo, 2010).

En este contexto jurídico la relación que emerge de los contratos administrativos y que vincula a los contratistas con los entes contratantes, produce efectos jurídicos. Por lo tanto, esta reglado por el ordenamiento normativo, que surge desde los valores, principios y reglas constitucionales, que se sitúa en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en su Reglamento y en la cláusulas contractuales; consecuentemente todo ejercicio de potestad en el marco de la relación jurídica, que a su vez genere efectos jurídicos, debe reconocer y garantizar el contenido de los derechos establecidos en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, en la ley y el contrato.

La ley de la materia regula las formas de terminación de los contratos, las causas para que la entidad contratante pueda declarar terminada anticipada y unilateralmente un contrato y determina los mecanismos de notificación y trámite para el mismo, a tenor de lo siguiente:

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 395, determina:

Artículo 92.- Terminación de los contratos.- literal 4.- Por declaración unilateral del contratante, en caso de incumplimiento del contratista.

Artículo 94.- Terminación unilateral del contrato.- La entidad contratante podrá declarar terminada anticipada y unilateralmente los contratos a que se refiere esta Ley, en los siguientes casos:

1. Por incumplimiento del contratista;
2. Por quiebra o insolvencia del contratista;
3. Si el valor de las multas supera el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato;

4. Por suspensión de los trabajos, por decisión del contratista, por más de sesenta (60) días, sin que se medie fuerza mayor o caso fortuito;
5. Por haberse celebrado contratos contra expresa prohibición de esta Ley;
6. En los demás casos estipulados en el contrato de acuerdo con su naturaleza; y,
7. La entidad Contratante también podrá declarar terminado anticipada y unilateralmente el contrato cuando, ante circunstancias técnicas o
8. económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, el contratista no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo con el contrato ni se inscribirá al contratista como incumplido.

En este último caso, el contratista tiene la obligación de devolver el monto del anticipo no amortizado en el término de treinta (30) días de haberse notificado la terminación unilateral del contrato en la que constara la liquidación del anticipo, y en caso de no hacerlo en termino señalado, la entidad procederá a la ejecución de la garantía de Buen Uso del Anticipo por el monto no devengado. El no pago de la liquidación en el término señalado, dará lugar al pago de intereses desde la fecha de notificación; intereses que se imputará a la garantía de fiel cumplimiento del contrato.

Para la notificación y trámite la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece:

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

Si el contratista no justificare la mora o no remediare el incumplimiento, en el término concedido, la Entidad Contratante podrá dar por terminado unilateralmente el contrato, mediante resolución de la máxima autoridad de la Entidad Contratante, que se comunicará por escrito al contratista y se publicará en el Portal COMPRASPUBLICAS. La resolución de terminación unilateral no se suspenderá por la interposición de reclamos o recursos administrativos, demandas contencioso administrativas, arbitrales o de cualquier tipo o de acciones de amparo de parte del contratista.

Los contratistas no podrán aducir que la Entidad Contratante está en mora del cumplimiento de sus obligaciones económicas en el caso de que el anticipo que les fuere entregado en virtud del contrato no se encontrare totalmente amortizado. La forma de calcular la amortización del anticipo constará en el Reglamento respectivo.

Solo se aducirá mora en el cumplimiento de las obligaciones económicas pendientes de pago.

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

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

Una vez declarada la terminación unilateral, la Entidad Contratante podrá volver a contratar inmediatamente el objeto del contrato que fue terminado, para lo cual se observará el procedimiento de cotización previsto en el Capítulo IV del Título III de esa Ley.¹⁴

Es decir que la normativa legal establece la conducta típica que se adecue a la norma como conducta infractora así como también establece el trámite propio del procedimiento, dando cobertura jurídica a los principios de tipicidad y de adecuación de las formas; sin embargo esta regla de carácter legal es solo uno de los elementos del debido proceso determinado en el Art. 76 # 3 de la Constitución de la República. Sin embargo la administración en el procedimiento sancionador de la terminación anticipada y unilateral de un contrato debe aplicar de manera directa e inmediata las otras garantías básicas del debido proceso y de la adecuada defensa como derechos de protección de rango constitucional.

¹⁴(Registro oficial Nro. 395, 2008)

2.12. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada (Art. 1 CRE). Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. (Art. 10 CRE)

Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución (Art. 226) En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas (Art. 76 CRE)

El derecho constitucional en el marco de la cultura jurídica occidental, tiene dos caracteres relevantes que son: Primero, la positivización de los Derechos Humanos y de los Derechos Fundamentales en las Constituciones y el reconocimiento supraconstitucional de las declaraciones y convenciones de Derechos Humanos. Segundo, el asumir que la legitimidad del Poder Estatal gira en la primacía de la pretensión de garantizar el respeto de los derechos y posibilitar el ejercicio. *“Para ello surge la exigencia de una justificación Ius Fundamental a través del costado pasivo y activo de la validez de los derechos que impone límites frente a un exceso de intervención, limitación o restricción por lo cual surge desde el Derecho Constitucional Alemán, el mandato de proporcionalidad en sentido amplio y estricto”.* (Clérico, El Principio de Proporcionalidad en el Derecho , 2010)

En este ámbito es necesario considerar la razón por la cual se justifican la existencia de contratos públicos, para la ejecución de políticas públicas, que conlleven la satisfacción de los derechos provisionales que constituyen el mandato del buen vivir, para lo cual se considera el siguiente espectro constitucional.

La formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución, se regularán de acuerdo con las siguientes disposiciones: *“Sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto”* (Art. 85.2 CRE).

De las exigencias que surgen en el Derecho Constitucional esta el mandato de proporcionalidad. Dicho mandato contiene criterios para determinar si en el caso concreto, se ha permitido que el Derecho afectado se realice lo más ampliamente posible acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Estos criterios están dados a través de tres subcriterios que son: el Mandato de Idoneidad, el Mandato de Necesidad o de Medio Alternativo Menos Lesivo y el Mandato de Proporcionalidad en Sentido Estricto también conocido como Mandato de Ponderación. (Clérico, El Principio de Proporcionalidad en el Derecho , 2010)

En nuestro país, estos mandatos han sido incorporados por el legislador para su aplicación en la Justicia Constitucional en el Artículo 3, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

En esta perspectiva, los contratistas públicos, sea como persona natural o sea como persona jurídica que le da cobertura a personas naturales, emerge en el mandato de aseguramiento de una vida digna para lo cual se configuran derechos conexos positivados en el texto constitucional, aplicables a quienes prestan su servicios al Sector Público para la satisfacción e implementación de políticas públicas que generen los Derechos del Buen Vivir.

2.13. PROPORCIONALIDAD EN LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA.

La Constitución de la República dentro de las Garantías Básicas del Debido Proceso establece la debida proporcionalidad en los siguientes términos:

En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza (**Art. 76.6 CRE**)¹⁵

El legislador ha establecido la proporcionalidad en la Terminación Unilateral de los Contratos (Art. 94 LOSNACP), establecer el avance físico de las obras bienes o servicios, su liquidación financiera y contable, el derecho de ejecutar las garantías de fiel cumplimiento y el anticipo no amortizado, el derecho de demandar la indemnización por daños y a la inclusión del contratista en el Registro Único de Contratistas Incumplidos, por el periodo de 5 años.

La racionalidad de la aplicación del Principio de Proporcionalidad se configura a constituir un procedimiento jurídico racional que requiere de un criterio para estructurar una brecha de deliberación en un marco de discrecionalidad para fundamentar su decisión.(Pulido, El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales , 2007)

En el ámbito administrativo, el Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo en el Artículo. 196, determina los parámetros de aplicación del Principio de Proporcionalidad para las sanciones en el régimen sancionador ejercido por la administración pública y que debe guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada.

2.14. DESARROLLO DE PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL AMBITO SANCIONATORIO DE SUJECCIÓN CONTRACTUAL

El principio de proporcionalidad como método de interpretación para la solución de controversias de rango constitucional, se encuentra enunciado en la LOGJCC.

¹⁵Constitución de la República del Ecuador, 2008

De este enunciado se establece en el caso concreto de una terminación unilateral de un contrato, lo siguiente:

Fin constitucionalmente valido.- La medida de terminación unilateral debe ser tomada en función del objeto del contrato, esto es satisfacer un derecho del buen vivir de un segmento de la población que requiere ser satisfecho y que en estado de incluso impide dar la cobertura deseada y dispuesta; por lo que se requiere concluir de manera anticipada la relación contractual, para recontratando lograr su culminación. Es decir existe una finalidad constitucionalmente justificada. En contrario si ya el objeto contractual esta cumplido y la obra o servicio ejecutados, un procedimiento de terminación unilateral carecería, en estas circunstancias, de finalidad constitucionalmente válida.

Idoneidad de la medida.- Si el objeto contractual no está cumplido se requiere una terminación anticipada y si es por causas imputables al contratista, la medida idónea y expedita en el ámbito de la autotutela es la terminación unilateral. Sin embargo esta idoneidad es deleznable si la no conclusión del proyecto es por causas imputables a la entidad contratante que tratan de ser disimuladas y encubiertas por el administrador; en cuyo caso la resolución de terminación unilateral carecería de idoneidad.

Necesidad de la Medida.- En este componente debe determinarse si no existe una medida menos gravosa y lesiva a los derechos en riesgo que están en conexidad que tienen rango constitucional, que tenga viabilidad jurídica. Al respecto se debe señalar que el legislador entre las causales de terminación unilateral de los contratos en el artículo 94 numeral 7 de la LOSNCP estableció que existiendo razones de orden económico o técnico así como casos fortuitos o de fuerza mayor, el contratista se hubiere negado a terminar la relación contractual de manera anticipada por mutuo acuerdo, la administración la puede terminar unilateralmente, por cuyo efecto no se reporta al contratista al ente de registro como incumplido por lo cual no queda inhabilitado por 5 años, ni se ejecuta la garantía de fiel cumplimiento del contrato, no afectando su patrimonio y el anticipo no amortizado es objeto de devolución en 30 días sin intereses. Es decir que las entidades contratantes no requieren disimular incumplimientos contractuales imputables a la

administración para culminar la relación contractual de forma anticipada. Con ello se establece que existe, en esas circunstancias, alternativas menos lesivas.

Estos tres elementos constituyen un esquema de proporcionalidad en sentido amplio. Si la no conclusión de un objeto contractual se da por el incumplimiento atribuible exclusivamente al contratista, la medida es proporcionada y consecuentemente constitucional, no lesionaría arbitrariamente derechos fundamentales.

Mas por el contrario si el objeto ya está cumplido, si existen incumplimientos de la entidad contratante o dificultades de orden técnico y económico o caso fortuito y fuerza mayor; pese a los cual se opta por la terminación anticipada y unilateral de la relación contractual, esta actuación es desproporcionada en sentido amplio, se constituye en arbitraria y lesionaría contenidos esenciales del derecho de protección al debido proceso y con ello a derechos conexos por 5 años a la libertad de empresa, contratación, trabajo y propiedad privada; ante lo cual se activa la garantía jurisdiccional de Acción de Protección.

Estimo que si una medida de terminación unilateral de un contrato se justifica en el test de proporcionalidad en sentido amplio, no se requiere hacer una análisis de proporcionalidad en sentido estricto, también denominado como ponderación de derechos en conflicto; dado que si el incumplimiento es plenamente atribuible al contratista, está en su esfera de actuación la conducta infractora y la intervención en sus derechos jurídicamente tutelados estaría justificada, por la necesidad de satisfacer los derechos del buen vivir de los beneficiarios de la obra o servicio público por lo que se legitima la prevalencia del interés general sobre el interés del particular, que en esta caso es el contratista.

2.15. REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

La Corte Constitucional, mediante Sentencia N°. 140-12-SEP-CC, del caso N°. 1739-10-EP de fecha Quito 17 de abril del 2012, estableció lo siguiente:

Algunas puntualizaciones preliminares respecto a los derechos constitucionales esgrimidos como vulnerados

El debido proceso es un derecho constitucional fundamental, pues se encuentra contemplado en el artículo 76 de la Constitución de la República, instituido para proteger a las personas contra los abusos y desviaciones de las autoridades u operadores de la justicia. De este modo, el debido proceso abarca diversas garantías procesales específicas, destinadas a suministrar a los justiciables el amparo necesario para salvaguarda de sus derechos con motivo del ejercicio del poder jurisdiccional del Estado, y sirve para garantizar el derecho material y además para imponer límites importantes a la acción del Estado, al punto de constituir un freno a su potencial acción arbitraria frente a todas las personas sujetas a dicha acción; así, el debido proceso es una institución de fundamental importancia en los planos jurídicos, políticos y social.

.../... Argumentación de los problemas jurídicos

¿Deben los jueces constitucionales controlar el uso de la acción de protección, o simplemente las personas tienen derecho a presentar esta acción por supuesta violación de derechos, sin distinción alguna de la materia controversial?

A fin de cumplir una labor constitucional adecuada, por mandato de los artículos 39, 40, 41 y 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional -LOGJCC-, la jueza o juez, al asumir conocimiento de una acción de protección, ineludiblemente, debe reflexionar y discernir si el caso sometido a su conocimiento y resolución no está amparado por otro tipo de acción o mecanismos de defensa judicial. Es decir, corresponde dilucidar sobre dos niveles: el de legalidad y el de constitucionalidad, para evitar el uso inadecuado de la acción de protección. Con este propósito, las citadas disposiciones legales, han establecido el carácter subsidiario, que significa que todo derecho que tiene una vía procesal, no puede usar la vía usar la vía constitucional, es decir, procede únicamente cuando no hay protección ordinaria o, existiendo esta, no fuere adecuada ni eficaz.

Al regir el principio de subsidiariedad en la acción de protección, se requiere que el juez realice el control de la acción de protección, precisamente para no permitir el abuso en las admisiones de la acción constitucional sin distinguir la materia controversial que se presente en su judicatura.

Naturaleza y ámbito material de la acción de protección

La acción de protección, prevista en el artículo 88 de la Constitución de la República, es por naturaleza, un mecanismo de protección constitucional - respecto de un componente específico de derecho constitucional reconocido a las personas, que haya sido vulnerado por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial o de la persona particular. Esta garantía

jurisdiccional es, por ende, el objeto natural y propio de protección a los gobernados, y en su teología se relaciona con dos objetivos fundamentales: la tutela de los derechos constitucionales de las personas, así como la declaración y la consiguiente reparación integral de los daños causados por su violación; de esta manera, se reitera la eficacia y supremacía de los derechos constitucionales. Por tanto, se descarta que la acción de protección sea procedente en asuntos de estricta legalidad, ni mucho menos vía para conocer y resolver la aplicación o cumplimiento de las disposiciones contractuales, cualquiera que sea su naturaleza, pues para ello, el ordenamiento jurídico ha previsto acciones ordinarias.

En este sentido, es congruente la ilustración que realiza el profesor Ramiro Ávila Santamaría sobre esta temática, pues expresa que:

(...)En este sentido, los derechos patrimoniales regulados por los Códigos Civiles tienen su vía adjetiva desarrollada por los Códigos de Procedimientos Civiles; y los derechos fundamentales no tienen vía ordinaria sino constitucional, que vendría a ser el amparo.

Para efectos prácticos, consideremos como derechos patrimoniales todos aquellos relacionados con la propiedad y con la autonomía de la voluntad, que son, primordialmente, los casos relacionados con comercio y contratación" (énfasis añadido).

En tal virtud, una vez aclarado su ámbito, no es procedente entablar acción de protección cuando la pretensión de la misma se reduzca al cumplimiento de las disposiciones contractuales, como ocurre en el presente caso, pues para ello el ordenamiento jurídico provee en sede administrativa o vía jurisdiccional el camino diseñado para la protección de las cláusulas contractuales, situación que es prevenida en el artículo 42 numeral 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

(...) Bajo las premisas expuestas, la Corte considera que los legitimados pasivos (jueces de mayoría de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Manabí), durante la tramitación del proceso constitucional de acción de protección, inobservaron el derecho al debido proceso relacionado con la competencia del juez, ya que no eran jueces competentes en razón de la materia, ni el procedimiento era apropiado.

La Corte Constitucional mediante sentencia Nro. 032-09-SEP-CC publicada en el Registro Oficial 97-S del 29 de diciembre del 2009 en acción extraordinaria de protección Nro. 415-09-EP; referente a la jurisdicción constitucional ante actos de terminación unilateral de contratos en su argumentación sobre el problema jurídico planteado determinó:

La jurisprudencia es el conjunto de fallos dictados en el mismo sentido por los jueces y tribunales respecto a un mismo punto de derecho. En el caso ecuatoriano, la jurisprudencia constitucional, respecto al tema, la tenemos especialmente de extinto Tribunal Constitucional; sin embargo, los jueces de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, en su sentencia, creyeron necesario *desentrañar* la naturaleza jurídica de las declaraciones de terminación unilateral de los contratos de ejecución de obra y estimaron necesario revisar si dichas declaratorias reunían los requisitos establecidos por nuestro ordenamiento jurídico, de modo tal que puedan considerarlas como *actos administrativos*, o si son actos de *naturaleza contractual o bilateral*, concluyendo que se trata de “actos administrativos”. Siendo así, los referidos jueces omitieron en su sentencia, que los actos de naturaleza contractual o bilateral surgen, precisamente, de disposiciones contractuales. Al respecto, cabe recordar que la Constitución Política de 1998, reservaba el amparo para actos u omisiones de autoridad pública, que no es otra cosa que aquel que emana del ejercicio de la potestad pública, la que expresa la voluntad unilateral de la administración en relación de subordinación respecto de los particulares; en otras palabras, la autoridad pública se encuentra revestida de *imperium*, que se manifiesta en el desequilibrio entre administración y administrado, pues su expedición no requiere de consentimiento ni de la voluntad de este último; mientras que los actos de naturaleza contractual en los que interviene la administración, como lo expresa Cassagne, son “todo acuerdo de voluntades generador de obligaciones, celebrado por un órgano estatal en ejercicio de la función administrativa, caracterizado por un régimen exorbitante, susceptible de producir efectos con relación a terceros”. No debe olvidarse que el régimen exorbitante-potestades unilaterales-de la administración pública en un contrato administrativo con un administrado no pueden ser jamás, sino regladas o, en todo caso, discrecionales. Este plano de igualdad se evidencia de manera clara en los contratos administrativos, donde las relaciones no son de subordinación, sino de coordinación, por lo que para el caso de controversia deben necesariamente regirse por la Ley de Contratación Pública, tal como se ha referido el Tribunal Constitucional a través de reiterados fallos.

..... Ciertamente que en ocasión de la vigencia de la Constitución de la República, la “acción de protección” reemplazó a la figura del ex amparo, acción que si bien ha sido desarrollada, su naturaleza y esencia se mantiene, tanto es así, que mediante esta acción no se puede revisar asuntos de legalidad que en esencia constituyen los actos de naturaleza bilateral o contractual. Al respecto, el artículo 50 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, así lo determina al señalar que no cabe la acción de protección: “ a) Cuando se refiere a aspectos de mera legalidad, en razón de las cuales existan vías judiciales ordinarias para la reclamación de los derechos, y particularmente, la vía administrativa”.

Conclusión de la Corte

En virtud del análisis realizado, esta Corte concluye que, efectivamente, la Segunda Sala de la Corte Provincial de lo Penal del Guayas, en su decisión, violentó claras normas y principios constitucionales debidamente analizados en este fallo; en tal virtud, conforme con lo establecido en los artículos 94 y 437 de la Constitución de la República, es procedente la presente acción extraordinaria de protección.¹⁶

Precedentes Jurisprudenciales que contravienen la estructura dogmática desarrollada, restringe derechos fundamentales y deniega acceso a la jurisdicción constitucional a los contratistas públicos ecuatorianos.

De su lectura se determina que la Corte Constitucional ha estructurado una sentencia que se acomoda a los intereses del poder y que deja en estado de vulnerabilidad de falta de protección a los derechos fundamentales de los contratistas públicos ecuatorianos, frente a actos arbitrarios del poder público dependientes de la función ejecutiva¹⁷.

2.16. RESTRICCIÓN NORMATIVA DE DERECHOS Y GARANTÍAS

El Artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador dentro de los principios de aplicación de los derechos establece.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

Numeral 4.- ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.¹⁸

Sin embargo de aquello, La Asamblea Nacional mediante Ley Orgánica Reformativa de La Ley Orgánica del Sistema Nacional de la Contratación Pública, publicada en el Registro Oficial N°.

¹⁶(70-2009, 2011)

¹⁷Sentencia N°. 140-12-SEP-CC, caso N°. 1739-10-EP ,Quito 17 de abril del 2012

¹⁸(Constitucion de la República del Ecuador, 2008)

100 del lunes 14 de Octubre del 2013 dispuso en el Artículo 22.- En el artículo 95 incorpórese los siguientes textos:

1. El segundo inciso indicará lo siguiente:

“Si el contratista no justificare la mora o no remediare el incumplimiento, en el término concedido, la Entidad Contratante podrá dar por terminado unilateralmente el contrato, mediante resolución de la máxima autoridad de la Entidad Contratante, que se comunicará por escrito al contratista y se publicará en el portal institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP. La resolución de terminación unilateral no se suspenderá por la interposición de reclamos o recursos administrativos, demandas contencioso administrativas, arbitrales o de cualquier tipo o de acciones de amparo de parte del contratista. **Tampoco se admitirá acciones constitucionales contra las resoluciones de terminación unilateral del contrato, porque se tienen mecanismos de defensas adecuados y eficaces para proteger los derechos derivados de tales resoluciones, previstos en la Ley.**”

2. El inciso final del artículo 95 ordenará:

“Una vez declarada la terminación unilateral, la Entidad Contratante podrá volver a contratar inmediatamente el objeto del contrato que fue terminado, de manera directa, de conformidad con el procedimiento que se establezca en el reglamento de aplicación de la Ley”.¹⁹

Es evidente que la Asamblea Nacional le ha otorgado el carácter de inmunidad al control de constitucionalidad a los actos administrativos de terminación unilateral de los contratos públicos con lo cual se restringe, por eliminación, la garantía jurisdiccional de acción de protección de los contratistas del sector público otorgándoles un trato desigual frente a los otros agentes económicos, configurando una regresión de derechos y garantías fundamentales.

¹⁹(Registro oficial Nro. 100, 2013)

Esta normativa despoja de la titularidad de Derechos Constitucionales a los contratistas públicos y establece un régimen de discriminación dado que la norma inmuniza los actos del poder y tiene por objeto menoscabar y anular el ejercicio de Derechos Fundamentales y el acceso a Garantías Jurisdiccionales.

La terminación del contrato es uno de los medios de tutela de que dispone el acreedor en los contratos en que surjan obligaciones recíprocas a cargo de ambos sujetos contractuales. “*La cláusula resolutoria o de terminación unilateral por incumplimiento es una especie de condición resolutoria ordinaria*”(Jacques Flour, 2001) En términos generales, el acto administrativo es toda voluntad unilateral realizada en el ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos particulares. Nuestro ordenamiento jurídico comparte la misma definición y la consagra en el artículo 65 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva.

Es una "declaración de voluntad" para descartar posibles actividades de la administración que no sean específicamente emanaciones de la voluntad estatal. Al decir que es "unilateral" se la diferencia de otras figuras que sí expresan la voluntad de la administración como son, por ejemplo, los contratos administrativos. Si se dice que "produce efectos jurídicos individuales" para diferenciar el acto administrativo de otras actuaciones administrativas creadoras de situaciones jurídicas para el administrado, como los reglamentos.

Lino Fernández dice: “La expresión actos administrativos está referida a la actividad del Estado que ejerce una de las funciones fundamentales como es la función administrativa, cuya manifestación de voluntad se traduce a través de un conjunto de actos de administración, para alcanzar sus fines políticos jurídicos, económicos y sociales. En sentido amplio el acto administrativo se aplica a toda clase de manifestaciones de la actividad de los sujetos de la administración pública; y en el sentido estricto, comprende y abarca a las "manifestaciones de la voluntad del Estado para crear efectos jurídicos", particularmente esta última, de significación más restringida y específica, se constituye en el verdadero eje del derecho administrativo”(Fernández, 1989).

Los actos administrativos conllevan la ejecutividad, ejecutoriedad dada la presunción de legitimidad y legalidad y que consiste en la obligatoriedad, el derecho a la exigibilidad y el deber

de cumplimiento que el acto importa a partir de su notificación. Es una potestad del Estado, que consiste, en que, para el cumplimiento de sus fines, la administración decide, ejecuta y sanciona en forma autónoma, sin la intervención de otros órganos. Esta potestad se expresa a través de la decisión que es un acto administrativo que declara lo que es derecho en un caso concreto y de la ejecución que es el acto material encaminado a aplicar lo que se ha decidido.

2.17. NORMATIVA SUPRANACIONAL

El Ecuador es un estado parte del sistema interamericano para la protección de derechos humanos en virtud de ser signatario de la Convención conocida como Pacto de San José que en su artículo 8 establece las garantías judiciales por la cual toda persona, esto sin discriminación alguna, tiene derecho a ser oído en juicio. De igual manera el artículo 25 establece el derecho de toda persona a la protección judicial a través de un recurso sencillo y rápido y le ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la referida Convención.

En el mismo sentido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Asamblea General de las Naciones Unidas se determina en su artículo 14 que toda persona en estado de igualdad, esto es sin discriminación alguna, tiene derecho a ser oída con las debidas garantías ante juez competente.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá configura que el artículo 8 de la Convención Americana no se limita a recursos judiciales en sentido estricto sino a cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, en los cuales, debe respetarse el debido proceso legal, en virtud de que la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto a los derechos humanos, no pudiendo invocarse el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados.

Estos componentes del *corpus juris* integran el ordenamiento jurídico ecuatoriano al amparo de lo dispuesto en el artículo 11, 84, 417, 424, 425, 426 y 428 de la Constitución de la República y que vinculan el ejercicio de potestades, facultades y competencias de los servidores públicos.

3. DISCUSIÓN

Todos los enunciados de derechos fundamentales positivados en la Constitución de la República están provistos de contenidos desarrollados en aplicación de los principios y las reglas a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas que son las que otorgan las ideas básicas de justicia a las que el juez debe acudir para derivar de ellas sus decisiones.

El ejercicio de una potestad sancionatoria, como lo es, el acto administrativo para la terminación unilateral de un contrato conlleva el respeto irrestricto a las garantías básicas del debido proceso en un marco de seguridad jurídica a efectos de garantizar adecuadamente los derechos conexos a la libertad de trabajo, de contratación y de indemnidad de la propiedad privada.

Estas garantías básicas y contenidos esenciales al ser lesionados por el acto de terminación unilateral de un contrato administrativo conlleva el derecho de acceso a la garantía de un recurso sencillo y rápido, como lo es, la acción de protección para tutelar y reparar de manera idónea, adecuada y eficaz los derechos autónomos de protección y los derechos conexos de libertad.

Consecuentemente, el excluir a los contratista públicos desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, constituyen una anulación injustificada del derecho al ejercicio de una garantía jurisdiccional y una afectación al derecho de igualdad formal y material sustentado en el principio de no discriminación, por lo que, estas acciones son de carácter regresivo, por lo que, deviene en inconstitucionales y por lo tanto carecen de eficacia jurídica, solo inscrita en el estado de inconstitucionalidad en que se sustenta la potestad de la administración pública, que actuando sin límites infranqueables, actuando de manera arbitraria impone su voluntad por sobre la lesión a derecho humanos que positivados en la Constitución son derechos fundamentales.

4. CONCLUSIONES

De las consideraciones expuestas, a manera de conclusión podemos establecer con certeza que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano los contratistas públicos son titulares de derechos constitucionales y consecuentemente tienen derecho a que se les reconozca y garantice el derecho constitucional al debido Proceso en los procedimientos administrativos sancionadores para la declaratoria de Terminación Unilateral de los Contratos, aplicando de manera inequívoca el principio de proporcionalidad.

Si el ente contratante en el procedimiento administrativo para la declaración de Terminación Unilateral de los Contratos vulnera el derecho al Debido Proceso y menoscaba, disminuye o anula el goce y ejercicio del derecho al Debido Proceso y los derechos conexos a la: libertad de desarrollo de actividad económica, libertad de contratación, libertad de trabajo y empleo como componente de una vida digna, estos son tutelables en el ámbito de la Justicia Constitucional a través de la garantía jurisdiccional de la Acción de Protección.

La terminación unilateral de un contrato administrativo de ejecución de obras o prestación de servicios de consultoría, es una de las formas de terminación anticipada de los contratos, para lo cual existen las siete causales plenamente regladas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en el artículo 94 y que esencialmente son conductas plena y exclusivamente imputables al contratista, debidamente sustentadas y corroboradas.

Si el ejercicio de la potestad exorbitante se circunscribe a las causales referidas, la actuación de la administración se enmarca en el principio de legalidad y los efectos jurídicos del acto derivado de la infracción, que conlleva la suspensión del registro de proveedores por 5 años, la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento del contrato y del buen uso del anticipo no amortizado y el ser sujeto pasivo de una acción contenciosa administrativa de daños y perjuicios; están debidamente proporcionados.

Empero, si existe simulación de incumplimiento del contratista por endoso de responsabilidad dada acción u omisión, acreditables a la entidad contratante, y esta recurre a la potestad

exorbitante para ocultar sus propios incumplimientos, se lesiona los principios de legalidad y proporcionalidad y consecuentemente se ingresa a la materia constitucional de protección y reparación.

La terminación unilateral de un contrato administrativo por resolución de la administración, constituye un acto sancionador por así establecerlo la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su artículo 19, por lo cual constituye un acto separable de las prerrogativas contractuales y sujeto por lo tanto, en los ámbitos sustantivos y adjetivos, al derecho sancionador y a los principios del debido procedimiento con las garantías básicas del debido proceso y a la adecuada defensa; que al lesionarse activan la jurisdicción constitucional, al rebasar el ámbito de la mera legalidad.

Si el régimen contractual es parte del derecho patrimonial no se excluye por ello a la tutela jurisdiccional constitucional, dado que en el sistema constitucional ecuatoriano todos los derechos son de igual jerarquía, interdependientes, indivisibles, irrenunciables, de aplicación directa e inmediata y plenamente justiciables y la acción de protección tiene por objeto reparar las violaciones a los derechos constitucionales, sin exclusión alguna.

La referencia de que los derechos patrimoniales como materia no controvertible en la jurisdicción constitucional, es una postura doctrinaria que estima que el recurso sencillo y rápido es solo para derechos de contenido sensible. Sin embargo en el Ecuador aquella postura es inaplicable. Tal es así que en los derechos de libertad del artículo 66 de la Constitución de la República están varios de los derechos considerados patrimoniales tales como el de la propiedad, libertad de contratación, libertad de empresa; sobre los cuales existe la obligación negativa del Estado, ya que estando reconocidos y garantizados, son intangibles por parte de quien ejerce potestad pública y si ingresa con su manifestación de voluntad a las esferas de sus contenidos esenciales, la tutela del derecho se convierte en materia de jurisdicción constitucional.

El contrato administrativo presupone una relación desbalanceada a favor del ente contratante dado el principio del interés público por el cual está investido el administrador de prerrogativas y potestades entre las cuales está el ejercicio de la potestad sancionadora en un régimen de

sujeción especial dado el vínculo contractual; entre las que se encuentra el acto de terminación unilateral como ejercicio de autotutela.

Al ser entonces un acto sancionatorio debidamente reglado su procedimiento, por el principio de adecuación de las formas, debe circunscribirse, las actuaciones y el acto resolutorio, a las garantías básicas del debido proceso y la adecuada defensa de rango constitucional, como derecho de protección y autónomos, generalmente en conexidad de varios derechos de libertad, tales como el trabajo, libertad de contratación, propiedad privada y de empresa.

Si en el procedimiento sancionatorio de terminación unilateral de un contrato administrativo se lesiona el principio de legalidad por ausencia de conducta típica, el trámite propio, la presunción de inocencia, la aplicación normativa, la generación y valoración probatoria, el indubio pro infractor, la debida proporcionalidad; así como la adecuada defensa en cuanto a competencia, el ser oído, la motivación, la pluralidad de instancias, el non bis in ídem, el trato de igual de armas; se lesiona derechos de protección de rango constitucional y consecuentemente se activa la jurisdicción constitucional como alternativa de tutela de los derechos fundamentales, a través de la Acción de Protección.

La Acción de Protección es el mecanismo idóneo para tutelar los derechos fundamentales de los contratistas del sector público ante el acto sancionatorio en la terminación unilateral del contrato.

- La terminación unilateral y arbitraria del contrato vulnera los derechos fundamentales de los contratistas del sector público.
- El acto administrativo de terminación unilateral del contrato, al margen del ordenamiento jurídico lesiona las garantías básicas del debido proceso.
- La potestad exorbitante de la entidad contratante de terminar unilateralmente un contrato, inobservando la normativa sustantiva y adjetiva de rango legal y constitucional, afecta la seguridad jurídica de los contratistas del sector público.
- Las sentencias de la Corte Constitucional nace de premisas falsas que conllevan una falacia argumentativa, que materialmente excluye del control de constitucionalidad a las

actuaciones de la administración en los procesos, procedimientos y resoluciones que derivan en actos unilaterales para la terminación anticipada de los contratos.

- La reforma a la Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública es inconstitucional por el fondo al restringir el acceso a la garantía jurisdiccional de la acción de protección a los contratistas del sector público, y constituye una regresión de derechos y garantías.

En virtud del principio de Supremacía Constitucional y Convencional que emerge de los artículos 10, 11, 76, 82 y 88 de la Constitución de la República y artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y de aplicación directa e inmediata de los Derechos y Garantías, la Acción de Protección sigue vigente como mecanismo idóneo, adecuado y eficaz, para la protección y reparación de los Derechos Fundamentales a la tutela judicial efectiva, al debido proceso y a la seguridad jurídica, frente a actos arbitrarios por desproporcionados de la Administración Pública que declaren anticipada y unilateralmente, terminado unilateralmente un contrato, lesionando derechos conexos a la propiedad privada, a la libertad de contratación, al trabajo y al buen nombre que se encuentran reconocidos y garantizados en la Constitución de la República y en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

5. BIBLIOGRAFÍA

- 70-2009, C. (2011). *Acción extraordinaria de protección* . En *Colección de Jurisprudencia* (págs. 175,176). Quito: Ediciones legales EDLE S.A .
- Alexy, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC.
- Amaya, J. A. (2012). *Democracia vs. Constitución*. Buenos Aires: Fundación para el Desarrollo de Ciencias Jurídicas.
- Antonio J. Pérez, E. P. (2008). *Manual de contratos del Estado* . Quito: CEP.
- Arévalo, W. L. (2010). *Tratado de Contratación Pública*. Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Basterra, M. I. (2013). *El Proceso Constitucional de Amparo*. Buenos Aires : AbeledoPerrot.
- Bobbio, N. (2001). *El futuro de la democracia*. Fondo de Cultura Económica.
- Cabanellas, G. (1968). *Eliasta, Vigésima Sexta Edición* .
- Clérico, L. (2009). *El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional* . Buenos Aires : Editorial Universitaria de Buenos Aires, págs. 23, 24 y 25.
- Clérico, L. (2010). *El Principio de Proporcionalidad en el Derecho* . Lima: Palestra Editores S.A.C, pag. 116.
- Constitucion de la República del Ecuador*. (2008). Montecristi.
- Constitucional, L. O. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional* .
- Couture, E. (2002). *Fundamento del Derecho Procesal Civil*. Montevideo: Edit.B.
- Dromi, R. (2008). *Acto Administrativo* . Buenos Aires- Madrid- México: Hispana Libros- Ciencia y Cultura Editorial de Ciudad Argentina .
- Dromi, R. (2009). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires- Madrid- México: Ciudad Argentina- Hispana Libros.
- Dromi, R. (2008). *Ecuaciones de los contratos públicos* . Buenos Aires- Madrid- México: Ciudad Argentina Editorial Ciencia y Cultura- Hipana Libros .
- Dworkin, R. (2002). *Los derechos en serio*. Madrid: Ariel.
- Ecuador, C. d. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi.
- Ecuador, C. d. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi.
- Ejecutiva, E. d. *Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*.

- Fernández, L. (1989). La Paz: "G.H".*
- Ferrajoli, L. (2009). Democracia Constitucional un nuevo garantismo. En L. Ferrajoli, Democracia y Garantismo (págs. 27, 31). Italia: Trotta.*
- Ferrajoli, L. (2009). Derechos y Garantías. Madrid: Trotta.*
- Ferrajoli, L. (2001). Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta.*
- Ferrer, M. G. (2006). Breves Notas Sobre el Amparo Iberoamericano. DIKAION , 191.*
- Freire, M. C. (2009). Ponencias del segundo congreso internacional de arbitraje. Perú: Palestra Editores S.A.C.*
- Humanos, C. A. (7 al 22 de Noviembre de 1969). San José, Costa Rica.*
- Jacques Flour, J.-L. A. (2001). Les obligations, le rapport d'obligatio. Paris: Armand Colin.*
- López Arévalo, W. (2010). tratado de contratacion pública, Tomo I. QUITO: Editorial Juridica del Ecuador .*
- López, W. (2010). Tratado de contratacion pública. Quito: Editorial Juridica de Ecuador.*
- Montezanti, N. L. (2009). Suspensión del acto administrativo . Buenos Aires: Atrea.*
- Nelsón López Jácome, L. R. (2010). interrogantes y respuestas sobre la nueva ley de contratación pública . Quito: Editorial Juridica del Ecuador .*
- Ordoñez, H. (1995). Hacia el Amparo Constitucional en el Ecuador. Quito: PUDELECO Editores S.A.*
- Pública, L. O. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública .*
- Pulido, C. B. (2008). El derecho de los derechos. Bogota: Universidad Externado de Colombia.*
- Pulido, C. B. (2007). El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales . Madrid : CEPC, pags. 496 y 497.*
- R., L. R. (2009). El equilibrio económico de los contratos administrativos. Bbogotá: Temis.*
- Registro oficial Nro. 100. (2013).*
- Registro oficial Nro. 395. (2008).*
- Registro oficial Nro. 588. (2009).*
- Reyes, M. A. (2007). La Constitución como Paradigma. En M. Carbonell, Teoría del Neoconstitucionalismo (pág. 19). Colombia: Universidad de Externado de Colombia.*
- Rodriguez, L. (2009). El equilibrio económico de los contratos administrativos. Bogota: Temis.*

Sentencia N°. 032- 11-SEP.CC del caso N°. 858-09-EP, d. R. Sentencia N°. 032- 11-SEP.CC del caso N°. 858-09-EP, del Registro Oficial N°.572 del jueves 10 de noviembre del 2011.

Sentencia N°. 140- 12-SEP.CC del caso N°. 1739-10-EP, d. f. Sentencia N°. 140- 12-SEP.CC del caso N°. 1739-10-EP, de fecha Quito 17 de abril del 2012.

Ugarte, P. S. (2006). La democracia constitucional una radiografía teórica. México: Fondo de Cultura Económica.