



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

TEMA:

“ANÁLISIS DE LAS CAUSALES DE TERMINACION UNILATERAL DE LOS CONTRATOS EN EL PROCEDIMIENTO LICITATORIO”

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA
REPÚBLICA**

AUTOR: FRANCISCO XAVIER MÉNDEZ OCHOA

DIRECTOR: DR. RAÚL MAURICIO PARRA VICUÑA

CUENCA – ECUADOR

2020

*Yo me gradué en
los 50 años de La Cato!
... y sostuve la Universidad*



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

TEMA:

**“ANÁLISIS DE LAS CAUSALES DE TERMINACION UNILATERAL
DE LOS CONTRATOS EN EL PROCESO LICITATORIO”**

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

AUTOR:

FRANCISCO XAVIER MENDEZ OCHOA

DIRECTOR:

DR. RAÚL MAURICIO PARRA VICUÑA

CUENCA – ECUADOR

2020

*Yo me gradué en
los 50 años de La Cato!
... y sostuve la Universidad*

Dedicatoria:

Esta tesis la dedico a mis mamás Irene Ochoa, Alicia Ochoa y a mi querida María Belén; todas ellas fuentes de mi inspiración.

Agradecimiento:

Como no dar gracias a los doctores: Mario Cárdenas Ordoñez, Pablo Espinoza, Diego Vásquez, Byron Vásquez, Fernando Astudillo y Gonzalo Urgilés León, mis grandes maestros del Derecho Administrativo; a Juventino Beltrán porque estuvo cuando más necesite, a mi hermana Paulina, mi más grande tesoro desde niño y a mis mejores amigos Cristian y Wilson, cada vez más viejos, cada vez más amigos.

ÍNDICE GENERAL

Portada.....	
Dedicatoria:	I
Agradecimiento:	II
Índice general	III
RESUMEN	1
ABSTRACT	2
INTRODUCCIÓN.....	3
CAPÍTULO I.....	4
1. TEORÍA DEL ESTADO.....	4
1.1. Elementos del Estado.....	5
1.1.1. Población	5
1.1.2. Territorio.....	5
1.1.3. Poder y el gobierno.....	6
1.2. Función administrativa.	8
1.3. Administración pública.....	10
1.4. Los servicios públicos.....	11
1.5. Personalidad del Estado.	12
1.6. Teoría del órgano.	14
1.6.1. Competencia.	14
1.6.2. Forma.....	15
1.6.3. Voluntad Humana.....	15
CAPÍTULO II.....	16
2. EL DERECHO ADMINISTRATIVO	16
2.1. Relaciones con las demás ramas del Derecho.	18
2.1.1. Relación con el Derecho Constitucional.	18
2.1.2. Relación con el Derecho Penal.....	19
2.1.3. Relación con el Derecho Procesal.	20
2.1.4. Relación con el Derecho Financiero.....	21
2.2. Fuentes del Derecho Administrativo.	22

2.2.1.	La Constitución.	22
2.2.2.	La Ley.....	24
2.2.3.	Decretos.....	25
2.2.4.	Reglamentos.	26
2.2.5.	Principios Generales del Derecho.	27
2.2.6.	Jurisprudencia.....	28
CAPÍTULO III		29
3.	FORMAS Y FIGURAS ADMINISTRATIVAS.....	29
3.1.	El acto administrativo.	29
3.1.1.	Características del Acto Administrativo.....	39
3.1.2.	Notificación del acto administrativo.....	48
3.1.3.	Efectos jurídicos del acto administrativo.	49
3.1.4.	Impugnación del acto administrativo.	49
3.2.	Acto de simple administración.	50
3.3.	Hecho Administrativo.....	51
3.4.	Acto normativo de carácter administrativo.....	53
CAPÍTULO IV		54
4.	EL CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	54
4.1.	Concepto.	55
4.2.	Elementos.....	55
4.2.1.	Sujetos.	55
4.2.2.	Capacidad, competencia e inhabilidades.	56
4.2.3.	Voluntad y consentimiento.....	56
4.2.4.	Objeto.	56
4.2.5.	Causa.	57
4.2.6.	Forma.....	57
4.3.	Características.....	58
4.3.1.	Formalismo.....	58
4.3.2.	Prerrogativa de la administración.	58
4.3.3.	Derechos y obligaciones personales.	58
4.4.	Licitación.	59
4.4.1.	Procedimiento precontractual en la licitación.	60

4.4.2.	Adjudicación.....	61
4.4.3.	Suscripción, Ejecución, Recepción y Liquidación del contrato.	62
CAPÍTULO V		64
5.	TERMINACION UNILATERAL.....	64
5.1.	Causales de terminación unilateral y anticipada en la normativa ecuatoriana.	64
5.1.1.	Incumplimiento de obligaciones contractuales.....	65
5.1.2.	Insolvencia o quiebra del contratista.	67
5.1.3.	Si el valor de las multas supera el monto de la garantía de fiel cumplimiento. 68	
5.1.4.	Suspensión de los trabajos por decisión del contratista, por más de 60 días, sin que medie caso fortuito o fuerza mayor.	69
5.1.5.	Celebración de contratos contra expresa prohibición de la ley.	70
5.1.6.	Por los demás casos estipulados en el contrato, de acuerdo con su naturaleza. 74	
5.1.7.	La Entidad Contratante también podrá declarar terminado anticipada y unilateralmente el contrato cuando, ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, el contratista no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato.	75
5.2.	Consecuencias de la declaratoria de contratista incumplido.....	77
6.	Conclusiones y recomendaciones.....	77
7.	Bibliografía.....	79

RESUMEN

En la presente investigación se realiza un análisis de la conveniencia de la administración pública para dar por terminando un contrato administrativo público, de manera anticipada, en los casos en que un contratista ha incurrido en una o varias de las causales previstas en el artículo 94 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. El análisis pretende identificar la utilidad de esta ley y cuál es la manera correcta de ejercer esta potestad.

El Estado, a través de las instituciones públicas contratan obras, bienes o servicios y para ello, tiene que enmarcar su accionar en los principios del derecho público, garantías y derechos de la Constitución de la Republica, evitando el uso arbitrario y desproporcionado de la terminación unilateral y anticipada de los contratos. La administración tiene como fin la satisfacción de las necesidades de todos los ciudadanos y por ende hace prevalecer el interés público; eso se logra a través de la eficiencia en la ejecución de los contratos administrativos, siendo deber de todos los funcionarios públicos motivar sus actos para darlos validez jurídica, y respetar la normativa constitucional y legal en todos su actos.

Este trabajo presenta además argumentos basados en la descomposición e interpretación del citado artículo de la ley, indagando además la teoría que será sustento en parte la conclusión de esta tesis.

PALABRAS CLAVES: CONVENIENCIA, TERMINACIÓN, INTERES PÚBLICO, CONTRATOS, PRERROGATIVA

ABSTRACT

In this research an analysis of the convenience of the public administration to terminate a public administrative contract in advance, in cases in which a contractor has incurred one or more of the grounds provided in Article 94 of the Organic Law of the National System of Public Procurement is made. The analysis intends to identify the utility of this law and what is the correct way to exercise this power.

The State, through public institutions contract works, goods or services, and for this, it must frame its actions in the principles of public law, guarantees, and rights of the Constitution of the Republic, avoiding the arbitrary and disproportionate use of the unilateral and anticipated termination of contracts. The purpose of the administration is to meet the needs of all citizens, and, therefore make the public interest prevail; this is achieved through efficiency in the execution of administrative contracts, being the duty of all public officials to motivate their actions to give them legal validity and to respect the constitutional and legal regulations in all their acts.

Additionally, this work presents arguments based on the decomposition and interpretation of the aforementioned article of the law, also investigating the theory that will partially support the conclusion of this thesis.

KEYWORDS: CONVENIENCE, TERMINATION, PUBLIC INTEREST, CONTRACTS, PREROGATIVE.

INTRODUCCIÓN

El deber primordial del Estado ecuatoriano es planificar y llevar a la realidad el desarrollo social de todos los ecuatorianos, por lo que, está investido de varios poderes que la ley le ha otorgado para el ejercicio de sus funciones en pro del progreso de todos los que formamos parte de este país.

Cada actuación del Estado tiene que tener un fin determinado, no existen acciones intelectuales del Estado que no tengan previsto un fin explícito, siempre sus actuaciones tienen que estar enmarcadas dentro de los parámetros que la ley lo ordene.

Todo acto de la administración que no esté dispensado con la legalidad se considera nulo a ojos del derecho, pero no hay que olvidar que el ciudadano tiene un determinado tiempo para reclamar ante la autoridad administrativa o judicial la nulidad del acto que le afecta, por ello es necesario por parte de los administrados interponer las acciones del caso dentro de los términos que la normativa tiene previsto para el efecto.

La contratación pública al ser un área de especialidad del Derecho Administrativo, se debe tratar con sumo detenimiento, ya que, tiene su propio cuerpo normativo, sin embargo, el desarrollo de estas leyes entorno a la contratación Estatal en el Ecuador aún distan demasiado de cumplir con las exigencias que la sociedad demanda en la actualidad.

Para entender todo el contexto, este trabajo de investigación abordará desde el nacimiento del Estado, hasta el análisis de cada una de las 7 causales de terminación unilateral de los contratos públicos, todo esto apegado a la licitación, por ser el procedimiento contractual más complejo de todos.

CAPÍTULO I

1. TEORÍA DEL ESTADO.

Para entender al Estado como un ente abstracto con la capacidad para contratar, es necesario comprenderlo desde su nacimiento, para de esa manera entender cuál es el fin del mismo, el por qué de su nacimiento; es así que el Estado institucionalizado constituye “la culminación de un proceso que se inicia en la principales ciudades italianas durante el siglo XV, donde aparece la expresión *lo stato* servía para designar en general a toda organización jurídico política y a su forma de gobierno.” (Cárdenas, 2001, pág. 2).

En la obra *El Príncipe* del italiano Nicolás Maquiavelo, nos recuerda que en sus inicios Florencia, *lo stato* designa status a lo político, recordando los principados de aquella época, “Todos los Estados, todos los gobiernos que ha habido y que tienen autoridad sobre los hombres, han sido y son repúblicas o principados. El término Estado, Maquiavelo lo asimila a Gobierno y a la forma de organización política” (Maquiavelo Nicolás citado por Larrea Santos, 1992, pág. 146)

Esto fue el punto de partida para que luego de cinco siglos llegue uno de los padres del derecho positivo a definir de manera mucho más jurídica al Estado. El autor checo Hans Kelsen lo definió como: “El orden de la gestión humana que llamamos orden jurídico, el orden hacia el cual se debe encaminar las acciones del hombre, o al ideal a la que los individuos ciñen su comportamiento (...)” (Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, 1949, pág. 199); lo que propende el Estado con su accionar es el bienestar de toda la colectividad; pone límite para el ejercicio de las acciones, de la definición de Kelsen se colige que el elemento más esencial de un Estado es la población.

Aunque autores más estrictos ponen como elemento fundamental el territorio; André Hauriou dice que para que exista un Estado tienen que converger cuatro elementos: “el primero un conglomerado social, el segundo un territorio fijo, tercero un poder que dirige al grupo y por último un orden económico, social, político y jurídico orientado por un bien común.” (Hauriou, 1971, pág. 141) Sin uno de esos elementos no podría existir un Estado. Casi parecido es el criterio del jurista ecuatoriano Julio Tobar Donoso, quien aumenta el criterio hacia “una estructura jurídica de gobierno que decide en última instancia y cuyo fin es la

realización temporal de las personas, grupos sociales y entidades políticas subordinadas, que constituyen su trama orgánica.” (Tobar Donoso, 1952, pág. 85)

Con aquella introducción, se puede explicar los elementos constitutivos del Estado.

1.1. Elementos del Estado.

1.1.1. Población

También se lo puede encontrar en la doctrina como el elemento humano, que no es más que seres con racionalidad y libertad, dotados de una vida y de un fin personal.

Las personas agrupadas en un Estado no son, con relación a los demás, seres aislados, ya que antes de integrar una relación con el Estado “(...) se hallan unidos entre sí, por vínculos de orden físico, moral, económico, religioso, social; por vínculos de solidaridad.” (Cárdenas, 2001, pág. 11)

Un Estado sin población jamás podría existir, la historia nos ha ilustrado que puede existir un Estado hasta sin territorio, como es el caso de Israel, en su tiempo, aunque algunos autores mantienen que ese particular podría ser considerado solamente nación, pues nación es “una comunidad de gentes, que advierten como la historia los ha hecho, que aprecian su pretérito y que se unen a sí mismos tal cual saben o se imaginan ser, con una especie de inevitable introversión.” (Maritain, 1968, pág. 181)

El Estado ante todo será una comunidad humana, que se sobrepone a todas las congregaciones particulares, a pesar de todas las diferencias que separan a las personas que viven juntos en una nación, todos tienen una proyección de un fin común.

1.1.2. Territorio.

Se afirma que, el territorio es el espacio físico donde el Estado puede desplegar su poder público.

El Estado necesita tener un territorio propio donde pueda imponer su autoridad y rechazar cualquier tipo de intervención, lo que se puede resumir en una sola palabra: soberanía; la relación jurídica que tiene el Estado con razón a su territorio consiste en un derecho de imperium.

Cárdenas recoge doctrina al respecto y afirma que existen tres teorías: “territorio objeto, territorio sujeto y territorio límite.” (Cárdenas, 2001, pág. 14)

Con respecto al primero, se considera al territorio como fundamento espacial para que el Estado pueda desplegar su autoridad, esta teoría podría resumirse en una sola frase: el territorio es un objeto sobre el cual recae la potestad jurídica del ente político.

1.1.3. Poder y el gobierno.

Por sobre todas esas diferencias, está el poder que tiene un Estado para imponer la voluntad de la mayoría; el Poder tiene un fin natural y legítimo, de activar con independencia y autonomía; pero se debe hacer una reflexión sobre el poder, pues es “una orden no es justa solo porque formalmente emana de una persona competente, sino que de serlo también en su materia; por ello, puede ser desobedecido sino lo es” (Cárdenas, 2001, pág. 17) todo esto tomando en consideración que viene de una autoridad competente, pero eventualmente puede ser desobedecido el poder Estatal, por lo tanto la legitimidad de origen exige la legitimidad de ejercicio, que implica la obligación de hacer lo que en justicia debe ser hecho, esta afirmación podría ser resumida en una frase dicha por el padre de la separación de poderes, Montesquieu: una cosa no es justa por el hecho de ser ley. Debe ser ley porque es justa.

El poder del Estado en la situación actual, tiene un carácter de poder jurídico, ya que en el concepto de poder el Estado está inmerso en el orden jurídico o derecho positivo.

Es innegable que dentro del poder del Estado existe una soberanía política, que Kelsen lo define como “una soberanía que está sujeta a un determinado poder” (Kelsen, Teoría General del Derecho y del Estado, 1949, pág. 268). El poder a que una población se encuentra sujeto, es la eficacia de un orden jurídico positivado en las normas.

Georg Jellinek hace una dualidad del poder, poniéndolo en dos órdenes, el dominante y el no dominante, este último se caracteriza por poder dar órdenes a una aglomeración de personas, pero ese conglomerado no tiene por qué obedecer, es decir carece de coerción sobre las personas; Jellinek expresa que “el poder tiene un límite en lo que respecta a la posibilidad de ejecutar por sí sus normas, límite que se encuentra en la voluntad de sus miembros.” (Jellinek, 1967, pág. 349) Por eso, el Estado está dotado de organismos de represión que, en el marco de la ley, están facultados a nombre del Estado para hacer cumplir sus mandatos.

Si las pasiones del hombre gobernarían; o sea si es que, el poder no dominante rigiera una sociedad estaríamos frente a un desgobierno, es así que existe el poder dominante, que también podría ser conocido o llamado como poder irresistible, pues dominar es disponer de una manera incondicional y ejercitar la coacción para que se cumplan los preceptos establecidos.

El Estado de Derecho, no es otra cosa que un Estado sometido al Derecho, el catedrático español Elías Díaz lo define así: “(...) el Estado cuyo poder y actividad vienen regulados por la ley. El Estado de Derecho radica en el imperio de la ley; Derecho y ley entendidos en este contexto como expresión de la voluntad general.” (Díaz García, 1966, pág. 29)

Puedo decir que el Estado de Derecho no solo ha surgido para seguridad de las personas o propiedades de cualquier naturaleza, sino más bien de los ciudadanos que también querían garantías para su libertad y la única vía de realización era la ley, lo que lleva a la corriente de pensamiento hecha realidad en la Constitución de Massachusetts de 1780 en la nueva nación de los Estados Unidos que, plasmó una frase que hasta nuestros días tiene connotada relevancia: government of laws and not of men, expresión atribuida a John Adams.

Para finiquitar el aspecto del Estado de Derecho, existe un punto sumamente particular, pues para él profesor español Andrés Betancor hace una dualidad del Estado en cuanto a su evolución, ya que poder y libertad son:

El par institucional que explica la evolución del Estado. Cuanto más poder, menos libertad. Y cuanta más libertad, menos poder. Esta tensión es la que hace de motor de la evolución del Estado. En el caso del Estado de Derecho, esta tensión está administrada por el derecho. (Betancor Rodríguez, Derecho administrativo para mis estudiantes: Instituciones Basicas., 2016, pág. 7)

A manera de colofón es pertinente hablar del Estado de Derecho, que es definido por Rafael Oyarte como “aquel en el cual todos los hombres, esencialmente los gobernantes, encaminan todos sus actos a la juridicidad.” (Oyarte Martinez, 2019, pág. 131)

También deben confluir dos aspectos más para que se conforme un Estado de Derecho, “el control y la responsabilidad.” (Oyarte Martinez, 2019, pág. 131) Es así que, el control hace

posible que el poder público fiscalice el actuar del Estado respecto de la juridicidad y la responsabilidad implica que la violación de la juridicidad trae consecuencias jurídicas.

“El Estado no es ya como un sistema de protección de derechos fundamentales, un mero garante de dichos valores, sino un promotor de los mismos.” (Oyarte Martinez, 2019, pág. 133)

El Estado constitucional de Derechos y justicia como el nuestro se caracteriza por la existencia de una Constitución que es “material y rígida, el carácter normativo y vinculante de la misma; y el control judicial de constitucionalidad en la cabeza de la Corte Constitucional.” (Oyarte Martinez, 2019, pág. 134)

1.2. Función administrativa.

Partiendo de que el pensador francés Montesquieu creía que todo hombre que tiene poder, tiene la propensión a abusar de él, planteó una división de poderes del Estado, de esa manera cada poder del Estado refrenaría al otro poniendo en equilibrio al sistema de gobierno.

Agustín Gordillo cita al filósofo Montesquieu en su pensamiento de pesos y contrapesos del poder Estatal, en torno a que “Él que hace las leyes no sea el encargado de aplicarlas ni de ejecutarlas; que el que las ejecute no pueda hacerlas ni juzgar de su aplicación; que él que juzgue no las haga ni las ejecute.” (Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas, Tomo V, 2012, pág. 86)

Montesquieu nos pone de manifiesto las tres funciones Estatales clásicas: legislativo, ejecutivo y judicial; hay funciones porque el poder del Estado es uno solo y se lo divide en funciones que limitan la una a la otra.

Agustín Gordillo afirma que, la función administrativa “Es aquella parte de la función estatal que es realizada por órganos administrativos” (Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas, Tomo V, 2012, pág. 87) y hace luego una distinción con las demás funciones de la siguiente manera, son órganos legislativos, “aquellos facultados directamente por la Constitución para dictar disposiciones generales.” (Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas, Tomo V, 2012, pág. 88), tales disposiciones lo que hacen el normar el comportamiento de los ciudadanos, pues sus disposiciones son mandatorias,

prohibitivas o permisivas, en cambio la función judicial la precisa como los “órganos jurisdiccionales aquellos que aplican el derecho en situación de independencia.” (Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas, Tomo V, 2012, pág. 88), esta independencia es entendida como la decisión en litigios entre dos partes, estableciendo la norma aplicable para resolver con fuerza la verdad legal; pero la particularidad es que Gordillo no da una explicación precisa de lo que es la función ejecutiva o administrativa, por lo que es necesario acudir a otros doctrinarios del derecho público.

El autor ecuatoriano Marco Morales Tobar tiene un criterio muy conciso al definir a la función administrativa, el afirma que son “(...) el conjunto de acciones administrativas cumplidas por el Estado bien sea de manera directa o indirecta que persiguen el bienestar común.” (Morales Tobar, 2011, pág. 78)

El ejercicio de la actividad administrativa, en porción es practicada por la función ejecutiva, por lo que es importante antes de continuar definir al ejecutivo; el chileno Alejandro Silva da una visión interesante del ejecutivo, según él existen dos formas de concebirlo: “una en cuanto manda se emplea la palabra gobierno, y, en cuanto sirve, se usa la palabra administración”. (Silva Bascuñan, 1980, pág. 57)

El jurista ecuatoriano Efraín Pérez afirma que el ejecutivo está compuesto por tres variantes “Administración pública, gobierno y representación estatal”. (Pérez, 2009, pág. 19)

Para concluir la función administrativa tiene un objetivo, según el autor uruguayo Sayagués Laso de “Cumplir determinadas tareas que el derecho objetivo ha puesto a cargo de determinadas autoridades, el administrar es traducir en hechos los mandatos contenidos en las normas, cuanto precisan de una ejecución material.” (Sayagués Laso, 2002, págs. 60-61). El autor antes citado, reconoce que este pensamiento es doctrina italiana Laband, ahora bien, lo que corresponde es considerar la diferencia con las otras funciones mencionadas con anterioridad, pues en lo que interesa a la función legislativa en lo referente a su consumación “se cumplen y se agotan con la declaración de la voluntad que crea la norma.” (Sayagués Laso, 2002, pág. 61), en cambio la función administrativa puede considerarse cumplida cuando el órgano respectivo ha realizado en los hechos que se le encomendaron pues, estas

actividades se las realiza mediante “actos jurídicos que son: reglamentarios, subjetivos o actos-condición y operaciones materiales.” (Sayagués Laso, 2002, pág. 62)

1.3. Administración pública.

La definición de la administración pública en base a los autores que son citados es únicamente con carácter de acercamiento hacia el Derecho Administrativo, esta afirmación es necesaria, ya que el profesor alemán Hartmut Maurer invocando a Forsthoff dice: “la administración puede ser descrita, pero no definida” (Maurer, 2011, pág. 50)

Sin embargo, en base a su carácter funcional, Morales Tobar afirma que: “(...) la administración pública es una persona jurídica y por lo tanto sujeto de derechos y obligaciones” (Morales Tobar, 2011, págs. 78-79)

Aclarando, es la administración pública un sistema compuesto por varios órganos o instituciones que propenden al desarrollo eficaz de una sociedad, sin embargo, se puede ampliar ese criterio acudiendo a los autores lojanos Hernán y Pablo Jaramillo que, describen a la administración pública como: “Un proceso sistemático y metódico de carácter científico, técnico y jurídico y uno de los medios que se vale el Estado para obtener que los servicios previstos planteados y programados sean atendidos de una manera eficiente (...)” (Jaramillo Ordoñez & Jaramillo Luzuriaga, 2016, pág. 51)

Pero al ser una investigación de carácter jurídico podemos adherirnos al razonamiento de Aníbal Guzmán Lara, que define a la administración pública como:

El ejercicio de gobierno encaminado de forma ordenada y técnica al cumplimiento y aplicación de leyes y demás normas, a estimular el fin social en todo tipo de sus manifestaciones, por ultimo a dar soluciones oportunas a las reclamaciones y peticiones que se suscitaren o se presentaren. (Guzman Lara, 1977, pág. 22).

Asimismo, se puede completar con las palabras de la Gran Enciclopedia Ilustrada Circulo, que la administración pública tiene un “cometido constitucional de cerciorarse que los servicios públicos sean para el desarrollo de los ciudadanos” (Enciclopedia SALVAT diccionario, 1978, pág. 37)

Con una orientación política la administración pública también puede ser definida, pues cuando se habla de una administración pública está supeditada a un administrador de turno; es así que Rodrigo Borja Cevallos, nos explica la administración pública desde una posición política como:

Una de las tres funciones cardinales del Estado, que está a cargo el poder ejecutivo, o sea el presidente de la República, todos sus ministros, secretarios, subsecretarios, los funcionarios y los empleados subordinados. Tiene como objetivo conducir la función de los bienes y recursos del Estado, recaudar tributos, prestar los servicios públicos y asegurar el orden jurídico. Lo hace por medio de actos concretos, inmediatos e incesantes (...). (Borja Cevallos, 2012, págs. 15-16)

Por último, es necesario contar con una definición desde el Derecho Administrativo, por lo cual los profesores García de Enterría y Ramón Fernández manifiestan “(...) la más tradicional definición del Derecho Administrativo lo considera como el Derecho de la Administración Pública.” (García de Enterría & Fernandez, 2017, pág. 1:29). Consecuentemente la importancia de clarificar con detenimiento la administración pública.

El COA, no define que es la administración pública, en el artículo 44, exclusivamente se limita a decir que comprende las entidades del sector público previstas en la Constitución de la República.

1.4. Los servicios públicos.

En el marco del derecho actual, la concreción de los servicios públicos que tiene como objeto “realizar una tarea de necesidad o utilidad pública en forma regular y continua, conforme a un régimen de derecho público.” (Sayagués Laso, 2002, pág. 73 y 74), la noción de servicio público aparece como forma de satisfacer la necesidad general, mediante prestaciones y es regulado por un marco normativo de derecho público.

La ejecución de servicios públicos es un pilar de la administración pública pues, las necesidades de una sociedad son impostergables, es un tema subjetivo de cada Estado autónomo decidir en la ley cuales son considerados servicios públicos.

En Estados con economías liberales se consideran actividades privadas con fines de lucro a actividades que, en Estados más intervencionistas se las llaman servicios públicos y pretenden una satisfacción de tal servicio en sí, más que, un ánimo de lucro.

Por lo antes mencionado, se hace necesario que la función legislativa haga en la ley una distinción entre el servicio público y la actividad privada, para Sayagues Laso es solo indispensable que: “los textos consagren soluciones que implícitamente supongan que la actividad en cuestión es servicio público” (Sayagués Laso, 2002, pág. 74)

1.5. Personalidad del Estado.

Hay que precisar que, si bien existe una estrechísima relación entre personalidad jurídica y persona jurídica, ambas tienen una diferenciación que cabe aclarar, pues la personalidad jurídica como lo indica el maestro Agustín Gordillo se trata más de “una existencia extrajurídica, un ente de sustancia no jurídica, tiene además trascendencia y tienen una individualidad jurídica, una proyección en plano de orden jurídico que le permite actuar trabando relaciones jurídicas.” (Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas, Tomo V, 2012, pág. 57)

Para ejemplificar la personalidad jurídica: el hombre que es corporal, tiene personalidad jurídica; de la asociación no reconocida, que es social, esta no tiene de personalidad jurídica.

En cambio, para las personas jurídicas son entes jurídicos, abstractos, y de naturaleza homóloga; para entender este concepto hay que deslindarnos de todo lo que no es derecho.

Una definición, es que, si bien un ente dotado de personalidad jurídica puede tener una representación legal, pero no una representación judicial.

En el caso que nos atañe, el Estado es sujeto de derechos, es una persona única y siempre pública; dentro de la doctrina francesa se reconoce tres grandes categorías en lo que respecta a personas públicas: “1. El Estado, 2. Entidades territoriales y 3. Establecimientos públicos.” (Sayagués Laso, 2002, pág. 171)

El jurista italiano Carnelutti tiene una apreciación de la persona jurídica en un plano más mercantil, pues afirma que:

La persona jurídica es el punto de encuentro del elemento económico con el elemento jurídico de la situación, cuyo estudio nos revela que en tal punto a menudo se encuentra no un hombre solo, sino más de uno. Siendo la función de la persona la conjunción de hombre con los otros hombres, no hay razón alguna por la cual la personalidad deba estar limitada al hombre individual. (Carnelutti, 1955, pág. 152)

Pero se hace necesario acudir a un criterio de reconocimiento de derechos, ya que, un criterio sumamente importante es el de François Laurent, quien afirmaba que la personalidad jurídica naturalmente desencadenaba en el reconocimiento de derechos, “los mismos eran más limitados en las personas privadas que en las públicas, en razón de ser más específica su destinación” (Laurent, 1893, pág. 378).

Para Carnelutti, “la capacidad jurídica es la medida de la personalidad jurídica reconocida a cada hombre, es decir, la medida de su participación en el ordenamiento jurídico” (Carnelutti, 1955, págs. 152-153)

Pero el Estado no escapa de entrar en esta concepción, si bien su personalidad es distinta no significa que no la tenga, sino que es percibida por el derecho desde otra perspectiva, así es como el tratadista Manuel María Díez afirma que el Estado es una “asociación y cuando se habla de voluntad del Estado, se refiere a la voluntad individual de las personas investidas del gobierno (...)” (Díez, 1963, pág. 52)

El artículo 46 del COA, habla sobre la personalidad jurídica del Estado y lo establece en los siguientes términos: “El Estado ecuatoriano tiene personalidad jurídica única en sus relaciones de derecho internacional, con independencia de su organización interna.” (Código Orgánico Administrativo, 2017) Pero se podría decir que tal como está planteada la norma solo reconoce la personalidad jurídica del Estado en razón de las relaciones que tiene con los demás Estados, y en su segundo inciso prevé que “la administración pública central, las personas jurídicas de derecho público creadas por la Constitución y la ley y las empresas públicas, tienen personalidad jurídica en sus actos y contratos y demás relaciones sujetas a derecho interno.” (Código Orgánico Administrativo, 2017), aquí no cabe duda que estos entes públicos tienen personalidad jurídica propia, la cual es conferida por la ley que los creó.

El jurista ecuatoriano Jorge Zavala Egas, nos habla de un “Estado dotado de personalidad jurídica, por tanto, es indiscutible que la imputación final de las actuaciones realizadas por los órganos de las administraciones públicas, recae en la persona jurídica Estado” (Zavala Egas, 2011, pág. 279)

Por todo lo exteriorizado, vemos que el Estado ecuatoriano es una persona jurídica de derecho público, que por ley tiene derechos, así como obligaciones.

Como se pudo demostrar en todo este argumento, el Estado a pesar de actuar en sus distintos entes públicos, con sus diferentes agentes, es cierto que es uno solo, esta afirmación es sostenida en la: Teoría del órgano.

1.6. Teoría del órgano.

Esta teoría nace como una necesidad de contrarrestar la teoría de la representación, una analogía adecuada podría ser la de un curador con su pupilo, y por medio de la cual se decía que los actos se imputan a los representantes de la institución pública, por lo que las consecuencias dañosas de los funcionarios o representantes de los órganos del Estado no son imputables a la administración; pero estas limitaciones fueron superadas con la aparición de la teoría del órgano.

Esta teoría evapora la dualidad entre el ente persona y el titular del órgano, o sea, el funcionario público no es una parte ajena a la administración, sino una parte de ella, consecuentemente lo que haga como tal es atribuible a la administración.

Consecuentemente se entiende que las actuaciones del servidor público, se las imputa directamente a la administración por ser parte misma del Estado.

Inclusive el maestro uruguayo Enrique Sayagues Laso clasifica en tres partes al órgano – Estado.

1.6.1. Competencia.

La persona jurídica tiene determinadas atribuciones y potestades, para desplegar el accionar para la cual fue creada. “Al estructurarse su organización interna, dichas atribuciones y potestades asignadas a cada órgano, constituye su competencia.” (Sayagués Laso, 2002, pág. 187)

1.6.2. Forma.

Los órganos pueden estar estructurados de diferente manera, pero ordenados de manera que puedan responder a sus competencias.

1.6.3. Voluntad Humana.

Voluntad que pone en movimiento los conjuntos de atribuciones individualizadas de las personas jurídicas, constituye el elemento que da vida al órgano.

“El ser humano titular del órgano, y, por lo tanto, los actos que realiza se imputan a la persona jurídica a la pertenece aquel.” (Sayagués Laso, 2002, pág. 190) , sin embargo, el ser humano no pierde la calidad de persona.

Amén a lo dicho Comandira precisa esta teoría como “El órgano, pues, no teniendo existencia visible sino jurídica, aparece como una unidad inescindible, compuesta por dos elementos, uno estático y normativo, y otro dinámico y humano, los cuales configuran un todo.” (Comandira & Escola, 2012, pág. 74)

A mediados de los años 80 la Corte Suprema Argentina ya manifestó su criterio en torno a esta figura del Derecho Administrativo, al entender que:

La responsabilidad del Estado en el ámbito del derecho público, a causa de la actuación contraria a derecho de una entidad pública, no configura un supuesto de responsabilidad indirecta regulado por el artículo 1113 del Código Civil argentino (referido, en lo que aquí interesa, a la responsabilidad del principal por los hechos dañosos de sus dependientes), sino una actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, la cual, por tal motivo, se debe considerar propia de éstas, quienes deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas. (Vadell Jorge Fernando vs Provincia de Buenos Aires, 1984)

Para culminar este apartado, nuestra legislación ha previsto las formas gubernamentales, según su dimensión. El COA en su apartado 49 define lo que es un órgano administrativo; es así que, es la unidad básica de la organización de las administraciones públicas, sus competencias están previstas en la norma y son ejercidas por los servidores públicos y el

artículo 50 del mismo código, describe a la entidad administrativa como el cúmulo de organismos administrativos con un cometido institucional.

CAPÍTULO II

2. EL DERECHO ADMINISTRATIVO

El jurisconsulto ecuatoriano Marco Morales, en su obra hace una narración del nacimiento del Derecho Administrativo como producto de la revolución francesa y en la independencia de los Estados Unidos, estos dos hitos históricos dan como consecuencia una restricción del poder de un monarca y en ese mismo momento según Morales surge la necesidad de una norma que “límite al poder y evitar la posibilidad de la arbitrariedad, el despotismo o el totalitarismo por parte de la autoridad a esta limitación que el poder de la autoridad tiene, con referencia al derecho, es el principio de legalidad.” (Morales Tobar, 2011, pág. 1)

Tal principio mencionado por Morales es esencial para entender la potestad que tiene la Administración pública, y tal potestad debe ser enmarcada en la ley. Dentro de todas sus formas de actuación están investidas de una “competencia para actuar, que se refiere a un ente y dentro de este a un órgano determinado (...)” (Morales Tobar, 2011, pág. 34)

Abordar el Derecho Administrativo es una tarea intensamente compleja, sin embargo, el profesor argentino Roberto Dromi lo ha definido de forma muy particular en tres líneas, como: “el conjunto de normas y principios que regulan y rigen el ejercicio de una de las funciones del poder, la administrativa. Por ello, podemos decir que el derecho administrativo es el régimen jurídico de la función administrativa.” (Dromi, Derecho Administrativo, Tomo I, 2015, pág. 329) Definición que nos lleva concluir que al regular uno de los poderes del Estado, esta rama es hija del llamado Derecho Público, derecho que regula todo el actuar de la administración pública en todos sus ámbitos, pero al ser tan amplio se subdivide en varias ramificaciones de especialidad, una de sus ramas es el Derecho Administrativo.

El derecho administrativo, tiene como objeto el estudio de la administración en un sentido subjetivo, ya que la dicha administración está compuesta por un conjunto de funciones, mediante las cuales el Estado expresa su actividad administrativa, empero, hay que mencionar que si bien como lo se ha podido percibir en páginas anteriores, el Estado es un ente que ha existido desde hace varios siglos, es relativamente nuevo su desarrollo en

derecho, al menos en nuestra república han existido dos cuerpo normativos que surgieron en afán de regular la actividad administrativa, el llamado ERJAFE que fue publicado en el año 2002 y el ahora COA (Código Orgánico Administrativo) que trae un desarrollo del derecho administrativo sumamente importante para el Ecuador, pero el derecho administrativo fronteras afuera ha sido desarrollado desde hace más de cien años.

La cuna de esta rama del derecho administrativo es Francia, con el célebre fallo Blanco que, en el afán de dirimir la competencia de un juzgador para conocer una causa de responsabilidad por daños a un particular, por parte de unos obreros de una tabacalera propiedad del Estado Francés, se terminó trasladando la competencia de ese juzgamiento a una órbita administrativa, así es como el Consejo de Estado Francés solventó de la siguiente manera:

“Que dicha responsabilidad no es ni general ni absoluta; que se rige por normas especiales que varían en función de las necesidades del servicio y de la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados;

Que, por tanto, en virtud de las leyes antedichas, la autoridad administrativa es la única competente para conocer de esta causa (...)” (Jurisprudencia Administrativa del Consejo de Estado Francés, 1873, pág. 27)

Diez explica que en este fallo se estableció la competencia de un corregidor especializado en una relación Estado-particular sino también:

la responsabilidad que corresponde al Estado por los daños causados a los administrados, debido a hechos del personal que aquel emplea en el servicio público, no puede regirse por los principios establecidos por el Código Civil para las relaciones de particular a particular. (Diez, 1963, pág. 271 y 272)

Por lo que se puede concluir que, aquí se sentaron las bases para que en lo posterior se desarrolle la responsabilidad objetiva del Estado.

Este fallo nos da una referencia de la génesis del Derecho Administrativo a nivel global; autores más contemporáneos definen la edificación del Derecho Administrativo como:

El equilibrio entre el poder del Estado y los derechos de las personas en el contexto del Estado Liberal. (...) la balanza entre el poder estatal que persigue el interés de todos por un lado y los derechos e intereses de las personas individuales por el otro. (Balbín, 2015, pág. 3)

Dromi afirma que:

El orden jurídico administrativo se integra por normas generales de origen constitucional y legal, además de la propia generación normativa de origen unilateral o bilateral y de efectos individuales o generales establecida a través de la emisión de actos y reglamentos administrativos. (Dromi, Derecho Administrativo, Tomo I, 2015, pág. 337)

Existe una sub rama del Derecho Administrativo: la contratación pública, por la problemática que surge, es necesario una mutabilidad con una tendencia hacia innovar los procesos de contratación para afrontar las ambigüedades normativas.

2.1. Relaciones con las demás ramas del Derecho.

Las ciencias jurídicas se distinguen en su forma clásica en dos linajes: el Derecho Público y el Derecho Privado, dentro de la primera rama por su materia e intereses responde a normas de carácter público y a su vez esta especialidad se divide en otras dos sub especialidades: “el derecho interno y el derecho internacional” (Diez, 1963, pág. 312)

2.1.1. Relación con el Derecho Constitucional.

La norma constitucional es usualmente de carácter general, mientras que el Derecho Administrativo es creado bajo los límites de la normativa constitucional, por ello existe una confusión cuando se quiere diferenciar a estas dos especialidades, tal es así que el argentino Dromi afirma que el Derecho Constitucional: “forma la base del Derecho público nacional. El Derecho Administrativo tiene con el Derecho constitucional mayor vinculación que con cualquiera otra rama del derecho.” (Dromi, Derecho Administrativo, Tomo I, 2015, pág. 411)

Balbín indica que las bases del Derecho Constitucional demarcan la actuación del Estado por lo que “(...) estos principios de categoría constitucional marcan el campo de acción estatal. Así, el poder estatal no es libre, sino que está sujeto a estos principios.” (Balbín, 2015, pág.

21) Es por lo que se puede de mejor manera entender cómo se relaciona con el Derecho Constitucional.

En el artículo 3, dentro de su numeral 5 de la Constitución establece que uno de las obligaciones del Estado es “planear el desarrollo nacional, suprimir la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza, para acceder al buen vivir.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008) Este artículo describe el interés general que está encaminada una administración pública de turno y en base a este artículo es como se desarrolla toda acción de la administración pública y consecuentemente la contratación del Estado, priorizando el interés de todos los ecuatorianos.

Como principio del Derecho Público, se expone que, al Estado sólo le es procedente realizar su actividad administrativa en cuanto a lo permitido en la ley; no aplica como otras ramas del Derecho que: lo que no está prohibido, se entiende permitido, es así que, el tratadista Miguel Santiago Marienhoff manifiesta que: “se puede deducir que, las relaciones que el derecho administrativo tiene con el derecho constitucional son de dependencia, tanto más cuanto toda la actividad jurídica de la administración pública, en última instancia, encuentra sus limitaciones en la Constitución.” (Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo - Tomo I, 1993, pág. 84)

Toda la actividad de la administración deberá estar motivada en Derecho positivo, ya sea en la Constitución o leyes orgánicas, sin esta motivación el acto emanado por la autoridad será objeto de una posible impugnación, ya sea en sede administrativa o un Tribunal Contencioso Administrativo.

2.1.2. Relación con el Derecho Penal.

Esta singularidad se relaciona con las transgresiones de naturaleza administrativa, Diez asevera que: “el derecho penal disciplinario forma, de acuerdo con la doctrina moderna, parte del derecho administrativo y, en consecuencia, el ordenamiento disciplinario debe separarse claramente del derecho penal propiamente dicho.” (Diez, 1963, pág. 325)

Si bien, el régimen sancionador del Derecho Administrativo es separado del Derecho Penal, también es cierto que se puede ver una relación de estas dos ramas en los delitos contra la eficiencia de la administración pública y el organismo encargado de velar por tal eficacia de

la actuación administrativa es la Contraloría General del Estado, pues como organismo de control es el encargado de ver la correcta utilización de los caudales del erario público.

El artículo 212 de la carta fundamental describe como una de las funciones de la Contraloría “administrar el régimen de control administrativo que se compone de auditoría interna, auditoría externa y del control interno de las entidades del sector público y de las entidades privadas que dispongan de recurso públicos.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Ese control que ejercita la Contraloría se traduce en actos administrativos que establecen sospechas de responsabilidad penal en contra de funcionarios o personas particulares que han adecuado su conducta a uno de los delitos contra la eficacia de la administración pública tipificados desde el artículo 278 al artículo 294 del COIP.

Dromi describe que existe un régimen disciplinario administrativo referente a los burócratas, “se aplica dentro de la administración pública, debido a que son sanciones que el superior jerárquico impone al inferior por faltas disciplinarias” (Dromi, Derecho Administrativo, Tomo I, 2015, pág. 417)

Muchos principios incuestionables en derecho penal están relacionados la rama administrativa, por lo que son de “aplicación en el llamado derecho penal administrativo; prueba: nullum crimen, nulla poena sine lege” (Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo - Tomo I, 1993, pág. 88)

2.1.3. Relación con el Derecho Procesal.

Esta vertiente del derecho se entiende como “el conjunto de normas concernientes a los requisitos, contenido y efectos del proceso” (Diez, 1963, pág. 346) La afinidad con el Derecho Administrativo se establece en los elementos directores de la función pública que desempeña una autoridad administrativa o un juez del Tribunal Contencioso Administrativo, que dentro de un procedimiento establecido en la ley, ajusta su actuar a respetar la seguridad jurídica.

Diez no solo opina que hay una evidente relación entre el Derecho Procesal y el Derecho Administrativo sino que, afirma que existe una especialidad dentro del Derecho Procesal que

debe ser estudiada separadamente, esto es el Derecho procesal administrativo y lo define como: “el conjunto de normas referentes a los presupuestos, contenido y efectos del proceso administrativo.” (Diez, 1963, pág. 347)

Por lo que, en nuestro país existe un código que regula la actividad administrativa del Estado Ecuatoriano de manera general: el Código Orgánico Administrativo, también existen códigos que regulan los procedimientos de las relaciones jurídicas de determinadas instituciones públicas.

2.1.4. Relación con el Derecho Financiero.

Para el profesor argentino Dromi, el Derecho Financiero “(...) su objetivo es la organización jurídica de la actividad financiera del Estado; es decir, el cobro, gasto y administración de los recursos del erario público hasta el momento de su inversión.” (Dromi, Derecho Administrativo, Tomo I, 2015, pág. 416)

Las entidades financieras del Estado como: el Banco del Pacífico, la Corporación Financiera Nacional o el BIESS son definidos por la Ley Orgánica de Planificación y Finanzas Públicas como banca pública, estas al ser parte del Estado son reguladas por el Derecho Administrativo.

El mismo código antes citado distingue el presupuesto para las empresas públicas, del presupuesto del Estado, los GADs, banca pública y la seguridad social; todos estos son parte del Estado y regulados por el Derecho Administrativo.

La relación con la contratación pública reposa en la actuación administrativa del Estado para contraer obligaciones y previamente en la certificación presupuestaria que deben tener los organismos del Estado para contraer obligaciones de carácter contractual, como lo expresa el artículo 116 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.

Las obligaciones contractuales se forjan y producen afectación presupuestaria definitiva cuando las obras, bienes o servicios que recibe el Estado que fueron solicitados, entregados y recibidos por autoridad competente, con o sin compromiso previo, esto último, según lo prescrito en el Art 117 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, es ahí lo importante del Derecho Financiero en contratación pública, pues aún sin la formalidad de un

contrato administrativo, el Estado está obligado a pagar por bienes, obras o servicios que le han sido entregados.

2.2. Fuentes del Derecho Administrativo.

Para examinar las fuentes del Derecho Administrativo ecuatoriano, es necesario considerar que “todas estas fuentes coexisten dentro de un ordenamiento jurídico” (Guerrero Celi, 2019, pág. 58), por lo que debe ser entendido como un sistema.

En palabras de García de Enterría y Ramón Fernández “una unidad con vida propia, independiente y distinta de las propias normas, que son tales, precisamente, en cuanto se integran en él” (García de Enterría & Fernandez, 2017, pág. 69)

A manera de colofón, Kelsen formula que se trata de “Una variedad de normas única. Esta norma principal es la fuente común de legitimidad de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de ese orden.” (Kelsen, Teoría Pura del Derecho, 2008, pág. 135)

2.2.1. La Constitución.

Toda nuestra codificación jurídica se fundamenta en la Constitución de la República del Ecuador, Dromi dice: “(...) con la Constitución se sistematizan las normas jurídico administrativas.” (Dromi, Derecho Administrativo, Tomo I, 2015, pág. 353), como fuente de extraordinaria importancia para todas las linajes del Derecho, es natural la rama del Derecho Administrativo cobre una importancia más que vital, tal es así que otro maestro argentino define a la Constitución como “el conjunto de principios y normas supremas del ordenamiento positivo, cuya jerarquía normativa es superior a todas las leyes y reglamentos, imponiéndose a todos los actos que dicta la Administración Pública.” (Cassagne, Derecho Administrativo Tomo I, 1998, pág. 126)

Dentro de la norma suprema, se establece los principios y reglas en los que se basa una administración para la ejecución de sus cometidos, por lo que, el maestro argentino Miguel Marienhoff afirma que: “Esta forma el principio de todo el ordenamiento jurídico. Con razón

la constitución es denominada ley de las leyes. Todas las normas deben guardar reciprocidad con la Constitución.” (Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo - Tomo I, 1993, pág. 105) y visualizando desde una perspectiva más jurídica administrativa, uno de los campos de disertación del derecho administrativo es:

La estructura de uno de los órganos jurídicos del Estado (la administración) y el ejercicio de la función administrativa (facultades del Estado en el órgano administración y limitaciones a las mismas, en los derechos de los habitantes), fácil es advertir la importancia del derecho constitucional y concretamente de la Constitución como fuente del derecho administrativo. (Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo Tomo VIII, 2013, pág. 130)

Es así indudable la fuerte relación entre la Constitución y el Derecho Administrativo.

Los artículos 424 y 425 de la Constitución refieren a la supremacía del ordenamiento jurídico del Ecuador y el primer artículo antes mencionado define la hegemonía de la Constitución como “la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008), además los actos del poder público deben llevar concordancia con lo que dispone la Constitución, por otra parte el artículo 425 explica cómo se estructura la jerarquía de las normas en el país; igualando a la Constitución y los instrumentos internacionales de derecho como primer orden jurídico jerárquico de aplicación.

La interpretación que da el jurista ecuatoriano Juan Carlos Benalcázar del apartado 425, en razón de la adopción del principio de competencia como

Criterio de solución de conflictos normativos, en la cual no solo se debe observar la jerarquía normativa si no también la competencia que tienen los órganos públicos para regular un asunto o materia y debe tenerse presente el contenido delimitado constitucionalmente que se reserva para ciertos instrumentos normativos, con exclusión de otros (...). (Benalcázar Guerrón, Los instrumentos internacionales como fuente de Derecho Administrativo en Ecuador, 2013)

Ahora bien, en materia de derechos de protección, la norma de mayor relevancia con correspondencia al Derecho Administrativo, el artículo 76 que consagra las garantías del

debido proceso que, corresponden ser acatadas en todo procedimiento ya sea administrativo o judicial.

Es así que, entre las garantías más relevantes está: “la obligación de todas las autoridades administrativas y judiciales, de cumplir y hacer cumplir las normas jurídicas y respetar los derechos de los ciudadanos.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008); En el mismo articulado se conmina a la administración a que las resoluciones que emitan los organismos del poder público sean debidamente motivados y se establecen los parámetros que debe contener la voluntad de la administración y son: “manifestar las normas y principios que la sustentan y explicables al caso específico de que se trate, considerando los antecedentes de hecho” (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Los órganos públicos la tienen la obligación de que, “sus actuaciones se adopten no solo a base de la aplicación estricta del texto de las normas jurídicas, sino en un contexto garantista de los derechos de los ciudadanos reconocidos en la Constitución” (Guerrero Celi, 2019, pág. 62), por lo que se hace evidente la categoría de la norma suprema como germen del Derecho Administrativo.

2.2.2. La Ley.

Las leyes son una evidente fuente para cualquier rama del Derecho y están sometidas a la Constitución, es así la ley es “la fuente cualitativamente más importante del derecho administrativo. Por ley ha de entenderse la norma jurídica que emite el órgano legislativo, siguiendo para ello el procedimiento que al efecto establece la Constitución.” (Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo - Tomo I, 1993, pág. 106)

Un punto fundamental de la ley, es su utilidad, “regulación legislativa de la actividad administrativa comprende muchos aspectos de la organización y funcionamiento administrativos” (Dromi, Derecho Administrativo, Tomo I, 2015, pág. 359)

El artículo 132 de la carta fundamental formula que las leyes son “las normas generales de interés común (...)” (Constitución de la República del Ecuador, 2008) y se dispone que las leyes están encaminadas para regular las siguientes materias:

“a) regulación y ejercicio de derechos y garantías constitucionales; b) tipificación de infracciones y de sanciones; c) creación, modificación y supresión de tributos; d) atribución de competencias de los gobiernos autónomos descentralizados; e) modificación de la división política administrativa y f) atribución a los organismos de control y regulación, de la facultad de expedir normas de carácter general en las materias propias de sus competencias, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales” (Guerrero Celi, 2019, pág. 85)

Para el uruguayo Sayagués Laso la ley en un sentido formal es “los actos de ejecución inmediata de la constitución de la república, siendo indiferente su contenido o el órgano del cual se emanen.” (Sayagués Laso, 2002, pág. 103), además se hace mención a la doctrina alemana en la cual según el citado tratadista, solo merece el calificativo de ley “los actos creadores reglas de derecho, es decir, las que regulan la condición de los particulares.” (Sayagués Laso, 2002, pág. 104)

2.2.3. Decretos.

El argentino Roberto Dromi los define como:

Actos de poder por los cuales se expresa la voluntad del poder ejecutivo dentro del orden jurídico. Es la forma de exteriorización jurídica que asume los actos del presidente de una nación. Por sus efectos jurídicos que produzcan puede tener la forma de acto administrativo (efectos individuales, directos e inmediatos) o reglamento administrativo (efectos generales).” (Dromi, Derecho Administrativo, Tomo I, 2015, pág. 365)

Todo esto va a depender del ejercicio jurídico de la función ejecutiva; de que fin quiere lograr con la exteriorización de su voluntad.

Es así que en nuestro país encontramos dos clases de decretos: los decretos ejecutivos y los decretos-ley.

Los decretos ejecutivos son instrumentos jurídicos que únicamente utiliza el presidente de la Republica para emitir actos normativos o actos administrativos, de esta forma es como la

función ejecutiva se pronuncia y exterioriza su voluntad, puede ser para emitir reglamentos de aplicación de una ley o dirigir la administración pública.

Por otra parte los decretos-ley tienen una doble connotación; por una parte el artículo 140 de la norma suprema, faculta a la función ejecutiva para que pueda presentar a la asamblea propósitos de ley con la singularidad de que son calificados como “urgencia en materia económica, con lo que, el parlamento tiene 30 días para debatirlo y en caso de no hacerlo el ejecutivo le está permitido promulgar el proyecto y ordenar su publicación en el registro oficial.” (Guerrero Celi, 2019, pág. 90)

El segundo supuesto está previsto en el artículo 148, norma que hasta la fecha no ha sido utilizada, pues es una facultad de uso excepcional de disolver la asamblea nacional, por las causales anunciadas en la misma norma.

2.2.4. Reglamentos.

Sayagués lo precisa como: “el acto unilateral de la administración que crea normas jurídicas generales.” (Sayagués Laso, 2002, pág. 130); Al decir que es un acto unilateral consecuentemente no requiere la previa aprobación de las personas a las que alcance, sino es únicamente potestativo de la administración, eso siempre y cuando el reglamento no contravenga a la ley.

Un criterio sumamente interesante es del catedrático Miguel Santiago Marienhoff que afirma que:

El reglamento es la fuente más importante del derecho administrativo. Implica una manifestación de voluntad de órganos administrativos, creadora de *status* generales, impersonales y objetivos. No existen reglamentos para regir un caso concreto; solamente la ley formal puede dictar disposiciones para un caso particular. (Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo - Tomo I, 1993, pág. 116)

El espíritu de este acto es la ejecución de fines estatales, en nuestro país esta facultad le esta atribuida al presidente en el artículo 147, numeral 13 de la norma suprema y está definida en el COA en el artículo 128 de la siguiente manera: “Es toda declaración unilateral efectuada en ejecución de la competencia administrativa que produce efectos jurídicos generales, que

no se agota con su cumplimiento, y de forma directa.” (Código Orgánico Administrativo, 2017)

En ninguna otra parte del Derecho Administrativo se observa tanta arbitrariedad como en los reglamentos, en la vida cotidiana de la administración, el reglamento es la norma de mayor importancia momentánea y en nuestro país toda norma es constitucional hasta que la misma sea declarada inconstitucional, lo cual supone un problema al momento de realizar los trámites administrativos.

2.2.5. Principios Generales del Derecho.

El Art. 18 del código civil establece las reglas de que deben aplicar los administradores de justicia en caso de oscuridad en la ley, es así que no se puede “suspender ni denegar las administración de justicia, a falta de ley se aplicaran las que existan en casos análogos y no habiéndolas se recurrirá a los principios del derecho universal” (Código Civil Ecuatoriano, 2005)

La Constitución también ha previsto los principios del Derecho en el artículo 11 “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” (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Guerrero Celi cita a Gordillo en el sentido de que una ley superior como es la Constitución no es taxativamente cierta que sea suprema, más bien “están un escalón más abajo en la jerarquía de las fuentes. El primer nivel en las fuentes, a su vez, está claramente compuesto más de principios que de normas.” (Guerrero Celi, 2019, pág. 104)

Sin embargo, hay autores que no comparten esta visión, Jorge Zavala Egas afirma que “no se puede establecer una relación jerárquica entre los principios y las demás fuentes formales del Derecho y además los principios tiene como condición la de irradiar a todas las normas jurídicas valores.” (Zavala Egas, 2011, pág. 79)

Pero no es jurídicamente verosímil el criterio de catedrático Zavala, no da una respuesta contundente al problema antes mencionado, por otra parte es Gordillo asevera que los

principios son jerárquicamente superiores a la normativa constitucional, ya que, “el principio determina en forma integral cual ha de ser la orientación del acto de creación o aplicación del derecho.” (Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo Tomo IV, 2004)

2.2.6. Jurisprudencia.

Esta fuente resulta una vertiente del Derecho Administrativo, no solo por su desarrollo histórico a raíz de la revolución francesa, pero a criterio de Guerrero ha existido una suerte de inestabilidad en la función judicial ecuatoriana, “contaminada por la injerencia no disimulada de algunos gobiernos, la permanente vulneración del principio de independencia externa e interna y el bajo nivel profesional de los jueces, no ha permitido que tan importante fuente del Derecho Administrativo se desarrolle cualitativamente y se consolide.” (Guerrero Celi, 2019, pág. 107)

Sin embargo, no es determinante que un administrador de justicia esté obligado a seguir las interpretaciones de otros jueces.

En nuestro caso ecuatoriano, la Corte Nacional establecerá los fallos de triple reiteración a efecto de que los demás administradores de justicia fallen en concordancia a lo exteriorizado por la máxima justicia ordinaria del país, así también la Constitución establece en su artículo 185 inciso uno que: “constituye jurisprudencia vinculante dichas sentencias, si el pleno no emite un pronunciamiento dentro del plazo de sesenta días contado desde la fecha de recepción en ese órgano, de los fallos remitidos por parte de las salas especializadas.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

La Corte Constitucional del Ecuador también establecerá en sus sentencias si los efectos de sus fallos son inter partes o erga omnes.

El carácter vinculante de sus decisiones está contenido en el artículo 436, numeral 6 de la carta fundamental, ya que a la Corte Constitucional le está facultado el: “Expedir fallos que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los seleccionados por la Corte para su revisión.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

CAPÍTULO III

3. FORMAS Y FIGURAS ADMINISTRATIVAS.

Como introducción en este tema, se puede señalar que la actuación del Estado está dividida en dos ámbitos, que son: “las actividades técnicas y las actividades jurídicas, en cuanto a las primeras, la doctrina reconoce un segmento importantísimo de actividades, conformadas por los servicios públicos y por la policía administrativa.” (Guerrero Celi, 2019, pág. 214)

Sayagués Laso afirma que: “la actividad administrativa es doble: por un lado, declaraciones de voluntad destinadas a producir a producir efectos jurídicos; por otro lado, realización de hechos y las otras originan relaciones jurídicas administrativas, pero al derecho administrativo le interesa estudiar los hechos que tienen trascendencia jurídica.” (Sayagués Laso, 2002, pág. 382)

El estudio de esos hechos de trascendencia jurídica que, corresponden a la prestación de bienes y servicios eficientes que persigue el Estado y sus órganos, tiene el deber de jurídico de “expresar la voluntad soberana por medio de actos, simples actos, hechos, contratos y normas jurídicas reguladoras, enmarcados dentro de la Constitución.” (Jaramillo Ordoñez & Jaramillo Luzuriaga, 2016, pág. 52)

Todo esto debe ser en el marco de sus competencias entorno a la materia, territorio o tiempo y tales actos son instrumentos de diferente índole jurídica administrativa que viabilizan la concreción de la voluntad administrativa.

3.1. El acto administrativo.

Es importante comenzar mencionado que no existe una conclusión acerca de un concepto del acto administrativo; los conceptos de este instrumento jurídico de la administración varía de autor en autor, por lo que no se puede establecer un criterio absoluto del acto administrativo, es así que se puede comenzar con los autores nacionales para acercarnos a nuestra realidad jurídica del acto administrativo.

Sin embargo, hay una postura que coinciden todos los autores y es que, los actos administrativos constituyen el instrumento más importante, a través del cual la administración pública ejerce sus potestades y exterioriza su voluntad.

Ahora bien, existen dos corrientes desde las cuales se puede analizar el acto administrativo, la primera posición es desde la óptica formal y la otra es desde la perspectiva material.

“La posición formal, son todos los actos que emanan del órgano administrativo, que enfoca de modo exclusivo los actos de la función ejecutiva.” (Morales Tobar, 2011, pág. 120); y el apartado material:

Son actos administrativos todos los que tienen un contenido administrativo, independientemente de la naturaleza del órgano del que emana; de tal suerte que, en esta corriente, denominada también objetiva, al acto se lo distingue por su contenido y esencia, así como por los efectos que produce. (Morales Tobar, 2011, pág. 120)

Estas decisiones de la administración es un hecho que causan efectos jurídicos en los administrados, los resultados de las decisiones administrativas:

Implican la concesión de un derecho a favor de un administrado, su restricción, modificación o extinción; pueden autorizar o negar una pretensión; pueden suponer la imposición de una sanción a un servidor público o a un administrado en general o su absolución, entre otras posibilidades muy diversas. (Guerrero Celi, 2019, pág. 222)

Dentro de nuestra legislación existe un desarrollo del acto administrativo desde la Constitución ya que, pone de manifiesto las normas y principios para la formación y ejecución de las diversas manifestaciones de la voluntad, es así que el apartado 226 de la carta fundamental consagra el principio de juridicidad ergo todo acto de la administración debe estar subordinado a este precepto constitucional.

Guerrero Celi afirma que: “implica que todo acto administrativo debe estar sustentado en normas constitucionales o legales que justifiquen su emisión”. (Guerrero Celi, 2019, pág. 223)

En aquel tiempo la Corte Suprema del Ecuador mediante fallo pronunciado el 25 de julio de 2002, solventó en referencia del acto administrativo, resolvió el recurso de casación que:

Todos los actos administrativos tienen como único comienzo la ley, pues conforme al principio, elevado en nuestro derecho positivo al rango de constitucional, las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos

no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la Ley, por lo que en consecuencia cualquier acto realizado fuera de la ley es un acto arbitrario y en consecuencia de nulidad absoluta (...). (Corte Suprema de Justicia del Ecuador , 2002, págs. 3346-3347)

La importancia de lo antes citado, es que, en el Derecho Público, sólo se hace lo que está permitido; todo fuera de ese orbita es nulo.

Ahora estamos de acuerdo en que, si bien existe elementos de discrecionalidad de las maneras de exteriorización de voluntad administrativa, también existe elementos reglados que tienen que ser tomados en consideración para la producción de un acto de cualquier naturaleza por lo que, García de Enterría indican que:

Todo poder es conferido por la ley como instrumento para la obtención de una finalidad específica, la cual estará normalmente implícita y se referirá a un sector concreto de las necesidades generales, pero que en cualquier caso tendrá que ser necesariamente una finalidad pública. (García de Enterría & Fernandez, 2017, pág. 446)

Es así que, encontramos que expresamente el acto emanado por la administración debe tener potestad, extensión, competencia y un fin determinado.

La competencia entendida como:

“La potestad que la Constitución y las leyes de la República confiere a la administración pública para decidir, ejercer y cumplir por intermedio de sus órganos y autoridades, una serie de actos administrativos, hechos administrativos, contratos administrativos y normas reguladoras dentro de un territorio y materia determinada, para satisfacer el interés público (Jaramillo Ordoñez & Jaramillo Luzuriaga, 2016, pág. 53)

La potestad, extensión y competencia nacidas de la ley deben ser acatadas por todos los que conforman el Estado.

La finalidad pública de una administración a través de su planificación de desarrollo, persigue “el desarrollo económico, social y cultural de todos los administrados, mediante la prestación

de bienes y servicios públicos de calidad; y, el bienestar de la población por medio de la aplicación del derecho y la justicia administrativa.” (Jaramillo Ordoñez & Jaramillo Luzuriaga, 2016, pág. 52)

Es imperativo de que todos los órganos que componen el Estado, tomen partida en el artículo 11, numeral 9 de la Constitución, “El más alto deber del Estado consiste en respetar los derechos garantizados en la Constitución.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Disertado ya aquello, es menester revisar lo modelado en nuestra legislación; el apartado 98 del COA define al acto administrativo como: “la declaración unilateral de voluntad, efectuada en el ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales o generales, siempre que se agote con su cumplimiento y de forma directa. Se expedirá por cualquier medio documental, físico o digital y quedará constancia en el expediente administrativo” (Código Orgánico Administrativo, 2017)

Analizando esta definición se puede vislumbrar lo siguiente: en primer lugar, se habla de una expresión de voluntad administrativa pública, por la cual se expide una decisión, el acto implica una actividad más intelectual, lo que le diferencia del hecho administrativo.

Según el COA, el acto debe ser despachado mediante medios documentales, físicos o digitales y además de debe existir de ello una constancia.

En sentencia de casación, resuelta por la antigua Corte Suprema de Justicia, se puede evidenciar como los magistrados perciben el alcance del acto administrativo que no tiene un sustento documental.

El fallo, derivado del proceso judicial entre el Municipio de Atahualpa y un policía municipal José Cuenca, pone de manifiesto la nulidad de la decisión de separación del funcionario del municipio alegando la inexistencia del acto administrativo, ya que no existía ninguna constancia documental del mismo.

El recurrente afirmó que al no existir un documento que avale la separación del funcionario, el acto era imaginario, pero la Corte rechazó el recurso con la siguiente fundamentación:

“(…) El acto administrativo como la expresión de voluntad, de juicio de conocimiento o de aspiración ejecutada por la administración pública en el ejercicio de una potestad

conferida por la ley. Es una afirmación intelectual, es así que se exceptúa las acciones materiales.

Sin embargo, por declaración no ha de entenderse como declaración expresa, sino también a través de comportamientos o conductas que revelan una posición intelectual anterior a la expresión del acto tácito. La expresión bien puede ser de voluntad, que será lo normal, en los actos administrativos al final del procedimiento formador de voluntad, pero asimismo existen otros períodos intelectuales: de juicio, de deseo, de conocimiento como es hoy pacíficamente admitido en la teoría general del acto administrativo (...)” (José Cuenca vs Municipio de Atahualpa - Corte Suprema de Justicia del Ecuador, 2004)

De lo aludido se puede concluir que no necesariamente el acto administrativo existe solo cuando consta un documento que lo contiene, pues existen actos administrativos que la ciencia jurídica los define como tácitos, de lo dicho se desprende que, una conducta o actitud puede suponer una declaración de voluntad que consecuentemente produzca efectos en un administrado.

Es preciso referir con las definiciones del acto administrativo de los maestros del Derecho Administrativo.

Dromi afirma es “una declaración unilateral efectuada en el ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa.” (Dromi, Derecho Administrativo, Tomo I, 2015, pág. 439)

De este concepto se desprende cuatro puntos que vale la pena ser analizados.

El primer punto a analizar es la declaración, pues el acto administrativo es una manifestación, entendida como una actividad intelectual y según Dromi “toma para su expresión y comprensión de datos simbólicos del lenguaje hablado y/o escrito (...)” (Dromi, Derecho Administrativo, Tomo I, 2015, pág. 439)

En este punto es necesario decir que: “los actos administrativos de efectos generales, significan que van dirigidos a un grupo no determinado de administrados pero que cumplido el mismo, desaparece.” (Moreno Yanes, 2014, pág. 18), puede ser enfocado a un

conglomerado de ciudadanos de manera indeterminada, pero lo característico del acto administrativo es que, con su cumplimiento se extingue, lo que, diferencia del acto normativo es que, se seguirá vigente hasta que sea reformado o derogado por la autoridad competente. Esta forma de expresión de la administración será analizada posteriormente.

Tampoco hay que olvidar que la doctrina reconoce pronunciamientos declarativos en razón del contenido.

Como se vió en la línea jurisprudencial de la antigua Corte Suprema de Justicia, fallo: José Cuenca contra el Municipio de Atahualpa, citado en la página anterior; existen actos administrativos que no necesariamente están expresados documentalmente; criterio doctrinario parecido tiene el jurista ecuatoriano y magistrado de la actual Corte Nacional de Justicia, Patricio Secaira Durango, quien asevera que “la declaración formaliza el parecer administrativo, por ello siempre es escrita. No obstante, es factible que existan disposiciones administrativas de manera oral como las disposiciones de jerarquías de la fuerza pública toman al emitir ordenes de personal subordinado.” (Secaira Durango, 2004, pág. 180)

Lo importante de esto, es entender la diferencia entre el acto administrativo y el hecho administrativo; el acto siempre lleva implícito una actividad intelectual, mientras que el hecho es un proceso de la administración que exterioriza su voluntad en forma material.

Explicado este particular es menester continuar con el proceso declarativo del acto administrativo que tiene tres diferentes contenidos, el primero es el acto administrativo que lleva implícito una decisión, este acto va dirigido a un fin de la administración, un ejemplo bien puede ser una adjudicación de contrato, una sanción o autorización.

El segundo es un acto administrativo que lleva en su implícito la cognición; estos actos avalan un hecho jurídico de relevancia, como bien podría ser el acta de nacimiento o de defunción de un ciudadano que se inscribe en el registro civil.

Finalmente está el acto administrativo que lleva implícito: una opinión, este tipo de contenidos “son de valor y/o juicio de un estado, situación, acto o hecho.” (Dromi, Derecho Administrativo, Tomo I, 2015, pág. 439), un claro ejemplo es: una certificación.

Ya explicada la declaración ahora pasamos al análisis de la unilateralidad del acto administrativo.

Este carácter es importante para diferenciar los actos administrativos de los contratos administrativos, la diferencia sustancial es que los contratos siempre son de carácter bilateral.

Además, se debe precisar que “la unilateralidad significa que la decisión final la adopta la administración pública, esta decisión deberá estar precedida de un proceso (...)” (Fernández Arbeláez, 2015, págs. 173-174)

Para terminar con este punto, el acto sigue siendo unilateral aun cuando necesita voluntad de cooperación, esto último Dromi lo explica así:

“El hecho de que ciertos actos unilaterales necesiten de la solicitud, notificación, aceptación, asentamiento o adhesión del administrado para producir sus efectos jurídicos, no les quita su calidad de unilaterales. Tampoco dejan de ser unilaterales porque la voluntad administrativa se forme mediante actos de simple administración, en cuyo caso se denominan actos complejos.” (Dromi, Derecho Administrativo, Tomo I, 2015, pág. 440)

El tercer punto a analizar de los actos administrativos es que, son efectuados en la instrucción de la función administrativa.

La función administrativa es el cumulo de actividades de la administración encaminadas al interés público y antes de continuar con la disertación es necesario aclarar que, si bien el acto administrativo es una manifestación de la voluntad, hay que diferenciarla de los demás actos jurídicos emanados por la administración, por lo que las demás formas de expresión de la administración deben ser claramente distinguidas. Balbín en su Manual de Derecho Administrativo diferencia de la siguiente manera:

“Cabe excluir de su marco conceptual al contrato que es bilateral; al reglamento, es decir al acto de efectos generales; a los hechos y las vías de hecho, toda vez que constituyen comportamientos materiales que se traducen en decisiones estatales sin manifestación previa de voluntad; al silencio que es simplemente una decisión tácita

estatal; y, por último, a los actos internos que no tienen efectos directos sobre terceros.” (Balbín, 2015, pág. 335)

Es menester también hacer una clara diferenciación entre el acto administrativo y el acto de simple administración, pues muchas de las veces son confundidas las dos manifestaciones de voluntad y la diferencia más importante es que solo el acto administrativo es impugnabile, situación que será analizada más adelante.

La doctrina administrativa colombiana los llama: “Actos complejos” a los que requieren de actos preparatorios para salir a la vida jurídica, todos esos actos preparatorios entrarían en la categoría de actos de simple administración ya que son formadores de la voluntad del Estado.

Todos los órganos de un Estado que se pronuncian pueden estar al interior de una misma entidad pública o pertenecer a diferentes entidades, por tanto, se trata de decisiones previas que emanan de uno o diferentes entes públicos que en conjunto darán sentido a una decisión final. (Fernández Arbeláez, 2015, págs. 187 - 188)

Para ejemplificar se puede tomar a consideración una comisión técnica que evalúa las propuestas en materia de procesos de selección relacionados con contratación pública de una entidad estatal, este órgano técnico emite el acto preparatorio de calificación de las ofertas, que pondrá en manos de la autoridad competente, recomendando la adjudicación de algún oferente, la autoridad emitirá el acto de adjudicación, con lo cual se forma el acto complejo por la doctrina colombiana.

El acto administrativo es emanado en la instrucción de la función administrativa, “sin importar el órgano que la ejerce. El acto puede emanar de cualquier órgano estatal que actúe en ejercicio de la función administrativa (ejecutivo, legislativo y judicial)” (Dromi, Derecho Administrativo, Tomo I, 2015, pág. 441)

Un funcionario que está en el ejercicio de su función administrativa, es competente en razón de los poderes y facultades previstas en la ley.

Marco Morales indica “que es declaración de la autoridad, y por tanto es una declaración unilateral y además se trata de un proceso intelectual.” (Morales Tobar, 2011, pág. 122)

A manera de colofón el acto administrativo es la consecuencia del ejercicio realizado por la administración de una potestad que le ha conferido la ley, también el español Andrés Betancor precisa que:

El acto administrativo es una expresión de poder. No lo son que resultan del ejercicio de derechos. Tienen los efectos jurídicos asociados al poder con el que está investido por la ley y en particular, su capacidad para producir efectos jurídicos sobre su destinatario sin necesidad de que éste manifieste ningún tipo de consentimiento o acuerdo. (Betancor Rodríguez, Derecho Administrativo, 2019, pág. 4017)

Guerrero Celi da también un aporte significativo en este asunto, porque si bien la declaración directa del acto administrativo puede provenir de cualquier organismo público, pero también la manifestación del acto puede ser indirecto, como se explica esto:

Las universidades privadas, que al igual que acontece con las públicas, se encuentran facultadas para emitir títulos profesionales a favor de los estudiantes que han cumplido los requisitos que exige la ley de educación superior, quienes a base de esa delegación quedan habilitados para ejercer legalmente su profesión. (Guerrero Celi, 2019, pág. 234)

Para terminar de analizar el concepto del acto administrativo es necesario hacer mención a las consecuencias jurídicas que se producen, ya que este es el fin de un acto administrativo, el generar efectos jurídicos subjetivos.

En palabras de Andrés Betancor “No tiene mucha importancia de qué está hecho el acto, lo relevante es el o los efectos jurídicos que produce al administrado.” (Betancor Rodríguez, Derecho Administrativo, 2019, pág. 4029)

Betancor no solo se refiere a los efectos jurídicos en manera general, sino que para él la importancia reside en que: “su relevancia jurídica surge por la afectación negativa a la esfera de derechos e intereses de los ciudadanos que y el afectado tiene el derecho a que los jueces y tribunales le dispense una tutela judicial efectiva.” (Betancor Rodríguez, Derecho Administrativo, 2019, pág. 4051)

El maestro Dromi expande criterio sobre los efectos que tiene el acto administrativo en la razón de la temporalidad en la que se producen sus efectos al decir que:

“los efectos jurídicos deben ser actuales, aunque sean futuros. No se trata de una actividad destinada a producir efectos como si éstos pudieran ser potenciales. Los efectos jurídicos no se aprecian exclusivamente en relación con la voluntad del agente, sino que pueden llegar a producirse con independencia de ella y tienen que estar contenidos y previstos en la propia emisión del acto.” (Dromi, Derecho Administrativo, Tomo I, 2015, pág. 443)

El artículo 102 del COA explica sobre el efecto retroactivo de los actos administrativos “solo cuando produzca efectos favorables a la persona y no se lesionen derechos o intereses legítimos de otra” (Código Orgánico Administrativo, 2017) además de que también el o los hechos deben concurrir en el tiempo a la que el acto se retrotraiga para generar de esa forma la eficacia retroactiva.

Un escenario donde se pueda clarificar este particular es el siguiente inventado: autoridad competente ordena el pago de diferencia salarial a un servidor público a partir de 1 de enero de 2020, sin embargo, el acto es dictado el 1 de noviembre de 2020, se aplica el efecto retroactivo por ser beneficioso al administrado.

Es necesario anotar que Dromi menciona en su obra un particular acerca de la licitud de los actos de la administración pública, ya que todo acto goza de presunción de ser legítimo hasta que el organismo competente declare lo contrario, es así que, él asevera:

“el acto administrativo ilícito no pierde su cualidad de tal. Los vicios jurídicos lo toman como contrario a derecho, pero no por ello deja de producir efectos jurídicos. Puede tener un vicio impugnabile administrativa y judicialmente que engendre responsabilidad extracontractual del Estado por la producción de efectos antijurídicos, sin dejar de ser acto administrativo por esa circunstancia” (Dromi, Derecho Administrativo, Tomo I, 2015, pág. 444)

Como acotación final, la legislación ecuatoriana ha previsto en el COGEP la presunción de legalidad del acto administrativo en el artículo 311, se prescribe que se presumen válidos y eficaces los actos del sector público emitidos por autoridad competente y del mismo cuerpo

normativo, en su artículo 329 se manifiesta que, los actos administrativos tienen la presunción de legitimidad y ejecutoriedad.

El ERJAFE prevé también en el artículo 65 la definición del acto, definición repetida en el artículo 98 del COA y la vigencia del mismo el ERJAFE lo preveía en su apartado 66, en cambio el COA ahora lo enuncia en su artículo 101.

3.1.1. Características del Acto Administrativo.

García de Enterría afirma que existen tres tipos de elementos en los actos administrativos: “subjettivos (Administración, órganos, competencia, investidura legítima del titular del órgano), objetivos (presupuesto de hecho, objeto, causa, fin) y formales (procedimiento, forma de la declaración).”

En nuestra legislación se traduce los elementos que menciona García de Enterría como las exigencias que deben tener todos los actos administrativos para que tengan validez.

Antes de proceder a precisar cada elemento del acto administrativo es necesario indicar que, si bien en el COA no constan las obligaciones accidentales del acto administrativo, en la doctrina sí y además en los fallos del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo también se ha hecho alusión a estos requisitos accidentales del acto administrativo.

Dromi afirma que: “son requisitos accidentales, accesorios o eventuales del acto administrativo la condición, el modo y el término. Estos, aunque no afectan su existencia, si hacen a su eficacia.” (Dromi, Derecho Administrativo, Tomo I, 2015, pág. 446)

La condición hace referencia a un hecho futuro; el modo puede explicarse como una obligación sobre el administrado y por último el término que afecta a la vigencia del acto administrativo pues, se determina a partir de qué tiempo en concreto el acto tiene eficacia o cuando se agota el mismo.

Para terminar de precisar esta idea hago alusión al proceso 01803-2017-0116, que fue sustanciado en el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Cuenca.

En este litigio se entiende de forma sucinta la eficacia de un acto administrativo sujeto a requisitos accesorios del acto administrativo.

Es así que, la parte accionante instauró una demanda de impugnación en contra del Municipio de Palora, por la terminación unilateral de un contrato administrativo de consultoría.

El demandante manifestaba que, mediante acto administrativo el Municipio de Palora había asentido la terminación por mutuo consentimiento del contrato, dándole un término de 10 días para la entrega del anticipo y sus adicionales por las multas impuestas por el retraso, sin embargo, faltando un día para la culminación del término impuesto por la administración, el accionante presenta observaciones para la liquidación del contrato.

Fenecido el término para la entrega del anticipo, el municipio procede con la terminación unilateral y anticipada del contrato por haberse configurado las causales 1 y 3 del artículo 94 de la LOSNCP.

El accionante fundamentaba su demanda en que, de manera expresa por acto administrativo, el municipio había afirmado la terminación por mutuo acuerdo, por lo que no cabía una terminación unilateral, si de por medio un acto administrativo se configuró la voluntad de la administración de terminación por mutuo acuerdo y que lo único que procedía era la liquidación del contrato.

Dentro de la contestación realizada por la Procuraduría General del Estado, se desmenuza de manera efectiva la improcedencia del criterio del accionante, pues:

“El Gobierno Municipal ha impuesto una condicionante sobre la petición de terminación de mutuo acuerdo, expresando que, el accionante debía cancelar a la institución demandada todos los valores adeudados, caso contrario tal acto administrativo quedaría sin efecto correspondiendo como consecuencia del incumplimiento, el inicio del trámite de terminación unilateral del contrato (...)”
(Alvarado Sanmartin Francisco en contra del Municipio de Palora, 2018)

De manera que, el Tribunal resolvió no aceptar la demanda porque se habían configurado las causales necesarias para la terminación unilateral.

Para terminar con este punto se puede ver la condicionalidad del acto administrativo, pues no era eficaz hasta que el contratista devuelva los valores tanto del anticipo como de las multas impuestas por los días de retraso, fácilmente es deducible los tres requisitos accesorios

del acto administrativo, condición, pues la eficacia del acto dependía de un hecho futuro; modo, pues se le había impuesto una obligación al contratista; por último el termino ya que, la administración le otorgó un término para que el contratista entregara los valores antes mencionados y partir de esa entrega el acto tendría eficacia.

En el artículo 99 del COA pone de manifiesto los requerimientos de validez del acto administrativo:

3.1.1.1. Competencia.

Este requisito constituye el componente fundamental del acto administrativo, pues actúa como el primer presupuesto de validez del acto administrativo y no es más que el cúmulo de atribuciones previstas en el derecho positivo de un órgano del Estado. Este presupuesto está recogido en el artículo 65 del COA.

Dromi asevera que existe una “vinculación positiva de la Administración al ordenamiento jurídico, que debe autorizar a sus organismos para actuar en forma expresa o razonablemente implícita” (Dromi, Derecho Administrativo, Tomo I, 2015, pág. 447)

La competencia es el cúmulo de atribuciones que tiene un ente estatal para ejercer sus actividades de forma legal, esto debe estar recogido en la normativa u ordenamiento jurídico, pues debe respetar el principio de juridicidad.

Esta figura del Derecho Público puede ser entendida análogamente con la capacidad en el Derecho Privado, es así que un ente público tiene competencia y una persona natural tiene capacidad, sin embargo “Mientras que en el Derecho privado la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción, en el Derecho público la competencia es la excepción y la incompetencia la norma.” (Dromi, Derecho Administrativo, Tomo I, 2015, pág. 448)

Por último, el acto administrativo debe ser emanado por autoridad competente, en ejercicio de sus potestades previstas en la ley respecto de la materia, territorio, tiempo y grado.

3.1.1.2. Objeto.

El objeto es: “La materia o contenido sobre el cual se decide, certifica, valora u opina. Tiene que ser cierto, claro, preciso y posible física y jurídicamente. El acto debe decidir, certificar

o registrar todas las cuestiones propuestas en el curso del procedimiento.” (Dromi, Derecho Administrativo, Tomo I, 2015, pág. 454)

En otros doctrinarios del Derecho Administrativo se puede encontrar al objeto del acto únicamente como: el “contenido” del acto administrativo; el argentino Miguel Santiago Marienhoff expresa sobre esto lo siguiente:

“consiste en la resolución o medida concreta que mediante el acto adopta la autoridad, siendo ello lo que diferencia un acto de otro acto. De modo que *contenido* del acto es lo que éste preceptúa; es el efecto práctico que el sujeto emisor se propone lograr a través de su acción voluntaria; es, en fin, lo que por dicho acto se *dispone*.” (Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo - Tomo II, 1993, pág. 121)

Una característica fundamental del objeto es que, de todas las exigencias de validez del acto administrativo, este es el único requisito que puede tomar direccionamientos del derecho privado, esto se explica porque “al igual que tratándose de actos privados, el objeto de los actos administrativos debe ser lícito (Art. 1461 del Código Civil) y posible de ser ejecutado, tanto física como moralmente.” (Guerrero Celi, 2019, pág. 253)

Marienhoff inclusive añade que, no solo se puede acudir al derecho privado para conceptualizar mejor la licitud del objeto, pues también se podría acudir al derecho constitucional, es así que agrega: “(...) que el objeto no debe menoscabar derechos de terceros, este es un *principio general de derecho*, de carácter constitucional, quedando entonces subsumido en la “*licitud*” pretendida como condición del objeto o contenido del acto.” (Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo - Tomo II, 1993, pág. 121)

Queda claro que la licitud dentro del contenido del acto es materia fundamental de estudio por parte de la administración, pues no puede producir un acto con un objeto que esté prohibido por la normativa jurídica.

Para culminar este apartado es indispensable terminar reflexionando como precisar o comprender la disposición exteriorizada por la autoridad administrativa, Dromi resume que: “es necesario saber qué especie de acto se trata, a qué personas o cosas afecta, en que tiempo y lugar habrán de producirse los efectos queridos.” (Dromi, Derecho Administrativo, Tomo I, 2015, pág. 455)

3.1.1.3. *Voluntad.*

Autores no conceptúan a la voluntad como un requisito del acto, sino más bien un presupuesto para la existencia misma del acto, sin embargo, el espíritu de nuestra legislación establece como uno de las exigencias de validez del acto administrativo.

Francisco Guerrero en su obra explica que: “si no se genera el impulso que motiva a la administración pública a exteriorizar su voluntad, simplemente no nacerá el acto administrativo.” (Guerrero Celi, 2019, pág. 259)

Otros autores tienen su argumentación en que: “la premisa de la autonomía de la voluntad del derecho privado no se puede trasponer al derecho público, en el cual las actuaciones administrativas se encuentran estrictamente determinadas.” (Perez, 2019, pág. 56)

La voluntad administrativa está compuesta por dos elementos, el subjetivo y el objetivo.

Roberto Dromi explica que la: “La voluntad subjetiva del funcionario y la voluntad objetiva del legislador. Por ello, los vicios de la voluntad pueden aparecer en la misma declaración, en el proceso de producción de dicha declaración y en la voluntad intelectual del funcionario que produjo la declaración.” (Dromi, Derecho Administrativo, Tomo I, 2015, pág. 456)

Toda declaración de voluntad de la administración debe estar de conformidad con las normas aplicables y los procesos establecidos en la ley, esto último está recogido en el artículo 76 de la Constitución.

Por último, no hay que olvidar que la voluntad puede ser exteriorizada de manera expresa o tácita, Dromi explica que:

La voluntad es expresa cuando la conducta administrativa se exterioriza a través de la palabra oral o escrita, o por símbolos o signos. La voluntad es tácita cuando al silencio administrativo, por expresa previsión del ordenamiento jurídico, es considerado acto administrativo. (Dromi, Derecho Administrativo, Tomo I, 2015, pág. 456)

Para el tema que ocupa a esta investigación, no se hará un análisis extensivo del silencio administrativo, pues en contratación pública la ex Corte Suprema de Justicia del Ecuador ha hecho un desarrollo del por qué no puede ejecutarse el silencio administrativo positivo,

mediante la resolución No. 267-2004, en el juicio seguido por el consorcio Torres, Robalino & Yopez en contra del Consejo Provincial de Pichincha.

“La sala especializada de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia asevero que “(...) para la procedencia del silencio administrativo positivo, las pretensiones jurídicas del ciudadano, no deben ser contrarias a derecho. El resultado positivo del silencio administrativo solo prospera en relaciones jurídicas unilaterales de la Administración Pública; por tanto, no prospera circunstancias de relaciones de bilateralidad efectiva, eso en lo cual se encuentran precisamente aquellas que nacen de los contratos administrativos o de los actos convencionales de la Administración Pública, y concluye manifestando que, es del todo claro que en materia contractual no puede operar el silencio administrativo positivo (...)” (Juan Claudio Robalino Gándara y otros en contra del Consejo Provincial de Pichincha, 2004)

Queda claro que, las relaciones bilaterales de contratos de la administración pública, están previstas en las respectivas clausulas, anexos y pliegos elaborados por la misma administración por lo que, cualquier derecho de petición o reclamación debe estar en consonancia con las cláusulas del contrato.

3.1.1.4. Procedimiento.

También llamado forma por la doctrina y no es más que: “el modo en que se documenta y da a conocer la voluntad administrativa.” (Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas, Tomo V, 2012, pág. 282)

Al espíritu de lo expresado por el COA en su apartado 98, dispone: el acto administrativo se expedirá “(...) por cualquier medio documental, físico o digital y quedará constancia en el expediente administrativo.” (Código Orgánico Administrativo, 2017)

Esto, según el administrativista ecuatoriano Guerrero “La constancia documental o física del acto administrativo en el expediente, brinda certeza de su contenido, alcance, cumplimiento de formalidades y más detalles relativos a su emisión. Es válida también la emisión digital o electrónica de los actos administrativos.” (Guerrero Celi, 2019, pág. 256)

Como ya se había mencionado antes las garantías básicas del proceso están recogidas en el artículo 76 de la Constitución, ello debe ser concomitante con las demás normas inferiores de procedimiento en sede administrativa como bien puede serlo el COA, la LOSNCP o la Ley Orgánica de la Contraloría.

La violación del debido proceso para la formación del acto administrativo, da como consecuencia la nulidad absoluta, pues estará viciado por el quebrantamiento del principio de juridicidad. En este sentido el argentino Dromi afirma que: “La administración debe respetar, de acuerdo lo manda el ordenamiento jurídico, el modo de su exteriorización. Así la forma comprende el modo de instrumentación y la manera de darlo a conocer al administrado, su exteriorización.” (Dromi, Derecho Administrativo, Tomo I, 2015, pág. 463)

Para el caso que ocupa a esta investigación, es menester decir que, en algunos procesos donde se forma la voluntad de la administración; se emiten actos de simple administración por órganos distintos al que emitirá la declaración de la voluntad. El ejemplo más explícito es la comisión técnica dentro de los procesos de contratación por licitación, pues esta comisión, que será analizada más adelante, emite un informe para la elección del oferente más conveniente para la obra, bien o servicio.

Para este particular, según el artículo 18 del Reglamento a la LOSNCP, no es taxativo que la autoridad encargada de emitir el acto administrativo de adjudicación o de declaratoria de desierto, acoja el informe de la comisión técnica, sin embargo tal informe tiene que existir y ser incorporado al expediente administrativo, la falta de este, sería considerado como una transgresión al debido proceso y cual sea la decisión de la administración, estará viciada.

3.1.1.5. Motivación.

Pilar fundamental del acto administrativo, tal es así, que el COA ha incluido en su artículo 100 los requisitos que debe tener en cuenta la administración al momento de motivar sus actos administrativos, estos son:

1. El señalamiento de la norma jurídica o principios jurídicos aplicables y la determinación de su alcance.

2. La calificación de los hechos relevantes para la adopción de la decisión, sobre la base de la evidencia que conste en el expediente administrativo.

3. La explicación de la pertinencia del régimen jurídico invocado en relación con los hechos determinados.” (Código Orgánico Administrativo, 2017)

La norma suprema contempla en su apartado 76, numeral 7, literal L las consecuencias de un acto inmotivado: la nulidad y consiguientemente la responsabilidad del o los servidores públicos por las consecuencias que se podrían suscitar en torno al acto inmotivado.

La doctrina argentina del Derecho Administrativo ha recogido este elemento del acto administrativo, es así que, Cassagne considera lo siguiente:

La motivación aparece como una necesidad tendiente a la observancia del principio de legalidad en la actuación de los órganos estatales y que desde el punto de vista del particular o administrado traduce una exigencia fundada en la idea de una mayor protección de los derechos individuales, ya que de su cumplimiento depende que el administrado pueda conocer de una manera efectiva y expresa los antecedentes y razones que justifiquen el dictado del acto. (Cassagne, Derecho Administrativo Tomo II, 1998)

Dromi asegura que la motivación surte como una apología de que la administración ha emitido ese acto administrativo sin abuso de poder y apegado a la ley; y su localización se encuentra “contenida dentro de lo que usualmente se denomina considerandos. Lo constituye, por tanto, los presupuestos o razones del acto.

Es la fundamentación fáctica y jurídica de él, con la administración sostiene la legitimidad y oportunidad de su decisión.” (Dromi, Derecho Administrativo, Tomo I, 2015, pág. 467)

La Corte Constitucional emitió la sentencia No. 025-09-SEP-CC, conminando a todos los poderes del Estado a motivar su accionar, es así que, el fallo en su parte pertinente ha dicho:

Una de las tareas primordiales de fundamentar toda sentencia o acto administrativo es la de proporcionar un razonamiento lógico y comprensivo, de cómo las normas y entidades normativas del ordenamiento jurídico encajan en las expectativas de solucionar los problemas o conflictos presentados, conformando de esta forma un derecho inherente al debido proceso, por el cual el Estado pone a disposición de la

sociedad las razones de su decisión; permite el ejercicio del control público sobre ellas y auspicia la protección de las garantías básicas y de esta manera logra legitimar la democracia. Por lo que la función principal de la motivación se deriva en el propósito del juez en evitar la arbitrariedad, armonizar el ordenamiento jurídico y proporcionar el control social. (Casos 0023-09-EP, 0024-09-EP y 0025-09-EP - Acumulados, 2009)

Cuando un servidor ejerza la potestad discrecional contemplada en la ley, tiene un margen para emitir el acto administrativo, pero siempre considerando las condiciones y el fin.

Puede entenderse este punto con el siguiente ejemplo: la Contraloría resuelve establecer un gravamen civil culposos y glosar a un servidor público que, fungía de administrador de un contrato, por un perjuicio económico ocasionado a una institución del Estado; ya que, en un proceso contractual, no cobró las multas por los días de retraso al contratista, inobservando una de las cláusulas contractuales que establecía la multa del 1x1000 por cada día de retraso y los artículos 70 y 71 de la LOSNCP que establece el deber que tiene el administrador de un contrato para imponer multas por la demora en la ejecución del objeto contractual, esto causó un desmedro al patrimonio público, ya que, tales rubros irían a las arcas del Estado. La motivación de Contraloría para la emisión de aquel acto administrativo de responsabilidad civil culposa, se motivó en base a las circunstancias de hecho y de derecho, por lo que, se presume que el acto administrativo de Contraloría General del Estado está conforme a las exigencias de motivación del acto administrativo.

Es importante mencionar que, existe una diferencia entre motivación y motivos, el profesor Jorge Zavala Egas apunta que: “motivos son los supuestos de hecho que las normas jurídicas han previsto para el cumplimiento de los fines específicos del órgano administrativo (...) en este sentido puede decirse que en el acto administrativo los motivos están siempre y, necesariamente, incorporados a la causa (...)” (Zavala Egas, 2011, págs. 361-362)

Cassagne señala que: Debe ser expresa y escrita. Es la expresión de la causa del acto que permite fiscalizarlo en relación con su finalidad.” (Cassagne, El Acto Administrativo - Segunda Edición, 1981, pág. 215)

Para Morales Tobar el elemento de la motivación es:

(...) el más importante dentro de la elaboración del acto administrativo, puesto que debe confluir en la relación pertinente entre el hecho causal y la juridicidad, esto es entre las causas que forzan la emisión del acto con la normativa jurídica o los principios jurídicos que se invocan (...). (Morales Tobar, 2011, pág. 155)

Para culminar este punto no se puede dejar aparte una línea de pensamiento de motivación del acto administrativo, en donde también pueden motivarse los actos administrativos haciendo referencia a informes o dictámenes, siempre y cuando se agreguen al texto de la misma, es decir no por el hecho de que tal motivación sea breve significa que no exista, sino que si es lo suficientemente indicativa, puede ser considerada como motivación.

Esta motivación también es llamada “*in aliunde*”, este pensamiento es tomado de los fallos del Tribunal Supremo Español, que en su jurisprudencia han señalado:

“Esta exigencia de la incorporación de los informes, ha sido matizada por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo en varios fallos, en el sentido de considerar que si tales informes constan en el expediente administrativo y el destinatario ha tenido cumplido acceso al mismo, la motivación mediante esta técnica “*in aliunde*” satisface las exigencias de la motivación, pues permite el conocimiento por el receptor del acto de la justificación de lo decidido por la Administración.” (Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en contra del Consejo de Ministros, 2012, pág. 4)

Esta motivación permite a la autoridad administrativa “(...) en el acto administrativo remitirse a informes provenientes del proceso iniciado a la emisión del acto.” (Morales Tobar, 2011, pág. 156)

3.1.2. Notificación del acto administrativo.

La eficacia del acto administrativo se produce con la notificación y “(...) la falta de notificación para efectos de responsabilidad de los servidores públicos constituye un hecho administrativo ilegal.” (Aguilar & Chiriboga, 2018)

El COA en su artículo 101 prevé la eficacia del acto administrativo, pues para que un acto sea legalmente ejecutable tiene que ser notificado al administrado. La notificación al ser un hecho administrativo obligatorio, no puede ser omitida por los funcionarios públicos.

3.1.3. Efectos jurídicos del acto administrativo.

Son cuatro los efectos jurídicos que tiene un acto administrativo, la ejecutividad, la presunción de legitimidad, la exigibilidad y la ejecutoriedad.

La ejecutividad no es más que la condición que tiene un acto administrativo, que a criterio de Cabanellas “(...) en virtud de la cual estos son inmediatamente eficaces y susceptibles de ser implementados.” (Cabanellas de Torres, 2012, pág. 351), y su implementación surte después de su notificación.

La presunción de legalidad es simplemente invertir la carga de la prueba, pues el acto administrativo se presume que está de acuerdo a derecho hasta que se pruebe lo contrario.

La exigibilidad según Dromi viene por: “(...) el cumplimiento de todos los requisitos que atañen a la existencia del acto administrativo.” (Dromi, Derecho Administrativo, Tomo I, 2015, pág. 484), esto quiere decir que, está provisto de todos los requerimientos que la ley ha previsto para su formación.

Por último, la ejecutoriedad que tiene por fin que el acto sea implementado aún en contra de la voluntad del administrado, para Dromi la ejecutoriedad del acto se da cuando “ha cumplido con el proceso de su formación, según el ordenamiento jurídico, esto le otorga, además de la obligatoriedad de su cumplimiento, la posibilidad de su propia realización; aunque puede acontecer que comience después haberse cumplido alguna condición o plazo.” (Dromi, Derecho Administrativo, Tomo I, 2015, pág. 483)

3.1.4. Impugnación del acto administrativo.

Todo acto administrativo puede ser reclamado, en sede administrativa o ante un tribunal contencioso administrativo, esto dependerá si el acto ha causado estado, que en palabras de Efraín Pérez “son aquellos que ya no pueden recurrirse en la vía administrativa.” (Perez, 2019, pág. 60), en cambio el acto administrativo firme, siguiendo el criterio del mismo autor son los que: “no es susceptible de recurso alguno, administrativo o jurisdiccional (...)” (Perez, 2019, pág. 61)

Este derecho está consagrado en el apartado 76, numeral 7, literal m), tal artículo de la norma suprema señala que las personas están facultas para: “recurrir el fallo o resolución en todos

los procedimientos en los que se decida sus derechos.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

El COA establece la impugnación del acto administrativo en su artículo 217, y además también la norma mencionada prevé la existencia del recurso extraordinario de revisión, que es el único que puede interponerse tanto contra actos administrativos que han causado estado como contra actos administrativos que se encuentran firmes.

La Constitución en su artículo 173, ha exteriorizado que los actos administrativos de cualquier autoridad pública pueden ser impugnados en la vía administrativa y ante órganos de la función judicial.

La norma que regula a la función judicial (COFJ) en su apartado 31, prescribe que los actos dictados dentro de un proceso por otras autoridades e instituciones de gobierno, diferentes de las expedidas por quienes ejercen jurisdicción, en donde se discuta derechos, no son decisiones jurisdiccionales; constituyen actos administrativos, impugnables en sede jurisdiccional.

3.2. Acto de simple administración.

Estos actos son interorgánico, es decir se ejecutan entre órganos de la misma administración pública, en nuestra legislación se encuentra definido en el artículo 120 del COA, como: “toda declaración unilateral de voluntad, interna o entre órganos de la administración, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales y de forma indirecta.” (Código Orgánico Administrativo, 2017)

El acto de simple administración tiene carácter de formador de voluntad, este acto según los autores lojanos Hernán y Pablo Jaramillo es:

“un procedimiento legal de carácter preparatorio, consultivo y deliberativo como la certificación, el informe y el dictamen que se ejecuta en forma interna o entre órganos del sector público, por decisión de autoridad competente, que sirve de elemento de juicio lógico para la adopción de una decisión administrativa, que en lo posterior origina efectos jurídicos.”

Un ejemplo dentro de la presente investigación sería que, dentro de un proceso de licitación pública, que tiene por objeto la elaboración de una obra, es así que el primer inciso del artículo 49 de la LOSNCP prevé la conformación de una comisión técnica para la fase preparatoria del procedimiento licitatorio, dicha comisión tiene el objeto de coadyuvar a la administración a elegir la mejor oferta presentada por los oferentes, la comisión técnica analiza las ofertas y emite un informe a la autoridad máxima, exhortando la adjudicación a uno de los oferentes o en su defecto recomendando que se declare desierto el procedimiento convocado.

El informe de la comisión constituye claramente un acto de simple administración, pues tiende a ser un elemento en el cual se apoya la administración para la exteriorización de su voluntad contractual.

El maestro Dromi expresa que este tipo de actos tienen ciertas características que, les diferencia de las demás expresiones la administración pública y son que: “están exentas de eficacia jurídica directa e inmediata; tienen un régimen jurídico propio. Sin embargo, se les aplica analógicamente el régimen jurídico del acto administrativo. No gozan del carácter de estabilidad. Tampoco son susceptibles de impugnación (...)” (Dromi, Derecho Administrativo, Tomo I, 2015, pág. 564)

Sin embargo el artículo 105, numeral 8 del COA prevé como causa de nulidad del acto que, “Se origine de modo principal en un acto de simple administración.” (Código Orgánico Administrativo, 2017), es decir conjeturemos en un ejemplo que una comisión técnica emitió un informe a la autoridad del organismo público, recomendando que se adjudique el contrato a cierto oferente, pero dicha comisión dolosamente favoreció a el oferente antes mencionado, pues su informe calificó injustamente a otro oferente, consecuentemente favoreciendo al que recomendó su adjudicación y en base a ese informe que constituye un acto de simple administración; la autoridad formó su acto de adjudicación está con causal de nulidad.

3.3. Hecho Administrativo.

Esta figura jurídica de la administración, al igual que los demás figuras: crea, modifica, reconoce o extingue derechos, esta figura jurídica está contemplada en el artículo 127 del COA y la definición doctrinaria no dista mucho de lo que se contempla en el artículo antes

mencionado; para Dromi es: “toda actividad material, traducida en operaciones técnicas o actuaciones físicas, ejecutadas en el ejercicio de la función administrativa. Dicha actividad es productora de efectos jurídicos directos o indirectos.” (Dromi, Derecho Administrativo, Tomo I, 2015, pág. 533)

Sin embargo, no todo accionar de la administración puede ser considerada como un hecho administrativo, ya que, tiene que preceder un acto administrativo, puede ser también de la ejecución de un contrato público, de la ejecución de los cometidos del gobierno, en este último particular viene de una norma de alcance general.

Efraín Pérez afirma que:

(...) para ser reconocido como tal debe estar previsto de alguna manera en la norma jurídica, su realización deber ser efecto de un acto administrativo previo o afectar derechos de terceros, y debe carecer de un sustento jurídico o de un acto administrativo valido que le sirva como antecedente. (Perez, 2019, pág. 53)

Un hecho administrativo en contratación pública bien pudiera ser la publicación de una convocatoria o invitación para concursar en un proceso de licitación para la realización de una obra determinada, tal convocatoria se la hace a través del portal de adquisiciones públicas y todo proveedor que considere cumple los requisitos para participar y en lo posterior cumplir con el objeto de la contratación, podrá presentar su oferta en el portal, es así que, este hecho administrativo tiene sustento jurídico y es de alcance general.

Para clarificar mejor se podría poner de ejemplo un hecho administrativo producto de un contrato administrativo.

Es así que, la instalación de cableado subterráneo de luz para el alumbrado eléctrico de una calle urbana de un municipio ha sido adjudicada a una empresa X y todas las actividades y trabajos para la ejecución de esa obra son hechos administrativos, hechos que estuvieron previstos por la administración.

3.4. Acto normativo de carácter administrativo.

Este tipo de expresión de la voluntad administrativa es un instrumento jurídico para la regulación del accionar de la administración; esta figura jurídica se encuentra regulada desde el artículo 128 al 131 del COA.

Para los autores Hernán y Pablo Jaramillo es: “(...) un conjunto de disposiciones legales inferiores a la ley, de carácter normativo, expedido por el respectivo órgano competente de la administración pública.” (Jaramillo Ordoñez & Jaramillo Luzuriaga, 2016, pág. 57)

Estos actos entran en vigencia desde que son publicados en el registro oficial, entre los actos que se puede mencionar son: un acuerdo ministerial, una ordenanza municipal, los decretos presidenciales, los reglamentos a las leyes están regulados en el numeral 5 del artículo 164 de la Constitución como competencia exclusiva del presidente el “Expedir reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la administración.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Actos normativos que serán recurrentes en esta investigación será el Reglamento a la LOSNCP y las resoluciones emitidas por el SERCOP.

De la definición de los autores antes mencionados consecuentemente se entiende que, el acto normativo de carácter administrativo no puede estar por encima de la ley, para el caso de los reglamentos, el constitucionalista Rafael Oyarte asevera que los reglamentos “(...) no pueden ser contradictorios con la norma en la que deben encontrar su fundamento y tampoco realizar añadidos, sustracciones o modificaciones al texto de la ley, pues ello corresponde sólo a preceptos legales.” (Oyarte Martinez, 2019, pág. 60)

El administrativista ecuatoriano Benalcázar en su obra expresa que:

La potestad reglamentaria se justifica jurídicamente por la necesidad de la presencia de normas móviles, flexibles, no de la rigidez de la Ley, susceptibles de fácil reforma y actualización, que emanen de un criterio técnico, no circunstancial, que ponga la realización de la amplia discrecionalidad típica de la administración pública, para la solución de asuntos que son de su competencia. Así mismo, el reglamento permite la

inmediata y correcta aplicación de la ley a la que accede, la complementa, adecua las generalidades que ella puede contener a los requerimientos de la práctica, permite, en suma, hacer realidad el derecho y la justicia en todas las circunstancias que puedan presentarse en el convivir de la sociedad política. (Benalcazar Guerrón, Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano, 2007, pág. 132)

A manera de colofón dentro de la doctrina extranjera también estos actos son mencionados como actos administrativos de alcance general, el profesor Dromi alega que este tipo de actos:

(...) regula situaciones impersonales y objetivas, produce efectos jurídicos generales, indeterminados, generando derechos y obligaciones sin consideración a las singularidades o subjetividades. Sus efectos normativos se imponen como acto-regla, tanto a la administración como a los administrados. Técnicamente, el reglamento ni es una ley, pero participa de sus caracteres esenciales. (Dromi, Derecho Administrativo, Tomo I, 2015, pág. 539)

CAPÍTULO IV

4. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Dentro de toda esta investigación se ha propendido explicar que la esencia de la administración está encaminada al bienestar general y existen fines cuya satisfacción puede realizarse a través del mismo Estado, sin embargo, existen fines que pueden alcanzarse con encargo al sector privado.

Dromi considera a esta figura contractual pública como: “(...) una herramienta de la gestión pública. En tanto el Estado no puede cumplir solo con todos los objetivos a su cargo, requiere de la colaboración de los particulares, a fin de dinamizar y agilizar la gestión.” (Dromi, Derecho Administrativo, Tomo I, 2015, pág. 578)

El obrar público para la satisfacción de necesidades de los ciudadanos es transferido a la gestión de manos privada, cabe mencionar que puede darse el escenario en el cual la responsabilidad de gestión está en manos de una asociación entre un organismo público y un privado, caso muy cercano a nuestra localidad, la empresa mixta Austrogas.

La especificidad de esta figura reside según Dromi en que: “(...) es una especie dentro del género contrato, cuya especificidad está dada por la singularidad de sus elementos, caracteres y efectos; en suma, por su régimen jurídico.” (Dromi, Derecho Administrativo, Tomo I, 2015, pág. 585)

4.1. Concepto.

Dromi lo define como:

El negocio jurídico de Derecho público es un acuerdo de relaciones jurídicas. (...) Conceptualmente entendemos que contrato administrativo es toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa. (Dromi, Derecho Administrativo, Tomo I, 2015, pág. 589)

El COA en su apartado 125, también hace un enunciamiento del contrato administrativo, casi parecida a la definición de Dromi, lo único que aumenta es que, esta figura administrativa se rige por su propio ordenamiento jurídico.

Como todo contrato debe tener los requisitos de validez; el código civil ecuatoriano como norma supletoria de la LOSNCP, en su artículo 1461 pone de manifiesto las exigencias de un contrato: capacidad, voluntad, objeto lícito y causa lícita.

Capacidad dentro del Derecho Administrativo es igual a competencia.

4.2. Elementos.

4.2.1. Sujetos.

Los sujetos contractuales se denominan: “contratante (institución pública, Administración Pública o Estado en general, gobiernos autónomos descentralizados, empresa públicas o privadas que manejen fondos públicos mayor al 50%) y por otro lado el contratista (el oferente adjudicado que suscribe el contrato)” (López Suarez, Pérez, & Aguilar, 2016, pág. 2)

4.2.2. Capacidad, competencia e inhabilidades.

Competencia y capacidad integran el elemento sujeto, ambas características son parte de la eficacia del contrato, ya que se requiere que los sujetos contractuales tengan capacidad legal para suscribir y ejecutar un contrato público.

Dromi lo sintetiza así: “(...) como presupuestos del consentimiento, se exige la capacidad jurídica del contratista de la Administración y la competencia del órgano estatal o del que ejerce la función administrativa.” (Dromi, Derecho Administrativo, Tomo I, 2015, pág. 592)

La competencia como se pudo ver en los elementos del acto administrativo nace de la norma y faculta a un ente público a celebrar un contrato administrativo, la competencia debe respetar a raja tabla el principio de legalidad, pues en Derecho Público solo se hace lo que está previsto en la norma.

Las inhabilidades, son incapacidades que tienen los particulares para contratar con el Estado, estas se encuentran en la ley y serán profundizadas más adelante, pues surte como una de las causales de terminación unilateral.

4.2.3. Voluntad y consentimiento.

Para el contrato se precisa de las manifestaciones de las voluntades tanto del contratante como del contratista.

El contratante se debe realizar varios actos previos antes de publicar la oferta, como: “Plan Anual de Contrataciones, estudios económicos, legales y técnicos para la factibilidad de la contratación, y los demás pasos previos a ésta.” (López Suarez, Pérez, & Aguilar, 2016, pág. 3)

La administración tiene la potestad de imponer las condiciones y términos a los oferentes interesados, los mismos se limitan a aceptar o no tales escenarios requeridos por la entidad contratante.

4.2.4. Objeto.

Dromi define a este elemento como:

(...) la obligación que por él se constituye. Obligación que tiene por contenido una prestación de dar, hacer o no hacer, querida por las partes. El objeto del contrato, en otros términos, es la consecuencia que se persigue al celebrarlo como factor determinante de la voluntad de las partes. (Dromi, Derecho Administrativo, Tomo I, 2015, págs. 597-598)

La materia de obligación se aplica mediante los procedimientos correspondientes establecidos en la norma, es así que: “deben aplicarse los procedimientos dinámicos o los demás procesos establecidos en la ley.” (López Suarez, Pérez, & Aguilar, 2016, pág. 4)

Todo objeto propende a la satisfacción de necesidades generales.

4.2.5. Causa.

Este elemento no es más que el motivo por el cual se quiere contratar, la entidad debe definir la necesidad y “(...) debe estar previamente establecida en el Plan Anual de Contrataciones y en la Resolución de Inicio.” (López Suarez, Pérez, & Aguilar, 2016, pág. 4)

La causa del contrato administrativo siempre es objetiva.

4.2.6. Forma.

La formalidad es un requisito que deben prestarse mucha atención para la suscripción de un contrato, el autor Cárdenas explica que:

“(...) La forma es uno de los elementos esenciales, que se refiere al modo concreto de cómo se materializa, exterioriza o instrumenta el vínculo contractual que, generalmente, es por escritura pública o bien, por instrumento público con la simple actuación del funcionario administrativo competente, de acuerdo a ley, o la reglamentación o a la práctica administrativa correspondiente.” (Cárdenas, 2001, pág. 71)

Este elemento conlleva el respeto a los requisitos de ley y a los términos enunciados por el organismo contratante en los pliegos de condiciones.

4.3. Características.

4.3.1. Formalismo.

La validez y eficacia del contrato administrativo yace en el cumplimiento del procedimiento exigido por la ley, Cárdenas Ordoñez afirma que “son procedimientos comunes a los diferentes sistemas de contratación, entre otros, los siguientes: los de sus actos preparatorios, la publicidad y la reserva de la proposición.” (Cárdenas, 2001, pág. 72)

4.3.2. Prerrogativa de la administración.

La prerrogativa de un órgano público dentro del contrato tiene que ver con la potestad que tiene la administración pública para ejercer sus prerrogativas, pues se considera que las partes del contrato se encuentran en una situación desigual y es lógico, ya que el Estado lo que busca es satisfacer el interés público; así se justifica la investidura de las prerrogativas contempladas en la ley.

Cárdenas da ejemplos en donde se evidencian estas prerrogativas.

(...) el adaptar el contrato a las necesidades públicas, variando dentro de ciertos límites la obligación del contratista; el dejar sin efecto unilateralmente el contrato en caso de incumplimiento; imponer sanciones, cláusulas exorbitantes que rompe el principio esencial de igualdad de los contratantes y de libertad contractual que prima en la contratación civil. (Cárdenas, 2001, pág. 72)

Esta potestad de ninguna manera constituye un privilegio para la administración, ni tampoco puede abusar de ella, tal potestad debe estar enmarcada en los principios legales y constituciones como proporcionalidad, racionalidad y oportunidad.

4.3.3. Derechos y obligaciones personales.

Esta parte se deriva de la celebración del contrato administrativo, pues el contrato es personal y no se puede transferir los derechos y obligaciones contractuales, salvo que se permita transferir los mismos de manera expresa o de igual forma la subcontratación sin autorización expresa.

Cárdenas sobre esto comenta que “Estas prohibiciones, existen por si, sin que para ello sea necesario incluirlas expresamente en el contrato, porque pertenecen a la esencia de este tipo de contratos.” (Cárdenas, 2001, pág. 73)

4.4. Licitación.

El proceso de licitación procede en tres escenarios acorde al artículo 48 de la LOSNCP, para Roberto Dromi lo precisa como un proceso contractual “legal y técnico de invitación a los oferentes y acorde a el pliego de condiciones, expresen propuestas de entre las cuales se elige y acepta la más ventajosa mediante el acto administrativo de adjudicación.” (Dromi, Derecho Administrativo, Tomo I, 2015, pág. 615)

1. Si fuera imposible aplicar los procedimientos dinámicos o, en el caso que una vez aplicados dichos procedimientos, éstos hubiesen sido declarados desiertos; siempre que el presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,00015 por el monto del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.
2. Para contratar la adquisición de bienes o servicios no normalizados, exceptuando los de consultoría, cuyo presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico; y,
3. Para contratar ejecución de obras, cuando su presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,00003 por el monto Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.” (Ley Organica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2018)

Por su naturaleza este proceso es el más complejo y largo de los contenidos en la LOSNCP, por su naturaleza y cuantía.

Las cuantías que se manejan el año 2020 para la licitación son las siguientes:

$$0,000015 \times \$35,498,000,000 = \$532,470 \text{ y } 0,00003 \times \$35,498,000,000 = \$1,064,940$$

4.4.1. Procedimiento precontractual en la licitación.

Los procedimientos de contratación pública, exceptuando ínfima cuantía y contratación por emergencia, debe constar en el plan anual de contratación, por sus siglas el PAC, que, debe ser aceptado por la autoridad máxima de cada organismo público; ahí se consideran todas las contrataciones del año, obviamente los procedimientos de licitación deben ser considerados en el PAC, sin ese requisito no se puede iniciar el procedimiento, salvo reformulación del PAC vía resolución administrativa.

La génesis del procedimiento precontractual nace con los estudios, especificaciones técnicas y términos de referencia a ser realizados para la determinación del objeto de contratación, el por qué de esto yace en que, con la determinación del requerimiento se tiene el presupuesto referencial; lo que lógicamente da una idea sobre el procedimiento contractual a realizarse. El presupuesto referencial también surge como el requisito ineludible para una certificación presupuestaria.

La autoridad o su delegado del órgano público que necesita contratar el bien, obra o servicio, tienen que emitir una resolución motivada para la apertura del procedimiento de contratación.

Como se pudo ver en anteriores páginas, la motivación tiene un papel preponderante para la expresión de la voluntad administrativa, la emisión de la resolución tiene que tener la exposición de la necesidad a contratar y también dicha resolución tiene que constar en la aprobación de los pliegos, la disposición de inicio del proceso, en los casos de licitación es obligatorio la comisión técnica y por último la disposición de publicación en el portal.

Los pliegos de condiciones dentro de la contratación fungen como un lineamiento, en virtud de que establece las reglas a seguirse en todo el progreso de la ejecución contractual, sus elementos y los efectos del contrato a celebrarse, en palabras del maestro uruguayo Enrique Sayagués son “la fuente principal de los derechos y obligaciones de la administración y los oferentes, así como del que resulte adjudicado con el contrato. Sus reglas deben cumplirse rigurosamente.” (Sayagués Laso, 2002, pág. 553)

Los pliegos están normados en el apartado 6, numeral 24 de la LOSNCP, pero los modelos de pliegos otorgados por el SERCOP, son redactados y aprobados por la administración contratante, pues en ellos se especifica el bien, obra o servicio que la entidad necesita

contratar, puede también incorporar aspectos que considere necesarios para el procedimiento, es así que, podrán variar los pliegos; lo que la entidad contratante no puede hacer es agregar aspectos que vayan en contra de la norma u omitir requerimientos exigidos por la ley.

La comisión técnica, prevista en el artículo 42 de la LOSNCP y el apartado 18 de su reglamento, tiene un papel fundamental que merece ser mencionado, ya que, coadyuva a la elección de un oferente en base a su análisis, para Pablo Oswaldo Dávila dicha comisión es

“el órgano técnico encargado de gestionar todas las actividades innatas a la etapa precontractual, siendo la más importante el análisis y evaluación de las ofertas presentadas, para optar por la mejor oferta y ponerla en manos de la máxima autoridad, exhortando la adjudicación o la declaratoria de desierto.” (Dávila, 2018, págs. 110-111)

Así mismo, la comisión técnica responderá a las aclaraciones de los pliegos a los oferentes que realicen las preguntas a través del portal, pero tomando en consideración que no se puede modificar el objeto de contratación, ni el presupuesto referencial.

4.4.2. Adjudicación.

Este acto administrativo es producido por la entidad pública que, resuelve otorgar a un oferente un contrato administrativo, pues considera que tal oferta es la más beneficioso al interés público.

Con este acto administrativo concluye la etapa precontractual y se inaugura la etapa contractual.

El éxito de una adjudicación es que la administración haya observado la oferta más justa, legal y conveniente a los intereses públicos, si bien la valoración para adjudicar un contrato le corresponde a la administración misma, la ley prevé en su artículo 6 numerales 17, 18 y 19 los criterios de adjudicación que debe observar las entidades públicas para un otorgamiento objetivo.

Dromi sobre el acto administrativo de adjudicación en la licitación expresa que:

La oferta más beneficiosa no es siempre la que posea el más bajo precio. El costo es solo uno de los parámetros de evaluación, otros parámetros de evaluación es la

contenido técnico, el tipo y calidad de los materiales ofertados, la tecnología, etc. (Dromi, Licitación Pública. Segunda Edición, 1999, pág. 425)

4.4.3. Suscripción, Ejecución, Recepción y Liquidación del contrato.

La protocolización de un contrato público de licitación debe ser elevada a escritura pública según el artículo 69 de LOSNCP, esto no debe pasar de los 15 días desde que se notificó al contratista con la adjudicación.

Puede darse el particular que, a pesar que existir un acto de adjudicación no se llega a suscribir el contrato, pero al existir un acto administrativo que generó un derecho sobre el ahora adjudicatario no se puede dejar de reconocer los efectos jurídicos que produjo tal acto.

Es así que, dentro del proceso 01803-2018-0017, se presentó una litis con esas características.

El alcalde del municipio de Gualaquiza se negó a suscribir el contrato que se adjudicó a un oferente en razón de que, el espacio físico, es decir, el predio donde iba a realizarse la obra no era de propiedad del municipio, por lo que adjudicatario presento una acción respecto del acto administrativo de negativa de suscripción del contrato y el Tribunal Contencioso resolvió que

“(…) debe procederse a la firma del contrato de obra materia de la litis, en cuanto se obtenga el título del predio en el que se ejecutarán los trabajos, en caso de que el municipio no quiera continuar con el proceso de contratación se deberá cancelar al adjudicatario los valores liquidados pericialmente por la pólizas de seguros entregadas, los costos de la presentación de la oferta, según el artículo 115 del reglamento a la LOSNCP, más lo rubros que han implicado su reclamo administrativo y judicial, previa justificación.” (Montaño Armijos Irman Neptalí en contra del Municipio de Gualaquiza, 2019)

Al momento en que se suscribe el contrato, también debe constar el otorgamiento de las garantías de fiel cumplimiento y de buen uso del anticipo.

Todo contrato administrativo sujeto a la LOSNCP contempla una cláusula de multas, esto observado en el artículo 71 de la norma antes mencionada, que serán impuestas al contratista en caso de que tenga un retardo injustificado o por incumplimiento del objeto contractual.

Después de culminar la obra, bien o servicio es necesario realizar un acta entrega recepción para verificar que se dio estricto cumplimiento al objeto contractual por parte del contratista.

Dromi respecto de esto afirma que “(...) para la liquidación de la relación contractual hay que constatar en la práctica si se ha cumplido todas las prestaciones a cargo de cada una de las partes, dando lugar a la recepción definitiva del objeto del contrato,” (Dromi, Derecho Administrativo, Tomo I, 2015, pág. 710)

Cuando el objeto contractual esté terminado es conveniente realizar la recepción provisional o definitiva, se las realiza en consonancia con el artículo 81 de la LOSNCP.

Habrà solo una recepción en los contratos de “adquisición de bienes y prestación de servicios y tal recepción tendrá los efectos de una recepción definitiva.” (López Suarez, Pérez, & Aguilar, 2016, pág. 442)

Luego se procederà con la retorno de la garantías al contratista, excepto la garantía técnica que precisamente a partir de la recepción comenzara a decurrir la vigencia de la misma según se haya pactado en el contrato.

En contratos de ejecución de obra tendrá que existir la recepción provisional y definitiva, esta última se la realiza después de 6 meses de la provisional, tiempo suficiente para que la entidad contratante pueda verificar si el objeto contractual está ejecutado correctamente.

El apartado 123 del reglamento a la LOSNCP norma el procedimiento para la recepción final y en los contratos de obra será restituida la garantía de fiel cumplimiento una vez que se realice la recepción definitiva.

Como ultima acotación a este punto, existe la posibilidad de realizar recepciones parciales en contrataciones por etapas, pero esto no afecta al hecho de que se debe realizar la recepción definitiva una vez que se haya concluido con todas las entregas de recepción parciales.

En el término de 10 días la entidad deberá constatar si el objeto contractual está cumplido, si no es el caso, mediante acto administrativo debidamente motivado hará conocer al contratista los aspectos que considera faltantes en la ejecución contractual, dándole el término para subsanar.

CAPÍTULO V

5. TERMINACION UNILATERAL

Como clausula exorbitante la terminación unilateral de un contrato público resultaría la extinción de las obligaciones contractuales debido al no cumplimiento del objeto contractual por parte del contratista.

La terminación unilateral al ser un acto administrativo debe contemplar todas las exigencias del acto antes analizadas y adicionalmente debe tener cuidado con precautelar el interés público, ya que, un contratista puede estar incurso en una de las causales de terminación unilateral del artículo 94 de la LOSNCP sin embargo puede ser no conveniente a los intereses públicos el dar por terminado unilateralmente un contrato, esta prerrogativa queda a discreción fundamentada de la administración, obviamente cualquiera que sea su decisión debe ser motivada.

Antes de comenzar el proceso de terminación unilateral, es preciso que, el organismo contratante notifique al contratista con la intención de finalizar anticipadamente el contrato y le conceda el término de 10 días para que el contratista justifique su incumplimiento o mora, de no hacerlo la máxima autoridad de la entidad contratante procederá con la terminación anticipada. Todo este preámbulo para la terminación unilateral se encuentra contemplado en el artículo 95 de la LOSNCP.

Las consecuencias jurídicas de esta prerrogativa son distintas para las dos partes; en el caso del órgano público las consecuencias están relacionadas con la culminación del objeto contractual inconcluso.

La administración queda libre para posteriormente realizar una contratación directa, con el afán de cumplir el objeto contractual con un diferente contratista.

En perjuicio del contratista las consecuencias serían: el cobro de las multas, la ejecución de las garantías y la inscripción en el RUP como contratista incumplido de ser el caso.

5.1. Causales de terminación unilateral y anticipada en la normativa ecuatoriana.

Las siete causales de terminación unilateral se encuentran descritas en el artículo 94 de la LOSNCP.

5.1.1. Incumplimiento de obligaciones contractuales.

De esta primera causal parten la mayoría de causales para terminar el contrato unilateralmente en razón del incumplimiento del objeto de la contratación.

Esta causal al ser general requiere de una objetividad por parte de la administración al momento de ser aplicada, ya que, del análisis de pertinencia de aplicación de esta causal, tiene que resultar la concreción del interés público, más aún si las necesidades resultan impostergables y prioritarias.

Para mejor ilustración se puede ejemplificar un escenario en donde una obra esté con un avance porcentual casi al 100%, pero no será posible para el contratista cumplir con los plazos que fueron pactados con la administración, por lo que estamos frente a un incumplimiento contractual de los plazos, por lo que él contratista está incurso en la primera causal de terminación unilateral y anticipada.

Cabe hacerse la pregunta ¿si es pertinente la terminación, a sabiendas de que el avance porcentual de la obra es casi del 100%?

A mi criterio en este parte debe realizarse un análisis de proporcionalidad por el grado de incumplimiento del contratista, en este caso no sería conveniente dar por terminado anticipadamente el contrato pues, el porcentaje de incumplimiento es ínfimo y en un futuro muy próximo será cumplido al 100%.

Otro particular sería una obra que está terminada pero con indumentaria que no era la establecida en el contrato, ejemplo: en una obra civil de un edificio se colocaron chapas de puerta e interruptores de luz que no eran los establecidos dentro del procedimiento pre contractual en los términos de referencia, los documentos pre contractuales al ser parte del contrato se entiende obviamente que el contratista conocía y aceptó, si bien es cierto cumplen la misma finalidad, son de características similares y no afectan el objeto del contrato, pero no fueron los establecidos inicialmente en el contrato, estamos frente a un incumplimiento contractual. La administración puede observar y conminar al contratista a cambiar estos artefactos por los que están contemplados en el contrato, el contratista al cambiarlos subsanará su error y la administración pública habrá hecho cumplir el contrato administrativo en su integralidad.

Ahora bien, en un escenario en donde el contratista no pueda cumplir con el objeto contractual o el plazo, será pertinente la terminación unilateral y anticipada.

Para este ejemplo se puede tomar un deslave o derrumbe en una carretera importante para el tránsito diario y el comercio, por lo cual se adjudica a un contratista para el arreglo y despeje de esa carretera, sin embargo el contratista incumple los plazos pactados lo que alarga que los ciudadanos no puedan transitar y los comerciantes no puedan ejercer su actividad económica para su sustento diario; es así que la administración pública verifica que el contratista no puede ejecutar tal contrato con la prioridad que se necesita, por lo que resuelve dar por terminado unilateralmente y anticipado el contrato administrativo para contratar con un oferente que pueda tener la capacidad de cumplir con el contrato con la prioridad que lo amerita.

Por último, en ningún caso se podrá entregar a la administración una obra, bien o servicio que por más similitudes que tenga con el objeto contractual no sea el mismo, para explicar este apartado es necesario ejemplificarlo con la compra de carros para un municipio X, cuando llega el momento de entregar los automotores el contratista pretende dar otros de características similares, sin embargo esto jamás puede acontecer pues en el contrato mismo se estableció los vehículos de determinadas características que debían ser entregados, de ninguna manera se puede atentar contra el formalismo del contrato.

Existe un particular en el cual se puede entregar otro tipo del inicialmente pactado en el contrato administrativo, ese específico es los equipos tecnológicos.

Podemos suponer que una entidad pública licita la adquisición de maquinaria para pavimentación de calles, es así que, se contrata la adquisición de una pavimentadora de asfalto y un rodillo vibratorio en tándem. Luego de ser adjudicado el contrato, el contratista pone de manifiesto que puede dar a la administración esas mismas maquinarias de mejores características por el mismo precio acordado, en razón de que, la fabricación ha mejorado la maquinaria con tecnología más moderna.

Atendiendo al principio de vigencia tecnológica contemplado en el artículo 4 de la LOSNCP, la entidad a mi criterio puede aceptar esta maquinaria, siempre y cuando exista una constancia

de que es mejor por la que contrató inicialmente, no se ha modificado el objeto del contrato y por la eficacia tecnológica resulta más conveniente a los intereses públicos.

La administración debe analizar la conveniencia, el grado de incumplimiento, la necesidad de seguir manteniendo el contrato, la injerencia y los beneficios para pensar en terminar un contrato público.

5.1.2. Insolvencia o quiebra del contratista.

Esta segunda causal tiene que ver con un orden de carácter financiero del contratista que, bien sea por quiebra (en el particular de las personas jurídicas) o insolvencia, (para las personas naturales) la persona natural o jurídica queda inhabilitada de administrar sus bienes y por mandato legal es un incapaz; esto último se halla en el artículo 1463 del Código Civil Ecuatoriano.

La quiebra para Cabanellas de Torres es “una situación legal que puede verse impuesto a un comerciante que momentáneamente, temporal o definitivamente se encuentra impedido de cumplir con sus obligaciones contraídas.” (Cabanellas de Torres, 2012, pág. 796)

De la misma obra la insolvencia “es la incapacidad para pagar una deuda. Una persona natural no puede hacer frente a sus obligaciones pecuniarias.” (Cabanellas de Torres, 2012, pág. 494)

Lo importante no es solo el hecho de que muy posiblemente tal situación impide el cumplimiento del objeto contractual en razón de que el patrimonio del contratista es negativo; afirmo puede darse el caso de que un contratista aún no sea declarado en quiebra o insolvencia pero que no tenga los recursos económicos para pagar sus acreencias e igual pueda o quiera continuar adelante con el contrato administrativo. Para tal escenario la reflexión que tengo es que, no solo es el supuesto de que el patrimonio negativo del contratista le impida cumplir el objeto del contrato, sino que la LOSNCP en su artículo 62 sobre las imposibilidades generales para suscribir contratos con el Estado, en su primer numeral considera inhábil a quienes se hallan incursos en incapacidades del artículo 1463 del Código Civil previamente mencionado.

Tanto la quiebra como la insolvencia deben contar con sentencia ejecutoriada para que la administración pública pueda fundamentarse en la procedencia de la terminación unilateral.

En virtud de esta situación, no le queda más a la administración pública, terminar el contrato administrativo, en observancia del artículo 62 de la LOSNCP y salvaguardar los recursos públicos.

5.1.3. Si el valor de las multas supera el monto de la garantía de fiel cumplimiento.

La tercera causal se fundamenta en el porcentaje de valor que se ha prescrito para la garantía de fiel cumplimiento, prevista en el apartado 74 de la LOSNCP; por lógica se entiende que, si no existe una garantía suficiente que permita solventar el valor de las multas que por retrasos se le ha cargado al contratista, el órgano público puede declarar la terminación unilateral del contrato.

Las multas son sanciones pecuniarias, son clausula obligatoria y tienen como objeto que el contratista corrija su conducta y para la administración sirve como una alerta de que no se está concretando en la realidad material el cronograma establecido, por lo que si el contratista persiste en sus incumplimientos deberá preparar alternativas para el cumplimiento del contrato.

Las multas deben aplicarse en torno al principio de proporcionalidad y es obligación de los funcionarios públicos encargados la aplicación de ellas.

Los administradores del contrato o los fiscalizadores son los encargados de la aplicación de tales multas, de no hacerlo estarán frente a las responsabilidades según la Ley de la Contraloría.

El apartado 54 de la norma antes mencionada desprende que los funcionarios a quienes les corresponde el control del cumplimiento contractual, son responsables de adoptar oportunamente las medidas precisas para que el contrato administrativo pueda ser ejecutado en los plazos y con los contos previstos.

Es importante recordar que las multas deben aplicarse según lo señalado en el apartado 71 de la LOSNCP, pues se deben emplear en torno al porcentaje de obligaciones que están pendientes de realizarse según el cronograma que fue establecido.

Un ejemplo puede ser en la ejecución de una obra, se ha planteado un cronograma de actividades para un año, dividido en 4 partes (3 meses cada una), en tal cronograma se

vislumbra que, en la primera parte se ha incumplido los plazos y del primer cuarto de la obra se ha cumplido un 75%, es así que, la administración debe imponer las multas por los días de retraso del contratista tomando en consideración ese 25% que la falta por completar del primer cuarto.

Esta reflexión es importante pues, el artículo 116 del reglamento a la LOSNCP pone de manifiesto la aplicación las multas en consideración al valor total del contrato, incorporado también el reajuste de precio, de ser el caso. Nos encontramos frente a una contraposición entre la Ley y su reglamento de aplicación.

Atendiendo al principio de jerarquía se debe aplicar las multas en razón de la parte que está incumplida, no de todo el contrato.

Por último, la aplicación de las multas no tiene límite, es decir, la administración puede imponer multas más allá de que supere la garantía de fiel cumplimiento.

Esto, fue dicho por el Procurador General del Estado mediante absolución de consulta,

(...) al no estar previsto en la LOSNCP un límite a ser fijado para el valor de las multas, se considera que no debe incluirse en ningún contrato administrativo, porque no expresa que se deba limitar el monto fijado al valor de las multas o cualquier otro limitante a la responsabilidad en los contratos. (Procurador General del Estado - Oficio Nro. 05179, 2011, pág. 11)

Al no tener un limitante la administración para la imposición de las multas, puede, si se considera que es conveniente, necesario o beneficioso al Estado, no terminar unilateralmente el contrato administrativo.

5.1.4. Suspensión de los trabajos por decisión del contratista, por más de 60 días, sin que medie caso fortuito o fuerza mayor.

Esta causal tiene que ver con la realización del objeto contractual, la entrega en los plazos pactados y está pensada para contratos de largo plazo.

El contratista puede justificar su suspensión si mediara caso fortuito o fuerza mayor y el organismo público tiene el deber de analizar si ha acontecido tal supuesto.

Para el maestro español Guillermo Cabanellas de Torres el caso fortuito es

Un suceso que no ha podido preverse o que, previsto, no ha podido evitarse, pueden ser producidos por la naturaleza (...) constituye un riesgo que, por ser inherente a la actividad del autor, queda a su cargo, a menos que la ley disponga lo contrario. (Cabanellas de Torres, 2012, pág. 150)

Para el mismo letrado fuerza mayor “resulta también un hecho imprevisible, es consecuencia de hechos lícitos o ilícitos del hombre.” (Cabanellas de Torres, 2012, pág. 422)

Si es que la administración verifica que ha acontecido alguno de estos eventos que, hacen imposible que se pueda continuar con la ejecución contractual, deberá de ser el caso ampliar el plazo al contratista para que de ese modo continúe con la ejecución, eso sí, el plazo deberá restablecerse desde el día siguiente que se solucione el imprevisto.

Sin embargo, si analiza que es imposible, por dicho imprevisto, la continuación de ejecución del objeto contractual tendrá que proceder con una terminación por mutuo acuerdo, según lo contemplado en el apartado 93 de la LOSNCP.

Si es que el contratista no quiere proceder con la terminación de mutuo acuerdo, estaríamos frente a la configuración de la séptima y última causal del artículo 94 de la LOSNCP, que será objeto de análisis casi al final de la presente investigación.

A manera de colofón, es menester hacer una preocupación sobre esta causal, ya que, cabe hacerse una pregunta: ¿Qué pasa con los contratos que cuyos plazos no van más allá de los 60 días?

En mi pensamiento, esta causal debería ser reformada en el sentido de que se aplique en forma porcentual para cada contrato, ya que, en los contratos de corto plazo la suspensión va a incidir en la ejecución y por lo tanto la consecuencia final sería que, se extendería el plazo por el tiempo que duró la suspensión.

5.1.5. Celebración de contratos contra expresa prohibición de la ley.

Esta causal toma forma cuando los contratos públicos incursionan en los artículos 62, 63, 64 y 65 de la LOSNCP y con los apartados 1463 y 1697 del Código Civil.

Los artículos 62 y 63, manifiestan sobre las incapacidades generales y especiales para contratar con los órganos del Estado.

El corolario es sumamente extenso, pero se puede resumir en los siguientes términos: no pueden contratar con el Estado, el primer mandatario y todo su gabinete y/o asesores, los servidores del SERCOP, los asambleístas, obviamente las autoridades de las entidades contratantes y se hace extensivo hasta sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

De igual manera las personas que están suspendidas en el RUP, deudores del Estado y por último los que estando habilitados dentro del proceso precontractual, después lo estuvieron al momento de suscribir el contrato.

La segunda inhabilidad especial del artículo 63 pone de manifiesto que quienes no pueden contratar con el Estado las personas que, “hubieren realizado estudios, proyectos o especificaciones técnicas, respecto de los ejecutores de las obras, sin embargo, existe la salvedad de que pueden contratar, si el contrato público tiene en su objeto la fiscalización, supervisión o actualización de estudios.” (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2018)

Tanto los apartados 62 y 63 hacen taxativo la imposibilidad de que los servidores públicos que de alguna manera estén vinculados con la entidad contratante, puedan suscribir contratos administrativos y la ley hace extensivo a sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y el segundo de afinidad.

Para ilustrar este particular vamos a suponer un escenario ficticio en donde, dentro de una licitación, la comisión técnica decida recomendar a la máxima autoridad la adjudicación del contrato a un oferente, sin embargo, se logra determinar que uno de los que conforman la comisión técnica es familiar dentro de los grados de consanguinidad o afinidad antes mencionados y, por lo tanto, tal oferente no podía contratar con el Estado; en ese particular estamos frente a una causal de terminación unilateral y anticipada.

Ahora bien, el artículo 64 de la LOSNCP, que establece “si se celebra un contrato administrativo contra expresa prohibición de esta ley, la entidad, a través de la máxima autoridad, podrá expresar la terminación del contrato, sin reconocer indemnización alguna, salvo el que resultare de la liquidación.” (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2018)

El apartado antes citado es ampliamente general y podría englobar todas las inhabilidades del 62 y 63 del mismo cuerpo normativo, pero en la palabra que hay que acentuar nuestra atención es: podrá.

Puede existir una situación en la cual, se celebró un contrato contra taxativa proscripción de la ley, del mismo ejemplo de un familiar del contratista en la comisión técnica; es procedente pensar que está dentro de la quinta causal terminación unilateral, pero en ese ejemplo suponemos que la ejecución de la obra está a un 96%.

¿Es procedente terminar unilateralmente el contrato público, a sabiendas de que solo falta el 4% para terminar la obra? Y ¿resulta procedente para la entidad pública hacer una contratación directa para terminar ese 4%?

Mi pensamiento es que, la entidad tiene que evaluar la conveniencia, el beneficio, la gravedad de esa celebración en contra de norma, la necesidad de seguir manteniendo el contrato pese a la transgresión a la ley.

No se puede dejar de lado las consecuencias que tienen los servidores frente a la ley si dolosamente se beneficiaren ellos o sus parientes de un contrato administrativo; el apartado 48, literal j) de la LOSEP prevé la destitución del servidor.

Como un último ejemplo de este punto, cabe la situación en donde si bien, se adjudica un contrato administrativo por licitación a un oferente; el artículo 69 de la LOSNCP prevé que por su naturaleza debe elevarse la suscripción a escritura pública en el término de 15 días, sin embargo, la administración conjuntamente con el adjudicatario lo hace a los 20 días término.

Sin lugar a dudas nos encontramos frente a una transgresión del procedimiento y las solemnidades que la ley prevé, pero la administración puede evaluar esa transgresión, para determinar hasta qué punto puede ser procedente una terminación unilateral.

A mi criterio personal, si la administración motiva un acto administrativo justificando la demora en elevar el contrato a escritura pública o si motiva en el sentido de que no es procedente la terminación en relación a la conveniencia o costo – beneficio para el interés

público, puede ser que el contrato público subsista, todo va a depender de como la administración justifique su decisión.

El apartado 65 de la LOSNCP antes citado, señala los particulares en donde un contrato es nulo.

“La primera es por las causas generales establecidas en la ley, la segunda por haberse prescindido de los procedimientos y las solemnidades establecidas en la ley; y por haber sido adjudicadas o celebradas por un órgano incompetente.” (Ley Organica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2018)

Para este supuesto es imperioso considerar los dos escenarios posibles: el primero cuando es atribuible al contratista, en ese particular la administración debe terminar unilateralmente el contrato, por ser contrario a derecho.

En este primer supuesto, existe una responsabilidad compartida entre el organismo público y el contratista, pues la ley se entiende conocida por todos.

La Contraloría, deberá establecer las responsabilidades del caso, para los servidores públicos que actuaron en contra del principio de juridicidad previsto en la Constitución artículo 82 y de uno de los principios de aplicación del artículo 4 de la LOSNCP

El artículo 22 del COA, prevé la juridicidad y confianza legítima en la administración pública; las acciones equivocadas del Estado no pueden afectar a los ciudadanos, por lo que, tales actuaciones serán causa de fiscalización por parte de Contraloría; sin embargo, si tales actuaciones son inducidas por el administrado, no serán objeto de sanción.

En un ejemplo en donde un oferente engañe a una entidad pública presentando en la fase pre contractual, documentación falsa o distorsionada, no generara responsabilidad a los funcionarios públicos que adjudicaron el contrato en base a ese fraude del contratista.

La tercera nulidad del artículo 65 de la LOSNCP, cuando la celebración del contrato está contra expresa prohibición y es atribuible a la administración, no sería procedente la terminación unilateral, en razón de que, al haber sido celebrado el contrato público por autoridad sin competencia al dar por terminado unilateralmente estaríamos frente a un beneficio del propio error de la administración.

Para explicar este punto, es necesario acudir a los fallos de la justicia de norte américa, el célebre fallo Rick vs Palmer, da una idea de cómo en el segundo supuesto planteado, la administración no puede favorecerse de su error, culpa o dolo.

A nadie se le debe consentir el beneficiarse de su propio fraude o tomar algún tipo de superioridad en torno a su propio error, el plantear cualquier tipo de acción legal sobre su propia corrupción u obtener algún beneficio a través de la base de su propio accionar contra ley. Estos principios son preceptos de el orden público, su base en el derecho universal administrado en todos los países ilustrados en derecho y en ningún lugar pueden ser sustituidas por las leyes. (Revista Telemática de Filosofía del Derecho., 2008, pág. 367)

Para este particular caso se debe pedir al Sr. Procurador General, la demanda de nulidad de la contratación, sin tal acción el contrato seguiría teniendo vigencia en el mundo jurídico.

5.1.6. Por los demás casos estipulados en el contrato, de acuerdo con su naturaleza. Esta causal está pensada para la mejor ejecución del objeto contractual, está demás decir que la administración no puede abusar de esta prerrogativa.

Un supuesto típico para esta causal es la renovación de las garantías pues, la falta de renovación de las mismas según el contrato puede ser causal de terminación unilateral.

Otro ejemplo más cercano a la realidad de nuestra ciudad, puede ser que, dentro de la adquisición de los tranvías para Cuenca, se hace constar en el contrato, el mantenimiento periódico que se debe realizar por el uso, el incumplimiento de tal mantenimiento puede ser causal de terminación unilateral.

El SERCOP mediante sus resoluciones ha incorporado modelos de pliegos que de ser incumplidos pueden ser causal de terminación unilateral.

Dentro de la recopilación de las resoluciones está en su artículo 63 la incorporación de una cláusula para consumir lo dispuesto en el apartado 78 de la LOSNCP, sobre la “transferencia de sus acciones o participaciones del contratista sin notificación en 5 días término a la administración, tal omisión será causal de terminación.” (Resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública, 2018)

Igualmente, si “la entidad contratante no autoriza esa traslación de 25% o más de las participaciones, será causal de terminación unilateral” (Resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública, 2018), de ahí se entiende que si es menos del 25% no requiere autorización, sino únicamente la notificación a la entidad contratante.

Estas causales están pensadas para evitar la cesión de derechos producto de los contratos a otras personas.

Como último ejemplo de esta causal, se puede tomar el artículo 202 de la recopilación de resoluciones del SERCOP, que en su numeral 6 prevé como causa de terminación el “haberse detectado inconsistencia, simulación o inexactitud en la documentación presentada en la oferta o en las condiciones mínimas de participación, en cuyo caso se seguirá el procedimiento de terminación unilateral (...)” (Resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública, 2018), es así que, si un contratista hubiere simulado la participación nacional en su oferta para que se le adjudique un contrato, la administración debe valorar la gravedad de tal simulación para analizar si es procedente la terminación unilateral del contrato.

Es así que, los oferentes cuando presentan su oferta, corresponderá presentar toda la información completa y fidedigna con referencia a la participación nacional, ya que, una entidad pública tiene como uno de los parámetros de adjudicación, la participación nacional en una oferta, por lo que, de presentarse inconsistencias, simulación o inexactitud en la información de participación nacional del contratista, puede ser una causal de terminación unilateral.

5.1.7. La Entidad Contratante también podrá declarar terminado anticipada y unilateralmente el contrato cuando, ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, el contratista no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato.

De todas las causales es la única que no se ejecuta la garantía de fiel cumplimiento, ni tampoco se inscribe en el RUP como contratista incumplido.

En esta última causal la administración pública justifica al contratista la intención de concluir el contrato por mutuo acuerdo en razón de que por causas ajenas a su voluntad no es

beneficioso el prorrogar la ejecución del objeto contractual, demás esta mencionar que dicha intención de la administración debe ser motivada ante circunstancias de índole técnicas o económicas.

Para ilustrar este particular, se puede suponer que en la ejecución de una obra civil, se planeaba hacer un túnel, sin embargo al querer hacer tal perforación se denota que existe roca sólida que no estaba prevista en las especificaciones técnicas, por lo que, no se puede continuar con la obra, sin embargo el contratista al tener toda la maquinaria y operarios no quiere terminar por mutuo acuerdo, en tal caso se está frente a una causal de terminación unilateral por situaciones técnicas imprevistas.

Otro ejemplo de terminación por circunstancias económicas pudiera ser la que estamos viviendo hoy en día, en un escenario donde una entidad pública adjudicó la ejecución de una obra determinada, empero, por la crisis sanitaria necesita destinar tales recursos económicos para atender a los pacientes de SARS-COV2, en tal caso si el contratista no quiere terminar por mutuo acuerdo, se configuraría la causal de terminación unilateral por circunstancias económicas imprevistas por no aceptarse la terminación por mutuo acuerdo.

En el caso fortuito o fuerza mayor, se podría tomar situaciones de la naturaleza como un derrumbe, erupción volcánica o un deslave que haga imposible el cumplimiento del contrato.

Muchas de las veces los contratistas no quieren terminar por mutuo acuerdo un contrato en razón de que se han gastado los recursos de pago del anticipo, destinados para la realización de tal objeto contractual en otros egresos que no son parte del cumplimiento del contrato, para esto hay que hacer una reflexión en torno al artículo 76 de la ley de planificación y finanzas públicas que, en su segundo inciso prevé que los recursos por concepto de pago de anticipo “(...) no pierden su calidad de fondos públicos sino hasta el momento de ser devengados.” (Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, 2010)

De lo anotado en el párrafo anterior se puede entender que, si es que el contratista se ha gastado fondos que, a la luz de la ley son considerados públicos en otros supuestos que no tenga nada que ver con el cumplimiento del objeto contractual, estamos frente a una malversación de fondos públicos que, a mi criterio se puede configurar el delito de peculado.

Sin embargo, no se puede omitir citar a una absolución de consulta de la Procuraduría, ya que a través de tal absolución refirió que “cuando no fuere posible o conveniente la ejecución de contrato, las partes pueden convenir en extinguir algunas de las obligaciones.” (Procurador General del Estado - Oficio Nro 02513, 2019, pág. 6)

De tal absolución se desprende que la administración puede terminar por mutuo acuerdo parcialmente, debiendo la institución contratante efectuar la liquidación correspondiente.

5.2. Consecuencias de la declaratoria de contratista incumplido.

Básicamente, las consecuencias al inscribirse a un contratista en el SERCOP como incumplido es que, no podrá contratar con el Estado por un periodo de 5 años, así como la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento de manera inmediata.

Para la garantía del buen uso del anticipo será ejecutada “(...) en la parte que corresponda al valor que aún no ha sido compensado de dicho anticipo, para lo cual se realizará una liquidación que será notificada a la aseguradora para determinar el valor que faltare por amortizar.” (López Suarez, Pérez, & Aguilar, 2016, pág. 468)

El órgano público puede demandar por daños y perjuicios producidos al contratista que incumplió.

6. Conclusiones y recomendaciones.

Una vez que se ha analizado todas las causales, se concluye que, los órganos públicos en uso de sus facultades que le ley le otorga, puede terminar unilateralmente un contrato público, siempre y cuando su acto administrativo reúna todos las exigencias que la ley le prevé para su validez; el más importante de ello es la motivación, ya que, tendrá que motivar su acto entorno a la procedencia, necesidad, gravedad del incumplimiento, beneficio, costos y el más importante: el interés común.

Esta prerrogativa no debe ser de uso abusivo por parte de las entidades públicas, sino como ultima ratio, al observarse que el objeto contractual no se podrá concretar dentro de los parámetros de lo aceptable después de un exhaustivo análisis de procedencia.

Los legisladores deberían plantarse que vía reforma incorporen parámetros en el apartado 94 de la LOSNCP, para la procedencia de la terminación anticipada, en razón de que, los

servidores públicos hoy en día tienen que acudir a los principios del derecho público para fundamentar su acto administrativo de terminación unilateral. Con la incorporación de cuantificaciones para dar por terminado un contrato público se evitaría el perjudicar al Estado y consecuentemente se brindaría un mejor servicio hacia todos los ecuatorianos.

Los parámetros se hacen imperiosos aún más cuando los servidores públicos que están vinculados a la contratación pública no son abogados y si así lo fueren, la Contratación Pública al ser materia de especialidad del Derecho Administrativo, requiere un estudio autónomo por parte de los profesionales del Derecho en aras de que, se evite errores que bien pueden ser de buena fe, pero que perjudican a toda una sociedad.

En muchos de los casos a pesar de estar el contratista incurso en una o más causales, no conviene a los interés del Estado el dar por terminado un contrato, más aún, si se trata de cuantías importantes, como son los de licitación o si contemplan cláusula de arbitraje internacional.

Se debe agotar todos los esfuerzos para una ejecución contractual eficaz y transparente, por el bien de todos los ecuatorianos que, a través de nuestros tributos pagamos los bienes, obras o servicios que las administraciones de turno contratan.

Por último, es necesario que la Contraloría General del Estado fiscalice oportunamente el actuar de los servidores que, inobservan el interés público y perjudican al Estado ecuatoriano de manera onerosa, pues tales recursos bien pueden ser invertidos en el desarrollo social del Ecuador, aún más al ser un país del tercer mundo.

Como recomendación, se debería plantear la capacitación de los funcionarios que ejercen la prerrogativa de terminar un contrato público anticipadamente, ya que, si conocen las consecuencias que puede acarrear una improcedente terminación, se la utilizara como medida de última instancia.

7. Bibliografía

- Aguilar, J. P., & Chiriboga, V. (2018). *Estudios sobre el Código Organico Administrativo*. Quito: Editorial Jurídica Cevallos - Colegio de Jurisprudencia Universidad San Francisco de Quito.
- Alvarado Sanmartin Francisco en contra del Municipio de Palora, 01803-2017-0116 (Tribunal Distrital No.3 Contencioso Administrativo de Cuenca 15 de Marzo de 2018).
- Balbín, C. F. (2015). *Manual de Derecho Administrativo*. Buenos Aires : Thomson Reuters.
- Benalcazar Guerrón, J. C. (2007). *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*. Quito: Andrade & Asociados - Fondo Editorial .
- Benalcazar Guerrón, J. C. (2013). *Los instrumentos internacionales como fuente de Derecho Administrativo en Ecuador*. Ciudad de Mexico: Editorial Porrúa/ Universidad Nacional Autonoma de Mexico.
- Betancor Rodríguez, A. (2016). *Derecho administrativo para mis estudiantes: Instituciones Basicas*. Barcelona: Edición para iBooks.
- Betancor Rodríguez, A. (2019). *Derecho Administrativo*. Barcelona, Cataluña, España: Edición para iBooks Amazon - Cuarta edición.
- Borja Cevallos, R. (2012). *Enciclopedia de la Política - Tomo II*. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Economica.
- Cabanellas de Torres, G. (2012). *Diccionario de Ciencias Jurídicas*. Buenos Aires: Heliasta S.R.L.
- Cárdenas, M. E. (2001). *La Formalización de los Contratos en la Ley de Contratación Pública*. Cuenca: Universidad del Azuay.
- Carnelutti, F. (1955). *Teoría General del Derecho*. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Casos 0023-09-EP, 0024-09-EP y 0025-09-EP - Acumulados, Nro. 025-09-SEP-CC (Corrte Constitucional del Ecuador 29 de Septiembre de 2009).
- Cassagne, J. C. (1981). *El Acto Administrativo - Segunda Edición*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Cassagne, J. C. (1998). *Derecho Administrativo Tomo II*. Buenos Aires: LexisNexis, Abeledo-Perrot.
- Cassagne, J. C. (1998). *Derecho Administrativo Tomo I*. Buenos Aires: LexisNexis, Abeledo-Perrot.
- Código Civil Ecuatoriano, C. (2005). Quito: Registro Oficial del Ecuador.

- Código Orgánico Administrativo, C. (7 de Julio de 2017). Registro Oficial No. 31. Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial del Ecuador.
- Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, C. (22 de Octubre de 2010). COPFP. *Registro Oficial Suplemento Nro. 306*. Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial del Ecuador.
- Comandira, J. R., & Escola, H. J. (2012). *Curso de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo - Perrot.
- Constitución de la República del Ecuador, C. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Montecristi, Manabi, Ecuador: Registro Oficial.
- Corte Suprema de Justicia del Ecuador , Gaceta Judicial No. 10, año CIII, Serie XVII (Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo 25 de Julio de 2002).
- Dávila, P. O. (2018). *La comisión técnica y la etapa precontractual en los procesos de contratación pública*. Quito: Jurídica Cevallos.
- Díaz García, E. (1966). *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Madrid: Cuadernos para el Diálogo.
- Díez, M. M. (1963). *Derecho Administrativo - Tomo I*. Buenos Aires: Editorial OMEBA.
- Dromi, R. J. (1999). *Licitación Pública. Segunda Edición*. Buenos Aires: Centro de Estudios Políticos y Administrativos.
- Dromi, R. J. (2015). *Derecho Administrativo, Tomo I*. Buenos Aires: Ciudad Argentina - Buenos Aires.
- Enciclopedia SALVAT diccionario. (1978). *La gran enciclopedia ilustrada circulo*. Barcelona-España: SALVAT.
- Fernández Arbeláez, I. M. (2015). *Manual de Derecho Procesal Administrativo y Contencioso Administrativo - Tomo I*. Armenia, Quindío: Universidad La Gran Colombia – Editorial Universitaria.
- García de Enterría, E., & Fernandez, R. T. (2017). *Curso de Derecho Administrativo - Tomo I*. Madrid: CIVITAS.
- Gordillo, A. (2004). *Tratado de Derecho Administrativo Tomo IV*. Ciudad de Mexico: Porrúa.
- Gordillo, A. (2012). *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas, Tomo V*. Buenos Aires: FUNDACIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO.
- Gordillo, A. (2013). *Tratado de Derecho Administrativo Tomo VIII*. Buenos Aires: FUNDACIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO.

- Guerrero Celi, F. (2019). *Nueva vision del Derecho Administrativo*. Quito: Editorial Jurídica Cevallos.
- Guzman Lara, A. (1977). *Diccionario explicativo de derecho penal ecuatoriano, Tomo I*. Quito.
- Hauriou, A. (1971). *DERECHO CONSTITUCIONAL E INSTITUCIONAL POLITICAS*. . Madrid - España: Ariel.
- Jaramillo Ordoñez, H., & Jaramillo Luzuriaga, P. (2016). *La Justicia Administrativa en el Sistema Oral*. Loja: Offset Grafimundo.
- Jellinek, G. (1967). *Teoría General del Estado. (Traducción y prólogo de Fernando de los Ríos)*. Buenos Aires.: Albatros.
- José Cuenca vs Municipio de Atahualpa - Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Gaceta judicial, año CV, serie XVII, No. 15. p. 5212. (Sala especializada de lo Contencioso Administrativo 17 de Mayo de 2004).
- Juan Claudio Robalino Gándara y otros en contra del Consejo Provincial de Pichincha, 267-2004 (Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo - Corte Suprema de Justicia. 2004).
- Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en contra del Consejo de Ministros, STS 555/2011 (Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso - Madrid 11 de 02 de 2012).
- Jurisprudencia Administrativa del Consejo de Estado Francés, (Rec. 1.º supltto. 61, concl. David; D. 1873.3.20, concl. David; D. 1873.3.153, concl. David (Tribunal de Conflictos 8 de Febrero de 1873).
- Kelsen, H. (1949). *Teoria General del Derecho y del Estado*. Mexico DF: Editorial Imprenta Universitaria Mexico - Traducccion de Eduardo Garcia Maynez.
- Kelsen, H. (2008). *Teoría Pura del Derecho*. Ciudad de Mexico: Ediciones Coyoacán .
- Laurent, F. (1893). *Principles de Droit Civil Français*. Paris: B. y Cie.
- Ley Organica del Sistema Nacional de Contratación Pública, L. (04 de Agosto de 2018). LOSNCP. *Registro Oficial Suplemento 395*. Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial del Ecuador.
- López Suarez, D., Pérez, A. J., & Aguilar, J. L. (2016). *Manual de Contratación Pública - Segunda Edición*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Maquiavelo Nicolás citado por Larrea Santos, R. (1992). *Elementos de Derecho Político*. Guayaqui: Universidad Catolica Santiago de Guayaquil.
- Marienhoff, M. S. (1993). *Tratado de Derecho Administrativo - Tomo I*. Buenos Aires: Abeledo - Perrot.

- Marienhoff, M. S. (1993). *Tratado de Derecho Administrativo - Tomo II*. Buenos Aires: Abeledo - Perrot.
- Maritain, J. (1968). *La persona y el bien común*. Buenos Aires - Argentina: Club de lectores.
- Maurer, H. (2011). *Derecho Administrativo: Parte General*. Madrid: Marcial Pons.
- Montaño Armijos Irman Neptalí en contra del Municipio de Gualaquiza, 01803-2018-00017 (Tribunal Distrital No.3 Contencioso Administrativo de Cuenca 22 de Julio de 2019).
- Morales Tobar, M. (2011). *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Moreno Yanes, J. (2014). *Módulo de Derecho Administrativo I*. Cuenca: Graficas Hernández.
- Oyarte Martinez, R. (2019). *Derecho Constitucional*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Pérez, E. (2009). *Derecho Administrativo*. Quito: Corporación de estudios y publicaciones.
- Perez, E. (2019). *Manual de Derecho Administrativo - Quinta edición*. Bogotá: Editorial Temis S.A. .
- Procurador General del Estado - Oficio Nro 02513, E. (30 de Enero de 2019). Absolucion de consulta al Ministerio de Salud Pública. Quito, Pichincha, Ecuador: Procuraduría General del Estado .
- Procurador General del Estado - Oficio Nro. 05179, E. (25 de Noviembre de 2011). Absolucion de consulta al Ministerio de Defensa Nacional. Quito, Pichincha, Ecuador: Procuraduría General del Estado.
- Resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública, R. (29 de Enero de 2018). RSNCP. *Registro Oficial Edición Especial 72*. Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial del Euador.
- Revista Telemática de Filosofía del Derecho. (2008). Riggs contra Palmer, Tribunal de apelaciones de Nueva York. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho n° 11*, 2007/2008, 363-374.
- Sayagués Laso, E. (2002). *Tratado de Derecho Administrativo - Tomo I*. Montevideo: Fundación de cultura universitaria.
- Secaira Durango, P. A. (2004). *Breve Curso de Derecho Administrativo*. Quito: Editorial Universitaria.
- Silva Bascuñan, A. (1980). *Derecho Político. Ensayo de una sintesis*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Tobar Donoso, J. (1952). *ELEMENTOS DE LA CIENCIA JURIDICA*. Quito: Ed. Edeval.

Vadell Jorge Fernando vs Provincia de Buenos Aires, Nro. Interno: V000000049 - Fallos: 306: 2030, considerando 6° (Corte Suprema de la Nación Argentina 18 de Diciembre de 1984).

Zavala Egas, J. (2011). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Guayaquil: EDILEX S.A.

ANEXOS

Cuenca, 14 de octubre del 2020

LA UNIDAD DE TITULACIÓN E INVESTIGACIÓN FORMATIVA DE LA CARRERA DE DERECHO MATRIZ

Certifica que:

El informe de originalidad TURNITIN correspondiente a la primera revisión de la investigación realizada por el estudiante **MENDEZ OCHOA FRANCISCO XAVIER**, con No. de cédula **0104627120**, titulado **“ANÁLISIS DE LAS CAUSALES DE TERMINACION UNILATERAL DE LOS CONTRATOS EN EL PROCEDIMIENTO LICITATORIO”**, indica un 7% de índice de similitud, 6% de fuentes de internet, 1% de publicaciones y tesis de maestría, 0% coincidencias excluidas.

Para los fines legales pertinentes,

Atentamente,



Abg. Paola Vallejo Cárdenas, Mgs.
Unidad de Titulación e Investigación Formativa

www.ucacue.edu.ec

CENTRO DE IDIOMAS

RESUMEN

En la presente investigación se realiza un análisis de la conveniencia de la administración pública para dar por terminando un contrato administrativo público, de manera anticipada, en los casos en que un contratista ha incurrido en una o varias de las causales previstas en el artículo 94 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. El análisis pretende identificar la utilidad de esta ley y cuál es la manera correcta de ejercer esta potestad.

El Estado, a través de las instituciones públicas contratan obras, bienes o servicios y para ello, tiene que enmarcar su accionar en los principios del derecho público, garantías y derechos de la Constitución de la Republica, evitando el uso arbitrario y desproporcionado de la terminación unilateral y anticipada de los contratos. La administración tiene como fin la satisfacción de las necesidades de todos los ciudadanos y por ende hace prevalecer el interés público; eso se logra a través de la eficiencia en la ejecución de los contratos administrativos, siendo deber de todos los funcionarios públicos motivar sus actos para darlos validez jurídica, y respetar la normativa constitucional y legal en todos su actos.

Este trabajo presenta además argumentos basados en la descomposición e interpretación del citado artículo de la ley, indagando además la teoría que será sustento en parte la conclusión de esta tesis.

PALABRAS CLAVES: CONVENIENCIA, TERMINACIÓN, INTERES PÚBLICO, CONTRATOS, PRERROGATIVA.

CENTRO DE IDIOMAS

ABSTRACT

In this research an analysis of the convenience of the public administration to terminate a public administrative contract in advance, in cases in which a contractor has incurred one or more of the grounds provided in Article 94 of the Organic Law of the National System of Public Procurement is made. The analysis intends to identify the utility of this law and what is the correct way to exercise this power.

The State, through public institutions contract works, goods or services, and for this, it must frame its actions in the principles of public law, guarantees, and rights of the Constitution of the Republic, avoiding the arbitrary and disproportionate use of the unilateral and anticipated termination of contracts. The purpose of the administration is to meet the needs of all citizens, and, therefore make the public interest prevail; this is achieved through efficiency in the execution of administrative contracts, being the duty of all public officials to motivate their actions to give them legal validity and to respect the constitutional and legal regulations in all their acts.

Additionally, this work presents arguments based on the decomposition and interpretation of the aforementioned article of the law, also investigating the theory that will partially support the conclusion of this thesis.

KEYWORDS: CONVENIENCE, TERMINATION, PUBLIC INTEREST, CONTRACTS, PREROGATIVE.

CENTRO DE IDIOMAS

Cuenca, 7 agosto del 2020

EL CENTRO DE IDIOMAS DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA, CERTIFICA QUE EL DOCUMENTO QUE ANTECEDE FUE TRADUCIDO POR PERSONAL DEL CENTRO PARA LO CUAL
DOY FE Y SUSCRIBO



DR. WLADIMIR QUINCHE
ORELLANA
Documento certificado digitalmente
por Emergencia Sanitaria en
Ecuador por COVID-19
Centro de Idiomas Matriz: Cuenca
- Ecuador
2020-08-07 16:59+19:00

Dr. Wladimir Quinche Orellana MSc.
SECRETARIO CENTRO DE IDIOMAS

Cuenca, 13 de octubre del 2020

Señor Doctor

Ernesto Robalino Peña

DECANO DE LA UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

Su despacho

De mis Consideraciones

RAÚL MAURICIO PARRA VICUÑA, docente de la carrera de Derecho de la Universidad Católica de Cuenca, en mi calidad de tutor del estudiante **MENDEZ OCHOA FRANCISCO XAVIER**, con número de cédula **0104627120**, quien realizó su Trabajo de Titulación denominado **"ANÁLISIS DE LAS CAUSALES DE TERMINACION UNILATERAL DE LOS CONTRATOS EN EL PROCEDIMIENTO LICITATORIO"**, debo informar a usted que dicho trabajo ha sido realizado bajo los parámetros, disposiciones legales y reglamentarias correspondientes al área de Titulación de la Universidad Católica de Cuenca.

De acuerdo al Art. 10 literal C del Reglamento de la Unidad de Titulación de Grado y Programas de Posgrados de la Universidad Católica de Cuenca, previo a la sustentación y defensa el estudiante deberá presentar solicitud para revisión final del trabajo de titulación, dentro de este proceso se le asignaron docentes revisores quienes proporcionaron el criterio de **APROBADO** al antes mencionado Trabajo de Investigación.

Por lo antes expuesto y dando cumplimiento al Reglamento debo de asignar la nota de 40/40 correspondiente a la parte escrita del Trabajo de Titulación, además de emitir mi criterio favorable para que se proceda a la sustentación y defensa del mismo.

Es todo cuanto puedo informar respecto a mis labores como tutor de mentado estudiante.

Atentamente:

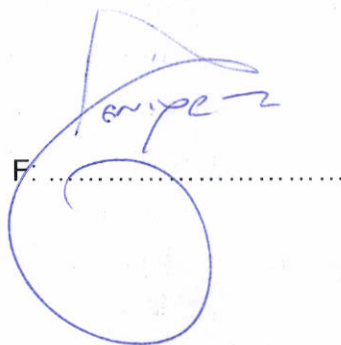


DR. RAÚL MAURICIO PARRA VICUÑA.MGS.
DOCENTE TUTOR

PERMISO DEL AUTOR DE TESIS PARA SUBIR AL REPOSITORIO INSTITUCIONAL

Yo, Francisco Xavier Méndez Ochoa, portador de la cédula de ciudadanía N° 0104627120. En calidad de autor/a y titular de los derechos patrimoniales del trabajo de titulación "**ANÁLISIS DE LAS CAUSALES DE TERMINACION UNILATERAL DE LOS CONTRATOS EN EL PROCEDIMIENTO LICITATORIO**" de conformidad a lo establecido en el artículo 114 Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, reconozco a favor de la Universidad Católica de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos, Así mismo; autorizo a la Universidad para que realice la publicación de éste trabajo de titulación en el Repositorio Institucional de conformidad a lo dispuesto en el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, 24 de agosto de 2020



F.

**EL SECRETARIO DE LA UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES
DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA**

INFORMA:

Que **MENDEZ OCHOA FRANCISCO XAVIER C.C. 0104627120** de la carrera de **DERECHO** modalidad Presencial, presento su diseño de Trabajo de Investigación con el Título: **"ANÁLISIS DE LAS CAUSALES DE TERMINACION UNILATERAL DE LOS CONTRATOS EN EL PROCEDIMIENTO LICITATORIO"**, DIRECTOR: **Mgs. Raúl Parra**, el mismo que fue aprobado en Sesión de Consejo Directivo de fecha **20 de septiembre de 2019**, previo a la obtención del Título de Abogado de los Tribunales de Justicia de la Republica.

Es todo cuanto puedo informar en honor a la verdad remitiéndome, de ser necesario, a los archivos que reposan a mi cargo.

Cuenca, 31 de agosto de 2020.

AB. XAVIER IÑIGUEZ VIVAR

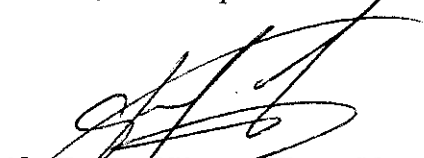
Elaborado por:	Ing. Maricela Ruiz
Revisado por:	Ab. Xavier Iñiguez Vivar
Autorizado por:	Ab. Xavier Iñiguez Vivar

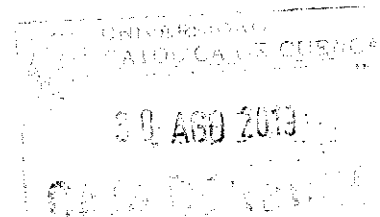
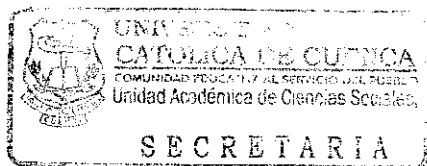


AB. XAVIER IÑIGUEZ
VIVAR
Documento certificado
digitalmente por
Emergencia Sanitaria
en Ecuador por
COVID-19
Cuenca - Ecuador
2020-09-01 15:32-05:00

VISTA LA PRESENTE SOLICITUD, EL H. CONSEJO DIRECTIVO DE LA UNIDAD ACADEMICA DE CIENCIAS SOCIALES, EN SESION REALIZADA EL 20 DE SEPTIEMBRE DE 2019. RESUELVE APROBAR EL PERFIL DE TESIS PREVIO A LA OBTENCION DEL TITULO DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA DEL SR. (A): **FRANCISCO XAVIER MENDEZ OCHOA**: TITULO: "ANALISIS DE LAS CAUSALES DE TERMINACION UNILATERAL DE LOS CONTRATOS EN EL PROCEDIMIENTO LICITATORIO": MGS. GONZALO URILES LEON.

Cuenca, 23 de septiembre de 2019.


Ab. Xavier Iñiguez Vivar, Mgs.
SECRETARIO - ABOGADO





**UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CUENCA**
COMUNIDAD EDUCATIVA AL SERVICIO DEL PUEBLO

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

COMUNIDAD EDUCATIVA AL SERVICIO DEL PUEBLO

**UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES, PERIODISMO INFORMACIÓN
Y DERECHO**

CARRERA DE DERECHO

**DISEÑO DE TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE LA REPUBLICA DEL
ECUADOR.**

**TÍTULO: Análisis de las causales de terminación unilateral de los contratos
en el procedimiento licitatorio.**

AUTOR: FRANCISCO XAVIER MÉNDEZ OCHOA.

TUTOR: DR. GONZALO URGILES LEÓN

FECHA: 24 DE JUNIO DE 2019



Tema: Derecho Administrativo y Contratación Pública.

TITULO: Análisis de las causales de terminación unilateral de los contratos en el procedimiento licitatorio.

MARCO CONTEXTUAL

Las problemáticas entorno a la terminación unilateral de los contratos en el proceso contractual de licitación, de conformidad con la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Contratación Pública, su reglamento, las resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública, las sentencias del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Cuenca y los fallos de la sala especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia y además los criterios de varios expertos en Derecho Administrativo y contratación pública; todo esto está relacionado con la investigación, para encausar la problemática hacia una solución jurídica que responda a las exigencias que propone las actuales circunstancias.

La importancia de esto es hacer notar el deber que tiene el Estado de planificar el desarrollo nacional; mismo que está plasmado en el Art. 3 de la Constitución de la República del Ecuador, la responsabilidad que tienen para los ecuatorianos, pues el Derecho público está encaminado hacia el bienestar general, por consiguiente, el artículo 1478 del Código Civil dispone que “Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano”.

La terminación unilateral de los contratos, es una prerrogativa que posee la administración pública para dar por terminado el contrato administrativo anticipadamente, ello debe tomarse en consideración puesto que el límite de legalidad y discrecionalidad no es tan específico en la ley, por lo tanto es necesario instruir cuando es legalmente aceptable la terminación unilateral, sin que las instituciones públicas se extralimiten en la prerrogativa que ejercen, pues lo que debe propender con cada expresión de la voluntad es el interés público.



Usualmente los operadores públicos exceden su límite de discrecionalidad lo cual supone una problemática entre las personas jurídicas y naturales que contratan con el Estado ecuatoriano, pues como tiene derechos las personas privadas también los tienen, tornándose necesario encontrar un punto de equilibrio, un espacio donde puedan estar al corriente de las causales establecidas en el Art. 94 de la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Contratación Pública.

Concomitante, las inhabilidades que hace alusión los artículos 62 y 63 de la ley antes mencionada, puesto que ahí se establece las personas que no pueden contratar con el Estado.

Para que la contratación sea eficaz, es necesario comenzar por la fase preparatoria y precontractual de la contratación publicación, la licitación al ser el proceso de contratación más importante por los rubros que se manejan, ya que representa una cuantía importante, obtenida al multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del presupuesto inicial del Estado, esto para cuando fuere imposible aplicar los procedimientos dinámicos y cuando se trate de adquisición de bienes y servicios no normalizados; adicionalmente debe considerarse la cantidad obtenida al multiplicar el coeficiente 0,00003 por el monto del presupuesto inicial del Estado.

Al respecto del presupuesto inicial del Estado, varia cada año, según la situación económica y política del Ecuador. Para este año 2019 el presupuesto que se ha establecido por parte del Ministerio de Economía y Finanzas es de \$ 31.318,8 millones de dólares, entonces para el primer supuesto escenario sería una cuantía de 469,782.00, toda cuantía que supere esta cantidad se tramitará por el proceso de licitación, y para el segundo supuesto de ejecución de obras sería una cuantía que supere los \$ 939,564.00.



La formulación del problema

La problemática reside en las causales de terminación unilateral, pues su especificidad no es de conformidad con el principio constitucional de “interés público”, la subjetividad de interpretación de las mismas tienen hacia una heterogeneidad de criterios de las diferentes autoridades de la administración pública.

Objeto de estudio

Derecho Administrativo.

Campo de acción

Contratación Pública.

Derecho Civil.

Derecho Procesal Civil

Derecho Procesal Administrativo

Línea de investigación de la carrera

Derecho Procesal.

OBJETIVOS. -

Objetivos generales

Establecer los parámetros que deben tomar las instituciones públicas para evitar transgredir el interés público en la terminación unilateral de los contratos.

Objetivos específicos

- Proponer soluciones ante las controversias surgidas por la terminación unilateral de los contratos públicos licitatorios.
- Especificar el proceso licitatorio desde la fase preparatoria hasta la terminación por las diferentes causales.



- Sugerir cambios de reforma normativa en la LOSNCP y su reglamento en razón de la terminación unilateral de los contratos públicos.
- Proponer especificidad normativa en la LOSNCP y su reglamento, respecto de las causales de terminación unilateral.

Tipo de investigación

El tipo de investigación del presente trabajo será de carácter cualitativo ya que dicho análisis se basará en doctrina, ley y jurisprudencia. Será explorar, analizar y describir las consecuencias jurídicas de la terminación unilateral de los contratos licitatorios.

La presente investigación tiene un enfoque cualitativo. La investigación cualitativa se basa en la comparación y la observación de los datos y su análisis para comprender la manera que piensan o actúan los actores sociales mas no en una determinación numérica de resultados su análisis es más abstracto, es así que se toma en cuenta la definición que dan los investigadores en su libro Metodología de la investigación.

Para los investigadores la investigación cualitativa “Utiliza la recolección de datos sin medición numérica para descubrir o armar preguntas de investigación en el proceso de interpretación”.

Debido a ello en la presente investigación se ha sometido también a este tipo de investigación ya que no solamente de una investigación objetiva se pude obtener resultados, también se lo pude hacer de lo subjetivo de lo pragmático de lo que piensan los que intervienen en este proyecto, es decir se hará el estudio de un caso en específico en donde han surgido controversia por la prerrogativa de la administración pública de dar por terminado anticipadamente un contrato licitatorio.

Además, en torno al tipo de investigación considerando el enfoque cualitativo, es de tipo descriptivo, la misma que se enfoca en el propósito de describir las características, propiedades, de una situación o problema determinando sus particularidades y rasgos diferenciadores, es así que:



Según este tipo de investigación busca “Especificar propiedades, características y rasgos importantes de cualquier fenómeno que se analice. Describe tendencias de un grupo o población”

De ahí que es permitente mencionar que en la investigación presente se realizó una descripción muy precisa de las situaciones, problemas y demás situaciones presentes en la terminación unilateral de los contratos licitatorios, pues se podrá ver de manera despejada la tendencia de la administración pública, esto a través de sus ministerios o dependencias.

La particularidad de esto es que cada administración tiene su propia tendencia, por lo tanto, lo que se quiere en este trabajo de titulación es establecer que la única tendencia a seguir es la del interés público.

Como también tiene un enfoque explicativo ya que ofrecen un primer acercamiento al problema que se pretende estudiar y conocer.

La investigación de tipo exploratoria se realiza para conocer el tema que se abordará, lo que nos permita “familiarizarnos” con algo que hasta el momento desconocíamos

Los resultados de este tipo de investigación nos dan un panorama o conocimiento superficial del tema, pero es el primer paso inevitable para cualquier tipo de investigación posterior que se quiera llevar a cabo.

Con este tipo de investigación o bien se obtiene la información inicial para continuar con una investigación más rigurosa, o bien se deja planteada y formulada una hipótesis (que se podrá retomar para nuevas investigaciones, o no).



MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

Antes de entablar una disertación sobre la licitación pública, se hace necesario comenzar por la administración pública, la cual, al ser una de las actividades del Estado, es necesario para su estudio, conocer en forma sumaria la “Teoría del Estado”.

“El Estado institucionalizado constituye la culminación de un proceso que se inicia en la principales ciudades italianas durante el siglo XV, donde aparece la expresión *lo stato* para designar en general a toda organización jurídico política y a su forma de gobierno.” (Cárdenas, 2001, pág. 2) Todo esto independiente de que sea un “Estado” donde exista una soberanía de monarcas o una democracia republicana.

Esto fue el punto de partida para que luego de cinco siglos llegue uno de los padres del derecho positivo a definir de una manera más jurídica al “Estado”. El autor checo Hans Kelsen definió al Estado como; “El orden de la conducta humana que llamamos orden jurídico, el orden hacia el cual se orienta ciertas acciones del hombre, o la idea a la cual los individuos ciñen su comportamiento...” (Kelsen, 1949, pág. 199)

Con tales especificaciones de cómo se inicia la institucionalización del estado, se puede comenzar a disertar como lo conciben los estudiosos del derecho administrativo, es así que Manuel María Díez lo define de la siguiente manera jurídica – sociológica, “es la unidad política y jurídica permanente constituida por un conglomerado humano que forma, sobre un territorio común, un grupo independiente y sometida a una autoridad suprema.” Además, lo define como “un ente abstracto social estructurado en forma de corporación, cuya actividad se realiza en interés de la colectividad que lo integra.” (Díez, 1963, pág. 8 y 9) Ahora, nos surge la averiguación de la personalidad del estado, es así que la teoría más acertada es la doctrina francesa, en el marco de la personificación de la nación, esta teoría se vincula estrechamente con la personalidad del Estado.

En ese sentido, la doctrina francesa erigió a la nación como persona moral y al Estado como personificación jurídica de la nación. Esto explicado por Mario Cardenas Ordoñez de la siguiente manera “esta teoría existe una dualidad de personas, una nación y otra el estado. La nación es el sujeto originario de la soberanía que da vida al ente estatal, ya que la Estado



aparece cuando la nación ha constituido uno o varios órganos de representación, a cargo de un hombre o de una colectividad, para formar y expresar su voluntad, existiendo, por lo tanto, un verdadero contrato de mandato, dado por toda la nación.” (Cárdenas, 2001, pág. 22)

Ya entendido el estado; hago énfasis en las formas de expresión del Estado, las cuales están en la legislación que regula la relación entre el estado y los administrados. Por excelencia la forma más frecuente de expresión del estado es el acto administrativo, que por el estudioso del derecho Roberto Dromi es definido de la siguiente manera: “el acto administrativo es una declaración unilateral efectuada en el ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa.” (Dromi, 2015, pág. 439) Por su lado el profesor español Eduardo García de Enterría, explica que es: “Toda la actividad de la administración que cause repercusiones en los administrados o contratistas debe ser mediante acto administrativo, este precisado por el afanoso profesor Eduardo García de Enterría como: “la declaración de la voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria.” (García de Enterría, 2013, pág. 591)

El Estado se expresa también de las siguientes maneras: acto de simple administración, el cual se podría definir como “todo declaración unilateral de la voluntad, interna o entre órganos de la administración, son generalmente actos de trámite”; (Aguilar & Chiriboga, 2018, pág. 104) El acto normativo que es definido como: “la potestad reglamentaria del Presidente (Reglamentos de ejecución). Invoca la competencia normativa de carácter administrativa (regular asuntos internos de la administración)”. (Aguilar & Chiriboga, 2018, pág. 107) Y el que será de análisis en el desarrollo del trabajo de grado es el contrato administrativo, que de igual manera citando a Dromi, lo define así: “Es la figura valiosa para la consecución del bienestar general, también se afirma que es toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa.” (Dromi, 2015, pág. 577) Un criterio casi parecido es del uruguayo Sayagues Laso, quien habla sobre el contrato administrativo apegado al servicio público; él se apoya en el objetivo pues dice: “existirá un contrato administrativo cuando el



fin es el servicio público o más ampliamente la utilidad pública.” (Sayagues Laso, 2002, pág. 526)

Lo que es importante señalar en este punto, es la connotación jurídica que tiene los contratos administrativos al ser entre el Estado y un particular, es decir: “es Estado realiza un acto jurídico bilateral, que solo incluye a la entidad pública o municipal y a una persona de derecho privado.” (Guerrero Celi, 2019, pág. 219)

Un general en los proceso de contratación donde se maneja cuantías amplias, es la comisión técnica, “órgano encargado de tramitar todas las diligencias inherentes a la etapa precontractual, siendo la más importante el análisis y evaluación de las ofertas presentadas dentro del proceso de contratación pública, para considerar la mejor oferta y hacer conocer a la máxima autoridad, recomendando la adjudicación o la declaratoria de desierto.” (Dávila, 2018, pág. 110) Esta comisión, está integrada por expertos en diferentes áreas afines al objeto de contratación, es importante su criterio para la adjudicación, por lo cual deben manejar con objetividad las opciones de contratación, este tema será objeto de análisis dentro del marco de la licitación.

Dentro de la contratación, existen varios tipos de contratos que se diferencian por la ejecución de una actividad y por la cuantía, sin embargo todos propenden a un bienestar común o también llamado interés publico, este definido por Dromi como: “la *ratio essendi* del estado, causa orientada la existencia estatal, es público porque el estado debe procurar un bien social, compartido y distribuido entre todos los miembros del Estado, de acuerdo con las aptitudes y condiciones de cada uno.”, (Dromi, 2015, pág. 604) no siempre es percibido como transparente y eficaz, sino que al contrario le genera un problema jurídico al Estado, temas que serán de análisis en el desarrollo del presente trabajo de grado.

Es así que nos adentramos al proceso madre de la contratación, “La Licitación”, para algunos tratadistas licitar en un sentido etimológico es sinónimo de subastar, y este término viene de los árabes, cuando vendían sub-hasta: bajo el asta o la lanza para significar que nada se ocultaba y que nadie podría sospechar o criticar el contrato o negocio.



La licitación, para uno de los padres del derecho administrativo Roberto José Dromi “es un procedimiento mediante el cual la administración invita a una cantidad indeterminada de posibles interesados a que, sujetándose a las bases fijadas en los pliegos de bases y condiciones, formule propuestas de las cuales se seleccionara y aceptara la más ventajosa para el interés general, de conformidad con los factores económicos.” (Dromi, 2015, pág. 615) De manera general constituye un procedimiento precontractual reglado, mediante el cual la administración pública adjudica un contrato a quien estuviera en capacidad para realizarlo, sujetándose a los documentos precontractuales o también llamados “Pliegos”, que son definidos por el entendido en contratación pública Mario Cardenas Ordoñez, como: “un documento fundamental, en los que se establecen las obligaciones generales, específicas y técnicas de las partes contratantes.” (Cárdenas, 2001, pág. 85), así mismo por el estudioso del derecho administrativo Enrique Sayagues Laso, lo define como: “el conjunto de cláusulas redactadas por la administración, especificando el suministro, obra o servicio que se licitan estableciendo las condiciones del contrato a celebrar y terminando el trámite a seguir en el procedimiento de licitación, las cláusulas del pliego son la fuente principal de los derechos y obligaciones de la administración y de los proponentes, así como del resulte contratante.” (Sayagues Laso, 2002, pág. 535)

Hay que tomar en consideración los fallos de la Corte Nacional de Justicia, entendido como el ente encargado de resolver los errores que hayan incurrido los jueces de los tribunales distritales, la jurisprudencia debe ser entendida según Agustín Gordillo “como las interpretaciones reiteradamente concordantes del orden jurídico positivo hechas por órganos jurisdiccionales”. (Gordillo, 2003, pág. 415) Estas decisiones deben tomarse como referente para casos análogos que se den en lo posterior y deben ser aplicados por todos los jueces, pues de esa manera crean una linealidad en la justicia ecuatoriana.

Lo que se analizara con énfasis es la terminación unilateral de los contratos, puesto que aquí es donde existe una gran problemática; se ha tomado el procedimiento de licitación como estudio porque al ser el procedimiento madre de la contratación, nos puede dar una visión más clara de las problemáticas que se suscitan en procesos de contratación en donde las



**UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CUENCA**
COMUNIDAD EDUCATIVA AL SERVICIO DEL PUEBLO

cuantías con altas, y al ser altas se requieren varios parámetros para que no exista un perjuicio al interés del estado.

Hipótesis

¿La prerrogativa de la administración pública para dar por terminado unilateralmente los contratos públicos, está debidamente normada en la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Contratación Pública para tutelar el interés general del estado Ecuatoriano?



Métodos a utilizar.

Etapas de Investigación	Métodos			Técnicas	Resultados
	Empíricos	Teóricos	Matemáticos		
Fundamentación teórica		Analítico-Sintético		Revisión bibliográfica y base de datos científica.	Bases teóricas de la investigación
Diagnostico Situacional	Recolección de información		Pruebas de hipótesis	Criterios de expertos.	Informe sobre el estado actual del problema
Propuesta		Inductivo-Deductivo			Propuesta de soluciones al problema y los resultados que se esperan con la ejecución de esta.

Población y muestra

No aplica, en razón de que la investigación tiene un carácter de análisis normativo, doctrinal y experimental de acuerdo a los criterios del Tribunal distrital 3 de lo Contencioso Administrativo de la ciudad de Cuenca y la jurisprudencia de la Sala especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia



Cronograma de Actividades																													
Actividad		Mes 1				Mes 2				Mes 3				Mes 4				Mes 5				Mes 6				Mes 7-8			
1	Revisión y selección de información bibliográfica de las teorías y conceptos																												
2	Elaboración de la fundamentación teórica																												
3	Elaboración de los instrumentos para la recolección de información																												
4	Validación de los instrumentos de recolección de información																												
5	Aplicación de los instrumentos de recolección de información																												
6	Procesamiento y análisis de la información																												
7	Elaboración del Informe de diagnóstico de la investigación																												
8	Presentación del informe final en la Secretaría de la Unidad Académica																												

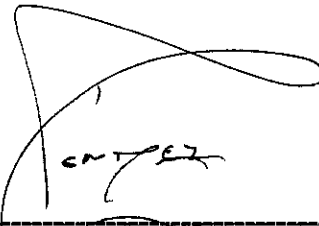


Bibliografía

- Aguilar, J. P., & Chiriboga, V. (2018). *Estudios sobre del Código Orgánico Administrativo*. Quito - Ecuador: Editorial jurídica Cevallos.
- Cárdenas, M. E. (2001). *LA FORMALIZACION DE LOS CONTRATOS EN LA LEY DE CONTRATACION PUBLICA*. Cuenca: Universidad del Azuay.
- Dávila, P. O. (2018). *LA COMISION TECNICA Y LA ETAPA PRECONTRACTUAL EN LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA*. Quito - Ecuador: Editorial jurídica Cevallos.
- Diez, M. M. (1963). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editorial Bibliografica OMEBA.
- Dromi, J. R. (2015). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina - Buenos Aires.
- García de Enterría, E. (2013). *Curso de Derecho Administrativo, Tomo I*. Madrid: CIVITAS.
- Gordillo, A. (2003). *TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO*. Madrid - España: Lima ARA.
- Guerrero Celi, F. (2019). *Nueva Visión del Derecho Administrativo*. Quito - Ecuador: Editorial jurídica Cevallos.
- Kelsen, H. (1949). *TEORIA GENERAL DEL DERECHO Y DEL ESTADO*. Mexico DF: Editorial Imprenta Universitaria Mexico - Traducción de Eduardo Garcia Maynez.
- Sayagues Laso, E. (2002). *TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO*. Montevideo - Uruguay : Fundación de cultura universitaria.



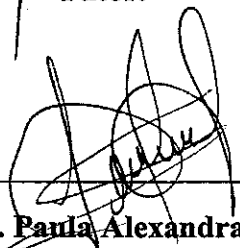
Cuenca, 24 de junio de 2019


Francisco Xavier Méndez Ochoa.

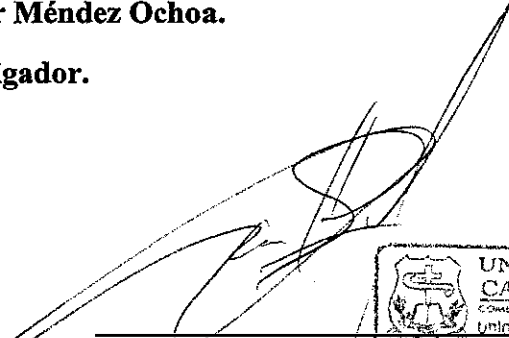
Investigador.


Dr. Gonzalo Urgiles León.

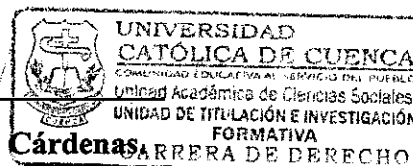
Tutor.

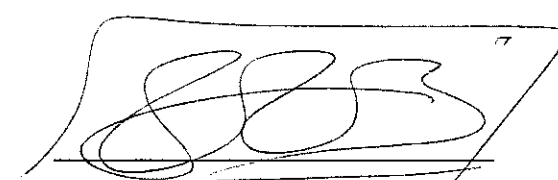

Dra. Paula Alexandra Veloz.

Redacción científica.


Dra. Paola Vallejo Cárdenas.

Área de titulación




Dr. Agustín Borja Pozo.

Metodología de la investigación.

Fecha: _____

Aprobado en sesión del H. Consejo Directivo de fecha:

Asesor Jurídico

Unidad Académica de Ciencias Sociales, Periodismo, información y Derecho