



UNIVERSIDAD DE ESPECIALIDADES ESPÍRITU SANTO

FACULTAD DE POSTGRADO

TÍTULO:

**LA VULNERACIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES POR PARTE DEL ESTADO EN LOS
PROCESOS DE TERMINACIÓN ANTICIPADA DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.**

**TRABAJO DE TITULACIÓN QUE SE PRESENTA COMO REQUISITO PREVIO A OPTAR EL GRADO
DE MAGÍSTER EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

AUTOR:

AB. FRANCISCO ALEJANDRO MORENO KAYSER

NOMBRE DEL TUTOR:

DR. SANTIAGO VELÁZQUEZ VELÁZQUEZ

SAMBORONDÓN, JUNIO, 2018

CERTIFICADO DE APROBACIÓN DEL TUTOR

APROBACIÓN DEL TUTOR

En calidad de tutor del maestrante Abg. Francisco Alejandro Moreno Kayser, quien cursa estudios en el programa de cuarto nivel en la MAESTRÍA DE DERECHO CONSTITUCIONAL, dictado en la Facultad de Postgrado de la Universidad de Especialidades Espiritu Santo.

CERTIFICO:

Que he analizado el *Paper Académico* con el título “La vulneración de derechos constitucionales por parte del Estado en los procesos de terminación anticipada de contratos administrativos” presentado por el maestrante Abg. Francisco Alejandro Moreno Kayser, portador de la cédula de ciudadanía No. 1710866946, como requisito previo a optar el grado de MAGÍSTER EN DERECHO CONSTITUCIONAL, cumpliendo con los requisitos y méritos tanto académicos como científicos, razón por la cual lo apruebo en su totalidad.

Samborondón, 13 de junio de 2018

Dr. Santiago Velázquez Velázquez
Tutor

La vulneración de derechos constitucionales por parte del Estado en los procesos de terminación anticipada de contratos administrativos

Resumen

La presente investigación busca identificar la forma en que se realiza la terminación unilateral anticipada de los contratos administrativos y los derechos constitucionales que se vulneran. Con el análisis de Ley Organica del Sistema Nacional de Contratacion Publica, podemos evidenciar algunos aspectos importantes de los procedimientos, que permiten concluir que existe un abuso de la administracion publica por medio de clausulas exorbitantes que se ha reservado para sí y que llegan a causar vulneraciones a todas las garantias basicas.

Se utilizó un proceso de analisis de la doctrina del derecho administrativo entorno a las prerrogativas del Estado, el procedimiento que ha establecido la ley para la terminación unilateral de los contratos administrativos y los derechos constitucionales que se deben respetar, según la Constitución, en todo proceso que se determinen derechos. Se han tomando para el presente estudio legislaciones de Perú, Costa Rica y España que difieren en cuanto a la protección de derechos al debido proceso, analizando además a diversos autores y jurisprudencia nacional.

Este analisis, ha permitido recopilar informacion cualitativa sobre la problematica de las vulneraciones al debido proceso en las terminaciones unilaterales de contratos, afectando varios principios, como el de igualdad, presunción de inocencia y tutela efectiva de derechos.

Finalmente se demuestra la importancia de la investigación entorno a la necesidad de una reforma a la ley que garantice en los procedimientos de juzgamiento administrativo los derechos de los contratistas, ya que el deber más alto del Estado es respetar y hacer respetar los derechos constitucionales de sus ciudadanos.

Palabras claves: contrato, terminación, unilateral, administrativo.

Abstract

This research seeks to identify in which way the unilateral termination of administrative contracts is conducted and the constitutional rights that are violated. With the analysis of the Organic Law of the National System of Public Contracts we can expose some important aspects of the procedures that have allowed us to conclude the abuse of power that the public administration has through the exorbitant clauses it has reserved for itself and that can cause violations to basic rights.

A process of analysis of administrative law doctrine was used to analyze the State's prerogative's, the procedure that the law has established for the unilateral termination of administrative contracts and the constitutional rights that must be upheld according to the Constitution in every process in which rights are determined.

Legislation from Peru, Costa Rica and Spain and publications from several authors have been taken into consideration and they differ by the protection of the due process right, as well as national legal precedent.

This analysis has allowed to recollect qualitative information about the need for a legal reform that can guarantee that in the administrative judgement proceedings the constitutional rights of the contractors will be upheld, considering that this is the highest duty of the State by enforcing the rights of its citizens.

Keywords: contract, termination, unilaterally, administrative.

Introducción

El presente trabajo trata sobre los procedimientos de terminación unilateral y anticipada de los contratos administrativos por parte del Estado analizando la problemática de la vulneración de derechos constitucionales de los contratistas, principalmente del debido proceso y derecho a la defensa.

La problemática de vulneración de derechos no solo se la encuentra en la legislación local, sino que, más grave aún, proviene de doctrinas del derecho administrativo que colisionan con los principios del neoconstitucionalismo, donde se supone que los derechos fundamentales deben prevalecer por encima del Derecho positivo y la Constitución.

Los antecedentes también recaen sobre el principio de autotutela y las prerrogativas exorbitantes que tiene el Estado bajo las doctrinas del derecho administrativo para resolver sus propios asuntos para con los administrados sin tener la necesidad de acudir al poder judicial. Se parte de la ficción que en los contratos debe existir una paridad jurídica entre contratista y contratante, sin embargo, ocurre que en la práctica de la contratación pública el primero posee pocos mecanismos de prevención de defensa de sus derechos frente al poder exorbitante que puede ejercer el Estado a sus administrados sin necesidad de acudir a instancias judiciales.

Esta investigación es importante en razón de que todas las personas gozan de igualdad ante la ley y se les debe brindar la misma protección a todos sus derechos fundamentales. En este caso, se determinará si las personas que contratan con el Estado gozan o no de las protecciones y garantías a sus derechos fundamentales consagrados en la Constitución y tratados internacionales, en razón de que es el deber máximo del Estado respetar y hacer respetar los derechos de los ciudadanos.

El objetivo general de la investigación se centra en identificar los momentos procesales en que se producen vulneraciones a derechos fundamentales para así poder adecuar el derecho administrativo nacional y las normas que rigen la contratación pública al neoconstitucionalismo y la protección de los derechos constitucionales.

Para alcanzar el objetivo de la investigación se realizó un procedimiento de racionalización de la ley y la doctrina, lo que nos permitió obtener cualidades del problema analizado y con ello demostrar la situación de vulneración aplicando el método deductivo.

Marco teórico

El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia social. Esta es la primera definición que se encuentra del Ecuador en la Constitución de Montecristi del año 2008. En un estado moderno, el ordenamiento jurídico se rige por los principios de soberanía popular; la división de poderes; el principio de legalidad y el reconocimiento de los derechos fundamentales del ciudadano. De hecho, la Constitución de la República del Ecuador –en adelante, CRE- del 2008 es una carta magna neo constitucionalista y en su propio cuerpo establece la supremacía de los derechos fundamentales por sobre cualquier otra norma, incluyendo la propia Constitución. Para Zavala (2010) al predeterminar al Ecuador como un Estado de derechos constitucionales y justicia el constituyente hizo algo más que enunciar un objetivo, impuso valores como materia y contenido de los preceptos normativos y por ser normas jurídicas, directa e inmediatamente aplicables. Los valores pasan a ser contenidos materiales de las normas y éstos son los que marcan la validez del ordenamiento jurídico entero. Se impone a todo poder normativo –incluido el poder constituyente– la obligación de crear las reglas infraconstitucionales formal y materialmente adecuadas a los derechos constitucionales y a la dignidad de las personas -Art. 84 CRE- y se obliga a los jueces y autoridades públicas a aplicar toda normativa de conformidad con los derechos fundamentales que, a su vez, son aplicables en forma directa e inmediata -artículos 426 y 427 CRE-.

El más alto deber del Estado consiste, precisamente, en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución y concordantemente todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía. Es así que se concluye que la regla general es que le corresponde al Estado tutelar los derechos constitucionales de los ciudadanos, dándole la importancia primaria, primero para evitar su

vulneración aplicando el principio de legalidad, prima facie, y luego interviniendo de manera eficiente y eficaz para la cesación de vulneraciones.

La contratación pública no debería ser la excepción a la regla general antes enunciada y bajo ningún concepto se pueden desconocer los derechos de los contratistas bajo el pretexto de sobre poner el interés general por encima del interés particular.

La autotutela del estado

En un estado de derecho, la autoridad pública posee deberes y atribuciones regladas amparadas bajo normas jurídicas a las que se someten, dejando de lado, el autoritarismo de las monarquías absolutas y las dictaduras. Sin embargo, el Estado, a través de la administración pública, se reservó prerrogativas exorbitantes en este contrato social, que se mantienen en la doctrina y legislación hasta el día de hoy. Así lo explica Marín (2017), cuando dice que una de las instituciones jurídicas que contribuye a darnos una idea más justa de la posición real de la Administración y de sus poderes, es la de la autotutela.

A través de ella se observa cuáles son esos poderes que hacen que la Administración sea capaz de comportarse en su actuar de forma muy distinta a como lo hacen los ciudadanos, de modo que, si éstos nunca pueden tomarse la justicia por su mano, aún, cuando tenga la razón de fondo, la Administración es capaz de imponer su voluntad e incluso de ejecutarla sin necesidad de acudir a los jueces y tribunales para imponer sus decisiones. En tanto que los ciudadanos han de acudir a un tercero -heterotutela, como es el caso de los jueces y tribunales-, para tutelar y hacer valer -reconocer o ejecutar- sus derechos, la Administración puede, por sí misma -autotutela- establecer lo que es conforme a Derecho, declararlo, imponer unilateralmente derechos y obligaciones a los ciudadanos y hacerlos ejecutar sin necesidad de acudir a un tercero -a los jueces y tribunales-. Todo ello lo hace por sí misma. La institución de la autotutela nos muestra, así, una dimensión distinta a la que nos ofrecía la institución del principio de legalidad. Nos muestra la cara poderosa y exorbitante de la Administración (Quadra-Salcedo, 2017).

Como lo comenta Palacio (1999), es así como el Estado, ejerciendo su poder, puede declarar, imponer unilateralmente derechos y obligaciones y hacerlos ejecutar por sí solo, sin necesidad

de acudir al poder judicial como ocurre con los ciudadanos. La autotutela del Estado, en teoría, no se contrapone ni niega el principio de legalidad ya que la autotutela se basa principalmente en este principio. Ambos principios coexisten desde perspectivas distintas, donde el principio de legalidad somete a la Administración al Derecho y en cambio el principio de autotutela rige la manera como la Administración se relaciona con los ciudadanos.

Doctrinariamente el principio de autotutela se lo ha aplicado como una de las formas de gobernabilidad y que hasta cierto punto tiene su lógica en el objetivo de cumplir y hacer cumplir la ley en aras del bienestar general, sin embargo, más adelante se analizará si la ventaja que posee la Administración se ajusta y es compatible con la protección de los derechos constitucionales de los contratistas.

La desigualdad jurídica en los contratos administrativos y las prerrogativas de la administración pública

Alessandri (2009), coincide con la doctrina que identifica como convención a todo acuerdo de voluntades, cualquiera que sea su objeto, ya consista en crear, modificar, conservar, transferir o extinguir un derecho. Solo es contrato la convención creadora de obligaciones.

Para que exista un contrato es esencial que exista un acuerdo de voluntades de dos o más partes que genere obligaciones y cuando genera obligaciones recíprocas se constituye un contrato bilateral donde, por el principio de igualdad, ambas partes están en igualdad de condiciones jurídicas, debiendo cumplir con sus respectivas obligaciones contractuales y pudiendo ejercer sus derechos ante los jueces por posibles incumplimientos. Sostiene Dromi (2010) que los principios de la autonomía de la voluntad e igualdad jurídica de las partes, quedan subordinados en el contrato de la Administración. Es el interés público el que prevalece sobre los intereses privados o de los particulares. En consecuencia, la Administración aparece investida de una posición de superioridad jurídica y de prerrogativas en cuanto a interpretación, modificación y resolución del contrato en virtud de las "...cláusulas exorbitantes del derecho común..." que éste contiene Dromi (2010). Siguiendo la misma línea Parejo (2011) dice que no se trata, en efecto, de un privilegio subjetivo sin más, sino que se trata ante todo de una consecuencia y, por tanto, de un instrumento al servicio del interés general... y de su

prevalencia sobre el interés particular..., basado en la presunción de validez y consecuente eficacia que, desde su adopción, tienen los actos de la Administración en tanto que poder público. Pues, el interés general demanda su realización a través de una acción eficaz, cabalmente la del sujeto al que la norma fundamental encomienda primariamente tal realización -la Administración- y que, por ello, es también un atributo de este sujeto.

El principio de igualdad entre las partes contractuales es más visible y real en el derecho privado donde por ser actos bilaterales las partes crean derechos y obligaciones recíprocas que deben ser cumplidas y su incumplimiento y resolución debe ser conocido por un Juez imparcial. En cambio, que si bien es cierto que el contrato administrativo es un acto bilateral en el cual el contratista ha consentido en la condiciones y normas contractuales, legales y reglamentarias que lo rigen, teniendo como antesala la voluntad de las partes, no deja de ser real que el Estado tiene poderes exorbitantes que causan una desigualdad en la relación contratante - contratista. Para Dromi (1973), esta desigualdad jurídica se traduce, como se ve, en los poderes que tiene la administración pública para: (a) Adaptarlo a las necesidades públicas, variando dentro de ciertos límites las obligaciones del cocontratante. -modificación unilateral y mutabilidad del contrato-; (b) Ejecutar el contrato por sí o por un tercero en caso de incumplimiento o mora del cocontratante, en forma directa, unilateral y por cuenta de este; y, (c) Dejarlo sin efecto unilateralmente en caso de incumplimiento, cuando las necesidades públicas lo exijan

Prerrogativas de la administración

En contratación pública existe una ficción del principio de igualdad ya que el contratista no puede compararse, ni estar a la par, con el poder del Estado, más aún si doctrinariamente éste se ha reservado cláusulas exorbitantes a su favor como la de interpretación, modificación y resolución del contrato. Como lo menciona Rojas (2007), las cláusulas exorbitantes que se insertan en los contratos administrativos del Derecho Público, son aquellas que previenen al particular que, en la ejecución del contrato, la administración cocontratante podrá usar sus privilegios y prerrogativas propias del Derecho Público, las que no puede renunciar.

En cambio, el contratista no tiene facultades especiales y le es imposible, por sí solo, alterar las condiciones del contrato y peor aún, darlo por terminado anticipadamente, sino que debe acudir a la autoridad judicial para que luego de un juicio extenso declare la terminación del contrato.

Interpretación de los contratos administrativos

En sí, en un contrato administrativo el Estado es la parte quien puede interpretar el contrato en caso de que su sentido literal no esté claro, sin necesidad de acudir a un tercero o al poder judicial. Lo interprete a su conveniencia siempre en procura del cumplimiento de sus objetivos. El Estado puede decidir sobre el sentido de las cláusulas contractuales de manera unilateral. La Corte Constitucional española ha señalado que en aras de no perjudicar el interés general y por el principio de la preservación de los contratos jurídicos el contratante deberá aplicar las reglas de interpretación del Código Civil, impidiéndole que pueda prescindir de ellas o cambiándolas por otras. Asimismo, no podrá favorecerse de las cláusulas oscuras aquella parte que las hubiese ocasionado.

Ante este poder de interpretación unilateral el contratista no tiene forma de objetarlo sino a través de la impugnación administrativa o en sede judicial. Sin embargo, en la legislación ecuatoriana no están claros los mecanismos de estas impugnaciones. La ley no ha fijado un procedimiento propio para los reclamos administrativos en este sentido ya que la LOSNCP sólo contempla la impugnación de actos administrativos en la etapa precontractual de los procedimientos de contratación pública, por lo que resta apenas la impugnación en sede judicial a través de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo. Pero, hasta que se resuelva la controversia por la interpretación de una cláusula contractual la ejecución del contrato queda en suspenso hasta que la entidad contratante decida qué hacer.

Si bien es cierto que no existe un mecanismo en la ley que dicte el procedimiento para este escenario, lo más cercano es que se solicite al tribunal que declare la suspensión del plazo contractual, por cuestiones no imputables al contratista, mientras que se resuelva la

controversia. Pero es obvio y natural que cualquier retraso ocasionado por una de las partes traerá como consecuencia la mora en la entrega de la obra o prestación del servicio, perjudicándose no solo el contratista sino la sociedad que requiere ser atendida en sus necesidades.

Poder de modificación de los contratos administrativos

Otra de las prerrogativas de la administración pública es la del poder de modificación unilateral del contrato, siempre y cuando se justifiquen por razones de interés público dentro de los límites razonables del objeto del contrato. Como ejemplo de esta prerrogativa se puede mencionar la concesión de un servicio público y la modificación de la prestación de los servicios y sus tarifas, que por diversas circunstancias o por el transcurso del tiempo pueden variar. Asimismo, en los contratos de obra civil es común la modificación o aumentos de rubros por cuestiones técnicas que se van desarrollando a lo largo de la ejecución de una obra. Sin embargo, es necesario aclarar que la potestad de aumento de rubros en un contrato de obra no puede ni debe alterar el equilibrio económico del contrato, por lo que siempre irá acompañado del respectivo incremento de precio por rubro por el *ius variandi*.

El contratista no puede negarse al incremento de un rubro o provisión de algún otro bien si la contratante, luego de motivar su necesidad en beneficio de la ejecución del contrato así lo exige, a diferencia de los contratos entre privados que siempre dependerá de la voluntad de ambas partes.

Poder de resolución de los contratos administrativos

Una de las prerrogativas más desequilibrantes que posee la Administración Pública en los contratos administrativos es la potestad de resolver los contratos, ya sea por el incumplimiento del contratista o por otras causales, sin necesidad de acudir ante el poder judicial. Sin embargo, se supone que ambos contratante y contratista tienen derechos y obligaciones por el contrato que han suscrito, debiéndose sujetar a la autonomía de la voluntad de las partes. ¿Entonces porqué el Estado puede terminar de forma unilateral el contrato, mientras que el contratista debe acudir a un juez?

La facultad que tiene el Estado para poder resolver el contrato sin tener que acudir a la función judicial se debe por las cláusulas exorbitantes que se ha reservado y por el principio de autotutela. En el ámbito civil privado, los contratantes por su propia voluntad suscriben un contrato que pasa a ser ley para las partes y éste únicamente puede ser resuelto por un Juez que así lo declare, una vez que una de las partes pruebe en juicio el incumplimiento de la otra parte. Brewer-Carías (2013) ha hablado aquí, por tanto, no ya de un derecho de la administración, sino de un verdadero poder, de una potestad administrativa, que se impone en todo tipo de contrato administrativo y que no requiere, para tener aplicación, que deba estar expresamente inserta en cada uno de ellos, sino que, siendo virtual, podrá ejercerse aún a falta de toda referencia en el contrato.

Así Escola (2012) ha ratificado que por doctrina y también recogido en la legislación, la administración pública puede de manera ágil declarar la terminación anticipada y unilateral de un contrato si, a su solo criterio, el contratista ha incumplido con los términos y obligaciones contractuales. El procedimiento para la terminación unilateral de un contrato se desprende del acto bilateral inicial y pasa a ser un procedimiento administrativo sancionatorio por el incumplimiento del contratista ejercido por la entidad contratante en uso de las cláusulas exorbitantes impuestas en el contrato en razón de las prerrogativas que tiene la Administración Pública. Dromi señala que cuando una de las partes contratantes es la administración, se imponen ciertas prerrogativas y condiciones que subordinan jurídicamente al contratista. El principio de la inalterabilidad de los contratos no puede ser mantenido, sino que cede ante el *ius variandi* que tiene la Administración a introducir modificaciones en ellos, y que son obligatorias, dentro de los límites de la razonabilidad, para el contratista (Dromi, 2013).

Resolver un contrato administrativo o declarar su terminación unilateral, por cualquier causa que fuere, implica que se está juzgando conductas y analizando hechos, haciendo una subsunción con las normas legales y contractuales para finalmente obtener un resultado o juicio de valor. Sin embargo, en este proceso no pueden ni deben estar ausentes los derechos fundamentales como el debido proceso, seguridad jurídica y tutela efectiva de derechos.

En el artículo 76 de la CRE se cimentó el derecho fundamental al debido proceso, que no solo se aplica para el ámbito penal, como en el pasado se interpretó, sino que es aplicable para todos los aspectos y trámites en que se decidan los derechos de las personas. Así, la Corte Constitucional ha señalado, de manera reiterada, que el carácter fundamental del derecho al debido proceso proviene de su estrecho vínculo con el principio de legalidad al que deben ajustarse no sólo las autoridades judiciales sino también las administrativas, en la definición de los derechos de los individuos, que comprende no solo la observancia de los pasos que la ley impone a los procesos judiciales y a los procesos y trámites administrativos, sino, también el respeto a las formalidades propias de cada juicio, que se encuentran, en general, contenidas en los principios que los inspiran, el tipo de intereses en litigio, las calidades de los jueces y funcionarios encargados de resolver (Sentencia Corte Constitucional del Ecuador, 140-12-SEP-CC). Asimismo, coincide Bernal (2013) en que el derecho a la defensa es el núcleo, por así decirlo, esencialísimo del debido proceso, proceso integra en su núcleo esencial varias garantías, las cuales carecerán de sentido y eficacia si en un proceso no se brindara la posibilidad de ejercer la defensa.

Derechos constitucionales que se vulneran en un proceso de terminación unilateral anticipada del contrato administrativo

Derecho a ser juzgado por un juez independiente e imparcial

El derecho fundamental al debido proceso consta en nuestra Constitución, ratificando que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso con garantías básicas. El proceso de terminación unilateral de un contrato administrativo efectivamente resuelve no solo el contrato sino también de forma concatenada sobre los derechos y obligaciones del contratista. Independientemente si las alegaciones de incumplimiento fueren ciertas, toda persona tiene derecho a las garantías del debido proceso.

Primero cobra especial importancia y preocupación que la entidad contratante mantenga esta potestad sancionadora con un contratista que previo estuvo en “igualdad de

condiciones contractuales” y que ahora por la potestad de interpretación unilateral y la potestad de resolver unilateralmente el contrato se convierte en juez y parte. A diferencia de otros procesos administrativos sancionatorios, como por ejemplo los sumarios administrativos de personal o los expedientes administrativos que imponen multas a los administrados por infracciones a la ley, para los procesos de terminación unilateral de contratos administrativos en el Ecuador no existe una instancia administrativa superior que resuelva la terminación unilateral del contrato ya que ésta es dictada siempre por la máxima autoridad desde el inicio.

En la ley no existe un procedimiento administrativo sancionatorio para la terminación anticipada y unilateral de los contratos administrativos, que cuente con las debidas garantías del debido proceso, en donde el contratista pueda ejercer su efectivo derecho a la defensa. A diferencia de España, que, de acuerdo con Muñoz (2011), el procedimiento de resolución requiere siempre la audiencia del contratista y, en los casos en que haya oposición por parte de éste, será preciso el Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente.

En la práctica, el contratista solo puede, a través de sus argumentos de hecho y de derecho, tratar de persuadir a la misma autoridad, quien ya determinó y prejuzgó su incumplimiento, de que no ha incurrido en ninguna falta o incumplimiento contractual. Es decir que el contratista es juzgado por un juez parcializado, ya que es esta misma autoridad, quien ya tiene su criterio formado previamente, defenderá sus propias afirmaciones y los intereses de su institución. Sin embargo, la imparcialidad consiste en que se debe actuar con objetividad y sin favorecer a nadie ni inclinarse por nada. Así Cueva (2014) dijo que la imparcialidad se manifiesta cuando los actos y las actitudes del juzgador son independientes y están revestidos de justicia; son rectos, desapasionados, ecuánimes, equilibrados, neutrales; es decir, cuando no denotan ninguna parcialidad.

Existe una diferencia marcada cuando la administración pública emite una resolución sancionatoria en contra de un administrado por una infracción a la ley cometida por este y una resolución de terminación unilateral de un contrato administrativo. La diferencia radica en que el primer caso la administración pública no ha sido parte de ningún acto bilateral y solo se remite a cumplir y hacer cumplir con la normativa legal vigente en cuanto a su poder

sancionatorio por el cometimiento de infracciones. Sin embargo, en el segundo caso, la administración pública primero es parte contratante en un contrato administrativo con el contratista, mediante el cual ambos contrajeron derechos y obligaciones, por lo tanto, como parte está íntimamente involucrado en el contrato, teniendo así su propio criterio y defendiendo en todo momento su posición de parte ya que inclusive si existe un potencial incumplimiento del contratista es precisamente la entidad contratante quien resultaría perjudicada. Es así como resulta que la entidad contratante es juez y parte al momento de resolver el contrato administrativo por su propia potestad.

Presunción de inocencia, tiempo para preparar defensa, contradecir pruebas

El numeral 2 del artículo 76 de la CRE consagra como garantía básica del debido proceso a que toda persona se presumirá inocente mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada. Esta presunción de inocencia como garantía del debido proceso no solo que constituye un derecho fundamental en materia penal, sino que también aplica para cualquier procedo judicial o administrativo en que se decidan derechos de las personas. Zavala (2014) también ha ratificado que la presunción de inocencia, como garantía del debido proceso, es aplicable a todas las ramas del Derecho en que resulte la aplicación de una sanción o una limitación de derechos como consecuencia de una conducta sancionable por la vía administrativa o jurisdiccional.

Catacora (2004) por su parte, también afirma que la presunción de inocencia, o el estado jurídico de inocencia, trae aparejada la siguiente consecuencia jurídica: nadie está obligado a demostrar su inocencia. Este hecho práctico se refleja, principalmente, en el sistema acusatorio en el que la carga de la prueba corresponde a quien acusa. El procedimiento de terminación unilateral del contrato establecido en la ley dice que la entidad contratante notificará al contratista con diez días de anticipación su decisión de terminar el contrato de forma unilateral. De este texto se puede concluir que la entidad contratante ya ha tomado la decisión, con anterioridad, de terminar el contrato en razón de que ya está convencida que el contratista ha incumplido, sin previamente haberlo escuchado o revisado sus pruebas de descargo. No está

presumiendo el incumplimiento, sino que lo ha decidido previamente en base, quizás, a informes elaborados por los mismos servidores públicos de la entidad contratante y que hasta ese momento son desconocidos por el contratista.

Es decir que, en este procedimiento administrativo de terminación unilateral de contrato, desde el inicio, corresponde al contratista demostrar que no ha incumplido o justificar que por razones de fuerza mayor o caso fortuito por las cuales no ha podido cumplir vulnerando así el derecho al debido proceso en la garantía de la presunción de inocencia. Según Suarez (2001) el mismo principio de inocencia exige que, para condenar al acusado, el juez adquiera la convicción de su culpabilidad, de modo que en caso de duda debe absolverlo; para llegar a esta solución no es necesario que esté convencido de su inocencia, desde que ésta es una situación jurídica que no requiere ser construida.

El procedimiento de terminación unilateral de los contratos administrativos inicia con la convicción de la entidad contratante de que el contratista ha incumplido, no le cabe la duda ni espera pruebas en contra que pueda aportar el contratista, sino que lo da por hecho, de forma anticipada y por lo tanto se genera una vulneración flagrante al derecho del debido proceso en la garantía de la presunción de inocencia. Con respecto al principio de inocencia Claria (1974) señala que el estado de inocencia es un fuerte baluarte para la garantía de libertad individual, fundamentando la regla de incoercibilidad del imputado, la oficialidad en la producción en las pruebas y todos los corolarios de ambos y que el principio o presunción de inocencia se ha formulado positivamente o negativamente como tal, pero predominantemente colocando siempre a todo habitante en situación de no culpabilidad mientras una sentencia firme así lo declare.

El estado de inocencia solo podría verse restringido o regulado por la contrastación de pruebas legalmente obtenidas y practicada dentro de un proceso que garantice el derecho a la defensa. Sin embargo, el contratista que supuestamente ha incumplido, se ve amenazado aún más ya que las pruebas de descargo, los argumentos y justificación que éste remita a la entidad contratante, serán valoradas por las mismas personas que ya han decidido que el contratista ha incumplido, por lo que se deniega el derecho a ser juzgado por un juez independiente e imparcial.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública –en adelante, LOSNCP- otorga el término de diez días para que el contratista pueda remediar su incumplimiento o presentar justificaciones para su incumplimiento. Este emplazamiento, determinado por el legislador a su entera discreción, no contempla la posibilidad de extenderlo en razón de la complejidad del contrato. Es decir, que mientras la entidad contratante pudo tomarse todo el tiempo necesario para elaborar los informes acerca del incumplimiento del contratista, éste solo tendrá diez días para poder refutar dichos informes, produciéndose así una vulneración al debido proceso por no contar con el tiempo suficiente para la preparación de su defensa y vulneración al derecho de la igualdad procesal. Sin embargo, en comparación con otras regulaciones, como el caso del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado del Perú, que en su artículo 169 sí contempla la posibilidad de extender el plazo otorgado al contratista para que remedie o justifique su incumplimiento considerando el monto contractual, la complejidad y la envergadura o sofisticación de la contratación y necesariamente señala que para el caso de obras será de quince días.

De la misma manera, forma parte del derecho al debido proceso y de la garantía a la defensa el de ser escuchado en el momento oportuno conforme el literal c) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución. En el procedimiento ecuatoriano para la terminación unilateral del contrato no se establece expresamente la posibilidad de poder pedir audiencia a la administración pública para ser escuchado oportunamente y así poder presentar pruebas y contradecir aquellas en su contra. La redacción del artículo 95 de la LOSNCP únicamente menciona que el contratista debe remediar su incumplimiento o justificarlo en el término de diez días. Sin embargo, los derechos constitucionales y desde luego el derecho al debido proceso deben de aplicarse en todos los procedimientos en que se decidan sobre los derechos de las personas. No es constitucional no dar tiempo a que una parte pueda intervenir en el procedimiento, alegar y probar (García, 2011). Es posible que por falta de una norma expresa que otorgue una instancia para que el administrado pueda ser escuchado opere la potestad discrecional de los servidores públicos y no se otorgue el suficiente tiempo o no se conceda una audiencia para ser escuchado y poder presentar sus elementos de descargo para así ejercer una defensa plena ante las alegaciones de incumplimiento.

En otras legislaciones de la región, como por ejemplo la de Costa Rica, la ley No. 7494 Contratación Administrativa protege el derecho del contratista a ser escuchado oportunamente cuando por incumplimiento del contratista se tome la decisión de ejecutar la garantía correspondiente. Para el efecto, esta ley dice en su artículo 14, que se dará audiencia previa al interesado para exponer su posición, con lo cual se garantiza, de forma positiva, el derecho a ser escuchado oportunamente.

El proceso como garantía y el acceso a los documentos del procedimiento

Bocanegra (2005) ha indicado que el procedimiento es el conjunto concatenado de actos o actuaciones administrativas de trámite destinadas asegurar la legalidad, el acierto y la oportunidad de la resolución que le pone término y a garantizar los derechos de los ciudadanos afectados y las exigencias de los intereses públicos en juego... El procedimiento tiende a asegurar que, antes de dictar un acto la Administración cumpla una serie de trámites, impuestos por la propia Constitución o por la legislación ordinaria, que se corresponde estrictamente con derechos de los particulares.” Del artículo 95 de la LOSNCP se extrae que el procedimiento de terminación unilateral del contrato administrativo se inicia con la notificación previa al contratista, diez días antes, sobre la decisión de la entidad contratante de terminar unilateralmente el contrato debiendo señalar específicamente el incumplimiento o mora en que ha incurrido el contratista y emplazándolo a remediar o justificar dicho incumplimiento. Adicionalmente señala que junto con la notificación previa se deben remitir al contratista los informes técnico y económico acerca del cumplimiento de las obligaciones de la entidad contratante y del contratista.

Sin embargo, esta norma adjetiva realmente no abarca todos los aspectos de protección del derecho del debido proceso que debe tener un procedimiento administrativo que impone sanciones al contratista y más bien ha dejado abierta la posibilidad para deplorables vulneraciones a derechos constitucionales. Según Morales (2011), el procedimiento administrativo constituye la serie de curiales y formalidades que la Administración debe

cumplir, en el ejercicio de sus funciones propias, con el fin de emanar su voluntad en aras de la consecución de los fines públicos.

El literal d) del numeral 7 del artículo 76 de la CRE incluye como garantía del derecho a la defensa que las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento. En tal virtud el procedimiento de terminación unilateral del contrato establece que junto con la notificación previa de terminación unilateral del contrato se remitirán al contratista los informes técnicos y económicos referentes del cumplimiento de las obligaciones de la entidad contratante y del contratista.

Aquí hay que destacar que, en algunos casos, las entidades contratantes vulneran este derecho fundamental y omiten remitir los informes indicados en la norma legal citada, poniendo así al contratista en estado de indefensión al no contar con todos los documentos del procedimiento a pesar de estar expresamente señalado en la ley. Existen otros casos en que sí se remiten los informes técnicos más no los informes económicos, hecho que trae como consecuencia la violación del procedimiento y por ende vulneración de derechos constitucionales, puesto que esta omisión deja en indefensión al administrado al no tener acceso oportuno a todos los documentos del proceso en el que se juzgan sus derechos y vulnera el principio de legalidad al no ejecutarse un mandato de entregar dichos informes que está establecido en la norma jurídica.

Existen sentencias de la función judicial ecuatoriana en las que se afirma que la omisión por parte de la entidad contratante en remitir el informe económico, tal como lo exige el artículo 95 de la LOSNCP, no constituye una vulneración al debido proceso en razón de que tal notificación no hubiese incidido en el resultado final, lo cual es, sin lugar a duda, inconstitucional y deja al contratista en indefensión al vulnerar las garantías del debido proceso contenidas en el artículo 76 de la CRE, tales como, el derecho a acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento; ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones; presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes.

Así, por ejemplo, el Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil dijo:

Este Tribunal considera que la entidad demandada adecuó el procedimiento establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública para la terminación del contrato con el ahora accionante, que por la simple omisión de una formalidad no se puede sacrificar la justicia en la forma como lo establece la constitución, además conforme la jurisprudencia analizada en el evento de que se hubiera entregado el informe económico que alega la accionante no le fue notificado, esto de ninguna manera podía influir en la decisión... (Sentencia juicio No. 09802-2015-00280, párrafo 23)

El procedimiento contenido en la disposición de orden público contenida del artículo 95 de la LOSNCP no es de discrecional cumplimiento para la entidad contratante, sino que establece el procedimiento, como una garantía, que debe ser respetada y acatada por las entidades contratantes en cumplimiento de su deber más alto de respetar y hacer respetar los derechos de los administrados. Al respecto del concepto del procedimiento como una garantía el tratadista Garrido (2009) afirma que la declaración en que el acto administrativo consiste se forme a través de un procedimiento es el efecto de una doble causa: de una parte, el hecho de que la Administración, siendo una persona moral, forma su voluntad mediante la conjunción de una serie de voluntades de las personas físicas que la integran; de otra, el hecho de que las cada vez más fuertes exigencias del Estado de Derecho tienen a una cada vez mayor juridización del actuar administrativo, y es con esta juridización del procedimiento con la que se persigue un doble objetivo: la garantía de los derechos e intereses de los particulares y la garantía del interés público, asegurando un mayor acierto y eficacia en la resolución administrativa.

En la Ley de Contratación Pública del año 2001 el procedimiento de terminación unilateral en su artículo 105 fijaba como requisito adicional para iniciar el trámite de terminación unilateral del contrato la entrega de un informe jurídico referente al cumplimiento de las obligaciones de la entidad contratante y contratista, sin embargo, en la LOSNCP este requisito fue suprimido, lo cual ha aminorado los documentos que se obliga a entregar al contratista dentro del trámite.

En comparación la Ley de Contratación del Estado del Perú no prevé en su procedimiento de resolución de contrato la notificación de ningún documento o informe técnico, económico o jurídico al contratista previo a proceder con la terminación unilateral del contrato pero, en esta ley está contemplada la posibilidad que el contratista por su parte pueda resolver el contrato o la terminación de forma unilateral del mismo por incumplimientos de la

entidad contratante, notificándola con una carta notarial; procedimiento que en el la LOSNCP del Ecuador no es posible ya que el contratista debe demandar la terminación del contrato ante sede judicial.

De la misma manera, en la ley de contratación peruana, las controversias relacionadas con la resolución de un contrato administrativo pueden y son sometidas a conciliación o arbitraje en el término de 15 días desde la notificación de la resolución, lo cual verdaderamente constituye un método para prevenir posibles abusos de autoridad por parte de la administración pública y concede igualdad formal en la relación post contractual entre entidad contratante y contratista.

Falta de motivación del acto administrativo que declara la terminación unilateral del contrato

La motivación de los actos de la administración pública constituye una garantía del derecho fundamental del debido proceso consagrado en la Carta Magna. Pero esta garantía no solo aplica a las sentencias dictadas por la Función Judicial, sino que debe ser instrumentada para todas y cada una de las decisiones que realice cualquier autoridad pública, sobretodo, si se deciden sobre derechos y obligaciones de los ciudadanos. Para Carrión (2014) motivar es explicar algo en forma racional, comprobable, comprensible y creíble. Una motivación bien elaborada debe permitir comprender su construcción, interna y externa, su funcionamiento y la concatenación lógica por la que se arriba a tal o cual conclusión o decisión. Si la motivación no es racional ni lógica, no se la puede comprender ni comprobar y será, siempre, una pura arbitrariedad. La motivación destierra la arbitrariedad y la injusticia.

La terminación unilateral del contrato administrativo establecida en el artículo 95 de la LOSNCP manda que la entidad contratante pueda terminar el contrato mediante resolución de la máxima autoridad de la institución, es decir mediante un acto administrativo. Sin embargo, suele suceder, ya sea por falta de técnica jurídica o inclusive por falta real de argumentos o pruebas, que las resoluciones de terminación unilateral de contrato apenas hacen referencia como causal de terminación a informes previos de incumplimientos de contratistas. Es

probable que apenas se citen normas jurídicas y mencionen informes técnicos sin que realmente exista una motivación que subsuma la norma con los hechos de forma veraz. ¿Pero qué sucede si el informe en que se basa el supuesto incumplimiento no es motivado?

En concordancia el artículo 122 del Estatuto para el Régimen Jurídico para la Administración de la Función Ejecutiva -ERJAFE- dice que el acto administrativo que falte su motivación adolecerá de nulidad absoluta y adicionalmente manda que el acto deberá ajustarse a lo dispuesto en el Reglamento para el Control de la Discrecionalidad y a su vez esta norma establece que la motivación no es un requisito de carácter meramente formal, sino que lo es de fondo e indispensable, porque solo a través de los motivos pueden los interesados conocer las razones que justifican el acto, porque son necesarios para que pueda controlarse la actividad de la administración, y porque sólo expresándolos puede el interesado dirigir contra el acto las alegaciones y pruebas que correspondan según lo que resulte de dicha motivación que, si se omite, puede generar la arbitrariedad e indefensión, prohibidas por la CRE, por ejemplo, en el literal l del numeral 7 del Art. 76.

Como ya se ha mencionado en reiteradas ocasiones las resoluciones de terminación unilateral del contrato hacen mención a los informes de los administradores del contrato como parte de su motivación, de lo cual el ERJAFE en su artículo 121 permite esa posibilidad siempre y cuando lo indiquen expresamente en la resolución y se entenderán parte integral de dicho acto administrativo. El problema radica en que de acuerdo a esta norma administrativa no es posible impugnar un informe, ya que se trata de un acto de simple administración y no existe una norma jurídica que permita la impugnación de actos de simple administración. Por lo tanto, únicamente se podría impugnar el acto administrativo de terminación unilateral del contrato por falta de motivación en razón de errores, falsedades o falta de motivación de los informes en los que se ampara la resolución de terminación unilateral del contrato.

Es en esta etapa donde los contratistas también pueden sufrir la vulneración a sus derechos constitucionales lo que implica una falencia del procedimiento, que idealmente debería ser para proteger los derechos de los administrados. No hay que olvidar que el administrado no está en una posición de igualdad de poder y armas frente a la administración

pública por las prerrogativas de poder que esta última mantiene. La única defensa que tiene un contratista frente al poder exorbitante de una autoridad pública es la ley, los derechos consagrados en la Constitución y el acceso a una justicia que tutele efectivamente sus derechos. Pero si la autoridad se extralimita en su poder desconociendo los derechos que le asisten al contratista y cuando el contratista acude a la función judicial se deniegan sus pretensiones de reparación alegando la fijación de la voluntad de las partes por las cláusulas del contrato, se produce una doble vulneración de derechos constitucionales de los contratistas, por la violación al debido proceso, seguridad jurídica y finalmente la tutela judicial efectiva.

Falta de mecanismos claros y eficaces para impugnar los actos de las entidades contratantes.

Lo más grave de la redacción del artículo 95 de la LOSNCP sin lugar a duda es la frase insertada en el segundo inciso que dice que “[t]ampoco se admitirán acciones constitucionales en contra de 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.”

Al analizar esta frase se puede observar que el legislador hace un juicio de valor acerca de que los mecanismos de defensa que tiene la ley para proteger los derechos son adecuados y eficaces. Primero hay que preguntarse ¿en qué parte de la ley se encuentran estos mecanismos adecuados y eficaces?

Dentro de la LOSNCP está el título V denominado De las Reclamaciones y Controversias donde el artículo 102 señala que quienes se sientan afectados por las actuaciones realizadas por entidades contratantes podrán presentar reclamo motivado ante el Servicio Nacional de Contratación Pública. Sin embargo, este artículo ha sido la causa de mucha confusión para los contratistas ya que en la práctica no se refiere a las actuaciones de las entidades contratantes durante la ejecución del contrato o por la terminación unilateral del mismo sino únicamente a la fase precontractual.

De la misma manera el SERCOP a través de la resolución No. RE-SERCOP-2014-006 del 24 de marzo de 2014, en su artículo 5 dispuso que, si se suscitaren divergencias o controversias entre un contratista y una entidad contratante en la interpretación o ejecución de los contratos, las partes se someterán a lo estipulado en la cláusula relativa a la solución de controversias. Por lo general, los modelos de contratos dictados por el propio SERCOP establecen una cláusula de sometimiento a la jurisdicción contencioso administrativa en caso de controversia generada entre las partes.

Por otra parte, el artículo 103 de la LOSNCP menciona que el recurso de apelación se podrá interponer exclusivamente de los actos administrativos expedidos por entidades contratantes. Sin embargo, esta redacción es imprecisa y se presta para confusiones ya que únicamente se refiere a los actos administrativos en la fase precontractual, como, por ejemplo, la resolución que da inicio al proceso de contratación y la resolución de adjudicación. En estos casos el SERCOP sí puede receptor los reclamos e inclusive si la entidad contratante no contesta el recurso de apelación en el término legal señalado puede suspender el proceso precontractual del portal de compras públicas.

El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes, pero para el caso de los supuestos mecanismos de defensa adecuados y eficaces mencionados en el artículo 95 la LOSNCP no se contempla en la ley métodos claros y eficaces de impugnación para la etapa contractual. Zavala (2010) manifiesta que en nuestro Derecho la seguridad jurídica se torna en presupuesto del mismo, pero no por su apego a la Legalidad, sino por su vinculación a los derechos que fundamentan o sustentan el entero orden constitucional e informando al mismo en su integridad (principio) y, a su vez, se convierte en función del Derecho porque éste tiene como deber prioritario, preeminente e inexcusable dar y poner en efectiva vigencia la seguridad jurídica de los derechos públicos subjetivos de rango constitucional.

Es así como los ciudadanos buscan seguridad a través de las normas jurídicas sustantivas y adjetivas para poder activar los poderes estatales y jurisdiccionales con el objetivo de tutelar sus derechos. Sin embargo, el único mecanismo administrativo de control

visible en la ley corresponde a la disposición general primera de la LOSNCP que indica que toda infracción a la ley cometida por autoridades, funcionarios, empleados públicos o privados o cualquier persona que actúe o haya intervenido en el procedimiento de contratación a nombre de las entidades contratantes será sancionada por la Contraloría General del Estado y en el plazo de treinta días. Pero, cabe resaltar que la frase "...procedimiento de contratación..." (Disposición General Primera de la LOSNCP) puede ser interpretada como la etapa precontractual para adjudicar un contrato, que culmina con la suscripción del mismo y como consecuencia la LOSNCP no contendría ningún mecanismo para la defensa de los derechos de los contratistas en la etapa de ejecución contractual más que demandar ante un Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Recientemente la Corte Constitucional del Ecuador, por medio de la sentencia No. 006-17-SEP-CC de fecha 11 de enero de 2017, declaró la inconstitucionalidad parcial del artículo 102 de la LOSNCP, específicamente la frase que dice que "[l]os 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." La Corte Constitucional en su sentencia además expresó que:

En virtud de lo expuesto, esta Corte, luego de haber analizado el séptimo inciso del artículo 102 de Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, considera que la restricción de acciones constitucionales contemplada en la norma no tiene una justificación razonable, pues en base a su propio contenido se puede colegir un desconocimiento por parte del legislador a la naturaleza y objeto de las garantías jurisdiccionales y dentro de ellas específicamente a la acción de protección consagrada en el artículo 88 de la Constitución de la República, toda vez que al establecerse de forma general la existencia de vías adecuadas y eficaces para impugnar cualquier actuación del Estado en materia de contratación pública, so pretexto de restringir las acciones constitucionales, no solo que en dicha área específica, se omite el principio de sujeción de todos los poderes públicos a los principios, reglas y derechos de la Constitución establecido en el artículo 426 de la Carta Suprema, sino que principalmente, se le niega al ciudadano la posibilidad de hacer uso de ésta vía como único medio adecuado y eficaz para, de forma directa y bajo los principios de acceso a la justicia y máxima eficacia de los derechos fundamentales, conocer y resolver la vulneración de derechos y en consecuencia, reparar integralmente el daño cuando se causa efectivamente.

Era más que evidente que esta frase vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva de los contratistas porque impedía acceder a la justicia constitucional consagrada en la Constitución sino que además violaba la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 25 que manda a los estados miembros a proporcionar a toda persona un recurso sencillo y rápido que ampare contra actos que violen derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o la propia Convención, aún, cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Sin embargo, la Corte Constitucional no revisó y por ende no declaró inconstitucional la frase que inadmite acciones constitucionales en contra de las resoluciones de terminación unilateral del contrato establecido en el artículo 95 de la LOSNCP, la cual es manifiestamente inconstitucional por las consideraciones antes mencionadas.

La Corte Constitucional en otros fallos ha ratificado que existe la posibilidad de que se vulneren derechos fundamentales en procedimientos administrativos y por lo tanto la acción de protección es la vía más adecuada para amparar y reparar integralmente derechos constitucionales. En concordancia, la Corte Constitucional del Ecuador dictó la Sentencia No. 001-16-PJO-CC publicada en el Registro Oficial Suplemento 767 del 02 de junio de 2016 en la que dispuso que:

Las juezas y jueces constitucionales que conozcan de una acción de protección, deberán realizar un profundo análisis acerca de la real existencia de la vulneración de derechos constitucionales en sentencia, sobre la real ocurrencia de los hechos del caso concreto. Las juezas o jueces constitucionales únicamente, cuando no encuentren vulneración de derechos constitucionales y lo señalen motivadamente en su sentencia, sobre la base de los parámetros de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, podrán determinar que la justicia ordinaria es la vía idónea y eficaz para resolver el asunto controvertido.

Si la Corte Constitucional ha señalado que los actos de la administración pública pueden vulnerar derechos constitucionales y que el mecanismo de defensa y reparación de dichas violaciones es precisamente la acción de protección, entonces por lógica se puede concluir que si en un caso dado la resolución de terminación unilateral del contrato vulnera derechos constitucionales del contratista la vía adecuada para amparar y reparar estas vulneraciones es la acción constitucional de acción de protección.

En los casos en que los contratistas han interpuesto acciones de protección por la vulneración de derechos en las resoluciones de terminación unilateral del contrato la amplia mayoría de jueces de primera y segunda instancia han rechazado las acciones argumentando la prohibición de inadmisión de acciones constitucionales para procesos de contratación pública establecidos en el artículo 95 y 102 de la LOSNCP y también por el numeral 4 del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que manda a los jueces a rechazar la procedencia de la acción cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial. Por mandato legal y constitucional todo acto administrativo puede ser impugnado en sede judicial, pero esto no significa que dichos actos no puedan vulnerar derechos constitucionales. Si esto sucede puede iniciarse una acción de protección para amparar y reparar el derecho constitucional vulnerado por la Administración Pública.

Falta de proporcionalidad entre la infracción y la sanción

El principio de proporcionalidad forma parte intrínseca de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico. Así, el numeral 6 del artículo 76 de la Constitución manda que la ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza. De acuerdo con García (2012), el principio de proporcionalidad se manifiesta especialmente a la hora de dictar sentencia condenatoria, en la que necesariamente deberá darse balance a la equidad entre la pena impuesta y los hechos cometidos, atendiendo a las circunstancias en que se dieron los mismos.

En el caso de nuestra investigación, la LOSNCP contempla, como sanción única, la inclusión del contratista incumplido en el registro que les impide contratar con el Estado por un lapso de 5 años. Sin embargo, las normas de contratación pública, solo tienen como posible escenario el incumplimiento del contratista, sin más detalles y sin que se tome en consideración las circunstancias o tipo de incumplimiento de forma cualitativa. Rodríguez (2015) ha mencionado que, la noción de incumplimiento de las obligaciones, es necesario ahora comprender las diversas modalidades que dicho incumplimiento puede presentar en la práctica. Para el efecto, la doctrina suele señalar que, en general, las modalidades que pueden existir de incumplimiento son: la omisión de la prestación, la prestación defectuosa y el retardo en el

cumplimiento, las cuales son válidas tanto para el incumplimiento en general como para el incumplimiento contractual.

Sin embargo, las normas actuales no hacen distinción acerca del tipo de incumplimiento, si es total o parcial, o si el contratista tuvo un retraso de un día o un año, o si es que el contratista entregó bienes y servicios que difieren en una pequeña parte de los solicitados o si son bienes y servicios completamente distintos a los ofertados. Si bien es cierto que todos estos escenarios pueden ser catalogados como incumplimientos, no es menos cierto que debería existir ciertos grados de incumplimiento tomando en cuenta las circunstancias y hasta los montos del perjuicio, con la finalidad de establecer el requisito para una potencial resolución del contrato.

Continúa Rodríguez (2015) afirmando que, no obstante, debe hacerse notar que la doctrina y la jurisprudencia han sido enfáticas en señalar que no todo incumplimiento contractual puede dar lugar a la prosperidad de la acción resolutoria del contrato.

Asimismo Sconamiglio (1996) sostiene que para el efecto, resulta indispensable que se trate de un incumplimiento de las obligaciones a cargo del deudor que pueda ser calificado como “sustancial”, “grave”, “de importancia” o “de trascendencia”, lo cual deberá ser analizado por el juez del contrato, en cada caso en particular, de acuerdo con la repercusión del incumplimiento en la equivalencia de las prestaciones, en el interés del acreedor y en la finalidad del contrato, así como con base en la conducta de las partes y, especialmente, la del acreedor en cuanto a tolerar el incumplimiento. Concuera también Güecha (2015) cuando dice que, en el evento de existir incumplimiento por parte del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad pública tiene la facultad de darlo por terminado. Cosculluela (2010) dice que para que proceda la resolución del contrato, debe darse “el incumplimiento de las obligaciones esenciales calificadas como tales en los Pliegos o en el contrato. Y finalmente Muñoz (2011) también afirma que “...solo en último término procede la resolución anticipada del contrato.”

En la contratación pública ecuatoriana no existe jurisprudencia que avale lo expuesto por el autor ya que la norma positiva es rígida y solo menciona que debe existir el

incumplimiento del contratista, aplicándole una sanción de 5 años de impedimento de contratar con el sector público.

Si se toma en cuenta que la finalidad del Estado para adquirir bienes y servicios es precisamente satisfacer las necesidades de sus ciudadanos se tiene que los contratantes deben procurar como prioridad mantener y sostener el principio jurídico de la conservación de los negocios jurídicos y optar como último recurso la resolución de un contrato. Restrepo (2015) afirma que la terminación anticipada del contrato, al no ser útil para efectos del cumplimiento de las finalidades de la contratación administrativa, debe ser la excepción y precisamente por ello es especialmente exigible que el incumplimiento de las obligaciones sea de la mayor entidad

Sin embargo, existen autores que consideran que los contratos administrativos, por tener marcadas diferencias con los contratos privados, deben ser más severos en sancionar el incumplimiento de los contratistas. Así Klenner (2007) ha dicho que, en materia de contratación administrativa, el incumplimiento de la Administración no es valorado a los ojos del Derecho con igual intensidad que el incumplimiento del privado; en el primer caso, el interés que se ve directamente afectado es el del privado contratante, al tiempo que, si la mora en cumplir es del particular, regularmente se afectará el interés general, que no únicamente son los derechos de la Administración bajo el contrato de que se trate.

No obstante, la protección del interés general por sobre el interés particular no implica que se puedan vulnerar derechos fundamentales de las partes, en especial de los contratistas, específicamente violar el principio de proporcionalidad de la sanción, principio recogido en el derecho al debido proceso, por lo que el mismo autor finaliza diciendo que en la contratación administrativa es frecuente que no cualquier incumplimiento dé origen a una resolución del contrato. (Klenner, 2007).

Queda claro que la doctrina recoge que debe existir un incumplimiento calificado por parte del contratista para que pueda optarse por la resolución del contrato pero que asimismo debe

existir grados de sanciones en proporción a la medición cualitativa y cuantitativa del incumplimiento cometido.

Análisis

En la contratación pública ecuatoriana existe una desigualdad fáctica de condiciones entre los contratantes y contratistas, que inclusive es reconocida por la doctrina. Sin embargo, esta doctrina no goza de una actualización con el neoconstitucionalismo en el que actualmente se está inmerso con la Constitución de Montecristi.

La administración pública goza del principio de autotutela que le permite dictar y ejecutar sus actos sin necesidad de acudir ante instancias judiciales. Y aunque un contrato administrativo es un acto bilateral y básicamente un acuerdo de voluntades, los contratantes estatales conservan, por ley, prerrogativas al momento de ejecutar los contratos públicos como son la de interpretar, modificar y resolverlos.

Se ha señalado, que la terminación unilateral de los contratos administrativos conlleva un procedimiento sancionatorio, del cual desde su inicio vulnera derechos constitucionales de los contratistas, ya que la entidad contratante siendo parte del contrato se convierte en juez de las actuaciones del contratista y consecuentemente actúa en defensa de sus propios intereses y perjuicio, impidiendo que el contratista sea atendido en un proceso, a nivel administrativo, por una autoridad imparcial.

Asimismo, desde el inicio del procedimiento se empieza con el rompimiento del estado de inocencia del contratista y se parte desde la convicción por parte de la contratante de que éste ha incurrido en incumplimientos. Es decir, que corresponde al contratista demostrar que no ha incumplido o que su incumplimiento se debe a una causa de fuerza mayor, lo cual contraviene expresamente los principios jurídicos de la presunción de inocencia y derecho al debido proceso. La ley no hace distinción cualitativa ni cuantitativa de los contratos ni de su complejidad y otorga a todos apenas 10 días para preparar la defensa y pruebas de descargo

ante la notificación de terminación unilateral del contrato, lo que en algunos casos puede resultar insuficiente.

A raíz de una interpretación unilateral, juzgamiento parcializado y limitado tiempo para preparar pruebas de descargo es común que el acto administrativo que resuelve el contrato contenga una insuficiente o hasta una falsa motivación, por lo general, solo basada en informes que no son directamente impugnables, lo cual, como fue revisado, trae como consecuencia la vulneración de derechos fundamentales al debido proceso en la garantía de la defensa.

La ley no contempla mecanismos claros y efectivos para impugnar el procedimiento de terminación unilateral del contrato público en sede administrativa, antes que sea declarada la terminación del contrato y que sus sanciones empiecen a surtir efecto. Inclusive aún se encuentra vigente en el ordenamiento jurídico la prohibición de recurrir a la justicia constitucional para impugnar la vulneración de derechos constitucionales en contra del acto administrativo de resolución del contrato, lo cual no solo que es inconstitucional, sino que va en contra de lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Finalmente, la única sanción tipificada en la ley de contratación pública para los contratistas incumplidos es la restricción de poder contratar con el sector público por 5 años, sin tomar en cuenta de forma cualitativa o cuantitativa la infracción o el grado de incumplimiento, por lo que vulnera el derecho fundamental al debido proceso en la garantía de la proporcionalidad de la pena.

Conclusión

Luego de la investigación realizada podemos concluir que la forma actual o procedimiento para dar por terminado un contrato administrativo con un contratista de forma particular por el incumplimiento de éste último no garantiza el respeto a las garantías del debido proceso ni derecho a la defensa que todo proceso en que se determinan derechos e intereses debe primar.

Es evidente que en la ley no existe un procedimiento positivo amplio ni explícito en cuanto a las fases que se deben dar en sede administrativa para garantizar que el contratista pueda obtener todos los documentos del proceso, que no sea privado de su defensa de forma oportuna y en igualdad de condiciones, ser escuchado en el momento oportuno, presentar pruebas de descargo y contradecir las pruebas presentadas en su contra y finalmente impugnar la resolución en la propia sede administrativa.

Si bien es cierto que los contratantes públicos tienen la potestad reglada de interpretar, modificar y resolver los contrato a su cargo, esta potestad no debe considerarse como una potestad discrecional o peor aún una arbitrariedad ya que puede facilitar el abuso por parte del servidor público que tenga a su cargo la decisión sobre los derechos subjetivos de los contratistas.

Este trabajo recomienda la creación e implementación de lineamientos y normas complementarias para evitar la discrecionalidad radical de la administración pública al momento de proceder con una terminación unilateral de un contrato. La promulgación de un procedimiento que inicie con la notificación al contratista de que existiría un posible incumplimiento; otorgarle tiempo suficiente para presentar sus argumentos y pruebas de descargo; oportunidad para contrastar y refutar pruebas presentadas en su contra; que el procedimiento se lleve a cabo por funcionarios que no formaron parte del contrato, inclusive de otras instituciones; ejercer el derecho a la impugnación en sede administrativa antes que se ejecuten las sanciones y consecuencias; y finalmente contar con penas proporcionales en base a la gravedad del incumplimiento y reincidencia.

Es necesario que exista una reforma a la ley que permita corregir estas vulneraciones al debido proceso en los procedimientos de terminación unilateral de los contratos administrativos. Asimismo, es importante para conservar el principio jurídico de estado de inocencia, que los efectos o sanciones de la terminación unilateral del contrato no se puedan ejecutoriar hasta que se resuelva la última impugnación ordinaria en sede judicial, de esta manera se podrá cumplir con el respeto de todas las garantías del debido proceso.

Referencias bibliográficas

- Alessandri, A. (2009). De los Contratos. Chile. Editorial Jurídica de Chile p. 004
- Bernal Cuéllar, J. (2013). El Proceso Penal. U. Externado de Colombia. p. 82
- Bocanegra, R. (2005). La Teoría del Acto Administrativo. España. Iustel p. 544
- Brewer-Carías, A. (2013), Tratado de Derecho Administrativo, Editorial Jurídica Venezolana, p. 56
- Catacora Gonzáles, M. (2004). De la presunción al principio de inocencia. Lima, Peru. p.149
- Claría Olmedo, Jorge. Las garantías constitucionales en cuadernos de los institutos. Córdoba, Argentina. (s.e.) 1974.
- Cosculluela, L. (2010). Manual de Derecho Administrativo Parte General. España. Editorial Aranzadi. p. 424
- Cueva Carrión, L. (2014). El Debido Proceso. Ecuador. Ediciones Cueva Carrión. p. 557
- Dromi, R. (1973). Instituciones de Derecho Administrativo. Argentina. Hispania Libros
- Dromi, R. (2010). Licitación Pública. Argentina. Hipania Libros
- Dromi, R. (2013). Derecho Administrativo. Argentina. Hispania Libros.
- Escola, H. (2012) Tratado Integral de los Contratos Administrativos. Argentina Depalma p.567
- García Falconí, J. (2012). La Proporcionalidad de las Penas. Ecuador.
<https://www.derechoecuador.com/la-proporcionalidad-de-las-penas> p. 003
- García de Enterría, E. (2011). Curso de Derecho Administrativo. Colombia. Editorial Temis. p.215
- Garrido, F. (2009). Comentarios a la Constitución. España. Editora María Emilia Casas. p.1631
- Güecha, C. (2015). Contratos Administrativos. Colombia. Editorial Ibanez. p. 396
- Klenner, C. (2007). Contratación Administrativa. Chile. Editorial Jurídica de Chile.
- Marín Cortés, F. (2017). Derecho de Petición y procedimiento administrativo, Librería Jurídica Sánchez R Ltda. p. 68
- Morales Tobar, M. (2011). Manual de Derecho Procesal Administrativo. Ecuador. Corporación

de Estudios y Publicaciones. p. 89

Muñoz Machado, S. (2011). Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General IV. España. Iustel p. 435

Parejo, L. (2011). Lecciones de derecho administrativo. Colombia. Universidad Externado de Colombia p. 229

Palacio Hincapié, J. (1999), Derecho procesal administrativo, Librería Jurídica Sánchez R Ltda. p. 112

Quadra-Salcedo, T. (2017). Instituciones Básicas del Derecho Administrativo. España. OCM

Restrepo Medina, M. (2017). Derecho Administrativo: Reflexiones contemporáneas. p.98

Rodríguez, L. (2015). El Equilibrio Económico en los Contratos Administrativos. Venezuela. Editorial Jurídica Venezolana. p. 182

Rojas, E. (2007). Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo. Ecuador. Edilex p. 250

Sentencia Corte Constitucional del Ecuador (2012), 140-12-SEP-CC, p 21.

Sconamiglio, R. (1996). Teoría General del Contrato. Colombia. Universidad Externado de Colombia.

Suárez Sánchez, A. (2001). El Debido Proceso Penal. Colombia. Universidad Externado de Colombia. p. 34

Zavala Egas, J. (2010). Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica. Ecuador. Edilex. p. 219

Zavala Egas, J. (2014). Teoría de la Seguridad Jurídica. Ecuador. p. 319