

La acción de protección en materia de contratación pública

The protection action in public procurement matters

Paolo Vega López

Università degli Studi di Genova

pvega_87@hotmail.com

Patricio Cargua Villalva

Universidad Andina Simón Bolívar

patiiciocargua85@gmail.com

Resumen: El presente artículo pretende abonar a una discusión jurídica pertinente en el contexto ecuatoriano: la acción de protección en materia de contratación pública. Para ello, se tomará como eje de análisis en la declaratoria de inconstitucionalidad parcial del artículo 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Se examinará cómo se manejó la acción de protección en materia de contratación pública antes de dicha declaratoria de inconstitucionalidad y sus desafíos posteriores. Finalmente, se establecerán las conclusiones enfocadas al análisis realizado.

Palabras clave: Acción de protección, contratación pública, vía adecuada y eficaz, Estado y contratista.

Abstract: This article aims to contribute to a pertinent legal discussion in the ecuadorian context: the protection demand in matters of public procurement. To this end, the declaration of partial unconstitutionality of article 95 of the Organic Law of the National Public Procurement System will be taken as the axis of analysis. It will examine how the protection action in matters of public procurement was handled before said declaration of unconstitutionality and its subsequent challenges. Finally, some conclusions will be established.

Key words: Protection demand, public procurement, appropriate and effective route, State and contractor.

INTRODUCCIÓN

Con la vigencia de la Constitución del 2008, los derechos fundamentales cobraron especial relevancia. Sobre estos derechos positivos, prioritarios y con rango constitucional,¹ empezaría a girar todo el poder estatal; no sólo funcionarían como límite al poder, sino que el Estado se constituiría en su mayor garante.²

Ahora bien, como sabemos, en la práctica, esto no se efectúa cabalidad. Por ello, a fin de que los derechos puedan ser tutelados y reparados en caso de actuaciones arbitrarias del Estado, el constituyente pensó en establecer mecanismos de protección y restauración denominados «garantías jurisdiccionales»³ también conocidas doctrinariamente como «garantías secundarias».⁴

Dentro del conjunto de las mentadas garantías, existe una que constituye un mecanismo adecuado y eficaz para la protección de ciertos derechos constitucionales vulnerados; nos referimos a la acción de protección. Si bien se habla en el ágora jurídica de un abuso de esta garantía, no es menos cierto que ciertos jueces las rechazan sin mayor análisis, aduciendo que existen otras vías para discutir las pretensiones.

La pregunta, si cabe plantear una acción de protección en materia de contratación pública, se responde así misma con la declaratoria de inconstitucionalidad parcial del artículo 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante, LOSNCP). No obstante, se hará un breve recuento de las limitaciones injustificadas que sufrió esta garantía jurisdiccional en materia de contratación pública, para finalmente analizar los desafíos que esta se impone.

DESARROLLO

Breve recuento de la acción de protección en materia de contratación pública.

La contratación pública tiene su principal ejecución y razón de ser en el Estado, ya que es una actividad esencial y atribuible a este. El prenombrado ente tiene la obligación de satisfacer las necesidades de su población para ello requiere contratar bienes y servicios.

¹ Mateos, Arnulfo. *El efecto horizontal de los derechos fundamentales (Drittwirkung) en el derecho internacional. La doctrina de los deberes de protección en los derechos fundamentales*. En *El efecto horizontal de los derechos fundamentales*, pág. 233.

² CRE, art. 226.

³ CRE, arts. 86 al 94.

⁴ Ferrajoli, Luigi. *Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales*. Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho, número 29, año 2006, pág. 25.

La función del Estado tiende a conservar el orden social, con base en un orden jurídico que controle al poder y que norme sus relaciones con los ciudadanos y de éstos entre sí; esto es, la existencia y permanencia de un orden público y de un orden privado, como condición necesaria para la vida social.⁵ Funciones que son ineludibles para una adecuada administración pública. Siguiendo al autor mexicano Alejandro Carrillo Castro, entendemos por administración pública:

*“... un sistema dinámico integrado por normas, objetivos, órganos, funciones, métodos y procedimientos, así como elementos humanos y recursos económicos y materiales, a través de los cuales se ejecutan o instrumentan las políticas y decisiones del Estado por los gobernantes de una comunidad política organizada.”*⁶

La LOSNCP, en el numeral 5 del artículo 6, define a la contratación pública en los siguientes términos: *“Contratación Pública: Se refiere a todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría.”*

Como resultado de un procedimiento de contratación pública de acuerdo su objeto y monto, se suscribe un contrato administrativo u orden de compra según sea el caso y de los mismos pueden derivarse actuaciones como cobro de multas por incumplimiento de plazo contractual o una terminación unilateral y anticipada, inclusive.

La contratación pública en el Ecuador no es reciente. Se remonta a la Ley de Hacienda en el siglo XIX, hasta mediados del siglo XX, con la vigencia de la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas.⁷ La anterior Ley de Contratación Pública promulgada a comienzos de los años noventa y codificada en el 2001, estuvo vigente hasta el 2008, con la positivización de la LOSNCP, publicada en el Registro Oficial No. 395 de 04 de agosto de 2008. De acuerdo a dicha ley, las reclamaciones de los oferentes podrían realizárselas de conformidad con lo reglado en el artículo 102 de la ley ibidem:

⁵Sánchez S., Augusto. *Derechos Humanos, Seguridad Pública y Seguridad Nacional*, pág. 82.

⁶ Ponencia del Dr. Carlos F. Quintana Roldán, Curso Internacional de Actualización en Derecho Administrativo, Facultad de Estudios Superiores Acatlán, UNAM, Estado de México, 25 de julio 2013.

⁷ López Suárez, Daniel; Pérez, Antonio José; Aguilar, José Luis. *Manual de Contratación Pública*, 2da edición, pág. 1.

“Artículo 102.- Reclamaciones y recursos administrativos.- Los oferentes que se consideren afectados por actos administrativos emitidos por las entidades previstas en el artículo 1 de la presente ley por asuntos relacionados con su oferta, respecto al trámite precontractual o de la adjudicación, tendrán el derecho de presentar las reclamaciones y los recursos administrativos de los que se crean asistidos, de conformidad con la Ley.

La reclamación o recurso presentado no suspende la ejecución del acto impugnado.

De la resolución que tome la entidad se podrá presentar demanda contencioso-administrativa.”

Ya con la vigencia de la Constitución de Montecristi, mediante Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, como se ha indicado en líneas previas, surge una nueva cosmovisión de los derechos y las garantías que servirían para protegerlos y repararlos. Es así como, ante la violación de los derechos constitucionales y de los constantes en instrumentos internacionales de derechos humanos, al amparo de lo establecido en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se crean una serie de garantías jurisdiccionales, a fin de que vía judicial-constitucional, estos puedan ser protegidos y reparados.

Debido a la novedad de estas garantías jurisdiccionales, existió confusión en el mundo jurídico ecuatoriano, debido a que, como producto embrionario, se desconocía su contenido, alcance y forma de aplicación. Recuérdese que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, cuyo objeto era *“regular la jurisdicción constitucional, con el fin de garantizar jurisdiccionalmente los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos y de la naturaleza; y garantizar la eficacia y la supremacía constitucional”*,⁸ entró en vigencia un año después de la Constitución de Montecristi. Entonces, durante ese año las mentadas garantías se encontraron en una zona de penumbra, lo cual no era excusa para evitar su tramitación.⁹

Ahora, esta confusión conllevó a que los abogados litigantes plantearan de forma indistinta sobre todo acciones de protección para resolver cualquier tema que bien podría

⁸ LOGJCC, art. 1.

⁹ CRE, art. 11.5.

resolverse ante la justicia ordinaria. Las controversias en materia de contratación pública no fueron la excepción. Los contratistas estatales, ante cualquier insatisfacción, planteaban medidas cautelares autónomas, acciones de protección o acciones de protección con medida cautelar, a fin de que, por medio de este instrumento sencillo, rápido y eficaz, se consigan satisfacer sus pretensiones, quedando relegados los tribunales distritales de lo contencioso administrativo.

Esto resultaba problemático ya que, como se sabe, la contratación pública tiene como fin satisfacer el interés general a través de la adquisición de bienes, prestación de servicios, incluidos los de consultoría y ejecución de obras, lo que naturalmente implica un alto costo financiero. Entonces, a fin de evitar el empeoramiento de esta problemática, el legislador, a través de una ley reformativa publicada en el Registro Oficial No 100 del 14 de octubre de 2013, haciendo caso omiso al artículo 1, numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador, reformó los artículos 95 y 102 de la LOSNCP, incorporando en ambas disposiciones normativas a esa fecha lo siguiente:

“Art. 95.- Notificación y Trámite.- ... 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.”

“Art. 102.- Reclamaciones.- ... Los procesos de contratación pública no son susceptibles de acciones constitucionales porque tienen mecanismos de defensa adecuados y eficaces para proteger los derechos derivados de tales procesos previstos en la Ley.”

A partir de este momento, el planteamiento de garantías jurisdiccionales en materia de contratación pública quedó prohibido. Esto, a todas luces resultaba inconstitucional, ya que *“ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.”*¹⁰ Y, materialmente, dentro de un procedimiento de contratación pública, podría darse la violación de derechos constitucionales. El hecho de que legislador indique que existen vías adecuadas y eficaces en la justicia ordinaria para solventar controversias en materia de contratación pública no significa que las entidades contratantes

¹⁰ CRE, art. 11.4.

no puedan violar derechos constitucionales. Entonces, las reformas citadas no solamente que adolecían de inconstitucionalidad, sino que estaban fundamentadas en falacias.

Si bien el contenido de dichos artículos era inconstitucional, estos debían ser expulsados de forma expresa del ordenamiento jurídico. Es así como, luego de casi cuatro años, el 11 de enero de 2017, la Corte Constitucional, mediante sentencia No. 006-17-SEP-CC, resolvió:

“Declarar, en ejercicio de la competencia establecida en el artículo 436 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador, la inconstitucionalidad del séptimo inciso del artículo 102 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en el cual se establece: “Los procesos de contratación pública no son susceptibles de acciones constitucionales porque tienen mecanismos de defensa adecuados y eficaces para proteger los derechos derivados de tales procesos previstos en la Ley”. ”

El panorama hasta ahora se encontraba así: quedó libre el camino para que los oferentes y contratistas del Estado, puedan plantear acciones constitucionales si consideraban que dentro de los procesos de contratación pública se había violado derechos constitucionales. No obstante, la Corte Constitucional omitió la existencia de la regla contenida en el artículo 95 de la LOSNCP, la cual prohibía la presentación de acciones constitucionales contra las resoluciones de terminación unilateral y anticipada de contratos.

Entonces, la regla quedó así: se podía plantear garantías constitucionales por violaciones de derechos constitucionales en los procesos de contratación pública, menos para impugnar las resoluciones de terminación unilateral y anticipada de los contratos.

La expulsión de la regla del artículo 102 de la LOGJCC tuvo ambigüedades , ya que, quizás lo más importante quedó sin regularse. La terminación unilateral y anticipada de un contrato es la sanción más grave que puede recibir un contratista estatal, por lo que conlleva: la suspensión del Registro Único de Proveedores, la inhabilitación por cinco años para contratar con el Estado y la ejecución de las garantías, según el procedimiento de contratación pública que se haya efectuado . Esta terminación produce graves efectos en la economía del proveedor, lo que podría conducir a una inminente quiebra del negocio. Lógicamente, para proceder con la terminación unilateral existe un procedimiento reglado el cual se encuentra en el artículo 310 y siguientes del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema

Nacional de Contratación Pública (en adelante, RGLOSNC), además que la resolución que se emita para el efecto deberá cumplir los requisitos establecidos en el artículo 99 del Código Orgánico Administrativo.

En la misma línea, la Procuraduría General del Estado en la infografía “Inobservancia del derecho al debido proceso en el procedimiento de terminación unilateral de un contrato sujeto a la LOSNC, como alegación para interponer una acción de protección”, da a entender de forma tenue que las controversias surgidas en materia de contratación pública deben ser tratadas en la justicia ordinaria.¹¹

En ese orden de ideas, si bien el Título VII del RGLOSNC, establece los mecanismos para reclamos y recursos administrativos en materia de contratación pública, ¿qué sucede cuando más allá del informe técnico y económico que emite el administrador del contrato, para motivar la terminación unilateral, se han vulnerado derechos constitucionales del contratista? Al respecto, existen interrogantes como la siguiente:

¿Cómo tutelar y reparar los derechos constitucionales violados en el marco de la terminación unilateral y anticipada de un contrato si estaba prohibido presentar garantías constitucionales para dicho propósito?

Pese a la citada prohibición del legislador, la Corte Constitucional en sentencia No. 210-15-SEP-CC estableció el siguiente criterio:

“... debe señalarse que la vía de lo contencioso administrativo, para el caso en concreto (terminación unilateral del contrato), garantiza que los detalles técnicos de la ejecución de la obra puedan ser analizados de mejor manera, ya que la naturaleza probatoria de este proceso es especialmente pertinente para la determinación de la procedencia o no de la terminación del contrato y, en consecuencia, de esta manera, se tutela los derechos, tanto de la parte demandada como de la demandante, garantizando una debida inmediatez técnica en los argumentos y defensas expuestas. ... si bien la acción de protección posee un carácter no subsidiario, particular que debe quedar muy claro, hay que tener en cuenta que, para los efectos de resolver temas contractuales, de naturaleza eminentemente infraconstitucional, como en el

¹¹¹¹

Procuraduría General del Estado, en: http://www.pge.gob.ec/images/2023/INFOGRAFIAS_REFLEXIONES/JUNIO/Inobservancia.pdf

presente caso de la terminación unilateral del contrato o de la recepción de obra, la vía más expedita es la contenciosa administrativa, dada la necesidad de precisar aspectos técnicos, que a su vez encierran un análisis propio de legalidad.”

De los transcrito, a primera vista, se podría concluir que se puede proponer garantías jurisdiccionales en materia de contratación pública, excepto por terminación unilateral de contratos. Sin embargo, en la misma sentencia, establece la siguiente regla de excepción:

“En consecuencia, la vía jurisdiccional de la acción de protección se justificaría, en el presente caso, si del análisis de la sentencia impugnada se constatará la vulneración de derechos constitucionales en la decisión administrativa materia de dicha acción ...”.

De la lectura del extracto superior, se podría reconstruir una regla en el siguiente sentido:

Supuesto de hecho	Consecuencia jurídica
Si en una terminación unilateral y anticipada de un contrato se constatará la vulneración de derechos constitucionales ...	entonces, la vía jurisdiccional de la acción de protección estaría justificada.

Así las cosas, el procedimiento contencioso administrativo constituye la vía adecuada y eficaz para tratar controversias relacionadas en materia de contratación pública.¹² Empero, si dentro de un procedimiento de contratación pública se han lesionado derechos constitucionales, la vía adecuada y eficaz sería la acción de protección.

Así también, la actual Corte Constitucional mediante sentencia No. 943-14-EP/20 señaló lo siguiente:

“... se infiere que, en el procedimiento administrativo de terminación unilateral de contrato, cabe el incoar una garantía jurisdiccional cuando en el accionar estatal se produzcan violaciones de derechos constitucionales. En las sentencias impugnadas, al declararse la violación del derecho a la defensa, se confirma la pertinencia de someter una terminación unilateral de contrato a conocimiento de jueces constitucionales, y, por consiguiente, de que estos admitan la acción a trámite y se pronuncien sobre las vulneraciones

¹² V.gr., la acción especial en materia de contratación pública (COGEP, art. 326.4.d)

demandadas, en apego a lo consagrado en el artículo 88 de la Constitución de la República, esto es, amparar directa y eficazmente los derechos constitucionales.”

Aquí también se podría reconstruir la regla en el siguiente sentido:

Supuesto de hecho	Consecuencia jurídica
Cuando en el procedimiento administrativo de terminación unilateral y anticipada de un contrato el Estado viole derechos constitucionales ...	entonces, cabe incoar una garantía jurisdiccional.

Tenemos entonces lo siguiente: por un lado, a dicha fecha se encontraba vigente la regla del artículo 95 que prohibía plantear acciones constitucionales contra las resoluciones de terminación unilateral y anticipada de los contratos; y, por otro lado, la Corte Constitucional estableció que cabía incoar acciones constitucionales por terminaciones unilaterales de contratos, si sólo si, se desprenden violaciones de derechos constitucionales. Ante esta contradicción de normas, una de origen legislativo y otra de origen pretoriano, debe considerarse la naturaleza y rango de las reglas jurisprudenciales que expide la Corte Constitucional:

“... todos los criterios de decisiones jurisdiccionales ... y dictámenes constitucionales emanados por este órgano de administración de justicia son de obligatorio cumplimiento, en virtud de que la Corte Constitucional al interpretar la Constitución al decidir cada caso crea normas jurisprudenciales que se ubican al mismo nivel que la Constitución.”¹³

Del extracto de la mentada sentencia, se desprende que las reglas jurisprudenciales de la Corte Constitucional son de obligatorio cumplimiento y se encuentran al mismo nivel que la Constitución.

Asimismo, es menester señalar que la Constitución de la República del Ecuador indica que las normas deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; caso contrario, carecerán de eficacia jurídica; y, en caso de conflictos entre normas de distinta jerarquía, este será resuelto mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.¹⁴

¹³ Sentencia No. 001-16-PJO-CC.

¹⁴ CRE, arts. 424 y 425.

Dicho esto, se puede colegir que, pese a existencia la regla prohibitiva del artículo 95 de la LOSNCP, esta era inaplicable, por ser contraria a una norma de rango constitucional como lo son las reglas jurisprudenciales de la Corte Constitucional.

Por tanto, a dicha fecha, ante violaciones de derechos constitucionales originadas en la terminación unilateral de contratos en materia de contratación pública, cabía incoar acciones constitucionales.

Pero esto no era suficiente, era necesario, al igual que la regla del artículo 102 de la LOSNCP, expulsarla del ordenamiento jurídico. Mantener una norma vigente pero inaplicable resulta problemático, ya que, goza de presunción de constitucionalidad,¹⁵ y podría crear confusiones en los juzgadores al momento de tener que resolver una acción de protección en la cual se impugne una resolución de terminación unilateral y anticipada de un contrato.

Luego de casi 7 años de la vigencia de la reforma del artículo 95 de la LOGJCC, el 04 de septiembre del 2020, un ciudadano planteó una acción de inconstitucionalidad respecto a la frase *“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”*, del artículo 95 de la LOSNCP. Y, tres años después, el 25 de octubre del 2023, la Corte Constitucional, mediante sentencia No. 87-20-IN/23, resolvió declarar su inconstitucionalidad y, en consecuencia, expulsarla del ordenamiento jurídico.

Con esto, quedaba libre todo tipo de restricción legal para la interposición de acciones constitucionales, ahora sí, ante cualquier instancia o resolución expedida dentro de procesos de contratación pública. El problema de esta “liberación jurisdiccional”, es que podría conllevar a una desnaturalización de la acción de protección y la presentación indiscriminada de esta garantía, tratando de dar el estatus de relevancia constitucional a lo que corresponda y no respecto a las actuaciones enmarcadas en los procesos de contratación pública.

Ante ello, cabe preguntarse: ¿cuándo procede una acción de protección en materia de contratación pública?

¹⁵ LOGJCC, art. 76.2.

¿Cuándo procede una acción de protección en materia de contratación pública?

La contratación pública no es una institución sencilla. Está repleta de complejidades técnicas, a tal punto que puede considerársela en el campo jurídico como “un mundo aparte”. Su regulación depende de la LOSNCP, su Reglamento General, la normativa secundaria del Servicio Nacional de Contratación Pública, los pronunciamientos del Procurador General del Estado y la jurisprudencia de las altas cortes, tomando en cuenta, la normativa dispersa que existe en materia de contratación pública, y las contradicciones que se aprecian a todas luces entre la aplicación de la norma y la parametrización del sistema de compras públicas, un claro ejemplo es la evidente contradicción entre el Art. 111 y 112 de la Resolución 134 Normativa Secundaria del SERCOP, pues actualmente en el Módulo Facilitar de la Contratación Pública – MFC Pliegos presenta en el cronograma del procedimiento de Subasta Inversa Electrónica Bienes y Servicios, las siguientes fechas de tiempo mínimo y máximo: Fecha límite de preguntas: mínimo 1 días y máximo 3 días Fecha límite de respuestas y aclaraciones: mínimo 1 días y máximo 3 días En este sentido, las herramientas no se encuentran parametrizadas de acuerdo con lo que establece el artículo 111 y 112 de la Normativa Secundaria. Asimismo, la disposición transitoria indica que hasta que el Servicio Nacional de Contratación Pública adecúe las condiciones de funcionamiento de la herramienta, las entidades contratantes deberán continuar con la creación de sus procedimientos de contratación conforme las funcionalidades existentes en el Módulo Facilitador de Contratación Pública, sin embargo este tipo de contradicciones entre norma y sistema no son claras al momento de un examen especial de auditoría gubernamental, entre otras contradicciones que bien ameritan ser análisis de otro trabajo investigativo, pues se podría estudiar la posible vulneración de la seguridad jurídica con todas las contradicciones entre sistema y norma que podremos analizar.

Entonces, aquí existe un doble desafío: el del presunto contratista perjudicado y potencial accionante, quien, a través de su defensa técnica, podrá plantear una acción de protección ante la violación de derechos constitucionales, y del juez, quien deberá verificar si la violación de derechos constitucionales de encuentra acreditada.

En la citada sentencia No. 87-20-IN/23, la Corte Constitucional realizó una necesaria e importante advertencia:

Como es de conocimiento general, la acción de protección tiene por objeto “*el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos, que no estén amparados 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.*”¹⁶ Y, para su presentación y procedencia, deberán concurrir los siguientes requisitos: **(i)** violación de un derecho constitucional; **(ii)** acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente; e, **(iii)** inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.¹⁷

A más de lo mencionado, recuérdese que la acción de protección puede ser planteada conjunto una medida cautelar,¹⁸ es subsidiaria,¹⁹ no es residual,²⁰ es tutelar,²¹ es reparatoria,²² es imprescriptible²³ y su tramitación será sencillo, rápido y eficaz,²⁴ amparado por el principio de formalidad condicionada.²⁵

El problema de la acción de protección es saber cuándo esta debe ser planteada. Es decir, cómo saber cuándo estamos ante una violación de derechos constitucionales que implique la inactivación de la justicia ordinaria. De acuerdo con la Corte Constitucional, basta la verificación de una violación de derechos constitucionales, para que sea procedente la acción de protección, de lo cual ya se torna innecesaria la revisión de la existencia de otra vía adecuada y eficaz, ya que la razón de ser de garantía es tutelar y reparar derechos constitucionales lesionados.

Entonces, para que proceda una acción de protección, basta la acreditación de la violación de derechos constitucionales. Pero ¿qué implica una violación de derechos constitucionales? La Corte Constitucional ha dicho los siguiente:

¹⁶ LOGJCC, art. 39.

¹⁷ LOGJCC, art. 40.

¹⁸ CRE, art. 87.

¹⁹ Sentencia No. 001-16-PJO-CC.

²⁰ Sentencia No. 1754-13-EP/19.

²¹ Sentencia No. 076-12-SEP-CC.

²² Sentencia No. 055-10-SEP-CC

²³ Sentencia No. 179-13-EP/20.

²⁴ LOGJCC, art. 8.5.

²⁵ LOGJCC, art. 7.7.

“En este sentido, la norma legal exige que la vulneración de la que es objeto el derecho deba estar orientada a atacar su ámbito constitucional o iusfundamental. “Esto significa que, para que proceda la acción de protección, la violación del derecho necesariamente debe afectar el contenido constitucional del mismo y no a las otras dimensiones del derecho afectado por acción u omisión de autoridad pública” ... En consecuencia, si se trata de una vulneración que ataca a otra dimensión legal, que no tiene relación directa con la dignidad de las personas, por ejemplo, los de índole patrimonial, deberán contar con otros mecanismos jurisdiccionales que permitan resolver adecuadamente sobre la vulneración del derecho en la justicia ordinaria.”²⁶

De la lectura de este extracto de sentencia, la Corte Constitucional sostiene que la violación de derechos constitucionales implica la lesión de su ámbito constitucional o iusfundamental, esto es, el contenido constitucional del mismo, que tenga relación directa con la dignidad de las personas. En términos doctrinarios, esto se conoce como el contenido o núcleo esencial del derecho fundamental.

Esta definición brindada por la Corte Constitucional resulta problemática, ya que está cargada de vaguedad. ¿Qué debe entenderse por “ámbito iusfundamental”? ¿qué debe entenderse por “dignidad de las personas”?

De acuerdo a esta definición, bajo ningún concepto cabría el planteamiento de una acción de protección por parte de una persona jurídica ya que, su naturaleza con se encuentra vinculada a la dignidad humana y, en el caso que estamos tratando, no cabrían acciones constitucionales contra resoluciones de terminación unilateral y anticipada de contratos ya que, la mayoría de los contratistas estatales son personas jurídicas.

Pese a la dificultad mencionada en líneas, la Corte Constitucional actual, en la ya citada sentencia No. 87-20-IN/23, aclaró y advirtió lo siguiente:

“Esta Corte estima pertinente señalar que la expulsión de la norma impugnada no puede abonar en una desnaturalización de las garantías jurisdiccionales. Es menester enfatizar que los jueces constitucionales,

²⁶ Sentencia No. 001-16-PJO-CC.

después de analizar el caso exhaustivamente y determinar que no se ha perpetrado una violación de derechos constitucionales, deben, de ser el caso, determinar que la jurisdicción contencioso-administrativa o el arbitraje son las vías idóneas y eficaces para resolver ciertas divergencias atinentes a la resolución de terminación unilateral de contrato.

Así mismo, en ese orden de ideas, también es oportuno mencionar que los artículos 40 y 42 de la LOGJCC, establecen que la acción de protección procederá cuando no exista un mecanismo eficaz para resolver la presunta vulneración; intentando prevenir que todos los casos que podrían ser de procedencia administrativa se salten su sede para ir directamente a la constitucional. ...

En tal sentido, la materialización de una resolución de terminación unilateral puede implicar una serie de aspectos financieros, jurídicos y esencialmente técnicos conforme al objeto de la contratación; que, en caso de presentarse una controversia, no tendría cabida en la justicia constitucional.”

Como se puede observar, la Corte Constitucional, anticipándose a lo que podría suceder, señaló que, el hecho de que se puedan plantear acciones de protección por terminaciones unilaterales y anticipadas de contratos, esto no significa que todas las controversias tengan relevancia constitucional. No puede pasarse del extremo de no poder presentar acciones constitucionales por terminaciones unilaterales y anticipadas de contratos al extremo de abusar y desnaturalizar la acción de protección, y plantearlas indiscriminadamente por terminaciones unilaterales y anticipadas de contratos.

Por ello, resaltó que los jueces que conozcan acciones de protección por terminaciones unilaterales y anticipadas de contratos deberán examinar exhaustivamente cada caso para determinar si existió la violación de derechos constitucionales. Esto no es novedad, ya que, dicha tarea debe realizar el juez en todo caso donde se alegue violación de derechos constitucionales:

“No todas las vulneraciones al ordenamiento jurídico necesariamente tienen cabida para el debate en la esfera constitucional ya que para conflictos en materia de legalidad existen las vías idóneas y eficaces dentro de la jurisdicción ordinaria... La acción de protección no constituye un mecanismo

de superposición o reemplazo de las instancias judiciales ordinarias, pues ello ocasionaría el desconocimiento de la estructura jurisdiccional estatal establecida por la Constitución... La acción de protección procede solo cuando se verifique una real vulneración de derechos constitucionales, con lo cual, le corresponde al juez verificar y argumentar si existe o no la vulneración de un derecho constitucional. Es a él a quien le corresponde analizar caso a caso, sobre la base de un ejercicio de profunda razonabilidad, los hechos y las pretensiones del actor para poder dilucidar si se trata de un caso de justicia constitucional o si, por el contrario, por su naturaleza infra constitucional su conocimiento le corresponde a la justicia ordinaria.”²⁷

Pese a la regla precitada, la Corte Constitucional sí especifica cuándo, por ejemplo, devendría en improcedente una acción de protección: cuando la materialización de una resolución de terminación unilateral implique una serie de aspectos financieros, jurídicos y esencialmente técnicos conforme al objeto de la contratación.

No parece muy claro lo señalado por la Corte. En un procedimiento administrativo sancionatorio como el contenido en el artículo 95 de la LOSNCP, el acto administrativo (resolución de terminación unilateral) está precedido por actos de simple administración (informes financieros, técnicos y jurídicos) que sirven de fundamento para la expedición de la voluntad final de la administración pública. Si bien los actos de simple administración por su naturaleza no son propiamente impugnables,²⁸ no es menos cierto que estos pueden estar indebidamente justificados, lo cual podría afectar la motivación del acto administrativo. Sin embargo, si la Corte Constitucional señaló que en esos casos no sería procedente una acción de protección, dicho criterio hay que acatarlo por ser el que produce efectos jurídicos.

Ahora, lo aclarado por la citada Corte es importante, ya que es común ver cómo ciertos jueces constitucionales desechan una acción de protección por el hecho de que el objeto de impugnación es un acto administrativo. Si bien la Constitución del 2008 ha señalado que actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función

²⁷ Sentencia No. 210-15-SEP-CC.

²⁸ COA, art. 217.

Judicial,²⁹ esta no es una regla taxativa, ya que la Corte Constitucional ha dicho que la naturaleza de la actuación pública impugnada no determina la competencia de los jueces al conocer una acción de protección.³⁰

Por tanto, un acto administrativo, como una resolución de terminación unilateral de un contrato, puede ser plenamente impugnado vía acción de protección.

A fin de concretizar lo desarrollado en el presente escrito, a continuación, se plantearán unos ejemplos en materia de contratación pública que podrían implicar la violación de derechos constitucionales.

La ausencia de causal de terminación unilateral del contrato

En la ya citada 210-15-SEP-CC, se analizó el siguiente caso: un contratista del Estado presentó una acción de protección contra la entidad contratante, por cuanto esta terminó un contrato de forma unilateral y anticipada sin haber explicado en el acto administrativo la causal que llevó a tomar dicha decisión.

La Corte Constitucional analizó el caso y concluyó que, en efecto, la entidad contratante no había señalado la causal de terminación unilateral y anticipada del contrato. Esto evidentemente viola el debido proceso en la garantía de la motivación.

Como señala la Constitución de la República del Ecuador, “*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 considerarán nulos.*”³¹

En este caso, la Corte Constitucional resolvió declarar la violación del derecho al debido proceso en la garantía de la motivación, justamente porque la entidad contratante obvió especificar bajo qué causal se terminó unilateralmente el contrato.

El no otorgamiento del plazo legal para subsanar el incumplimiento

Una entidad estatal podría incurrir en violación de derechos constitucionales si no le otorga al contratista el plazo legal para subsanar el incumplimiento. La LOSNCP en su artículo 95 establece:

²⁹ CRE, art. 173.

³⁰ Sentencia No. 65-17-EP/22.

³¹ CRE, art. 76.7.l).

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

Si el contratista no justificare la mora o no remediare el incumplimiento, en el término concedido, la Entidad Contratante podrá dar por terminado unilateralmente el contrato, mediante resolución de la máxima autoridad de la Entidad Contratante, que se comunicará por escrito al contratista y se publicará en el portal institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP.”

Podría darse el caso en que, por descuido, la entidad contratante le notifique la resolución de terminación unilateral del contrato sin haberle concedido los diez días que establece la ley para que la contratista descargue.

De ocurrir esto, se estaría violando el derecho a la defensa en al menos las siguientes garantías establecidas en la Constitución del 2008:

“Art. 76.- 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:

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.

b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.”

Ahora, ¿en qué casos podría no existir violación de derechos constitucionales? Véanse los siguientes ejemplos no exhaustivos:

Cuando el accionante pretenda la adjudicación de un contrato

Esto resulta obvio, porque la pretensión de adjudicación de un contrato constituye en una declaración de derechos, causal de improcedencia de la acción de protección.³² Para satisfacer tal pretensión, cuenta con la justicia ordinaria. Así lo ha dicho la Corte Constitucional:

“... es otra de las causales que denotan claramente la naturaleza tutelar de la acción de protección y su distinción con las acciones de la justicia ordinaria, pues como esta Corte también ha sostenido, bajo la concepción del Estado constitucional de derechos y justicia los derechos constitucionales no son declarados, sino tutelados, dado que estos preexisten, lo único que se declara en las acciones de garantías jurisdiccionales de los derechos son las vulneraciones que ocurren a los derechos constitucionales. Cosa distinta sucede en la justicia ordinaria, toda vez que, mediante el ejercicio de sus competencias, lo que se pretende es la declaración del derecho y su correspondiente exigibilidad. Ahora bien, para determinar esta circunstancia, el juzgador también ha de requerir de la sustanciación del proceso (pruebas, alegatos), razón por la cual también esta se constituye en una causal de improcedencia.”³³

Cuando el accionante pretenda ejercer el cobro de lo adeudado por la entidad contratante

Si bien la Constitución de la República del Ecuador establece que nadie puede ser obligado a trabajar gratuitamente,³⁴ esa no sería, en este contexto, una razón suficiente para plantear una acción de protección. Ya la Corte Constitucional ha dicho que, cuando la dimensión de lo acusado de lesionado sea de índole patrimonial, la acción de protección es improcedente. Para ello, cuenta con la acción correspondiente justicia ordinaria para ejercer tal reclamación; esta es, la acción especial por controversias en materia de contratación pública.³⁵

³² LOGJCC, art. 42.5.

³³ (2023)

³⁴ CRE, art. 66.17.

³⁵ COGEP, art. 326.4.d).

CONCLUSIONES

La acción de protección es una garantía jurisdiccional creada con el objeto de tutelar y reparar derechos constitucionales y los contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Antes de la declaratoria de la inconstitucionalidad parcial de los artículos 95 y 102 de la LOSNCP, por disposición de la Corte Constitucional, se podían plantear acciones constitucionales por controversias en materia de contratación pública.

Se puede plantear una acción de protección por controversias en materia de contratación pública, siempre que se evidencie violación de derechos constitucionales.

El juez constitucional deberá analizar profundamente si de la controversia planteada se desprende violación de derechos constitucionales.

Es improcedente la acción de protección cuando la materialización de una resolución de terminación unilateral implique una serie de aspectos financieros, jurídicos y esencialmente técnicos conforme al objeto de la contratación.

REFERENCIAS

- 055-10-SEP-CC (Corte Constitucional del Ecuador 18 de noviembre de 2010).
- 076-12-SEP-CC (Corte Constitucional del Ecuador 29 de marzo de 2012).
- 102-13-SEP-CC (Corte Constitucional del Ecuador 27 de diciembre de 2013).
- 210-15-SEP-CC (Corte Constitucional del Ecuador 24 de junio de 2015).
- 001-16-PJO-CC (Corte Constitucional del Ecuador 22 de marzo de 2016).
- 006-17-SEP-CC (Corte Constitucional del Ecuador 11 de enero de 2017).
- 1754-13-EP/19 (Corte Constitucional del Ecuador 19 de noviembre de 2019).
- 179-13-EP/20 (Corte Constitucional del Ecuador 04 de marzo de 2019).
- 943-14-EP/20 (Corte Constitucional del Ecuador 24 de junio de 2020).
- 65-17-EP/22 (Corte Constitucional del Ecuador 22 de junio de 2022).
- 87-20-IN/23 (Corte Constitucional del Ecuador 25 de octubre de 2023).
- Augusto, S. S. (2000). *Derechos Humanos, Seguridad Pública y Seguridad Nacional*. México D. F.: Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- Ecuador, A. N. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito.
- Ecuador, A. N. (2008). *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Quito.
- Ecuador, A. N. (2009). *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Quito.
- Ecuador, A. N. (22 de mayo de 2015). *Código Orgánico General de Procesos*. Quito, Pichincha, Ecuador.
- Ecuador, A. N. (7 de julio de 2017). *Código Orgánico Administrativo*. Quito, Pichincha, Ecuador.
- Ecuador, P. d. (2022). *Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Quito.
- Estado, P. G. (s.f.). *Procuraduría General del Estado*. Obtenido de http://www.pge.gob.ec/images/infografias/Solucion_de_Controversias-01.pdf
- López Suárez, D., Pérez, A., & Aguilar, J. (2016). *Manual de Contratación Pública*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Luigi, F. (2006). *Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 15-31.

Mateos, A. (2023). El efecto horizontal de los derechos fundamentales (Drittwirkung) en el derecho internacional. La doctrina de los deberes de protección en los derechos fundamentales. En *El efecto horizontal de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Quitana Rolda, C. F. (2013). *Curso Internacional de Actualización en Derecho Administrativo*. Estado de México: Facultad de Estudios Superiores Acatlán.