JUEZ PONENTE: DR. ALBERTO PALACIOS D.

CORTE PROVINCIAL DE PICHINCHA, PRIMERA SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL, INQUILINATO Y MATERIAS RESIDUALES. Quito, miércoles 24 de agosto del 2011, las 10h27. VISTOS: Para resolver el recurso de apelación interpuesto por el actor, de la sentencia dictada por el Juez Vigésimo Cuarto de lo Civil de Pichincha, que rechaza la acción de protección formulada por el actor, una vez que la competencia se ha radicado en esta Sala de manera legal, se considera: PRIMERO: JULIO MORENO ESPINOSA, en calidad de Gerente General y Representante Legal de la Compañía SEGUROS ORIENTE S.A., manifiesta que su representada se dedica a la actividad comercial de seguros, en virtud de lo cual, emitió las pólizas de seguros Nos. 12842 por el buen uso del anticipo recibido por el contrato, y la No. 20288 por el fiel cumplimiento de contrato, en la forma señalada tanto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, como en la Ley General de Seguros, afianzando a la Compañía Constructora del Sur C.A., "COSURCA", para la Construcción del SIFÓN LIMONES (RIO ALAMOR) y obras complementarias, ubicado en el Cantón Zapotillo Provincia de Loja.- Que al momento de emitir las pólizas de fiel cumplimiento a favor del entonces PREDESUR, no podía sino por mandato legal asumir, conforme la cadena de actos administrativos respectivos, que los procesos precontractuales y por tanto los contratos reunían las especificaciones técnicas, que por presunción legal éstas no estaban viciadas de ninguna inhabilidad contractual. Pues nadie puede beneficiarse de su propio error y que el ámbito de cobertura de la garantía de fiel cumplimiento del contrato está definido por su condicionado general, que es aprobado por la Superintendencia de Bancos y Seguros.- Es decir que este tipo de póliza garantiza el cumplimiento, en plazo y forma, de las obligaciones establecidas en el contrato y en caso de incumplimiento, o de cumplimiento defectuoso, se indemniza al asegurado. De esta forma despeja al asegurado de cualquier incertidumbre que pudiera tener sobre el óptimo cumplimiento de los contratos suscritos con terceros.- Que así también, la Superintendencia de Bancos y Seguros, aprobó la cobertura de la garantía de buen uso de anticipo, en la que "La Compañía Aseguradora se obliga a indemnizar a la Entidad Asegurada o Beneficiario, hasta por el valor de la suma asegurada, por el mal uso que el Afianzado haga del anticipo entregado por la Entidad Asegurada conforme al contrato principal suscrito entre las partes y al que accede esta Póliza; esto es, si el Afianzado usare el anticipo recibido para otros fines que no sean los estipulados en el contrato, así como los valores que por cualquier otro concepto sean imputables a esta fianza, de conformidad a la Ley" .- De donde se colige que las garantías emitidas por su representada, son accesorias al contrato principal, la póliza tiene nacimiento jurídico en razón de la suscripción del contrato y sirven para afianzar la obligación contenida en un contrato principal, que para el caso , es la construcción del Sifón Limones (RIO ALAMOR) L=2,46 Km. Con PVC, doble tubería; 4 redes secundarias, zona 2, sector Limones, L=10,48 Km. Con PVC; 7 redes secundarias, zona 3, conducción 3IC, L=17,39 Km., con PVC y obras complementarias, ubicado en el Cantón Zapotilo, Provincia de Loja.- Que habiendo su representada suscrito las pólizas que deja mencionadas, el Dr. Hugo Alexander Zapatta Carpio, en su calidad de Director Ejecutivo del ex INAR, mediante acto administrativo expedido el 6 de abril de 2011 y notificado a su representada fechado 14 de abril de 2011, entre otras cosas, Resuelve: "...TERCERO: Se ratifica en todas sus partes la Resolución de Terminación Unilateral del contrato suscrito entre PREDESUR y COSURCA, de fecha agosto 16 del año 2010, haciendo la siguiente precisión: de la liquidación técnica elaborada por el Ing. Lucio Romero Toledo, fiscalizador de las obras del contrato en referencia, presentada a este Despacho con fecha cuatro de abril del presente año, queda aclarado que el incumplimiento que se ha señalado en la Resolución de terminación unilateral del contrato materia del presente expediente, se refiere a la inobservancia de la Ley, específicamente al haber incurrido en la causal para la

declaración de terminación unilateral del contrato precisada en el numeral 5 del artículo 94 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Conviene destacar que el Art. 95 de la referida Ley, no exceptúa en éste caso la obligación que tiene la institución contratante para proceder a la ejecución de garantías; en tal sentido, si procede el cobro de la garantía de fiel cumplimiento y, en lo que fuere del caso la garantía por el buen uso del anticipo entregado, de acuerdo a la liquidación elaborada por el Ing. Lucio Romero Toledo y, al informe económico correspondiente elaborado por la Dra. Lilia Espinoza, funcionaria del ex INAR (Subsecretaría de Riego y Drenaje del MAGAP); informes ambos que se agregan al expediente. A favor del cobro de garantías opera además el incumplimiento del compromiso de COSURCA establecido en el tantas veces referido contrato entre PREDESUR y COSURCA, específicamente el establecido en la cláusula octava; numerales ocho punto cero uno; ocho punto cero dos; ocho punto cero tres; ocho punto cero cuatro; y, ocho punto cero cinco.- CUARTO: Por efecto de la vigencia del Decreto Ejecutivo No. 564 de 30 de noviembre de 2010, la ejecución y cobro inmediato de las pólizas de garantías librada por Seguros Oriente S.A., en beneficio de PREDESUR debe operar a favor del Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca-MAGAP.- (...) NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE".- Por lo expuesto, y dado que su representada Seguros Oriente S.A. emitió las pólizas de seguro: No. 12842 por el buen uso de anticipo recibido por el contrato; y, La No. 20288 por el fiel cumplimiento de contrato, se pretende requerirla el pago ilegítimo de las garantías, emitidas por su representada en los referidos contratos, por lo que procede a incoar la presente acción de protección, puesto que el pago de estas fianzas le causaría daño grave e irreparable, luego que por acto expreso de fecha 10 de septiembre de 2010, expedido por el Dr. Hugo Zapatta Carpio, Director Ejecutivo del entonces INAR, se dispone expresamente que no procede la ejecución de las garantías emitidas por la empresa aseguradora dentro del presente contrato.- Que el acto recurrido, dentro de sus considerandos, apunta ineludiblemente a certificar que su parte resolutiva, se encuentra alejada totalmente de los hechos y por tanto, a la vigencia de los derechos constitucionales de su representada, careciendo de motivación por los siguientes hechos: 1) el contrato materia de la terminación unilateral, inicia con su convocatoria, y concluye luego de su adjudicación, con la suscripción del referido contrato (fecha 24 de diciembre de 2008); 2) Si dentro del período contemplado en las fechas precitadas, se encontraba el contratista COSURCA en las inhabilidades del Art. 62 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación pública (dando por hechos notas de prensa, con aseveraciones jamás probadas): 3) Conforme obra de los considerandos del acto de terminación, antecedente directo del acto recurrido, aparece que la empresa COSURCA, documentadamente niega la vinculación societaria con el Ing. Fabricio Correa Delgado; 4) Las declaraciones de prensa citadas en el acto de terminación unilateral, antecedente del acto recurrido, no mencionan nada que sirva de base lógica y menos jurídica para sus afirmaciones. Que la supuesta e inadmitida adquisición de la compañía COSURCA, aparentemente se afirma, se produjo luego de concluidos los procedimientos precontractuales y la firma de los contratos, por lo que el acto recurrido en la presente acción, por si solo a todas luces se queda sin sustento al violentar varias normas constitucionales, tampoco encuentran dentro del expediente de terminación unilateral y menos del acto recurrido, que ejecuta las pólizas liberadas por SEGUROS ORIENTE S.A. a favor del ex INAR (PREDESUR), una CERTIFICACIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, de quienes aparecen en esta institución de control como accionistas de la empresa COSURCA S.A., pero aún copia certificada del libro de acciones y accionistas como manda la ley en estos casos (Art. 200 Ley de Compañías). Es decir, se ha terminado el contrato y el Señor Ministro aún desconoce quienes son los verdaderos accionistas. Siendo evidente que no habría causal para terminación en forma unilateral el contrato indicado, ya el documento contentivo del

acto recurrido no se ha referido incumplimiento alguno, sino más bien al contrario se afirma la existencia de supuestas inhabilidades precontractuales, que no han sido probadas ni apoyadas documentadamente, menos por sus propios considerandos y no podían ser materia de cobertura de pólizas de seguro, pues dichas pólizas son accesorias al contrato y cubren su cumplimiento, por ser esa su única cobertura posible y de dar por hecho el absurdo de la existencia de inhabilidades del contratista dentro del procedimiento precontractual, no existe en el Ecuador un ramo de seguros que cubra procedimientos precontractuales, tampoco las pólizas se refieren a ello, con esto se puede evidenciar que los contratos se encontraban en forma normal y en franca ejecución.- Que las pólizas que se emiten para el fiel cumplimiento de los innumerables contratos que el Estado realiza, en su forma primordial, es garantizar el cumplimiento de las mismas, no es el de afianzar si los procesos precontractuales y dichos contratos reúnen características, si se encuentran o no inhabilidades contractualmente, eso es responsabilidad del contratante y de sus respectivos funcionarios.- Que con este accionar se ha inobservado los mandatos previstos en los Arts. 3; 11; 66; 76; 82, 83; 426; 427; 428; 429 de la Constitución de la República; así con el Art. 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.- Con los antecedentes expuestos y con fundamento en el derecho que le concede el Art. 88 de la Constitución de la República del Ecuador, interpone acción de protección a fin de que se deje sin efecto y se suspenda de manera definitiva los efectos del acto administrativo dictado con fecha 6 de abril del 2011, notificado a SEGURO ORIENTE con fecha 14 de abril del 2011, en virtud del cual revoca y deja sin ningún efecto el auto aclaratorio dictado el 10 de septiembre del 2010, por el Director del entonces INAR y ejecuta y cobra las garantías rendidas por SEGUROS ORIENTE, referentes al contrato celebrado entre el entonces PREDESUR y la Compañía Constructora del Sur C.A. COSURA, para la construcción del SIFÓN LIMONES (RIO ALAMOR) y OBRAS EN EL CANTON ZAPOTILLO PROVINCIA DE LOJA, como consecuencia COMPLEMENTARIAS EN de ello de manera expresa se deje también sin efecto cualquier acto u orden destinada a ejecutar las garantías del contrato pólizas de seguro Nos. 12842 por el buen uso del anticipo y la No. 20288 por el fiel cumplimiento de contrato, incluido cualquier acto posterior, destinado al registro como contratista incumplido de su representada o suspensión de su giro o negocio.- Señala que no ha presentado ninguna otra acción sobre la misma materia.- Citados legalmente los demandados se llevó cabo la audiencia pública con la presencia de los señores Doctor Víctor Hugo Jiménez, ofreciendo poder o ratificación del accionante Julio Moreno Espinosa, Gerente y Representante Legal de la Compañía Seguros Oriente S.A.; Doctor Ángel Torres Machuca, ofreciendo poder o ratificación del Dr. Hugo Alexander Zapatta Carpio, Director Ejecutivo del Ex INAR; Ab. Marjorie Naranjo Briceño, en representación del señor Ministro de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca MAGAP, Dr. Cesar Antonio Padilla Fierro, en calidad de Delegado del señor Procurador General del Estado.- Escuchadas las partes y concluido el trámite, para resolver se considera: SEGUNDO: Se ratifica la validez procesal decretada por el juez inferior por no existir violación de solemnidades sustanciales.- TERCERO: Según el Art. 88 La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación. En consecuencia es obligación del juzgador el verificar si el acto impugnado es de aquellos en los cuales efectivamente se ha vulnerado una garantía

constitucional. Es por eso que, la actual Carta Magna, obliga la observancia del Principio de la Supremacía de la Constitución sobre el derecho procesal ordinario; y, siendo actualmente la Corte Constitucional el máximo organismo que, a través de sus fallos y resoluciones establece la debida aplicación de lo que en definitiva es un derecho constitucional, con el agregado de principios y presupuestos que concilian la necesidad de que existan y se respeten las garantías procesales efectivas y certeras. Tal particular, constituye sin lugar a dudas un principio jurisprudencial que debe ser respetado y tomado en cuenta por los jueces de instancias de menor grado, eso si, con el análisis exhaustivo de cada caso para su correcta aplicación.- CUARTO: El prenombrado Gerente General y Representante Legal de Seguros Oriente S.A., via la presente Acción de Protección Constitucional, impugna el acto administrativo dictado con fecha 6 de abril del 2011, notificado a SEGUROS ORIENTE con fecha 14 de abril del 2011, en virtud del cual revoca y deja sin ningún efecto el auto aclaratorio dictado el 10 de septiembre del 2010, por el Director del entonces INAR y ejecuta y cobra las garantías rendidas por SEGUROS ORIENTE, referentes al contrato celebrado entre el entonces PREDESUR y la Compañía Constructora del Sur C.A. COSURCA, para la construcción del SIFÓN LIMONES (RIO ALAMOR) y OBRAS EN EL CANTON ZAPOTILLO PROVINCIA DE LOJA, como consecuencia de ello de manera expresa se deje también sin efecto cualquier acto u orden destinada a ejecutar las garantías del contrato pólizas de seguro Nos. 12842 por el buen uso del anticipo y la No. 20288 por el fiel cumplimiento de contrato, incluido cualquier acto posterior, destinado al registro como contratista incumplido de su representada o suspensión de su giro o negocio; es decir, en la especie a más de indicar las diferentes violaciones a las garantías constitucionales se identifica en forma pormenorizada el acto administrativo que se impugna, siguiendo así un régimen constitucional establecido, pero que de acuerdo a la doctrina moderna constitucional tal evento no es imprescindible sino únicamente el señalamiento, eso si preciso y decisorio de la vulneración a los derechos fundamentales y garantías constitucionales. Empero de ello, es necesario señalar que la comparecencia a la presente acción constitucional, es de una persona jurídica de carácter privado y que además se encuentra vinculada a un contrato; produciéndose dos situaciones que definitivamente merecen ser analizadas, tanto el entonces Tribunal Constitucional como la actual Corte Constitucional han manifestado en forma reiterada que: " A diferencia de las personas naturales, las personas jurídicas no son titulares de todos los derechos constitucionales fundamentales, pues es evidente que varios de ellos sólo pueden estimarse como propios del ser humano, tal como acontece con los derechos a la vida, la integridad física, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de conciencia o la libertad de cultos, entre otros. Pero esta circunstancia no impide, en manera alguna, que las personas jurídicas sean igualmente titulares de ciertos derechos fundamentales, los cuales podrán también ser objeto de protección por el juez constitucional en caso de darse las condiciones previstas en la Constitución y la ley. Así acontece, por ejemplo, con los derechos a la igualdad, debido proceso, libertad de asociación, petición, inviolabilidad de domicilio y correspondencia, información, buen nombre y acceso a la administración de justicia, libre contratación, propiedad entre otros." (Resolución 0587 -2005 Tribunal Constitucional) Fluye entonces en forma lógica y bajo los principios de la justicia constitucional que las personas jurídicas deben estar amparadas por las garantías constitucionales que obedecen a un régimen que configuren un orden jurídico superior y estable, libre de abusos con respeto para los derechos en general y de las normas de índole colectivo que no permitan el abuso del poder, debiendo además reflexionar que las personas jurídicas están constituidas, aparte del capital social como funcionamiento de su estructura jurídica, también de capital humano que es uno de los pilares fundamentales para su funcionamiento y desarrollo.- En lo que tiene relación a la vinculación contractual, los enfoques son asimismo directos en el sentido de que la

terminación unilateral de un contrato por parte del Estado no debe ser considerado como un acto meramente contractual mediante el cual las partes tienen que someterse por ejemplo a la jurisdicción y competencia que en él se señale cuando exista alguna controversia, sino que el Estado toma esta decisión que es la de declarar terminado unilateralmente un contrato como un acto administrativo que le faculta la ley y en consecuencia al ser así es un acto que puede ser impugnando por la vía de la acción de protección siempre y cuando hubiere producido una vulneración de garantía constitucional. La doctrina en forma categórica ha calificado a la terminación unilateral y anticipada de los contratos administrativos, como actos administrativos. En la Obra Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I pag. 578 de Enrique Sayagués Lasso se indica: "admítase que la administración puede declarar unilateralmente la rescisión del contrato, sin acudir a la vía judicial, aunque nada se hubiere estipulado al respecto. Esta solución se específica por el interés público de que la ejecución de los servicios no se paralice. Pero el acto declarando la rescisión está sujeto a los recursos y acciones que permitan controlar la regularidad de la resolución dictada" . En este sentido el Tribunal Constitucional Peruano se ha pronunciado indicando: " la libertad de contrato constituye un derecho fundamental, sin embargo, como todo derecho tal libertad encuentra límites en otros derechos constitucionales y en principios y bienes de relevancia constitucional. Desde tal perspectiva, resulta un argumento insustentable que lo estipulado en un contrato sea absoluto, bajo la sola condición de que haya sido convenido por las partes. Por el contrario resulta imperativo que sus estipulaciones sean compatibles con el orden público, el cual, en el contexto de un Estado constitucional de derecho, tiene su contenido primario y básico en el conjunto de valores, principios y derechos constitucionales. En consecuencia, debe examinarse si la estipulación analizada constituye además una irrazonable auto restricción de determinados derechos constitucionales". " Los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional" (Cesar LandaArroyo-Límites de la autonomía de voluntad p.244) Sabido es que las normas de derecho público son de inexcusable observancia, tanto para los jueces como para aquellas personas que se vinculan al ordenamiento jurídico público a través de diferentes actos o contratos en los cuales de forma inexorable tienen que respetarse los principios, derechos fundamentales y garantías constitucionales, sin que por lo tanto un contrato, que cierto es que, es ley para las partes, no por esta definición, pueda vulnerarse garantías consagradas en la Carta Magna, más aún si esto conlleva actos de autoridad pública que deciden situaciones jurídicas con efectos particulares y que por su naturaleza no son normativos sino que son expedidos por una autoridad en ejercicio de sus potestades administrativas, lo cual permite colegir que se trata de un acto administrativo como se señala en el libelo inicial. Ergo, los acuerdos contractuales, no pueden contravenir otros derechos fundamentales, por no constituir derechos absolutos , sino que deben ir ligados al ordenamiento jurídico del País. Concluyendo, es posible y procedente que a una persona jurídica se le hayan trasgredido o vulnerado garantías constitucionales y que estas se deriven de la terminación unilateral de un contrato que la recurrente manifiesta que es inconstitucional y por consiguiente ilegal. Ahora bien, es importante que quien presenta esta acción de protección es la Aseguradora Compañías de Seguros Oriente S.A., y es ahí cuando es imprescindible realizar la diferencia entre lo que constituye el contrato suscrito entre la Compañía Constructora del Sur C.A. "COSURCA" con el entonces PREDESUR hoy (ex INAR) y el cual ha sido terminado unilateralmente y sobre el cual esta Sala no puede pronunciarse, toda vez que, la compañía mencionada no es parte en la presente acción constitucional ni tampoco es la terminación unilateral del contrato, materia de esta acción; y, otro es el contrato de Seguros por intermedio del cual se emitieron las pólizas de seguro ,tanto para el buen uso del anticipo, como la de fiel cumplimiento, pólizas que sin lugar a dudas son incondicionales, irrevocables y de cobro

inmediato, por manera que, si el contratista incumple alguna condición de la establecidas , tienen que referirse única y exclusivamente al contrato y no a los aspectos de carácter precontractual en la cual la compañía de Seguros no se encuentra comprometida, ya que estas son situaciones ajenas al contrato en si, y que, no pueden ni deben tener cobertura por expresa prohibición de nuestro régimen jurídico, pues no existe en la legislación de seguros en el Ecuador un ramo que permita a las compañías de seguros asumir tales riesgos. Además en los casos que no estén especialmente resueltos por la legislación mercantil, se aplicarán las disposiciones del Código Civil; prescribe el mandato del Art. 5 del Código de Comercio, tanto la Ley de Contrato de Seguros, la Ley General de Seguros y la Ley de Compañías de Seguros, no tratan sobre el dolo y culpa grave, consecuentemente se debe remitir supletoriamente" Art. 29 del Código Civil que define: "...culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es aquella que cuente como manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.-El dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro". En síntesis, el concepto legal de dolo recoge los criterios doctrinales, que lo concibe como la realización de un acto ilícito con consecuencia y voluntad, queriendo los fines que naturalmente y necesariamente el actor reporta, y en el caso de la acción culposo civil, más parecida a la punitiva, se produce por la desatención de una obligación legal o de un deber contractual, siempre que puede preverse objetivamente, y sea determinante tal conducta violatoria del deber de obrar con cuidado o precaución para causar daños a los derechos de otro, ya sea por la acción u omisión del infractor. Al respecto, nuestra legislación civil sigue la antiquísima gradación tripartita concebida que la culpa se presenta cuando cualquiera puede prever el resultado dañoso. Se caracteriza, por tanto, el contrato de seguros, como conmutativo, aleatorio documental principal y de adhesión por ser bilateral oneroso y que, tiene por objeto una obligación condicional, debido a que tiene que acontecer el riesgo asegurado, o acontecimientos o suceso incierto, redactados en términos inteligibles, siendo eminentemente causa, ya que no depende en exclusivo de la voluntad del solicitante, asegurado o beneficiario ni asegurado en atención a lo prescrito en los Arts. 1,2,4,5,6 y 7 del D.S N.o 1147 (R.O. N.o 123: 7.12.63) en concordancia con los Arts. 1489, 1490 y 1493 del Código Civil. La Sala entonces se pregunta : ¿ existiría desatención de una obligación legal o de un deber contractual? ¿ se cumpliría la obligación condicional en la ejecución del contrato, esto es que haya acontecido el riesgo asegurado o acontecimiento o suceso incierto? Las respuestas a estos dos interrogantes serán analizadas si los actos por los cuales se pretende ejecutar las pólizas de seguro tienen incidencia o relación causal directa para que en dicha terminación no se hayan vulnerado garantías constitucionales y se hayan respetado el debido proceso y legítimo derecho a la defensa.-En el caso que nos ocupa, la Compañía de Seguros, solicita la aplicación y ejecución del auto aclaratorio de la terminación unilateral dictada el 10 de septiembre del 2010, acto en el cual la misma administración contesta las mismas interrogantes que dejamos planteadas, cuando textualmente dicen en auto citado: " al respecto de las pretensiones formuladas en el libelo, déjase aclarado que el incumplimiento que se ha señalado en la resolución de terminación unilateral del contrato materia del presente expediente se refiere a la inobservancia de las normas legales que se invocan y no a un incumplimiento técnico en el desarrollo de la obra contratada, razón por la cual no procede la declaratoria como contratista incumplido, ni la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento de contrato...", y en este sentido se procede a reformar la terminación unilateral del contrato de fecha 16 de agosto del 2010, por lo que estos actos administrativos , tanto la terminación unilateral del contrato , cuanto el auto aclaratorio que acabamos de citar, sólo puede y podían ser modificados , reformados, revocados o anulados con la ejecución de cualquiera de las herramientas que establece nuestro derecho

administrativo, sin que sea procedente y legal ninguna otra vía; toda vez que se tata de actos administrativos como ya se pronunció anteriormente la Sala.-QUINTO: La garantía del debido proceso, plasmada en la Constitución ecuatoriana como derecho fundamental de aplicación inmediata y consignada, entre otras, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (artículos 10 y 11), en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre proclamada el mismo año (artículo XXVI) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969, Artículos 8 y 9), es el conjunto de garantías que buscan asegurar a los interesados que han acudido a la administración pública o ante los jueces, una recta y cumplida decisión sobre sus derechos. El incumplimiento de las normas legales que rigen cada proceso administrativo o judicial genera una violación y un desconocimiento del mismo. El debido proceso constituye una garantía infranqueable para todo acto en el que se pretenda -legitimamente- imponer sanciones, cargas o castigos. Constituye un límite al abuso del poder de sancionar y con mayor razón, se considera un principio rector de la actuación administrativa del Estado y no sólo una obligación exigida a los juicios criminales. La importancia del debido proceso se liga a la búsqueda del orden justo. No es solamente poner en movimiento mecánico las reglas de procedimiento y así lo insinuó Ihering. Con este método se estaría dentro del proceso legal pero lo protegible mediante tutela es más que eso, es el proceso justo, para lo cual hay que respetar los principios procesales de publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba, y, lo más importante: el derecho mismo.- En cuanto al derecho de la defensa es necesario señalar que es un derecho predicable de todos los órdenes jurisdiccionales, y se aplica en cualquiera de las fases del procedimiento. La finalidad de este derecho es asegurar la efectiva realización de los principios procesales de contradicción y de igualdad, principios que imponen a los órganos judiciales el deber de evitar desequilibrios en la posición procesal de ambas partes (demandante/demandado y acusación/defensa), e impedir que las limitaciones de alguna de las partes puedan desembocar en una situación de indefensión prohibida por la Constitución y la jurisprudencia de la Corte Constitucional. La indefensión se produce cuando la infracción de una norma procesal provoca una limitación real del derecho a la defensa, originando un perjuicio irreversible para alguna de las partes. Se produce una vulneración de este derecho cuando se priva al justiciable de medios de defensa efectivos, dentro de los medios que la ley procesal prevé. El derecho de defensa tiene un contenido complejo; su respeto exige un conocimiento suficiente y oportuno de lo que pueda afectar a los derechos e intereses legítimos de las partes en el proceso.- SEXTO: Por los conceptos y contenido de lo que constituyen las garantías básicas y constitucionales del debido proceso y legítimo derecho a la defensa la Sala hace notar que la facultad revocatoria de los actos dictados por la Administración es una atribución sujeta al principio de legalidad consagrado en el Art. 226 de la Constitución de la República, y en tal virtud, para poder ejercerla, la autoridad debe ceñirse a los presupuestos determinados en el ordenamiento jurídico, estándole vedado realizar una interpretación extensiva por tratarse de derecho público. En el caso que nos ocupa, el funcionario ex INAR (sin poder la Sala entender como a la fecha de expedición del acto el desaparecido INAR continúa emitiendo actos administrativos luego de su fenecimiento por los que los supuestos funcionarios se autocalifican como ex INAR),al dictar la resolución de 6 de Abril del 2011 se comete una serie de arbitrariedad e ilegalidades que violan derechos reconocidos en nuestra Carta Magna contrariando a los postulados y principios que deben guiar a la Administración Pública. Esta afirmación se puede evidenciar cuando en su resolución , el director del ex INAR indica que revisa el auto aclaratorio, sin considerar que no tenía competencia para hacerlo, por cuanto el acto se encontraba en firme y consecuentemente, el único medio en sede administrativa que facultaba su revisión de conformidad al Art. 178 del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE,

era precisamente la activación de un recurso extraordinario de revisión para cumplir el procedimiento establecido en el cuerpo legal mencionado y cuyo conocimiento y resolución corresponde privativamente a los ministros o máximas autoridades de la administración pública central. A fin de no incurrir en violar el procedimiento administrativo en lo que tiene relación al caso en estudio, correspondía al Ministro de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca, conocer y resolver cualquier recurso extraordinario de revisión que se hubiere propuesto, sustanciándole como tal y siguiendo el trámite respectivo, ya sea por pedido del administrado o por parte de la propia administración. De lo expuesto se puede colegir que el Director Ejecutivo del ex INAR , transgredió el derecho al debido proceso y por ende a la seguridad jurídica estipulado en el Art. 82 de la Constitución de la República ya que vulneró el ordenamiento jurídico que en forma clara y categórica no le facultaba para iniciar y pero dictar una resolución de revisión respecto de una acto que se encontraba en firme y que había generado derechos para el administrado, aclarando eso si , que para dicho cometido existen vías administrativas y judiciales , taxativas y determinantes en nuestra legislación, pues bien podía haberse iniciado por parte del Ministro del ramo, un recurso extraordinario de revisión a fin de dejar sin efecto el acto; o en su defecto, podía también haber incoado una acción de lesividad para que sea el Tribunal de lo Contencioso Administrativo quien revoque tal acto; sin embargo de lo expuesto ninguno de estas alternativas legales y procedentes fueron utilizadas, por lo que la forma de actuar fue impugnada y observada por parte del legitimado pasivo, verificándose así la violación constitucional, al no haberse observado normas jurídicas previas de orden público que inexcusablemente debían ser aplicadas por parte de las autoridades del ex INAR. Es importante además destacar que para esta Sala, resulta aún más preocupante que el Director ejecutivo del ex INAR, arrogándose atribuciones que no tenía conforme se ha anotado, ni siquiera inició el procedimiento correspondiente en el que se hagan efectivas las garantías del debido proceso determinadas en el Art. 76 de la Constitución de la República, así como el derecho a la defensa que tenía la empresa aseguradora y sobre la cual recaen directamente los efectos del acto recurrido, pues, procedió a dictarse la resolución, sin haber tomado en consideración el procedimiento señalado en el ERJAFE; es decir, atropellando los derechos y garantías reconocidos en la Constitución y en el Estatuto invocado. Para concluir al haberse dictado la resolución de 6 de Abril del 2011, se vulneraron directamente las garantías del debido proceso, seguridad jurídica, motivación de los actos, principio de legalidad y particularmente el derecho a la defensa . Por las consideraciones expuestas, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y DE LAS LEYES DE LA REPUBLICA, se revoca la sentencia dictada por señora Jueza de primer nivel y en su lugar se acepta la Acción de Protección Constitucional, dejando sin efecto el acto recurrido esto es el de 6 de Abril del 2011 dictado por el Director ejecutivo del ex INAR y como consecuencia de ello se dispone la NO ejecución de las pólizas de fiel cumplimiento del contrato y de buen uso del anticipo , únicamente en la parte que no se encuentra invertido el anticipo en la obra tal como consta a fs. 51 del cuaderno de primer nivel y que deberá ser liquidado pericialmente.-

DR. ALBERTO PALACIOS D.
JUEZ PRESIDENTE

DRA. BEATRIZ SUAREZ ARMIJOS
JUEZA

DR. JUAN TOSCANO GARZON
JUEZ
VOTO SALVADO

-10-
diez

Certifico:

DRA. LUPE VINTIMILLA ZEA
SECRETARIA RELATORA

VOTO SALVADO DEL DR. JUAN TOSCANO GARZON, JUEZ DE LA PRIMERA SALA CIVIL, MERCANTIL, INQUILINATO Y RESIDUALES.

CORTE PROVINCIAL DE PICHINCHA, PRIMERA SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL, INQUILINATO Y MATERIAS RESIDUALES. Quito, miércoles 24 de agosto del 2011, las 10h27. VISTOS.- Sube en grado la causa por recurso de apelación interpuesto por el accionante, contra la sentencia dictada por la Jueza Vigésimo Cuarto de lo Civil de Pichincha.- Por sorteo ha correspondido a esta Sala su conocimiento y resolución, para hacerlo se considera: PRIMERO.- Se ratifica la validez del proceso decretada por la jueza a-quo.- SEGUNDO.- El señor Julio Moreno Espinosa, representante legal de Seguros Oriente S. A., comparece al Órgano Jurisdiccional y dice: Que demandados son el Dr. Hugo Alexander Zapatta Carpio, Director Ejecutivo del ex Instituto Nacional de Riego (INAR); el Sociólogo Miguel Carvajal, Ministro de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca (MAGAP), máxima autoridad del ex INAR; y, el Procurador General del Estado.- Que el acto administrativo impugnado es el expedido el 06 de abril del 2011, por el Dr. Hugo Zapatta Carpio, notificada a su representada el 14 de ese mes y año, por el que dicho funcionario resuelve, amparado en los Art. 93 y 170 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE, revocar y dejar sin ningún efecto el auto aclaratorio dictado por él, en fecha 10 de septiembre del 2010, a las 11h00; ratificando además en todas sus partes la resolución de terminación unilateral del contrato suscrito entre PREDESUR y COSURCA, dictada el 16 de agosto del 2010, "...haciendo la siguiente precisión: de la liquidación técnica elaborada por el Ing. Lucio Romero Toledo, Fiscalizador de las obras del contrato en referencia, presentada a este Despacho con fecha cuatro de abril del presente año, queda aclarado que el incumplimiento que se ha señalado en la Resolución de terminación unilateral del contrato materia del presente expediente, se refiere a la inobservancia de la Ley, específicamente al haber incurrido en la causal para la declaración de terminación unilateral del contrato precisada en el numeral 5 del Art. 94 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Conviene destacar que el Art. 95 de la referida ley, no exceptúa en este caso la obligación que tiene la institución contratante para proceder a la ejecución de garantías; en tal sentido, si procede el cobro de la garantía de fiel cumplimiento y, en lo que fuere del caso, la garantía por el buen uso del anticipo entregado, de acuerdo a la liquidación elaborada por el Ing. Lucio Romero Toledo y, al informe económico correspondiente elaborado por la Dra. Lilia Espinoza, funcionaria del ex INAR (Subsecretaría de Riego y Drenaje del MAGAP); informes ambos que se agregan al expediente. A favor del cobro de garantías opera además el incumplimiento del compromiso de COSURCA establecido en el tantas veces referido contrato entre PREDESUR y COSURCA, específicamente el establecido en la cláusula octava; numerales ocho punto cero uno; ocho punto cero dos; ocho punto cero tres; ocho punto cero cuatro; y, ocho punto cero cinco.- CUARTO: Por efecto de la vigencia del Decreto Ejecutivo Nº 564 de 30 de moviente del 2010, la ejecución y cobro inmediato de las pólizas de garantías librada por Seguros Oriente S. A., en beneficio de PREDESUR debe operar a favor del MAGAP.- QUINTO: Notifíquese con esta resolución a la contratista Constructora del Sur C. A. COSURCA; al Instituto Nacional de Contratación

Pública, para su conocimiento y publicación en el portal www.compraspúblicas.gob.ec, conforme se expresa en líneas anteriores y a la Aseguradora Seguros Oriente, para los fines de ley; publíquese además, la presente Resolución en la página web del Instituto Nacional de Riego INAR, para conocimiento público conforme a lo expuesto en la Resolución de 16 de agosto del 2010, a las 16h45.- NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE".- Que su representada emitió las pólizas de seguro N° 14842 por el buen uso del anticipo recibido por el contrato, y la N° 20288 por el fiel cumplimiento del contrato, se pretende requerir a su representada el pago ilegítimo de las garantías, lo que le conllevaría grave daño e irreparable; pues, el 10 de septiembre del 2010, por providencia, del Dr. Hugo Zapatta, Director Ejecutivo del entonces INAR, dispuso que no procede la ejecución de las garantías.- Que no existe en el expediente de terminación unilateral del contrato, menos del acto recurrido, que ejecuta las pólizas liberadas por Seguros Oriente S. A. a favor del ex INAR (PREDESUR), una certificación de la Superintendencia de Compañías, de quiénes aparecen en esa institución de control como accionistas de COSURCA S. A., peor aún copia certificada del libro de acciones y accionistas, como manda el Art. 200 de la Ley de Compañías.- Que se ha terminado el contrato y el Ministro aún desconoce quiénes son los verdaderos accionistas.- Que no habría causal para terminar en forma unilateral el contrato, pues no se ha referido incumplimiento alguno, sino que por el contrario se afirma la existencia de supuestas inhabilidades precontractuales que no han sido probadas documentadamente, menos por sus propios considerandos y no podían ser materia de cobertura de pólizas de seguros, pues las pólizas con accesorias al contrato y cubren su cumplimiento, por ser su única cobertura posible.- Que su representada al momento de emitir las pólizas de fiel cumplimiento a favor de PREDESUR no podía, sino por mandato legal asumir que los procesos precontractuales y los contratos reunían especificaciones técnicas, por presunción legal estas no estaban viciadas de ninguna inhabilidad contractual.- Que este tipo de póliza garantiza el cumplimiento, en plazo y forma, de las obligaciones contractuales, y en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso se indemniza al asegurado; de esta forma, despeja al asegurado de cualquier incertidumbre que pudiera tener sobre el óptimo cumplimiento de los contratos suscritos con terceros.- Que las garantías emitidas son accesorias al contrato principal; la póliza tiene nacimiento jurídico en razón de la suscripción del contrato, cual es la Construcción del Sifón Limones (Río Alamor), ubicado en el cantón Zapotillo, provincia de Loja.- Que se está frente a un acto discriminatorio cuando se da por terminado un contrato por el hecho de que el hermano del señor Presidente afirma ser accionista de la empresa contratista COSURCA.- Que se ha violado la seguridad jurídica de su representada cuando considera, en forma arbitraria, la terminación unilateral de un contrato sin invocar incumplimiento alguno, e inexplicablemente la ejecución de garantías que su antecesor había indicado que no eran viables, cuando en su parte considerativa parece invocar normas y causales de nulidad, que debieron ser argumentadas ante un órgano judicial, y para que en su parte resolutiva concluya con la terminación unilateral; más aún que hay que efectivizar hasta la póliza de fiel cumplimiento cuando no hay tal incumplimiento, pues no se invoca ni justifica; sino que, pretende que dicha póliza dé la cobertura que no tiene, esas pólizas no pueden cubrir las inhabilidades precontractuales.- Que la terminación del contrato se dio únicamente por cuestiones netamente políticas.- Que el acto impugnado fue dictado en un procedimiento que empezó sin que se realice la notificación con los informes técnicos requeridos para estos casos.- Que en el jamás consentido caso quesea viable la ejecución de la garantía del buen uso de anticipo, se requiere de una liquidación económica de la obra, que brilla por su ausencia.- Que el acto impugnado fue dictado con una motivación viciada, ya que los supuestos hecho no se ajustan a los reales; sin contar el cambio de criterio, sin fundamento, del Dr. Hugo Zapatta, Director Ejecutivo del ex INAR.- Que la terminación

de un contrato no constituye un acto discrecional, pues sus causales y procedimiento se encuentran reglados.- Que el Art. 62, en el número 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública contempla inhabilidades que afectan a personas naturales; por lo que, las personas jurídicas no tienen parentesco con aquellas, razón suficiente para desestimar la causal como justificación para terminar unilateralmente un contrato celebrado legítimamente entre el Estado Ecuatoriano y la contratista COSURCA.- Que en el caso no consentido de que jurídicamente se compruebe vinculación societaria entre el Ing. Correa y COSURCA, la personalidad jurídica de las mismas es diferente a la de sus socios o accionistas.- Que ningún socio o accionista de COSURCA, documentadamente tiene algún grado de parentesco ni con funcionarios del poder Ejecutivo ni con ninguno de los funcionarios que intervinieron en el proceso precontractual.- Con estos antecedentes, amparado en el Art. 88 de la Constitución de la República, pide que se deje sin efecto el acto administrativo impugnado.- Cumple con el juramento de ley.- TERCERO.- Admitida a trámite la demanda constitucional han sido comunicados con la misma los accionados y el Procurador General del Estado.- Se lleva a cabo la audiencia pública en la que los defensores de las partes hacen sus exposiciones en respaldo de sus respectivas pretensiones jurídicas.- CUARTO.- El acto administrativo que se impugna es consecuencia o tiene como antecedente la declaratoria de terminación unilateral y anticipadamente del contrato celebrado el 24 de diciembre del 2008 entre la Compañía Constructora del Sur C.A. COSURCA, y la Sub Comisión Ecuatoriana de la Comisión Mixta Ecuatoriana-Peruana para el Aprovechamiento de las Cuencas Hidrográficas Binacionales Puyango-Tumbes y Catamayo-Chira, Programa Regional para el Desarrollo del Sur, (PREDESUR) para la Construcción del Sifón Limones (Río Alamor), ubicado en el cantón Zapotillo, provincia de Loja, de conformidad con los Arts. 62, 92 numeral 4 y 94 numeral 5 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.- Esta resolución es dictada por el Dr. Hugo Zapatta Carpio, Director Ejecutivo del INAR, en esta ciudad de Quito, el 16 de agosto del 2010, a las 16h45.- Si bien el mencionado funcionario dictada la providencia aclaratoria de 10 de septiembre del 2010, a las 11h10, la misma ha sido revocada al amparo de los Art. 93 y 170 del ERJAFE, bajo los argumentos y motivación constante en la providencia impugnada, dictada el 06 de abril del 2011, a las 11h00, el que goza de legitimidad y procede su ejecutoriedad al tenor de lo prescrito en el Art. 68 de ese Estatuto.- De otra parte, para el presente caso es necesario transcribir lo estatuido en el último inciso del Art. 42 de la Ley General de Seguros, que dice: "Tratándose de pólizas de seguros de fiel cumplimiento del contrato y de buen uso del anticipo que se contrate en beneficio de las entidades previstas en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, las empresas de seguros deben emitirlas cumpliendo la exigencia de que sean incondicionales, irrevocables y de cobro inmediato, por lo que tienen la obligación del seguro contratado, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes al pedido por escrito en que el asegurado o el beneficiario le requieran la ejecución. Queda prohibido a las compañías aseguradoras en el caso de las mencionadas pólizas giradas en beneficio de las entidades previstas en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública exigir al asegurado para el pago de garantía, documentación adicional o el cumplimiento de trámite administrativo alguno. Cualquier cláusula en contrario, se entenderá como no escrita. El incumplimiento de esta disposición dará lugar al establecimiento de las sanciones respectivas por parte de la Superintendencia de Bancos y Seguros, sin perjuicio de la suspensión inmediata de las operaciones".- En definitiva, jurídicamente la accionante, de presumir que el acto administrativo que impugna le causa algún perjuicio patrimonial o que violenta alguna garantía constitucional, lo debe atacar ante la justicia ordinaria, como contempla las normas del ERJAFE y de la Constitución de la República.- Por estas consideraciones, al

no reunir la demanda constitucional los requisitos exigidos en el Art. 88 de la Constitución de la República; ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, rechazándose el recurso de apelación interpuesto por el señor Julio Moreno Espinosa, representante Legal de Seguros Oriente S. A., se confirma la sentencia recurrida.- Sin costas ni honorarios que regular.- A través de Secretaría de la Sala se cumplirá con lo prescrito en el número 5 del Art. 86 de la Constitución de la República.- NOTIFÍQUESE.-

DR. ALBERTO PALACIOS D.
JUEZ PRESIDENTE

DRA. BEATRIZ SUAREZ ARMIJOS
JUEZA

DR. JUAN TOSCANO GARZON
JUEZ

Certifico:

DRA. LUPE VINTIMILLA ZEA
SECRETARIA RELATORA

En Quito, miércoles veinte y cuatro de agosto del dos mil once, a partir de las diez horas y treinta minutos, mediante boletas judiciales notifiqué la SENTENCIA y VOTO SALVADO que antecede a: MORENO ESPINOSA JULIO (GERENTE GENERAL DE LA COMPAÑIA SEGUROS ORIENTE S.A) en la casilla No. 3267 del Dr./Ab. JIMENEZ VILLAVICENCIO VICTOR HUGO. MINISTRO DE AGRICULTURA Y GANADERIA en la casilla No. 1040 del Dr./Ab. PEÑAHERRERA ECHEVERRIA JOSE ALBERTO; PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO- GARCIA DIEGO - en la casilla No. 1200 del Dr./Ab. ARTEAGA VALENZUELA MARCOS EDISON; ZAPATA CARPIO HUGO ALEXANDER DR. DIRECTOR EJECUTIVO DEL INSTITUTO NACIONAL DE RIEGO (EX-INAR) en la casilla No. 5708 del Dr./Ab. TORRES MACHUCA ANGEL BENIGNO. Certifico:

DRA. LUPE VINTIMILLA ZEA
SECRETARIA RELATORA