

JUEZ PONENTE: DR. OSCAR CHAMORRO GONZALEZ

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA, PRIMERA SALA DE LO LABORAL, DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Quito, lunes 15 de julio del 2013, las 11h19. **VISTOS:**

Avoca conocimiento de la presente causa el doctor Fausto René Chávez Chávez, en calidad de Juez Encargado en virtud de la Acción de Personal enviada por el Director Provincial de Pichincha del Consejo de la Judicatura. Para resolver el recurso de apelación de la sentencia dictada por el Juez Noveno de la Niñez y Adolescencia de Pichincha que rechaza la acción presentada por el Dr. Carlos Grijalva González en su calidad de representante legal de la empresa DUAYINE S.A. se considera: **PRIMERO.-** Radicada la competencia por el sorteo de Ley esta Sala es competente para conocer y resolver el recurso interpuesto por el accionante conforme lo contemplado en el Art. 86 numeral 3 inciso segundo de la Constitución de la República del Ecuador; artículos 4.8, 24 y 39 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. A la presente acción se le ha dado el trámite respectivo.- **SEGUNDO.-** El accionante es la empresa DUAYINE S.A. y los accionados son el Cuerpo de Ingenieros del Ejército y el Procurador General del Estado. **TERCERO.-** Las partes dentro del proceso han establecido los correspondientes hechos y sus respectivas posiciones jurídico constitucionales, así se advierte: a) El accionante, Dr. Carlos Grijalva González, al proponer la acción manifiesta: Que, su representada DUAYINE S.A. participó en el proceso de licitación (LICBS-CEE-001-2013) para la provisión de base asfáltica y mezcla asfáltica para la capa de rodadura entre la ABSC km 30+000 del tramo Guaranda – El Arenal para el proyecto de rehabilitación y rectificación de la carretera Ambato-Guaranda, convocado el 22 de enero del 2013; Que, entre las ofertas presentadas para el concurso a más de su representada se hallaba el Consorcio GUARANDA, empresa que el 27 de febrero de año en curso presentó una denuncia manifestando que DUAYINE S.A., no cumplía con el requisito de tener una Planta Asfáltica del año 2009 y presentó en su oferta un equipo del año 2008, por lo tanto debió habérsela descalificado, por no cumplir con las bases del concurso; Que, el 28 de febrero del 2013, el Cuerpo de Ingenieros del Ejército, después del análisis jurídico y técnico, contesta al Consorcio Guaranda invocando el artículo 102 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y manifiesta que la reclamación no suspende la ejecución del acto impugnado. El Consorcio Guaranda el 13 de marzo del 2013 presentó el recurso de revisión, el mismo que no fue aceptado y se dispone se continúe con el proceso, siendo adjudicada la empresa accionante DUAYINE S.A.; Que, con fecha 22 de marzo de 2013, se suscribió el respectivo contrato con el Cuerpo de Ingenieros del Ejército, para la provisión y transporte de la base asfáltica y mezcla asfáltica para la capa de rodadura del tramo Guaranda-El Arenal; Que, el 17 de abril del mismo año mediante oficio No. 0854 el Cuerpo de Ingenieros del Ejército comunica el inicio del procedimiento para la terminación unilateral del contrato, el 22 de abril del 2013 en el término legal que tenía para responder la empresa DUAYINE S.A. a través de su representante expresa que hay una confusión en cuanto al año de fabricación del equipo y que, a su criterio no era relevante y que en todo caso habría un lapsus calami de los colaboradores; que el 08 de mayo de 2013 mediante Resolución No. 13-CEE-C14-0968, el Comandante del Cuerpo de Ingenieros del Ejército Crnl. Cristóbal Carrillo Ponce , resolvió la terminación unilateral del contrato alegando que uno de los equipos ofertados no era del año 2009, sino del 2008, y por tanto no estaba satisfecha la exigencia de las bases contractuales. En definitiva, la Resolución citada, que proviene del Cuerpo de Ingenieros del Ejército y declara la terminación unilateral del contrato, es inconstitucional porque vulnera los siguientes derechos: 1. Al Trabajo (Art.33 Constitución); 2. Al Debido Proceso (Art.76.7.a.b.c.d.l). Por lo expuesto, en lo principal, solicitan se deje sin efecto la Resolución No. 13-CEE-C14-0968, de fecha 8 de mayo del 2013; y, al calificar la

presente acción como medida cautelar se suspenda temporalmente la ejecución de la Resolución atacada; b) El accionado, el Cuerpo de Ingenieros del Ejército a través de su Comandante Crnl. De E.M.C., Cristóbal Carrillo Ponce, en lo pertinente señala que, en efecto el 21 de febrero del 2013 se resolvió adjudicar a la empresa DUAYINE S.A. el contrato para la provisión y transporte de base asfáltica y mezcla asfáltica para la capa de rodadura entre la ABSC km 30+000 del tramo Guaranda – El Arenal para el proyecto de rehabilitación y rectificación de la carretera Ambato-Guaranda para el tramo Guaranda – El Arenal; que, el 27 de febrero del 2013 se recibió el reclamo del Consorcio Guaranda, que solicita se deje sin efecto la resolución de adjudicación a la empresa DUAYINE S.A., aduciendo que la planta asfáltica es del año 2008 y que además no posee ningún equipo de los tres de trituración, la Subcomisión Técnica revisó la oferta presentada y los documentos respectivos y contestó que el año de fabricación de la planta asfáltica es del 2009, por lo que cumple con lo solicitado en los pliegos; que, el 12 de marzo de 2013, se suscribe el contrato entre las partes litigantes por un monto de \$9'098.882,43 USD con un plazo de cumplimiento de 7 meses calendario; que, el 01 de abril de 2013 conforme los pliegos en la carta de presentación y compromiso, se requirió a la empresa DUAYINE S.A. copias certificadas de las matrículas presentadas en su oferta, contestando la empresa que el pedido es extemporáneo y que lamenta mucho la confusión del año de fabricación de la planta y que en efecto es del 2008 y no del 2009 conforme la convocatoria; que, de esta manera la misma empresa accionante reconoce que incumplió con el contrato suscrito y además, se suma al incumplimiento, el hecho de que al pedir el Cuerpo de Ingenieros del Ejército al MTOP, certifique tres de las matrículas detalladas, una de ellas no es una matrícula original, obligando al accionado a presentar una denuncia al Ministerio Público para que se investigue penalmente la entrega de documentos falsos en un concurso de carácter público; que, el 04 de abril de 2013 se dispone al Departamento Jurídico inicie el trámite legal para la terminación unilateral del contrato suscrito con el actor de esta acción a la luz del Art. 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; que, el 17 de abril del 2013 mediante el respectivo oficio, el Cuerpo de Ingenieros del Ejército remite el informe técnico – económico a la empresa DUAYINE S.A. concediéndole el termino de 10 días para que justifique las causas por las cuales presentó en su oferta matrículas del año 2009, siendo la realidad que eran matrículas del 2008, incumpliendo el numeral 11 de la Carta de Presentación y Compromiso, en donde la empresa se responsabiliza de la veracidad, exactitud de la información y de las declaraciones incluidas en los documentos de la Oferta, formularios y otros anexos, considerando que la contratación se enmarcó en el principio de la buena fe; que con fecha 22 de abril de 2013, la empresa DUAYINE S.A. intenta justificar la situación argumentando que se trató de una confusión y una equivocación de los colaboradores que elaboraron la oferta, indica que es una cuestión poco relevante y que ha sido un “lapsus calami” sufrido al momento de redactar el documento final; en base al sub numeral 4 del numeral 18.01 de la Cláusula Décimo Octava del Contrato No. 1014-2013-CL, en concordancia con el numeral 1) del Art. 94 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, con fecha 7 de mayo del 2013 el Cuerpo de Ingenieros del Ejército resolvió dar por terminado unilateralmente el contrato suscrito el 12 de marzo de 2013, con las consecuencias jurídicas que de ello se derivan; que, por lo anterior mencionado esta acción de protección presentada no reúne los requisitos del Art. 88 de la Constitución, el Art. 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control constitucional y no existe vulneración de derechos constitucionales, por cuanto se ha respetado el debido proceso establecido en el Art. 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y respecto a la posible violación al derecho al trabajo previsto en el Art. 33 de la Constitución de la República, el Estado garantiza el mismo, siempre y cuando quien quiera ejercerlo lo haga cumpliendo las disposiciones legales y morales previstas en la Constitución y más bien

con la actitud engañosa de la empresa accionante al suscribir el contrato se dejó a otras empresas que concursaban en igualdad de condiciones sin el derecho a acceder a un trabajo; que, el accionante debió haber acudido al Tribunal Contencioso Administrativo, mecanismo de defensa adecuado y eficaz en el presente caso al tenor del Art. 42.1.4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; c) La Procuraduría General del Estado, centra su argumento en que el accionante ha omitido demostrar la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz, es decir no ha demostrado que la vía contenciosa administrativa fuese inadecuada para dejar sin efecto una resolución administrativa, señala que el Art. 173 de la Constitución es mandatorio al concluir que los actos administrativos pueden ser impugnados en la vía administrativa como en los correspondientes órganos de la Función Judicial, de igual manera el Art. 31 del Código Orgánico de la Función Judicial precisa que las resoluciones en que se reconozcan, declaren, establezcan, restrinjan o supriman derechos, expedidas por autoridades o instituciones del Estado que no ejercen "jurisdicción", son actos de la administración pública o tributaria impugnables en sede judicial. **CUARTO.-** La acción de Protección según el Art. 88 de la Constitución de la República del Ecuador tiene 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 y omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del 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"*. **QUINTO.-** El accionante entonces sostiene, que la terminación unilateral del contrato es inconstitucional, porque vulnera los siguientes derechos: 1. Al Trabajo (Art.33 Constitución); 2. Al Debido Proceso (Art.76.7.a.b.c.d.l), por lo que hay que hacer las siguientes puntualizaciones previas: a) Lo que respecta al derecho al trabajo, el accionante manifiesta que al inscribirse a la empresa como contratista incumplido, implica que en dos años no podrán ejecutar trabajos, y presentar esta acción de protección es la única vía que tiene para poder trabajar y evitar la suspensión de la empresa. La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública determina los principios y normas que regulan los procedimientos de contratación en los que se incluye la ejecución de obras, el Art. 4, manda observar a efecto de garantizar el derecho de las partes en todo el proceso de contratación, principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad y, participación nacional; bajo estos principios todo procedimiento y contrato se interpretan y ejecutan, primando ante todo el interés público y la debida ejecución del contrato (Art.5 Ibidem). El particular, que es la contraparte en el contrato en cuestión suscrito con el Cuerpo de Ingenieros del Ejército, en el ejercicio de su libertad de empresa y libertad de contratación, tiene la obligación de observar irrestrictamente en todas las fases de ejecución del contrato los principios observados, y la parte que representa al Estado la obligación permanentemente de cuidar del interés público y de una debida ejecución del contrato. En ese aspecto la actuación de la autoridad pública impugnada, que se torna excepcional, lo realiza en aras de ese "interés público", del "bien común", que constitucionalmente (Art.83.7) deviene en deber y responsabilidad de todo ciudadano y ciudadana *"Promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular, conforme al buen vivir"*. Lo actuado por la autoridad demandada al adoptar la decisión de terminar unilateralmente el contrato suscrito, se lo hace en el desarrollo del principio de precaución frente al hecho de la posible vulneración de normas legales en las que ha incurrido el contratista, que son explicadas y debidamente motivadas en el acto impugnado. La Sala considera que la actuación del Cuerpo de Ingenieros del Ejército de

manera alguna constituye una desproporcionada actuación contractual, tiene fundamento en la Constitución de la República y en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, al que las partes se sometieron de manera libre y voluntaria, ello no implica que a la empresa accionante se le está prohibiendo o vulnerando derecho alguno, y peor el derecho al trabajo como lo cita en el libelo de su demanda, más bien existe un "interés público" debidamente justificado, por lo que, en el presente caso la autoridad al frente del Cuerpo de Ingenieros del Ejército ha ejercido como representante legitimado a nombre del Estado, estrictamente actos de orden legal y de ninguna manera actos de carácter arbitrario o violatorios de algún derecho de su contraparte contractual; b) En lo concerniente al "debido proceso", es menester resaltar, en el caso en cuestión, que el accionante señala expresamente que se le violenta las garantías del derecho a la defensa, contemplada en el Art. 76.7.a.b.c.d.l, es decir: se le ha privado de ejercer su derecho a la defensa durante la etapa administrativa en el proceso iniciado para la terminación unilateral del contrato; que no ha contado con el tiempo y los medios adecuados para preparar su defensa; que no se lo ha escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones; que no hubo la suficiente publicidad y no pudo acceder a documentos y actuaciones en el procedimiento administrativo incoado en su contra; y, por último que la Resolución No. 13-CEE-C14-0968 de 8 de mayo de 2013, expedida por el Comandante del Cuerpo de Ingenieros del Ejército Crnl. Cristóbal Carrillo Ponce, que contiene la terminación unilateral del contrato, no se halla debidamente motivada. El ente público accionado, de los recaudos procesales, del contenido y argumentos de las partes y la documentación anexa en el proceso, se evidencia que se garantizó el derecho al debido proceso del accionante, al cumplir irrestrictamente con la notificación y trámite previsto en el Art. 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, esto es: *"Art.95.- Notificación y Trámite.- Antes de proceder a la terminación unilateral, la Entidad Contratante notificará al contratista, con la anticipación de diez (10) días término, sobre su decisión de terminarlo unilateralmente. Junto con la notificación, se remitirán los informes técnico y económico, referentes al cumplimiento de las obligaciones de la Entidad Contratante y del contratista. La notificación señalará específicamente el incumplimiento o mora en que ha incurrido el contratista de acuerdo al artículo anterior y le advertirá que de no remediarlo en el término señalado, se dará por terminado unilateralmente el contrato. Si el contratista no justificare la mora o no remediare el incumplimiento, en el término concedido, la Entidad Contratante podrá dar por terminado unilateralmente el contrato, mediante resolución de la máxima autoridad de la Entidad Contratante, que se comunicará por escrito al contratista y se publicará en el Portal COMPRASPUBLICAS. La resolución de terminación unilateral no se suspenderá por la interposición de reclamos o recursos administrativos, demandas contencioso administrativas, arbitrales o de cualquier tipo o de acciones de amparo de parte del contratista.(...)"*. Ahora bien, si al tenor del Art. 94 *Ibidem*, el accionante sostiene que legalmente el Cuerpo de Ingenieros del Ejército no tenía asidero legal para dar por terminado el contrato de manera unilateral, y si existía un incumplimiento ello afectaría el proceso pre contractual hasta la resolución de la adjudicación, pero no la fase contractual que en la especie es la firma del contrato y su ejecución. En definitiva la Sala considera, que hacer un análisis de ello es incursionar en aspectos de orden legal y no de orden constitucional. **SEXTO.-** La Corte Constitucional ha expresado: *"El debido proceso es un derecho constitucional fundamental, pues se encuentra contemplado en el artículo 76 de la Constitución de la República, instituido para proteger a las personas contra los abusos y desviaciones de las autoridades u operadores de la justicia. De este modo, el debido proceso abarca diversas garantías procesales específicas, destinadas a suministrar a los justiciables el amparo necesario para salvaguarda de sus derechos con motivo del ejercicio del poder jurisdiccional del Estado, y sirve para garantizar el*

derecho material y además para imponer límites importantes a la acción del Estado, al punto de constituir un freno a su potencial acción arbitraria frente a todas las personas sujetas a dicha acción; así, el debido proceso es una institución de fundamental importancia en los planos jurídicos, político y social. En efecto, el citado artículo 76 de la Constitución establece: "En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas...". Las comillas y el resaltado son nuestros. El debido proceso es definido como el derecho que tiene toda persona o sujeto justiciable de invocar al interior del órgano jurisdiccional, el respeto a las normas sustantivas o adjetivas a efecto de que sus derechos de acceso a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita sean desarrollados y tramitados de conformidad con las normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por los operadores de la justicia competente. De allí que solo se podrá juzgar a una persona ante un juez competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento, conforme lo establece el artículo 76 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador." Lo subrayado es de la Sala. (Resolución de la Corte Constitucional 140; R.O. -S 756; 30-jul-2012.; Caso No. 1739-10-EP). De lo anteriormente citado se deduce que, es necesario determinar por ser de valor sustantivo y condición de procedencia de la acción, la constancia de inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para la protección del derecho y la constatación evidente de la violación reclamada, reservando la acción de protección solamente para asegurar los derechos fundamentales contenidos en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales. El demandante en su escrito de acción de protección, solicita como pretensión concreta se deje sin efecto la Resolución No. 13-CEE-C14-0968 de fecha 8 de mayo de 2013, donde se declara la terminación unilateral suscrita entre las partes, al respecto se advierte: 1.-La resolución impugnada, se sustenta en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y en las cláusulas contractuales pertinentes. Conforme a lo prescrito en el Art. 68 del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva "Los actos administrativos se presumen legítimos y deben cumplirse desde que se dicten y de ser el caso, se notifiquen, salvo los casos de suspensión previstos en este estatuto", siendo esta disposición conexas con el Art.83 de la Constitución de la República numeral 1 que determina que : "Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y ecuatorianos, sin perjuicios de otros previstos en la Constitución y la ley: 1.- Acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente (...)". Es decir la terminación unilateral del contrato suscrito, que el accionante refiere en su escrito de acción de protección, se ha realizado en razón del cumplimiento de la norma adjetiva correspondiente y llevando un proceso respectivo para tal objetivo. 2.- De lo anterior, se determina que la inconformidad del accionante radica en asuntos de mera legalidad, sin que de la revisión del expediente se haya podido colegir la violación de los derechos que el accionante afirma haber sido víctima en el libelo de su demanda. Siendo pertinente indicar que nuestro ordenamiento jurídico ha previsto las diferentes instancias donde puede ser efectuada la reclamación de un derecho, cuando el ofendido considere que este le ha sido vulnerado, siendo esta afirmación concordante con la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su Art. 42 numeral 3 que refiere la improcedencia de la acción de protección: "Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de derechos". Hay entonces una inexistencia de violación de derechos constitucionales conforme alega el accionante. Igualmente se evidencia reclamaciones de derechos legales más no de orden constitucional. El ordenamiento jurídico vigente ha distribuido de manera clara las distintas instancias legales correspondientes donde puede acudir a realizar su reclamación para hacer efectivo su derecho a la tutela judicial efectiva. 3.- En el caso que nos ocupa, al

ser una resolución dictada por una institución del Estado la que el accionante impugna, su correcto procesamiento corresponde a uno de los Tribunales Contenciosos Administrativos que prevé el ordenamiento jurídico vigente, como es el Código Orgánico de la Función Judicial, en su Art. 31: *"Las resoluciones dictadas dentro de un procedimiento por otras autoridades e instituciones del Estado, distintas de las expedidas por quienes ejercen jurisdicción, en que se reconozcan, declaren, establezcan, restrinjan o supriman derechos, no son decisiones jurisdiccionales; constituyen actos de la Administración Pública o Tributaria, impugnables en sede jurisdiccional"*. La norma citada en plena concordancia con lo preceptuado en el Art. 173 de la Constitución de la República que indica: *"Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial"*. Resaltándose que la naturaleza, sentido y alcance de la acción de protección no tiene funcionalidad en los casos donde existen otros recursos judiciales y administrativos que permitan la reparación del derecho que consideran les ha sido vulnerado. 4.- El Dr. Pablo Alarcón Peña, en el libro Teoría y Práctica de la Justicia Constitucional, de la Serie Justicia y Derechos Humanos Neoconstitucionalismo y Sociedad, publicado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, pág. 586, señala *"Así es evidente, que los derechos de origen legal, ordinarios o reales, no encuentran protección vía acción de protección, pues para ellos se encuentran previstos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, los mecanismos adecuados e inherentes a la justicia ordinaria. Efectuar una interpretación contraria y permitir la protección de dichos derechos ante la justicia constitucional, vulneraría directamente el principio de interpretación sistemática, toda vez que la justicia constitucional terminaría por reemplazar a la justicia ordinaria y se consagraría el litigio ordinario en sede constitucional"*. **SEPTIMO.-** De lo expuesto en líneas superiores y al analizar la Ley procedimental para la tramitación de la acción de protección que es la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su Art. 42 numeral 4 se indican los casos en los que no procede la acción de protección, y dice: *"Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz"*; a su vez el Art. 40 numeral 3 *ibidem*, determina que, entre los requisitos para presentar la acción de protección es necesario *"Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado"*. Concluyendo, que la Resolución emitida por el Cuerpo de Ingenieros del Ejército al tener calidad estatal, la misma tiene carácter administrativa y por lo tanto corresponde ventilar su tramitación en la vía judicial, por lo que la presente acción deviene en improcedente. Por las consideraciones que anteceden, esta Sala **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, rechaza el recurso de apelación y en los términos que antecede confirma en lo principal la resolución subida en grado. En aplicación del Art. 86 numeral 5 de la Constitución de la República, ejecutoriada que sea esta sentencia, remítase copia certificada a la Corte Constitucional para los fines previstos en la indicada norma. Por licencia del Secretario Titular de la Sala, actúe el Dr. Bolívar Arias Bejarano.- **NOTIFIQUESE.-**



DRA. KATERINE MUÑOZ SUBIA
JUEZA PRESIDENTA