



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA
La Universidad Católica de Loja

ÁREA SOCIOHUMANÍSTICA

TÍTULO DE ABOGADA

**Principio de Proporcionalidad en la Terminación Unilateral de
Contrato en materia de Contratación Pública**

TRABAJO DE TITULACIÓN

AUTOR: Barba Bailón, María Isabel

DIRECTORA: Erazo Bustamante, Silvana Esperanza, Phd.

CENTRO UNIVERSITARIO QUITO

2016



Esta versión digital, ha sido acreditada bajo la licencia Creative Commons 4.0, CC BY-NY-SA: Reconocimiento-No comercial-Compartir igual; la cual permite copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra, mientras se reconozca la autoría original, no se utilice con fines comerciales y se permiten obras derivadas, siempre que mantenga la misma licencia al ser divulgada. <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.es>

Abril, 2015

APROBACIÓN DE LA DIRECTORA DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

Señora PHD.

Silvana Esperanza Erazo Bustamante

DOCENTE DE LA TITULACIÓN

De mi consideración:

El presente trabajo de titulación: "***Principio de Proporcionalidad en la Terminación Unilateral de Contrato en materia de Contratación Pública***" realizado por Barba Bailón, María Isabel, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, por cuanto se aprueba la presentación del mismo.

Loja, agosto de 2016.

f)

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS

Yo, Barba Bailón María Isabel, declaro ser autora del presente trabajo de fin de titulación "***Principio de Proporcionalidad en la Terminación Unilateral de Contrato en materia de Contratación Pública***", de la Titulación de Derecho, siendo la Phd. Silvana Esperanza Erazo Bustamante, Directora del presente trabajo; y, eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales. Además, certifico que las ideas, conceptos, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo investigativo, son de mi exclusiva responsabilidad.

Adicionalmente declaro conocer y aceptar la disposición del artículo 88 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice: "Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado que se realicen a través, o con el apoyo financiero, académico o institucional (Operativo) de la Universidad".

f. _____

Autor: Barba Bailón María Isabel

Cédula: 172407966-8

DEDICATORIA

A Dios, por ser mi guía diaria.

A mis padres, hermanas y sobrinos, por ser mi motivación de lucha y perseverancia.

A mi amado esposo Pablo, quien ha sido mi fuerza y fortaleza en este reto, y quien con su amor incondicional, me ayuda siempre a salir victoriosa.

AGRADECIMIENTO

Agradezco primero a Dios, por permitirme cumplir una de mis más grandes metas, que es culminar mi formación profesional.

A mis padres, hermanas y sobrinos, que cada día me motivaron para que culmine la presente investigación y así también esta etapa de mi vida.

Con todo el amor del mundo agradezco a mi amado esposo Pablo, quien me apoyó desde siempre con sus incontables palabras de ánimo y sobretodo su gran amor, que aunque esta etapa no fue sencilla, siempre estuvo incondicionalmente a mi lado motivándome a salir adelante y a no decaer.

Por último, ofrezco mi gratitud infinita a la Universidad Técnica Particular de Loja, Escuela de Jurisprudencia, a todos sus gentiles profesores por el conocimiento entregado, y de forma muy especial a las docentes Mgs. Maritza Ochoa, en calidad de docente del presente trabajo, y a la Phd. Silvana Erazo, en calidad de Tutora designada, quien compartió su conocimiento y experiencia, y con su apoyo incondicional fue posible culminar satisfactoriamente el presente trabajo intelectual.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

APROBACIÓN DEL DIRECTORA DEL TRABAJO DE FIN DE TITULACIÓN	II
DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS	III
DEDICATORIA	IV
AGRADECIMIENTO	V
ÍNDICE DE CONTENIDOS	VI
ÍNDICE DE ILUSTRACIONES	VIII
RESUMEN	1
ABSTRACT	2
INTRODUCCIÓN	3
CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO	5
1.1. El principio de proporcionalidad.	6
1.1.1. Concepto del principio de proporcionalidad.....	6
1.1.2. Importancia del principio de proporcionalidad.	8
1.1.3. Aplicabilidad del principio de proporcionalidad.....	10
1.1.4. Sub principios del principio de proporcionalidad.....	14
1.1.5. Finalidad del principio de proporcionalidad.	16
1.2. La Ponderación.....	18
1.2.1. Concepto de la ponderación.	18
1.2.2. Aplicabilidad de la ponderación.....	23
1.2.3. Funcionalidad de la ponderación.	23
1.2.4. Principales métodos de ponderación.	25
2. El Principio de Proporcionalidad en el marco jurídico ecuatoriano.	28
2.1. Principio de proporcionalidad en el Ecuador.	29
2.1.1. Reseña Histórica.....	29
2.1.2. Principio de proporcionalidad y ponderación en la normativa legal vigente ecuatoriana.....	30
2.2. Sanciones previstas en la normativa jurídica nacional en el caso de terminaciones unilaterales de contratos.....	33
CAPÍTULO II	42
Metodología de investigación para analizar el principio de proporcionalidad en la Terminación Unilateral de Contrato en materia de Contratación Pública	42
1. Objetivos.....	43
1.1. General:	43
1.2. Específicos:.....	43
2. Hipótesis.....	43
3. Recursos.	47

CAPÍTULO III	49
Investigación de Campo y Diagnóstico sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en las sanciones derivadas de la Terminación Unilateral de Contrato.	49
3.1. Investigación de campo sobre las sanciones derivadas de la Terminación Unilateral de Contrato y la aplicabilidad del principio de proporcionalidad en las sanciones derivadas de la Terminación Unilateral del Contrato.	50
3.2. Diagnóstico sobre la investigación de campo realizada y discusión.	67
CONCLUSIONES.	80
RECOMENDACIONES.	81
BIBLIOGRAFÍA	82
ANEXOS	84
Anexo 1. Formato de Encuesta	85
Anexo 2. Formato de Entrevista	88

ÍNDICE DE ILUSTRACIONES

Ilustración 1	51
Ilustración 2	53
Ilustración 3	54
Ilustración 4	55
Ilustración 5	56
Ilustración 6	57
Ilustración 7	58
Ilustración 8	59
Ilustración 9	60

RESUMEN

La investigación se basa en el análisis de la eficaz, oportuna y obligatoria aplicación del principio de proporcionalidad con base en un método de ponderación que permita que las sanciones administrativas a imponerse, resultante de una Terminación Unilateral de Contrato en materia de Contratación Pública, sean equilibradas y razonables.

También permitirá analizar los pro y contra de la aplicación del principio de proporcionalidad como garantía constitucional de los derechos de las personas dentro del Estado, y en este caso, de los contratistas incumplidos del mismo, con la finalidad de cumplir con las garantías y derechos constitucionales en cuanto al debido proceso y a la aplicación del principio de proporcionalidad previamente a la imposición de las sanciones administrativas señaladas en el párrafo anterior.

Por último, se concluirá con un proyecto de reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en la que constará la forma de imponer las sanciones administrativas proporcionalmente, sin afectar a las garantías y derechos constitucionales pertenecientes a los contratistas del Estado, como sujetos de derechos y objeto de justicia.

PALABRAS CLAVES: Principio de Proporcionalidad, Ponderación, Terminación Unilateral de Contrato.

ABSTRACT

This research is specifically based on the analysis of the effective, opportune, but above all, obligatory application of the principle of proportionality. Based on a ponderation method that in cases of unilateral termination of contract, in the Public Contract branch of the law, will allow the imposed administrative sanctions to be balanced and reasonable.

Too will enable the analysis of the pros and cons of the principle of proportionality as a constitutional guarantee of the rights of the people within the state, and in this particular case, of unreliable contractors of the state. This in order to obey the guarantees and rights of the constitutional due process and the principle of proportionality. Prior to the imposition of administrative sanctions indicated in the previous paragraph.

Finally, it will be proposed an amendment to the National System of Public Contract Organic Law, which will include the way to proportionately impose administrative sanctions. Protecting the guarantees and constitutional rights of the state contractors as object of rights and justice.

KEYWORDS: Principle of Proportionality, ponderation, Unilateral Termination of Contract.

INTRODUCCIÓN

El principio de proporcionalidad es uno de los elementos más importantes dentro del Derecho, constituyéndose en una figura que permite la existencia de la proporción entre los sujetos y sus relaciones, por lo que cualquier tipo de violación, lo torna injusta y desproporcionada.

La presente investigación consiste en el análisis y estudio de la correcta aplicación del principio de proporcionalidad, que tutele justicia y el debido actuar de la sociedad, convirtiendo sus resultados en proporcionales, cuando de ejecutar un acto se trate. Y, que ésta proporcionalidad, se la aplique en cuanto a las sanciones administrativas derivadas de las Terminaciones Unilaterales de Contrato en materia de Contratación Pública.

La aplicación del principio proporcionalidad de las sanciones administrativas señaladas, se estudiará como garantía constitucional, en relación a las infracciones y sanciones penales, administrativas o de cualquier otra naturaleza.

Los capítulos de la presente investigación se encuentran establecidos conforme lo siguiente:

Como primer capítulo se establece el marco teórico de la presente investigación, en el que se analiza el principio de proporcionalidad, en sus aspectos básicos como concepto, importancia, aplicabilidad, sub principios y finalidad; así como también, el estudio de la ponderación, su concepto, aplicabilidad, funcionalidad y principales métodos. Adicionalmente, se estudia el principio de proporcionalidad y la ponderación en el marco jurídico ecuatoriano; y, las sanciones previstas en la normativa referida, en el caso de terminaciones unilaterales de contratos.

El segundo capítulo contiene la metodología de investigación para analizar el principio de proporcionalidad en la Terminación Unilateral de Contrato en materia de Contratación Pública, los objetivos, hipótesis, métodos y técnicas de investigación y recursos.

En el tercer capítulo, se realiza la investigación de campo y diagnóstico sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en las sanciones derivadas de la terminación unilateral del contrato, como también se cumple con el diagnóstico respectivo del estudio de campo elaborado.

Al final de la presente investigación, se encontrará las conclusiones y recomendaciones, en la que se analiza los resultados obtenidos en el presente estudio y se establecen varios criterios de aplicabilidad del principio de proporcionalidad en las sanciones administrativas derivadas de las terminaciones unilaterales de contrato.

Se establece la importancia de la presente investigación, con base en la necesidad actual de estudiar la correcta aplicación del principio de proporcionalidad con la respectiva ponderación, en la imposición de las sanciones administrativas impuestas al Contratista Incumplido, en relación a proporción de su incumplimiento contractual, es decir, que exista equilibrio entre la relación de las sanciones administrativas y sus resultados.

Además, también es necesario la aplicación del principio de proporcionalidad, con la finalidad de cumplir la garantía constitucional del Estado ecuatoriano, con relación a su implementación en las sanciones administrativas establecidas, y no solo en el ámbito de la Contratación Pública, sino en todas las áreas en donde se vea afectada la proporcionalidad de las mencionadas.

La metodología utilizada fue tanto cualitativa como cuantitativa, misma que permitió obtener una respuesta positiva al problema planteado, ya que se determinó la necesidad de aplicar el principio de proporcionalidad en las sanciones mencionadas, así como también, que el poder discrecional de la Administración Pública, puede ser beneficioso para las partes y no solo para una.

Adicionalmente, se procedió a cumplir con los objetivos planteados dentro de la presente investigación que permitió profundizar el tema tratado, que permitió obtener grandes resultados; pese a las dificultades presentadas en la investigación en cuanto al acceso a la información para el muestreo. Se aprovechó la oportunidad de tener un acercamiento con los actores fundamentales en esta rama de Derecho Administrativo, tanto en la Administración Pública como los Contratistas Incumplidos, recopilando un sin número de ideas que permitió que la presente investigación reúna las necesidades de los mismos para posteriormente ser aplicadas a favor de los mismo.

CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO

1. El Principio de Proporcionalidad y la Ponderación.

1.1. El principio de proporcionalidad.

Dentro del número selecto de investigadores del principio de proporcionalidad, encontramos a Miguel Carbonell y Pedro Grández (2010, pág. 154), mismos que en primera instancia realizan un análisis de la conformación del sistema jurídico y su clasificación, en este sentido, establece que el mismo se encuentra conformado por dos tipos de normas: las reglas y los principios, los mismos que deben encontrarse en concordancia, compatibilidad y aplicabilidad, ya que se podría interpretar que los principios operarían con la finalidad de perfeccionar el ordenamiento jurídico, y pueden ser aplicados supletoriamente a las reglas.

1.1.1. Concepto del principio de proporcionalidad.

Sin embargo de la clasificación expuesta, según lo expuesto por Miguel Carbonell y Pedro Grández (2010, pág. 154) el concepto de principio se torna un poco más amplio con relación al concepto de regla, ya que el principio se refiere a toda norma que se presenta en cuanto a normas fundamentales y, en cuanto a normas indeterminadas.

El tratadista Carlos Bernal Pulido (2007) expone que el principio de proporcionalidad es “un principio general del Derecho que, en un sentido muy amplio, obliga al operador jurídico a tratar de alcanzar el justo equilibrio entre los intereses en conflicto”. (pág. 523).

Así también, Zavala Egas, (2009), exponente ecuatoriano, define que “(...) los *principios* son aplicados conforme la realidad lo exija, de acuerdo a los casos que se presenten en la ocasión comprendida en la densidad de cada uno de éstos”. (pág. 32).

En este criterio concuerda también el exponente ecuatoriano, Secaira Durango (2004), cuando manifiesta que:

Los principios son las convicciones ético jurídica de carácter concreto en las que se sostiene una sociedad determinada, son sus pilares básicos; pero, por provenir de un organismo estructurado integrado por seres humanos, están en permanente

movimiento, van cambiando constantemente de acuerdo a los nuevos intereses o circunstancias que son las que los motivan. (pág. 85).

Es decir, los principios tampoco son estáticos, sino que están sujetos a la dialéctica y al constante cambio de conformidad a la necesidad de las personas que conforman el Estado. Por lo expuesto, uno de los objetivos de la presente investigación es analizar el ajuste proporcional de la sanción administrativa a la proporción de la realidad de la infracción por parte del administrado. El análisis de la proporcionalidad como tal, es importantísima en la etapa del análisis de la potestad sancionadora y su aplicabilidad en las personas.

El carácter de los principios tiene una relación de implicación con uno de los principios más importante del derecho constitucional, el de proporcionalidad, mismo que se podría entender como un principio de igualdad o razonabilidad.

De lo expuesto, Sánchez Gil (2008), define al principio de proporcionalidad, como proporcionalidad de injerencia o prohibición de exceso o principio de razonabilidad, en lo siguiente:

El principio de proporcionalidad, que también es conocido como “proporcionalidad de injerencia”, “prohibición de exceso”, “principio de razonabilidad”, entre otras calificaciones, en realidad viene a ser un principio de naturaleza constitucional que permite medir, controlar y determinar que aquellas injerencias directas o indirectas, tanto de los poderes públicos como de los particulares, sobre el ámbito o esfera de los derechos de la persona humana, respondan a criterios de adecuación, coherencia, necesidad, equilibrio y beneficio entre el fin lícitamente perseguido y los bienes jurídicos potencialmente afectados o intervenidos, de modo que sean compatibles con las normas constitucionales (...). (pág. 221)

1.1.2. Importancia del principio de proporcionalidad.

Con base en lo expuesto, se establece la importancia del principio de proporcionalidad en el sistema jurídico, y su valor en el ámbito constitucional, cuyos efectos principalmente son los de controlar, medir y establecer que las acciones y sanciones determinadas, actúen apropiadamente en beneficio de las normas constitucionales.

También, Sánchez Gil (2008), analiza a la proporcionalidad en el siguiente sentido:

La idea de “proporcionalidad” evoca una “relación adecuada” entre cosas diversas, que la hace “razonable” por ser “armónica” y materialmente “justa”; (...) también ha sido parámetro de calificación de la conducta humana en la ética y el derecho. En este último, al ser una manifestación de uno de sus valores fundamentales –la justicia-, el concepto de proporcionalidad puede extenderse y subyacer veladamente en cualquier ámbito (...) para la solución de conflictos entre bienes jurídicamente tutelado. (pág. 225)

De hecho, según lo expone Bernal Pulido (2007, pág. 528) el principio de proporcionalidad es tan importante, ya que como un límite de los límites de los derechos fundamentales, tiene el valor de poner en evidencia que este principio, la competencia legislativa de configuración de los derechos fundamentales y la constitucionalidad de las leyes limitativas de los mismos, se relacionan entre sí, interactúan de manera continua.

La importancia del principio de proporcionalidad aplica en cuanto a la fiel atención de las normas constitucionales y los derechos fundamentales de las personas dentro del Estado, incluso no sólo de ellas, sino también de las relaciones entre la administración y los administrados, es decir, por un lado establece el castigo y por otro, lo limita con la finalidad de evitar sanciones o acciones de la administración desproporcionadas.

Este criterio concuerda también con el análisis realizado por Tirado Barrera (2006, pág. 461), con relación al tratamiento del principio de proporcionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración pública, por lo que podemos establecer la importancia de la

aplicabilidad del principio de proporcionalidad en las actuaciones de la administración, principalmente en cuanto a las sanciones derivadas de las potestades otorgadas a la referida, e incluso en base a la atención prioritaria de los derechos fundamentales y las normas de aplicación directa en su actuar.

Otro autor que analiza al principio de proporcionalidad, es Sánchez Gil (2007), que señala que el referido es “Un juicio de doble exigencia, por una parte, que la medida restrictiva tenga un fin, y en segundo lugar que la misma sea adecuada para que pueda alcanzarse una situación que satisfaga el fin a que supuestamente sirve” (pág. 40), es decir que se precisa dentro de la justicia como uno de los primordiales valores del Derecho, instituyéndose en una proporción determinada entre sujetos, para lo que cualquier tipo de transgresión vuelve injusta su relación, tornándola desproporcionada.

Sin embargo, conforme aduce Quintero Olivares (1982, pág. 385) en cuanto al análisis del principio de proporcionalidad, se revela como característica principal a la proporción, que es la que rige la justicia, cumpliendo un papel importantísimo en el Derecho, conjuntamente con el debido actuar de la sociedad, estableciendo los resultados proporcionales a la ejecución de un acto, de manera que la compostura acogida, su consecuencia y la disposición cumplida, destinen más allá de una decisión equilibrada, es decir, es necesario que la proporcionalidad se predique con relación a la adecuada proporción o equilibrio entre la relación de la sanción y sus resultados. Es importante que se cumpla con la proporcionalidad en cuanto a la ejecución de cualquier tipo de acto, tomando en cuenta los derechos fundamentales de las personas del Estado, y que la decisión de la administración no sólo sea un acto administrativo simple, sino que sea un acto administrativo debidamente equilibrado, entre la relación de la administración y el administrado, sin causar ningún perjuicio entre ellos.

Además, Villa Casado (2007) afirma que:

El concepto de Estado material de Derecho se caracteriza por vincular el poder del Estado a determinados principios y valores superiores del derecho y porque el centro de gravedad de la actividad estatal no se entiende orientada sólo a asegurar las garantías formales de la libertad, sino también a establecer una situación jurídica justa en sentido material. (pág. 392).

Entonces es aquí donde entra el principio de proporcionalidad en el actuar de la administración, es decir que los actos emitidos por ella, no solo sean legales sino que también sean justos. Inclusive, hay que tomar en cuenta la vinculación de las partes en cuanto a los derechos fundamentales y su respectiva garantía.

1.1.3. Aplicabilidad del principio de proporcionalidad.

Con relación a este punto, Bernal Pulido (2007), analiza la aplicabilidad del principio de proporcionalidad, siempre y cuando cumpla con lo siguiente:

(...) el principio de proporcionalidad, en virtud de la cual la intervención del legislador en derechos fundamentales podrá considerarse válida siempre y cuando: 1) persiga un fin constitucionalmente legítimo; 2) constituya un medio idóneo para alcanzarlo; 3) sea necesaria, al no existir otro medio menos lesivo e igualmente apto para alcanzar la misma finalidad; 4) exista proporcionalidad entre los sacrificios y los beneficios que se obtienen con la medida legislativa. (pág. 138)

Es decir, el autor establece que el principio de proporcionalidad no se aplicará solo por el hecho de existir, sino que será aplicado siempre y cuando cumpla con las condiciones señaladas en el párrafo anterior. Ahí aparece una pregunta, ¿es necesario que se cumplan esas condiciones en su totalidad para poder aplicar el principio de proporcionalidad?

La pregunta se contesta con la afirmación realizada por Sánchez Gil (2007), cuando manifiesta que:

La aplicación del principio de proporcionalidad implica abandonar una concepción conflictivista de los principios constitucionales que los ve como “opuestos”, que obliga a imponer uno de ellos sobre el otro e igualmente con los bienes que tutelan; por el contrario, el principio de proporcionalidad busca una “vigencia armoniosa” en la realidad de ambos “contendientes”. (pág. 22)

La aplicación del principio de proporcionalidad no sólo se basa en cumplir características determinadas, sino que su objetivo fundamental para aplicarlo es crear armonía entre los contendientes, en este caso los administrados y la administración.

Incluso, con base en este criterio, (1998) manifiesta la conformación del principio de proporcionalidad para ser aplicado, en lo siguiente:

a) (...) el principio de proporcionalidad está integrado por un conjunto de criterios o herramientas que permiten medir y sopesar la licitud de todo género de límites normativos de las libertades, así como la de cualesquiera interpretaciones o aplicaciones de la legalidad que restrinjan su ejercicio (...). (pág. 16)

Es decir, se encuentra establecida la aplicación del principio de proporcionalidad en cuanto al cumplimiento de las garantías constitucionales y a las establecidas en base de la institucionalidad de la Administración que forma parte el Estado, siendo una prohibición de cualquier tipo de exceso, y cumpliendo el rol de límite a todas las restricciones que pudiese derivarse de los derechos esenciales o fundamentales. Se deberá cumplir con su aplicación inmediata por parte de la administración, tomando en cuenta que los derechos no son objeto de ningún tipo de limitación, y aun peor si esa limitación se basa en la protección de los intereses públicos.

De lo expuesto, es importante aclarar que el principio de proporcionalidad establecerá una ponderación cien por ciento racional entre el bien común que se obtiene de la referida limitación y el bien o derecho cuya afectación impide una proporción adecuada, es decir, la aplicación del referido principio deberá encontrarse a un nivel propio de la misma, ya que es importante que se garanticen los derechos fundamentales y la justicia entre los bienes jurídicos protegidos.

Sánchez Gil (2007), manifiesta en relación a los bienes jurídicos, que:

Para establecer los límites de la relación entre dos bienes jurídicos (...) es indispensable aplicar el principio de proporcionalidad, pues por la precisión de conceptos, ideas y situaciones que aporta a los casos concretos, es un instrumento

metodológico apropiado para establecer si es legítima una medida legislativa que necesariamente debe promover un bien público, en que intervienen los derechos fundamentales, asegurando al máximo posible la objetividad del operador jurídico. “Con la proporcionalidad es posible establecer resultados o decisiones de manera racional que son bastante aceptables, lo que justifica totalmente el método. (pág. 22)

Entonces, de lo referido, se entiende que para limitar la relación entre dos bienes jurídicos es importante la aplicación del principio de proporcionalidad, para determinar los resultados correctos y racionales, para que posteriormente sean aceptables en las relaciones entre administración y administrados.

Incluso se puede colegir, que el principio de proporcionalidad por ser un principio plenamente argumentativo, permite fundamentar e interpretar eficazmente los derechos fundamentales, incluso lo que los referidos mandan, prohíben o permiten.

Otro estudioso del principio de proporcionalidad, como lo es Martínez García (2011), analiza que:

El principio de proporcionalidad, que forma parte de los principios generales del Derecho de la Unión, exige que los actos de las instituciones de la Unión no rebasen los límites de lo que resulta adecuado y necesario para el logro de los objetivos legítimos perseguidos por la normativa controvertida, entendiéndose que, cuando se ofrece una elección entre varias medidas adecuadas, debe recurrirse a la menos onerosa, y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos. (pág. 236)

Además, el principio de proporcionalidad dentro del Derecho, y primordialmente dentro del Derecho Administrativo, ha logrado ser un instrumento de argumentación mediante el que se estructuran los motivos y razones de quien analiza una actuación de los poderes públicos, y cualquier limitación en que se encuentren los mismos. Se ha convertido además, en un principio

rector indispensable en la ejecución de la administración, actuando con un límite material en las actividades de la misma principalmente sobre el ámbito de libertad de los administrados, configurándose como una herramienta eficaz en el control jurídico material de las decisiones discrecionales de la indicada administración.

De lo referido, ¿es procedente la aplicación del principio de proporcionalidad dentro del Derecho Administrativo, principalmente en las potestades discrecionales de la administración?, la respuesta pertinente la realiza Ramírez Escudero (2007), que señala la aplicación del principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo, en cuanto:

(...) el principio de proporcionalidad solo puede operar en el ámbito de las actuaciones discrecionales de la Administración, que afectan la esfera jurídica de los particulares. Por contraposición a las actuaciones regladas de la Administración, en las cuales esta debe limitarse a aplicar reglas, en la esfera de las actuaciones discrecionales, la Administración está en capacidad de determinar qué medidas tomar para obtener los fines propios de sus potestades.

En consecuencia, es posible determinar si la medida adoptada por la Administración es o no proporcional. (pág. 19)

Es decir, que el principio de proporcionalidad puede aplicarse dentro de las facultades discrecionales de la Administración Pública analizando a su vez si la medida adoptada por la misma es proporcional o justa por así decirlo.

Una vez que se analizado la procedencia de la aplicabilidad del principio de proporcionalidad en el Derecho, y sobre todo en el Derecho Administrativo, a continuación se explicará la conformación de criterios del principio objeto de la presente investigación, de conformidad a lo expuesto por Barnes (1998), en lo siguiente:

a) Toda la atención del principio de proporcionalidad se concentra en los medios previstos en la norma y/o utilizados en su aplicación por el poder público. Se articula

técnicamente en torno a tres criterios escalonados: la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido propio: (...) (pág. 18)

1.1.4. Sub principios del principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad se encuentra contenido de tres sub principios o criterios, que a continuación analizaremos en vista de que requieren un análisis completo para su concreta aplicación:

1. La idoneidad o juicio de adecuación.

Para comprobar la utilidad o idoneidad de una medida restrictiva de un derecho habrá de verificarse, inicialmente, si es apta para la consecución del fin perseguido. En defecto, lo primero que habrá que comprobar es (...) si la relación medio-fin resulta adecuada e idónea. Es preciso, por tanto, que la restricción que sufre el derecho resulte realmente útil para justificar el fin perseguido, o, dicho en negativo, que la medida restrictiva no sea desde todo punto de vista, y en principio, absolutamente inútil para alcanzar el fin. (Perelló Domedech, 1997, pág. 70).

Al analizar este primer sub principio, es decir la idoneidad, se concibe la orientación de identificar que la medida a ser acogida sea la idónea, para alcanzar el efectivo cumplimiento del objeto para el que se necesita, entendiendo la aptitud y capacidad para realizarlo.

El siguiente sub principio es:

2. La necesidad o juicio de indispensabilidad.

Una vez constatada la existencia de una adecuada relación medio-fin, esto es, superado el test de adecuación, el análisis debe recaer sobre la necesidad de la medida. Ello implica examinar si la intervención pública es indispensable, por no existir un instrumento más moderado para su consecución.

De entre los diversos medios posibles, habrá de optarse por aquel que implique una menos restricción en la esfera jurídica de los afectados, esto es, que no se imponga un sacrificio claramente innecesario por no existir otra alternativa menos gravosa que puede satisfacer igual objetivo. Por tanto, de entre las posibles alternativas, deberá elegirse siempre aquel menos gravosa o restrictiva de los derechos; para ello habrá que confrontar los diversos medios igualmente idóneos y aptos para la consecución del fin, y determinar aquella que resulte menos onerosa, siempre que existan otras alternativas que garanticen de modo satisfactorio el objeto que justifique el límite, por consiguiente, han de rechazarse las medidas más gravosas y elegir el medio más beneficioso. (Perelló Domedech, 1997, pág. 72).

Este segundo sub principio, es decir la necesidad, se realiza una comparación entre la medida adoptada y los medios alternativos que podrían ser acogidos, principalmente con relación a la necesidad de que estos medios sean proporcionalmente cumplidos.

3. La proporcionalidad en sentido estricto.

Finalmente, superados los anteriores juicios de idoneidad y necesidad, debe comprobarse si existe un equilibrio entre las ventajas y perjuicios que se generan por la limitación de un derecho para la protección de otro bien o derecho constitucionalmente protegido. Para ello, resulta inevitables valorar los diferentes intereses contrapuestos y las circunstancias concurrentes en cada caso. Los beneficios y ventajas derivados de la restricción del derecho deben ser siempre superiores a los perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto. Debe existir una equilibrada ponderación entre las ventajas y los perjuicios que se generan cuando se limita un derecho a fin de proteger otro derecho o bien constitucionalmente protegido, tomando en consideración las circunstancias relevantes en cada caso. En definitiva ello implica que los medios elegidos deban

mantenerse en una relación razonable con el resultado perseguido. (Perelló Domedech, 1997, pág. 75)

Por último, el tercer sub principio, es decir la proporcionalidad en sentido estricto, también denominado como mandato de ponderación, se refiere a la optimización relativa a las posibilidades jurídicas y actúa una vez que se ha acreditado la idoneidad y la necesidad de aplicación de la proporcionalidad. En este caso, este sub principio finaliza la aplicación del principio de proporcionalidad con su efectiva aplicación, es decir la ponderación como tal.

Una vez cumplidos los sub principios del principio de proporcionalidad estudiado, es procedente la aplicación del mismo, tomando en cuenta que la proporcionalidad sirve como herramienta argumentativa que orienta a la fundamentación de juicios de validez.

1.1.5. Finalidad del principio de proporcionalidad.

Sin embargo, para entender la funcionalidad y finalidad de la aplicación del principio de proporcionalidad, es necesario establecer presupuestos desde los cuales se formule su entendimiento; estos presupuestos, corresponden al menos a los derechos fundamentales y a la carta magna de cada Estado. Es permisible entender el principio de proporcionalidad comenzando por un modo determinado de comprender las categorías respectivas.

Para lo mencionado, Barnes (1998) expone a:

La proporcionalidad como criterio de inspiración y como principio constitucional.

Conviene insistir en la distinción entre el plano de lo jurídicamente exigible, única perspectiva que aquí interesa, del terreno de lo constitucionalmente admisible y, más ampliamente, de la proporcionalidad como regla de razón o criterio político que informa o inspira la tarea del legislador. La primera es justiciable, no así la segunda, que pertenece a la libre esfera que al legislador corresponde. (pág. 33)

Es precisamente en este contexto que surge el principio de proporcionalidad como herramienta que permitirá responder lo siguiente: ¿cuál de los dos contenidos de derechos en conflicto se

restringirá?; y, ¿cuál será la restricción? Ahí es donde es necesario la aplicación y justificación del principio de proporcionalidad sobre cualquier tipo de restricción del derecho, en ese sentido se aplicará siempre y cuando la lesión haga que un derecho sea sensato para la fiel defensa de otro derecho, o para su obtención.

Carbonell y Grández (2010), establece críticas al principio de proporcionalidad, principalmente en lo siguiente:

La primera de ellas es que no existe ninguna exigencia constitucional que obligue a concebir los derechos fundamentales tal y como los concibe las teorías conflictivistas. (...) Del mismo modo no existe ningún elemento que permita asumir que el contenido constitucional de un derecho fundamental está dividido en dos partes, una muy vinculadas a la visión conflictivista de los derechos fundamentales.
(pág. 179)

De lo anotado se demuestra la importancia del principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico, ya que ayuda a encontrar un mayor grado de racionalidad y sistematicidad en el referido ordenamiento, haciendo posible que la gestión de las normas jurídicas sean más llevaderas, como por ejemplo el reducir el riesgo de aplicar sanciones desproporcionales, y realizarlas en el grado de aplicación de conformidad al hecho o acto producido. Entonces ahí es cuando la investigación realizada obtiene los frutos referidos, en cuanto a un principio más razonable que permita a la administración actuar adecuadamente, teniendo sus respectivos límites a la facultad discrecional de la que se encuentran investidos, concordando con:

La lógica que subyace a la idea de proporcionalidad (moderación, justicia distributiva, etc.) ha aflorado inevitablemente, en cada tiempo y lugar, por distintos poros, hasta cristalizar más moderadamente, a fueras de su uso artesanal por la jurisprudencia, en técnica jurídica, presente en los más variados ámbitos y expresiones (...) la proporcionalidad como límite de la actividad limitadora de la libertad (...). Tal es su magnitud de la denominación de origen, "principio de

proporcionalidad”, ha quedado reservada a la operación de enjuiciamiento, de revisión en tres niveles, de la injerencia sobre la libertad, señaladamente frente a la intervención legislativa. Reducir o juzgar el principio de proporcionalidad por la proporcionalidad de las penas (...) (Barnes, 1998, pág. 48)

El hecho de que se pueda aplicar el principio de proporcionalidad en las acciones de la administración, no significa que será una garantía, sin embargo se ha determinado la importancia de su aplicabilidad y la determinación en calidad de herramienta de trabajo para las decisiones de la administración, sobretodo en cuanto al cumplimiento de los derechos fundamentales; por lo que, no sólo sería una herramienta para la administración sino también una exigencia por parte de los administrados, en cuanto a la aplicación del principio de proporcionalidad.

No obstante, el principio de proporcionalidad una vez aplicado, continuará con un cálculo de ponderación, donde se aplicará en sentido estricto a la optimización de varias posibilidades jurídicas.

1.2. La Ponderación.

Una vez que se analizó el principio de proporcionalidad y a sus sub principios, en lo siguiente se analizará a la ponderación propiamente dicha, sin confundir en ningún sentido del proceso de interpretación y aplicación de las diferentes normas tomando en consideración que el conflicto y su resolución, y el escenario en el que se manifiestan las consecuencias de la progresividad de los principios; aquí es donde entra la ponderación, ya que los principios están dotados del peso. Según Stone Sweet (2013), señala que “el propósito de la ponderación debe ser el de resolver presuntos conflictos entre principios y ayudar a todos los órganos del Estado en su tarea de optimizar apropiadamente los derechos y otros principios contrapuestos” (pág. 50).

1.2.1. Concepto de la ponderación.

De lo referido, Alexy (2007) define el concepto de ponderación, en lo siguiente:

La ponderación es una consecuencia de la vinculación directa y universal de los principios y derechos, y si bien no garantiza una y sólo una respuesta para todo

problema práctico, si nos indica que hay que fundamentar para resolver un conflicto constitucional, es decir, hacia donde ha de moverse la argumentación a saber: la justificación de un enunciado de preferencia en función del grado de sacrificio o de afectación de un bien y del grado de satisfacción del bien en pugna. La ponderación se endereza a la construcción de una regla y si nos tomamos en serio las exigencias de la argumentación, ello significa el respeto a un principio de universalización que opera como garantía última de racionalidad. (pág. 95).

Sin embargo, Arroyo Jiménez (2009) contradice lo expuesto por Alexy, cuando manifiesta que:

Una adecuada disección de las relaciones entre ponderación y proporcionalidad exige adoptar como punto de partida la constatación de que estas dos técnicas entran en juego en contextos diferentes. En efecto, ponderación y proporcionalidad no son instituciones homogéneas, y por ello no pueden plantearse como alternativas. Por un lado, la primera es un método decisorio característico de determinados contextos normativos, caracterizados, según se ha señalado, por la preexistencia de un conflicto de normas que no se puede resolver mediante el establecimiento de una relación de preferencia incondicionada. Por otro lado, la segunda es esencialmente un método de control cuya aplicación presupone que la decisión objeto de control ha sido ya adoptada. La propia estructura del principio de proporcionalidad consiste, en efecto, en la aplicación del conocido test tripartito sobre una medida determinada, adoptada de ordinario por un sujeto distinto a aquél que desarrolla el juicio de control. (pág. 15).

Es decir, Arroyo analiza a la ponderación como una institución diferente a la proporcionalidad, motivo por el que no pueden establecerse como alternativas, tomando en cuenta que los estudiosos analizan a la ponderación como consecuencia de la aplicación de la proporcionalidad.

Entonces, aquí viene otra interrogante, ¿qué es lo que busca la ponderación? Busca aplicar la adecuada aplicación de un principio al caso presentado. No trata en ningún momento de negociar sino más bien de crear la aplicación de un principio que en determinadas ocasiones se pueda generalizar para los futuros casos que se presenten. Y, ¿qué pasa si no logra su objetivo? En principio, la ponderación no alcanzará su sentido al cien por ciento para satisfacer a cabalidad los conflictos de los principios, otorgando una solución permanente, sin embargo la ponderación se puede convertir en un procedimiento racional que operará en beneficio y equilibrio de los principios y subsecuentemente de los derechos fundamentales y las normas.

Según Carbonell y Grández, (2010), señalan que más allá de lo que significa el logro o no del objetivo en su totalidad, “la ponderación es una función positiva en virtud de que busca una solución que comporte el menor sacrificio de un principio o derecho compatible con la mayor satisfacción de otro según el criterio de proporcionalidad” (pág. 107).

Incluso Carbonell y Grández, (2010), señalan que “(...) el núcleo de la ponderación es la ley de la ponderación: “Cuando mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”. (pág. 143).

Entonces, la siguiente interrogante es: ¿Existe la posibilidad de que no pueda aplicar la ponderación? La respuesta es sí, sobretodo existe un margen cuando hay un empate, por así decirlo, entre las razones a favor y en contra de la implementación de la ponderación, es decir, cuando los beneficios que se esperan derivados de la ponderación son en su totalidad equivalentes a los sacrificios a realizarse para los derechos fundamentales. Esto podría ser un problema de la estructura de la ponderación en el Derecho.

Existe otro pronunciamiento contradictorio al analizado, en el que Bernal Pulido (2007) manifiesta que:

En la ponderación se sopesan derechos, bienes e intereses, que componen un universo difuso, y que pertenecen a un conjunto infinito de titulares, cuya identificación está sometida a meridianas dificultades. Incluso, dentro de la misma obra señala que, lo complejo de aplicar el principio de proporcionalidad se basa en

la dificultad para establecer cuáles son los derechos o bienes que ostentas la capacidad de producir un conflicto constitucional que deba ser resuelto mediante la aplicación del principio de proporcionalidad. (pág. 189).

Sin embargo, se analiza la posibilidad de aplicar la ponderación en cuanto a los conflictos entre principios o derechos fundamentales, aunque no exista una medida única para determinar el peso de los principios, ya que las observaciones a la ponderación tratan principalmente sobre temas de estructura de los principios y también de metodología de aplicación de la ponderación propiamente dicha. Sin embargo en la presente investigación se demostrará la fiel aplicación de la ponderación en las sanciones administrativas, sobre todo a su estructura jurídica, que es una combinación de colisión, ponderación, fórmula del peso y carga argumentativa, tomando en cuenta que no existe un solo criterio donde se garantice o no la objetividad de la ponderación.

Según Bernal Pulido (2007), dice en cuanto a la ponderación:

(...) la objetividad plena solo es posible en un sistema jurídico utópico, pues las normas que establecen los principios son siempre indeterminadas.

Adicionalmente, esa objetividad no sería deseable en un sistema democrático, pues, por una parte, eliminaría el debate sobre la aplicación de los principios al dictarles a los poderes públicos cuál debe ser su decisión.

Por otra parte, petrificaría el derecho, al imposibilitarle responder a la evolución de los problemas sociales. (pág. 569).

Continuando el estudio de la ponderación, Martínez García (2011) establece que:

(...) la ley de ponderación ha tenido un importante desarrollo en la ley del peso y en la carga argumentativa.

La primera permite establecer el peso de cada uno de los principios en colisión, teniendo en cuenta las circunstancias del caso bajo estudio.

La segunda permite resolver el caso, cuando el resultado de la aplicación de la fórmula del peso es un empate; es decir, cuando los dos principios en colisión tienen igual peso. (pág. 251)

Y de acuerdo con Alexy (2007), la ponderación puede dividirse en tres pasos:

1. la definición del grado de afectación de uno de los principios;
2. la definición de la importancia de la satisfacción del otro principio; y,
3. la determinación de si la importancia de la satisfacción de un principio justifica la afectación del otro. (pág. 18).

Entonces el referido tratadista determina la procedencia de la aplicabilidad de la ponderación, sin lugar a duda, tomando en consideración el grado de afectación, la importancia de la satisfacción y si la importancia de la satisfacción justifica la afectación, todos en sentido de los principios.

El autor Zavala Egas (2009), expone el sentido en el cual se puede aplicar la referida ley de ponderación, cuando manifiesta que:

(...) el sacrificio impuesto a un principio (puede ser enunciativo de un bien o de un derecho) en beneficio de otro, sólo se justifica en la medida que sea en el mínimo necesario para no impedir la satisfacción del otro principio considerado como más importante en esas circunstancias concretas. (pág. 87)

1.2.2. Aplicabilidad de la ponderación.

La ponderación no carece de racionalidad, ya que contiene determinación e incluso posibilidad de predecir los resultados del caso concreto, calificando a la ponderación con certeza, en varios casos, con un cierto grado de generalidad y coherencia del derecho en la solución de cada uno. Además, la ponderación como tal no es objetiva en su totalidad, pero es posible que al aplicar un método de ponderación, como resultado se produzca el beneficio y equilibrio de principios que se encuentran colisionando.

Incluso, se considera que la aplicación de la ponderación implicaría por parte de la Administración, el doble ejercicio del poder discrecional, que en principio es bueno en estricto sentido de la eficiencia de la administración; es por esto, que en la presente investigación, se propondrá la creación de una ley reformativa donde el principio de proporcionalidad se aplique con base en un método de ponderación, ley que será objeto de aplicación por parte de la Administración en beneficio de los administrados, o en su defecto en su relación contractual con los mismos.

Lo referido, también concuerda con lo expuesto por el autor Carbonell (2008), en cuanto a:

(...) La legitimidad de la ponderación en el derecho depende de su racionalidad. Cuanto más racional sea la ponderación, más legítima será la práctica de ponderaciones. Ahora bien, la estructura de la ponderación es decisiva para su racionalidad. Si los análisis revelaran que la ponderación no puede ser sino una decisión arbitraria, entonces sería cuestionable su racionalidad, así como su legitimidad en la jurisprudencia, sobre todo en la jurisprudencia constitucional. El problema de la estructura de la ponderación es, por tanto, el problema central de la ponderación en el derecho. (pág. 13)

1.2.3. Funcionalidad de la ponderación.

Se analiza la funcionalidad de la ponderación en el Derecho Administrativo, en cuanto a lo manifestado por Arroyo Jiménez (2009), en:

(...) Conviene, por último, detenerse en la presencia de la ponderación en el contexto preciso del Derecho administrativo (...). Para ello acaso resulte de utilidad adoptar como punto de partida la distinción entre la configuración normativa del Derecho administrativo por parte del legislador y la actividad, normativa o no, de la Administración pública. De la caracterización realizada en las secciones precedentes se deriva con claridad que la ponderación no es un tipo de discurso que resulte exclusivo de un determinado operador jurídico o de su actividad peculiar. No se trata, en particular, de una técnica privativa de la actividad de control realizada por los Jueces y Tribunales. Si la ponderación es el método característico de resolución de los conflictos integrados por principios, entonces será lo normal que dicho método sea empleado por todos los operadores jurídicos llamados a interpretar y aplicar las normas que pertenecen a esa categoría. (pág. 23).

Entonces una vez explicada la funcionalidad de la ponderación en el Derecho Administrativo, y sobre todo en cuanto a la administración, es correcto anotar que dentro del Derecho Administrativo es pan de cada día resolver un sin número de conflictos ya sea en la relación entre la Administración y los Administrados, como también su relación contractual, motivo por el que la ponderación de principios debería ser una herramienta de gran utilidad para resolver los mismos, incluso en base a la proporcionalidad de principios. Es decir, es necesario establecer un equilibrio entre los conflictos, con la finalidad de garantizar los derechos fundamentales.

Por último, es necesaria también la ponderación en varios aspectos reflejados dentro del Derecho Administrativo, por ejemplo los conflictos entre principios como los de eficacia, legalidad, autotutela, entre otros, tomando en cuenta que la importancia que juegan las potestades de las que se encuentra investida la Administración no solo está delimitado a la Carta Magna o al Derecho Administrativo como tal, sino también por las normas con rango y fuerza de Ley, que pueden crear posibles ponderaciones de la Administración.

1.2.4. Principales métodos de ponderación.

Para realizar un breve análisis de los principales métodos de ponderación, es necesario antes aclarar que Alexy (Alexy, 2010, pág. 58), establece que “el principio de proporcionalidad en sentido estricto, es idéntico a una regla que podría denominarse la “Ley de la ponderación””, refiriéndose a los derechos constitucionales en tanto que principios.

El autor (2010, pág. 224) también señala que “la ponderación es la técnica consistente en resolver los conflictos entre los principios que establecen derechos, e incluso, es un procedimiento racional de aplicación del derecho como tal”, por lo que es importante su estudio, análisis y aplicación prioritaria en todos los conflictos de principios, especialmente el de proporcionalidad en cuanto a la aplicación de sanciones administrativas resultantes de las terminaciones unilaterales de contratos.

Por último, Alexy (2010) concluye que:

(...) cuando dos principios entran en colisión, es criterio que uno de los dos ha de ceder frente al otro, pero esto no significa que uno de los dos principios sea inválido, ni que en el principio desplazado haya que introducir alguna excepción, es decir, lo que sucede es que, en determinadas circunstancias un principio precede al otro; es por esta razón que se afirma que, en los casos concretos los principios tienen diferente peso y el conflicto ha de resolverse según la dimensión de peso y no según la dimensión de validez, a esto se le llama la fórmula del peso. (pág. 226)

De lo expuesto, a continuación se analizarán dos métodos que se considera, son los principales.

a) Examen de proporcionalidad

Según la autora Laura Clérico (2010, pág. 116), otra investigadora del principio de proporcionalidad y sus efectos directos, señala que “el centro del examen de proporcionalidad

está dado por la relación de peso de los argumentos que hablan a favor y en contra de la restricción del derecho”, por lo que es necesario estudiar la siguiente regla de proporcionalidad detallada en lo siguiente:

(PP) Cuando (el medio establecido es idóneo y el menos lesivo y) el peso de los argumentos que hablan a favor de la importancia del fin estatal legítimo (que pretende justificar la intensidad de la restricción ius fundamental) sobrepasa el peso de los argumentos que hablan a favor de evitar la intensidad de la restricción ius fundamental, entonces la medida estatal es proporcional en sentido amplio.

(PP') Cuando (el medio establecido es idóneo y el menos lesivo y) el peso de los argumentos que hablan a favor de la importancia del fin estatal legítimo (que pretende justificar la intensidad de la restricción ius fundamental) no sobrepasa el peso de los argumentos que hablan a favor de evitar la intensidad de la restricción ius fundamental, entonces la medida estatal no es proporcional en sentido amplio.

(Clérico, 2010, pág. 141).

Del análisis del examen de proporcionalidad, se concluye que su naturaleza es la determinación de la colisión de los principios así como la consideración de la aplicación de una regla con su resultado de la ponderación, misma que soluciona la determinación de la magnitud de la restricción al derecho, la determinación del peso abstracto del derecho afectado, la determinación del peso abstracto del fin de la medida estatal, la ponderación en concreto entre el peso abstracto y concreto de los principios y la intensidad de la restricción de los derechos afectados, es decir, la formulación de la solución de la colisión de los principios es una regla o resultado de la ponderación.

La relación de la prioridad debe ser equilibrada, tratando de que ambos principios o derechos logren cierto grado de realización ya que sería injusto que un principio alcanzara un nivel alto de realización y el otro principio no logre su cometido.

b) Fórmula de peso

En lo que respecta a la fórmula de peso, Bernal Pulido (2006) señala:

(...) en la que reconstruye la manera para encontrar el peso concreto de un principio que colisiona con otro en el marco de una ponderación. Según esta fórmula, el peso concreto de un principio (x) en relación con el principio colisionante (y) en una ponderación que se realiza teniendo en cuenta las circunstancias del caso C, depende de la importancia del principio (x) en el sistema constitucional y por el grado de seguridad de las premisas que con afectación de este principio pueda determinarse. Todo esto se divide por la importancia concreta del principio colisionante (y) bajo las circunstancias del caso en concreto, multiplicada por el peso abstracto del principio (y) en el sistema constitucional y por el grado de seguridad de las premisas que con la afectación de este principio (y) pueda determinarse. (pág. 53).

A más de lo expuesto, la fórmula del peso es una herramienta muy importante dentro de la ponderación, sin embargo la referida fórmula no pretende sustituirla como forma de argumentación por el cálculo de los principios que se encuentran en conflicto, ya que realmente se trata sin más ni menos de un dispositivo formal para expresar la estructura de la ponderación de principios.

Vale anotar que aunque en Derecho la ponderación se basa en la argumentación dentro de la colisión de principios, entre otros, y es difícil poder establecer algún tipo de medición posible sin que medie la referida argumentación, siendo importante que se empleen además un cierto grupo de herramientas, instrumentos inclusive la intuición, significando que la intensidad de las interferencias. Sin embargo, si es posible la aplicación de la fórmula de peso, teniendo en cuenta las circunstancias del caso bajo análisis, agregando además de ser necesario, la presentación de algún tipo de argumento a favor o en contra de una proposición o colisión de principios o derechos, es necesario la perceptibilidad de la proposición como tal.

c) Estructura argumentativa

Bernal Pulido (2007), explica lo que es la estructura argumentativa en lo siguiente:

(...) el decurso argumentativo del principio de proporcionalidad en sentido estricto debe estructurarse en tres pasos:

1. El primero consiste en determinar las magnitudes que deben ser ponderadas, es decir, la importancia de la intervención en el derecho fundamental y la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa.
2. El segundo consiste en comparar dichas magnitudes, a fin de determinar si la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa es mayor que la importancia de la intervención en el derecho fundamental.
3. El tercero es construir una relación de precedencia condicionada entre el derecho fundamental y el fin legislativo, con base en el resultado de la comparación llevada a cabo en el segundo paso. (pág. 765)

De lo señalado, se concluye la importancia de la estructura argumentativa, para continuar con la ponderación necesaria dentro de los conflictos de derechos o principios, acoplándolos a nuestra realidad propia, analizando la magnitud de un derecho como del otro, y la importancia del uno sobre el otro.

2. El Principio de Proporcionalidad en el marco jurídico ecuatoriano.

El principio de la proporcionalidad, se entiende como “Un juicio de doble exigencia, por una parte, que la medida restrictiva tenga un fin, y en segundo lugar que la misma sea adecuada para que pueda alcanzarse una situación que satisfaga el fin a que supuestamente sirve” (Sánchez Gil, 2007, pág. 40). El principio de proporcionalidad precisa dentro de la justicia como uno de los primordiales valores del Derecho, instituyéndose en una proporción determinada entre sujetos, para lo que cualquier tipo de transgresión vuelve injusta su relación, tornándola desproporcionada.

La característica principal cuando se trata de proporción, según Quinteros Olivares (1982, pág. 401), es que “rige la justicia, cumpliendo un papel importantísimo en el Derecho, conjuntamente con el debido actuar de la sociedad, estableciendo los resultados proporcionales a la ejecución de un acto, de manera que la compostura acogida, su consecuencia y la disposición cumplida, destinen más allá de una decisión equilibrada”, es decir, es necesario que la proporcionalidad se predique con relación a la adecuada proporción o equilibrio entre la relación de la sanción y sus resultados.

2.1. Principio de proporcionalidad en el Ecuador.

2.1.1. Reseña Histórica.

El Estado ecuatoriano actualmente cuenta con la garantía de aplicar el principio de proporcionalidad, sin embargo se hará un breve análisis del principio de proporcionalidad incluido dentro de las 3 últimas cartas magnas del Estado ecuatoriano, en lo siguiente:

Según las Constituciones Políticas de la República del Ecuador de los años (1997) y (1998), el principio de proporcionalidad se encontraba establecido en el artículo 22, numeral 19, literal c), conforme lo siguiente:

Art. 22.- Sin perjuicio de otros derechos necesarios para el pleno desenvolvimiento moral y material que se deriva de la naturaleza de la persona, el Estado le garantiza:

19. La libertad y seguridad personales. En consecuencia:

c) Nadie será reprimido por acto u omisión que en el momento de cometerse no estuviere tipificado ni reprimido como infracción penal, ni podrá aplicársele una pena no prevista en la Ley. En caso de conflicto de dos Leyes penales, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando esta fuere posterior a la infracción.

La Ley penal establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las penas;

También se tomaba en cuenta al referido principio, en cuanto a lo establecido en el artículo 24, numeral 3, referente a que “Las leyes establecerán la debida proporcionalidad entre infracciones y sanciones”. (Asamblea Nacional, 1997) y (Asamblea Nacional, 1998)

Por último, el referido principio también se encontraba mencionado en el artículo 67 de los mencionados cuerpos legales, en lo siguiente:

Art. 67.- El régimen tributario se rige por los principios básicos de la igualdad, proporcionalidad y generalidad. Los tributos, además de ser medios para la obtención de recursos presupuestarios, servirán como instrumento de política económica general.

Las leyes tributarias estimularán la inversión, la reinversión, el ahorro y su empleo para el desarrollo nacional. Procurarán una justa distribución de las rentas y de la riqueza entre todos los habitantes del país.

Sin embargo, actualmente con la Constitución de la República del Ecuador, (1998), el principio de proporcionalidad tomó fuerza para aplicarse también en relación a las infracciones y sanciones penales, administrativas o de cualquier otra naturaleza; motivo por el que en la presente investigación, se analizará principalmente el estudio de las infracciones y sanciones administrativas con la debida aplicación proporcional de las mismas.

2.1.2. Principio de proporcionalidad y ponderación en la normativa legal vigente ecuatoriana.

Vale anotar que tanto el principio de proporcionalidad como la ponderación se encuentran establecidos dentro de la normativa legal vigente ecuatoriana, principalmente en la determinación de las sanciones administrativas o de cualquier naturaleza, y es aquí donde se enmarcará una parte de la presente investigación, siendo preciso que mediante este principio, se materialice la

aplicación del mismo por parte del Estado, que primariamente se encuentra amparado actualmente en nuestra Constitución de la República del Ecuador (2008), Capítulo Octavo, referente a los derechos de protección, en su artículo 76, numeral 6, que manda:

En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...)

6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

Además, dentro del artículo 1 y artículo 3, numerales 2 y 3, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009), con relación al principio de proporcionalidad y la ponderación de derechos, indica:

Art. 1.- Objeto y finalidad de la ley.- Esta ley tiene por objeto regular la jurisdicción constitucional, con el fin de garantizar jurisdiccionalmente los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos y de la naturaleza; y garantizar la eficacia y la supremacía constitucional.

(...) Art. 3.- Métodos y reglas de interpretación constitucional.- Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente.

Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos:

2. Principio de proporcionalidad.- Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución

de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.

3. Ponderación.- Se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.

Además, el Código Orgánico Integral Penal (2014), se refiere al principio de proporcionalidad, en varios artículos conforme lo siguiente:

Art. 12.- Derechos y garantías de las personas privadas de libertad.- Las personas privadas de libertad gozarán de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución de la República y los instrumentos internacionales de derechos humanos: (...)

16. Proporcionalidad en la determinación de las sanciones disciplinarias: las sanciones disciplinarias que se impongan a la persona privada de libertad, deberán ser proporcionales a las faltas cometidas. No se podrán imponer medidas sancionadoras indeterminadas ni que contravengan los derechos humanos. (...)

Art. 520.- Reglas generales de las medidas cautelares y de protección.- La o el juzgador podrá ordenar medidas cautelares y de protección de acuerdo con las siguientes reglas:

Al motivar su decisión la o el juzgador considerará los criterios de necesidad y proporcionalidad de la medida solicitada.

(...) Art. 725.- Sanciones.- Se impondrán las siguientes sanciones dependiendo de la gravedad y reincidencia, las que deben justificarse en virtud de la proporcionalidad y características de la falta cometida: (...)

2.2. Sanciones previstas en la normativa jurídica nacional en el caso de terminaciones unilaterales de contratos.

Dentro de la otra parte de la investigación, se analiza la forma mediante la cual el principio de proporcionalidad funciona como instrumento jurídico eficaz, para ser aplicado dentro de las terminaciones unilaterales de contrato, tomando en cuenta que dentro del Derecho Administrativo, en el área de Contratación Pública, las entidades contratantes de forma discrecional, resuelven la terminación unilateral de los contratos administrativos, por la causal establecida en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCPP) (2008), en el primer y tercer numeral del artículo 94, cuyo contenido es el siguiente:

Terminación Unilateral del Contrato.- La Entidad Contratante podrá declarar terminada anticipada y unilateralmente los contratos a que se refiere esta Ley, en los siguientes casos:

1. Por incumplimiento del contratista; (...)
3. Si el valor de las multas supera el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato (...).

En lo referido, hay que señalar que considera que el valor de la garantía de fiel cumplimiento de contrato es por el 5% del valor total del contrato.

Como consecuencia del trámite de Terminación Unilateral del Contrato Administrativo, la LOSNCPP (2008), en su artículo 95, incisos quinto y sexto, señala:

Art. 95.- Notificación y Trámite.- (...) la Entidad Contratante podrá dar por terminado unilateralmente el contrato, mediante resolución de la máxima autoridad de la Entidad Contratante, (...)

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 (10) días para realizar el pago respectivo. Si vencido el término señalado no efectúa el pago, deberá 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. (...)

De lo expuesto, como consecuencia de la terminación unilateral del contrato, el contratista constará como incumplido en el Servicio Nacional de Contratación Pública, en concordancia con lo establecido en el mismo cuerpo legal referido, en su artículo 19, que establece:

Art. 19.- Causales de suspensión del RUP.- Son causales de suspensión temporal del Proveedor en el RUP:

1. Ser declarado contratista incumplido o adjudicatario fallido, durante el tiempo de cinco (5) años y tres (3) años, respectivamente, contados a partir de la notificación de la resolución de terminación unilateral del contrato o de la resolución con la que se declare adjudicatario fallido;

Y por último, al constar suspendido en el Registro Único de Proveedores, el contratista incumplido, recae sobre una de las inhabilidades generales para contratar con el Estado, de conformidad a lo establecido en el cuerpo legal mencionado LOSNCP (2008), dentro del Título IV, DE LOS CONTRATOS, Capítulo I, DE LAS CAPACIDADES, INHABILIDADES Y NULIDADES, en su artículo 62, numeral 4, mismo que establece lo siguiente "Inhabilidades generales.- No

podrán celebrar contratos previstos en esta Ley con las Entidades Contratantes: (...) 4. Quienes consten suspendidos en el RUP;”.

De la normativa expuesta, se determina que una vez realizada la Terminación Unilateral del Contrato administrativo, en materia de Contratación Pública, el contratista incumplido es sancionado con la suspensión del Registro Único de Proveedores (RUP), por el lapso de 5 años, tendiendo en consideración que la habilitación en éste, es requisito indispensable para celebrar contratos con el Estado.

Además, cuando se requirió dentro del proceso de contratación las garantías respectivas para el cumplimiento de contrato y buen uso de anticipo, también es sancionado con la ejecución de las referidas, tratándose de la garantía de cumplimiento de contrato (Correspondiente al 5% del monto total del contrato) y la garantía del buen uso de anticipo (Valor reajustado hasta la fecha de terminación del contrato y en el caso que se hubiere requerido), generando de esta manera un perjuicio económico también al contratista.

En esta parte hay que señalar la proporcionalidad de las sanciones impuestas al Contratista, en relación a proporción del incumplimiento, sobretodo el grado del perjuicio ocasionado al contratista derivado del mismo; entonces, aquí entra el principio de proporcionalidad a aplicarse en las sanciones administrativas a los contratistas incumplidos.

En los últimos años, han sido efectivos los cambios sustanciales realizados para el desempeño de las atribuciones, facultades y funciones de la Administración Pública, sin embargo, en consideradas ocasiones se ha dejado de lado por parte de la Administración Pública, la garantía del efectivo cumplimiento y goce de los derechos y principios constitucionales, con la justificación de desempeñar de una forma “eficaz” las facultades y funciones de la misma. Este criterio se pronuncia principalmente con relación a la Terminación Unilateral de Contrato, en ocasiones que no amerita realizarlos, por ejemplo cuando el “Contratista Incumplido”, realizó el objeto contractual en más del 90% del mismo, pero la terminación unilateral del contrato es perjudicial para el contratista mencionado, es vista de que no se ha considerado su cumplimiento contractual sino solo el hecho de haber “incumplido”, y la aplicación de sanciones que la referida terminación desencadena.

Ahí es donde se adhiere esta investigación, ya que al analizar una de las principales facultades mencionadas, encontramos la facultad discrecional de la Administración Pública, que se refiere cuando el orden jurídico le otorga a la misma cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa, o hacerla de una u otra manera.

Además, Gordillo (2000) manifiesta que:

La ley permite al administrador que sea él quien aprecie la oportunidad o conveniencia del acto a los intereses públicos; ella no predetermina cuál es la situación de hecho ante la que se dictará el acto, o cuál es el acto que se dictará ante una situación de hecho. El órgano administrativo tiene elección, en tal caso, sea de las circunstancias ante las cuales dictará el acto, sea del acto que dictará ante una circunstancia. (pág. 222).

En vista de lo anotado, es increíble pensar que la Administración Pública pese a su facultad discrecional, en desacertadas ocasiones resuelve la terminación unilateral de un contrato administrativo, obteniendo como consecuencia, la suspensión por el período de 5 años al contratista incumplido, afectándole durante este lapso de tiempo, la inhabilidad para contratar con el Estado en calidad de contratista, perjudicando no sólo al mencionado, sino también a sus empleados, proveedores y un sinnúmero de personas que dependen de ese contratista para su diario vivir. Y, otra sanción concerniente a la ejecución de las garantías presentadas por el mismo dentro del proceso de contratación, afectando también al patrimonio del contratista incumplido, que por 5 años no generará ingresos derivados de contratos con el sector público, afectándole en todo sentido al mismo.

Es aquí donde es necesario que se aplique, a más de otros, el principio de proporcionalidad con relación al adecuado equilibrio entre la relación de las sanciones y sus resultados (Quinteros Olivares, 1982, pág. 399), es decir, ¿es proporcional que el resultado de una terminación unilateral de contrato, donde el contratista cumplió con el 90% de la ejecución del contrato, se sancione al mismo con una suspensión del RUP por el lapso de 5 años o se ejecuten las garantías presentadas por el referido?, tomando en consideración que por no haber cumplido el 10% de la ejecución del contrato, y en el que las multas sobrepasaron el porcentaje mencionado, el

“contratista incumplido” deje de trabajar para el Estado durante 5 años, y sea demandado en juicio ejecutivo por los bienes entregados en calidad de contragarantía para la emisión de las garantías presentadas dentro del proceso; aquí es donde se deberá aplicar efectivamente el principio de proporcionalidad por parte de la Administración Pública.

En el caso expuesto, es necesario que las sanciones administrativas aplicadas al contratista incumplido, sean proporcionales con el nivel de cumplimiento o incumplimiento del mismo, ya que no es conveniente que existiendo un incumplimiento del 10% de la ejecución contractual, la sanción administrativa se aplique en el mismo nivel de aplicación en el caso de que exista un porcentaje de incumplimiento del 100%; es decir, al incumplir con el 10% del contrato, sería conveniente que el contratista ingrese al registro de contratistas incumplidos por un lapso 6 meses y no por 5 años como establece la ley. Se establece como referente el período de tiempo de suspensión mencionada, con la finalidad de que el mismo sea proporcional con el grado de incumplimiento del contratista, y de esta forma el referido contratista no se encuentre afectado en su totalidad.

Vale anotar que no se considera inconstitucional la sanción administrativa que se debe imponer a los contratistas incumplidos, sin embargo, se cree que la misma es desproporcional con relación a otros derechos que también deben ser garantizados a favor de los administrados.

Varios estudios demuestran que es necesario el cumplimiento de la garantía constitucional del Estado ecuatoriano, con relación a la aplicación del principio de proporcionalidad en las sanciones establecidas, y no solo en el ámbito de la Contratación Pública, sino en todas las áreas donde se pueda ver afectada la proporcionalidad de las mencionadas.

El autor Carbonell (2008, pág. 10) analiza ampliamente el principio de proporcionalidad en cuanto a los conceptos constitucionales y de justicia, sobre todo cuando analiza al mencionado principio como “(...) el más conocido y el más recurrente “límite de los límites” a los derechos fundamentales y en esa medida supone una barrera frente a intromisiones indebidas en el ámbito de los propios derechos”. Este criterio concuerda también con el análisis realizado por Cresci Vassallo (2006, pág. 12), con relación al tratamiento del principio de proporcionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración pública.

Como estos, varios son los estudios que se han efectuado en relación al principio de proporcionalidad en las sanciones y, en base a las investigaciones ya realizadas, se desea emprender un proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en vista que es necesario que la imposición de las sanciones administrativas derivadas de la terminación unilateral de contrato, guarden proporcionalidad entre el incumplimiento atribuible al contratista y la sanción administrativa que resulte del referido incumplimiento.

Esto en concordancia con lo expuesto por Dromi (2004), quien estudia la imposición de sanciones en materia contractual, en lo expuesto a continuación:

(...) La competencia sancionadora encuentra su justificación en la necesidad de asegurar la efectiva y debida ejecución del contrato.

Las sanciones previstas en el contrato no son excluyentes ni limitativas, porque la Administración puede imponer razonablemente otras no previstas o sustituir las señaladas en el contrato por otras que se adapten mejor al contenido de la falta (...).

La Administración Pública sólo puede imponer sanciones que sean razonables y admitidas en su especie por el orden jurídico administrativo (...).(pág. 540).

El presente análisis es de gran interés, puesto que es importante que la Administración Pública, aplique las sanciones de manera proporcionada y equitativa, tomando en consideración lo expuesto por Dromi, y también de lo que desprende el significado de equidad como sinónimo de proporcionalidad, en lo siguiente:

Una de las acepciones es equivalente a justicia. En este sentido, se entiende por equidad lo fundamentalmente justo. Al fin y al cabo la palabra equidad expresa una de las dimensiones de la idea de justicia, a saber, el principio de igualdad o proporcionalidad. En tal sentido, justicia y equidad resultan vocablos sinónimos.

Una segunda acepción, la más usada e importante, de la palabra equidad es la de denotar una norma individualizada (...) que sea justa, es decir que resulte justa en el caso particular concreto para el que se dictó (...).

En tercer lugar se habla también de equidad para designar la norma o el criterio en que deben inspirarse las facultades discrecionales del juez o del funcionario administrativo. (Enciclopedia Jurídica OMEBA, 1987, pág. 427)

Para cumplir con lo expuesto, será necesario aplicar un método de ponderación que permita aplicar de manera proporcional, las sanciones derivadas de las terminaciones unilaterales de los contratos administrativos en materia de Contratación Pública, realizadas en aplicación al primer y tercer numeral del artículo 94 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, siendo de gran utilidad para el debido, eficiente y eficaz manejo de la Administración Pública (Pérez, 2010, pág. 193), en cuanto a las sanciones derivadas de la indicada terminación unilateral de contrato.

Luego de explicado el principio de proporcionalidad dentro de la normativa legal vigente ecuatoriana, se ve la necesidad de implementar una reforma a la LOSNCP, principalmente en el contenido de sus artículos 19 y 95, considerando que es indispensable la efectiva aplicación del principio de proporcionalidad en cuanto a la imposición de las sanciones tantas veces referidas. La imposición mencionada, se realizará ponderadamente con relación al porcentaje del incumplimiento del contratista, mediante la fórmula de peso de principios o derechos o carga argumentativa, que prevalecerán sobre la imposición de sanciones administrativas de manera general.

El objeto de la propuesta es la aplicación del principio de proporcionalidad, ya que actualmente la imposición de las sanciones, se aplican en igualdad de condiciones tanto al contratista que incumplió con un 10% del contrato cuanto al que incumplió en un 100% el contrato.

De esta forma, la reforma permitirá que se aplique eficientemente el principio de proporcionalidad, en cuanto a la imposición ponderada de las sanciones a los contratistas incumplidos, con relación al grado de incumplimiento contractual, con la finalidad de que los referidos, no se vea afectados o perjudicados en su totalidad, tanto en relación a su patrimonio como al trabajo del mencionado

contratista. Lo más importante es que tanto la Administración Pública, en calidad de Contratante, y el Contratista, garanticen los principales derechos constitucionales.

La necesidad de aplicar el principio de proporcionalidad señalada en la presente investigación, también concuerda con el pronunciamiento emitido por la Procuraduría General del Estado (2012), cuando establece lo siguiente:

CONSULTA:

"En la suscripción de un contrato entre entidades del sector público, hasta qué punto es conveniente mantener la multa, considerando que los recursos son estatales y de materializarse, estas se ejecutarían a un presupuesto institucional público y se consignarían en la cuenta del presupuesto fiscal".

PRONUNCIAMIENTO:

En la suscripción de un contrato entre entidades del sector público, sujeto a régimen especial de conformidad con el artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, es obligatorio que se incluya en el contrato una cláusula de multas, cuyo valor deberá guardar proporcionalidad con la falta que se sancione, pero que al tenor del artículo 71 de la citada Ley Orgánica, se deben determinar "en relación directa con el monto del contrato", a fin de que en el evento en que excedan el cinco por ciento de dicho valor y se configure la causal de terminación unilateral según el numeral 3 del artículo 94 de esa Ley Orgánica, la entidad contratante determine la conveniencia institucional de iniciar el respectivo procedimiento tendiente a la terminación anticipada.

Aunque no se analiza la proporcionalidad en la imposición de las sanciones administrativas derivadas de la terminación unilateral de contrato, es necesario analizar el criterio de la Procuraduría General del Estado, en el sentido de la aplicación de la proporcionalidad que debe existir con relación a la falta que se sancione, por lo que concuerda con la presente investigación, es decir, la proporcionalidad siempre debe existir y aún más cuando de sanciones se trate.

Adicionalmente, el criterio expuesto también coincide con el contenido de la Resolución de la Corte Nacional de Justicia No. 45 (2015), misma que en la parte pertinente expone:

En mi criterio, la Justicia, sea administrativa o constitucional, no puede pasar por alto este hecho. (...) Las resoluciones de terminación unilateral no pueden ser injustas y peor arbitrarias. Como dije antes en la providencia cautelar: "uno de los efectos derivados de la resolución anticipada de un contrato impuesta unilateralmente por la Administración es la extinción del contrato y su entrada en fase de liquidación, de manera que el cobro o la ejecución de las pólizas debe considerar los trabajos realizados y ser proporcional al alcance del incumplimiento, y para modular o dosificar ese efecto hay que valorar todo el trabajo realizado, y a parte determinar si el incumplimiento es doloso o responde a la simple negligencia del adjudicatario" (...)

Se concluye que los miembros de la Corte también establecen la necesidad de aplicar la proporcionalidad con relación al incumplimiento contractual por parte del Contratista, con la finalidad de que la extinción del contrato no sea violatorio, desconociendo los trabajos y cumplimiento realizados por parte del contratista, siendo su culminación de forma justa, modulada y equilibrada, evitando la violación de garantías constitucionales, conforme lo señalado en el numeral 6 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, referido en líneas anteriores

Por lo se termina el presente capítulo, concluyendo que la adopción de la proporcionalidad puede mejorar la consistencia y la transparencia de la aplicación de los derechos constitucionales, tal como lo expone Stone Sweet (2013, pág. 323).

CAPÍTULO II

Metodología de investigación para analizar el principio de proporcionalidad en la Terminación Unilateral de Contrato en materia de Contratación Pública.

Previamente al establecimiento de las diferentes herramientas de investigación a utilizar en la presente investigación, es necesario definir los objetivos e hipótesis a cumplir dentro de la misma, y son:

1. Objetivos.

Los objetivos generales y específicos de la presente investigación, son:

1.1. General:

- Analizar el Principio de Proporcionalidad en cuanto a las sanciones administrativas derivadas de las Terminaciones Unilaterales de Contratos en materia de Contratación Pública.

1.2. Específicos:

- Analizar si las sanciones administrativas derivadas de la Terminación Unilateral de Contrato Administrativo, son proporcionales en cuanto al grado de cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones contractuales.
- Analizar la fórmula de peso como método de ponderación, para la aplicación del principio de proporcionalidad en las sanciones administrativas derivadas de las terminaciones unilaterales de los contratos administrativos con relación al cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones contractuales.

2. Hipótesis.

Con base en lo expuesto, la hipótesis de la presente investigación es la siguiente:

¿Es posible aplicar el principio de proporcionalidad en las sanciones administrativas impuestas a los contratistas, derivados de las Terminaciones Unilaterales de Contrato, con la aplicación del primer y tercer numeral del artículo 94 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?

Además, que ¿es posible la aplicación de la fórmula de peso como método de ponderación sobre las referidas sanciones?

Una vez expuestos los objetivos y la hipótesis, a continuación se presentará la metodología a ser utilizada en la presente investigación, en vista de que el estudio de los resultados se efectuarán de manera segmentada dentro de la Administración Pública, en cuanto a materia de Contratación Pública y en cuanto a los derechos fundamentales de los contratistas del Estado, esto será muy interesante para diferenciar la percepción de la ponderación de las sanciones administrativas derivadas de las terminaciones unilaterales de contratos, tomando en cuenta lo señalado por Bernal Pulido (2008, pág. 45), en cuanto a que “la aplicación del principio de proporcionalidad, en vista de que no existen criterios jurídicos que garanticen la objetividad de la ponderación, que sean vinculantes y que pueda utilizarse para controlar las decisiones en donde se ponderan principios”. Pese a eso, se tratará de aplicar la fórmula del peso como una herramienta primordial dentro de la ponderación, sin pretender por parte de la referida fórmula, sustituir como forma de argumentación por el cálculo de los principios que se encuentran en conflicto.

En primer lugar, se aplicarán encuestas a los funcionarios públicos de varias instituciones para saber su punto de vista acerca de la aplicación del principio de proporcionalidad en cuanto a las sanciones administrativas impuestas a los contratistas incumplidos, derivadas de las terminaciones unilaterales de contratos en materia de Contratación Pública.

También se aplicarán encuestas a los contratistas del Estado ecuatoriano, que son otro grupo de interés, para determinar la factibilidad de la implementación y aplicación de la fórmula de peso como método de ponderación en las sanciones administrativas derivadas de las terminaciones unilaterales de contratos en materia de Contratación Pública, en relación al grado de cumplimiento o incumplimiento contractual.

Por último se entrevistará a profesionales de Derecho, del sector público y privado, teniendo la oportunidad de conocer su criterio sobre el tema de la presente investigación, en calidad de administradores y administrados.

De los resultados obtenidos de las encuestas y entrevistas realizadas dentro del trabajo de investigación, se realizará el análisis de la fórmula de peso como método de ponderación.

El diseño metodológico dentro de la presente investigación, es:

- **Métodos y técnicas.**

Los métodos y técnicas empleadas para el presente trabajo de investigación son:

- 1. Métodos**

En la presente investigación, se aplica el método cualitativo y cuantitativo, analizando la realidad de la Administración Pública, en cuanto a la interposición de sanciones administrativas derivadas de las terminaciones unilaterales de contrato, en atención al primer y tercer numeral del artículo 94 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Se cumplen actividades relacionadas a la observación, encuestas, entrevistas, entre otros.

- 2. Técnicas**

Dentro de la presente investigación se aplicarán las siguientes técnicas:

Observación: Siendo el primer paso de la investigación, el observar nuestra temática a investigar, es decir la relación que existe entre imposición de las sanciones administrativas en varios niveles de la Administración Pública. Esta observación es de gran importancia, ya que servirá para que las demás técnicas de investigación puedan apoyarse, para el beneficio tanto de la Administración Pública como de los Contratistas del Estado.

Encuesta: Dentro de la presente investigación, se realizarán encuestas para fijar algunos indicadores que determinarán si la Administración Pública aplica o no el principio de proporcionalidad en las sanciones administrativas derivadas de las terminaciones unilaterales de contrato, y analizar la efectiva aplicación de un método de ponderación (Fórmula de peso) para las sanciones referidas.

Su aplicación se realizará desde el punto de vista de los actores fundamentales de la atención del principio de proporcionalidad, es decir de los funcionarios públicos y los contratistas del Estado.

Entrevista: Otra de las técnicas a aplicar será la entrevista que se realizará a varios profesionales de Derecho, para escuchar sus opiniones acerca del principio de proporcionalidad en cuanto a las sanciones administrativas derivadas de las terminaciones unilaterales de contrato, y el análisis de la aplicación de un método de ponderación en cuanto a las sanciones referidas.

Población: En este caso, la población objeto de la presente investigación son las Instituciones que forman parte de la Administración Pública, sobre todo las constantes en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que actualmente han realizado terminaciones unilaterales de contrato, en atención a lo dispuesto en el primer y tercer numeral del artículo 94 ibídem.

Para la presente investigación, se tomará en cuenta a varias instituciones del Estado, las cuales forman parte del conjunto de los poderes Legislativo, Ejecutivo, Judicial, de Transparencia y Control Social y Electoral (Pérez, 2010, pág. 4), siendo principalmente las siguientes:

Tabla No. 1

TIPO DE INSTITUCIÓN	# DE INSTITUCIONES
MINISTERIO	10
SERVICIO	3
SECRETARÍA	2
TOTAL	15

Fuente: SNAP 2016

Elaborado por: María Isabel Barba Bailón

Es necesario aclarar que los datos se los obtuvieron de la Secretaría Nacional de Administración Pública, pero existen algunas instituciones que actualmente se encuentran fusionándose, escindiéndose o disolviéndose, sin embargo de ser necesario para esta investigación, se agregarán las respectivas instituciones que se encuentren habilitadas en el momento de continuar con la misma.

Muestreo: Se realizará un muestreo probabilístico aleatorio simple, en donde las instituciones públicas referidas en la Tabla Nro. 1 serán consideradas y elegidas.

El muestreo probabilístico simple, se refiere a la técnica, en la que cada miembro de la población, tiene la misma posibilidad de ser seleccionado como sujeto de estudio, en el presente caso. En todo el proceso de toma de muestras se cumple con un paso, en el que el sujeto es diferente a los otros sujetos a ser analizados o estudiados. En la presente investigación se analizará a las instituciones que salgan sorteadas, por así decirlo.

Se eligió esta forma de capturar la muestra, en vista del universo de instituciones del sector público, las mismas que aunque por disposición de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, deben entregar información que se encuentre en la calidad de pública, algunas instituciones no cumplen con esta obligación y tampoco aportan al conocimiento o investigación académica en los casos de elaboración de tesis. Es por ese motivo que se eligió “sortear” las instituciones para trabajar en conjunto con las que salieron “favorecidas”.

Fuentes de información:

Fuentes primarias

En el presente trabajo de investigación se utilizará las encuestas y entrevistas referidas anteriormente.

Fuentes secundarias

La investigación además, se basará en la recolección de información a través de libros físicos y digitales, páginas de internet, sobre estudios referentes al principio de proporcionalidad, realizados en varios países, publicaciones y artículos relacionados al tema, y demás documentación que sirva para el efectivo estudio e investigación del presente trabajo.

3. Recursos.

Para la presente investigación es necesario contar con los siguientes recursos:

3.1. Recursos Humanos.

CARGO	INSTITUCIÓN	FUNCIÓN PRINCIPAL	TIEMPO
Director de Asesoría y Contratos	Banco de Desarrollo del Ecuador B.P.	Participar en entrevista y encuestas.	1 semana
Director Nacional de Asesoría Jurídica	DIGERCIC	Participar en entrevista y encuestas.	1 semana
Gerente General	Hinojosa & Hinojosa Abogados y Leyes	Participar en entrevista y encuestas.	1 semana
Funcionarios públicos	Varias instituciones públicas	Participar en encuestas.	1 semana
Contratistas del Estado	Personas naturales y jurídicas	Participar en encuestas.	1 semana

Elaborado por: María Isabel Barba Bailón

Existe la posible colaboración por parte del recurso humano señalado, sin embargo por cuestiones de tiempo de aprobación de la presente temática, se confirmará previamente el tiempo de participación de los mismos, es decir, el tiempo establecido en el presente es tentativo.

3.2. Recursos Técnicos.

Dentro de la presente investigación participarán los siguientes recursos técnicos:

RECURSO	CANTIDAD
Computadora	1
Impresora/Copiadora/Scanner	1
Conectividad de Internet	1
Resmas de papel	2
Libros de investigación	10

Elaborado por: María Isabel Barba Bailón

CAPÍTULO III

Investigación de Campo y Diagnóstico sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en las sanciones derivadas de la Terminación Unilateral de Contrato.

Una vez que se ha establecido la normativa legal vigente aplicable, y que la misma ha permitido el desarrollo del marco teórico de la presente exploración, a continuación se establecerá la investigación de campo que permita analizar la procedencia de la hipótesis señalada en el presente trabajo, principalmente en cuanto a las sanciones derivadas de la Terminación Unilateral de Contrato y la aplicación del principio de proporcionalidad en la determinación de las mismas, empleando un método de ponderación conveniente para el desarrollo oportuno del poder discrecional de la Administración.

3.1. Investigación de campo sobre las sanciones derivadas de la Terminación Unilateral de Contrato y la aplicabilidad del principio de proporcionalidad en las sanciones derivadas de la Terminación Unilateral del Contrato.

En el presente trabajo se realizó la respectiva investigación de campo y diagnóstico sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en las sanciones derivadas de la terminación unilateral de contrato en materia de Contratación Pública, investigación que a más de ser bibliográfica por basarse en textos y normativa legal vigente, que permitió obtener de mejor manera información para fundamentar el presente trabajo, también se la en base a revisión de actos administrativos que contienen la resolución de terminación unilateral de contrato, tanto por la causal primera como por la causal tercera del artículo 94 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

La presente investigación de campo se inició con la elaboración de la encuestas, a 17 funcionarios públicos como 13 contratistas del Estado (personas naturales y jurídicas), en calidad de actores primordiales de la aplicación del principio de proporcionalidad en las terminaciones unilaterales de contrato y las sanciones administrativas producidas por las mismas. Además, también se contó con la participación en entrevistas por parte de profesionales de Derecho que aportaron aún más a continuar con la presente investigación.

Se observó principalmente la relación que existe entre la imposición de las sanciones administrativas como resultado del incumplimiento de los contratistas en varias instituciones con referencia al porcentaje de cumplimiento de las mismas, por lo que se desprendió del estudio en mención, los porcentajes sobre la imposición de sanciones administrativas derivadas de la

Terminación Unilateral de Contrato, realizado a través del muestreo de los actos administrativos que declaran la referida terminación, en lo siguiente:

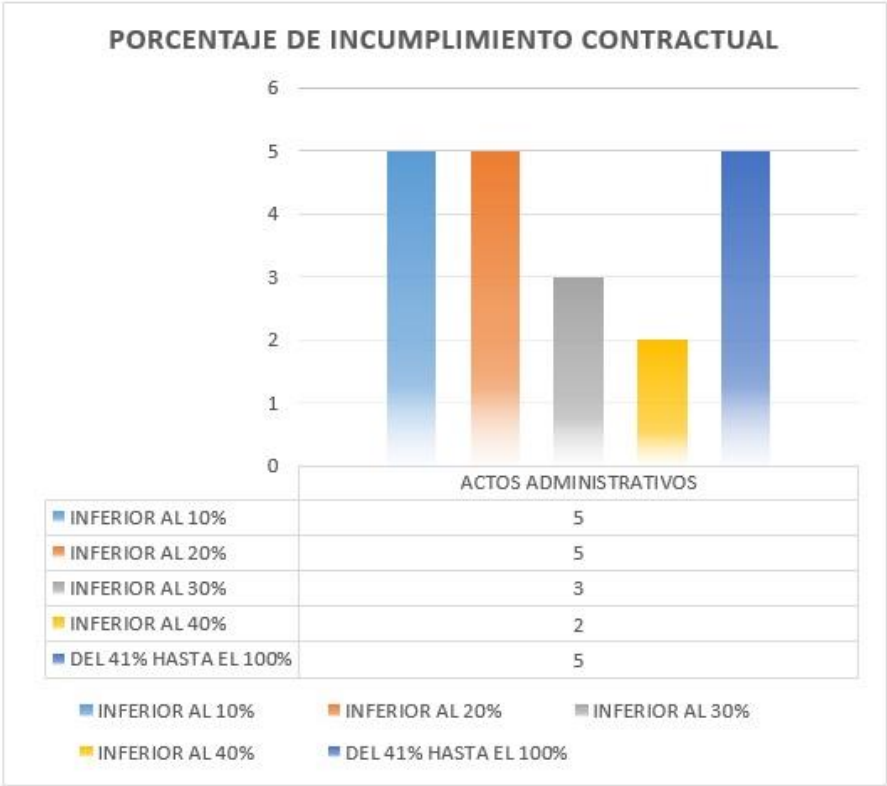


Ilustración 1. Porcentaje de incumplimiento contractual

Fuente: Revisión de Actos Administrativos.

Elaborado por: María Isabel Barba Bailón.

EXPOSICIÓN DE RESULTADOS

En vista de que la muestra se tomó de las instituciones señaladas, en un análisis de 20 Actos Administrativos emitidos por las mismas, permiten conocer que 10 Actos Administrativos de Terminaciones Unilaterales de Contrato, son por un incumplimiento contractual inferior al 20%; 3 actos administrativos son emitidos por un porcentaje de incumplimiento inferior al 30%; 2 actos administrativos por un incumplimiento inferior al 40% de total del contrato; y, por último 5 actos administrativos, por un valor que oscila entre un 41% al 100% del incumplimiento contractual, concluyendo que en su gran mayoría los incumplimientos contractuales han sido de menor porcentaje.

De lo expuesto, se determina que por la potestad discrecional de la Administración Pública se terminan los contratos administrativos cuando hay incumplimiento, sin importar el porcentaje de avance del mismo, sin considerar la posibilidad de cumplir hasta su totalidad por parte de los contratistas con el objeto contractual, cobrando las multas que correspondan, de ser el caso.

Sin embargo dentro de la presente investigación, no se analiza la legalidad o ilegalidad de la aplicación del artículo 94 y 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en cuanto a las terminaciones unilaterales de contrato, sino que se analiza la procedencia de que en esa aplicación, se impongan las sanciones administrativas a los contratistas incumplidos de conformidad a lo que prevé el principio de proporcionalidad como garantía de los derechos fundamentales; así como también, se analiza la vulneración del referido principio, por cuanto al terminar unilateralmente los contratos, no se impone las mismas de manera proporcional, afectando directamente los derechos de los contratistas, además de su patrimonio y futuro.

Continuando con la investigación, también se procedió a realizar encuestas de conformidad con el cuestionario respectivo con preguntas cerradas, en base a la técnica investigativa pertinente; encuesta realizada a los funcionarios públicos, abogados en el libre ejercicio y a contratistas del Estado (Anexo 1), desprendiendo la información que se desglosa a continuación:

INDICADORES DE ENCUESTAS

PREGUNTA

1. ¿Conoce usted las garantías constitucionales de los contratistas del Estado?

RESPUESTA Y EXPOSICIÓN DE RESULTADOS

Se desprende que todos los encuestados tienen claro conocimiento de las garantías constitucionales de los contratistas del Estado, en vista de que el Ecuador es un Estado de derechos y justicia, por lo que es necesario que los mismos derechos sean garantizados a cabalidad por todas las personas que lo conforman, principalmente por los representantes del Estado, como son los miembros de la Administración Pública.

PREGUNTA

2. ¿Usted sabe cuáles son las sanciones administrativas impuestas a los contratistas incumplidos del Estado?

RESPUESTA



Ilustración 2. Conocimiento de las sanciones impuestas.

Fuente: Encuesta

Elaborado por: María Isabel Barba Bailón

EXPOSICIÓN DE RESULTADOS

De la información recopilada en esta pregunta, se desprende que la gran mayoría de encuestados tienen pleno conocimiento de las sanciones administrativas impuestas a los Contratistas, como producto del incumplimiento contractual, que desemboca en la decisión discrecional de la Administración Pública al Terminar Unilateralmente un Contrato.

PREGUNTA

3. ¿Usted conoce a que se refiere el principio de proporcionalidad dentro de la normativa legal vigente?

RESPUESTA

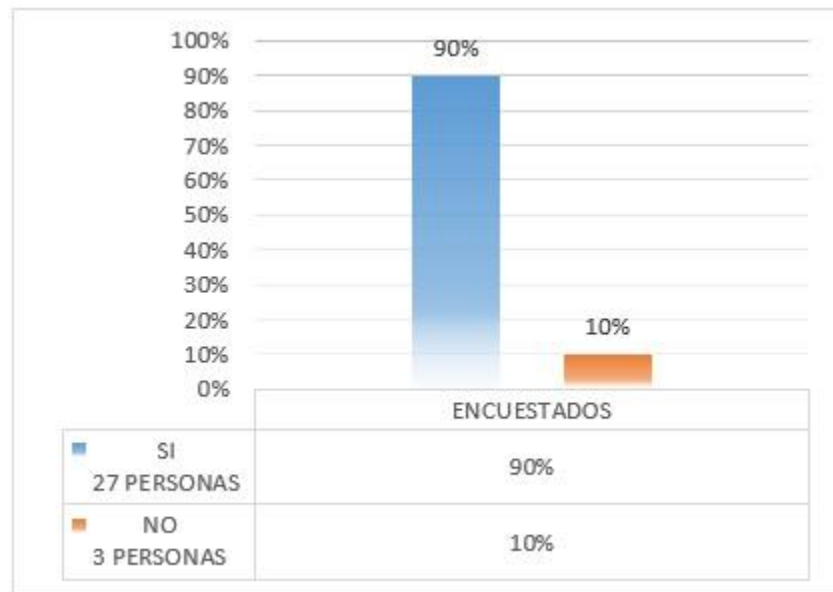


Ilustración 3. Principio de proporcionalidad en la normativa legal vigente.

Fuente: Encuesta

Elaborado por: María Isabel Barba Bailón

EXPOSICIÓN DE RESULTADOS

Así como en la segunda interrogante de la encuesta, en la presente pregunta la gran mayoría de los encuestados expresaron su pleno conocimiento de lo que es y a que se refiere el principio de proporcionalidad dentro la normativa legal vigente, por lo que esto ayudará más adelante a determinar la importancia de su aplicación por partes de los miembros que conforman tanto la Administración Pública, así como exigir por parte de los contratistas del Estado, su correcta aplicación. Un porcentaje bajo expreso el desconocimiento del referido principio, otorgando un punto de vista desfavorable dentro de la presente investigación.

PREGUNTA

4. ¿Considera usted que existe una adecuada aplicación del principio de proporcionalidad en todos los ámbitos por parte del Estado?

RESPUESTA

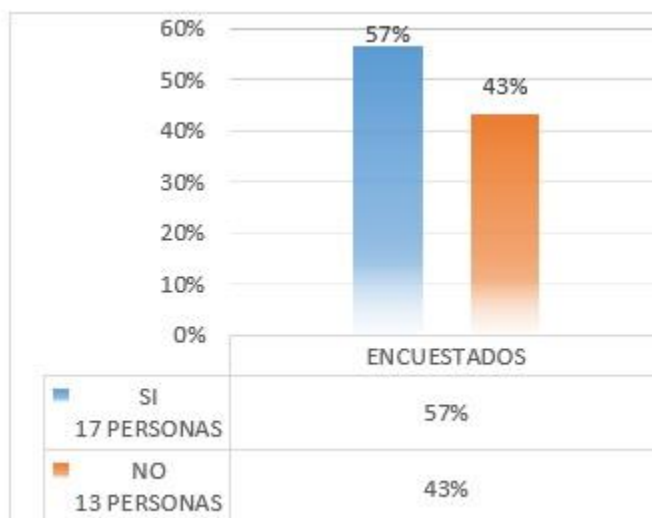


Ilustración 4. Adecuada aplicación del principio de proporcionalidad.

Fuente: Encuesta

Elaborado por María Isabel Barba Bailón

EXPOSICIÓN DE RESULTADOS

De lo revisado se establece que hay un cierto grado de inconformidad por parte de los encuestados, con relación a la aplicación del principio de proporcionalidad en todos los ámbitos de posible aplicación por parte del Estado. Además es importante señalar que no se refirió exclusivamente a la aplicación en materia de Contratación Pública, sino que se expone en forma general la aplicación del principio estudiado, dando como resultado el descontento o negatividad por parte de los encuestados.

PREGUNTA

5. ¿Usted conoce de Terminaciones Unilaterales de Contrato, en el que el incumplimiento contractual ha sido por un porcentaje inferior al 20%?

RESPUESTA

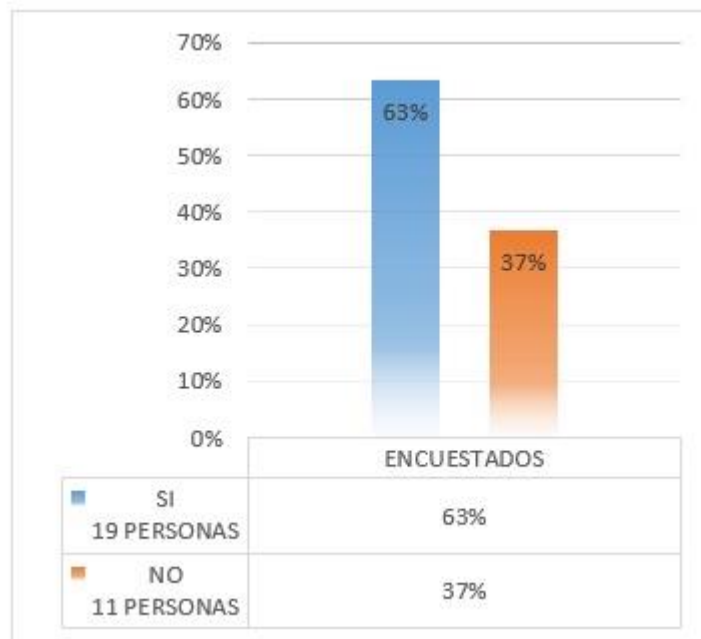


Ilustración 5. Terminaciones Unilaterales de Contrato inferiores al 20% de incumplimiento.

Fuente: Encuesta

Elaborado por María Isabel Barba Bailón

EXPOSICIÓN DE RESULTADOS

Con relación a la presente pregunta, se desprende que la mayoría de los encuestados conocen de terminaciones unilaterales de contrato realizadas en base a un porcentaje de incumplimiento contractual inferior al 20%, por lo que se deduce que en atención a la potestad discrecional de la Administración Pública, se termina unilateralmente los contratos por ese porcentaje inferior de incumplimiento, acarreado de esta forma la imposición de las sanciones administrativas de los contratistas incumplidos en igual proporción si los mismos hubieran incumplido con el 100% del contrato. Por lo que se considera necesario que se aplique completamente el principio de proporcionalidad en cuanto a la carga de las sanciones administrativas objeto de la presente investigación.

PREGUNTA:

6. ¿Usted cree que existe una adecuada aplicación del principio de proporcionalidad en la LOSNCP, en cuanto a la imposición de sanciones administrativas derivadas de la Terminación Unilateral de Contrato?

RESPUESTA

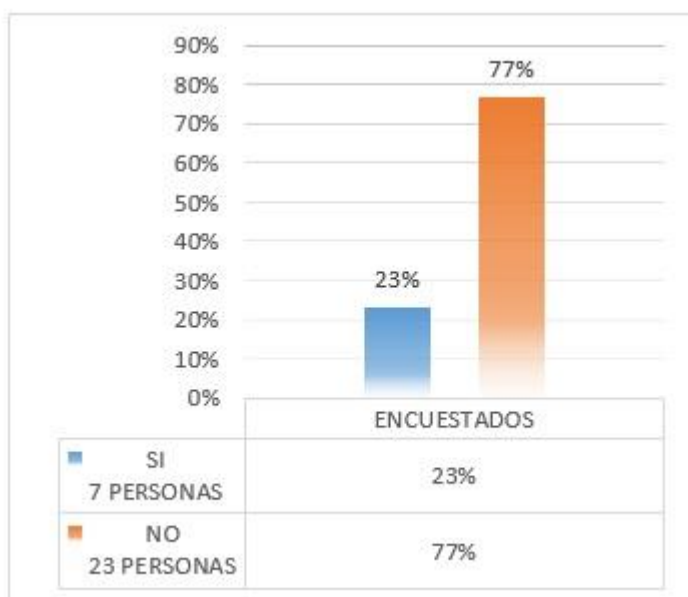


Ilustración 6. Aplicación proporcional de sanciones administrativas.

Fuente: Encuesta

Elaborado por María Isabel Barba Bailón

EXPOSICIÓN DE RESULTADOS

En la presente pregunta se ha determinado que el 23% de los encuestados cree que existe una adecuada aplicación del principio de proporcionalidad en la LOSNCP, en cuanto a la imposición de sanciones administrativas derivadas de la Terminación Unilateral de Contrato, sin embargo, el 77% de los mismos, siendo la mayoría, determinó que hay inconformidad en cuanto a ésta aplicación, por lo que sería importante se continúe con el análisis de pertinencia de la aplicación referida.

PREGUNTA

7. ¿Considera usted que el Estado debe garantizar efectivamente la aplicación del principio de proporcionalidad al imponer las sanciones administrativas derivadas de las Terminaciones Unilaterales de Contrato?

RESPUESTA

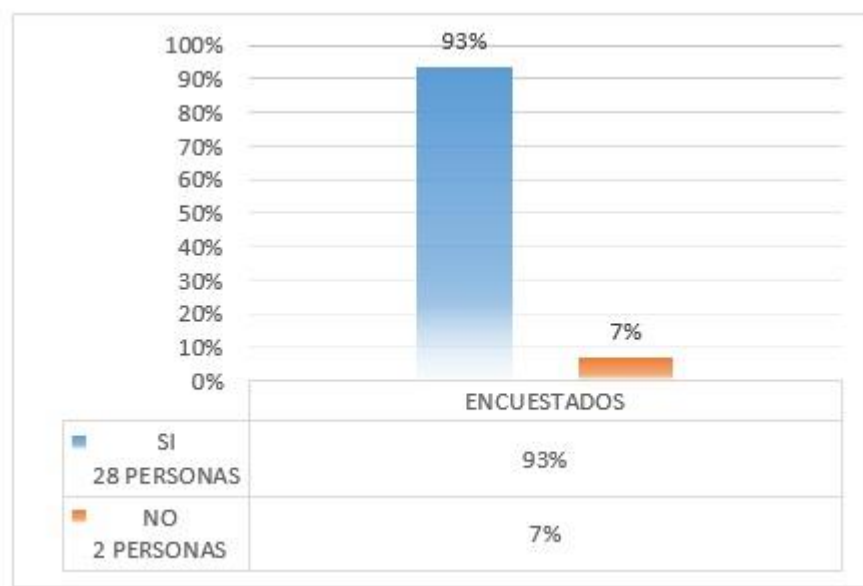


Ilustración 7. Garantía de aplicación del principio de proporcionalidad.

Fuente: Encuesta.

Elaborado por María Isabel Barba Bailón

EXPOSICIÓN DE RESULTADOS

La mayoría de los encuestados contestaron la presente pregunta de manera afirmativa, ayudando a demostrar la importancia de la aplicación del principio de proporcionalidad en la imposición de las sanciones administrativas derivadas de las terminaciones unilaterales de contrato, mismas que al ser impuestas a los contratistas incumplidos, es necesario que se las realice de una forma ponderada con relación al incumplimiento contractual por parte de los mismos, garantizando de esta manera el efectivo cumplimiento de los derechos consagrados en la Constitución de la República del Ecuador.

PREGUNTA

8. ¿Considera pertinente que se pueda aplicar un método de ponderación entre el porcentaje de incumplimiento contractual y la sanción administrativa a imponerse?

RESPUESTA

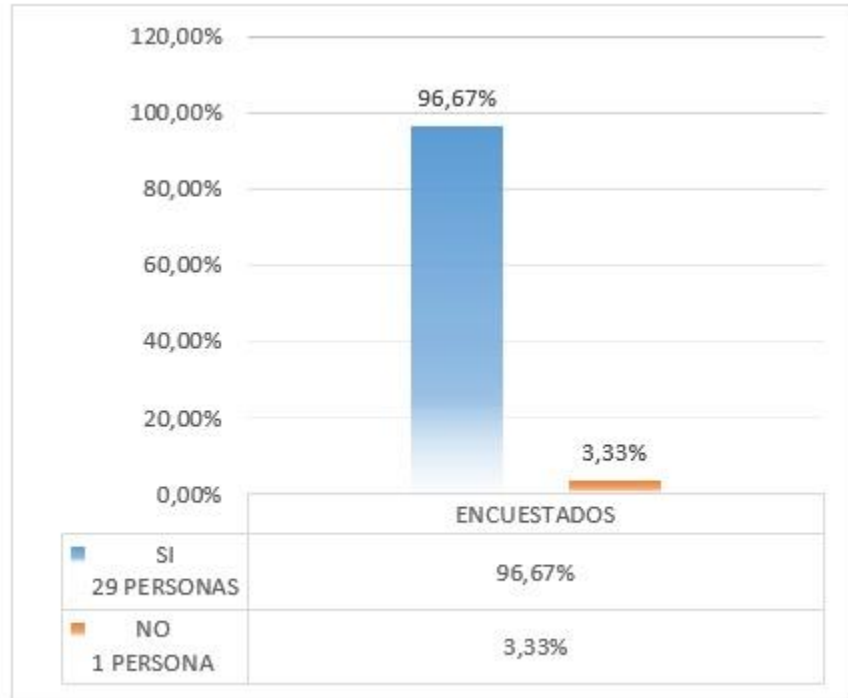


Ilustración 8. Aplicación de método de ponderación.

Fuente: Encuesta

Elaborado por María Isabel Barba Bailón

EXPOSICIÓN DE RESULTADOS

En la presente pregunta, la gran parte de los encuestados manifestaron su aceptación y conveniencia a la aplicación de un método de ponderación con relación al porcentaje de incumplimiento contractual y la sanción administrativa a imponerse a los contratistas incumplidos, en vista de que están a favor de una correcta, justa y razonable sanción a los contratistas en base a su porcentaje de cumplimiento, para de esa manera no recaer en violación o limitación de

garantías constitucionales y no afectar al contratista tampoco técnica, económica y en más sentidos.

PREGUNTA

9. ¿Considera usted que debería reformar la LOSNCP, su Reglamento General y las Resoluciones del SERCOP, que permita aplicar un método de ponderación entre el porcentaje de incumplimiento contractual y la afectación causada por la imposición de una sanción administrativa derivada de la Terminación Unilateral de Contrato?

RESPUESTA

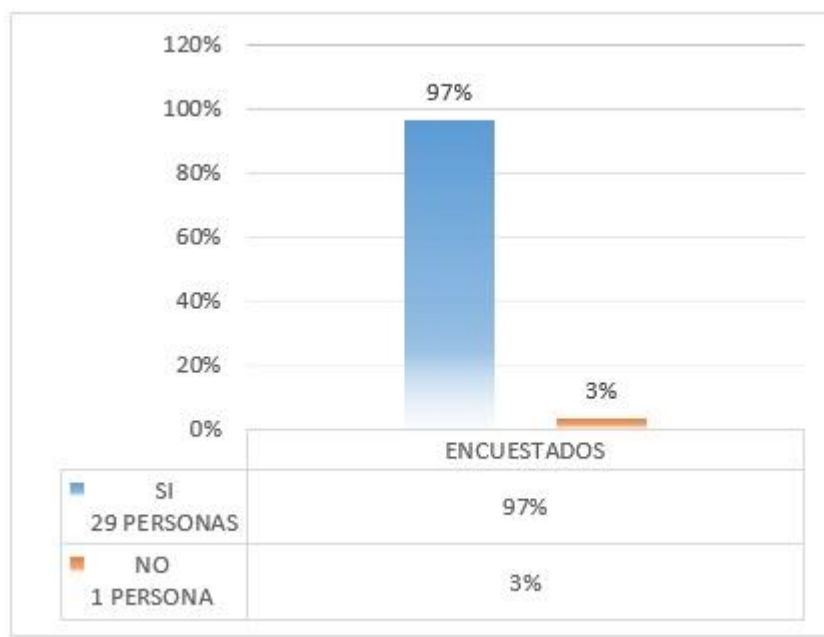


Ilustración 9. Reforma de la LOSNCP.

Fuente: Encuesta

Elaborado por María Isabel Barba Bailón

EXPOSICIÓN DE RESULTADOS

Los encuestados coinciden con la importancia de reformar la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General y las Resoluciones del SERCOP, con la

finalidad de emplear el principio de proporcionalidad en base a un método de ponderación justo que analice la justa razonabilidad entre el porcentaje de incumplimiento contractual y la afectación causada por la imposición de una sanción administrativa.

Los resultados de la aplicación de encuestas a la población seleccionada, concuerdan también con los resultados derivados de las entrevistas aplicadas (Anexo 2) a los profesionales de derecho, en cuanto a los siguientes resultados:

INDICADORES DE ENTREVISTA

PREGUNTA

1. ¿Cuál es el fin del principio de proporcionalidad?

RESPUESTA

La mayoría de los entrevistados concordaron en que el principio de proporcionalidad es muy importante dentro de la normativa legal vigente y la necesidad de que su aplicación se cumpla cabalmente dentro de un Estado de derechos y justicia como el nuestro. Además, manifestaron que el principio de proporcionalidad es uno de los principales valores del Derecho, ya que permite que exista una debida proporción entre sujetos así como de igualdad y razonabilidad.

Por último, los entrevistados establecieron que el fin primordial del principio de proporcionalidad es el poder determinar y controlar en los diferentes ámbitos, el cumplimiento y garantía efectiva de los derechos humanos, mismos que deberán responder a criterios coherentes, equilibrados y proporcionales entre el fin buscado y los bienes jurídicos potencialmente afectados, de manera que sean compatibles con nuestra Carta Magna, que es la Constitución de la República del Ecuador y con la demás normativa legal vigente.

PREGUNTA

2. ¿Cree usted que actualmente en nuestro país es aplicado el principio de proporcionalidad en todos los ámbitos?

RESPUESTA

Los entrevistados establecieron que si existe la aplicación del principio de proporcionalidad, sin embargo esta aplicación solo atiende en materia penal en cuanto a la imposición de penas.

Sin embargo, analizan que con relación a lo establecido en cuanto a los derechos de protección, contenidos en el artículo 76, numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, no se asegura el derecho al debido proceso en cuanto a que la ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y sanciones administrativas, como se estudia en la presente investigación.

Por último concluyen que es importante aplicar el principio de proporcionalidad también en relación a las sanciones administrativas, principalmente en el tema que se está tratando, con referencia a la imposición de las sanciones administrativas que son resultado del incumplimiento contractual, acarreado las terminaciones unilaterales de contrato, y sus efectos que ocasionan las mismas. La aplicación mencionada, se la analiza con la finalidad de que se resguarden las garantías constitucionales en cuanto a los derechos de las personas, en este caso de los contratistas del Estado.

PREGUNTA

3. ¿Considera usted que se aplica el principio de proporcionalidad en la imposición de sanciones administrativas derivadas de la Terminación Unilateral de Contrato?

RESPUESTA

En esta parte los entrevistados concordaron con el indicador establecido en la pregunta 6 de la encuesta, en la que su gran mayoría establecen que no existe una aplicación certera del principio de proporcionalidad en la imposición de las sanciones administrativas derivadas de la Terminación Unilateral de Contrato en materia de Contratación Pública, y es posible que por la falta de esta aplicación, se produzca limitación o violación a los derechos constitucionales y fundamentales de los contratistas incumplidos, ocasionando en su gran mayoría afectaciones a sus derechos, desviándose de la línea de protección de los derechos constitucionales en un Estado de derechos y justicia.

PREGUNTA

4. ¿Considera usted que debe aplicarse el principio de proporcionalidad en cuanto a la imposición proporcional de las sanciones administrativas derivadas de las Terminaciones Unilaterales de Contrato, con la finalidad de cumplir con las garantías y derechos constitucionales de los contratistas incumplidos?

RESPUESTA

Los entrevistados están de acuerdo con la aplicación del principio de proporcionalidad en la imposición de las sanciones administrativas derivadas de las Terminaciones Unilaterales de Contrato, en vista de que el Ecuador es un Estado de derechos y justicia, y consideran importante cumplir con las garantías constitucionales. Aunque manifiestan la complejidad de la posibilidad de aplicar, en vista de que muchas de las instituciones de la Administración Pública siempre velan por el interés superior institucional más que el interés superior de las garantías constitucionales de los individuos del Estado, es decir, actúan de manera institucional y no personal a favor de los derechos de los contratistas incumplidos. Incluso por su facultad discrecional, se entienden juzgadores del actuar e incumplimiento de los contratistas sin ver más allá de lo que pasa, es decir, al aplicar las sanciones administrativas en igual proporción entre un contratista que incumplió un 10% y uno que incumplió un 100%, se está afectando al del menor incumplimiento, ya que al considerar “incumplido” de forma general, se imponen las sanciones administrativas más duras, como es la suspensión del registro de contratistas del Estado, así como ejecución de garantías, todas estas sanciones sin ver el perjuicio que se ocasiona a los contratistas que de una u otra forma ya han invertido en su gran mayoría tanto económica como personalmente en la ejecución del contrato.

Para concluir, los entrevistados manifiestan la importancia de la aplicación del principio de proporcionalidad, con la finalidad de que las sanciones administrativas a imponerse sean justas y razonables al incumplimiento de los contratistas.

PREGUNTA

5. ¿Considera procedente la aplicación del principio de proporcionalidad dentro del Derecho Administrativo, principalmente en las potestades discrecionales de la administración?

RESPUESTA

La población encuestada determinó que el principio de proporcionalidad al formar parte de los principios generales del Derecho, debe ser aplicado obligatoriamente en la normativa legal vigente, entre otras, principalmente dentro del Derecho Administrativo, en vista de las potestades discrecionales de la Administración Pública, es posible la aplicación de este principio que se convertirá en el instrumento fundamental de argumentación en el que se expongan los motivos de la necesidad de la ponderación de derechos.

Exponen además que el principio de proporcionalidad deberá actuar como límite material en las actividades de la Administración Pública, convirtiéndose además en una herramienta efectiva y eficaz dentro del control jurídico material de las decisiones de forma discrecional de la Administración.

Por último, se menciona que la Administración Pública es efectivamente capaz de decretar las medidas justas para cumplir con los respectivos fines de su potestad discrecional en el ámbito analizado.

PREGUNTA

6. ¿Es proporcional que el resultado de una terminación unilateral de contrato, donde el contratista cumplió con el 90% de la ejecución del contrato, se sancione al mismo con una suspensión del RUP por el lapso de 5 años y/o se ejecuten las garantías presentadas por el referido?

RESPUESTA

De la pregunta realizada se desprende una serie de ideas por parte de los entrevistados. Por un lado manifiestan que los contratistas incumplidos deben ser sancionados administrativamente conforme consta en la normativa legal vigente, refiriéndose primordialmente a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General y las Resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública, sin considerar el porcentaje de incumplimiento contractual por parte de los contratistas. Sin embargo por otro lado, tanto los entrevistados que forman parte del sector público como del sector privado (Contratante y Contratista), analizan que las sanciones deberían ser proporcionales al incumplimiento contractual por parte de los contratistas, concordando con la aplicación obligatoria del principio de proporcionalidad en cuanto a la imposición de las sanciones administrativas derivadas de las Terminaciones Unilaterales de Contrato, y de esta forma, que aunque exista la sanción mencionada, la misma sea de forma proporcional con la finalidad de garantizar tanto los derechos de los contratistas como los de la Administración Pública.

PREGUNTA

7. ¿Es posible aplicar el principio de proporcionalidad en las sanciones administrativas impuestas a los contratistas, derivados de las Terminaciones Unilaterales de Contrato, con la aplicación del primer y tercer numeral del artículo 94 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?

RESPUESTA

Los entrevistados señalaron que de manera afirmativa, la posibilidad de aplicar el principio de proporcionalidad en las sanciones administrativas por imponer a los contratistas incumplidos, derivadas de las Terminaciones Unilaterales de Contrato, siempre y cuando de manera previa se realice una reforma al artículo 94 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y que sólo sería aplicable para el numeral 1 del artículo referido.

Con relación a la aplicación del principio de proporcionalidad en cuanto a la Terminación Unilateral de Contrato en atención al numeral 3 del artículo 94 de la LOSNCP, los entrevistados añadieron que no encuentran la factibilidad de aplicar en este caso, en vista de que el mismo se

refiere a que se declarará la terminación unilateral de contrato si el valor de las multas supera el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato. En atención a esto consideran que no es posible la aplicación porque en base a su experiencia, la mayoría de estos casos el porcentaje de incumplimiento es bastante alto y recomiendan que la reforma mencionada en el acápite anterior, se base sólo al numeral 1 del artículo 94 de la LOSNCP.

Se considera la importancia de que el principio de proporcionalidad sea aplicado en los numerales 1 y 3 del artículo 94 de la LOSNCP, por así creer conveniente y justo para los contratistas incumplidos, garantizando a su vez con los derechos fundamentales de las personas.

PREGUNTA

8. ¿Considera pertinente la aplicación del principio de proporcionalidad por medio de un método de ponderación?

RESPUESTA

La respuesta se presenta favorable al analizarse primero, la pertinencia de aplicarse obligatoriamente el principio de proporcionalidad en las sanciones administrativas derivadas de las Terminaciones Unilaterales de Contrato, y segundo, que la aplicación referida, se base en un método de ponderación que permita que las referidas sanciones sean razonables y proporcionales, y así evitar cualquier tipo de afectación tanto a la Administración Pública como a los contratistas del Estado, principalmente.

PREGUNTA

9. ¿Considera que en vista de que la República del Ecuador, al considerarse un Estado de derechos, para garantizar los mismos, es necesario una reforma a la actual Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, a su Reglamento General y a las Resoluciones emitidas por el SERCOP, de manera que se incluyan mecanismos que garanticen los derechos de todos los contratistas del Estado, conforme al porcentaje de incumplimiento contractual?

RESPUESTA

Los entrevistados coinciden con la pertinencia de reformar la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General, las Resoluciones del SERCOP, y demás normativa pertinente que permita la aplicación del principio de proporcionalidad por medio de un método de ponderación entre el porcentaje de incumplimiento contractual y la afectación causada por la imposición de una sanción administrativa.

Consideran también necesario que en la presente investigación se elabore un proyecto de Ley Reformatoria de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que aplique además a toda la normativa que se derive de la misma, como su Reglamento General y las resoluciones del SERCOP, con la finalidad de que sea más garantista la imposición de las sanciones administrativas de acuerdo a un método que permita ver la importancia de un derecho individual con un derecho colectivo.

3.2. Diagnóstico sobre la investigación de campo realizada y discusión.

Vale anotar que en base a los instrumentos que se utilizaron, mismos que han sido válidos, es decir que mediante la aplicación de las entrevistas, encuestas y muestreo, se evidenció que existe la falta de la aplicación del principio de proporcionalidad en cuanto a la imposición de las sanciones administrativas derivadas de la Terminación Unilateral de Contrato, es importantísimo se promueva la reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en cuanto a la aplicación obligatoria del principio de proporcionalidad en el artículo 94 y 95 de la Ley referida.

Con la reforma mencionada, se podría ayudar a que los contratistas incumplidos, no sean afectados en cuanto a su trabajo, patrimonio, libertad y más, contando con una normativa que garantice eficazmente el derecho al debido proceso, como también avale la aplicación del principio de proporcionalidad como principio fundamentales de un Estado garantista de derechos y justicia, a favor de los Contratistas del Estado sin ningún tipo de discriminación, separando lo que es la igualdad con la equidad o proporcionalidad, en todas las áreas de la Administración, principalmente en cuanto a la Administración Pública, promoviendo también de esta forma, la seguridad jurídica que se necesita dentro del Estado ecuatoriano.

A continuación, se propondrá los puntos relevantes de la reforma, y adicionalmente se redactará un proyecto de reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en lo siguiente:

En vista de que dentro de la presente investigación, de conformidad a la metodología y herramientas de investigación utilizadas, se ha determinado que es importante redactar un proyecto de Ley Reformatoria a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en base a los siguientes parámetros, como son: Contar con eficiencia jurídica, al entender el nivel de aplicación del principio de proporcionalidad dentro de la normativa señalada, creándose un cuerpo legal eficaz y efectivo para cumplirse a cabalidad en cuanto a la obligación de aplicar el principio de proporcionalidad en tanto a las sanciones administrativas a imponerse a los contratistas incumplidos del Estado, de acuerdo al porcentaje de incumplimiento contractual que han realizado, o mejor dicho han dejado de realizar.

Es importante esta reforma en vista de que al realizarse, la misma cumplirá con el efectivo goce de las garantías constitucionales en cuanto al debido proceso y la aplicación del principio de proporcionalidad en las sanciones penales, administrativas y de cualquier otra naturaleza. En nuestro caso, estudiamos la aplicación del referido principio en cuanto a las sanciones administrativas derivadas de la Terminación Unilateral de Contrato, permitiendo de esta forma ponderar las mismas y evitar violaciones o limitaciones a las garantías constitucionales fundamentales en el Estado, y por parte de éste.

Por lo expuesto, a continuación se redacta el proyecto de Ley Reformatoria a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en lo siguiente:

REPÚBLICA DEL ECUADOR

EL PLENO DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 3, numeral 1, de la Constitución de la República del Ecuador, establece que:
“...Son deberes primordiales del Estado: 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en

particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.”

Que, el artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador, en su numeral 2, expresa: “2.- *Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades. (...)*”

Que, el artículo 11 ibídem, en su numeral 3, señala: “3.- *Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. (...)*”

Que, el artículo 11 ibídem, numeral 4, expresa: “4.- *Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.*”

Que, el artículo 11 ibídem, en su numeral 6 indica: “6.- *Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.*”

Que, el artículo 11 ibídem en su numeral 8, manda: “8.- *El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.- Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.*”

Que, el artículo 11 ibídem en su numeral 9, manda: “*El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.- El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.*”

Que, el artículo 76, numeral 6, de la Constitución de la República del Ecuador, expresa: “*En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 6.- La ley establecerá*

la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.”

Que, el artículo 84 *ibídem*, manifiesta: “*Art. 84. - La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.*”

Que, el artículo 120, numeral 6, de la Constitución de la República del Ecuador, manda: “*La Asamblea Nacional tendrá las siguientes atribuciones y deberes, además de las que determine la ley: (...) 6. Expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio.*”

Que, el artículo 132, numeral 1, *ibídem*, indica: “*La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común. Las atribuciones de la Asamblea Nacional que no requieran de la expedición de una ley se ejercerán a través de acuerdos o resoluciones. Se requerirá de ley en los siguientes casos: 1. Regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.*”

Que, la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 288, señala que “*Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas;*

Que, el artículo 425 de la Constitución de la República del Ecuador, señala: “*El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. - En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. - La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.*”

Que, la Asamblea Constituyente expidió la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto de 2008;

Que, mediante Decreto Ejecutivo No. 1700, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 588 de 12 de mayo de 2009, se expidió el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública;

Que, las partes inmersas dentro de la relación contractual entre la Administración Pública y una persona natural o jurídica, amparada bajo la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, son objeto de igualdad de derechos.

Que, actualmente en el país, en materia de Contratación Pública, se ha demostrado la necesidad de aplicarse el principio de proporcionalidad en cuanto a las sanciones administrativas impuestas al contratista incumplido, como resultado de las Terminaciones Unilaterales de Contrato;

Que, es necesario introducir reformas a la actual Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública para profundizar en la aplicación del principio de proporcionalidad en cuanto a las sanciones administrativas derivadas de las Terminaciones Unilaterales de Contrato, con la finalidad de adecuar su normativa a los mandatos constitucionales de superior jerarquía, y,

En ejercicio de las atribuciones previstas en la Constitución de la República, expide la siguiente:

LEY ORGÁNICA REFORMATORIA A LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Artículo 1.- En el artículo 19, como segundo inciso del numeral 1, agréguese el siguiente:

“La declaratoria de Contratista Incumplido, se realizará de conformidad con la siguiente ponderación de sanciones administrativas, en lo siguiente:

- a) Incumplimiento contractual inferior al 10%, se suspenderá en el RUP correspondiente durante el tiempo de 6 meses.

- b) Incumplimiento contractual inferior al 20%, se suspenderá en el RUP correspondiente durante el tiempo de 12 meses.
- c) Incumplimiento contractual inferior al 30%, se suspenderá en el RUP correspondiente durante el tiempo de 18 meses.
- d) Incumplimiento contractual inferior al 40%, se suspenderá en el RUP correspondiente durante el tiempo de 24 meses.
- e) Incumplimiento contractual inferior al 50%, se suspenderá en el RUP correspondiente durante el tiempo de 30 meses.
- f) Incumplimiento contractual inferior al 60%, se suspenderá en el RUP correspondiente durante el tiempo de 36 meses.
- g) Incumplimiento contractual inferior al 70%, se suspenderá en el RUP correspondiente durante el tiempo de 42 meses.
- h) Incumplimiento contractual inferior al 80%, se suspenderá en el RUP correspondiente durante el tiempo de 48 meses.
- i) Incumplimiento contractual inferior al 90%, se suspenderá en el RUP correspondiente durante el tiempo de 54 meses.
- j) Incumplimiento contractual inferior al 100%, se suspenderá en el RUP correspondiente durante el tiempo de 60 meses.

Artículo 2.- Al artículo 94, realícense las siguientes reformas:

Después del numeral 7, introdúzcase la siguiente reforma:

“En el caso del que se resuelva la declaratoria de Terminación Unilateral del Contrato, por las causales establecidas en los numerales 1 y 3, respectivamente, la Contratante deberá en forma estricta y obligatoria aplicar el principio de proporcionalidad en cuanto a las sanciones administrativas a imponerse a los contratistas incumplidos.”

Artículo 3.- Luego del inciso quinto del artículo 95, agréguese el siguiente inciso:

“El avance físico de las obras, bienes o servicios realizados por la Entidad Contratante, deberá contener claramente el porcentaje de incumplimiento contractual con la finalidad de en base a ello, aplicar de forma ponderada las sanciones administrativas que correspondan.”

Artículo 4.- Refórmese el Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en el sentido expuesto y en todo lo que contravenga a ésta Ley Reformatoria.

Artículo Final.- La presente ley entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado y suscrito en la sede de la Asamblea Nacional, ubicada en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, a los

f.) GABRIELA RIVADENEIRA BURBANO,
Presidenta.

f.) DRA. LIBIA RIVAS ORDÓÑEZ, Secretaria General.”

3.2.1. DISCUSIÓN

Dentro de la presente investigación se cumplió con los objetos tanto generales como específicos, además de investigarse la hipótesis establecida, por lo que se encontró los siguientes datos:

En primer lugar como muestra de observación, se analizó actos administrativos que contienen la declaración de Terminación Unilateral de Contrato, dentro de los que se desprendió que un gran porcentaje de ellos, se refieren a las terminaciones realizadas por un incumplimiento contractual inferior al 20%. De lo referido, se puede concluir que la Administración Pública da por terminado unilateralmente los contratos cuando existe cualquier tipo de incumplimiento, sin importar el grado o magnitud del mismo, además de que se amparan en su potestad discrecional para terminar los referidos contratos.

Además, dentro de la etapa de encuestas y entrevistas, se analizaron varios puntos de vital importancia para la presente investigación, que permitieron obtener mayor información (la mayoría favorable) para el presente trabajo. Dentro de los referidos tenemos:

INDICADORES DE ENCUESTAS

1. Se afirma el conocimiento de las garantías constitucionales de los contratistas del Estado, tomando en consideración que las garantías constitucionales son para todas las partes que se encuentran o son parte del Estado, es decir, que no importa la calidad que tengan dentro de la relación contractual, ya que todas las personas somos sujetos de derechos y de garantías constitucionales.
2. Se establece que se conoce las sanciones administrativas impuestas a los contratistas incumplidos, derivadas de las Terminaciones Unilaterales de Contrato.
3. Se expresa el conocimiento del principio de proporcionalidad dentro la normativa legal vigente, colaborando de esta forma a determinar la importancia de su aplicación por partes de la Administración Pública, así como exigir por parte de los afectados su pertinente aplicación. Sin embargo, un pequeño porcentaje manifestó el desconocimiento del referido principio por lo que no ayudó esa información dentro de la presente investigación.
4. Se determinó que hay un cierto grado de inconformidad por parte de los encuestados, con relación a la aplicación del principio de proporcionalidad en todos los ámbitos de posible aplicación por parte del Estado, sin direccionar la presente pregunta a la aplicación dentro de Contratación Pública.
5. Se determina que la mayoría conoce de terminaciones unilaterales de contrato basado en un porcentaje de incumplimiento contractual inferior al 20%, siendo importante que se aplique el principio de proporcionalidad en las sanciones administrativas derivadas de las Terminaciones Unilaterales de Contrato.
6. Existe un gran porcentaje de inconformidad en cuanto a la aplicación del principio de proporcionalidad en la LOSNCP, en cuanto a la imposición de sanciones administrativas derivadas de la Terminación Unilateral de Contrato.
7. Se comprobó la importancia de la aplicación del principio de proporcionalidad en la imposición de las sanciones administrativas derivadas de las terminaciones

unilaterales de contrato, por lo que se analizó que las mismas deben aplicarse de una forma ponderada con relación al incumplimiento contractual por parte de los contratistas.

8. Se acepta y concuerda con la conveniencia de aplicar un método de ponderación con relación al porcentaje de incumplimiento contractual y la sanción administrativa a imponerse a los contratistas incumplidos.
9. Se estableció la importancia de reformar la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General y las Resoluciones del SERCOP, con la finalidad de emplear el principio de proporcionalidad en base a un método de ponderación justo que analice la justa razonabilidad entre el porcentaje de incumplimiento contractual y la afectación causada por la imposición de una sanción administrativa.

INDICADORES ENTREVISTA

1. Se concuerda que el principio de proporcionalidad es muy importante dentro de la normativa legal vigente y la necesidad de que su aplicación se cumpla cabalmente dentro de un Estado de derechos y justicia como el nuestro. Además, manifestaron que el principio de proporcionalidad es uno de los principales valores del Derecho, ya que permite que exista una debida proporción entre sujetos así como de igualdad y razonabilidad. Además se estableció que el fin primordial del principio de proporcionalidad es el poder determinar y controlar en los diferentes ámbitos, el cumplimiento y garantía efectiva de los derechos humanos, mismos que deberán responder a criterios coherentes, equilibrados y proporcionales entre el fin buscado y los bienes jurídicos potencialmente afectados, de manera que sean compatibles con nuestra Carta Magna, que es la Constitución de la República del Ecuador y con la demás normativa legal vigente.
2. Se determinó la aplicación del principio de proporcionalidad, pero tornándose sobre todo a la aplicación en materia penal en cuanto a la imposición de penas. Sin embargo, se analizó también lo establecido en los derechos de protección, contenidos en el artículo 76, numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, en vista de que

es necesario que se asegure el derecho al debido proceso cumpliendo con la debida proporcionalidad entre el incumplimiento contractual y sanciones administrativas.

3. Se establece que no existe una aplicación certera del principio de proporcionalidad en la imposición de las sanciones administrativas derivadas de la Terminación Unilateral de Contrato en materia de Contratación Pública, y es posible que por la falta de esta aplicación, se produzca limitación o violación a los derechos constitucionales y fundamentales de los contratistas incumplidos, ocasionando en su gran mayoría afectaciones a sus derechos, desviándose de la línea de protección de los derechos constitucionales en un Estado de derechos y justicia.
4. Se determinó la necesidad de aplicación del principio de proporcionalidad en la imposición de las sanciones administrativas derivadas de las Terminaciones Unilaterales de Contrato, en vista de que nuestro Estado es de derechos y justicia, y se considera importante cumplir con las garantías constitucionales, y que las sanciones administrativas a imponerse sean justas y razonables al incumplimiento de los contratistas.
5. Se estipuló que el principio de proporcionalidad al formar parte de los principios generales del Derecho, debe ser aplicado obligatoriamente en la normativa legal vigente, principalmente dentro del Derecho Administrativo, en vista de las potestades discrecionales de la Administración Pública, es posible la aplicación de este principio que se convertirá en el instrumento fundamental de argumentación en el que se expongan los motivos de la necesidad de la ponderación de derechos. Además, se analiza que la Administración Pública es efectivamente capaz de decretar las medidas justas para cumplir con los respectivos fines de su potestad discrecional en el ámbito analizado.
6. Por un lado, se considera que los contratistas incumplidos deben ser sancionados administrativamente conforme consta en la normativa legal vigente, sin considerar el porcentaje de incumplimiento contractual por parte de los contratistas; pero por otro, se determina que las sanciones referidas deberían ser proporcionales al incumplimiento contractual, tornándose la aplicación del principio en estudio, de forma obligatoria.

7. Se indica la posibilidad de aplicar el principio de proporcionalidad en las sanciones administrativas por imponer a los contratistas incumplidos, derivadas de las Terminaciones Unilaterales de Contrato, siempre y cuando de manera previa se realice una reforma al artículo 94 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sin embargo queda abierta la posibilidad de que la aplicación sólo sea en base al numeral 1 del artículo mencionado, y no del numeral 1 y 3 como se determinó en primera instancia. Se considera importante que el principio de proporcionalidad sea aplicado en los numerales 1 y 3 del artículo 94 de la LOSNCP, por así creer conveniente y justo para los contratistas incumplidos, garantizando a su vez con los derechos fundamentales de las personas.
8. Existe la pertinencia de aplicar obligatoriamente el principio de proporcionalidad en las sanciones administrativas derivadas de las Terminaciones Unilaterales de Contrato, siendo la aplicación referida, con base en un método de ponderación que permita que las referidas sanciones sean razonables y proporcionales, y así evitar cualquier tipo de afectación tanto a la Administración Pública como a los contratistas del Estado.
9. Es pertinente reformar la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General, las Resoluciones del SERCOP, y demás normativa pertinente que permita la aplicación del principio de proporcionalidad con base en un método de ponderación entre el incumplimiento contractual y la afectación causada por la imposición de una sanción administrativa, por lo que será una reforma garantista.

Una vez que hemos analizados las respuestas a las preguntas realizadas a la población determinada en la presente investigación, podemos concluir y aseverar que con las mismas se cumplió con el objetivo general de la presente investigación, que es el analizar el Principio de Proporcionalidad en cuanto a las sanciones administrativas derivadas de las Terminaciones Unilaterales de Contratos en materia de Contratación Pública, se desprende que dentro de la presente investigación se ha analizado a cabalidad en primera instancia, lo que se refiere el Principio de Proporcionalidad y su aplicación en los ámbitos correspondiente a los derechos constitucionales de todas las personas.

Además se realizó los objetivos específicos al analizar las sanciones administrativas derivadas de la Terminación Unilateral de Contrato Administrativo, y su aplicación de forma proporcionales en cuanto al grado de cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones contractuales, en lo que se definió la posibilidad de aplicarla de esta forma siempre y cuando se base en un método de ponderación que permita que las sanciones administrativas sean razonables y equilibradas con relación al incumplimiento contractual cometido.

Por último, dentro de la presente investigación se analizó la fórmula de peso como método de ponderación, para la aplicación del principio de proporcionalidad en las sanciones administrativas derivadas de las terminaciones unilaterales de los contratos administrativos con relación al cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones contractuales, sin embargo se comprobó la necesidad de que el método de ponderación a aplicarse sea el de argumentación por ser más manejable y entendible para las partes interesadas.

VERIFICACIÓN DE LA HIPÓTESIS

La hipótesis que inicialmente se planteó en la presente investigación es la siguiente:

¿Es posible aplicar el principio de proporcionalidad en las sanciones administrativas impuestas a los contratistas, derivados de las Terminaciones Unilaterales de Contrato, con la aplicación del primer y tercer numeral del artículo 94 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?

Además, que ¿es posible la aplicación de la fórmula de peso como método de ponderación sobre las referidas sanciones?

De la hipótesis expuesta, conforme el análisis de los datos obtenidos de la aplicación de las herramientas y métodos de investigación, se establece que no existe una correcta aplicación del principio de proporcionalidad en cuanto a las sanciones administrativas impuestas como resultado de las terminaciones unilaterales de contrato en materia de Contratación Pública. Por lo expuesto, es necesario que se aplique el referido principio, con la finalidad de evitar la vulneración de las garantías y derechos constitucionales, como es el del debido proceso y la proporcionalidad de las sanciones administrativas, así como también garantizar los derechos fundamentales de las partes dentro de un Estado.

Esta limitación contraviene a los principios fundamentales del Estado ecuatoriano, mismo que es un Estado de derechos y justicia, por lo que sin duda alguna debe cumplir efectivamente con las garantías constitucionales y promover no solo la igualdad sino también la equidad, justicia pero sobretodo la proporcionalidad.

Por último, se desprende que la presente hipótesis luego del trabajo de investigación realizado, se ha convertido en la presente investigación.

CONCLUSIONES.

1. Es necesario la aplicación inmediata del principio de proporcionalidad en cuanto a las sanciones administrativas derivadas de las Terminaciones Unilaterales de Contrato, que deben ser equilibradas, justas y razonables con relación al incumplimiento contractual respectivo.
2. Es preciso que el proyecto de Ley Reformativa a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sea una realidad, con la finalidad de que se aplique proporcionalmente las sanciones administrativas a los contratistas incumplidos, y de esta manera se garanticen los derechos fundamentales de las partes dentro del Estado.
3. Es importante que la facultad discrecional de la Administración Pública, se base en la normativa legal vigente y se aplique obligatoriamente en concordancia con lo expuesto en nuestra Carta Magna, para cumplir efectivamente con la garantía de los derechos constitucionales.
4. Es posible la aplicación de un método de ponderación dentro de las sanciones administrativas, método que de preferencia será el de argumentación, para continuar con la ponderación necesaria dentro de los conflictos de derechos o principios, acoplándolos a nuestra propia realidad, analizando la magnitud de un derecho como del otro, y la importancia del uno sobre el otro.

RECOMENDACIONES.

1. Se recomienda que se proponga ante la Asamblea Nacional, el proyecto de Ley Reformatoria a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en lo pertinente a la aplicación del principio de proporcionalidad en cuanto a la imposición de sanciones administrativas a los contratistas incumplidos
2. Cumpliendo con la Ley Reformatoria a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que se propone en la presente investigación, se debe aplicar de forma inmediata del principio de proporcionalidad en cuanto a las sanciones administrativas analizadas, para que las mismas sean equilibradas, justas y razonables.
3. La facultad discrecional de la Administración Pública, sea más equitativa, razonable y justa, en cuanto a las sanciones administrativas analizadas en la presente investigación. La facultad discrecional se deberá basar en la normativa legal vigente obligatoriamente, y en concordancia con lo expuesto en nuestra Carta Magna, para cumplir efectivamente con la garantía de los derechos constitucionales.
4. Se aplique el método de argumentación como método de ponderación dentro de las sanciones administrativas, mismos que analizará los conflictos de derechos o principios, acoplándolos a nuestra realidad propia, y estudiará la magnitud de un derecho como del otro, y la importancia del uno sobre el otro.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. (2007). *La Fórmula de Peso, en el Principio de Proporcionalidad en el Estado Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Alexy, R. (2010). *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Alexy, R. (2010). *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Arroyo Jiménez, L. (2009). *Ponderación, Proporcionalidad y Derecho Administrativo*. *Revista para el Análisis del Derecho*, 15.
- Asamblea Nacional. (13 de febrero de 1997). *Constitución Política de la República del Ecuador*. Quito, Pichincha, Ecuador.
- Asamblea Nacional. (11 de agosto de 1998). *Constitución Política de la República del Ecuador*. Quito, Pichincha, Ecuador.
- Asamblea Nacional. (20 de octubre de 2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial No. 449. Montecristi, Ecuador, Ecuador.
- Asamblea Nacional. (04 de agosto de 2008). *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Registro Oficial Suplemento No. 395. Quito, Pichincha, Ecuador.
- Asamblea Nacional. (22 de octubre de 2009). *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Registro Oficial Suplemento No. 52. Quito, Pichincha, Ecuador.
- Asamblea Nacional. (10 de febrero de 2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial Suplemento No. 180. Quito, Pichincha, Ecuador.
- Barnes, J. (1998). *Cuadernos de Derecho Público: El Principio de Proporcionalidad*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Bernal Pulido, C. (2006). *La Racionalidad de la Ponderación*. *Revista Española de Derecho Constitucional* Núm. 77, 53.
- Bernal Pulido, C. (2007). *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. (Tercera ed.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bernal Pulido, C. (2008). *El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional: La racionalidad de la ponderación*. Quito: V&M Gráficas.
- Carbonell & Grández. (2010). *El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo*. *Revista Mensual de Jurisprudencia*, 154.
- Carbonell, M. (2008). *El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional*. Quito: V&M Gráficas.
- Clérico, L. (2010). *El examen de proporcionalidad: entre el excesos por acción y la insuficiencia por omisión o defecto*. *El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo*. *Revista Mensual de Jurisprudencia*., 100-152.

- Cresci Vassallo, G. (2006). El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Administrativo sancionador y la Jurisprudencia Constitucional. Madrid: Gaceta del Tribunal Constitucional Nro. 3.
- Dromi, R. (2004). Derecho Administrativo. (Décima ed.). Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina.
- Enciclopedia Jurídica OMEBA. (1987). 427. Buenos Aires, Argentina: Editorial Driskill S.A.
- Gordillo, A. (2000). Teoría General del Derecho Administrativo: Tratado de Derecho Administrativo. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- Martínez García, J. (2011). Arbitrariedad en la determinación de los requisitos para contratar con el Estado. EL principio de proporcionalidad como protección contra la arbitrariedad. Bogotá: Revista Colombiana de Derecho Internacional.
- Perelló Domedech, I. (1997). El Principio de Proporcionalidad y la Jurisprudencia Constitucional. Revista Jurídica - Jueces para la Democracia No.28, 70 - 76.
- Pérez, E. (2010). Manual de Derecho Administrativo. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Procuraduría General del Estado. (20 de marzo de 2012). Absolución de Consulta. Registro Oficial No. 665. Quito, Ecuador.
- Quinteros Olivares, G. (1982). Acto, Resultado y Proporcionalidad. Madrid: Nauario de Derecho Penal y Ciencias Penales T. XXXv, Fasc. II.
- Ramírez Escudero, D. (2007). El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo, un análisis jurídico desde el Derecho Español. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Resolución de la Corte Constitucional No. 45 (Corte Nacional de Justicia 28 de Agosto de 2015).
- Sánchez Gil, R. (2007). El Principio de Proporcionalidad. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Sánchez Gil, R. (2008). El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional: El Principio de Proporcionalidad en la Jursiprudencia Mexicana. Quito: V&M Gráficas.
- Secaira Durango, P. (2004). Curso breve de Derecho Administrativo. Quito: Ediciones Universitaria.
- Stone Sweet, A. (2013). Proporcionalidad y constitucionalismo: Un enfoque comparativo global. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- TIRADO BARRERA, J. (2006). El principio de proporcionalidad y sanciones administrativas en la Jurisprudencia Constitucional. s.l.: Revista de la Facultad de Derecho PUCP Nro. 67.
- Villa Casado, I. (2007). Fundamentos del Derecho Constitucional Conterporáneo. Bogotá: Legis.
- Zavala Egas, J. (2009). Apuntes sobre Neoconstitucionalismo, acciones de protección y ponderación, acción de constitucionalidad, proceso constitucional. s.l.: s.e.

ANEXOS

Anexo 1. Formato de Encuesta



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA

ÁREA SOCIOHUMANÍSTICA

CARRERA DE DERECHO

TEMA:

“PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA TERMINACIÓN UNILATERAL DE CONTRATO EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA”

En la actualidad me encuentro realizando mi Trabajo de Titulación para obtener el Título de Abogada de la República del Ecuador, en vista de lo referido, solicito gentilmente su colaboración contestando la siguiente encuesta:

OBJETIVOS: Analizar la aplicación del Principio de Proporcionalidad en cuanto a las sanciones administrativas derivadas de las Terminaciones Unilaterales de Contratos en materia de Contratación Pública.

INSTRUCCIONES: Marque la casilla que usted considera correcta de acuerdo con su experiencia y criterio personal.

1. ¿Conoce usted las garantías constitucionales de los contratistas del Estado?

SI	<input type="checkbox"/>
NO	<input type="checkbox"/>

2. ¿Usted sabe cuáles son las sanciones administrativas impuestas a los contratistas incumplidos del Estado?

SI	
NO	

3. ¿Usted conoce a que se refiere el principio de proporcionalidad dentro de la normativa legal vigente?

SI	
NO	

4. ¿Considera usted que existe una adecuada aplicación del principio de proporcionalidad en todos los ámbitos por parte del Estado?

SI	
NO	

5. ¿Usted conoce de Terminaciones Unilaterales de Contrato, en el que el incumplimiento contractual ha sido por un porcentaje inferior al 20%?

SI	
NO	

6. ¿Usted cree que existe una adecuada aplicación del principio de proporcionalidad en la LOSNCP, en cuanto a la imposición de sanciones administrativas derivadas de la Terminación Unilateral de Contrato?

SI	
NO	

7. ¿Considera usted que el Estado debe garantizar efectivamente la aplicación del principio de proporcionalidad al imponer las sanciones administrativas derivadas de las Terminaciones Unilaterales de Contrato?

SI	
NO	

8. ¿Considera pertinente que se pueda aplicar un método de ponderación entre el porcentaje de incumplimiento contractual y la sanción administrativa a imponerse?

SI	
NO	

9. ¿Considera usted que debería reformar la LOSNCP, su Reglamento General y las Resoluciones del SERCOP, que permita aplicar un método de ponderación entre el porcentaje de incumplimiento contractual y la afectación causada por la imposición de una sanción administrativa derivada de la Terminación Unilateral de Contrato?

SI	
NO	

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN

Anexo 2. Formato de Entrevista



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA

La Universidad Católica de Loja

ÁREA SOCIOHUMANÍSTICA

CARRERA DE DERECHO

TEMA: “PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA TERMINACIÓN UNILATERAL DE CONTRATO EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA”

En la actualidad me encuentro realizando mi Trabajo de Titulación para obtener el Título de Abogada de la República del Ecuador, en vista de lo referido, solicito gentilmente su colaboración contestando las siguientes preguntas:

OBJETIVOS: Analizar la aplicación del Principio de Proporcionalidad en cuanto a las sanciones administrativas derivadas de las Terminaciones Unilaterales de Contratos en materia de Contratación Pública.

1. ¿Cuál es el fin del principio de proporcionalidad?
2. ¿Cree usted que actualmente en nuestro país es aplicado el principio de proporcionalidad en todos los ámbitos?
3. ¿Considera usted que se aplica el principio de proporcionalidad en la imposición de sanciones administrativas derivadas de la Terminación Unilateral de Contrato?

4. ¿Considera usted que debe aplicarse el principio de proporcionalidad en cuanto a la imposición proporcional de las sanciones administrativas derivadas de las Terminaciones Unilaterales de Contrato, con la finalidad de cumplir con las garantías y derechos constitucionales de los contratistas incumplidos?

5. ¿Considera procedente la aplicación del principio de proporcionalidad dentro del Derecho Administrativo, principalmente en las potestades discrecionales de la administración?

6. ¿Es proporcional que el resultado de una terminación unilateral de contrato, donde el contratista cumplió con el 90% de la ejecución del contrato, se sancione al mismo con una suspensión del RUP por el lapso de 5 años y/o se ejecuten las garantías presentadas por el referido?

7. ¿Es posible aplicar el principio de proporcionalidad en las sanciones administrativas impuestas a los contratistas, derivados de las Terminaciones Unilaterales de Contrato, con la aplicación del primer y tercer numeral del artículo 94 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?

8. ¿Considera pertinente la aplicación del principio de proporcionalidad por medio de un método de ponderación?

9. ¿Considera que en vista de que la República del Ecuador, al considerarse un Estado de derechos, para garantizar los mismos, es necesario una reforma a la actual Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, a su Reglamento General y a las Resoluciones emitidas por el SERCOP, de manera que se incluyan mecanismos que garanticen los derechos de todos los contratistas del Estado, conforme al porcentaje de incumplimiento contractual?

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN