

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Posgrados

**La acción de protección como mecanismo de defensa para la
protección de derechos derivados de la Ley Orgánica del Sistema
Nacional de Contratación Pública**

Abg. Cristina Alexandra Guarderas Bilbao

**Dr. Juan Pablo Aguilar Andrade, Mgs.
Director de Trabajo de Titulación**

Trabajo de titulación de posgrado presentado como requisito para la obtención del título
de Magíster en Derecho Administrativo

Quito, 11 de abril de 2017

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Postgrados

HOJA DE APROBACIÓN DE TRABAJO DE TITULACIÓN

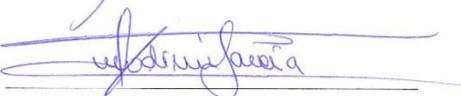
La acción de protección como mecanismo de defensa para la protección de
derechos derivados de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de
Contratación Pública

Cristina Alexandra Guarderas Bilbao

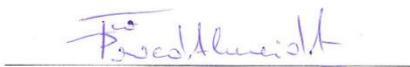
Juan Pablo Aguilar
Director de Trabajo y Miembro del Comité
de Grado



Wladimir García
Presidente y Miembro del Comité de Grado



Francisco Poveda
Miembro del Comité de Grado



Javier Robalino, M.A.
Director de la Maestría en Derecho
Administrativo



Farith Simon, Ph.D.
Decano del Colegio de Jurisprudencia



Hugo Burgos, Ph.D.
Decano del Colegio de Postgrados



Quito, 11 de abril de 2017

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
EVALUACIÓN DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO TESINA**

TÍTULO: La acción de protección como mecanismo de defensa para la protección de derechos derivados de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

ALUMNA: Cristina Alexandra Guarderas Bilbao

EVALUACIÓN:

a) Importancia del problema presentado.

El principal problema que ha enfrentado la acción de protección, es el constante rechazo de los jueces amparado en la existencia de otras vías jurisdiccionales. Si bien esto se ha discutido jurisprudencial y doctrinariamente, se introdujeron reformas a la Ley de Contratación Pública que aceptaban como válido el argumento y lo elevaban a la jerarquía de norma vigente. Es necesario establecer, por un lado, si la idea que han defendido muchos jueces para rechazar acciones de protección se compadece con nuestro sistema constitucional y, como consecuencia de ello, si las reformas a las que se han hecho referencia son o no constitucionales. Esto justifica la importancia del problema planteado.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.

La hipótesis es trascendente, pues al sostener la inconstitucionalidad de las reformas a la Ley de Contratación Pública, permite establecer el alcance de la acción de protección y la diferencia entre ésta y otras vías jurisdiccionales.

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.

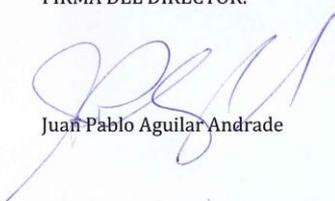
Para el desarrollo del trabajo se ha recurrido a fuentes doctrinarias y jurisprudenciales que resultan suficientes para un análisis adecuado, y permiten sustentar las conclusiones a las que se llega.

d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada).

La hipótesis se justifica a partir de una adecuada argumentación y con el suficiente sustento. Hay que notar que, en el curso de la elaboración del trabajo, se dictó una sentencia de la Corte Constitucional que, de alguna manera, comparte la hipótesis planteada; esto llevó a introducir modificaciones al planteamiento inicial e incluir un análisis de la opinión de la Corte, cuyas deficiencias se ponen de manifiesto en el trabajo.

A mi juicio, el trabajo cumple los requisitos necesarios para continuar con el trámite correspondiente.

FIRMA DEL DIRECTOR:



Juan Pablo Aguilar Andrade

Quito, 27 de marzo de 2017

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art.144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma del estudiante: _____

Nombre del estudiante: Cristina Alexandra Guarderas Bilbao_____

Código estudiante: 0126211 _____

Cédula de Ciudadanía: 1711439651 _____

Quito, 11 de abril de 2017

DEDICATORIA

Dedico este trabajo de titulación: A Dios, a mis padres, a mi esposo y a mi amiga incondicional; a Dios, por guiar mis pasos dándome la fortaleza y sabiduría necesaria; a mis padres, Santiago Guarderas y Ana María Bilbao por todo el esfuerzo y sacrificio que realizaron para que pueda finalizar este proyecto, a mi esposo Diego Loján por ser mi apoyo incondicional y a mi amiga Aida Guamán por no soltarme la mano en este trayecto.

AGRADECIMIENTOS

Un agradecimiento especial a mi director de tesis el Dr. Juan Pablo Aguilar por sustentarme con sus grandes conocimientos, a mi compañera de trabajo María Dolores Briceño por sus importantes aportes, a la Universidad San Francisco de Quito, al Colegio de Jurisprudencia y los ilustres maestros que hicieron realidad este sueño.

RESUMEN

El presente trabajo de titulación tiene como objetivo principal determinar si el régimen previsto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional Contratación Pública, en la forma en que se encuentra establecido actualmente, presenta una efectiva garantía para los oferentes y contratistas en relación con la impugnación de los actos administrativos. Para lograr cumplir con este propósito se analizó si la limitación a las acciones constitucionales contenidas en la Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública tenía sustento constitucional en función de los derechos de los ciudadanos.

Con esta finalidad se realizó un estudio del actual marco regulatorio de la acción de protección en la legislación ecuatoriana estableciendo los efectos jurídicos de esta garantía como mecanismo directo de la defensa de los derechos constitucionales de los oferentes y contratistas y, descubriendo además si el resto de los mecanismos de defensa de la Ley del Sistema Nacional Contratación Pública son adecuados y eficaces en vía legal o constitucional de manera que de existir afectación se procure subsanarlos con inmediatez.

En este contexto, fue importante conocer y analizar la declaración de inconstitucionalidad que hizo la Corte Constitucional en este año 2017 con respecto a la restricción de la acción de protección en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, compartiendo mi apreciación de que todos los ciudadanos deben estar en las mismas condiciones para poder acceder a una tutela administrativa pura y eficaz.

ABSTRACT

This research aims to determine if the system provided in the Organic Law for Public Procurement, as set out, presents an effective guarantee for providers and contractors in relation to the challenge of administrative acts. For this purpose, the constitutional actions contained in the Organic Law for Public Procurement System had a constitutional support according to the citizen's rights.

To this end, a study was carried out on the current regulatory framework for a protective action under the Ecuadorian legislation, establishing the legal effects of this guarantee as a direct mechanism for defending the constitutional rights of providers and contractors, and also finding out if others defense mechanisms of the National Public Procurement System Act are adequate and effective both in legal or constitutional route. If there is an affectation, an earlier remedial action was taken.

In this context, it was important to know and analyze the declaration of unconstitutionality made by the Constitutional Court in 2017 regarding the restriction of the protective action in the Organic Law for Public Procurement System, sharing my appreciation that all Citizens must be in the same conditions to have access to a pure and effective administrative protection.

TABLA DE CONTENIDO

<i>ÍNDICE</i>	<i>PÁGINA</i>
Introducción.....	11
I.- ANTECEDENTES	
1.1.- Constitucionalidad del Sistema Jurídico Ecuatoriano.....	15
1.1.1.-Tutela efectiva.....	21
1.1.2.- Garantías constitucionales.....	24
1.2.- La acción de amparo y la actual acción de protección.....	25
1.2.1.- Admisibilidad y Procedibilidad de la Acción de Protección.....	28
II.- MECANISMOS DE DEFENSA	
2.1.- La vía Contencioso Administrativa frente a la Constitucional.....	32
2.1.1.- Mecanismos de impugnación del acto contemplados en la Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública.....	36
2.1.1.1.- Mal uso de la acción de protección.....	41
III.-INCONSTITUCIONALIDAD	
3.1.- Análisis de la sentencia No.006-2017-SEP-CC del Caso No. 1445-13-EP.....	44
3.2.- Sugerencia metodológica para la ejecución.....	50
IV.-CONCLUSIONES.....	54
V. BIBLIOGRAFIA.....	59

INTRODUCCIÓN

El Estado ecuatoriano en búsqueda de una renovada concepción constitucional, en el año 2008 se definió como un Estado constitucional de derechos y justicia, de esta manera se transformó en un Estado garantista que se articuló con los principios neoconstitucionalistas generando una serie de garantías para evitar la violación de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Los autores clasifican a dichas garantías en cuatro clases: garantías normativas, garantías institucionales, garantías de política pública, servicio público y participación ciudadana y garantías jurisdiccionales. De estas últimas se desprenden siete garantías que tienen su tratamiento procesal en la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, no obstante, el análisis de esta disertación se basará únicamente en la acción de protección ya que es la garantía que ha ocasionado daños directos a los derechos fundamentales de los oferentes y/o contratistas por su limitación en la Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública.

Antes de entrar al estudio de la presente disertación, se debe aclarar que al iniciar la Maestría de Derecho Administrativo, se nos dio carta abierta para elegir el tema a desarrollar como trabajo de titulación que se seguiría elaborando hasta el plazo máximo de su presentación. Tomé en consideración la problemática que generaba la limitación de hacer uso de la acción de protección de los oferentes y contratistas, sin embargo durante la realización del presente trabajo, la Corte Constitucional el 19 de enero del 2017, mediante sentencia No. 006-2017-SEP-CC del Caso No. 1445-13-EP afortunadamente declaró la inconstitucionalidad del inciso séptimo del Art.102 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, por lo que el tema se enfoca mayormente en la sentencia antes mencionada.

Al margen de lo ocurrido, siempre sostuve la premisa de que los oferentes y/o contratistas que participan en el sistema de contratación pública constantemente son perjudicados en sus derechos constitucionales debido a conflictos que surgen en los procedimientos pre-contractuales y contractuales como consecuencia de las resoluciones que emite el órgano administrativo y los incumplimientos de las normas constituidas en la ley y el reglamento. Si bien la materia contractual no es parte del control constitucional, los derechos constitucionales que de este pueden derivarse y ser violados, sí lo son y por lo tanto deben tener el trato que merecen.

El Art. 102 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional limitaba acceder a la vía constitucional disponiendo que los “procesos de contratación pública no son susceptibles de acciones constitucionales porque tienen mecanismos de defensa adecuados y eficaces para proteger los derechos derivados de tales resoluciones, previstos en la Ley”, contradiciendo a la Corte Constitucional cuyos jueces, en el Dictamen N°001-14-DRC-CC, caso N° 0001-14-RC, de 31 de octubre de 2014, reconocen a la acción de protección como una garantía que no puede modificarse ni eliminarse, y tampoco crear limitaciones que obstaculicen la vía a la justicia constitucional porque se estaría restringiendo el acceso a los mecanismos de defensa de los ciudadanos y por consiguiente se constituye inconstitucional.

Por lo tanto, se considera que los oferentes como todos los ciudadanos deben de estar en las mismas condiciones para poder acceder a una tutela administrativa adecuada, y que esta cumpla con el principio de celeridad y oralidad, pues al ser este rápido en todas sus fases e instancias, subsana el derecho violentado con inmediatez. No se puede hablar de eficacia al no permitir que se tutele las posibles violaciones que puede generarse en los procedimientos de contratación pública en cuanto a los derechos establecidos en la

constitución y que estos sean tratados por un órgano distinto a la Administración Pública que violenta el derecho, en este caso el Servicio Nacional de Contratación Pública.

De esta forma, en el primer capítulo, a manera de conocer la evolución del Estado ecuatoriano se hará un estudio de lo que ahora se ha convertido en “Estado Constitucional de Derechos y Justicia”, y cómo el mismo abarca las garantías constitucionales creadas como herramientas para resguardar los derechos fundamentales. Dentro de este análisis se pondrá énfasis en la acción de protección, primero diferenciándola de lo que antiguamente se llamaba acción de amparo y luego enunciando las características principales de garantía vista desde la Constitución y la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

En el segundo capítulo, se hace un análisis del control de legalidad que realiza el Contencioso Administrativo y el control constitucional de la Corte Constitucional con el fin de conocer cuales impugnaciones sobre los actos administrativos proceden en la sede jurisdiccional y en la sede constitucional, además de aclarar que la acción de protección no es residual ni subsidiaria en respuesta de los supuestos mecanismos adecuados y eficaces que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública prevé en sus Arts. 102 y 95; sin embargo, se deja la posibilidad que pueda existir un mal uso de la acción de protección tal como en algún momento se mencionó en las enmiendas constitucionales del 2014.

El tercer capítulo está destinado para el análisis de la Sentencia No. 006-17-SEP-CC del caso No.1445-13 de la acción extraordinaria de protección presentada por la Autoridad Portuaria de Esmeraldas en contra del contratista Wagner Velázquez, en la cual se declara la inconstitucionalidad del inciso séptimo del Art.102 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, de acuerdo con lo que mencioné al principio

de esta introducción, la acción de protección continúa afectada por el Art. 95 de mismo cuerpo que nuevamente limita esta garantía y que la Corte Constitucional no lo tomó en consideración.

Finalmente, como resultado de la investigación y análisis se encuentran las conclusiones a las se ha llegado, sin dejar de lado algunas recomendaciones que se debieron y se deberían tomar en cuenta para la declaratoria de inconstitucionalidad del inciso séptimo del Art. 102 y la parte final del inciso segundo del Art.95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

CAPÍTULO I ANTECEDENTES

1.1- CONSTITUCIONALIDAD DEL SISTEMA JURÍDICO ECUATORIANO

El punto de interés de esta disertación, no es emitir una crítica sobre la forma de gobierno, ni hacer un análisis exhaustivo de las constituciones, sino realizar una breve referencia de cómo ha ido evolucionando el “Estado de Derecho”. Ramiro Ávila Santamaría, reconoce tres fases: “el estado absoluto, el estado de derecho o estado legal de derecho y el Estado Constitucional”¹; Martín J. Risso Ferrand, lo divide en “Estado feudal o patrimonial, Estado de policía, Estado moderno o de Derecho o Gobierno Constitucional y Estado Social de Derecho”²; Benjamín González Alonso, explica la evolución del “Estado Absoluto frente al Estado Constitucional”³. Otros autores como Augusto Durán Ponce⁴, Peña Núñez Paúl⁵ y el mismo Ramiro Ávila desarrollan el concepto de Estado Constitucional de Derechos y Justicia que se asienta en la actual Constitución (2008).

Tomando en consideración la segmentación de Ramiro Ávila; el Estado absoluto o patrimonial nace después del “Renacimiento” por la caída del Imperio Feudal; es un tipo de organización política en el que “no hay procedimientos para hacer la ley ni tampoco

¹ Ramiro Ávila *et al.* (comps.) *Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis de la doctrina y el derecho comparado*. 1ra edición Quito-Ecuador, 2008, pp.20-23

² Martín J. Risso Ferrand. *Derecho Constitucional. Estado Social y democrático de Derecho. Derechos, Deberes y Garantías*, Tomo II, INGRANUSI Ltda., Montevideo 2000, pp. 16-18

³ Benjamín González Alonso. *Del Estado absoluto al Estado Constitucional*. <https://ddd.uab.cat/pub/manuscrts/02132397n4-5/02132397n4-5p81.pdf> (acceso: 08-05-15)

⁴ Augusto Durán Ponce. *Ecuador: Estado Constitucional de Derechos y Justicia*. <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2011/09/16/ecuador-estado-constitucional-de-derechos-y-justicia>. (acceso: 08-05-15)

⁵ Paúl Peña Núñez. *Estado Social y Constitucional de Derechos y Justicia*. <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2010/12/13/estado-social-y-constitucional-de-derechos-y-justicia>. (acceso: 08-05-15)

para aplicarla de forma que evite la discrecionalidad y la arbitrariedad”⁶, en este sentido los ciudadanos carecían de derechos y garantías. Asimismo, la estructura del poder que era concentrado e indiviso se centraba en el monarca [en una sola persona o clase política]; su administración, no estaba sometida al derecho sino a una responsabilidad divina, ejecutando actos de forma facultativa, pues, “el rey *legislaba y era*, simultáneamente, sumo gobernante y juez supremo”.⁷

Para erradicar y poner límites a los abusos del poder, la ley lo limita. Desde el surgimiento del Estado de Derecho, que se instauró, posiblemente, un poco antes de la Revolución Francesa (1789), se fijaron los pilares sobre los que se levantó tanto la estructura y funcionamiento de todo aparato estatal, cuanto el ordenamiento jurídico al que debe estar sometido el ejercicio del poder y se entregó al Estado la función de administrar justicia y, con ello, la de tutelar los derechos subjetivos de los ciudadanos.⁸ Además, cabe mencionar que este Estado aparecía confundido con el Estado Liberal. Durante la vigencia del Estado Liberal de Derecho, hasta antes del siglo XX se promulgaba el enunciado de que los hombres nacen libres e iguales en derechos; esta ideología liberal no se ajustaba ni a la realidad económica ni a la social y es, en los últimos años del siglo XIX y los primeros decenios del siglo XX que se desarrollaron los verdaderos principios e institutos procesales, como ya se ha manifestado.⁹

⁶ Ramiro Ávila *et al.* (comps.) *Constitución del 2008 en el contexto andino (...)* Óp. Cit., pp. 20

⁷ Benjamín González Alonso. *Del Estado absoluto al Estado Constitucional. (...)* Óp. cit. (acceso: 08-05-15)

⁸ Cfr. Santiago Guarderas. *Propuesta de reforma al Régimen actual de la tutela administrativa en la Ley de Propiedad Intelectual para una efectiva garantía de los derechos de propiedad intelectual*. Tesis PHD. Universidad Santiago de Guayaquil. Ecuador-Guayaquil, 2010.

⁹ *Ibíd.*

JELLINEK define al Estado de Derecho como “aquel que se coloca asimismo dentro del Derecho y no sobre el Derecho”¹⁰ (autolimitación); BIDART CAMPOS lo complementa diciendo que es “aquel en que la actividad estatal – de los gobernantes principalmente- se encuentra sometido al ordenamiento jurídico y a la juridicidad”¹¹ y por su parte ELIA DIAZ destaca los “cuatro aspectos fundamentales del Estado de Derecho: a) imperio de la ley, concebida como expresión de la voluntad general, b) la división de poderes, c) el principio de legalidad en la actuación de la Administración d)el reconocimiento de determinados derechos y libertades fundamentales.”¹².

Estas características constituyeron la base democrática para garantizar a los individuos el goce de sus derechos; sin embargo a partir de la segunda mitad del siglo XVIII con la Revolución Industrial existió un reconocimiento colectivo de carácter económico y cultural que dio paso al Estado Social de Derecho y la llegada de un nuevo catálogo de derechos subjetivos que propugnan ciertos valores superiores y que por su dimensión y contenido, nació la necesidad no solo que el Estado se abstuviera de intervenir, sino más bien debía inmiscuirse cuando fuere necesario para hacer efectivos los derechos básicos como el de salud, educación, trabajo, cultura, etc., promoviendo los derechos fundamentales y no solo protegiéndolos. En consecuencia, el Estado más allá de producir importantes cambios económicos y sociales, tomó esta transformación complementaria de intervencionismo. Lamentablemente, esto trajo una dependencia excesiva de la sociedad al Estado “*alertando* que el individuo cada día depende más del Estado, lo que exige, a su vez, que aquél renuncie a parte de su soberanía individual”¹³.

¹⁰Martín J. Risso Ferrand. *Derecho Constitucional. (...) Óp. cit. pp. 19*

¹¹Rafael Oyarte. *Derecho Constitucional Ecuatoriano y Comparado*. Primera Reimpresión. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador. pp.51

¹² Martín J. Risso Ferrand. *Derecho Constitucional. (...) Óp. cit. pp. 20-21*

¹³Martín J. Risso Ferrand. *Derecho Constitucional. (...) Óp. cit. pp. 34*

Finalmente, en la actualidad prima en principio el estado constitucional, que a diferencia de los anteriores y sobre todo del absoluto se caracteriza “en primer lugar por depositar la soberanía de la nación; en segundo lugar por dar cabida al principio de división de poderes; en tercer lugar por enfatizar y desarrollar la doctrina de los derechos individuales y en cuarto, último y definitivo lugar, por ser un Estado de Derecho”¹⁴ garantizando los derechos de los ciudadanos y haciendo que los organismos y las autoridades se sujeten al principio de legalidad que es la “regla básica que guía el funcionamiento coherente y equilibrado de la estructura de una Constitución formal de un Estado determinado y sirve para garantizar la vigencia, estabilidad y el respeto a la Constitución”¹⁵, pues, como se establece en la Carta Magna, es una norma jurídica directamente aplicable, superior en el ordenamiento jurídico, incluso de los tratados internacionales que limita el poder del Estado y constituye en sí misma una garantía de los derechos fundamentales. Conforme Ferrajoli lo menciona:

En el Estado Constitucional de Derecho la Constitución no sólo disciplina las formas de producción legislativa sino que impone también a ésta prohibiciones y obligaciones de contenido, correlativas unas a los derechos de libertad y las otras a los derechos sociales, cuya violación genera antinomias o lagunas que la ciencia jurídica tiene el deber de constatar para que sean eliminadas o corregidas¹⁶, *no dejando a un lado el poder ejecutivo que igual debe seguir las normas constitucionales.*

Así, la denominación de *Estado Constitucional de Derechos* nace en nuestro país a partir de la constitución del 1998, y es reconocido como garantista¹⁷, creando de este modo una serie de mecanismos de protección de los derechos de los ciudadanos, que actúan de forma preventiva, cesatoria y reparatoria, con sujeción a los nuevos postulados

¹⁴Benjamín González Alonso. “*Del Estado absoluto...*” Óp. cit. (acceso: 08-05-15)

¹⁵Scribd. *Concepto de principios Constitucionales*. <http://es.scribd.com/doc/113302745/Concepto-de-Principios-Constitucionales#scribd>. (acceso 21-12-15)

¹⁶Luigi Ferrajoli. *Pasado y futuro del Estado de Derecho. Estado de derecho*. México: Siglo Veintiuno 2002, p. 192

¹⁷El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico (...). Constitución de la República del Ecuador. Artículo 1. Registro Oficial No 449 del 20 de octubre de 2008.

constitucionales. Existen autores para los cuales el significado y contenido de un Estado Constitucional de Derecho representa para la sociedad un desarrollo transformador, tales como Ávila Santamaría, Roberto Viciano, Rubén Martínez, entre otros, que argumentan que “(...) esta es la base del nuevo constitucionalismo latinoamericano, además de resaltar la dimensión jurídica de la Constitución, dirige su atención, por una parte, a la legitimidad democrática y, por otra, a la perfección del reconocimiento y garantía de los derechos”¹⁸

Finalmente, se agrega otro concepto a esta denominación que es la de *Derechos y Justicia*, que como lo menciona Ávila “es un concepto que no hay otro país en el mundo que constitucionalmente se defina como tal”¹⁹; no obstante, en cierto sentido, al incluir el término *justicia* revive los conceptos de equidad y los valores propios de la dignidad humana. Para ser más precisos, la Corte Constitucional en sentencia manifestó:

En el Ecuador, la tradición jurídica francesa fue dominante hasta la promulgación de la actual Constitución. Efectivamente, la nueva Constitución establece por primera vez en la historia constitucional ecuatoriana, una nueva forma de Estado Constitucional de Derechos y Justicia, que tiene como rasgos básicos los siguientes: a) existencia de una Constitución no modificable por medio de la ley; b) el carácter normativo y la fuerza vinculante de toda la Constitución; c) el control judicial de la constitucionalidad, a través de la existencia de garantías jurisdiccionales que permiten vigilar la conformidad de las normas infra constitucionales respecto de la Constitución; d) la directa aplicación de la Constitución para resolver todos los conflictos jurídicos que se presentan en la sociedad; y, e) la facultad de interpretar todo el ordenamiento, a la luz de la Constitución, a través de un órgano especializado del poder público denominado Tribunal o Corte Constitucional.²⁰

¹⁸Claudia Storini, *La acción de protección en el Ecuador, realidad jurídica y social- Corte constitucional del Ecuador*, 1ra edición, 2013. p.39

¹⁹Ramiro Ávila et al. (comps.) *Constitución del 2008 en el contexto andino (...) Óp. cit.*, pp. 20

²⁰Rafael Oyarte. *Derecho Constitucional Ecuatoriano (...) Óp. cit.* pp.72

Por el contrario, existen autores como Damián Armijos que determinan que el término justicia “no puede ser parte de la ciencia jurídica porque es muy subjetivo”²¹, solamente puede ser expresado como elemento porque

La valoración de justicia, que se manifiesta en que al momento de aplicar el derecho el resultado debe ser la realización de la justicia, aplicación que se manifiesta en la coherencia entre el principio y la regla que integra el sistema jurídico y que no puede arrojar resultados injustos, si la regla no es coherente con el principio la autoridad que la aplica debe buscar otra regla, y si no existe debe crearla; mas, si la regla es conforme con el principio pero arroja un resultado injusto debe buscar otra regla y otro principio.²²

Lo importante es que se puede resaltar que desde que el Ecuador definió al Estado como un modelo constitucional de derechos y justicia, elevó las garantías constitucionales, bajo el postulado que no debe existir una constitución formal, sino material.²³, pues, determina no solo el contenido de la ley, sino también el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. De este modo que se busca crear una conciencia constitucional, que “importa un grave escollo para alcanzar la más trascendente de las finalidades de la Constitución y, en general, del constitucionalismo, la limitación del poder”²⁴, considerando, “que la Constitución no solamente garantiza los derechos de las personas, sino que va más allá, busca la justicia, es decir, la equidad la igualdad. No puede haber un estado constitucional que no sea un estado equitativo”²⁵.

²¹Citando a Hans Kelsen. Damián Armijos. *Estado Constitucional de Derechos y Justicia*. <http://damianarmijosalvarez.blogspot.com/2013/11/ecuador-estado-constitucional-de.html>.(acceso: 18-12-15)

²² *Ibíd.*

²³ La constitución es material, orgánica y procedimental. En el constitucionalismo se conjugan estado como estructura, derechos como fin y democracia como medio. Paúl Peña Núñez. *Estado Social y Constitucional de Derechos y Justicia*. *Óp. cit* (acceso:10-07-15)

²⁴Rafael Oyarte. *Derecho Constitucional Ecuatoriano (...)* *Óp. cit.* pp.61

²⁵ “Hace referencia a aquellas cualidades o valores esenciales y permanentes del ser humano que son objeto de protección jurídica”. Paúl Peña, Apuntes de clase, Modulo “El Estado y la Constitución” catedrático, Dr. Marco Morales Tobar, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Noviembre de 2010. Citados en Magali López Montero. *Tutela efectiva en ejecución de sentencias expedidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra Ecuador*. Universidad Andina Simón Bolívar. Ecuador, 2013

1.1.1.- Tutela efectiva

La tutela efectiva tiene una gran connotación en la esfera constitucional, ya que con esta figura se buscó crear confianza en los ciudadanos frente a los órganos de justicia. Para algunos autores como José Serrano Alberca, este derecho se originó desde la Constitución italiana de 1947²⁶ en tanto que, para Hurtado Reyes en la Constitución Española en 1978²⁷, sin embargo en el Ecuador fue reconocida en la Constitución de 1998²⁸ pero concebida como parte de un derecho del debido proceso, siguiendo las directrices españolas.

Actualmente y en concordancia con la naturaleza del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, la tutela se la reconoce como un derecho autónomo y subjetivo consistente en que cualquier ciudadano pueda acceder a los órganos jurisdiccionales de manera gratuita en cualquier momento para obtener la protección de sus derechos. El Art. 75 de la Constitución al consagrar los derechos de protección establece que: “Toda persona *que* tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión (...)”. En armonía a esta definición, en el Derecho internacional la Convención Interamericana de los Derechos Humanos en su Art. 8 dispone:

²⁶ José M. Serrano Alberca, *Comentarios a la Constitución, Madrid*, Civitas, 1985, comentario al artículo 24, p. 453, citado por Luis Fernando Solano, “*Tutela Judicial en Centroamérica*”, dentro de “*La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*”, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, Marcial Pons, 1ra. Edición, 2008, p. 101. Citados *Ibíd.*

²⁷ Martín Hurtado, *Tutela jurisdiccional diferenciada*, Lima, Palestra, 2006, p. 36, citado por Vanesa Aguirre, “*La tutela judicial efectiva como derecho humano: una aproximación a su concepción y situación en el Ecuador*”, en PADH (compilador), *Estado Constitucional de Derechos?*, Informe sobre derechos humanos Ecuador 2009, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar/Ediciones Abya-Yala, 1ra edición, 2010, p. 13. Citados *Ibíd.*

²⁸ Constitución Política del Ecuador. Artículo 24. Registro Oficial 1 de 11 de agosto de 1998.

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.²⁹

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencias 004-10-SEP-CC de 24 de febrero de 2010 y 041-13-SEP-CC de 24 de Julio de 2013, ha definido a la tutela efectiva del siguiente modo:

La tutela judicial efectiva es el derecho de toda persona, no solo a acudir a los órganos jurisdiccionales sino que a través de los debidos causes procesales y con mínimas garantías, obtenga una decisión fundada en derecho respecto a sus pretensiones (...). Este derecho, por tanto, tiene como objetivo una justicia efectiva, tanto porque permite que las personas puedan acceder al sistema judicial del país, como en la tramitación de la causa para que se cumplan reglas del debido proceso y obtener una sentencia basada en derecho, es decir, libre de arbitrariedad”. Este derecho se debe “garantizar en tres momentos: en un primer momento, cuando se prevé un acceso a la justicia oportuno sin condiciones que no se encuentren previstas en el ordenamiento jurídico; en un segundo momento, cuando se tutela que las personas cuenten con una administración de justicia efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad, en virtud de la cual se garantice el ejercicio de garantías mínimas en igualdad de condiciones, obteniendo una decisión fundada en derecho y en un tercer momento, cuando a efectos de asegurar que el resultado del acceso a la justicia se materialice, se consagra la garantía del cumplimiento de las resoluciones judiciales.³⁰

Además, este derecho está estrechamente ligado con el derecho fundamental de defensa, pues “todos deben ser escuchados en el momento oportuno y en igualdad de condiciones” y tener la oportunidad de “presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra”.³¹ El resultado de acceder a un órgano jurisdiccional competente se basa en la posibilidad de obtener una resolución imparcial que tenga fundamento en derecho, es decir, que sea motivada, y que

²⁹ Convención Interamericana sobre Derechos Humanos. Artículo 8. Registro Oficial 801. 06 de agosto de 1984.

³⁰ Corte Constitucional en *Sentencias 004-10-SEP-CC de 24 de febrero de 2010 y 041-13-SEP-CC de 24 de Julio de 2013*

³¹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 76 numeral 7 literal c) y h). Registro Oficial No 449 del 20 de octubre de 2008.

sea ejecutable, así lo señala la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 8 de julio de 2008, Expediente 161, publicado en el Suplemento del Registro Oficial 122, de 3 de febrero del 2010:

La motivación es una necesidad y una obligación que ha sido puesta en relación con la tutela judicial efectiva, es una garantía de interés general encuadrable en un Estado de Derecho, por ello constituye una de las garantías del derecho constitucional al debido proceso, consagrado en el No. 13 del artículo 24 de la Constitución Política del Estado; como señala el citado Guash Fernández, es un derecho-deber de las decisiones judiciales. Deber porque vincula ineludiblemente a los órganos judiciales y derecho, de carácter público y naturaleza subjetiva, porque son titulares de la misma todos los ciudadanos que acceden a los tribunales con el fin de recabar la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos.

De esta manera la tutela efectiva o jurisdiccional se agota con el acceso a la justicia, y se hace efectiva con la resolución del conflicto, pues “se manifiesta procesalmente de dos maneras: el derecho de acción y el derecho de contradicción”³². Este derecho para cumplir su finalidad necesariamente debe ligarse estrechamente con el principio del debido proceso para que en armonía se garantice certeza y la seguridad jurídica, y se convierta en un derecho de prestación inherente al ser humano erradicando la justicia por mano propia que aún persiste en nuestro país.

Finalmente, es importante mencionar que si se niega la tutela efectiva la persona puede quedar en indefensión, y se estaría incumpliendo lo que establece el Art. 75 de la Constitución y deberán accionar las garantías constitucionales, principalmente la acción de protección que ampara “la subordinación, la indefensión o la discriminación”³³. Es por tal razón que la tutela efectiva y las garantías constitucionales son las cuales obligan al Estado a proteger y garantizar los derechos fundamentales.

³² Rolando Martel. *Acerca sobre la necesidad de legislar sobre las medidas autosatisfactivas en el Proceso civil*. http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/tesis/human/martel_c_r/titulo2.pdf . (Acceso:15-08-16)

³³ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 88. Registro Oficial No 449 del 20 de octubre de 2008.

1.1.2.- Garantías Constitucionales

Con el precedente expuesto, es necesario resaltar la importancia de las garantías constitucionales creadas como herramientas para resguardar y defender los derechos fundamentales de los ciudadanos con la finalidad de que los ejerzan plenamente, y a la vez, repararlos si existiera alguna vulneración. La actual Constitución (2008) establece un sistema integral de garantías, dividido de la siguiente manera:

En primer lugar las garantías normativas que se encuentran establecidas en el Art. 84 de la Constitución, “son *los preceptos* encaminados a conseguir que los derechos fundamentales estén efectivamente asegurados como las normas que son, se limiten al mínimo sus restricciones, y se asegure su adecuado resarcimiento cuando se ha vulnerado por parte de los poderes públicos”³⁴. Algunas de las principales garantías normativas que saltan a la vista son el principio de legalidad, la garantía y respeto de los derechos fundamentales, la supremacía de la Constitución y a la vez su inalterabilidad constitucional.

En segundo lugar las Garantías de políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana instauradas en el Art 85 de la Constitución, que garantizan el cumplimiento de los derechos del buen vivir e incentiva la participación de personas, pueblos y nacionalidades, velando por la prevalencia del interés general sobre el particular, mediante planes o programas.

En tercer lugar las Garantías Jurisdiccionales, “que son un conjunto de instrumentos procesales que dentro del sistema jurídico estatal cumplen la función de tutela directa de

³⁴ Paúl Carrión González. *Derechos y Garantías Constitucionales*.
<http://es.slideshare.net/videoconferencias/derechos-y-garantas-constitucionales> (Acceso: 10-06-2016)

los derechos constitucionales.”³⁵. Para el 2008 se han instaurado seis garantías jurisdiccionales recogidas en la Constitución y en la (LOGJCC), estas son: la acción de protección, habeas corpus, acción de acceso a la información pública, habeas data, acción por incumpliendo y la acción extraordinaria de protección; todas llevan un procedimiento sencillo e informal y pueden ser activadas ante los órganos de la Función Judicial o ante la Corte Constitucional.

En cuarto lugar Garantías Institucionales, “son mecanismos de protección que aseguran la existencia de instituciones y organizaciones que caracterizan al Estado Ecuatoriano y garantizan su institucionalidad”³⁶, es decir, se le toma a la constitución en sí misma como una garantía. Esta se reconoce por la separación de la iglesia y el Estado, el control de constitucionalidad, el principio de legalidad y fundamentalmente el principio de la separación de poderes.

Y, finalmente, la Corte Constitucional³⁷ declaró que las medidas cautelares establecidas en el art. 87 de la Constitución y 26 de la (LOGJCC), son parte de las garantías constitucionales y son reconocidas por precautelar la violación o amenaza de los derechos constitucionales basados en los principios de urgencia, temporalidad, irreparabilidad de daño.

1.2.-LA ACCIÓN DE AMPARO Y LA ACTUAL ACCIÓN DE PROTECCIÓN

Las garantías constitucionales se reconocen ciertamente desde la Constitución de 1929, en la cual por primera vez se incorpora el hábeas corpus, para más tarde en la

³⁵ *Ibíd.*

³⁶Arciniega, Hilda. Cartilla de divulgación: Garantías Constitucionales/ Hilda Arciniega [et al] 1º ed. Quito: Corte Constitucional para el periodo de transición, 2011 (Programa de divulgación constitucional con la ciudadanía 3). http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/Cartilla_3_Garantias_constitucionales/Cartilla_3_Garantias_constitucionales.pdf (Acceso: 19-07-2016)

³⁷Corte Constitucional. *Sentencia N° 034-13-SCN-CC caso N°0561-12-CN*, 24 de junio de 2013.

reforma del 1996 insertar las garantías directas que son el habeas data y el recurso de amparo y finalmente en el 2008 se han incrementado garantías que se destinan a jueces, a la Asamblea, al Ejecutivo y a órganos de potestad normativa.

Ahora bien, la acción de amparo, recogida y modificada por la Constitución de 1998, y la actualmente denominada “acción de protección” aplicada ya con la Constitución del 2008, tienen naturaleza constitucional pero no persiguen el mismo fin; la primera garantía tenía un carácter particularmente cautelar, no era un proceso de conocimiento, ni declarativo, “pues su propósito era la tutela de derechos subjetivos constitucionales, tomado medidas provisionales de defensa de los mismos, pero sin resolver cuestiones de fondo de la causa ni declarar la existencia de aquellos”.³⁸

Mientras tanto, la acción de protección incluso cuando la ley está en contra de particulares, no es un proceso cautelar, ni declara o reconoce la existencia de un derecho, sino es un proceso de conocimiento, que “resuelve el litigio constitucional de una controversia sometida voluntariamente por las partes al órgano jurisdiccional y que se tramita sobre hechos dudosos y derechos contrapuestos, que debe resolver el juez declarando a quien compete el derecho cuestionado o la cosa litigiosa”³⁹ [lo subrayado es mío]. Frente a esto podemos deducir que todo proceso declarativo es de conocimiento y no viceversa a pesar de las afirmaciones de la doctrina, las cuales confunden la declaración de violación de un derecho con la declaración del derecho.

Otra distinción fundamental entre la acción de amparo y la acción de protección son sus efectos; el efecto que tenía la acción de amparo era suspensivo sobre un acto ilegítimo,

³⁸Rafael Oyarte, *La acción de amparo*, Editorial Andrade y Asociados. Quito-Ecuador. 2005. pp. 167-169

³⁹Ermo Quisbert, *Apuntes De Derecho Procesal Civil Boliviano*, Sucre, Bolivia: USFX, 2010, ermoquisbert.tripod.com/pdfs/dpc.pdf

y esta suspensión era definitiva hasta la resolución del fondo del litigio de juez competente. Entonces, al conceder la acción de amparo las medidas preventivas suspendían los efectos del acto impugnado, en consecuencia, no invalidaba el acto simplemente lo hacía ineficaz, lo que no implicaba la invalidez del mismo. A diferencia de la acción de protección

[...]el juzgador constitucional está en la facultad de entrar a resolver el fondo de la controversia constitucional, emitiendo un pronunciamiento sobre la eventual vulneración de la acción de protección de derechos o, a la vez, negando su procedencia por inexistencia de violación de los mismos, lo cual implica que el juez puede dejar sin efecto o anular el acto impugnado u ordenar la actuación de quien ha incurrido en omisión [...].⁴⁰

Por otro lado, una institución controversial dentro de estas acciones era el aspecto de la subsidiariedad y la residualidad, pues, la acción de amparo no podía tutelar los derechos fundamentales mientras existían vías eficaces y adecuadas a las que se podía acudir, lo que no pasa con la acción de protección por el origen y naturaleza de esta garantía constitucional; tampoco es residual porque no debe agotar las vías judiciales o cualquier otro mecanismo de defensa. Se debe establecer que la acción de protección no reemplaza la procedencia de otras vías judiciales. Por tal motivo es un proceso de conocimiento, pues, no puede entrometerse en la competencia del juez ordinario. Por lo tanto, a mi criterio nuestra acción de protección no es ni residual ni subsidiaria, a pesar de la sentencia⁴¹ emitida por la Corte Constitucional manifestando que esta acción es subsidiaria del proceso contencioso administrativo, por las razones que se desarrollarán más adelante.

⁴⁰ Ismael Quintana, *La Acción de Protección*, Corporación de estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador 2016, pag. 67-68

⁴¹ Corte Constitucional. *Sentencia N° 098-13-SEP-CC, dictada en el caso N°1850-11-EP*, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N°154 de 3 de enero de 2014

En fin, el objeto de ampliar su aplicación fue para “precautelar estas violaciones no solamente de parte de la autoridad, sino también de quien preste un servicio público o, en ciertos casos, de los particulares”⁴² siendo, en la práctica, una acción unilateral e independiente.

1.2.1.- Admisibilidad y Procedibilidad de la Acción de Protección

La acción de protección es una de las acciones jurisdiccionales más empleadas por la ciudadanía en el acontecer nacional; está regulada en la Constitución (Art. 88) y en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional –LOGJCC– (Art.39); sin embargo, su proceso, uso y aplicación se encuentra distorsionado, debido a que no se tiene claro su ámbito, ni los verdaderos límites para emplearla, pues no todas las vulneraciones al ordenamiento jurídico necesariamente tienen cabida sino son con esquemas formales que deben ser cumplidos.

De esta manera se debe cumplir con requisitos para iniciar la sustanciación de un procedimiento y que se hacen referencia en el contenido del Art. 10 de la (LOGJCC) que refiere al contenido de la demanda:

Art. 10.- Contenido de la demanda de garantía.- La demanda, al menos, contendrá:

1. Los nombres y apellidos de la persona o personas accionantes y, si no fuere la misma persona, de la afectada.
2. Los datos necesarios para conocer la identidad de la persona, entidad u órgano accionado.
3. La descripción del acto u omisión violatorio del derecho que produjo el daño. Si es posible una relación circunstanciada de los hechos. La persona accionante no está obligada a citar la norma o jurisprudencia que sirva de fundamento a su acción.
4. El lugar donde se le puede hacer conocer de la acción a la persona o entidad accionada.
5. El lugar donde ha de notificarse a la persona accionante y a la afectada, si no fuere la misma persona y si el accionante lo supiere.

⁴² Diego Pérez Ordóñez, *Apuntes sobre la Acción de Amparo Constitucional*, http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_1/Apuntes_sobre_la_accion_de_amparo_constitucional.pdf (Acceso: 24-009-2016)

6. Declaración de que no se ha planteado otra garantía constitucional por los mismos actos u omisiones, contra la misma persona o grupo de personas y con la misma pretensión. La declaración de no haber planteado otra garantía, podrá subsanarse en la primera audiencia.

7. La solicitud de medidas cautelares, si se creyere oportuno.

8. Los elementos probatorios que demuestren la existencia de un acto u omisión que tenga como resultado la violación de derechos constitucionales, excepto los casos en los que, de conformidad con la Constitución y esta ley, se invierte la carga de la prueba.⁴³

Estos requisitos denotan la *admisibilidad de la acción de protección* que se realiza “con el fin de precautelar efectivamente el derecho de las personas a la tutela judicial efectiva, [...] que les permita justificar sus alegaciones sobre las presuntas violaciones a los derechos constitucionales”, sin embargo la inadmisión debe ser motivada en el momento procesal de calificación de la demanda en concordancia al Art. 76, numeral 7 literal l).

Por otra parte se encuentran los requisitos de improcedencia establecidos en los Arts. 40 y 42 de la (LOGJCC) que mencionan lo siguiente:

Art. 40.- Requisitos.- La acción de protección se podrá presentar cuando concurren los siguientes requisitos:

Violación de un derecho constitucional;

Acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente; y,

Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.⁴⁴

Art. 42.- Improcedencia de la acción.- La acción de protección de derechos no procede:

1. Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales.

2. Cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos, salvo que de tales actos se deriven daños susceptibles de reparación.

3. Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de derechos.

4. Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz.

⁴³Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo.10 Registro Oficial Suplemento 52, 22 de octubre de 2009

⁴⁴ *Ibíd.* Artículo 40.

5. Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho.
6. Cuando se trate de providencias judiciales.
7. Cuando el acto u omisión emane del Consejo Nacional Electoral y pueda ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral.

En estos casos, de manera sucinta la jueza o juez, mediante auto, declarará inadmisibile la acción y especificará la causa por la que no procede la misma.”⁴⁵

La procedencia en lo procesal se diferencia de la admisibilidad en la “simple oportunidad para que se oiga o se juzgue (aun no teniendo derecho ni razón), por ajustarse a normas del posible trámite”⁴⁶ por lo tanto requieren de un análisis de fondo de la causa, sin embargo, al analizarse el último párrafo nos encontramos que el legislador utiliza la palabra “inadmisibile”, y esto provoca una gran confusión.

Ante la exigencia de la interpretación del art. 42 de la (LOGJCC) sobre la procedencia y admisibilidad, la Corte Constitucional, como máximo órgano de interpretación y control constitucional, estableció en *Sentencia N° 102-13-SEP-CC*⁴⁷ de 4 de diciembre de 2013 la diferencia entre lo uno y lo otro haciendo un análisis de cada causal del artículo y concluyendo en que desde el numeral 1ro al numeral 5to son causales de improcedencia, que deberán ser declaradas mediante sentencia motivada y los últimos dos; el 6to y 7mo son causales de inadmisión. La inadmisión tiene lugar frente a requisitos formales y se la declara en el primer acto, en tanto que la improcedencia tiene que ver con el fondo del asunto, sobre la razón o fundamentos de la acción.

⁴⁵ *Ibíd.* Artículo 42

⁴⁶ Leopoldo Puente, *La acción de protección, admisibilidad, procedencia, y la seguridad jurídica*. Proyecto de examen complejo para maestría. Universidad Regional Autónoma de los Andes. Ecuador. 2016

⁴⁷ Esta sentencia tiene carácter vinculante por ser expedida por la Corte Constitucional, “para asegurar la coherencia y consistencia en la aplicación de los mandatos constitucionales por parte de todos los operadores de justicia y por otra parte como órgano de cierre en materia de interpretación constitucional”. Corte Constitucional del Ecuador, para el periodo de transición, *sentencia N° 045-11-SEP-CC, CASO N° 0385-11EP*, 14 de noviembre de 2011.

Finalmente, se puede enunciar la *Sentencia N°001-16-PJO-CC* de fecha 22 de marzo de 2016 emitida por la Corte Constitucional que dicta un precedente jurisprudencial obligatorio sobre el análisis que deben realizar juezas y jueces constitucionales en la sustanciación de acciones de protección tomando en cuenta el problema de la subsidiariedad y la residualidad respecto al acápite anterior y que no se encontraba claro en el Art. 40 numeral 3, pero que con respecto al tema la Corte Constitucional señala:

En base a estas consideraciones, es criterio de esta Corte, que el legislador, al emitir el texto del artículo 40 numeral 3 de la LOGJCC, de ninguna manera considera a la acción de protección como una garantía jurisdiccional de carácter residual, pues ello implicaría, para la persona cuyo derecho constitucional ha sido vulnerado, la obligación de agotar previamente todas las distintas instancias decisorias antes de acceder a la justicia constitucional (...).

(...)La subsidiariedad de la acción de protección surge porque ante la inadecuación o ineficiencia de la justicia ordinaria, el legislador ha optado por considerar a la vía constitucional como el mecanismo último para resolver un conflicto que, pudiendo solucionarse en la vía ordinaria, no lo ha hecho por inadecuación o ineficacia de la misma o porque el asunto controvertido carece de vía en la justicia ordinaria.⁴⁸

En conclusión, los jueces deberán tener presente que para que exista improcedencia se deberá realizar un exhaustivo análisis sobre la violación de los derechos fundamentales con el fin de darle a la acción de protección el efecto de idónea y eficaz, recaudando solo las demandas que se ajusten a los requisitos de fondo necesarios y que se tramiten por esta vía.

⁴⁸ Corte Constitucional. *Sentencia N°001-16-PJO-CC* de fecha 22 de marzo de 2016

CAPÍTULO II

MECANISMOS DE DEFENSA

2.1 LA VÍA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA FRENTE A LA CONSTITUCIONAL.

La institución contencioso administrativa tuvo sus orígenes en Francia con el Consejo de Estado Francés que da nacimiento al Derecho Administrativo. Esto sirvió para establecer los principios sustanciales del Derecho Administrativo y para distinguir la jurisdicción ordinaria de la jurisdicción administrativa. Uno de los principios fundamentales del derecho administrativo y de la actuación administrativa pública -clave en esta disertación- es “el principio de legalidad”, en virtud del cual las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias deberán ejercer sus atribuciones dentro de los límites establecidos en la Constitución y la Ley.

La Constitución de 1967 del Ecuador creó el Tribunal de Garantías Constitucionales y el Tribunal Contencioso Administrativo mientras que Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa publicada de 1968 (derogada a la fecha) los organizó, estos órganos que se encargaron del control administrativo en 1992 fueron sustituidos por los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo actualmente denominados “administrativamente” Unidades de lo Contencioso Administrativo (2013)⁴⁹ que implementan la modalidad de *pool de jueces*⁵⁰.

⁴⁹ Consejo de la Judicatura. Resolución 054-2013. Registro Oficial Suplemento 39, publicado 18 de julio de 2013

⁵⁰ Esto quiere decir que ya no habrá varias salas para cada materia judicial. Las Salas 1 y 2 del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo pasan a la Unidad Judicial en Materia Contencioso Administrativo en Quito. El Comercio. <http://www.elcomercio.com/actualidad/seguridad/nuevo-modelo-de-salas-marcha.html>. (Acceso: 19-09-16)

Las Unidades de lo Contencioso Administrativo, se encargan de resolver los conflictos que surgen entre los administrados por actos o resoluciones administrativas emitidas por la administración pública que afectan los derechos de los administrados ya sea en forma subjetiva y también de las acciones objetivas que precautelan la norma de derecho. Para esta disertación me concentraré específicamente en los actos administrativos emitidos por la autoridad pública y su impugnación ante la administración en la Unidad de lo Contencioso Administrativo y en la Corte Constitucional.

En este marco, la Corte Constitucional es un órgano del Estado, independiente de la justicia ordinaria, encargado de garantizar la aplicación real de los derechos fundamentales, la vigencia y supremacía de la Constitución mediante la administración de justicia constitucional. Dependiendo el derecho constitucional vulnerado se activan las garantías jurisdiccionales. Por ello, “si los efectos jurídicos e individuales que se produzcan a partir de la expedición de un acto administrativo vulneran derechos constitucionales, entonces es posible afirmar que el mecanismo de control jurisdiccional del acto será la acción de protección y los jueces constitucionales deberán analizar el caso de acuerdo a los criterios de procedencia o improcedencia de la acción y resolver el mismo en sentencia”⁵¹

Por otro lado, en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva -ERJAFE- se establecen dos artículos fundamentales en concordancia al Art. 173 de la Constitución de la República –CRE-:

⁵¹ Francisco Albuja Varela. *La acción ordinaria de protección como mecanismo de impugnación de actos administrativos*. Tesis masterado. Universidad San Francisco de Quito. Quito- Ecuador. 2016.

ERJAFE. Art. 65.- ACTO ADMINISTRATIVO.- Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa.⁵²

ERJAFE. Art. 69.- IMPUGNACION.- Todos los actos administrativos expedidos por los órganos y entidades *sometidos a este estatuto serán impugnables en sede administrativa o judicial*. La impugnación en sede administrativa se hará de conformidad de este estatuto. La impugnación en sede judicial se someterá a las disposiciones legales aplicables.

En todo caso, quien se considere afectado por un acto administrativo lo podrá impugnar judicialmente ante el respectivo Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de manera directa. No será necesario para el ejercicio de este derecho el que haya precedido reclamación, administrativa previa la misma que será optativa.⁵³

CRE. Art. 173.- 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.⁵⁴

Por consiguiente, para impugnar un acto administrativo se puede emplear tanto el procedimiento contencioso administrativo como el procedimiento administrativo, figuras distintas; la primera es tratada en la vía jurisdiccional en la Unidad Judicial de lo Contencioso Administrativo y la segunda ante la autoridad administrativa correspondiente, la primera no procede necesariamente luego de haber agotado la vía administrativa, así lo señala el Art. 300 del COGEP⁵⁵; pues, al procedimiento contencioso

⁵² Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Artículo 65.Registro Oficial 536. 18 de marzo 2002.

⁵³ *Ibíd.* Artículo 69.

⁵⁴ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 173. Registro Oficial No 449 del 20 de octubre de 2008.

⁵⁵ Objeto. Las jurisdicciones contencioso tributaria y contencioso administrativa previstas en la Constitución y en la ley, tienen por objeto tutelar los derechos de toda persona y realizar el control de legalidad de los hechos, actos administrativos o contratos del sector público sujetos al derecho tributario o al derecho administrativo; así como, conocer y resolver los diversos aspectos de la relación jurídico tributaria o jurídico administrativa, incluso la desviación de poder.

administrativo no hay que visualizarlo como una segunda instancia, sino como una alternativa.

En estas aseveraciones se menciona un tema fundamental: los mecanismos de control jurisdiccional de la impugnación de los actos administrativos del poder público, en los cuales se distingue, el control de legalidad, que se lo hace en sede administrativa y judicial y, el control constitucional, que tiene lugar ante el órgano de control constitucional. Las diferencias entre uno y otro las explica el ex Tribunal Constitucional:

Que, en ocasiones ocurre lo que se conoce como violaciones indirectas a la Constitución, es decir, que la afectación realmente se produce contra legislación secundaria que se deriva de la norma suprema. No se debe olvidar que la Constitución es un cuerpo orgánico y dogmático, y por lo tanto, sus normas generalmente son desarrolladas en otras para que encuentren mejor aplicabilidad. De ahí, que las violaciones directas a los preceptos constitucionales ameriten la interposición de procesos constitucionales, pero no toda infracción a la Constitución significa que se puede demandar mediante tales procesos, sino que existen situaciones en que las demandas deben presentarse ante otras vías previstas en el ordenamiento jurídico para proteger la ley, y en consecuencia, la Constitución; (...) El Órgano Constitucional, por su naturaleza, se constituye en un órgano de valoración jurídica entre el contenido de los actos en su relación directa con las normas constitucionales, o entre la legislación secundaria también de manera directa con aquellas.⁵⁶

Por lo tanto, se infiere que solo si el acto contradice de forma inmediata y directa a la Constitución, corresponde iniciar una acción ante la Corte Constitucional, en caso de derechos fundamentales, la acción de protección. De lo contrario, si contradice sólo de forma mediata la Constitución, o si adolece de vicios de ilegalidad, cabe la acción contenciosa que será el mecanismo propio e idóneo para impugnar los actos

Cualquier reclamo administrativo se extinguirá, en sede administrativa, con la presentación de la acción contencioso tributaria o contencioso administrativa. No serán admisibles los reclamos administrativos una vez ejercidas las acciones contenciosas tributarias o contenciosas administrativas. Código Orgánico General de Procesos. Artículo 300. Registro Oficial Suplemento 506,22 de mayo de 2015.

⁵⁶ Cfr. Ex Tribunal Constitucional.

administrativos irregulares. De este modo, podemos confirmar que las garantías constitucionales en razón a la materia son más rápidas y sencillas.

Por otro lado, se debe esclarecer la subsidiariedad y la residualidad de la vía constitucional frente a la vía contencioso administrativa, es así, que la subsidiariedad es entendida como “el requerimiento efectuado al accionante para que demuestre la inexistencia de otra vía adecuada y eficaz mediante la cual se procure la protección de derechos que, busca, sean tutelados mediante una acción constitucional”⁵⁷. Al tratarse de “legalidad” las acciones constitucionales pueden ser consideradas, por su naturaleza, subsidiarias, pero cuando se trata de temas constitucionales, no son subsidiarias, son la única vía directa y adecuada para la protección de los derechos fundamentales; si no fuera de esta manera, la vía constitucional sería inaplicable porque existiría anteriormente la vía contencioso administrativo. Tampoco se debe confundir el término residualidad, porque esta implica el agotamiento previamente de todas las vías judiciales y esto no se aplica en nuestra legislación.

Finalmente, no porque se trate solamente de un tema de mera legalidad puede ser desechada la acción constitucional sino se debe analizar el contenido. En efecto, no se debe agotar la vía contencioso administrativo para acudir a la vía constitucional o viceversa.

2.1.1 Mecanismos de impugnación del acto contemplados en la Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública –LOSNCP- se expidió en el año 2008 con el fin de establecer los principios que rigen el sistema de

⁵⁷ Ismael Quintana, *La Acción de Protección (...)* Óp. cit. pp.82

contratación del Estado y regular los procedimientos de la administración de bienes y servicios y ejecución de obras públicas; sin embargo, hasta la fecha ha tenido varias reformas⁵⁸; una a la que deseo referirme es la publicada en el Registro Oficial N°100 de fecha 14 de octubre del 2013, que entre los varios cambios modificó el acceso a las acciones constitucionales, como veremos.

Los mecanismos de defensa en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública hasta el 2013 contemplaban la posibilidad de interponer acciones constitucionales contra los actos u omisiones administrativas emitidas por el Instituto Nacional de Contratación Pública –INCOP- ahora llamado Servicio Nacional de Contratación Pública –SERCOP- en los procesos contractuales. Con la referida reforma al incorporar el segundo inciso del Art.95 y sustituir el capítulo denominado “De las Reclamaciones” instaurado en el Art. 102 se eliminó esta posibilidad:

Art. 95.- [...] La resolución de terminación unilateral no se suspenderá por la interposición de reclamos o recursos administrativos, demandas contencioso administrativas, arbitrales o de cualquier tipo o de acciones de amparo de parte del contratista. Tampoco se admitirá acciones constitucionales contra las resoluciones de terminación unilateral del contrato, porque se tienen mecanismos de defensas adecuados y eficaces para proteger los derechos derivados de tales resoluciones, previstos en la Ley.[...] ⁵⁹

Art. 102.- [...] Los procesos de contratación pública no son susceptibles de acciones constitucionales porque tienen mecanismos de defensa adecuados y eficaces para proteger los derechos derivados de tales procesos previstos en la Ley.[...] ⁶⁰

Sin embargo el Ab. Daniel López Suarez, en un análisis legal sobre la presente reforma, manifiesta:

(...) resulta curioso constatar que en el informe para segundo debate del proyecto de LOSNCP, emitido y presentado mediante Oficio No. AN-CEGADCOT-264-12 el 23 de enero de 2012 por parte de la Comisión Especializada Permanente de Gobiernos Autónomos, Descentralización, Competencias y Organización del Territorio de la

⁵⁸Reforma 16-oct-2009, reforma 31 mayo de 2013, reforma 14 de octubre de 2013, reforma 12 de septiembre de 2014 y reforma 18 de diciembre de 2015.

⁵⁹Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 95. Registro Oficial Suplemento 395. Publicada el 04 de agosto de 2008. Última reforma 12 de septiembre de 2014.

⁶⁰ *Ibíd.* Artículo 102.

Asamblea Nacional ante el entonces Presidente de la Asamblea Nacional, no conste esta prohibición de acceder a “acciones constitucionales” dentro de los procesos de contratación pública; todo lo contrario, indirectamente en su texto consta la posibilidad de su presentación, al señalar que la resolución de terminación unilateral no se suspenderá por reclamos o recursos administrativos, demandas contencioso administrativas, arbitrales o de cualquier tipo de acciones de protección o medidas cautelares interpuestas por el contratista. Es decir conforme el informe para segundo debate del proyecto de reforma a la LOSNCP, sí se podía presentar “acciones constitucionales” contra actos relacionados con la terminación unilateral de un contrato. Es más, dentro de la reforma planteada en este informe por la Comisión especializada de la Asamblea Nacional, se incluye una definición del término Adjudicación (artículo 5 numeral 1 informe de Comisión), en la cual constaba expresamente que el acto de adjudicación “...solo será impugnabile a través de los procedimientos establecidos en la Ley”; es decir y esto es muy importante, se abría la posibilidad de que los actos administrativos de adjudicación sean impugnables a través de los procedimientos establecidos ya no solo en la LOSNCP, sino de toda ley en general.⁶¹

Frente a esto, caben las siguientes interrogantes: ¿Cuáles son los “mecanismos de defensa adecuados y eficaces” a los que se refiere la Ley? y ¿estos realmente cumplen con las características descritas?. Para comprender a lo que la norma se refiere en cuanto a ser de aplicación adecuada y eficaz, se debe empezar percibiendo las nociones básicas de cada término. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define “adecuado” como: “Apropiado para alguien o algo” y eficacia como: “Capacidad de lograr efecto que se desea o se espera”⁶².

Ahora bien, los mecanismos de defensa que establece la LOSNCP como son: : **a)** los reclamos y recursos administrativos, que presenta el afectado ante el –SERCOP-⁶³, **b)** las demandas ante la *Unidad Judicial de lo Contencioso Administrativo* **c)** las demandas arbitrales o, **d)** cualquier tipo de acciones de amparo de parte del contratista, realmente son apropiados y logran el efecto deseado cuando se realiza un reclamo o dependiendo el derecho vulnerado, sin embargo, no son útiles ni cumplen con esta descripción cuando se

⁶¹ Daniel López Suarez. *Comentarios sobre las principales reformas a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Corporación Legal. <http://www.corporacionlegal.ec/comentarios-sobre-las-principales-reformas-a-la-ley-organica-del-sistema-nacional-de-contratacion-publica>. (Acceso: 21 de septiembre de 2014).

⁶²*Ibíd.*

⁶³Órgano técnico de regulación que ejerce la rectoría sobre el sistema nacional de contratación pública.

trata de los derechos protegidos por la constitución, pues, estos deben ser tratados por vía constitucional accionando las garantías constitucionales y principalmente mediante la acción de protección cuando se trate de derechos fundamentales.

Para un mejor entendimiento, se puede exponer cuáles son los derechos constitucionales que pueden ser vulnerados para accionar la acción de protección; para esto la Corte Constitucional en sentencia N° 001-16-PJO-CC, Caso N° 0530-10-JP manifiesta:

[...] todos los derechos consagrados en la Constitución presentan varias facetas; es decir, son multidimensionales. Por tanto, los mecanismos o vías que el ordenamiento jurídico adopte para garantizar su efectiva vigencia deben abarcar, tanto la dimensión constitucional del derecho como su ámbito legal, de manera que se proteja integralmente el contenido del derecho vulnerado. En tal virtud, la doctrina ha sostenido que la dimensión constitucional de un derecho es aquella que tiene relación directa con la dignidad de las personas como sujetos de derechos, posición que ha adoptado la Constitución ecuatoriana, al afirmar que "el reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento."⁶⁴

Es por esta razón, que el Art. 88 de la Constitución, le da a la acción de protección el carácter de "directa y eficaz". Sobre este particular, el autor Wilson Efraín Andino Reinoso señala que "este mandato puntualiza el carácter manifiesto de acción de esta figura constitucional, que resguarda en forma inmediata y efectiva los derechos fundamentales. Al ser vinculante y de efectos obligatorios, la Constitución, la jueza o el juez constitucional debe aplicar la norma de forma directa y prevalente"⁶⁵.

Claudia Storini y Marco Navas Alvear, por su parte, bien hace en juntar los conceptos de eficacia, efectividad y eficiencia al decir que en la acción de protección se debe:

⁶⁴Corte Constitucional. *Sentencia N° 001-16-PJO-CC, Caso N° 0530-10-JP*

⁶⁵Andino Reinoso, Wilson Efraín. *La Acción Ordinaria de Protección en el Derecho Constitucional*. Quito-Ecuador. Editorial Jurídica del Ecuador.2011. pp. 155

- a) Evaluar la idoneidad de las normas (constitucionales y legales) para alcanzar el fin propuesto (eficacia)
- b) La capacidad de las normas “instrumento” de conseguir el objetivo pretendido, es decir el grado de aplicación real de las normas por los órganos competentes y su cumplimiento por parte de los destinatarios (efectividad).
- c) Si los medios para conseguir estos objetivos son adecuados y si se consiguen con el mínimo costo posible.⁶⁶

Por tanto, la acción de protección al ser una vía directa y conllevar actos más sencillos que la vía administrativa, obliga al juez constitucional a solucionar los conflictos que surjan en relación a los derechos que se relacionan con la dignidad de las personas, con la brevedad del caso, pues, la finalidad de la acción de protección es: “asegurar el ejercicio de los derechos contenidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos”⁶⁷, de manera eficaz. Entonces confirmamos que además que son eficaces a razón de la materia como se mencionó antes, también lo son a razón del tiempo.

Por otro lado, el acceso a la tutela de los derechos constitucionales mediante la acción de protección lo tienen todos los ciudadanos que tengan interés directo e indirecto, pues, se determinaron una reglas, el titular del derecho tiene en principio tanta legitimación ad causa como legitimación ad proceso, se puede presentar a través de un legitimado en el proceso, el representante o apoderado. No podemos dejar de lado también los principios constitucionales y aquellas obligaciones internacionales que el Estado ecuatoriano ha adquirido en materia de garantías, así el principio de informalidad de la justicia constitucional se encuentra plasmado en la misma la (LOGJCC), que expresamente señala:

Art. 4 Principios procesales.- Las justicia constitucional se sustenta en los siguientes principios procesales:

⁶⁶Corte Constitucional del Ecuador, *La acción de protección en el Ecuador, realidad jurídica y social*, 1ra edición, Claudia Storini, 2013. pp.51

⁶⁷ Corte Constitucional, Dictamen N°0001-14-DRC-CC, Caso N° 0001-14-RC, Registro Oficial N°9, 10 de noviembre de 2014.

7.- Formalidad condicionada.- La jueza o juez tiene el deber de adecuar las formalidades previstas en el sistema jurídico al logro de los fines de los procesos constitucionales. No se podrá sacrificar la justicia constitucional por la mera omisión de formalidades.⁶⁸

Además, con la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, el cual en su artículo 25 señala:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados partes se comprometen:
 - a. A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
 - b. A desarrollar la posibilidad del recurso judicial, y
 - c. A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.⁶⁹

Finalmente, la acción de protección incluso abre la posibilidad de solicitar medidas cautelares, pero se debe cumplir dos requisitos: *Periculum in mora*, que es cuando se justifica que si no se otorga la medida cautelar en el auto inicial (de calificación o admisorio), podría ocurrir que al momento de dictada la sentencia se ha ocasionado un gravamen irreparable y *fomus bonos iuris* que los hechos que se alerta deben ser verdaderos. También, estas medidas se pueden pedir durante el trámite. De esta manera las medidas cautelares “evitan o hacen cesar la violación o amenaza de violación de un derecho”.

2.1.1.1. Mal uso de la acción de protección

El mal uso de la acción de protección ha sido un tema que se ha intensificado en los últimos años y esto ha dado cabida para que quieran delimitar a esta garantía

⁶⁸Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo.4. Registro Oficial Suplemento 52, 22 de octubre de 2009

⁶⁹ Convención Interamericana sobre Derechos Humanos. Artículo 25. Registro Oficial 801. 06 de agosto de 1984

constitucional. El problema deriva de los abusos de los abogados que al conocer que la vía constitucional es más rápida presentan acciones de protección sobre cualquier derecho desvirtuando de esta manera el fin y objeto que tiene esta garantía y también, por parte de los jueces que deben determinar las controversias creando de esta manera precedentes constitucionales.

Frente a este tema podemos sacar a luz el Proyecto de enmiendas constitucionales del 2014; en el análisis del proyecto uno de los temas de discusión fue la acción de protección, en este apartado lo que interesa es “el abuso de la acción” que es la que condiciona a esta garantía constitucional. Este proyecto menciona que:

El reconocimiento de esta garantía en la Constitución, no ha asegurado por sí sola, la realización de los fines que persigue, esto es: el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución. (...). La norma constitucional que consagra esta garantía en el artículo 88, no puede ser declarativa, sino que por el contrario, debe ser efectiva y eficaz; sólo en esta medida, el derecho a la tutela judicial, establecido en el artículo 75, también se torna efectivo, por lo que, para conseguir este propósito, es necesario desarrollar las condiciones para su pleno ejercicio, determinando las situaciones en las cuales, puede existir un abuso de la misma, de forma tal que se evite su desnaturalización.(...)⁷⁰

Sin embargo, la Corte Constitucional se ha pronunciado respecto al planteamiento de la Asamblea indicando:

colige que el objeto de las garantías jurisdiccionales es la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos. En aquel sentido, cualquier cambio que se pretenda realizar al artículo 88 de la Constitución de la República debe observar el objetivo primigenio que persiguen las garantías jurisdiccionales en su conjunto y en la especie, la acción de protección de derechos, ante lo cual siempre se deberá realizar una interpretación teleológica de las garantías con observación del fin que persiguen las mismas.⁷¹

⁷⁰Enmiendas Constitucionales. Asamblea Nacional.
file:///C:/Users/USER02/Downloads/Enmienda%20texto%20final%2025-06-2014%20(final)%20(2).pdf (Acceso: 15-12-15)

⁷¹ *Ibíd.*

En la misma línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sus jurisprudencias señala que no basta que los recursos se plasmen en la Constitución, sino que sean efectivos, capaces de subsanar la situación jurídica, palpable y concreta y que se obtenga el alcance de la garantía y su finalidad, lo que no se consigue con el texto de las enmiendas constitucionales presentadas lo que se buscaba era constitucionalizar las inconstitucionales restricciones previstas en la (LOGJCC) a la acción de protección y extender aún más las limitaciones, sin tomar en cuenta la sentencia vinculante de la Corte Constitucional.

CAPÍTULO III

INCONSTITUCIONALIDAD

3.1 ANÁLISIS DE LA SENTENCIA No.006-2017-SEP-CC DEL CASO No. 1445-13-EP

En la introducción de la presente disertación se advirtió que este trabajo se estructuró antes de que la Corte Constitucional declarare la inconstitucionalidad del inciso séptimo del Art 102 de la -LOSNCP- mediante sentencia No.006-2017-SEP-CC del caso No. 1445-13-EP, de fecha 11 de enero de 2017; sin embargo, se consideró de gran importancia realizar un análisis de dicha sentencia, pues, existen otros argumentos válidos para que no solo el Art. 102 sino también el 95 de la nombrada Ley se declare inconstitucional.

Debemos partir mencionando que el 07 de marzo del 2013 la Autoridad Portuaria de Esmeraldas terminó unilateralmente el contrato de obra pública “Puerto Artesanal Pesquero de Esmeraldas PAPES y obras complementarias (ETAPA II)”;

posteriormente, se le dio a conocer al contratista, Ing. Wagner Velásquez, el informe final de la liquidación, otorgándole 10 días para que cancelara un monto que no era específico. El contratista, presentó dos demandas frente a este caso; la primera, ante el Tribunal Contencioso Administrativo por el acto administrativo a través del cual se terminó unilateralmente el contrato y, una segunda, una acción de protección ante el juez primero de lo civil y mercantil al considerar que se vulneraba sus derechos al debido proceso, seguridad jurídica y a la defensa por la liquidación.

El juez primero de lo civil y mercantil de Esmeraldas declara la improcedencia de la acción de protección porque determina que no existe vulneración de derechos constitucionales y, por otra parte, porque señala que ya existe un proceso ante los tribunales ordinarios. Frente a esta sentencia, el Ing. Velázquez apela ante la Sala Única de la Corte Provincial de Esmeraldas, la que, en sentencia de fecha 11 de julio de 2013, acepta el recurso, revoca la sentencia y deja sin efecto la liquidación. Finalmente, Ana Concepción Álvarez Medina, en esa fecha gerente general de la Autoridad Portuaria de

Esmeraldas, presenta el 31 de julio de 2013 ante la Corte Constitucional una acción extraordinaria de protección sobre la sentencia de la Corte Provincial.

En este proceso actuaron, los abogados de la parte accionante, de la parte demanda, el Procurador General del Estado como tercero interesado⁷², y la jueza de la Corte Constitucional Wendy Molina Andrade, a quien le correspondió la sustanciación de la acción. A continuación se analizarán los argumentos expuestos por las partes.

El abogado de la Autoridad Portuaria de Esmeraldas y el Procurador General del Estado tenían la misma pretensión consistente en que se aceptara la acción extraordinaria de protección y se deje sin efecto la sentencia emitida por la Corte Provincial; los argumentos en los cuales sustentaron su pretensión principalmente se basaban en la vulneración del Art.76 numeral 7 literal k) de la Constitución de la República del Ecuador –CRE- respecto a ser juzgado por un juez o tribunal independiente, imparcial y competente, y también en la violación del Art.75 que se refiere a la tutela efectiva.

Señalan que la demanda contentiva de la acción de protección deriva de un proceso de Contratación Pública que se debe plantear ante el Tribunal Contencioso administrativo como lo disponen los arts. 102 y 103 de la –LOSNC- que es la vía jurídica adecuada y expedita para resolver actos como la terminación unilateral del contrato público, pues, son temas netamente infraconstitucionales y de plena legalidad, que, en definitiva, fue el principal motivo por lo cual el contratista presentó su demanda ante este organismo.

⁷²Comparecencia de terceros.- Cualquier persona o grupo de personas que tenga interés en la causa podrá presentar un escrito de *amicus curiae* que será admitido al expediente para mejor resolver hasta antes de la sentencia. De creerlo necesario, la jueza o juez podrá escuchar en audiencia pública a la persona o grupo interesado.

Podrán también intervenir en el proceso, en cualquier estado de la causa, como parte coadyuvante del accionado, cualquier persona natural o jurídica que tuviere interés directo en el mantenimiento del acto u omisión que motivare la acción constitucional. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo.12 Registro Oficial Suplemento 52, 22 de octubre de 2009.

Adicionalmente, mencionan que la nulidad del acto no es competencia de los jueces constitucionales sino de los jueces de lo contencioso administrativo.

Finalmente, aseveraron que no hubo vulneración de los derechos constitucionales y, por tanto, deviene en improcedente la acción basándose en lo dispuesto en el Art.42 numerales 3 y 4 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Nótese que el juez que conoce una acción de protección no puede inhibirse de conocer la causa, pero si puede excusarse.

Ahora bien, la Corte Constitucional hizo un análisis de los problemas jurídicos planteados e inició con el análisis de los derechos del debido proceso y de la seguridad jurídica, que en mi consideración son los que dan vida a las acciones de protección, pues, revisten el alcance constitucional y muestran el trato diferente que se da a un caso de legalidad. La Corte Constitucional en la sentencia No. 016-13-SEP-CC con propiedad señala: “los principios pueden ser protegidos a través de su aplicación tanto en sede constitucional como ordinaria dependiendo de la fuente del derecho que se vea vulnerada”. Es por este motivo que la Corte Constitucional, con justa razón, distinguió los actos impugnados: la terminación unilateral del contrato como un tema contractual que se sujeta al ámbito del control de legalidad y la acción de protección que “no puede invadir las atribuciones que atañen a control de legalidad, ni su ámbito de protección puede extralimitarse a actos u omisiones en los que se incumplan o se interprete erróneamente disposiciones legales o contractuales de cualquier índole”⁷³.

En cambio, el inciso siete del art. 102 de la LOSNCP que impide acceder a las acciones constitucionales, es una disposición legal que afecta un derecho y que, al ser

⁷³ Corte Constitucional. Sentencia No.006-17-SEP-CC.11 de enero de 2017.

inconstitucional debía ser expulsada de la Ley por no guardar armonía con las normas que forman parte del ordenamiento jurídico. La Corte actuando como máximo órgano de control, interpretación y administración de justicia, declaró su inconstitucionalidad, mencionando que: “(...) debe insistir en el hecho que aunque efectivamente existen vías judiciales que sirven para impugnar actos de autoridades públicas no judiciales, estas vías ordinarias no son adecuadas para declarar y reparar una violación a los derechos constitucionales (...)”⁷⁴

Es decir, que en toda materia, incluyendo la de contratación pública se debe verificar la vulneración de derechos constitucionales, ya sea por asuntos de terminación de contrato, falta de pago, destitución o de cualquier índole y no como argumentó el juez de la Corte Provincial del Guayas que citando a la Corte Constitucional en el caso No.1381-15-EP de la compañía CONSTRUMILLENIUM S.A vs Procurados Sindico del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Durán señaló:

“Es así que se ha definido, que si la controversia versa sobre la inconformidad con respecto a montos a pagar, cuantificación de indemnizaciones por despido o destitución; aplicación o incumplimiento de disposiciones contractuales, antinomias entre normas de rango infraconstitucional, o errónea interpretación de una ley o reglamento , no constituyen controversias susceptibles de acción de protección, puesto que a pesar de estar relacionadas con un derecho contenido en la Constitución, su afectación no acarrea la vulneración del mismo, así se encuentra establecido en sentencias No. 023-13-SEP-CC de 04 de julio de 2013, No.0003-13-SIN-CC de 04 de abril de 2013, No. 016 -13-SEP-CC de 16 de mayo de 2013 y la resuelta en periodo de transición No.021-10-SEP-CC de 11 de mayo de 2011”⁷⁵

Sobre las sentencias mencionadas, se debe aclarar que la No. 023-13- SEP-CC trata de montos recibidos de jubilación, la Sentencia No.0003-13-SIN-CC es una acción de inconstitucionalidad no una acción de protección, la Sentencia No.021-10-SEP-CC se refiere a la terminación unilateral del contrato relativa al dilema del Art.95 de la

⁷⁴ *Ibíd.*

⁷⁵ *Ibíd.*

LOSNCP, sin embargo, la sentencia No. 0016-13-SEP-CC, la Corte Constitucional aceptó la acción extraordinaria por considerar que se vulneró un derecho constitucional – derecho al trabajo-. Se recuerda que la sentencia emitida trata sobre la impugnación de un acto administrativo que fue expedido dentro de un proceso de contratación pública, esto es un proceso de liquidación de la obra pública, en que se engloba “pagos”, pero en el cual se vulneran derechos constitucionales.

Además, queda claro que la acción de protección no es residual ni subsidiaria, frente al hecho de haber impugnado un acto administración por vía contenciosa administrativa, ya que aquello no condiciona u obliga al propio accionante a que deba impugnar actos por otras vías. La Corte Constitucional en la sentencia, al momento de realizar el análisis sobre el debido proceso como garantía de ser juzgado por juez competente, explica reiteradas veces que la vía ordinaria no es adecuada para reparar un derecho constitucional vulnerado, pues el inciso séptimo del Art.102 conlleva a un retroceso en los esquemas superados del constitucionalismo ecuatoriano.

Por ello, cualquier controversia que conlleve a la vulneración de un derecho constitucional puede ser presentado en sede constitucional, simplemente que se resuelven distintas pretensiones a la de vía ordinaria, queda claro que a través de la acción de protección se encuentra expuesto el Art. 42 de la LGJCC el mismo que limita la procedencia e improcedencia de la acción bajo el estudio profundo de un juez constitucional. Solo para asuntos de índole infraconstitucional esto es de legalidad se aplica la otra vía. Por tanto, nunca se encontró en discusión la competencia de los jueces para conocer la acción constitucional.

Lo extraño de la sentencia es que la Corte Constitucional descartó cualquier análisis respecto al Art. 94 y 95 de la LOSNCP. Si bien el Art. 94 se refiere a la terminación unilateral del contrato, la parte final del inciso segundo del Art.95 entra en la misma inconstitucionalidad que la del inciso séptimo del Art.102 al señalar: “(...) Tampoco se admitirá acciones constitucionales contra las resoluciones de terminación unilateral del contrato, porque se tienen mecanismos de defensas adecuados y eficaces para proteger los derechos derivados de tales resoluciones, previstos en la Ley”. ¿Acaso no se limita nuevamente la acción de protección bajo los mismos argumentos que la Corte Constitucional considera insuficientes para la protección de derechos constitucionales? Y si es de esta manera, ¿Por qué la Corte Constitucional no tomó en consideración este artículo?

Consecuentemente, existen limitaciones para acceder a las medidas cautelares, garantía fundamental para evitar un daño o perjuicio irreversible. En el presente caso, el Ing. Wagner Velázquez a través de la acción de protección pudo solicitar medidas cautelares y suspender los efectos del oficio que contenía la liquidación, de esta manera no fue agraviado con el pago injusto por dicho acto; entonces, al contemplar la prohibición de presentar demandas de acción de protección se restringe esta garantía que se encuentra establecida en el Art. 87 de la Constitución.

Finalmente, otro tema fundamental es la reparación integral, elemento importante de la acción de protección, los jueces tienen un rol primordial al resolverlas, pues, deben finalmente ordenar la reparación del derecho violentado, retrotrayendo la situación a su estado inicial. Aunque a veces no se logra por las fallas del sistema judicial, sin embargo la Asamblea Constituyente se pronunció sobre la responsabilidad estatal señalando que:

Debe estar presente en las instituciones del Estado, así como sus delegatarios y concesionarios quienes están obligados a reparar los daños, perjuicios causados a los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de servicios públicos, por las acciones u omisiones de sus funcionarios o empleados en el desempeño de su cargo (...) ⁷⁶. Por lo mencionado, las instituciones deben aplicar el derecho de repetición.

En el caso, la Sala Única de la Corte Provincial de Esmeraldas, en sentencia repara el derecho vulnerado, en este caso, al debido proceso, y revoca la sentencia venida en grado, obligando a corregir el procedimiento para la liquidación del ex contratista y dejando sin efecto el oficio presentado por la contratante. Asimismo la Corte Constitucional, al negar la acción extraordinaria de protección, rectifica la decisión emitida por la Corte Provincial de Esmeraldas, argumentando que es un órgano competente para emitir dicho pronunciamiento.

Finalmente, es importante mencionar que cuando inició el caso hasta la sentencia de apelación, no existía lo que mencionaba el inciso séptimo Art.102, sino después de tres meses de la decisión se reformo dicho artículo y es por tal razón que cuando se planteó la acción extraordinaria de protección se sostuvo el argumento de que no se podía interponer acciones constitucionales porque la ley contaba con mecanismos adecuados y eficaces para la solución de conflictos de contratación pública.

3.2. SUGERENCIA METODOLÓGICA PARA LA EJECUCIÓN

Para que se expulse del ordenamiento jurídico el inciso séptimo del Art. 102 y la parte final del inciso segundo el Art. 95 de la LOSNGC, mi propuesta era y es la presentación de una acción de inconstitucionalidad consagrada en el Art 276 numeral 1 de la Constitución de la República realizando el control abstracto de constitucionalidad pertinente, por vicios de fondo dado que las disposiciones antes referidas contradicen la

⁷⁶Abad Andrea. *La acción de protección como instrumento de reparación en actos cometidos por autoridad pública no judicial o particulares*. Tesis Título de Abogada. Universidad de las Américas, 2013.

Constitución,, la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los dictámenes de la Corte Constitucional como el pronunciamiento en la Sentencia No. 001-14-DRC que señala:

Esta corte debe destacar que no se pueden crear limitaciones que obstaculicen el acceso a la justicia constitucional para las personas, menos aún a través de filtros restrictivos, toda vez que aquello generará que los destinatarios de la garantía no puedan ejercer plenamente la misma, ocasionándose un problema de aplicación del derecho desde una perspectiva material, al limitar mediante barreras normativas la accesibilidad en cuanto al ejercicio del mismo, el cual en nuestra realidad jurídica está dada por la informalidad y simplicidad del accionante para presentar la demanda respectiva y acceder al sistema de justicia constitucional.⁷⁷

Los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad resuelta por la Corte Constitucional, causa el efecto establecido en el Art.96 de la LGJCC:

Art. 96.- Efectos del control de constitucionalidad.- Las sentencias que se dicten sobre las acciones públicas de inconstitucionalidad surten efectos de cosa juzgada, en virtud de lo cual:

1. Ninguna autoridad podrá aplicar el contenido de la disposición jurídica declarada inconstitucional por razones de fondo, mientras subsista el fundamento de la sentencia.
2. Cuando la sentencia que desecha la demanda de inconstitucionalidad ha estado precedida de control integral, no se podrán formular nuevas demandas de inconstitucionalidad contra el precepto acusado, mientras subsista el fundamento de la sentencia.
3. Cuando la sentencia no ha estado precedida de un control integral, no se podrán formular nuevas demandas de inconstitucionalidad contra el precepto acusado con fundamento en los cargos analizados en la sentencia, mientras subsista el fundamento del juicio de constitucionalidad.
4. Las sentencias producen efectos generales hacia el futuro. De manera excepcional se podrán diferir o retrotraer los efectos de las sentencias, cuando sea indispensable para preservar la fuerza normativa y superioridad jerárquica de las normas constitucionales, y la plena vigencia de los derechos constitucionales.⁷⁸

Además se debe diferenciar la inconstitucionalidad de una norma y la derogatoria de la misma. La derogatoria en lo principal es aprobada por la Asamblea Nacional en tanto que la inconstitucionalidad por la Corte Constitucional; “materialmente se diferencian desde que la ley derogatoria puede fundamentarse a conveniencia o, jurídicamente, en

⁷⁷ Corte Constitucional. *Sentencia No. 001-14-DRC*

⁷⁸Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 96. Registro Oficial Suplemento 52, 22 de octubre de 2009.

razones de sistematización del ordenamiento jurídico, para evitar contradicciones, o en la inconstitucionalidad de la ley derogada⁷⁹, la inconstitucionalidad por su parte se basa en preceptos violatorios de la norma constitucional. La acción contencioso administrativa objetiva trata sobre la ilegalidad de un acto administrativo general.

Cuando una norma es declarada inconstitucional no existe retroactividad, la norma es expulsada del ordenamiento jurídico. Cualquier persona está facultada de proponer acciones de inconstitucionalidad y por tratarse de razones de contenido pueden ser interpuestas en cualquier momento.

En caso de que hubiera tenido la oportunidad de presentar una acción de inconstitucionalidad del inciso séptimo del Art.102 LOGJCC y de que exista la futura posibilidad de interponer esta acción frente a la parte final del inciso segundo del Art 95 de la misma ley, los principales argumentos serían:

- a) Referente a las normas y derechos violados: Arts. 1, 75, 76, 82, 84, 86, 87, 88, 426 de la CRE, Arts. 6, 39, 10 numeral 7, Art 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos en San José, Costa Rica 1969, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución N.º 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966, Art 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada y proclamada por la Asamblea General en su Resolución N.º 217 A (III) del 10 de

⁷⁹Rafael Oyarte. *La declaratoria de inconstitucionalidad de los actos normativos y administrativos*. <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2005/11/24/la-declaratoria-de-inconstitucionalidad-de-actos-normativos-y-actos-administrativos>. (Acceso:20-01-2017)

diciembre de 1948, Art.25 Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José.

- b) En sentencia estimatoria se declararía la inconstitucionalidad de los Arts. 102 (inciso séptimo) y 95 (parte final del inciso) de la LOSNCP, que violentan las normas constitucionales del sistema jurídico, coartando el acceso a las garantías constitucionales, entre ellas la acción de protección, vía adecuada y expedita para resolver los conflictos que surgen por la violación de los derechos fundamentales de los individuos en cualquier materia, inclusive en la de Contratación Pública. La impugnación a la terminación unilateral en contratación pública debe realizarse por la vía contenciosa administrativa, sin embargo, si al momento de la terminación unilateral del contrato existe violación a los derechos fundamentales cabe acción de protección de manera directa, ya que esta vía no es subsidiaria de la vía ordinaria, por tanto se debe expulsar la parte del Art. 95 de a LOSNCP que dispone: “(...)Tampoco se admitirá acciones constitucionales contra las resoluciones de terminación unilateral del contrato, porque se tienen mecanismos de defensas adecuados y eficaces para proteger los derechos derivados de tales resoluciones, previstos en la Ley”.

Finalmente, la inconstitucionalidad del Art.95 encontraría su fundamento ampliamente en la sentencia que declaró la inconstitucional del inciso séptimo del Art.102 de la LOSNCP, tratándose de similar situación que limita la acción de protección.

CONCLUSIONES

A lo largo de las décadas el Estado de Derecho ha ido evolucionando y pese a que algunos autores lo han dividido en fases, no existen grandes variaciones entre unos y

otros. La división tomada de Ramiro Ávila demostró que en un inicio el Estado era absoluto, es decir, que el poder era concentrado en una sola persona – el monarca-, frente a la lucha de limitar el abuso del poder se entregó al Estado la facultad de administrar justicia generando principios e institutos procesales. Con la división de poderes, el principio de legalidad, el reconocimiento de derechos y libertades y el imperio de la ley, se establecieron las bases para garantizar el goce de los derechos.

Consecutivamente, con la Revolución industrial aparece el Estado social de derechos reconociendo el carácter colectivo de los derechos dando como consecuencia un Estado intervencionista, posteriormente surge el Estado Constitucional de Derechos reconocido como garantista por resaltar la dimensión de la constitución, finalmente se agregó a esta denominación “y Justicia”, que a pesar de ser subjetiva en cierto sentido eleva las garantías constitucionales que son cinco: las garantías normativas, las garantías de políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana, las garantías jurisdiccionales y las garantías institucionales, además las medidas cautelares que la Corte Constitucional las declaró como tal.

Dentro de las seis garantías jurisdiccionales se encuentra la acción de protección, que fue la de interés de esta disertación; esta garantía no siempre fue concebida como tal, sino que cuando se la denominaba “acción de amparo”, cumplía solamente un rol cautelar, tutelaba los derechos subjetivos constitucionales por medio de medidas provisionales, es decir, no llevaba un proceso ni declarativo, ni de conocimiento como lo hace la actual acción de protección que resuelve un litigio constitucional y por tanto lleva un proceso de conocimiento. Además, el efecto que tenía la acción de amparo era suspensiva del acto ilegítimo impugnado, mientras que en la acción de protección el juez puede resolver sobre el fondo de la controversia y dejar sin efecto o anular el acto impugnado.

Por otro lado, la acción de protección establece sus requisitos de admisibilidad y procedibilidad en los Arts. 10, 40 y 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional sin embargo, constituyen cuestiones que implican un análisis de fondo del asunto controvertido en la acción de protección. La improcedencia debe ser declarada mediante sentencia motivada ya que trata asuntos de fondo y la improcedencia se basa en requisitos formales y se la declara en primer acto. Es imprescindible apearse a lo enunciado en la Sentencia N0.001-16-PJO-CC de fecha 22 de marzo de 2016 y la Sentencia No. 102-136-SEP-CC que explica claramente estas diferencias.

La acción de protección nace de la impugnación de un acto administrativo por la vulneración de un derecho constitucional, para esto nos encontramos con dos vías: la administrativa y la constitucional, esto depende del derecho vulnerado y el mecanismo de control que le corresponda, sea este legal o constitucional, es decir, que los órganos encargados de resolver los conflictos que surgen por los actos administrativos que emiten las autoridades públicas, pueden ser la Corte constitucional o el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo actualmente denominado Unidad de lo Contencioso Administrativo.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en sus Arts. 102 y 95 limita las acciones constitucionales, entre ellas la acción de protección, argumentando que los oferentes y contratistas tienen mecanismos de defensa adecuados y eficaces. Lo son, pero solamente bajo el control de legalidad, sin embargo, frente a derechos constitucionales no lo son debido a que esta acción es más sencilla y directa en razón de la materia y tiempo, considerando que un trámite en el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo tarda de 4-6 años para ser resuelto, es decir, que el derecho vulnerado puede ser irreparable para cuando exista una resolución.

Además, otro erróneo argumento constantemente utilizado por los abogados para tratar de desechar una acción de protección en materia de Contratación Pública es considerar la vía constitucional como vía subsidiaria o residual a la jurisdicción contenciosa administrativa cuando se puede acceder a la acción de protección en cualquier momento sin agotar ninguna otra vía, inclusive por cualquier persona o por terceros interesados. Esto implica que se puede acceder a las medidas cautelares que son una garantía para el oferente o contratista, pues, se trata de proteger el derecho vulnerado.

El problema surgió cuando se empezó a abusar de esta garantía constitucional, pues, pese a su limitaciones (procedencia y admisibilidad) se hizo un mal uso de la misma desvirtuando su esencia y sacando provecho de su procedimiento rápido y sencillo, llenando los juzgados con acciones de protección, por esta razón se intentó limitar a un más con la elaboración de un proyecto de enmiendas, sin embargo y finalmente esta limitación resultaba inconstitucional, afectando el acceso a la tutela efectiva. Dentro del pensamiento jurídico moderno y aceptado por los juristas de los últimos tiempos se ha planteado el abuso de derecho el mismo que se da cuando el titular de una prerrogativa jurídica o un derecho subjetivo actúa de modo contrario a la buena fe, la moral y las buenas costumbres o cuando actúa con culpa o dolo sin que esta acción sea útil para sí mismo y pudiendo causar daños a un tercero, lo cual incurre en un acto abusivo.

Final y afortunadamente la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad del inciso séptimo del Art. 102 de la LOSNCP, mediante el caso Caso No. 1445-13-EP, en el cual se interpuso una acción de protección por la vulneración de los derechos del debido proceso, a la seguridad jurídica y a la defensa en materia de contratación pública de un contratista. En primera instancia el juez primero de lo civil y mercantil declaró improcedente la acción de protección porque determinó que no hubo vulneración de

dichos derechos, sin embargo, cuando se apela el fallo emitido, la Sala Única de la Corte Provincial de Esmeraldas revoca la sentencia y se pronuncia favorablemente, revocando la sentencia venida en grado, finalmente se interpone la acción extraordinaria de protección en la cual la Corte Constitucional no solo actuó administrando justicia, sino como un órgano de control, expulsando el inconstitucional inciso séptimo del Artículo 102 de la LOSNCP.

Los principales argumentos que la Corte Constitucional emitió trataron sobre las características esenciales de la acción de protección entre ellas, que la acción de protección no es una vía subsidiaria, no tiene limitaciones sino los requisitos expuestos en la LOGJCC, que su fin es la protección del derecho constitucional violado sea o no en materia de Contratación Pública y la reparación integral. Además desvirtuó las explicaciones contrarias a la armonía del ordenamiento jurídico que mencionaron el contratante y el Procurador General del Estado.

Finalmente, la SENTENCIA No.006-2017-SEP-CC, ayudó para que se repare el derecho violado cumpliendo con la finalidad de la acción de protección, y al momento de declarar la inconstitucionalidad del inciso séptimo del art. 102 abrió las puertas para que los oferentes y contratistas tengan realmente un mecanismo de defensa eficaz y adecuado para la vulneración de derechos constitucionales, es decir, en vía constitucional; sin embargo, dentro del muy acertado análisis, la Corte Constitucional no se pronuncia sobre la parte final del inciso segundo del Art. 95 del mismo instrumento que también limita la acción de protección y que también es inconstitucional.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

- ÁVILA Ramiro, *Ecuador Estado Constitucional de Derechos y Justicia*. La Constitución del 2008 en el contexto andino. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- ÁVILA Ramiro, *Constitución del 2008 en el contexto Andino - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos*. Editor, Quito-Ecuador, 2008.
- BENAVIDES Jorge, Jhoel Escudero Solis, *Manual de Justicia Ecuatoriana - Corte Constitucional del Ecuador*, coords, Quito-Ecuador, 2013.
- BERIZONCE Roberto, *Aportes para una justicia más transparente*, Librería Editora Platense S.R.L, 1ra Edición, Buenos Aires Argentina, 2008.
- CUEVA Luis. *Acción Constitucional Ordinaria de Protección*. Ediciones Cueva Carrión, Ecuador, 2012.
- DÍAZ Elías. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. 6ta. ed. Madrid: Cuadernos para el dialogo EDICUSA, 1975,
- ESPINOZA Galo, *La más práctica Enciclopedia Jurídica*, Volumen III, Instituto de Informática Legal, Quito, Ecuador, 1987.
- FERRAJOLI Luigi. *Pasado y futuro del Estado de Derecho. Estado de derecho*. México: Siglo Veintiuno 2002.
- GRIJALVA Santiago, Storini Claudia, *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar. eds, Corporación Editora Nacional, Quito-Ecuador ,2009.
- ORDOÑEZ Diego. *Sobre el Estado de Derecho*. El juego de la democracia. Quito: Taurus, 2005,
- OYARTE Rafael. *Derecho Constitucional Ecuatoriano y Comparado*. Primera Reimpresión. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador.
- OYARTE Rafael, *La acción de amparo*, Editorial Andrade y Asociados. Quito-Ecuador. 2005.
- PINTO Juan Montaña, Porras Angélica, *Apuntes de derecho procesal Constitucional, Corte Constitucional para el periodo de Transición*, Cuadernos de Trabajo 2, eds 1ra reimp., Quito-Ecuador, 2011.
- QUINTANA Ismael Quintana, *La Acción de Protección*, Corporación de estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador 2016.
- REINOSO Andino, Wilson Efraín. *La Acción Ordinaria de Protección en el Derecho Constitucional*. Quito-Ecuador. Editorial Jurídica del Ecuador.2011.

RISSO Martín. *Derecho Constitucional. Estado Social y democrático de Derecho. Derechos, Deberes y Garantías*, Tomo II, INGRANUSI Ltda., Montevideo 2000.

STORINI Claudia, *La acción de protección en el Ecuador, realidad jurídica y social-Corte constitucional del Ecuador*, 1ra edición, Centros de Estudio y Difusión, Quito-Ecuador, 2013.

VELÁZQUEZ Santiago, *Manual de derecho Procesal Constitucional Ecuatoriano*, Editorial Edino, Guayaquil-Ecuador, 2010.

ZAVALA Jorge. *Curso analítico de la Constitución Política de la República del Ecuador*. Guayaquil: Edino, 1996.

ZAVALA Jorge, *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica*, Edilex S.A., Guayaquil-Ecuador, 2010.

PÁGINAS WEB

ARMIJOS Damián. *Estado Constitucional de Derechos y Justicia*.
<http://damianarmijosalvarez.blogspot.com/2013/11/ecuador-estado-constitucional-de.html>

BENAVIDES Jorge , Escudero Jhoel. *Cuadernos de Trabajo n.º 4 Corte Constitucional del Ecuador Manual de justicia constitucional ecuatoriana*. Coordinadores Quito - Ecuador
2013https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/corte/pdfs/manual_de_justicia_constitucional.pdf

BUSTAMANTE & Bustamante, *Reformas Ley de Contratación Pública*,
<http://www.bustamanteybustamante.com.ec/articulos-de-interes/228-reformas-ley-contratacion-publica>.

CARRIÓN Paúl. *Derechos y Garantías Constitucionales*.
<http://es.slideshare.net/videoconferencias/derechos-y-garantias-constitucionales>

DAZA Jesús, Piñeda María, *Método exegético*,
<http://www.buenastareas.com/ensayos/Metodo-Exegetico/581755.html>

DURÁN Ponce Augusto. *Ecuador: Estado Constitucional de Derechos y Justicia*.
<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2011/09/16/ecuador-estado-constitucional-de-derechos-y-justicia>.

FALCONÍ Puig Juan, *Alegato sobre la acción de protección*, Internet.
http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=791&Itemid=116.

GAMEZ Limhi, *Métodos de investigación*
<http://es.scribd.com/doc/156255704/4874136-Metodos-de-Investigacion>

GONZÁLEZ Benjamín. *Del Estado absoluto al Estado Constitucional*.
<https://ddd.uab.cat/pub/manuscripts/02132397n4-5/02132397n4-5p81.pdf>

LÓPEZ Daniel. *Comentarios sobre las principales reformas a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Corporación Legal.
<http://www.corporacionlegal.ec/comentarios-sobre-las-principales-reformas-a-la-ley-organica-del-sistema-nacional-de-contratacion-publica>.

MARTEL Rolando. *Acerca sobre la necesidad de legislar sobre las medidas autosatisfactivas en el Proceso civil*.
http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/tesis/human/martel_c_r/titulo2.pdf .

ORDÓÑEZ Diego, *Apuntes sobre la Acción de Amparo Constitucional*,
http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_1/Apuntes_sobre_la_accion_de_amparo_constitucional.pdf

OYARTE Rafael. *La declaratoria de inconstitucionalidad de los actos normativos y administrativos*.
<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2005/11/24/la-declaratoria-de-inconstitucionalidad-de-actos-normativos-y-actos-administrativos>.

PEÑA Núñez Paúl. *Estado Social y Constitucional de Derechos y Justicia*.
<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2010/12/13/estado-social-y-constitucional-de-derechos-y-justicia>.

QUISBERT Ermo, *Apuntes De Derecho Procesal Civil Boliviano*, Sucre, Bolivia: USFX, 2010, ermoquisbert.tripod.com/pdfs/dpc.pdf

SCRIBD. *Concepto de principios Constitucionales*.
<http://es.scribd.com/doc/113302745/Concepto-de-Principios-Constitucionales#scribd>.

TRUJILLO Rodrigo, *La acción de protección como garantía constitucional de los derechos humanos*, http://www.inredh.org/index.php?id=355%3A%20la-accion-de-proteccion-como-garantia-de-los-ddhh&option=com_content.

VÁZQUEZ Cristian, *La acción de protección considerando el marco normativo ecuatoriano*, <http://www.paravivirenazogues.com/arealegal/acciondeproteccion/acciondeproteccion.html>

OTROS: REVISTAS, TRABAJOS, ARTÍCULOS Y DICCIONARIOS

ABAD Andrea. *La acción de protección como instrumento de reparación en actos cometidos por autoridad pública no judicial o particulares*. Tesis Título de Abogada. Universidad de las Américas, 2013.

ALBUJA Francisco. *La acción ordinaria de protección como mecanismo de impugnación de actos administrativos*. Tesis masterado. Universidad San Francisco de Quito. Quito- Ecuador. 2016.

- ARCINIEGA Hilda. *Cartilla de divulgación: Garantías Constitucionales/* Hilda Arciniega [et al] 1º ed. Quito: Corte Constitucional para el periodo de transición, 2011 (Programa de divulgación constitucional con la ciudadanía 3). http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/Cartilla_3_Garantias_constitucionales/Cartilla_3_Garantias_constitucionales.pdf
- ASOCIACIÓN ESCUELA DE DERECHO –PUCE-, *Nuevos Retos del Constitucionalismo Ecuatoriano: Democracia, Garantías y Derechos*, 1ra edición, Ideaz, Quito-Ecuador, 2011.
- CABANELLAS Guillermo, *Diccionario De Las Ciencias Jurídicas*, 1ra edición, Buenos Aires: Heliasta, 2006
- CEVALLOS Iván, *La acción de protección y ordinaria formalidad, admisibilidad en el Ecuador*, Tesis Masterado, Universidad Andina simón Bolívar del Ecuador.2009. <http://es.scribd.com/doc/47481114/La-accion-de-proteccion-ordinaria#scribd>
- DICCIONARIO de la Real Academia de la Lengua Española. <http://www.rae.es/>
- EL COMERCIO. *Nuevo modelo de salas está en marcha*. <http://www.elcomercio.com/actualidad/seguridad/nuevo-modelo-de-salas-marcha.html>
- GUARDERAS Santiago. *Propuesta de reforma al Régimen actual de la tutela administrativa en la Ley de Propiedad Intelectual para una efectiva garantía de los derechos de propiedad intelectual*”. Tesis PHD. Universidad Santiago de Guayaquil. Ecuador-Guayaquil, 2010.
- LA HORA - Diario: *La acción ordinaria de protección* http://www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/1101303973/-1/La_acci%C3%B3n_ordinaria_de_protecci%C3%B3n.html#.VKIkHsAA
- LÓPEZ Magali. *Tutela efectiva en ejecución de sentencias expedidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra Ecuador*. Tesis Masterado. Universidad Andina Simón Bolívar. Ecuador, 2013
- PUENTE Leopoldo, *La acción de protección, admisibilidad, procedencia, y la seguridad jurídica*. Proyecto de examen complejo para maestría. Universidad Regional Autónoma de los Andes. Ecuador. 2016
- RIVAS María Revista jurídica: *La acción de protección y su polémico uso en el ejercicio profesional*, http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=702&Itemid=116
- RODRÍGUEZ Jaime, *La suspensión judicial del acto administrativo en el Proyecto de Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, 4 (1997).

PLEXO NORMATIVO

CÓDIGO ORGÁNICO General de Procesos. Registro Oficial Suplemento 506,22 de mayo de 2015.

CONSEJO DE LA JUDICATURA. Resolución 054-2013. Registro Oficial Suplemento 39, publicado 18 de julio de 2013

CONSTITUCIÓN Política del Ecuador. Registro Oficial No.1 de 11 de agosto de 1998.

CONSTITUCIÓN de la República del Ecuador. Registro Oficial No 449 del 20 de octubre de 2008.

CONVENCIÓN Interamericana sobre Derechos Humanos. Registro Oficial 801. 06 de agosto de 1984

ENMIENDAS Constitucionales. Asamblea Nacional.
file:///C:/Users/USER02/Downloads/Enmienda%20texto%20final%2025-06-2014%20(final)%20(2).pdf

ESTATUTO del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Registro Oficial 536. 18 de marzo 2002.

LEY ORGÁNICA de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial Suplemento 52, 22 de octubre de 2009

LEY ORGÁNICA del Sistema Nacional de Contratación Pública. Registro Oficial Suplemento 395. Publicada el 04 de agosto de 2008. Última reforma 12 de septiembre de 2014.

REGLAMENTO a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Registro Oficial Suplemento 558. Publicada el 12 de mayo de 2009.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia N° 034-13-SCN-CC caso N°0561-12-CN*, 24 de junio de 2013.

CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia N° 098-13-SEP-CC, dictada en el caso N°1850-11-EP*, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N°154 de 3 de enero de 2014

CORTE CONSTITUCIONAL, para el periodo de transición, *sentencia N° 045-11-SEP-CC, CASO N° 0385-11EP*, 14 de noviembre de 2011.

CORTE CONSTITUCIONAL, *Dictamen N°0001-14-DRC-CC, Caso N° 0001-14-RC*, Registro Oficial N°9, 10 de noviembre de 2014.

CORTE CONSTITUCIONAL, Fallo *Sentencia N° 102-13-SEP-CC. Caso N° 0380-10-E*. Registro Oficial No.5 de 27 de diciembre de 2013.

CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia No.006-17-SEP-CC*.11 de enero de 2017

CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia No. 001-10-PJO-CC. Caso No. 0999-09-JP*

CORTE CONSTITUCIONAL, *Dictamen N°0001-14-DRC-CC, Caso N° 0001-14-RC*