

Quito, D. M., 17 de abril del 2012

SENTENCIA N.º 009-12-SAN-CC

CASO N.º 0065-10-AN

CORTE CONSTITUCIONAL PARA EL PERIODO DE TRANSICIÓN

Juez constitucional ponente: Dr. Alfonso Luz Yunes

I. ANTECEDENTES

El día 11 de octubre de 2010, el Ing. Héctor Manuel Calva Jaramillo interpuso acción por incumplimiento del acta de mediación, suscrita bajo el amparo del inciso 3 del artículo 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación, así como lo dispuesto en el artículo 108 de la Ley de Contratación Pública, en concordancia con el artículo 115 ibídem, y Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública y, por sus consecuencias, a la responsabilidad establecida en el inciso final del artículo 84 de la Ley de Contratación Pública, puesto que los valores liquidados constantes en el acta de mediación conforme al inciso final del artículo 111 del Reglamento sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública.

Fundamentos

El recurrente señaló que se dirigió al prefecto provincial de Zamora Chinchipe, reclamando el pago del contrato de obra del “LASTRADO DE LA VÍA PUERTO JUA-MIASSI DE LA ABSCISA 0 + 000 A LA ABSCISA 7 + 700, CANTON NANGARITZA, PROVINCIA DE ZAMORA CHINCHIPE”.

Refirió el reclamante que el Consejo Provincial adeuda hasta la fecha la cantidad de \$ 248.047.35, según consta en la liquidación económica del acta de entrega recepción provisional, página 2.

Expresó además que le advirtió que de no recibir ninguna respuesta positiva, haría el reclamo ante las autoridades competentes, ya que se había cumplido el objeto del contrato.



Dijo que el incumplimiento emana del contrato celebrado el 10 de enero del 2008 por la cuantía de \$99,888.95 y el incremento de cantidad de obras que no varió el objeto del contrato.

El demandante explicó que la obra civil fue ejecutada y entregada al Consejo Provincial de Zamora Chinchipe a entera satisfacción de esa entidad pública, conforme consta en las planillas y acta de entrega recepción de la obra, incorporadas al acta de mediación. Sin embargo, el Consejo Provincial no le pagó.

Manifestó que solicitó los servicios del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Universidad Técnica Particular de Loja, invitando a la entidad pública a un proceso de mediación que se concretó en el acta de mediación del día 09 de julio de **2019** (sic), donde se estableció un plazo hasta el 11 de agosto del 2009, para que el Consejo Provincial cancele los valores adeudados de \$248.047.35.

Expuso que ante el incumplimiento del acta de mediación, procedió al requerimiento judicial contemplado en la Ley de Arbitraje y Mediación.

Supuestos derechos vulnerados

El accionante expresó que los derechos vulnerados son el inciso 3 del artículo 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación, así como el artículo 108 de la Ley de Contratación Pública, en concordancia con el artículo 115 ibídem, la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública, el inciso final del artículo 84 de la Ley de Contratación Pública, el inciso final del artículo 111 del Reglamento sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública.

Petición concreta

La pretensión del recurrente es que los señores prefecto y procurador síndico del Gobierno Provincial de Zamora Chinchipe, como representantes de esta entidad, cumplan con las normas de la Ley de Contratación Pública vigente a la fecha de celebración del contrato de ejecución de obra pública celebrado, que estableció la obligación de satisfacer la contraprestación en dinero, cumplido el contrato y suscrita el acta de entrega recepción definitiva, y con los términos señalados en el acta de mediación celebrada el día 09 de julio del 2009 en el Centro de Mediación y Análisis y Resolución de Controversias de la Universidad Técnica Particular de Loja, que da evidencia de que se le adeuda la suma de \$248.047.35.

Resumen de admisibilidad





La causa ingresó a la Corte Constitucional, para el período de transición, el 11 de octubre del 2010.

El ex secretario general certificó que no se había presentado otra demanda con identidad de sujeto, objeto y acción, en cumplimiento con lo establecido en el inciso 2 del artículo 17 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional; sin embargo, tenía relación con el caso resuelto N.º 0679-10-EP.

La Sala de Admisión, el 28 de marzo del 2011, aceptó al trámite la acción por incumplimiento N.º 0065-10-AN presentada por Héctor Manuel Calva Jaramillo, por reunir los requisitos formales y de procedibilidad establecidos en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Resumen de sustanciación

Auto de avoco

El Dr. Alfonso Luz Yunes, juez constitucional sustanciador, el 7 de julio del 2011 avocó conocimiento de la causa N.º 0065-10-AN, en virtud del sorteo realizado por el pleno del organismo en sesión ordinaria del 05 de mayo del 2011, y de conformidad con lo previsto en el Capítulo VII del Título II la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y en el literal a del numeral 8 del artículo 3 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, y previo a emitir su informe, dispuso las siguientes diligencias procesales:

Notificar con la copia de la demanda y auto de avoco a los señores Prefecto y Procurador Síndico del Gobierno Provincial de Zamora Chinchipe, a fin de que en el término de 5 días, emitan un informe debidamente argumentado sobre las razones del incumplimiento que se demanda, conforme a lo establecido en el numeral 2 del Art. 164 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y control Constitucional, previniéndoles de su obligación de señalar casilla constitucional para sus futuras notificaciones;

Notificar con la copia de la demanda y auto de avoco al señor Procurador General del Estado, previniéndole de su obligación de señalar casilla constitucional para sus notificaciones;

Notificar con el auto de avoco al Ing. Héctor Manuel Calvas Jaramillo, en la casilla constitucional N.º 002; y,

Convocar a las partes para el día martes 19 de julio de 2011, a las 08h30, a fin de que tenga lugar la audiencia pública prevenida en el número 3 del Art. 86 de la Constitución, en relación con el Art. 14 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. La que tuvo cumplida realización.

Sinopsis de los informes

El Soc. Salvador Quishpe L., prefecto de Zamora Chinchipe, y Dr. Segundo Larreátegui, procurador síndico del Gobierno Provincial de Zamora Chinchipe, informaron lo siguiente:

Solicitan que se agregue a los autos y se tome en cuenta para la resolución, los siguientes documentos:

El estado de cuenta del Banco Central del Ecuador (2 fojas) en el que consta que se depositó con fecha 21 de diciembre del 2009, la suma de \$43,965.09 por concepto de embargo de la providencia del juez quinto de lo Civil de Zamora Chinchipe, en el Banco de Fomento Sucursal de Zamora Chinchipe.

El oficio N.º 0014-CPZCH-DF del 8 de enero del 2010, por el cual el director financiero se dirigió al prefecto de Zamora Chinchipe, haciéndole conocer sobre la retención en exceso de \$7,270.24, para cuyo efecto acompañó copia certificada de la contabilización de planillas de trabajo 01, excesos 2 y reajuste final de precios 01; por lo que pidió que se rechace la acción y se ordene restituir al Gobierno Provincial de Zamora Chinchipe lo retenido en exceso.

El informe de la Dirección Financiera (2 fojas) N.º 003159 del 27 de octubre del 2009, con lo que justifican que únicamente le correspondía \$36,694.85 al contratista Ing. Héctor Manuel Calva Jaramillo, por lo que se debe recuperar el exceso retenido y ordenar que se revierta el embargo ordenado por el juez quinto de lo Civil de Zamora Chinchipe.

El Ab. Marco Arteaga Valenzuela, director nacional de Patrocinio, delegado del procurador general del Estado, en la causa 0065-10-AN señaló que:

En esta demanda se intenta desnaturalizar el objeto de la acción por incumplimiento de normas. Se evidencia que su pretensión, corresponde a una acción extraordinaria de protección.

Consta en el expediente que el accionante presentó una demanda de acción extraordinaria de protección, la que fue inadmitida por la Sala de Admisión de la



Corte Constitucional, para el periodo de transición, en providencia del 9 de agosto del 2010 a las 15h27, por no cumplir los requisitos formales y de admisibilidad establecidos en los artículos 61 y 62 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. El objeto de la demanda era la sentencia de mayoría del 19 de abril del 2010, dictada por los conjuces de la Primera Sala de la Corte Provincial de Justicia de Zamora Chinchipe, dentro del “proceso de ejecución de acta de acuerdo de mediación”, seguido en contra de la institución demandada en esta acción.

Este argumento surge porque una de las normas que supuestamente se incumplen es la contemplada en el artículo 108 de la Codificación a la Ley de Contratación Pública, vigente a la época de suscripción del contrato celebrado entre el accionante y el Gobierno Provincial de Zamora Chinchipe, el 10 de enero del 2008 –según señala en la demanda–. Esta norma establecía que de existir dificultades dentro del proceso de ejecución, tanto el contratista como el contratante o ambas partes, o de común acuerdo, podían utilizar los procesos de mediación y arbitraje.

El 9 de julio del 2009 en el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos se suscribió el Acta N.º 008-2009-CAJM, entre el ingeniero Calva Jaramillo y los entonces personeros del Gobierno Provincial mencionado, cuya acta fue sometida a ejecución en la justicia ordinaria por el accionante, en la que en síntesis se rechazó la demanda en primera instancia y en segunda instancia, porque el acta de mediación contravenía normas de derecho público, establecidas en la Ley de Contratación Pública, por tanto era nula y carecía de eficacia jurídica, por lo que la interrogante sería quién incumplió lo prescrito en el artículo 108 de la Codificación de la Ley de Contratación Pública.

En relación a las otras normas que se indican en la demanda que no son cumplidas (artículos 84, 115 de la Codificación a la Ley de Contratación Pública y 111 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la referida Ley), son asuntos que deben ser conocidos y resueltos a través de un juicio de conocimiento, cuya competencia la tienen los jueces de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo al artículo 109 de la referida Ley de Contratación Pública y la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Por lo expuesto, la demanda es improcedente de acuerdo a los numerales 1 y 3 del artículo 56 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, por lo que solicitó su rechazo.

Pruebas relevantes que obran en el expediente

Fotocopia del Contrato para Lastrado de la Vía Puerto Jua-Massi desde la Abscisa 0 + 000 a la abscisa 7 + 700, cantón Nangaritza, Provincia de Zamora Chichipe. (fs. 1 a3 vta.)

Fotocopia de la factura N.º 0000270, extendida por el Ing. Héctor Manuel Calva Jaramillo contra el Consejo Provincial de Zamora Chichipe, de fecha 27 de octubre del 2009. (fs. 4)

Fotocopia del Comprobante de Retención por Fiscalización de Obras N.º 0004977 a nombre del contratista Ing. Héctor Manuel Calva Jaramillo, de fecha 27 de octubre del 2009, extendido por el Consejo Provincial de Zamora Chichipe. (fs. 5)

Fotocopia del comprobante de Retención N.º 0018643 contra la factura N.º 001-001-0000270 del Ing. Héctor Manuel Calvas Jaramillo, extendido por el Consejo Provincial de Zamora Chichipe. (fs. 6)

Fotocopia del Comprobante de Retención de Timbre Provincial N.º 0012256 de fecha 27 de octubre de 2009, a favor del Ing. Héctor Manuel Calva Jaramillo, extendido por el Consejo Provincial de Zamora Chichipe (fs. 7)

Fotocopia de la factura N.º 0000251, extendida por el Ing. Héctor Manuel Calva Jaramillo contra el Consejo Provincial de Zamora Chichipe, de fecha 19 de mayo del 2009. (fs. 8)

Fotocopia del Comprobante de Retención por Fiscalización de Obras N.º 0003377 a nombre del contratista Ing. Héctor Manuel Calva Jaramillo, de fecha 19 de mayo del 2009, extendido por el Consejo Provincial de Zamora Chichipe. (fs. 9)

Fotocopia del comprobante de Retención N.º 001686 contra la factura N.º 001-001-0000251 del Ing. Héctor Manuel Calvas Jaramillo, extendido por el Consejo Provincial de Zamora Chichipe. (fs. 10)

Fotocopia de Acta de Recepción Definitiva, celebrada el 12 junio del 2009, por el contrato de lastrado de la vía Puerto Jua-Massi. desde la abscisa 7 +700, Cantón Nangaritza, Provincia de Zamora Chichipe (fs.11 a 12)

Fotocopia del Acta N.º 008-2009-OAJM. de acuerdo total celebrado en el Centro de Análisis y Resolución de conflictos, entre el Ing. Héctor Manuel Calva Jaramillo y el Consejo Provincial de Zamora Chichipe. (fs.13 a 14)

Fotocopia del expediente relativo a la ejecución del acta de acuerdo ante el Juzgado Quinto de lo Civil del Cantón Zamora (15 a 100)





Fotocopia del expediente relativo a la ejecución del acta de acuerdo ante la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Zamora (101 a 116)

Fotocopia del auto inadmisorio de la acción extraordinaria de protección propuesta por el Ing. Héctor Manuel Calva Jaramillo, contra la sentencia de mayoría emitida el 19 de abril del 2010 por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Zamora (117 y vta.)

Texto de las normas cuyo incumplimiento se demanda

Ley de Arbitraje y Mediación¹

Art. 47“Por la sola firma del mediador se presume que el documento y las firmas contenidas en éste son auténticas”. (Inciso 3º)

Ley de Contratación Pública²

Art. 84.- EFECTO DE LA RECEPCION DEFINITIVA PRESUNTA.-
[...]

Los funcionarios que por su acción u omisión dieron lugar a la reclamación administrativa o demanda judicial, por las causas establecidas en este artículo, serán responsables, administrativa, civil y penalmente. (Inciso final)

Art. 108.- DE LA COMPETENCIA Y EL PROCEDIMIENTO.- De existir dificultades no solventadas dentro del proceso de ejecución tanto con el contratista, como con el contratante o de ambas partes, o de común acuerdo, podrán utilizar los procesos de arbitraje y mediación que lleven a solucionar sus diferencias, de conformidad con la cláusula establecida en el contrato.

Art. 115.- RETENCION INDEBIDA DE PAGOS.- El funcionario al que incumba el pago de planillas u otras obligaciones de una entidad del sector público que retenga o retarde indebidamente el pago de los valores correspondientes, será destituido de su cargo y sancionado con una multa no menor de diez salarios mínimos vitales generales, que podrá llegar al diez por ciento del valor indebidamente retenido, sin perjuicio de las acciones civiles y penales a que hubiere lugar.

¹Registro Oficial 417 de! 14 de diciembre de 2006.

² Registro Oficial 272 del 22 de febrero de 2001; Derogada por la Ley N° 1, publicada en el suplemento del Registro Oficial 395 del 4 de agosto de 2008.

La multa será impuesta por la máxima autoridad de la entidad, y, en defecto de la actuación de ésta, por el Contralor General del Estado.

Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública³

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

PRIMERA: Los procedimientos precontractuales iniciados antes de la vigencia de esta Ley, así como la celebración y ejecución de los contratos consiguientes se sujetarán a lo establecido en la Ley de Contratación Pública hasta un plazo máximo de sesenta (60) días.

Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública⁴

Art. 111.- Liquidación final del contrato.-

[...]

Los valores liquidados deberán pagarse dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la liquidación. Vencido este término, causarán intereses legales y los daños y perjuicios que justificare la parte afectada. (Inciso final)

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia de la Corte

El Pleno de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, es competente para conocer y resolver la presente causa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 429, 93 y 436 numeral 5 de la Constitución de la República y lo previsto en la Tercera Disposición Transitoria de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Alcance, finalidad y objeto de la acción por incumplimiento

Dentro de las denominadas garantías jurisdiccionales, tanto la Constitución como la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, han establecido que la acción por incumplimiento tiene como objeto garantizar la aplicación de las normas integrantes del sistema jurídico, así como el cumplimiento

³ Suplemento del Registro Oficial 395 del 04 de agosto de 2008

⁴ Suplemento del Registro Oficial 622 del 19 de julio de 2002; Derogado por Decreto Ejecutivo N° 1248, publicado en el Registro Oficial 399 del 08 de agosto de 2008.



de sentencias, decisiones o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos que contengan una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible.

Esta Corte, en múltiples sentencias expedidas, ha establecido que el incumplimiento [...] engloba un retardo injustificado en la justicia, generando la permanencia en el tiempo de la vulneración de los derechos constitucionales que dieron paso a la primera acción, por lo que propende a la adopción de la garantía secundaria que supone la Acción por Incumplimiento [...]⁵; por ello, la Corte está obligada a tomar acciones para el fiel cumplimiento de las normas que integran el sistema jurídico.

Es decir, la acción por incumplimiento tiene como finalidad que esta Corte garantice la aplicación de las normas o actos administrativos de carácter general, cualquiera que sea su naturaleza o jerarquía, según lo prevé el numeral 5 del artículo 436 de la Constitución.

Por ello, para tutelar, proteger y remediar los efectos que producen los errores, se incorporó esta acción, cuya labor se centra en verificar que las sentencias de organismos internacionales de derechos humanos, normas o actos administrativos, que han sido inobservados restando eficacia a la seguridad jurídica propia de un Estado Constitucional, como el Ecuador, así como otros derechos constitucionales, y en uso de la supremacía constitucional, cuyo contenido establece que no existe precepto, de la naturaleza que sea, por encima de este mandato, para ordenar su cumplimiento. Es en razón de este imperio el legislador impuso que todo acto de autoridad pública, incluidos los que ejercen jurisdicción en las Funciones del Estado, estén bajo control de un órgano supremo en materia constitucional, para que sea este el que determine si los actos guardan conformidad o no con las disposiciones que consagran derechos y garantías constitucionales; de todo lo cual deviene que el alcance de la acción no es otro que dar protección a los ciudadanos contra eventuales actos violatorios de dichos bienes jurídicos, como también declarar su violación, de haberla, y disponer su reparación integral.

“La incorporación de este nuevo mecanismo resulta realmente necesario, pues en muchas ocasiones existen omisiones en el cumplimiento de las normas jurídicas que no pueden ser traducidas en término de violación de derechos constitucionales, y que, por consiguiente, no pueden ser resueltas a través de acciones tradicionales de



⁵ Ávila Santamaría, R. Las Garantías: Herramientas Imprescindibles para el Cumplimiento de los Derechos, Avances Conceptuales en la Constitución del 2008, en Desafíos Constitucionales, Serie Justicia y Derechos Humanos-Neoconstitucionalismo y Sociedad, Ministerio de Justicia de Ecuador, primera Edición, Quito, octubre de 2008. P. 106

amparo, habeas corpus y hábeas data, ni a través de las acciones del derecho ordinario”⁶.

En el artículo 439 de la Constitución dispone que los ciudadanos, en forma individual o colectiva, puedan presentar una acción por incumplimiento. Para la admisión de este recurso la Corte constatará el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1. Que se trate de una obligación clara, expresa y exigible que se requiere cumplir; 2. Que el recurrente demuestre que ha realizado un reclamo previo de la obligación a quien deba satisfacerla; 3. Que el recurrente no hubiere presentado otra demanda en contra de las mismas acciones u omisiones y con la misma pretensión.

Problema jurídico

En atención a lo expuesto por el recurrente, corresponde a esta Corte determinar si el Gobierno Provincial de Zamora Chinchipe vulneró los derechos constitucionales del Ing. Héctor Manuel Calva Jaramillo, que presuntamente quedaron establecidos en el Acta de Acuerdo Total, suscrito en el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Universidad Técnica Particular de Loja, sobre el pago del contrato de obra del “LASTRADO DE LA VÍA PUERTO JUA-MIASSI DE LA ABSCISA O + 000 A LA ABSCISA 7 + 700, CANTON NANGARITZA, PROVINCIA DE ZAMORA CHINCHIPE”.

Para dar solución al problema jurídico planteado, la Corte se pronunciará sobre: (i) ¿cuál es el alcance de la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública?; (ii) ¿cuál es el alcance de los métodos alternativos de solución de conflictos en el Sector Público?; (iii) El reclamo sobre el incumplimiento del Acta de Acuerdo Total suscrito entre el recurrente y el Gobierno Provincial de Zamora Chinchipe, cuya ejecución en sede judicial ha sido rechazada, ¿es compatible con la acción por incumplimiento?

Con base a lo anterior, la Corte estimará si debe conceder la acción incumplimiento interpuesta por el Ing. Héctor Manuel Calva Jaramillo y, en consecuencia, declarar el incumplimiento acusado.

Argumentación de la Corte sobre los problemas jurídicos planteados

¿Cuál es el alcance de la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública?

⁶Escobar, Claudia (2008). “Del Tribunal a la Corte: ¿Tránsito hacia una justicia constitucional? En la Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado. p. 347. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. V & M Gráficas. Quito.



Cuando la Asamblea Constituyente expidió la Ley 1, el 22 de julio del 2008, dispuso que su vigencia, así como las reformas y derogatoria incluidas, sería a partir de su publicación en el Registro Oficial, esto se dio en el Suplemento del Registro Oficial 395, el día 04 de agosto del 2008.

Ahora bien, la Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública tenía como finalidad crear un Sistema de Contratación Pública que articule y armonice a todas las instancias, organismos e instituciones en los ámbitos de planificación, programación, presupuesto, control, administración y ejecución de las adquisiciones de bienes y servicios, así como en la ejecución de obras públicas que se realicen con recursos públicos, estableciéndose en la Disposición Transitoria Primera, que los procedimientos precontractuales iniciados antes de la vigencia de esta Ley, así como la celebración y ejecución de los contratos consiguientes, se sujetarán a lo establecido en la Ley de Contratación Pública hasta un plazo máximo de sesenta (60) días.

Los artículos de la Ley de Contratación Pública, cuyo cumplimiento se demanda, dan cuenta sobre la responsabilidad administrativa, civil y penal de los funcionarios que por su acción u omisión dieron lugar a una reclamación administrativa o judicial (artículo 84: inciso final), de la utilización de procesos de arbitraje y mediación que lleven a solucionar sus diferencias, de conformidad con la cláusula establecida en el contrato (artículo 108), y de la destitución y multa no menor de diez salarios mínimos vitales generales, que podrá llegar al diez por ciento del valor indebidamente retenido, sin perjuicio de las acciones civiles y penales a que hubiere lugar del funcionario del sector público que retenga o retarde indebidamente el pago de los valores correspondientes (artículo 115).

Es decir, estas normas estuvieron vigentes hasta el 03 de octubre del 2008, según el plazo previsto en la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública.

¿Cuál es el alcance de los métodos alternativos de solución de conflictos en el Sector Público?

Al elaborar la Ley de Arbitraje y Mediación, la Comisión de Legislación y codificación del Congreso Nacional, el 29 de noviembre del 2006, dispuso que su vigencia a partir de la publicación en el Registro Oficial, esto tuvo cumplida realización, en el N.º 417 del 14 de diciembre de 2006.

Esta codificación guarda *sindéresis* con la Constitución (1998), que reconoció el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, sujetándolos a lo previsto en la Ley.

La Constitución (2008), al derogar la de 1998, también los reconoce. Sin embargo, dispuso que estos procedimientos se apliquen con sujeción a la ley, en materias que se puedan transigir, estableciendo que en la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley.

En consecuencia, estableció requisitos constitucionales: 1) que proceden los procedimientos alternativos sobre materia transigible; 2) el arbitraje en derecho para la contratación pública; 3) Pronunciamiento favorable previo de la Procuraduría General del Estado; y, 4) cumplir las condiciones establecidas en la ley.

Tratándose del Sector Público, la Ley de Arbitraje y Mediación, en los incisos 2 y 3 del artículo 44, dispone que las personas públicas legalmente capaces para transigir, puedan someterse al procedimiento de mediación sin restricción alguna:

“podrán someterse al procedimiento de mediación que establece la presente Ley, sin restricción alguna, las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, legalmente capaces para transigir.”

El Estado o las instituciones del sector público podrán someterse a mediación, a través del personero facultado para contratar a nombre de la institución respectiva. La facultad del personero podrá delegarse mediante poder.

Al efecto, la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado⁷, al tratar sobre el Patrocinio del Estado, dispuso que el procurador general del Estado, a más de asesorar de oficio o a petición de los organismos y entidades del sector público en los procedimientos alternativos de solución de conflictos, **es el que autoriza a las máximas autoridades de los organismos y entidades del sector público, previo informe favorable del procurador o asesor jurídico respectivo, para desistir o transigir del pleito**, cuando la cuantía de la controversia sea indeterminada o superior a veinte mil dólares de los Estados Unidos de América.

Art. 5.- Del ejercicio del patrocinio del Estado.- Para el ejercicio del patrocinio del Estado, el Procurador General del Estado está facultado para:


⁷Registro Oficial 312: 13 de abril de 2004.

e) Asesorar de oficio o a petición de los organismos y entidades del sector público en demanda o defensa de los intereses de las instituciones del Estado, tanto en las acciones y procesos judiciales, como en los procedimientos alternativos de solución de conflictos, así como en los administrativos de impugnación o reclamos en los que haya sido notificado el Procurador General del Estado. El organismo o entidad proporcionará a la Procuraduría todos los antecedentes, su criterio jurídico y la información pertinente, para el debido asesoramiento;

f) Autorizar a las máximas autoridades de los organismos y entidades del sector público, previo informe favorable del procurador o asesor jurídico respectivo, para desistir o transigir del pleito, cuando la cuantía de la *controversia sea indeterminada o superior a veinte mil dólares de los Estados Unidos de América*; y,

Es más, establece la obligación de la suscripción del respectivo convenio de mediación. Y para transigir deberán obtener previamente la autorización del Procurador General del Estado, cuando la cuantía supere los veinte mil dólares de los Estados Unidos de América.

Art. 11.- Del arbitraje y la mediación.- Los organismos y entidades del sector público podrán someterse a procedimientos de arbitraje de derecho y a la mediación nacional o internacional, de acuerdo a lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación, o en instrumentos internacionales que los faculte, previa la suscripción del respectivo convenio.

Surgida la controversia, los organismos y entidades del sector público pueden someterse a arbitraje de derecho o mediación, de conformidad con las leyes pertinentes. Para someterse al arbitraje internacional requerirán además la autorización de la Procuraduría General del Estado.

Art. 12.- De la transacción y el desistimiento.- Los organismos y entidades del sector público, con personería jurídica, podrán transigir o desistir del pleito, en las causas en las que intervienen como actor o demandado, para lo cual deberán previamente obtener la autorización del Procurador General del Estado, cuando la cuantía de la controversia sea indeterminada o superior a veinte mil dólares de los Estados Unidos de América. Los organismos del régimen seccional autónomo no requerirán dicha autorización, pero se someterán a las formalidades establecidas en las respectivas leyes.

En los organismos y entidades del sector público que carezcan de personería jurídica, el Procurador General del Estado está facultado para transigir o



desistir del pleito, en las causas en las que interviniera como actor o demandado, en representación de dichos organismos y entidades, siempre y cuando dichas actuaciones se produzcan en defensa del patrimonio nacional y del interés público.

Por su parte, la Ley de Contratación Pública (derogada), en su artículo 108, cuyo cumplimiento se reclama, establecía que se podían utilizar los procesos de arbitraje o mediación, de conformidad con la cláusula establecida en el contrato.

Art. 108.- DE LA COMPETENCIA Y EL PROCEDIMIENTO.- De existir dificultades no solventadas dentro del proceso de ejecución tanto con el contratista, como con el contratante o de ambas partes, o de común acuerdo, podrán utilizar los procesos de arbitraje y mediación que lleven a solucionar sus diferencias, de conformidad con la cláusula establecida en el contrato.

Súmese a esto que la Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública, al referirse a los Métodos Alternativos de Solución de Controversias, dispone que se puedan utilizar de conformidad a la cláusula compromisoria.

Art. 104.- Métodos Alternativos de Solución de Controversias.- De existir diferencias entre las partes contratantes no solventadas dentro del proceso de ejecución, podrán utilizar los procesos de mediación y arbitraje en derecho, que lleven a solucionar sus diferencias, de conformidad con la cláusula compromisoria respectiva.

En consecuencia, los procedimientos de solución alternativa de conflictos deben contar con un convenio expreso, y además, si la cuantía supera los veinte mil dólares con la autorización del procurador general del Estado y guardando sindéresis con lo dispuesto en la Constitución, el cumplimiento de estos requisitos es inevitable.

El reclamo sobre el incumplimiento del Acta de Acuerdo Total, suscrita entre el recurrente y el Gobierno Provincial de Zamora Chinchipe, cuya ejecución en sede judicial ha sido rechazada, ¿es compatible con la acción por incumplimiento?

Esta Corte ha dejado establecido que el incumplimiento es sinónimo de retardo injustificado de la justicia, y denotaba en el tiempo: la vulneración de los derechos constitucionales de las personas, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad, como titulares de los mismos.

La finalidad de esta garantía jurisdiccional es el acceso ante la Corte Constitucional, para obtener de ella la garantía de aplicabilidad del sistema normativo, cualquiera sea su naturaleza o jerarquía, ya que ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales (11:4 CRE).

El precepto constitucional señala que se debe aplicar la norma que más favorezca su efectiva vigencia, y en igual sentido dispuso para la interpretación y el reconocimiento de los derechos no excluye los demás derechos derivados de la dignidad humana (11: 5/7).

Es más, los derechos deben desarrollarse de manera progresiva, tanto en las normas como en la jurisprudencia y las políticas públicas, correspondiéndole al Estado generar y garantizar las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio, estableciendo además garantías para la perfecta validez del debido proceso, en la que se incluye que “nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia” (76:7-i), esto da cuenta, que además, al garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes, se debe considerar que los casos juzgados no pueden volverse a juzgar.

El Acta de Acuerdo Total, suscrita entre el recurrente y el Gobierno Provincial de Zamora Chinchipe, ha sido objeto de ejecución en sede judicial, de cuyo resultado el recurrente interpuso acción extraordinaria de protección.

Como la acción extraordinaria de protección fue inadmitida por esta Corte, el actor accede a otra de las garantías para que esta Corte se pronuncie sobre la legalidad de la referida acta, **lo cual es incompatible con la acción por incumplimiento** que ha propuesto, ya que no se trató del reclamo previo establecido en el artículo 54 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y más bien se encuadra en la prohibición prevista en el numeral 5 del artículo 55 ibídem.

Estudio del caso

De acuerdo con los hechos y pruebas que fundamentaron la acción, está demostrado que el recurrente, Ing. Héctor Manuel Calva Jaramillo, celebró el contrato para Lastrado de la Vía Puerto Jua-Massi desde la Abscisa 0 + 000 a la abscisa 7 + 700, cantón Nangaritza, Provincia de Zamora Chinchipe, con fecha 10 de enero del 2008 (fs. 1 a3 vta.) al amparo de la Ley de Contratación Pública, cuya vigencia era hasta el 03 de octubre del 2008.

Asimismo, está demostrado que el recurrente extendía facturas contra la institución accionada para efectuar los cobros, por la referida obra.

Al respecto, consta en el proceso la fotocopia de la factura N.º 0000270 del 27 de octubre del 2009. (fs. 4), y que según la fotocopia del Comprobante de Retención por Fiscalización de Obras N.º 0004977 a nombre del recurrente, de fecha 27 de octubre del 2009, extendido por el Consejo Provincial de Zamora Chinchipe. (fs. 5) y la fotocopia del comprobante de Retención N.º 0018643 contra la factura N.º 001-001-0000270, extendido por el Consejo Provincial de Zamora Chinchipe. (fs. 6), la misma fue pagada.

Este pago guarda armonía con la Acta de Recepción Definitiva, celebrada el 12 junio del 2009, por el contrato de lastrado de la vía Puerto Jua-Massi, desde la abscisa 7 +700, Cantón Nangaritza, Provincia de Zamora Chinchipe (fs.11 a 12), bajo el amparo de lo previsto en la Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública.

Sin embargo, el recurrente alude el incumplimiento de pago de una factura anterior identificada con el N.º 0000251, de fecha 19 de mayo del 2009. (fs. 8), de la que el H. Consejo Provincial de Zamora Chinchipe ha extendido el Comprobante de Retención por Fiscalización de Obras N.º 0003377, de fecha 19 de mayo del 2009 (fs. 9), así como el comprobante de Retención N.º 001686 contra la indicada factura N.º 001-001-0000251 (fs. 10), de lo que se colige que el pago fue realizado.

Consta que los legitimados celebraron el Acta N.º 008-2009-OAJM, de acuerdo total, en el Centro de Análisis y Resolución de conflictos, entre el Ing. Héctor Manuel Calva Jaramillo y el H. consejo Provincial de Zamora Chinchipe. (fs.13 a 14), la misma que fue ejecutada ante el Juzgado Quinto de lo Civil del Cantón Zamora (15 a 100) y subida en apelación ante la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Zamora (101 a 116).

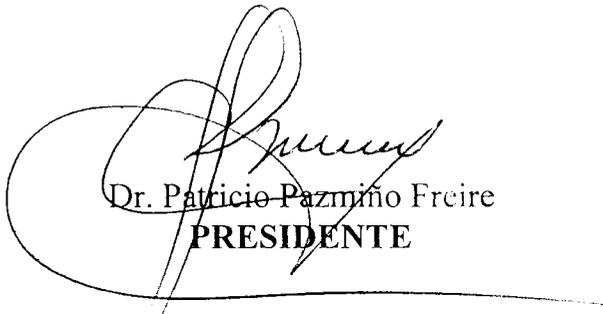
También consta la fotocopia del auto inadmisorio de la acción extraordinaria de protección propuesta por el recurrente, contra la sentencia de mayoría emitida el 19 de abril del 2010 por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Zamora (117 y vta.).

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, en ejercicio de sus atribuciones, expide la siguiente:

SENTENCIA

1. Negar la acción por incumplimiento presentada.
2. Notifíquese, publíquese y cúmplase.



Dr. Patricio Pazmiño Freire
PRESIDENTE



Dra. Marcía Ramos Benalcázar
SECRETARIA GENERAL

Razón: Siento por tal, que la sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, con nueve votos de los doctores: Roberto Bhrunis Lemarie, Patricio Herrera Betancourt, Alfonso Luz Yunes, Hernando Morales Vinueza, Ruth Seni Pinoargote, Manuel Viteri Olvera, Edgar Zárate Zárate, Nina Pacari Vega y Patricio Pazmiño Freire, en sesión extraordinaria del 17 de abril del dos mil doce. Lo certifico.



Dra. Marcía Ramos Benalcázar
SECRETARIA GENERAL

MRB/ccp/azm





CORTE
CONSTITUCIONAL

CAUSA 0065-10-AN

Razón: Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue suscrita por el doctor Patricio Pazmiño Freire, Presidente de la Corte Constitucional, el día lunes once de junio de dos mil doce.- Lo certifico.


Dra. Marcia Ramos Benalcázar
SECRETARIA GENERAL

MRB/lcca

