

## LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN FRENTE A LA TERMINACIÓN UNILATERAL DE CONTRATOS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

**María Verónica Tapia Moscoso**

<https://orcid.org/0000-0002-0601-3086>

[mtapiamoscoso@gmail.com](mailto:mtapiamoscoso@gmail.com)

Estudiante de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Económicas de la Universidad Tecnológica Indoamérica

**Esthela Paulina Silva Barreto**

[Esilva13@indoamerica.edu.ec](mailto:Esilva13@indoamerica.edu.ec)

<http://orcid.org/0000-0003-4354-9258>

Abogada de los Tribunales de la República del Ecuador, Magister en Derecho Tributario, Especialista Superior en Derecho de la Empresa y Magister en Derecho de la Empresa, Docente de la Universidad Tecnológica Indoamérica

### RESUMEN

El desarrollo del presente artículo tiene como objetivo determinar los casos en los que es procedente la acción de protección ante un acto de terminación unilateral de contrato. Para ello, se realiza una revisión doctrinal y jurídica referente a las dos variables de estudio. En este caso se analiza la normativa ecuatoriana en específico la Constitución del Ecuador, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Además, de la revisión de diferentes sentencias de la Corte Constitucional, a fin de dar respuesta a este polémico tema que tiene graves implicaciones para los contratistas, ya que al ser declarados como “incumplidos” se ven inhabilitados para ejercer su actividad económica, al menos con instituciones del Estado. Luego de revisar el ordenamiento jurídico y los pronunciamientos de la Corte Constitucional se ha podido identificar que la acción de protección sí es procedente ante la terminación unilateral del contrato, siempre y cuando se cumplan con los requisitos para su presentación.

**Palabras claves:** Acción de protección, terminación unilateral de contrato, contratación pública, Corte Constitucional

Correspondencia [mtapiamoscoso@gmail.com](mailto:mtapiamoscoso@gmail.com)

Artículo recibido: 10 julio 2022. Aceptado para publicación: 20 agosto 2022.

Conflictos de Interés: Ninguna que declarar

Todo el contenido de **Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar**, publicados en este sitio están disponibles bajo

Licencia [Creative Commons](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/) 

Como citar: Apellidos de autores (año). Título del artículo. Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar, Volumen(Número), página inicio-página final. DOI: [https://doi.org/10.37811/cl\\_rcm.vxix.xxx](https://doi.org/10.37811/cl_rcm.vxix.xxx)

## THE PROTECTIVE ACTION AGAINST THE UNILATERAL TERMINATION OF CONTRACTS REGARDING PUBLIC PROCUREMENT

### ABSTRACT

The development of this article aims to determine the cases in which the action for protection against an act of unilateral contract expiration is appropriate. It carried a doctrinal and legal review out regarding the two study variables. Here, it analyzes the Ecuadorian legal regulations, specifically "Constitución del Ecuador", "La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública" and its Rules of Procedure, and "La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales" and Constitutional Control. In addition, the report of different judgments of the constitutional court, to respond to this controversial issue has serious implications for contractors, since when it declared them as "unfulfilled" it disqualified them from exercising their economic activity, at least with State institutions. After reviewing the legal system and the pronouncements of the Constitutional Court, it has been possible to identify that the protection action is appropriate before the unilateral termination of the contract if the requirements for its presentation are completed.

**Keywords:** Protective action; Unilateral termination of the contract, Public Procurement, Constitutional Court

## INTRODUCCIÓN

Este artículo tiene como objetivo determinar los casos en que los actos de terminación unilateral de contrato en materia de contratación pública pueden ser objeto de una acción de protección, pese a la disposición contenida en el Art. 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública 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”.

Además de la normativa legal, existen posiciones que abordan el presente tema, expresando que, la terminación unilateral del contrato no podría ser objeto de una acción de protección, sosteniéndose que se trata de un acto de naturaleza bilateral, por lo que las controversias derivadas de dicha terminación deberían ser resueltas en la vía contenciosa administrativa, dando cumplimiento a lo mencionado en el artículo antes citado.

Se analizará la opción de impugnar a través de una acción de protección el acto de terminación unilateral de contrato en materia de contratación pública, cuando en violación de las reglas de los derechos del debido proceso, la Administración toma dicha decisión generando graves consecuencias para el contratista que al ser declarado “contratista incumplido” y registrándolo como fallido ante la Contraloría, lo que ocasiona que se vea imposibilitado de ejercer su actividad económica por un período de tiempo, además de las consecuencias gravosas. Para esto, en primer término, demostraré que el acto de terminación unilateral de contrato no es de carácter bilateral (no se dicta con el consenso de las partes contractuales) sino unilateral, siendo, en toda la regla, un acto administrativo.

En este sentido, el presente artículo buscará demostrar a través de la revisión de la normativa legal vigente y los pronunciamientos de la Corte Constitucional que el “efectivo cumplimiento del contrato” no es una argumentación aceptable para la terminación unilateral del contrato”, ya que debería llevarse a cabo un juicio, tal es el caso de la jurisdicción contencioso administrativa, en el que se cuenten con todas las garantías probatorias y argumentativas para dicho fin; y en consecuencia, la acción de protección en estos casos se convierte en el mecanismo adecuado y eficaz para la protección de los derechos constitucionales del contratista; sin que se convierta en un mecanismo de reemplazo de la justicia ordinaria, desnaturalizando a la acción constitucional haciéndola revisar cuestiones de legalidad.

## DESARROLLO

### Contratación Pública. Generalidades

Tanto los contratos privados como los administrativos o públicos son acuerdos entre dos o más partes. Su diferencia radica en que, en los primeros prima la igualdad jurídica y la autonomía de la voluntad entre las partes, en tanto que, en los contratos públicos, al estar una de las partes en ejercicio de la función pública que debe velar por los intereses estatales, no denota igualdad jurídica. Esto se debe a que, el contrato en materia de contratación pública puede eventualmente modificar sus condiciones iniciales, si éstas perjudican los intereses del Estado, razón por la cual, la autonomía de la voluntad del contratista queda

## La acción de protección frente a la terminación unilateral de contratos en materia de contratación pública

---

sujeta a las condiciones previstas por la entidad contratante en los pliegos contractuales (López, 2016).

De acuerdo al Art. 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP) (2018) se establece que la Contratación Pública es “todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría”. Por su parte, el Art. 60 de la misma ley menciona que “los contratos a los que se refiere esta Ley celebrados por las Entidades Contratantes son contratos administrativos”; conforme se ha indicado en líneas anteriores. En Ecuador, todos los procedimientos de contratación pública se encuentran previstos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP) y en su Reglamento General (RGLOSNCP). De acuerdo con las referidas normas, una vez celebrado el contrato, éste puede extinguirse de dos formas, la primera corresponde a la “forma normal”, la cual se da, cuando se han cumplido las obligaciones contractuales, es decir, cuando se ha ejecutado el objeto del contrato. Así, también, la “forma anormal” o también denominada terminación unilateral, que se da cuando no se cumple el objeto contractual y se presentan ciertas condiciones divergentes (Baldeón, 2015), mismas que se detallan a continuación.

### **Terminación unilateral del contrato**

La terminación unilateral de los contratos se estudia desde la teoría general de los contratos administrativos, siendo su principal diferenciación con el contrato administrativo civil, la desigualdad de las partes, ya que en los contratos públicos prima el interés general sobre el interés privado o particular (De la Puente & Lavalle, 2015).

De la Puente y Lavalle (2015) señalan que la terminación unilateral de los contratos es una “cláusula exorbitante”, ya que es una evidente prerrogativa que posee la administración, únicamente, en virtud del interés público del objeto contractual. Por su parte, Mazeud y Chabas señalan que “la terminación unilateral del contrato a menudo ha sido percibida en la doctrina con desconfianza, como una excepción a la fuerza obligatoria del contrato.” (Mazaud & Chabas, 1990, p. 330); en tanto que, Malaurie y Aynes (1990) manifiestan que constituye una figura anormal o extraña de cláusula.

El Art. 92 de la LOSNCP (2018), establece las causales de la terminación de los contratos públicos, siendo estas: i) por cumplimiento de las obligaciones contractuales, ii) por mutuo acuerdo de las partes, iii) por sentencia o laudo ejecutoriados que declaren la nulidad del contrato o la resolución del mismo a pedido del contratista, iv) por declaración unilateral del contratante, en caso de incumplimiento del contratista, y v) por muerte o extinción de la persona jurídica contratista.

La terminación unilateral del contrato es una forma de extinción “anormal” de las obligaciones contractuales, dado que no se ha cumplido con el objeto del contrato totalmente. De acuerdo con el Art. 94 de la LOSNCP (2018), se establece que la entidad contratante podrá declarar terminada anticipada y unilateralmente los contratos en los siguientes casos:

1. Por incumplimiento del contratista;
2. Por quiebra o insolvencia del contratista;
3. Si el valor de las multas supera el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato;

4. Por suspensión de los trabajos, por decisión del contratista, por más de sesenta (60) días, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito;
5. Por haberse celebrado contratos contra expresa prohibición de esta Ley;
6. En los demás casos estipulados en el contrato, de acuerdo con su naturaleza; y,
7. La Entidad Contratante también podrá declarar terminado anticipada y unilateralmente el contrato cuando, ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, el contratista no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato. En este caso, no se ejecutará la garantía de fiel cumplimiento del contrato ni se inscribirá al contratista como incumplido (p. 43).

Cabe señalar que, de acuerdo con la legislación ecuatoriana, las instituciones estatales deben emitir actos administrativos motivados, ya que, si carecen de motivación se aplican las sanciones pertinentes al funcionario que no cumpliera con este deber constitucional, es decir, la terminación unilateral debe estar debidamente motivada y justificada para que sea viable. Por ello, es importante hablar sobre el incumplimiento de las obligaciones contractuales, al ser estas causales las más comunes en la figura de terminación unilateral de contratos.

#### **Incumplimiento De Las Obligaciones Contractuales**

De acuerdo con la LOSNCP (2018), la primera causal para que se dé la terminación unilateral del contrato corresponde al incumplimiento de las obligaciones contractuales; la cual, tiene como premisa que el objeto del contrato público es cumplir con los intereses estatales que, en definitiva es la satisfacción de las necesidades comunes, las cuales se caracterizan por ser impostergables y prioritarias, dado que en la mayoría de los casos son necesidades primarias (López, 2016).

En este sentido, el incumplimiento de las obligaciones contractuales se presenta ante la existencia de algún factor que interrumpa o impida la satisfacción de dichas necesidades prioritarias para la Administración Pública; razón por la cual, ésta debe conseguir el cumplimiento del objeto contractual, lo cual, se realiza mediante la aplicación de la figura de terminación unilateral del contrato. Sin embargo, este proceso debe realizarse cuidadosamente, a fin de evaluar si el incumplimiento del contratista amerita que el contrato se extinga (Barrera, 2007).

#### **Insolvencia o quiebra del contratista**

De acuerdo con Baldeón (2015) la segunda causal dispuesta en el Art. 94 de la LOSNCP (2018) tiene que ver con temas de carácter financiero y/o económico del contratista, puesto que, tanto la insolvencia como la quiebra le impidan dar fiel cumplimiento de sus obligaciones contractuales, dado que, por su situación económica, puede acarrear problemas civiles e inclusive penales que le impedirían administrar su patrimonio.

#### **Multa superior al 5% del contrato**

Conforme el Art. 74 de la LOSNCP (2018) el porcentaje prescrito para la garantía de fiel cumplimiento del contrato es del 5%, en la generalidad de los casos; puesto que, también se plantea un 20% en los casos de contratos de obra o de servicios no normalizados cuando “la oferta económica adjudicada fuese inferior al presupuesto referencial en un porcentaje igual o superior al diez por ciento de éste”. Esta causal se plantea tomando en cuenta que, el

## La acción de protección frente a la terminación unilateral de contratos en materia de contratación pública

---

contratista no tendría una garantía suficiente que permita solventar el valor correspondiente a las multas interpuestas a este.

### **Suspensión del trabajo por más de 60 días por decisión del contratista**

Esta cuarta causal tiene que ver con los plazos definidos para el cumplimiento del objeto contractual, teniendo en cuenta que los mismos son definidos por la Entidad Contratante, según sus necesidades. Por lo que, cuando se firma el contrato, ambas partes acuerdan los plazos de entrega de la obra, bien o servicio objeto del contrato, a los cuales se les debe dar fiel cumplimiento. En tal sentido, una suspensión de los trabajos por parte del contratista sin causa por fuerza mayor o caso fortuito por más de 60 días genera la terminación unilateral del contrato en la medida que no se cumplen con los acuerdos definidos y, en consecuencia, tampoco con el interés estatal.

### **Celebración de contratos prohibidos en la Ley**

En el Art. 65 de la LOSNCP (2018) se establece que la nulidad del contrato se dará por las siguientes causas:

1. Por las causas generales establecidas en la Ley;
2. Por haberse prescindido de los procedimientos y las solemnidades legalmente establecidas; y,
3. Por haber sido adjudicados o celebrados por un órgano manifiestamente incompetente (p. 34)

Como causales generales, el Art. 62 de la misma ley señala las siguientes:

1. Quienes se hallaren incurso en las incapacidades establecidas por el Código Civil, o en las inhabilidades generales establecidas en la Ley;
2. El Presidente, el Vicepresidente de la República, los ministros y secretarios de Estado, el Director General o la Directora y demás funcionarios del Servicio Nacional de Contratación Pública, los legisladores, los presidentes o representantes legales de las Entidades Contratantes previstas en esta Ley, los prefectos y alcaldes; así como los cónyuges o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, de los dignatarios, funcionarios y servidores indicados en este numeral;
3. Los servidores públicos, esto es, funcionarios y empleados, que hubieren tenido directa o indirectamente vinculación en cualquier etapa del procedimiento de contratación o tengan un grado de responsabilidad en el procedimiento o que, por sus actividades o funciones, se podría presumir que cuentan con información privilegiada;
4. Quienes consten suspendidos en el RUP;
5. Los que, no habiendo estado inhabilitados en el procedimiento precontractual, al momento de celebrar el contrato, lo estuvieren; y,
6. Los deudores morosos del Estado o sus instituciones (p. 32)

### **Casos estipulados en el contrato**

Esta causal de terminación unilateral hace referencia a la naturaleza propia del contrato que, se deriva de lo previsto en los respectivos pliegos de la contratación (Baldeón, 2015).

### **No aceptación de terminación de mutuo acuerdo**

Esta causal de terminación unilateral del contrato procede cuando el contratista se niega a la aceptación de la terminación del contrato por mutuo acuerdo debido a circunstancias técnicas o económicas imprevistas, a un caso fortuito o de fuerza mayor debidamente comprobados por la Entidad Contratante. Puesto que dichas condiciones adversas se convierten en impedimentos para el cumplimiento del objeto de contrato (Baldeón, 2015).

### **Debido proceso de la terminación unilateral del contrato**

La terminación unilateral del contrato tiene carácter receptivo, es decir, requiere ser puesta en conocimiento de la otra parte para que se generen los efectos correspondientes, esto a fin de que el contratista pueda prevenir y tomar las medidas pertinentes para evitar o mitigar los perjuicios que le pudiera causar la extinción del contrato (Molina, 2006).

En este sentido, el debido proceso a seguir para la terminación unilateral del contrato conforme el Art. 95 de la LOSNCP (2018), es el siguiente:

La Entidad Contratante notificará al contratista, con anticipación de diez días término, sobre su decisión de terminarlo unilateralmente. Junto con la notificación, se remitirán los informes técnico y económico, referentes al cumplimiento de las obligaciones de la Entidad Contratante y del contratista. La notificación señalará específicamente el incumplimiento o mora en que ha incurrido el contratista de acuerdo al Art. 94 y le advertirá que, de no remediarlo en el término señalado, se dará por terminado unilateralmente el contrato.

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

Los contratistas no podrán aducir que la Entidad Contratante está en mora del cumplimiento de sus obligaciones económicas en el caso de que el anticipo que les fuere entregado en virtud del contrato no se encontrare totalmente amortizado.

Solo se aducirá mora en el cumplimiento de las obligaciones económicas de la Entidad Contratante cuando esté amortizado totalmente el anticipo entregado al contratista, y éste mantenga obligaciones económicas pendientes de pago.

La declaración unilateral de terminación del contrato dará derecho a la Entidad Contratante a establecer el avance físico de las obras, bienes o servicios, su liquidación financiera y contable, a ejecutar las garantías de fiel cumplimiento y, si fuere del caso, en la parte que corresponda, la garantía por el anticipo entregado debidamente reajustados hasta la fecha de terminación del contrato, teniendo el contratista el plazo término de diez días para realizar el pago respectivo. Si vencido el término señalado no efectúa el pago, deberá

## La acción de protección frente a la terminación unilateral de contratos en materia de contratación pública

---

cancelar el valor de la liquidación más los intereses fijados por el Directorio del Banco Central del Ecuador, los que se calcularán hasta la fecha efectiva del pago.

La Entidad Contratante también tendrá derecho a demandar la indemnización de los daños y perjuicios, a que haya lugar.

Una vez declarada la terminación unilateral, la Entidad Contratante podrá volver a contratar inmediatamente el objeto del contrato que fue terminado, de manera directa conforme lo establece el RGLOSNC (pp. 44-45).

Por su parte, el Art. 146 de la RGLOSNC (2016), establece que la notificación de la terminación unilateral del contrato prevista en el Art. 95 de la LOSNC se realizará:

(...) mediante resolución motivada emitida por la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, la que se comunicará por escrito al SERCOP, al contratista; y, al garante en el caso de los bancos o instituciones financieras y aseguradoras que hubieren otorgado las garantías establecidas en el Art. 73 de la Ley.

La resolución de terminación unilateral del contrato será publicada en el portal [www.compraspublicas.gov.ec](http://www.compraspublicas.gov.ec) y en la página web de la entidad contratante e inhabilitará de forma automática al contratista registrado en el RUP.

En la resolución de terminación unilateral del contrato se establecerá el avance físico de las obras, bienes o servicios y la liquidación financiera y contable del contrato; requiriéndose que dentro del término de diez días contados a partir de la fecha de notificación de la resolución de terminación unilateral, el contratista pague a la entidad contratante los valores adeudados hasta la fecha de determinación del contrato conforme a la liquidación practicada y en la que se incluya, si fuera del caso, el valor del anticipo no devengado debidamente reajustado.

En el caso de que el contratista no pague el valor requerido dentro del término indicado en el inciso anterior, la entidad contratante pedirá por escrito al garante que dentro del término de 48 horas contado a partir del requerimiento, ejecute las garantías otorgadas y dentro del mismo término pague a la entidad contratante los valores liquidados que incluyan los intereses fijados por el Directorio del Banco Central del Ecuador, que se calcularán hasta la fecha efectiva del pago (p. 42).

### **Acción de Protección. Su naturaleza**

En Ecuador, la acción de protección se originó en el año 1967, bajo la denominación de amparo constitucional; sin embargo, en esta época no existían leyes ni reglamentos para su aplicación (Pazmiño Freire, 2008). No fue hasta el año 1997 que La Ley de Control Constitucional y el Reglamento Orgánico del Tribunal Constitucional, reformada en 1998, confirió al "Tribunal Constitucional la capacidad de conocer el recurso de amparo, en la etapa de apelación cuando se le hubiera concedido o se hubiere negado en segunda instancia" (Bravo Izquierdo, 2011, p. 54).

El recurso de amparo, en aquella época, tenía carácter cautelar y reparatorio y se convirtió en una medida provisional que no cumplía con el principio de celeridad, ya que los jueces no

## La acción de protección frente a la terminación unilateral de contratos en materia de contratación pública

---

actuaban inmediatamente para evitar o mitigar un daño, por lo que se volvió un proceso contencioso (Ávila Santamaría, 2011).

En el año 2008, con la publicación de la nueva Constitución de la República del Ecuador, los asambleístas priorizaron y resaltaron el enfoque de los derechos humanos y su aplicación en todo el ordenamiento nacional; por lo que, de acuerdo con Montaña y Porras (2008):

Se estableció normativamente que, las garantías son de dos tipos: preventivas y reparatorias, dividiendo el amparo constitucional en dos acciones independientes: las medidas cautelares cuando se trate de evitar la vulneración de un derecho constitucional, y la acción de protección para reparar integralmente el daño a un derecho cuando este se causa efectivamente (pp. 106-107).

De acuerdo con el Art. 88 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), se define como objeto de la acción de protección el siguiente:

La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación (p. 40).

En el país, la acción de protección tiene su principal sustento en la Constitución de Montecristi del año 2008, en la cual, se proclama a Ecuador como un Estado de derechos y justicia; estableciéndose consecuentemente, la creación de la normativa pertinente para la aplicación de esta medida de protección de los derechos de las personas.

### **Definición**

En América Latina existen diversas acciones enfocadas a precautelar los derechos de las personas, convirtiéndose en mecanismos eficientes y eficaces. Un claro ejemplo constituye la sentencia de fecha 19 de noviembre de 2019, emitida por la Corte Constitucional del Ecuador, en la cual, se determina que: “La acción de protección es una acción directa e independiente, bajo ningún concepto puede ser residual y exigir el agotamiento de otras vías o recursos para poder ser ejercida”.

Esta resolución se da en virtud que, todos los derechos establecidos en la Constitución convierten al Ecuador en un Estado constitucional de derechos y justicia, por lo que, todos los ciudadanos que se encuentren dentro del territorio nacional, pueden ejercer y aplicar los derechos constitucionales correspondientes.

## La acción de protección frente a la terminación unilateral de contratos en materia de contratación pública

---

La acción de protección, como se denomina en el Ecuador, o la acción de amparo conocida en otros países de la región, fue mencionada en la Convención Americana de Derechos Humanos el 22 de noviembre de 1969, en cuyo Art. 25, inciso primero, menciona lo siguiente:

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a 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. En su inciso segundo indica que: Los Estados Parte 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 las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso (Secretaría de Derechos Humanos y Pluralismo Cultural, 2016, pp. 25-26).

En la actualidad, los Estados modernos se enfocan en proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos, por lo que, ven en la acción de protección una vía efectiva y adecuada de precautar sus derechos cuando éstos han sido vulnerados.

El Art. 88 de la Constitución (2008), define la acción de protección como un mecanismo para “subsana integralmente la violación de derechos que vengan de una autoridad privada o pública”. En este sentido, Ferrajoli (2001), menciona a la acción de protección como garantía primaria útil para garantizar el correcto funcionamiento del Estado, ya que como Estado de derechos se debe reconocer “el principio de legalidad, la normativización del principio de supremacía de la Constitución y la definición de los fines últimos del Estado” (p. 43).

La acción de protección se regula en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009), en la cual, se recoge normativa referente a todas las garantías jurisdiccionales, principios fundamentales, casos de improcedencia, requisitos de admisibilidad de la demanda y sentencia. Así, su Art. 39 establece lo siguiente:

La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos, que no estén amparados por las acciones de hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena (pp. 14-15).

En consecuencia, jurídicamente, la acción de protección se convierte en la garantía jurisdiccional más importante en el ámbito de protección de derechos, ya que de acuerdo con Landázuri (2019), no solo tutela los derechos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, sino también protege los derechos no amparados por una vía procesal específica; lo que la convierte en una herramienta fundamental para el ejercicio de derechos dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

### **Características**

La acción de protección se caracteriza principalmente por la protección de los derechos consagrados en el texto constitucional y en los otros instrumentos internacionales de derechos humanos (Defensoría del Pueblo, 2013), por lo que para aplicarse basta la presencia de alguna amenaza o riesgo de vulneración de derechos o puede ser aplicada también, cuando ha existido un perjuicio de los referidos derechos. En este sentido, Calle (2010) menciona que la acción de protección tiene las siguientes características:

#### **Universal**

Protege los derechos constitucionales de todos los habitantes de un Estado en contra de la acción u omisión de la autoridad pública o de personas naturales o jurídicas.

#### **Informal**

Constituye un procedimiento rápido, célere y preferente.

#### **Reparadora o preventiva de los derechos constitucionales**

La acción de protección es un mecanismo que repara la vulneración de derechos fundamentales. En este sentido, luego del proceso constitucional pertinente a la constatación de la vulneración alegada, se procede con el reconocimiento y declaración de tal vulneración y su consiguiente efecto, la reparación total o íntegra, en el sentido material como inmaterial.

#### **Enfoque jurídico de la acción de protección**

En un Estado constitucional de derechos y justicia, como es el caso ecuatoriano, el ordenamiento jurídico se estructura jerárquicamente, así, la ley se subordina a la normativa constitucional, cuyo objetivo es proteger a las personas, pueblos, comunidades e inclusive a la naturaleza misma (Gozaini, 2009). En este sentido, el Art. 424 de la Constitución (2008), señala que, “las normas y los actos de poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales, caso contrario carecerán de eficiencia jurídica”.

Conforme el Art. 88 de la Constitución (2008) la acción de protección tiene por objeto:

(...) el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación (p. 40).

El Art. 86 numeral 3 de la Constitución (2008), en la acción de protección eliminó el carácter netamente cautelar, propio de la acción de amparo, confiriendo al juzgador constitucional la potestad de decretar mediante sentencia la reparación integral al afectado; razón por la cual, la acción de protección sí cuenta con efectos de naturaleza indemnizatoria.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su Capítulo III, Art. 39 establece que:

La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos, que no

## La acción de protección frente a la terminación unilateral de contratos en materia de contratación pública

---

estén amparados por las acciones de *habeas corpus*, acceso a la información pública, *habeas data*, por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena (pp. 14-15).

En tanto que, en el Art. 45 de la misma ley sostiene que, la acción de protección garantiza judicialmente los derechos establecidos en la Constitución y demás derechos conexos definidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, y aquellos que a pesar de no estar señalados expresamente en la Constitución y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que contengan normas más favorables a los contenidos en la Constitución (Asamblea Nacional, 2009).

Por consiguiente, la acción de protección se enfoca en lograr la tutela general y efectiva de los derechos reconocidos en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, por tanto, se convierte en una herramienta primordial para la garantía de los derechos de todos los ciudadanos. Los ejes bajo los cuales se rige la Constitución del Ecuador inciden en la aplicación y eficacia de esta acción, pues regulan los límites y vínculos para la actuación del Estado, así como se impone el desarrollo y garantiza los mecanismos pertinentes para la materialización y creación de distintos tipos de garantías, que permitan detener y evitar las violaciones de derechos, así como lograr la reparación en los casos que sea necesario (Jaramillo, 2011).

### **Análisis de la viabilidad de la acción de protección según la LOSNCP**

El Art. 86 de la Constitución señala las garantías jurisdiccionales, que se definen como “mecanismos jurídicos o instrumentos reforzados de protección que permiten o hacen posible evitar, mitigar o reparar la vulneración de un derecho establecido en la constitución” (Castro, 2016), es decir, son mecanismos de protección en casos de vulneración de derecho que se emplean en el ámbito judicial.

El Art 40 de la LOGJCC (2009) establece como requisitos procedimentales para presentar una acción de protección: “i) la violación de un derecho constitucional por acción u omisión de la autoridad pública y ii) la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho vulnerado” (Asamblea Nacional, 2009, p. 15).

Respecto al primer requisito, la Corte Constitucional (2014) menciona que se viola el derecho cuando por dicha acción u omisión la persona sufre detrimento del goce de un derecho constitucional. Al respecto, el Art. 41 de la LOGJCC establece la procedencia y legitimidad pasiva de la acción de protección contra: una autoridad pública no judicial, una política pública nacional o local, un prestador de servicio público, personas naturales o jurídicas privadas que presten servicios impropios o de interés público, servicios públicos por delegación o concesión, provoquen daño grave o cuando el afectado esté subordinado o indefenso frente a un poder económico, social, cultura, religioso o de otro tipo, y por cualquier acto discriminatorio cometido por cualquier persona.

## La acción de protección frente a la terminación unilateral de contratos en materia de contratación pública

---

El segundo requisito implica que, no debe existir otro mecanismo de defensa eficaz y adecuado para proteger el derecho violentado. Al respecto, el Art. 42, numeral 4 de la LOGJCC (2009), menciona como una de las causales de improcedencia de la acción de protección, “Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz” (Asamblea Nacional, 2009, p. 15). Lo descrito en dicho artículo implica que, antes de proceder a levantar una acción de protección primero debe realizarse un examen de los mecanismos de defensa judicial procedentes por la vía contenciosa administrativa y que en caso de que estos no sean adecuados ni eficaces para la protección del derecho vulnerado, entonces la acción de protección es procedente.

Ahora, en lo referente a la terminación unilateral del contrato, el Art. 94 de la LOSNCP establece las causales bajo las cuales las entidades contratantes pueden usar esta figura legal. En tanto que, el Art. 95 de la misma ley establece los pasos a seguir para emitir la resolución motivada de terminación unilateral, y de no justificarse y remediarse el incumplimiento, se podrá dar por terminado unilateralmente el contrato publicándose al contratista como proveedor incumplido. Además, se aclara que:

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 (SERCOP, 2018, pp. 44-45).

Al respecto, la sentencia N°210-15-SEP-CC (2015), emitida por la Corte Constitucional del Ecuador, especifica que, no se pueden analizar por vía constitucional casos legales de naturaleza contenciosa administrativa, al cual pertenece la terminación unilateral de contratos, cuyo cumplimiento o incumplimiento de los temas contractuales debe analizarse desde lo estipulado en la LOSNCP. Sin embargo, también menciona que la acción de protección si es viable, cuando del proceso de terminación unilateral del contrato se evidencie vulneración del derecho al debido proceso y a la seguridad jurídica del contratista, al no darse paso al debido proceso administrativo, bajo el cual se presenten los reclamos sobre temas contractuales y se permita la presentación de las pruebas de cumplimiento, de modo que, la vía contenciosa administrativa resultaría inadecuada e ineficaz para tratar el caso.

Esto se establece, debido a que, el accionar de la entidad contratante vulnera los derechos fundamentales de la empresa contratista, dándose una violación del derecho a la tutela judicial efectiva y una violación del derecho a la seguridad jurídica, derechos consagrados en el Art. 75 de la Constitución (2008).

De acuerdo con el pronunciamiento de la Corte Constitucional en la sentencia N°108-15-SEP-CC, el derecho a la tutela efectiva es aquel que:

(...) garantiza a las personas el acceso a la justicia, sin que su pleno ejercicio se agote únicamente en la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales, pues implica también la obligación que tiene el operador de justicia de sustanciar la causa observando el procedimiento establecido por el ordenamiento jurídico para cada caso y en observancia de las garantías que configuran el debido proceso. (Sentencia No. 108-15-SEP-CC, 2015)

## La acción de protección frente a la terminación unilateral de contratos en materia de contratación pública

---

En tanto que, la Corte Constitucional en la sentencia No. 067-14-SEP-CC, establece que el derecho a la seguridad jurídica consiste en

(...) que la Constitución garantiza a todas las personas una plena certeza y conocimiento de las posibles consecuencias jurídicas, por su accionar positivo, así como por cualquier omisión a un mando expreso, todo esto, en relación a lo que establece el ordenamiento jurídico ecuatoriano. (Sentencia No. 067-14-SEP-CC, 2014)

Por lo expuesto, es necesario resaltar que, la acción de protección constituye un mecanismo directo y eficaz de los derechos constitucionales, razón por la cual, resulta indispensable el examen pormenorizado de la misma, puesto que una vez planteada, corresponde analizar “la carga argumentativa de probar que se trata de un derecho constitucional y que no existe otro medio adecuado y eficaz de impugnación de la justicia ordinaria” (Andrade, 2013, p. 120), independientemente de la materia en que se originó la vulneración alegada; puesto que, la procedibilidad de accionar la acción de protección respecto de actos administrativos, se da solo cuando se verifica una real vulneración de derechos constitucionales. Esto debido a que, como menciona Montaña (2012) “la vulneración del derecho necesariamente debe afectar el contenido constitucional del mismo y no a las otras dimensiones del derecho afectado por la acción u omisión de la autoridad o del particular” (p. 110).

### Conclusiones

Debido a lo exorbitante de lo señalado en el art. 95 de la LOSNCP se genera una amplia polémica en cuanto a la viabilidad o no de la aplicación de la acción de protección en los casos de terminación unilateral del contrato. Dado que en esta se establece que, el mismo es un procedimiento que se atiende por la vía contenciosa administrativa y que se cuentan con los mecanismos adecuados y eficaces para atender estos casos; de modo que se elimina uno de los requisitos para la procedencia de la acción de protección.

Para que la acción de protección sea procedente se deben cumplir dos requisitos básicos: i) que se haya vulnerado un derecho constitucional y ii) que no existan los mecanismos adecuados y eficaces para la resolución de un procedimiento judicial en otras instancias de la justicia ordinaria. En este sentido, la Corte Constitucional señala procedente la acción de protección en la terminación unilateral del contrato cuando se han vulnerado, por ejemplo, el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la seguridad jurídica, al no seguirse el debido proceso en la terminación unilateral del contrato, lo que a su vez ocasiona que los mecanismos dispuestos por la LOSNCP no sean adecuados ni eficientes.

En definitiva, en el presente artículo demostraré que, sin que se constituya en vía de remplazo de la justicia contenciosa administrativa, la acción de protección procede contra actos de terminación unilateral de contrato que se emitan en violación de los derechos constitucionales del contratista y, en general, en desviación de poder, con el fin de tutelarle frente a los gravosos efectos que una decisión de esta clase le pueden causar pero, dejando absolutamente claro, que ello no implica que en sede constitucional se puedan debatir cuestiones tales como si el contratista es moroso o no en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, o si lo es la contratante, temas, esos sí, característicos de una relación bilateral y su debate propio de un proceso de lato conocimiento como es el caso de la acción subjetiva o de plena jurisdicción en la que, con todo el acervo probatorio (pruebas documentales,

## La acción de protección frente a la terminación unilateral de contratos en materia de contratación pública

---

periciales, inspecciones, etcétera), se puede determinar quién es el responsable del incumplimiento contractual.

Cierto es que, como se verá en este artículo, hay decisiones de la Corte Constitucional que no resultan absolutamente unívocas y claras, comenzando por aquellas que condenan la prohibición contenida en el referido artículo 95 de la LOSNC, pese a lo cual no declara su inconstitucionalidad por ser contrario a los preceptos constitucionales que consagran el derecho a la tutela judicial efectiva, que también se ejerce presentando demandas en acciones de garantía constitucional, y las que se refieren a la impugnación de todo acto administrativo, como ocurre con los artículos 75, 88 y 173 de la Constitución

### Bibliografía

- Andrade, K. (2013). *La acción de protección desde la jurisdicción constitucional*. Quito: CCE.
- Asamblea Nacional. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi: Asamblea Nacional. [https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4\\_ecu\\_const.pdf](https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf)
- Asamblea Nacional. (2009). *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Quito: Asamblea Nacional. [https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2020/03/Ley-Organica-de-Garantias-Jurisdiccionales-y-Control-Constitucional\\_act\\_marzo\\_2020.pdf](https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2020/03/Ley-Organica-de-Garantias-Jurisdiccionales-y-Control-Constitucional_act_marzo_2020.pdf)
- Ávila Santamaría, R. (2011). *Las garantías: herramientas imprescindibles del cumplimiento de los derechos*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Baldeón, I. (2015). *Análisis del Régimen Jurídico de las terminaciones unilaterales de contratos: causas y efectos. Contrataciones directas originadas como consecuencia. Comparación entre la legislación de 1990 y la actual*. Quito: Fondo Empresarial CEAS.
- Barrera, C. (2007). *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*. Sevilla: Lex Nova.
- Bravo Izquierdo, C. (2011). *Tratado de Derecho Constitucional*. Cuenca: Ediciones Carpol.
- Calle, E. (2010). *La acción de protección*. Cuenca: Universidad del Azuay.
- Castro, F. (2016). *Análisis de la sentencia No. 210-15-SEP-CC sobre la acción de protección frente a la terminación unilateral de contratos*. In FORO, revista de Derecho UASB: <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/467/2513#citations>
- De la Puente, M., & Lavallo. (2015). Las cláusulas exorbitantes. *Revista de Derecho Themis*.
- Decreto Ejecutivo 1700. (2016). *Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública*. Quito: Presidencia de la República del Ecuador. [https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/downloads/2016/11/CONTRATO-REGLAMENTO\\_A\\_LA\\_LEY\\_ORGANICA\\_SISTEMA\\_NACIONAL\\_CONTRATACION\\_PUBLICA.pdf](https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/downloads/2016/11/CONTRATO-REGLAMENTO_A_LA_LEY_ORGANICA_SISTEMA_NACIONAL_CONTRATACION_PUBLICA.pdf)
- Defensoría del Pueblo. (2013, Junio 12). *Acción de protección en contra del Diario Hoy*. <https://www.dpe.gob.ec/images/descargas/ACCION%20DE%20PROTECCION%20HOY.pdf>

## La acción de protección frente a la terminación unilateral de contratos en materia de contratación pública

---

- Ferrajoli, L. (2001). *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta.
- Gozaini, O. (2009). *Introducción al Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Jaramillo, V. (2011). *Las Garantías Jurisdiccionales en el Sistema Jurídico Ecuatoriano*. Quito: CEP.
- Landázuri, L. (2019). *Procedibilidad de la acción de protección frente al acto administrativo en el Ecuador*. Quito: UASB.
- López, N. (2016). *Problemas jurídicos en torno a la contratación directa en el Ecuador, originados como consecuencia de una terminación unilateral*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Malaurie, P., & Aynes, L. (1990). *Droit Civil Les obligation*. Paris: Cujas.
- Mazaud, J., & Chabas, F. (1990). *Lecons de droit civil*. Paris: Cujas.
- Molina, R. (2006). *La temrinación unitaletal del contrao de derecho privado*. Bogotá: Revista de Derecho privado.
- Montaña, J., & Porras, A. (2008). *Apuntes de Derecho Procesal constitucional*. Quito.
- Montaño, J. (2012). Aproximación a los elementos de la acción de protección. *Apuntes de derecho procesal constitucional*, 103-130.
- Pazmiño Freire, P. (2008). *Desafíos Constitucionales, La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Secretaría de Derechos Humanos y Pluralismo Cultural. (2016, abril). *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Normativa de Derechos Humanos*: [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/derechoshumanos\\_publicaciones\\_colecciondebolsillo\\_10\\_convencion\\_americana\\_ddhh.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/derechoshumanos_publicaciones_colecciondebolsillo_10_convencion_americana_ddhh.pdf)
- Sentencia No. 038-14-SEP-CC, 0885-12-EP (Corte Constitucional Mayo 3, 2014).
- Sentencia No. 067-14-SEP-CC, 1626-10-EP (Corte Constitucional Abril 9, 2014).
- Sentencia No. 108-15-SEP-CC, 0672-10-EP (Corte Constitucional Abril 8, 2015).
- Sentencia No. 210-15-SEP-CC, 0495-11-EP (Corte Constitucional Agosto 28, 2015).
- SERCOP. (2018). *Ley Orgánica de Sistema Nacional de Contratación Pública*. Quito: SERCOP. <https://www.epn.edu.ec/wp-content/uploads/2018/08/Ley-Org%C3%A1nica-de-Contrataci%C3%B3n-P%C3%BAblica.pdf>