

Universidad San Francisco de Quito

Colegio de Jurisprudencia

La Naturaleza de los Contratos Administrativos

Énfasis en la disposición general primera de la Ley Orgánica de Empresas

Públicas.

Angie Montenegro Pozo

Tesina de grado como requisito para la obtención de título de abogado

Director:

Dr. Pablo Sánchez Urbina

Quito, 30 de Octubre de 2012

Acta de Grado

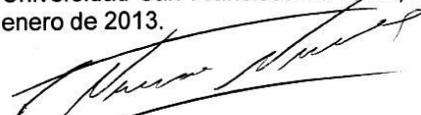
En la Universidad San Francisco de Quito, Colegio de Jurisprudencia, tuvo lugar la Defensa Oral del Ensayo Jurídico intitulado "La Naturaleza de los Contratos Administrativos", presentado por la estudiante, señorita Angie Paola Montenegro Pozo previo a la obtención del título de Abogada.

Para tal efecto, el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, conformó el Tribunal de Grado, con los siguientes profesores:

Señor Doctor Marco Morales, Presidente del Tribunal e Informante del Ensayo Jurídico;
Señor Doctor Pablo Sánchez, Director del Ensayo Jurídico;
Señor Doctor Juan Pablo Aguilar, Delegado del Decano e Informante del Ensayo Jurídico.

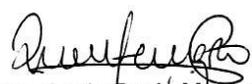
El Tribunal, después de haber examinado a la estudiante por espacio de una hora, le asignó a la Defensa Oral la calificación de 77.33/100, la que promediada con la obtenida en el trabajo escrito de 90.5/100, da la nota final de Grado de 83.91/100, equivalente a "B" la que se promediará con las notas obtenidas durante la carrera.

Para constancia firman el presente instrumento, en el Campus de Cumbayá de la Universidad San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, el día de hoy, lunes 14 de enero de 2013.


Dr. Marco Morales
Presidente del Tribunal


Dr. Juan Pablo Aguilar
Delegado del Decano


Dr. Pablo Sánchez
Director del Ensayo Jurídico


Srta. Angie Paola Montenegro Pozo

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

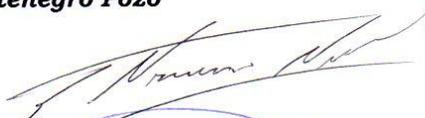
Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

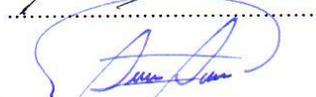
“La Naturaleza de los Contratos Administrativos”

Angie Paola Montenegro Pozo

Dr. Marco Morales
Presidente del Tribunal e Informante



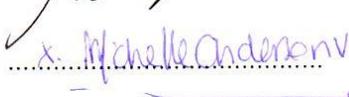
Dr. Pablo Sánchez
Director de Tesis



Dr. Juan Pablo Aguilar
Delegado del Decano e Informante



Dr. Luis Parraguez
Decano del Colegio de Jurisprudencia



Quito, 14 de Enero de 2013

© DERECHOS DE AUTOR

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

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

Firma:



Nombre: ANGIE PAOLA MONTENEGRO POTO

C. I.: 172164454 -8

Fecha: 14 ENERO 2018

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

EVALUACION DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO TESINA

TESINA/TITULO La Naturaleza de los Contratos Administrativos con énfasis en la disposición general primera de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

ALUMNO Angie Paola Montenegro Pozo

E VALUACIÓN:

a) Importancia del problema presentado.

El problema presentado es de importancia para el estudio y aplicación de los procedimientos y forma de los contratos que suscriban las Empresa Públicas. La redacción de la disposición general primera de la Ley Orgánica de Empresas Públicas determina la naturaleza de los contratos que éstas suscriben y puede presentarse confusión con las normas establecidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.

La hipótesis planteada por el investigador es de trascendencia porque ayuda y contribuye a determinar la naturaleza jurídica de los contratos que suscriben las empresas públicas, lo cual ayuda a definir las normas jurídicas adecuadas de aplicación para éstas. Adicionalmente, contribuyen en el análisis de los contratos de la administración y los contratos administrativos.

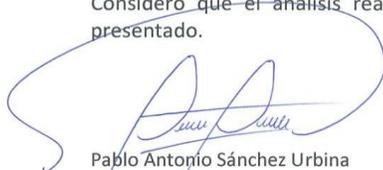
c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.

Los documentos y materiales empleados en la investigación son suficientes, tomando en cuenta que las normas que rigen tanto a las empresas públicas como la contratación de las entidades estatales, son relativamente nuevas. Se ha analizado la ley, doctrina reconocida, jurisprudencia y se ha hecho un análisis de derecho comparado.

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

El contenido argumentativo de la tesina plantea un análisis del origen de los contratos que suscribe la administración pública, realiza un análisis de los elementos del contrato, hace énfasis en la determinación de la naturaleza jurídica de los contratos que pueden suscribir las empresas públicas, frente a los contratos que suscribe el resto de la administración pública.

Considero que el análisis realizado permite justificar la hipótesis planteada en el trabajo presentado.



Pablo Antonio Sánchez Urbina
FIRMA DIRECTOR:

Agradecimientos

A mi familia por ser el pilar fundamental en todo lo que soy, en mi educación académica, como y vivencias, por su motivación y apoyo incondicional. Porque confiaron en mi, dándome ejemplos dignos de superación y entrega, porque en gran parte gracias a ustedes, hoy puedo ver alcanzada mi meta.

Especialmente a mi hermano quien con su característica forma de ser me ha brindado la fuerza necesaria para continuar y me ha impulsado a superarme día a día.

A mis maestros quienes me han impartido sus conocimientos para culminar mis estudios profesionales, en especial a mi director de tesina quien me ha brindado su tiempo y apoyo.

A todos mis amigos quienes me han acompañado a lo largo de esta nueva etapa y me ayudaron a que este gran esfuerzo se convirtiera en realidad.

A Isabel quien está compartiendo la misma experiencia.

Todo este trabajo ha sido posible gracias a ellos.

Resumen

Dentro de las Instituciones del Derecho Administrativo, la contratación viene alcanzando un notable avance doctrinario y jurisprudencial a causa del crecimiento de las necesidades colectivas y el requerimiento de suplir esas nuevas necesidades. Por lo mismo, la administración pública ha encontrado dos ámbitos de actuación contractual tanto en el régimen administrativo como en el privado. La naturaleza del contrato administrativo ha sido una cuestión bastante polémica desde hace décadas, por lo mismo, ha sido objeto de estudio por una multiplicidad de tratadistas tanto nacionales como extranjeros, quienes acompañados de la legislación le han ido dando claridad a la contratación administrativa, otorgándole una posición de naturaleza única y singular.

Dentro del concepto del contrato administrativo, encontramos varios elementos que lo caracterizan, elementos como el subjetivo, la existencia de potestad de imperio, la finalidad, la causa, el elemento objetivo y la legislación aplicable. Los mismos que se han postulado de acuerdo a diversos criterios doctrinales y que actúan como diferenciadores con el ámbito privado. Aquellos que doctrinaria y legislativamente serán clarificados y explicados a lo largo de la presente tesina.

Abstract

Inside the Institutions of the Administrative law, the contracting shield is reaching a well-known doctrinaire and jurisprudential advance because of the growth of collective needs and the requirement of replacing those new needs. For the same thing, the public administration has found two areas of contractual action, in the administrative regime and in the private one. The nature of the administrative contract has been a polemic debate for decades, and has been an object of study for national and international law specialists, who have been giving clarity to the administrative contracting, granting him a position of different and singular nature.

Inside the concept of the administrative contract, we find several elements that characterize it, elements as the subjective one, the existence of state prerogatives and legal authority, the purpose, the reason, the objective element and the applicable law. The same ones that have been postulated in agreement to diverse doctrinal criteria and that act to differentiate the contracts of the private sphere. Those that will be clarified and explained along the present tesina.

Índice

Introducción	9
--------------------	---

CAPITULO 1

Conceptos Generales

1. Reseña Histórica de la Administración Pública	14
2. Fundamentos de las Actuaciones administrativas	15
3. Las Actuaciones Administrativas	17
4. Principios de la Actuación de la Administración Pública	18
5. Principios Contractuales	21
6. Los contratos Administrativos	23
A. Conceptos	
B. Naturaleza elementos y características del Contrato Administrativo	
C. Los efectos del contrato administrativo	
i. Desigualdad jurídica de las partes	
ii. La compensación de los desequilibrios en la ejecución de los contratos administrativos	
iii. La exceptio non adimpleti contractus	
D. Vicios del contrato administrativo	
E. Principios de ejecución contractual administrativa	

CAPITULO 2

El Contrato Administrativo

1. Teorías de la distinción de la naturaleza contractual	47
I) Teorías que niegan la existencia de los contratos administrativos	
II) Teorías que aceptan a los contratos administrativos como categoría	
2. La gradación de los diversos contratos de la Administración	56
3. ¿Existen contratos propiamente dichos como especie o categoría de contratos de derecho público?	59
4. Teorías para distinguir los contratos administrativos e Interés práctico de la distinción	60
5. La evolución del contrato privado de la Administración	67

6.	Consecuencias de la distinción entre los contratos administrativos y los contratos privados	71
7.	Ejecución y cumplimiento de los contratos administrativos	73
	I) Las sanciones administrativas en el ámbito contractual	
	II) La extinción de los contratos administrativos	

CAPITULO 3

La figura del contrato administrativo en la Legislación y Jurisprudencia

1.	Aproximación a la construcción del contrato administrativo Análisis de la legislación comparada	86
2.	La Contratación Publica en el Ecuador	92
	a) Evolución del régimen jurídico de la Administración Pública en el Ecuador	
	b) El crecimiento del sector público y su contratación	
	c) Inserción del Estado en la contratación y antecedentes de la contratación pública ecuatoriana.	
	d) Legislación y jurisprudencia de la contratación pública ecuatoriana	
3.	Empresas Públicas	106
	a) Concepto y evolución	
	b) Enfoque a la Ley Orgánica de Empresas Públicas	
4.	Énfasis en la Disposición General Primera de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.....	115
4.	A modo de recapitulación: Esquema de contratación privada y de la contratación pública	125
	Conclusiones	126
	Bibliografía	131

INTRODUCCIÓN

“Si bien el actuar administrativo tiene por finalidad el bien común, es en la actividad administrativa contractual donde se evidencia y con mayor fuerza la finalidad del interés general”.¹ La función administrativa, es una de las vías de actuación jurídica conjuntamente con la ejecutiva, la legislativa y la judicial, para que mediante el ejercicio de sus funciones la sociedad pueda alcanzar sus fines. Es la actividad que tiene por objeto la gestión y servicio en función del interés público como ejecución de los fines estatales, mediante la expedición de actos administrativos, actos de la administración, y el objeto de esta tesina, los contratos administrativos.

Dentro de las Instituciones del Derecho Administrativo, el contrato administrativo viene alcanzando un notable avance doctrinario y jurisprudencial a causa del crecimiento de las necesidades colectivas, el requerimiento de suplir esas nuevas necesidades, la aparición de nuevas tecnologías, así como la evolución de la Idea de colaboración de los sujetos privados a la administración pública, quienes asumen cargas y obligaciones que no siempre encajan en los moldes del derecho privado.

En este marco, las instituciones y técnicas de la contratación administrativa acompañan siempre la evolución de los fines del Estado en relación al interés público, el cuál se conforma y desarrolla paulatinamente según el destino histórico de cada comunidad, variando de Estado a Estado. La contratación del Estado con los particulares es hoy por hoy una actividad corriente y de gran envergadura en todos los países.

La actualidad en el Ecuador, viene ofreciendo ejemplos de que la contratación pública no es una cuestión que deba resultar ajena al ciudadano común, pues se halla muy presente en los asuntos cotidianos, más de lo que en principio puede parecer y además, tiene una gran importancia en virtud a que moviliza elevadas cuantías de fondos públicos. Por ello, resulta conveniente revisar el fundamento teórico práctico de la regulación de la

¹ José Roberto Dromi. *Licitación Pública, Administración y Contratación*. Imprenta Paresco. Argentina, 1999. p. 23

contratación administrativa y sus principales características, con la finalidad de dilucidar su naturaleza.

Una de las instituciones claves del Derecho Administrativo en Latinoamérica es, a no dudarlo, la del contrato administrativo, no obstante, a pesar de los intentos que se han efectuado en el país para regular y unificar la contratación administrativa, podemos todavía caer en discusiones doctrinarias con diferentes puntos de vista, las mismas que se han venido discutiendo a través de los tiempos.

Se admite, como principio general, que la Administración para cumplir los cometidos que le son propios, puede celebrar contratos tanto con otros órganos del Poder Público como con los particulares. En relación a los últimos, se acepta que la administración pueda celebrar dos clases de contratos: unos, sometidos a Derecho Administrativo; y los otros, regidos por el Derecho Común.

Los primeros, equivalen al concepto de contrato administrativo que aparece en la teoría que concibe a la Administración obrando en sujeción al Derecho Público, caracterizados principalmente por su objeto, puesto que se fundamenta a base de un interés público en sentido amplio y, además, por su contenido formal a través de las llamadas cláusulas exorbitantes que derivan precisamente de la potestad única del derecho administrativo, entre otros elementos que caracterizan a este contrato como tal, el cual adquiere de esa manera sustantividad propia respecto del contrato informado por el Derecho Privado.

De esta teoría procede la dualidad de contratos que puede celebrar la Administración y, por consecuencia, la dualidad de normativa a la que ésta se somete: contratos administrativos regidos por el Derecho Administrativo y sometidos al control de la jurisdicción contencioso-administrativa; además, contratos de derecho común que se encuentran sometidos al Derecho Privado. Dualidad de actuación contractual que tiende a justificarse, como quedará expuesto, en el objeto perseguido: el servicio o utilidad pública, entendido en su acepción más amplia posible. De allí por tanto, que no todo contrato celebrado por la Administración es contrato administrativo; sin embargo, para que exista

contrato administrativo ha de actuar, siempre, una Administración, entidad o empresa pública.

Sin embargo, como todo en derecho, la concepción del contrato administrativo tiene varias perspectivas, por lo mismo, hay diversas posiciones o enfoques respecto al alcance, existencia y naturaleza del modelo contractual, en donde la figura de las entidades públicas o de la Administración está presente. Para poder dilucidar el posicionamiento de esta figura contractual se debe partir de los conceptos bases y doctrinarios, para continuar con la evolución de los mismos y finalmente ubicarlos a la legislación y práctica administrativa.

Es así, que a lo largo de esta tesina se diferenciará al contrato administrativo de los demás contratos, ubicándolo en una categoría contractual distinta, en observancia a sus elementos y peculiares consideraciones. Adicionalmente, se analizará la legislación aplicable a la contratación administrativa expandiendo los argumentos teóricos a la práctica actual.

Para comenzar el estudio, en el primer capítulo, se abarcarán los fundamentos para la contratación administrativa, es decir los conceptos generales. Para comprender el tema empezaremos por las actuaciones administrativas, de donde surge este mecanismo contractual objeto central de la tesina. Posteriormente, se tratarán los principios de la contratación pública. En este orden de Ideas, partimos de los elementos o características de los contratos administrativos con la finalidad de encontrar su respectiva naturaleza y efectos de sus propias tipologías, incluyendo su ejecución.

Una vez introducido el tema, nos inmiscuimos más a fondo en lo que implica el contrato administrativo, llegándolo a comparar con el de Derecho Común, en este capítulo el propósito es abarcar todas las posturas doctrinarias que sean posibles, de tal forma que se pueda contraer un criterio amplio en base a todas las tesis existentes.

Lo mencionado, en virtud a que han surgido desde hace varias décadas, posturas negatorias de la categoría diferenciada de los contratos administrativos con principal base

en la no configuración de un contrato, ya que no existe un plano de igualdad entre las partes, ni autonomía de la voluntad, adicionalmente, se encuentra restringida la aptitud negociadora de las partes, en sentido de supremacía de los fines de interés público que persigue este tipo de contratación.

Por otra parte, la postura antes mencionada, ha sido cuestionada por varios tratadistas quienes sostienen que la figura del contrato administrativo resulta útil tanto para encuadrar los poderes jurídicos de la administración, como para garantizar la eficiencia y propósitos derivados del ejercicio de las potestades públicas. No obstante, más allá de las corrientes contrapuestas sobre la existencia o utilidad de los contratos administrativos y las posturas que los reconocen como tal, en este capítulo se estudiarán las teorías para distinguir la naturaleza del contrato administrativo en comparación con el contrato privado, sin dejar de lado las consecuencias de la distinción.

Finalmente, una vez analizados los puntos de vista doctrinarios para establecer al contrato administrativo, se considera necesaria la aplicación de esos conceptos teóricos, en el ámbito legislativo y jurisprudencial, ampliando el espectro de estudio a otros países donde ha evolucionado la contratación administrativa en sentido similar a la ecuatoriana. Más adelante, consideraremos el desarrollo del régimen jurídico de la Administración Pública, el sector público y su crecimiento en la contratación administrativa en el Ecuador.

En el mismo capítulo, se tomará en consideración a las empresas públicas por ser instituciones de Derecho Administrativo en razón a su manejo de fondos públicos, y además, en virtud a que esta normativa hace una calificación legislativa exclusivamente a los contratos de obra pública e infraestructura como de naturaleza administrativa. Por lo cual, se buscará mediante la aplicación de la doctrina que caracteriza a los contratos administrativos y a la finalidad de las empresas públicas, la razón de ser de esta disposición, para complementarla y reformarla con la finalidad de evitar multiplicidad de interpretaciones o aparentes contradicciones legales. Con el objetivo de analizar la naturaleza de los contratos que las empresas públicas manejan, también se estudiará su evolución, doctrina y legislación aplicable.

En consecuencia, se llegará a la conclusión de cuál es la finalidad y qué clase de contratos puede celebrar la administración y las empresas públicas, conjuntamente con la naturaleza de tales relaciones contractuales.

LA NATURALEZA DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

CAPITULO 1

CONCEPTOS GENERALES

1. Reseña histórica de la Administración Pública

La administración, es el factor central en toda actividad social, esencial para su continuidad, por lo tanto, en el ámbito gubernamental se crea la administración pública donde las funciones deben ser compartidas o delegadas. De tal forma, siglos atrás, surgen los primeros administradores para desempeñar sus funciones bajo la dirección del líder, “pero tarde o temprano se requerirá la participación de otros elementos, surgiendo la primera clase de administrador en la que pueden distinguirse los primeros funcionarios públicos”.²

Las actuales concepciones administrativas son el resultado obtenido de un proceso iniciado en los inicios de la humanidad que ha venido evolucionando y adquiriendo sus propios perfiles o características a través de diferentes épocas y etapas. Este proceso administrativo, se inició como un hecho necesario cuando dos individuos tuvieron que coordinar sus esfuerzos y, fue evolucionando hasta convertirse en una administración pública planificada, que permite alcanzar objetivos con los menores esfuerzos posibles y con las mayores satisfacciones para los individuos a raíz de una organización funcional de los poderes del Estado.

La historia del pensamiento administrativo es muy antigua, nace con el hombre mismo, puesto que en todo tiempo ha habido necesidad de coordinar actividades, de tomar decisiones y de ejecutarlas, de ahí que en la administración antigua se encuentran muchos de los fundamentos administrativos de la actualidad.

² E.N Gladen. *Una historia de la Administración Pública*. México : Fondo de Cultura Económica, 1989. p.17.

La mayoría de los esbozos jurídicos vienen de herencia del Imperio Romano, donde el ámbito administrativo estuvo caracterizado de un notorio centralismo el cual se fue debilitando considerablemente, por lo mismo, en la Edad Media hubo una descentralización del gobierno, una notable evolución de las Ideas administrativas y se consolidaron las instituciones públicas.

El Estado, como concepto, tiene como elemento constitutivo básico una población que haya pactado y mantenga la voluntad jurídica de habitar en un territorio definido, bajo una forma de gobierno convenida de manera colectiva. A su vez, toda forma de gobierno presupone igualmente la existencia de una instancia, órgano o Poder encargado de satisfacer las necesidades colectivas, adoptando las decisiones políticas en beneficio del interés general.³

En consecuencia, el derecho público provino del poder de total supremacía que exclusivamente detentaba el Estado, en oposición a “las normas de derecho privado que nacían por la voluntad libre y creadora de los particulares”⁴. Lo que quiere decir que en un inicio se trataban de dos polos opuestos, uno en relación a la creación normativa autocrática del poder y el otro, en cuanto a la libertad autónoma del individuo. No obstante, ha ido evolucionando para que de manera contemporánea, la función administrativa por medio de su organización, garantice la realización de sus cometidos a través de su carácter ejecutorio en función del interés público de los administrados.

2. Fundamentos de las Actuaciones administrativas

En el pasado, las actuaciones administrativas se encontraban en extremo extendidas, las potestades de supremacía se consideraban otorgadas al Estado por su carácter de soberano sin mayor restricción, en consecuencia sólo podían

³ Alejandro Castillo. *Génesis y evolución de la Administración Pública en México*. México : Instituto de Administración Pública de Michoacán, 2001. p.12

⁴ Bartolomé Fiorini. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1995.p.19

establecerse relaciones jurídicas con los particulares a través de una relación de poder o de *imperium*⁵ entre el Estado y sus súbditos.⁶

Posteriormente, mientras va pasando el tiempo se empieza a establecer una relación jurídico administrativa, con un punto de vista distinto al manejado en el pasado, en virtud a que se descubre la esencia de la relación administración-administrado, la misma que refiere al reconocimiento y por consiguiente tutela de los derechos públicos, limitando el poder arbitrario, convirtiendo al Estado es garantista del interés público.⁷ Por lo mismo, el Estado en quien debe respetar y establecer mecanismos de relación con los particulares, otorgando la posibilidad de despliegue tanto de las potestades estatales como de las facultades o derechos de los administrados.

Sin embargo, a pesar de que la administración ha ido evolucionando y su poder tanto como la supremacía se le han ido limitando, el Estado, sigue teniendo como facultades ciertas prerrogativas propias, es decir, varios beneficios que la administración posee debido a su calidad garantista de derechos frente a los particulares.

La administración para relacionarse con los administrados, va a conservar siempre diversos elementos básicos y concurrentes, los mismos que se analizarán a continuación.

En primer lugar, el elemento subjetivo, en el cual se manifiestan dos sujetos, uno activo y uno pasivo. En términos generales, el sujeto activo es quien actúa o ejecuta la conducta, mientras que el pasivo es aquel sobre el cual recae la conducta. En todas las relaciones de naturaleza administrativa, uno de los sujetos

⁵ Imperium: es un término latino (*imperium*) que se traduce como “dominio” y cuyo significado moderno es poder público. Se trataba de la facultad y el derecho reconocido a una persona (dictador) o un conjunto de ellas, para ejercer con autoridad el poder. Rudolph von Ihering. *La lucha por el Derecho*. Buenos Aires : Valleta Ediciones, 2da Edición 2004. p. 20

⁶ Rafael Entrena Cuesta. *Curso de Derecho Administrativo*. Barcelona, 1998. p. 151

⁷ *Ibíd.*

debe necesariamente ser la Administración o una institución pública, la cual puede actuar como sujeto activo o pasivo, dependiendo de la actividad que desempeñe, mientras que el otro sujeto parte de la relación administrativa podrá ser un particular o un ente público.⁸

En segundo lugar, el otro de los elementos es el objeto de la relación jurídico administrativa, cuyo contenido son o pueden ser una serie de derechos y obligaciones que dependerán de las diferentes actuaciones administrativas, y que corresponden a los sujetos que en éstas actuaciones intervienen.

Finalmente, el último elemento constante y presente en todas las actuaciones administrativas que estamos a punto de analizar es la relación social o la supremacía del interés público, que es el soporte de la relación jurídica administrativa, la cual adquiere esta naturaleza por la intervención de la administración pública.⁹

3. Las Actuaciones Administrativas

Son las actuaciones que tratan de un obrar administrativo, en una actividad cuyo objetivo es la gestión y el servicio en función del interés público. De acuerdo a la doctrina, éstas formas jurídicas son “los modos de exteriorización o el continente jurídico de la función administrativa”¹⁰. Dromi, indica que las mismas se materializan de dos maneras principales, la primera en forma de declaración de voluntad y la segunda como hecho jurídico, es decir mediante una operación material.

En definitiva, el Estado posee cinco tipos de actuaciones, que se diferencian fundamentalmente por el efecto producido y su forma de producirlo, pero tienen como premisa que siempre se encuentran en ejercicio de la función administrativa.

⁸ *Ibíd.*

⁹ *Id.p.* 152

¹⁰ Roberto Dromi. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires : Ciudad Argentina, 2001, p. 170.

En primer lugar se encuentran los actos jurídicos, que son las decisiones, declaraciones o manifestaciones de la voluntad de la administración. Comenzaremos con el acto administrativo, cuya declaración es de manera unilateral y productora de efectos jurídicos individuales y directos. Otra actuación es el acto normativo o reglamento administrativo, el mismo que se diferencia del primero porque es una decisión unilateral que produce efectos directos pero de carácter general. El siguiente, es el simple acto de administración, que es forma jurídica interna de manejo administrativo, es decir, una declaración unilateral interorgánica que produce efectos jurídicos directos.¹¹

Por otro lado, tal como lo menciona el tratadista Agustín Gordillo, existen manifestaciones administrativas a través de los denominados hechos administrativos, los cuales refieren a las actividades materiales que lleva a cabo la administración, pueden producir efectos ya sean indirectos como directos además, producen un efecto jurídico determinado¹².

Finalmente, tenemos al contrato administrativo, que es “toda declaración bilateral, o de voluntad común, productora de efectos jurídicos, entre dos o más personas de las cuales al menos una está en ejercicio de funciones administrativas.”¹³ Este tipo de actuación, es la que se tratará a lo largo de la tesina.

4. Principios de la Actuación de la Administración Pública

En todos los procedimientos administrativos se aplican una serie de principios que sirven como garantía para los sujetos intervinientes tanto en la tramitación, como en la ejecución de cualquier tipo de actuación administrativa. Dichos principios son

¹¹ Agustín Gordillo. *Clasificación Jurídica de de la Función Administrativa. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I.* Buenos Aires : Fundación de Derecho Administrativo, 2001. p. X-7

¹² *Id.* p. X-9

¹³ Roberto Dromi. *Derecho Administrativo... Óp. Cit.*, p. 71

proposiciones jurídicas que establecen directrices para la actividad de la administración pública; pueden encontrarse contemplados en el ordenamiento jurídico o simplemente como enunciados doctrinarios, sin que por ello su importancia sea menor. Agustín Gordillo menciona que: “los valores o principios jurídicos son mas importantes que las normas; estas no pueden contradecir, en la solución del caso a aquéllas”¹⁴. Además, el autor Mans Puigarnau indica que “los principios que informan el propio sistema legal están implícitamente contenidos en el mismo; aplicarlos es aplicar el espíritu de las leyes”¹⁵.

a) Principio de Legalidad:

Vamos a enumerar varios de los principios que deben ser observados por la administración pública, el primero y fundamental es el principio de legalidad. Este principio se concatena directamente con un principio que analizaremos mas adelante, el de competencia reglada¹⁶, su objetivo es evitar el libre arbitrio administrativo. La finalidad es que la administración pública actúe de conformidad a lo que mande y prescriba el ordenamiento jurídico. En consecuencia, las autoridades administrativas no pueden basarse, a falta de leyes expresas, en discrecionalidades o arbitrariedades, puesto que recaerían en una extralimitación. Cabe recalcar, que el principio de legalidad es universal, e incluso ha sido incorporado por la Unión Europea¹⁷ además, la Constitución ecuatoriana lo contempla en su artículo 226¹⁸.

b) Principio de Competencia Reglada:

El principio de competencia reglada se basa en que la administración pública solo puede hacer lo que el ordenamiento jurídico le permite en medida a sus propias

¹⁴ Agustín Gordillo. *Clasificación Jurídica de de la Función Administrativa. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I.* Buenos Aires : Fundación de Derecho Administrativo, 2001. p. X-2

¹⁵ Jaime M. Mans Pugarnau. *Los principios Generales del Derecho.* Barcelona : Boch, 1979. p. 40

¹⁶ Agustín Gordillo. *Clasificación Jurídica de de la Función Administrativa... Op cit.,p X-10*

¹⁷ Cfr. Fernando Díez Moreno. *Manual de Derecho de la Unión Europea.* Madrid : Civitas, 1996. p. 140.

¹⁸ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 226. Registro Oficial 449. 20 de octubre de 2008. Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.

asignaciones, sujetándose completamente a ellas. Busca evitar el libre arbitrio administrativo delimitando su actividad. Mediante la aplicación de este principio, las autoridades públicas, deben tomar las decisiones sujetándose a las asignaciones expresas.¹⁹

c) Prevalencia del Interés General:

Otro de los principios de la Administración es la prevalencia del interés general, lo que quiere decir que toda decisión estatal, debe estar dirigida directamente al beneficio de los administrados, este principio, se compone de valores de carácter social que muestran la ponderación del interés público sobre el particular, en definitiva el bien común el cual es considerado uno de los deberes primordiales del Estado.

d) Principios de eficacia y eficiencia:

La eficacia, consistente en la consecución de fines de interés general, actúa como principio esencial para la actuación administrativa, pues busca la óptima calidad de gestión de la administración pública. El principio de eficacia buscará, que la administración pública cumpla los objetivos fijados en el ordenamiento jurídico. Pero debe ir más allá del mero cumplimiento, tendiendo hacia unos altos índices de calidad.²⁰

El principio de eficiencia, que completa al de eficacia, atiende a la optimización en el uso de los recursos materiales y humanos para la consecución de los fines planteados y la mejora de la calidad de los servicios, condicionando la toma de decisiones en razón al interés general²¹.

En definitiva, cada una de las actuaciones administrativas deben estar regidas por estos principios base, para asegurar un procedimiento administrativo adecuado, reglado, libre de arbitrariedades y destinado a la consecución de un fin con motivación de orden público, lo que a su vez produce seguridad jurídica tanto para la administración como para los administrados. Cabe recalcar, que pueden existir muchos más principios que regulen a

¹⁹ Cfr. Ermo Quisbert. Principios de Derecho Administrativo. ADEQ. 2007. <http://ermoquisbert.tripod.com/dctcgp.pdf>. (acceso 09/05/2012)

²⁰ Cfr. Libardo Rodríguez. *Derecho Administrativo General y Colombiano*. Temis. Bogotá 2008.p. 37

²¹ *Ibíd.*

las actuaciones administrativas, pero los mencionados, son a criterio los fundamentales, pues restringen el ejercicio arbitrario del poder, provocan sujeción a la ley y dotan de un objetivo a la administración pública.

5. Principios Contractuales

Una vez analizados los fundamentos, formas de actuación y principios administrativos, se va a revisar detenidamente el contrato administrativo objeto de esta tesina. Independientemente del tipo de ordenamiento jurídico que regule los contratos, estos deben tener en su esencia el acuerdo de voluntades sobre el objeto de la contratación. El consentimiento, es el elemento que produce el vínculo entre las voluntades de las partes intervinientes. Como ya ha sido mencionado, la administración tiene el deber de satisfacer las necesidades derivadas del orden público, es por ésta razón que la contratación administrativa al ser una rama del derecho administrativo, cuenta con sus propios principios y normas de regulación para la celebración de un contrato de esa naturaleza.

a) Principio de Buena Fe:

El de buena fe, es un principio aplicable a todo tipo de contratos sin importar a que rama del derecho el contrato pertenezca. Por lo tanto, es aplicable al derecho público, la doctrina menciona que: “los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo a lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender obrando con cuidado y previsión”²². El Código Civil dispone que: “Art. 1562.- Los contratos deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obligan, no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”²³

El Tribunal Andino de Justicia, ha hecho menciones jurisprudenciales sólidas al respecto:

PROCESO 2-AI: IV. EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE

²² José Luis Correa. *Contratos Administrativos Versión Clásica. Parte I*. Ismael Farrando. *Contratos Administrativos*. Buenos Aires : Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2002, p. 389.

²³ Código Civil. Artículo 1562. Registro Oficial Suplemento No. 46. 24 de junio de 2005

En el orden de los negocios, de las relaciones contractuales y de los sistemas jurídicos de corte capitalista está siempre presente el principio de la buena fe. Es común afirmar que el contrato comercial lleva consigo una relación de buena fe (bona fides) cuya base reside en la confianza. El postulado de la buena fe es esencial dentro de las relaciones jurídicas y económicas. Las partes en la vida de los negocios deben contar con la seguridad de que la confianza que tengan depositada en la persona con quien contratan, no puede quedar frustrada y que en caso contrario, quien resulte defraudado debe gozar de protección jurídica (...) En la actual controversia ha de aplicarse pues el principio de la buena fe, que inspira la ejecución de los tratados como los negocios jurídicos entre particulares.²⁴

b) Principio de Concurrencia:

El principio de concurrencia es otro de los fundamentos de la contratación administrativa, es el principio mediante el cuál se garantiza la participación del mayor número de oferentes, para que a través de una amplia selección, se puedan tener unas mejores condiciones que beneficien a los administrados.²⁵ El objetivo final por medio de éste principio a más del beneficio de orden público, es dar la apertura necesaria y sencilla para la concurrencia general de participantes, quienes sin mayores barreras puedan presentar ofertas a la contratación pública, lo que obliga a la administración aplicar el ordenamiento jurídico positivo.

c) Principio de Igualdad de Tratamiento:

Otro de los principios es el de igualdad de tratamiento, que en cuanto a la contratación administrativa, refiere al trato equitativo a todos los participantes que ofertan en un procedimiento de contratación, permitiendo una real competencia. Según José Luis Correa, "debe asegurarse un correcto tratamiento, con irrestricto cumplimiento al debido proceso, vinculado con la publicidad, la posibilidad de interponer recursos, la celeridad."²⁶ Lo mencionado, implica que los parámetros de calificación de los oferentes sean iguales, sin discriminación alguna.

²⁴ Tribunal Andino de Justicia. Proceso 2-AI-96, 20 de junio de 1997. Registro Oficial 177. 21 de octubre de 1997.

²⁵ José Luis Correa. *Contratos Administrativos Versión Clásica. Parte I... Op cit.*, p. 389

²⁶ *Ibíd.*

d) Principio de Legalidad:

Otro de los principios contractuales es el de legalidad, el mismo que ya fue explicado con anterioridad, sin embargo, en cuanto a la contratación, a más de la sujeción a la ley, refiere a la obligación de justificar y motivar los contratos en ejercicio de las facultades administrativas. Por lo mismo, se debe contratar con las personas naturales o jurídicas que cumplan con las características y especificaciones idóneas para una contratación con el Estado.

De igual forma, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública menciona además de los ya explicados, a otros principios aplicables a la contratación administrativa, el artículo 4 dispone que: “Art. 4.- Para la aplicación de ésta Ley y de los contratos que de ella deriven, se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional.”²⁷

6. Los contratos Administrativos

A. Concepto

En cuanto a los contratos administrativos, las concepciones varían entre autores, conservando algunas similitudes entre ellas. A continuación, se mencionarán ciertos conceptos de diferentes autores, con el objetivo de enmarcar una definición que englobe los aspectos más importantes del contrato.

José Luis Correa, afirma que el contrato administrativo es: “Una especie dentro del género de los contratos, caracterizados por elementos especiales tales como que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, que su objeto está constituido por un fin jurídico o propio de la administración”²⁸.

El mismo autor, menciona que según la Corte de Mendoza, en la jurisprudencia de *Industrias Llaves v. Municipio de Capital (S073/388)*, se ha definido al contrato

²⁷ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 4. Registro Oficial Suplemento No.395

²⁸ José Luis Correa. *Contratos Administrativos Versión Clásica. Parte I...Op cit.*,p. 383.

administrativo como el que “la Administración celebra con otra persona pública o privada, física o jurídica y que tiene por objeto una prestación de utilidad pública.”²⁹

Gastón Jéze, por su parte, menciona que los contratos administrativos son los “celebrados por la administración con el fin de asegurar el funcionamiento de un servicio público, siempre que aparezca manifiesta la voluntad de las partes de someterse a normas especiales de derecho público”.³⁰

Otra de las concepciones es la de Juan Carlos Cassagne, quien haciendo referencias al origen de los contratos administrativos, diferencia al contrato administrativo de los demás contratos poniéndolo en una categoría de derecho público distinta. Menciona el autor que “ (...) la administración procura la satisfacción de un interés público relevante (...) que se incorpora al fin u objeto del acuerdo”³¹

De las concepciones antes mencionadas, se desprende que la finalidad con la que se llevan a cabo los contratos administrativos es de alta importancia, pues se contrata con objetivos trascendentales para el bienestar general es decir, de utilidad pública, servicio público o interés público, cuya terminología, se expondrá a continuación.

Utilidad pública, según Guillermo Cabanellas es: “todo lo que resulta de interés o conveniencia para el bien colectivo, para la masa de individuos que componen el Estado; o con mayor amplitud, para la humanidad en su conjunto”.³²

El interés público, si bien va en la misma línea que la utilidad pública, se define como la ponderación del fin social sobre el particular, o como lo expresa Cabanellas “del Estado sobre los súbditos”³³

El servicio público, es un concepto de derecho administrativo, que busca satisfacer una necesidad que se considera de primordial importancia para los administrados, por lo tanto, el Estado esta obligado a protegerlo o proporcionarlo. El servicio público a la final

²⁹ *Ibíd.*

³⁰ Gastón Geze. “*Derecho Administrativo*” Mauricio Sarria. Bogotá : Publicaciones CEIDA, 1970, p. 313

³¹ Juan Carlos Cassagne. *El Contrato Administrativo*. Buenos Aires : Abeledo Perrot, 1999.p15

³² Guillermo Cabanellas. *Diccionario Jurídico Elemental*. Bogotá : Heliasta, 1979. p. 380

³³ *Id.* p. 203

viene a sistematizar aquella parte de la actuación administrativa que se concreta en prestaciones ofrecidas al público y cuya titularidad corresponde al Estado quien es el garante de la provisión para la prestación de actividades.

Hernán Jaramillo, en Derecho Ecuador, habla sobre la noción del servicio público y menciona al autor Eustorgio Sarría, quien en su obra "Derecho Administrativo" sostiene que:

Servicio Público es toda actividad encaminada a satisfacer una necesidad de carácter general en forma continua y obligatoria, según las ordenaciones del Derecho Público, bien que su prestación esté a cargo del Estado directamente o de concesionarios, de administradores delegados, o a cargo de simples personas privadas.³⁴

En consecuencia, los contratos administrativos son celebrados con el objeto de satisfacer un interés público, utilidad pública o servicio público considerando su definición en el sentido más amplio.

Para obtener una definición lo mas integral posible de contrato administrativo, podríamos decir que es la convención que el Estado o administración pública realiza con otro sujeto de derecho ya sea una persona pública o privada, natural o jurídica, que con la concurrencia de los elementos característicos de éste tipo de contrato, persigue directa o indirectamente la consecución de ciertas actividades propias del desarrollo del Estado en lo concerniente a su actividad administrativa.

Podemos hasta aquí, obtener cuatro puntos importantes y sustanciales de la definición del contrato administrativo, resumidos de la siguiente manera:

1. La esencia del contrato es el de ser un generador de obligaciones, puesto que hay una convención de voluntades dirigidas a un fin.
 2. Siempre debe intervenir como una parte la administración o una entidad pública.
 3. Pueden intervenir personas de derecho público o privado, naturales o jurídicas.
 4. El objeto del contrato y sus elementos, le dan el carácter de administrativo.
-

³⁴ Hernán Jaramillo. *Derecho Ecuador. El Servicio Público*. <http://www.derechoecuador.com> (acceso 10/06/2012)

B. Naturaleza elementos y características de los contratos administrativos

Los contratos celebrados por el Estado, se rigen por ciertas reglas o directrices que les son comunes a la administración pública, regulaciones que le darán la naturaleza administrativa al acto contractual; por lo tanto, en este acápite vamos a referirnos a ciertos puntos de vista que se han ido formulando en la doctrina en torno a los caracteres del contrato y su calificación como administrativo. En concordancia con lo mencionado, la doctrina ha mantenido como elementos esenciales a los sujetos, el consentimiento, el objeto, la causa y la finalidad.

I. Sujetos:

Este es elemento esencial para todo acto jurídico. Respecto a los sujetos, necesariamente uno de ellos debe ser la administración o una entidad pública, pues es el elemento esencial en los contratos administrativos, mientras que el otro sujeto, puede ser una persona natural, jurídica o a su vez entidad pública, nacional o extranjera.

Afirmando lo antes mencionado, Daniel Gómez Sanchís menciona que “el cocontratante puede ser otro ente administrativo o un particular”³⁵. El mismo autor cita a Bercaitz quien dice que es fundamental que haya dos partes persiguiendo fines opuestos. Sin embargo, no se adhiere a esta postura por lo que concordando con ello, consideramos que pueden haber casos donde los fines perseguidos por las partes sean comunes.

Como para todo contrato, para que el mismo sea válido los dos sujetos deben contar con la capacidad para realizarlo. La administración, debe contar con la competencia para celebrar un determinado contrato mientras que el particular requiere de capacidad, situación regulada por el derecho privado. La diferenciación entre los dos sujetos es además en cuanto al interés de cada uno de los intervinientes, el Estado tiene como objetivo el interés público y el particular, el propio.

³⁵ Daniel Gómez Sanchís. “*Contratos Administrativos. Versión Clásica*”. Ismael Farrando. *Contratos Administrativos*. Buenos Aires : Abeledo Perrot, 2002, p. 412.

Adicionalmente, se debe tomar en consideración que la organización administrativa es importante en la celebración contractual. Tal organización en éste campo es la coordinación que tienen entre sí los servidores públicos, esta coordinación se denomina competencia administrativa, la misma que se otorga principalmente de manera legislativa, impuesto por condiciones geográficas, económicas entre otras. La Constitución ecuatoriana en su artículo 226 afirma lo mencionado.³⁶

En referencia a lo expuesto, esta organización debe tener una coordinación y una cooperación entre sí, pues estas divisiones están realizadas con la finalidad de que la administración actúe de manera efectiva y eficiente. En tal razón, Nelly Arenas menciona que:

La complejidad de la actuación estatal, esta constituida por múltiples personas públicas y sus respectivos órganos, plantea la necesidad de coordinar la acción de unos y otros, lo cual se logra vinculándose entre si de manera diversa. Todo ésto nos lleva a los conceptos de centralización y descentralización.³⁷

Por otra parte, en cuanto a la caracterización de administrativo al acto contractual en relación a los sujetos, existen críticas doctrinarias. De tal manera que, Juan Carlos Cassagne dice que la actuación de la administración pública no es suficiente para otorgarle la calificación a un contrato en virtud a que la administración pública también “puede acudir a técnicas de contratación privada cuando el interés público puede satisfacerse de forma indirecta o mediata”³⁸ O como lo menciona Fernández de Velazco, un contrato que contando con los sujetos de derecho público, sea parcialmente reglado por el derecho privado.³⁹

II. Consentimiento o capacidad

³⁶ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 226.Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008. Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución

³⁷ Nelly Arenas et al. *Regimen Legal de los Contratos Administrativos*. Bogota : Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, 1980. p. 19

³⁸ Cassagne, Juan Carlos. *El Contrato Administrativo*. Buenos Aires : Abeledo Perrot, 1999.p.16

³⁹ Nelly Arenas et al. *Regimen Legal de los Contratos Administrativos... Op.cit.*,p. 12

Como es de conocimiento, este es un elemento esencial de todo contrato, pues como ya se lo ha mencionado con anterioridad el contrato es un acto bilateral o multilateral que se caracteriza principalmente por el acuerdo de voluntades.

La administración o el órgano que actúe en su representación debe contar con la respectiva capacidad para hacerlo, entonces, su consentimiento esta subordinado a ciertas formas especiales de derecho público, provenientes de un procedimiento administrativo reglado⁴⁰. En el aspecto administrativo, la capacidad de una persona de derecho público se la denomina competencia, pues es bastante diferente a la capacidad en derecho privado. En derecho administrativo, la competencia de un funcionario o de una entidad contratante es determinada por la ley y sólo puede ser ejercida de acuerdo a sus disposiciones.

La validez de este consentimiento deriva de lo que se conoce como *administración reglada*, lo que quiere decir que “la administración debe sujetarse a la ley con el fin de evitar arbitrariedades por parte de las autoridades ejecutivas al resolver cada caso, estableciendo prescripciones generales y normas jurídicas de general aplicación”.⁴¹

Por otra parte, en cuanto a los particulares, para expresar su consentimiento deben contar con capacidad legal para que el acto o contrato celebrado sea válido. En el caso de personas naturales, la regla general es sencilla, pues toda persona, salvo los declarados incapaces por el Código Civil, tiene la capacidad para realizar negocios jurídicos.

En cuanto a personas jurídicas, la expresión de consentimiento enuncia un poco más de complejidad. El derecho, reconoce como personas jurídicas a una ficción que recae sobre un conjunto de personas organizadas de tal manera que un representante actúe por ellas expresando la voluntad colectiva. No obstante, tal como lo establece el Código Civil, son capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones.⁴²

En este punto también es menester mencionar la crítica respectiva, la doctrina explica que la sola existencia de estas voluntades no basta para acreditar la calidad de contrato

⁴⁰ Daniel Gomez Sanchis. “*Contratos Administrativos. Versión Clásica*”. Ismael Farrando. *Contratos Administrativos*. Buenos Aires : Abeledo Perrot, 2002. p.414

⁴¹ Juan Carlos Cassagne. *El Contrato Administrativo... Op cit.*,p.20

⁴² Código Civil. Artículo 1464. Codificación 10. Registro Oficial Suplemento 46. 24 de junio de 2005.

administrativo, en virtud a que: “Dependerá de la finalidad administrativa del contrato y del régimen que sea consecuencia de esa finalidad dentro de la competencia específica que tenga asignada cada órgano o ente administrativo”.⁴³

III. Objeto

Este elemento es probablemente el más importante en todo tipo de contratos, pues es una de las características que le otorga la calidad al contrato. La doctrina, se ha empeñado en diferenciar el contrato administrativo de los de demás contratos de derecho común en razón a su contenido.

Para empezar la caracterización del objeto de los contratos administrativos, es menester saber primero que es el objeto contractual, la doctrina menciona que el objeto es: “La prestación, que puede ser una obligación de dar, de hacer o de no hacer y debe ser cierto, física y jurídicamente posible, determinable y lícito.”⁴⁴

Ahora, el objeto contenido en los contratos administrativos se da cuando la prestación se encuentra a cargo de la administración pública. De acuerdo a Marienhoff, se trata de un objeto de contrato administrativo cuando su contratación pertenece a las “funciones esenciales” del estado o sus “fines públicos específicos”⁴⁵ estos fines pueden ser llevados a cabo según el mismo autor bajo dos modalidades, como contrato de colaboración y contrato de atribución.

Lo que caracteriza como tal el objeto de un contrato de atribución es que la prestación del contrato es llevada a cabo por la misma administración. Mientras que el contrato de colaboración es aquel que pone la prestación estatal a cargo de un concesionario “que con su actividad satisface necesidades de interés general”⁴⁶ la prestación, debe relacionarse con las denominadas funciones esenciales o específicas del estado⁴⁷.

⁴³ Juan Carlos Cassagne. *El Contrato Administrativo... Op cit.*,p.17

⁴⁴ Daniel Gómez Sanchis. “*Contratos Administrativos. Versión Clásica... Op cit.*”,p.415

⁴⁵ Miguel Marienhoff. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires : Abeledo Perrot, 2000.p. 57.

⁴⁶ *Ibíd.*

⁴⁷ Brewer Carias, menciona que la finalidad pública es muy amplia y tratando de restringir su contenido, dice que es: “ La realizada por una autoridad pública como gestión de intereses públicos y en ejecución de la ley, tiende a mantener incólumes las garantías constitucionales de los ciudadanos (...) con miras a obtener el bienestar general” Allan Brewer Carias. *Las*

Cassagne, de cierta manera critica esta posición de que el objeto del contrato le de la naturaleza de administrativo, pues opina que la finalidad pública no es precisa, hay muchas posturas en la doctrina en cuanto a la amplitud y los alcances del concepto, pues según su postura, hay muchos contratos administrativos que no persiguen fines directos de utilidad pública y a pesar de ello pertenecen a las funciones de la administración pública⁴⁸.

En cuanto a esta postura, si bien Cassagne tiene razón en decir que caracterizar a la finalidad pública es un concepto muy amplio, la misma si tiene bases mínimas que la identifican de manera doctrinaria, estableciendo un propósito a la existencia de la función administrativa o a la actuación de Estado. Por otra parte, así no persigan fines directos de utilidad pública, lo hacen de manera indirecta, cuestión que de igual manera va a beneficiar al interés general siendo en consecuencia, de utilidad pública.

IV. La causa:

La causa, se relaciona directamente con el objeto o con la finalidad del contrato administrativo. Esta conceptualización, es derivada de la doctrina civil, sin embargo ha sido adoptada por todos los contratos. En referencia al derecho administrativo, contiene diferenciaciones y restricciones, pues en el derecho público el contenido de la causa debe ser la satisfacción de necesidades públicas y la obtención del bien común.⁴⁹

Desde el punto de vista de la sustancia, la causa del contrato administrativo “traduce el ejercicio de la función administrativa material y sustantiva” es decir todo lo que tiene una calificación de fin público específico del Estado.⁵⁰

Pérez Hualde, destaca la importancia de la causa en los contratos administrativos, dice que debe ser dirigida hacia una necesidad colectiva concreta, ya que la causa, es el antecedente en el cual se sustenta el contrato. El sustento, según este autor, debe basarse en la habilitación legal, y el contrato, debe estar en concordancia con la habilitación legal, estableciendo que la prestación debe ser en consecución de lo que la

instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia venezolana.
Caracas : s.n., 1964, p.113, 114

⁴⁸ Juan Carlos Cassagne. *El Contrato Administrativo... Op cit.*,p.18

⁴⁹ *Ibíd.*

⁵⁰ *Id.* p.27.

habilitación permite, con el monto fijado, en el lugar señalado y con el procedimiento legal correspondiente.⁵¹

La causa, según varios autores, es diferente de la finalidad, pero, en la práctica, no tiene mayores distinciones, puesto que de todas maneras se concreta en los antecedentes de la celebración del acto. Según esta doctrina, la causa es el ¿por qué? Y la finalidad ¿para qué?, con lo que podemos notar su relación. Sin embargo, la causa es diferente en cuanto a los sujetos, pues para la administración, responde a una necesidad objetiva siendo ésta el interés público, cuestión que va mas allá de las motivaciones para la celebración del contrato (esta es la diferencia sustancial) mientras que para el particular es subjetiva, ya que depende del interés propio dependiendo del caso concreto.⁵²

Según la teoría finalista, a más de la causa, existe otro elemento *la finalidad*,⁵³ la cual como ya se ha explicado, responde al interés público. La finalidad es mas específica y particular que la causa, en razón a que se concreta ya en el caso específico, es el motivo por el cual se celebra el contrato. La finalidad depende de las necesidades que se busquen satisfacer en beneficio de la colectividad en el caso concreto y además, de la legalidad de las competencias de la entidad contratante.

V. Forma:

Este elemento, es importante debido a que los contratos administrativos son regulados por el derecho público, donde la forma de celebración es fundamental para el establecimiento de la obligación o prestación. Sin embargo, tiene dos puntos de vista doctrinarios. En primer lugar, de tipo restringido, en el cual, la forma es un elemento esencial y otro punto de vista de tipo amplio, donde la forma no es más que las formalidades contractuales.

La parte de la doctrina que considera a la forma como elemento de existencia dice que la misma es: “La forma de la exteriorización de la voluntad de los sujetos

⁵¹ Alejandro Pérez Hualde. “Contratos Administrativos”. Ismael Farrando. *Contratos Administrativos*. Buenos Aires : Abeledo Perrot, 2002. p. 417

⁵² Daniel Gómez Sanchis. “*Contratos Administrativos. Versión Clásica... Op cit.*”, p.412.

⁵³ *Ibíd.*

intervinientes en el contrato”⁵⁴. La forma se distingue como un elemento de existencia, la cual es definida por Pérez Fernández del Castillo como “El signo o conjunto de signos por lo cuales se hace constar o se exterioriza la voluntad del/o de los agentes de un acto jurídico o contrato”⁵⁵.

Se considera a la forma de otorgamiento uno de los requisitos de formales más importantes en los contratos administrativos. De tal manera lo explica el autor Laubadere, quien sustenta que los contratos de esta clase deben ser otorgados por escrito, a pesar de que puede haber modalidades de la forma escrita.⁵⁶

Marienhoff y Cassagne por el contrario, piensan que las *formalidades*, no afectan a la existencia del contrato sino a su validez, pues refieren a la manera como se cumplen las etapas que dan origen al contrato, es decir, los procedimientos legales necesarios para llevar a cabo un contrato administrativo. En el Ecuador, los procedimientos precontractuales y contractuales consagrados en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública pueden ser considerados como formalidades, en razón a que deben cumplirse por etapas para perfeccionar un contrato administrativo válido, sobre estos procedimientos hablaremos más adelante.

VI. Clausulas exorbitantes:

Bajo este punto, cabe mencionar que cuando un contrato es administrativo, lleva ciertas prerrogativas que son atribuibles a la administración solamente por detentar tal calidad, por tal razón, la doctrina considera que los contratos administrativos poseen como un elemento distintivo de otro tipo de contratos, a las cláusulas exorbitantes.

La existencia de estas cláusulas viene derivada de la doctrina francesa, tendencia que las define como aquellas que no se encuentran presentes en otro tipo de contratos, pues su incorporación en otro tipo de contrato las transformaría en ilícitas.⁵⁷ Estas cláusulas exorbitantes imponen obligaciones y otorgan derechos que por su naturaleza

⁵⁴ *Id.p.418*

⁵⁵ Cfr. Bernardo Pérez Fernandez del Castillo. *La forma en los actos jurídicos y en los contratos*. México : Universidad Autonoma de México, 1978. p 117.

⁵⁶ Andre Laubadere. *Tratado Teórico y Práctico de los Contratos Administrativos*. París : Librarie Général de Droit et Jurisprudence, 1956.p. 223.

⁵⁷ Marcel Waline. *Derecho Administrativo*. París : Sirey, 1973.p.572.

son inusuales. Son válidas en el Derecho Administrativo por dos razones principales, en primer lugar debido a que su existencia en la contratación administrativa se encuentra contemplada por ley y en segundo lugar por que persigue un interés público de manera directa.

C. Los efectos del contrato administrativo

En el derecho administrativo, en cuanto a los efectos de los contratos, se diferencian de los civiles o comerciales debido a que sus efectos son extensivos, es decir, pueden producir efectos sobre terceros ajenos a la relación contractual. Es de conocimiento que en general los contratos implican “ley para las partes”; sin embargo, a pesar de que la contratación administrativa sigue siendo ley para las partes, esta premisa encuentra variación.

Como explica Cassagne, los terceros a quienes se les puede extender el efecto del contrato administrativo, no necesariamente están vinculados con el objeto contractual, esta variación al principio “ley para las partes” es consecuencia al carácter del que goza el derecho público.⁵⁸ Por el contrario, en los demás contratos que no pertenecen a la rama administrativa, la autonomía de la voluntad de los contratantes no se extiende más allá de entre quienes celebran el acuerdo.

El Estado, por su naturaleza y por la calidad que le otorga el ordenamiento jurídico, tiene el poder de crear relaciones obligatorias que afecten tanto directa como indirectamente a sujetos externos a la relación contractual. De manera indirecta, podemos decir que la celebración siempre esta dirigida a la consecución de una finalidad pública, razón por la cual, un contrato administrativo puede llegar a afectar a toda la comunidad. La afectación de manera directa dependerá del caso concreto.

Un ejemplo de lo antes descrito, para que se entienda en su totalidad el concepto, lo podemos encontrar en la adjudicación de un contrato de obra, donde la construcción y los beneficios de ella tendrán consecuencias sobre todos los administrados.

Como se mencionó, también hay contratos que producen directamente efectos sobre terceros, impuestos a través de cláusulas contractuales como consecuencia del imperium

⁵⁸ Juan Carlos Cassagne. *El Contrato Administrativo... Op cit.,p.17*

que posee la administración pública. Este tipo de cláusulas, “actúan como una especie de acto administrativo de carácter general, sin afectar a la unidad del contrato”⁵⁹

Lo antes expuesto, se puede comprender a través de cláusulas que confieren derechos u obligaciones a los usuarios de forma derivada a la unidad del contrato celebrado por la administración. Por ejemplo, en las concesiones de los servicios básicos. Si bien el contrato se celebra entre la entidad competente para el efecto y una empresa en particular; hay cláusulas en el contrato aplicables a los usuarios del servicio concesionado, tal es el caso de obligaciones impuestas en calidad de sanciones por falta de pago que pueden desencadenar en multas o suspensión del servicio. Por otra parte, respecto a derechos, se pueden estipular cláusulas de exigencia de un servicio óptimo y eficiente.

i. Desigualdad jurídica de las partes

Como consecuencia de la juridicidad del derecho público, donde evidentemente se desarrolla el contrato administrativo, se produce una desigualdad jurídica entre las partes, pues la administración tiene una calidad diferente en relación al contratista ⁶⁰ en virtud a todos los caracteres distintivos que ya se han mencionado.

La desigualdad jurídica se manifiesta en diferentes prerrogativas de las que solamente el Estado goza. Podemos explicar la desavenencia empezando por la imposición de las cláusulas exorbitantes, en las cuales, el Estado tiene potestades que el administrado no tiene. Estas cláusulas, favorecen a la administración pública y la protegen de cualquier perjuicio que pueda llegar a afectar el interés público.

Otro de los supuestos que hacen considerar esta postura de desigualdad es en cuanto a los efectos, que como ya se explicó con anterioridad sólo en los contratos administrativos admite un carácter extensivo, que sobrepasa la relación jurídica bilateral de “ley para las partes” llegando a ser aplicable a terceros.

⁵⁹ *Id.* p. 18

⁶⁰ Miguel Marienhoff. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires : Abeledo Perrot, 2000. p. 324.

Por otra parte, la administración pública, no tiene totalmente autonomía de la voluntad pues puede llegar a incurrir en arbitrariedades que afecten al bienestar general, la autonomía administrativa, siempre se verá limitada en razón a la actividad reglada y al interés público.

La entidad contratante, no tiene la libertad de elegir al contratista pues debe contar con determinadas formas creadas legalmente para el efecto, a más de motivaciones justificadas para su actuación. Es de esta manera como se plantea la interrogante, ¿Cuál es el objetivo primordial del contrato administrativo? A mi criterio, va direccionada a la selección del mejor oferente que ofrezca un producto, bien o servicio incluido la consultoría destinado a suplir una o varias necesidades que permitan un bienestar público. Por lo mismo, no actúa como un contrato civil o comercial donde el contratante elige a quien desea contratar, sino que, debe cumplir con ciertos parámetros que permiten determinar la oportunidad, mérito y conveniencia de adjudicar una oferta en especial.

ii. La compensación de los desequilibrios en la ejecución de los contratos administrativos

En este punto, cabe analizar la denominada ecuación económico-financiera del contrato estatal, que está directamente relacionada con lo tratado en el literal anterior respecto al equilibrio contractual. Lo que se analiza, es la conmutatividad del contrato, lo que de manera obligatoria y necesaria, debe mantenerse durante toda la vigencia del contrato.

En el contrato administrativo, pueden producirse desequilibrios que afecten las bases de lo acordado. No obstante, ésta alteración al equilibrio de las partes, muchas veces puede darse debido a las prerrogativas que al Estado por ostentar tal calidad, le son admitidas, en virtud a que sobre pone el interés público sobre el particular.

Por lo tanto, para que haya una reparación integral de la ecuación o una compensación del equilibrio de la ejecución de los contratos administrativos, se han previsto algunos supuestos que actúan de manera *ex lege*, pues no es legítimo que el Estado se aproveche de su posición de *imperium* para extender al contratista las prestaciones ya acordadas. Estamos tratando en este punto, de la teoría de la

imprevisión, la compensación por ejercicio de la *potestas variandi*, la revisión de precios y el hecho del príncipe.

El contratista estatal oferta sus servicios a una entidad estatal con la finalidad de obtener un beneficio económico como contraprestación; a cambio, el Estado, obtiene los servicios, obras o bienes que sean necesarios para la consecución de un bienestar común. Lo expuesto, desencadena en que los contratos administrativos tienen la característica de ser conmutativos. El Código Civil establece que un contrato es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer; esta postura se asegura con lo que indica la doctrina de la siguiente manera: “En los contratos estatales, no pueden existir contingencias inciertas que determinen el cumplimiento de las obligaciones contraídas por las partes y de sus derechos derivados de la celebración del contrato”⁶¹.

- Teoría de la imprevisión:

En este orden de ideas, vamos a comenzar este estudio por una revisión breve de la teoría de la imprevisión. Esta teoría va dirigida a compensar la excesiva onerosidad de una de las partes entre las cuales se celebra el contrato, la misma que sobreviene a una prestación provocada por un cambio imprevisto en la base del contrato.⁶²

Sin embargo, para que haya cabida a la teoría de la imprevisión deben concurrir seis requisitos, los mismos se refieren a:

1. Una excesiva onerosidad en una prestación del contrato
2. Que sea sobreviniente, es decir, que el acontecimiento que perturba el acuerdo surja y produzca efectos después de la celebración del contrato, por lo tanto, debe estar pendiente su ejecución o cumplimiento.
3. Que sea de índole económica o financiera.
4. Que la razón que provoca el desequilibrio no sea previsible y que no se le pueda imputar a la voluntad del contratista.

⁶¹ Susana Montes Echeverry. *Concesiones Viales. La Inadecuada Distribución de los Riesgos, eventual causa de crisis en los contratos*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2000, Vol. Revista de Derecho Público.p 11.

⁶² Juan Carlos Cassagne. *Derecho Administrativo... Op cit.,p. 81*

5. Que no se haya suspendido la ejecución del contrato
6. Que se efectúe un desequilibrio en la ecuación económica- financiera del contrato.⁶³

Ahora bien, la teoría de la imprevisión puede ser invocada por parte del contratista como por la administración, actúa distribuyendo de manera económica los efectos del hecho sobreviniente al contrato para que la parte que se vea afectada sólo soporte las pérdidas que la redacción o interpretación del contrato le puedan dejar. Por lo mismo, en los contratos administrativos debido a la finalidad que persiguen, la aplicación de esta teoría tiene como consecuencia una revisión del contrato en cuanto al beneficio mutuo de las contraprestaciones, lo cual indica que el perjudicado no puede suspender las obligaciones contraídas, sino que se efectúa una compensación que equilibre las cargas⁶⁴ mientras se siga cumpliendo con la prestación.

- Potestas variandi

Otra de las formas para garantizar el equilibrio del contrato justificado en una relación vinculada con la igualdad o proporcionalidad, es la compensación por el ejercicio de la *potestas variandi*, la cual es derivada de la potestad que posee la administración de realizar modificaciones de forma unilateral al contrato celebrado⁶⁵.

La administración, por su calidad tiene como potestad irrenunciable modificar los contratos que celebra, sin embargo, como todas las actuaciones administrativas, tiene sus limitaciones, que le restringen la posibilidad de caer en arbitrariedades. Estas salvedades, se encuentran establecidas legalmente y además por la doctrina, una de las restricciones reconocidas ampliamente es la que le impide al contratante afectar la esencia o sustancia del contrato.

Esta compensación, además de la justificación de proporcionalidad contractual encuentra su defensa por parte del contratista según lo afirma Cassagne en: “El derecho

⁶³ *Ibíd.*

⁶⁴ Rodolfo Carlos Barra. *Contrato de obra Pública*. Buenos Aires : Editorial Abaco Rodolfo de Palma, 1988. Vol. Tomo III. p. 1152

⁶⁵ Juan Carlos Cassagne. *Derecho Administrativo... Op cit.*,p. 79.

subjetivo a la intangibilidad de su remuneración a fin de que se mantenga integralmente indemne la ecuación económico-financiera".⁶⁶

- Revisión de precios ex lege:

Además de las ya mencionadas, para contrarrestar el desequilibrio en la ejecución de los contratos administrativos existe la revisión de precios ex lege, la misma que se denomina también régimen de mayores costos. Esta revisión apareció de forma derivada y complementaria a la teoría de la imprevisión bajo la motivación de los aumentos de precios ocurridos durante y después de la Segunda Guerra Mundial.⁶⁷

Su fundamento, como las demás técnicas explicadas, tienden a preservar el equilibrio económico o financiero. Se crea con la figura de proteccionismo a los derechos de las personas que contratan con el Estado, pues compensa las variaciones de costos que pueden ocurrir durante la ejecución del contrato.

No se exige la concurrencia de un acontecimiento imprevisible ni extraordinario; no se requiere que el aumento del precio fuere excesivo; el resarcimiento es pleno e integral; configura una obligación que asume la Administración al celebrar el contrato que queda a él incorporada.⁶⁸

En definitiva esta técnica de equilibrio es diferente a las demás debido a que es de carácter plenamente económico, pues toma en consideración elementos extraños al derecho para realizar una compensación en manera de reajuste de precios, se basa en elementos como la inflación o en general la situación económica del país.

- Hecho del príncipe:

Finalmente, la última de las técnicas para asegurar el equilibrio del contrato administrativo es el hecho del príncipe o *factum principis* la cual, se da para remediar las consecuencias que efectúan los poderes públicos destinadas a afectar con medidas generales que sobrepasan la relación jurídica entre partes, las condiciones jurídicas ya pactadas con anterioridad conforme el contratista ejecuta su contrato. Se diferencia de las demás en que la modificación contractual repercute de manera indirecta con un acto

⁶⁶ *Id. p. 80*

⁶⁷ *Id. p. 84*

⁶⁸ Carlos Rodolfo Barra. *Contrato de obra Pública. Op cit.*, p.1150

normativo de carácter, haciendo que su cumplimiento beneficie a la administración, influyendo sobre la conmutatividad contractual.

En el mismo sentido se manifiesta la doctrina mencionando que en el caso de medidas de carácter general que adopte el Estado de manera legítima o no, cabe el resarcimiento por el hecho del príncipe, mientras que, en el caso de que la modificación sea de manera particular, hay una reparación derivada de la responsabilidad contractual que corresponde al órgano que celebra el contrato. Por lo mismo, en el caso del hecho del príncipe no importa si la medida proviene de la entidad que contrató o de cualquier otro órgano, pues de todas maneras afecta el contrato. Cabe mencionar que, para que aplique la compensación por *factum principis* debe haber un daño cierto que afecte al contratista más que a los sujetos a quienes va dirigida la medida, además, requiere que la medida se adopte de manera totalmente ajena al contrato en cuestión.⁶⁹

Para terminar este punto, podemos concluir que el Estado tiene por objetivo la consecución del bien común a través de la actividad contractual, en contraposición a la finalidad del contratista que es la obtención de un beneficio económico. A raíz de lo expuesto, para conseguir los objetivos de las partes intervinientes en la relación jurídica contractual, nace el principio del equilibrio de la ecuación económica y financiera del contrato, la cual crea obligaciones de las dos partes, por un lado, la obligación del contratante de conservar este equilibrio durante la ejecución del contrato y de modificarse, restablecerlo. Por otro lado, crea el derecho u obligación del contratista a reclamar el restablecimiento de su situación contractual en el caso de verse afectado por la misma.

iii. La exceptio non adimpleti contractus

Esta excepción, tiene base en el derecho civil, así lo menciona el Código Civil en el artículo 1568⁷⁰, no obstante es aplicable de igual manera al derecho administrativo. Esta *exceptio* refiere a que: “Una de las partes no puede exigir el cumplimiento de las obligaciones que pesan sobre la otra, si ella, a su vez, no hubiere cumplido las que el

⁶⁹ María José Abad Licerias et al. *Las carreteras y autopistas en la jurisprudencia del tribunal constitucional*. Madrid : Dykinson, 2007. p. 123.

⁷⁰ Art. 1568.- En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos. Código Civil. Artículo 1568. Registro Oficial Suplemento 46. 24 de junio de 2005

contrato puso a su cargo”⁷¹. Lo mencionado, se complementa con lo tratado con anterioridad, pues las obligaciones de las partes son correlativas. En este orden de Ideas, la excepción garantiza el principio que rige la contratación en la cual cada contratante solo esta obligado a cumplir con la prestación acordada cuando la otra parte este dispuesto a cumplir la suya.

Cabe mencionar que, respecto a la aplicabilidad de esta excepción, las opiniones doctrinarias son divididas, hay autores que piensan que no es aplicable en razón a que se afectaría la continuidad de la ejecución contractual y esto a la final, afecta al bien común objetivo principal de los contratos administrativos. Por otra parte, la opinión mayoritaria indica que es aplicable en virtud a que no es admisible que al incumplimiento de una parte, la otra se vea obligada a proseguir con el convenio, pues caería en una injusticia.⁷²

La parte de la doctrina que apoya la aplicabilidad de la excepción lo hace en base a la premisa de que no es correcto que debido la prohibición de la *exceptio non adimpleti contractus*, y por tratarse de una necesidad de carácter público, el contratista deba cumplir la obligación de cualquier manera y a cualquier costa, sin importar los incumplimientos en los que pueda incurrir la administración; la legislación, apoya lo mencionado, buscando el equilibrio, proporcionalidad e igualdad entre partes.⁷³ Por lo mismo, ante un incumplimiento contractual, tanto la administración como el contratista, tienen el derecho para hacer cumplir lo convenido.

La tendencia que admite la posibilidad de invocar la excepción, lo hace en virtud a lo que según Eduardo Mertehikian se denomina “razonable imposibilidad”⁷⁴, toma en consideración que no sería justo que la administración reclame el cumplimiento de la prestación cuando ésta a su vez cae en inobservancia de sus obligaciones, pues debido a la carga financiera del contrato, en muchos de los casos el contratista no se encuentra en condiciones de hacerlo.

⁷¹ Miguel Marienhoff. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires : Abeledo Perrot, 2000. p. 376.

⁷² *Id.* p. 378

⁷³ *Id.* p. 380

⁷⁴ Eduardo Mertehikian. *Estudios sobre la contratación pública*. Buenos Aires : Ciencias de la Administración, 1996. p. 380

De igual forma, la administración también puede interponer la excepción, si ha cumplido su parte en la obligación, tiene el derecho a obligar al contratista que cumpla con la suya. Tales es el casos podemos observar en contratos que se celebran con el otorgamiento de anticipo o que se cumplen por etapas.

D. Vicios del contrato administrativo

Los vicios del contrato administrativo están directamente relacionados con los de las demás actuaciones administrativas, pues implica una conexión entre la normativa, principios y en general todo ordenamiento jurídico de carácter administrativo. No obstante, cabe mencionar que para suplir los vacios de esta normativa, en este ámbito de vicios contractuales, se aplica la legislación civil, pues no hay ninguna consideración referente en la ley que regula la materia, es decir la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Agustín Gordillo, menciona dos tipos vicios, de tipo subjetivo y a su vez de tipo objetivo estableciendo ciertos casos donde los mismos pueden presentarse. En la contratación administrativa los vicios de tipo subjetivo se bifurcan en: desviación de poder, arbitrariedad, error y dolo.

1. Desviación de poder: van dirigidos a tergiversar la finalidad de la contratación. Gordillo menciona a tres desviaciones del poder contractual de la administración: “finalidad personal, finalidad de beneficiar a un tercero, finalidad de beneficiar a la administración”⁷⁵.
2. Arbitrariedad: la arbitrariedad es la actuación administrativa sin sustento, el que se realiza a través de omisiones legales, Ihering definió a la arbitrariedad como “la injusticia del superior”⁷⁶

Estos vicios pueden darse a través de: “actos que prescinden de los hechos, actos que carecen de fundamentación normativa seria, actos ilógicamente

⁷⁵ Agustín Gordillo. Tratado de Derecho Administrativo. *Tomo III*. Buenos Aires : Fundación de Derecho Administrativo, 1999. p. IX-3.

⁷⁶ Ihering, Rudolph von. *La lucha por el Derecho*. Buenos Aires : Valleta Ediciones, 2da Edición 2004. p 85

motivados, falacias, entre otras hipótesis”.⁷⁷ La Constitución de la República afirma lo mencionado disponiendo en el artículo 76 literal l) lo siguiente:

Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.⁷⁸

3. Error: el error, puede viciar de tal manera que el acto sea nulo o anulable. En el primer caso, se puede llevar a cabo por medio de dos hipótesis; en primer lugar, cuando la voluntad de la administración resulte excluida o cuando el error sea sobre un aspecto importante del acto que denote que la administración en realidad no tuvo intención de dictar este acto⁷⁹. Mientras que el error puede ser subsanable cuando la intención de celebrar el contrato está clara a pesar de que se hayan omitido ciertos requisitos normativos, en este caso estamos frente a un error de menor gravedad. De esta manera lo contempla el Estatuto de la Función Ejecutiva en los artículos 129 y 130 donde establece las causales de nulidad de pleno derecho y anulabilidad.
4. Dolo: el dolo por su parte, puede estar a cargo del funcionario, del administrado o de los dos. Este dolo, debe darse de manera previa a la emisión del acto o del contrato y así mismo, debe ser determinante para la toma de la decisión.⁸⁰

Por otra parte, como ya mencionamos, también hay vicios de tipo objetivo en los contratos administrativos de los cuales, podemos distinguir tres clases. Son de tipo objetivo en razón a que a través de la forma de pronunciamiento de la voluntad, recaen sobre el objeto de la contratación.

1. Vicios en el origen de la voluntad: los autores, han considerado que en este punto se trata de dos casos, el funcionario de hecho y el usurpador.

⁷⁷ Agustín Gordillo. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III...*Op cit.*, p. IX-3.

⁷⁸ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 76. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008

⁷⁹ Agustín Gordillo. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III...*Op cit.*, p. IX-49, IX-50

⁸⁰ Id.p. IX-54

Funcionario de hecho es quien “ocupa un cargo ya sea con un nombramiento irregular o que no reúna las condiciones exigidas por la ley, que tenga vicios de competencia”⁸¹ lo que básicamente se resume en que actúe con una *apariencia* de legitimidad para su intervención.

Usurpador por su parte es quien asume la función sin tener ningún tipo de título, ni siquiera uno viciado, su diferencia es que no goza ni siquiera de la apariencia de legitimidad, pues sus actos son inexistentes. Cabe mencionar que como lo menciona Gastón Jeze, no se puede admitir que el ejercicio continuado de la función lo legitime.⁸²

2. Vicios en la preparación de la voluntad: estos vicios son aquellos que se dan cuando hay inobservancia de ciertos requisitos implantados por ley antes de emitir la voluntad administrativa.⁸³ Estos requisitos de los cuales habla la doctrina son los procedimientos precontractuales legales, los mismos que dependen del ordenamiento jurídico que se establezca, aquellos que varían dependiendo del tipo de contratación a utilizar. En nuestro país se toma en consideración principalmente el objeto contractual al igual que el monto de la contratación, en referencia al presupuesto anual del Estado.

3. Vicios en la emisión de la voluntad: Agustín Gordillo refiere a este tipo de vicios y los conceptualiza de la siguiente manera:

Vicios específicos ocurridos durante el proceso mismo de la emanación de la voluntad administrativa que le da vida al acto, es decir, vicios relativos a la producción o formulación de la o las voluntades que emiten el acto.⁸⁴

En este punto para aclarar la significación, podemos establecer un ejemplo en el caso de contrataciones del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, según la resolución A003, expedida el 19 de agosto del 2009, el Alcalde delega al Administrador General,

⁸¹ *Id.p.* IX-3

⁸² Gastón Jeze “*Derecho Administrativo*” Mauricio Sarria. *Contrato Administrativo*. Bogotá : Publicaciones CEIDA, 1970. p. 85

⁸³ Agustín Gordillo. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III...Op cit.*, p.IX-13

⁸⁴ *Id.p.* IX-14

Secretarios, Administradores Zonales y Unidades Autónomas ciertas competencias y atribuciones para autorizar el gasto público de la entidad, sin embargo, dependiendo del monto del contrato, se requiere la autorización previa del propio Alcalde para llevar a cabo una contratación y poder emitir la voluntad para celebrar un contrato. En definitiva, antes de dictarse un acto determinado, se requiere la autorización o conformidad de otra autoridad.

E. Los principios de ejecución contractual administrativa

Existen ciertos principios de ejecución en la contratación administrativa que lo diferencian de sobre manera de los contratos privados, aquellos que atienden al interés público que se busca satisfacer. Estos principios, rigen a los contratos durante la ejecución o su desarrollo. Los mismos son la continuidad y la mutabilidad o flexibilidad.

Empezaremos el análisis con el estudio del principio de continuidad, lo podemos describir como una atribución con la que cuenta la administración para la ejecución del contrato administrativo de manera continuada, es decir sin interrupciones, conservando la consecuencia lógica del contrato. Como resultado de la aplicación de este principio, si el contratista, por alguna razón, suspende la ejecución de su obligación, la administración “*tiene el deber de cumplir con la misma*, quedando autorizada la Administración, para en el caso de incumplimiento, ejecutar tal prestación por cuenta del contratista”⁸⁵

No obstante, como ya hemos explicado, hay excepciones a la aplicabilidad de este principio de continuidad, las mismas que deben ser justificadas, motivadas y evaluadas, como es el caso de situaciones de fuerza mayor y caso fortuito es decir, donde la equivalencia económica del contrato se mantenga inalterada.

El otro principio de ejecución de los contratos administrativos es el principio de mutabilidad o de flexibilidad al cual lo podemos definir como “la atribución de introducir modificaciones a las prestaciones de su contratista de manera unilateral”⁸⁶. Es una de las diferencias de carácter más notable con los contratos de naturaleza privada, pues deriva de una potestad estatal de naturaleza exorbitante. Sin embargo, esta potestad no carece

⁸⁵ Daniel Gómez Sanchis.” *Contratos Administrativos. Versión Clásica*”. Ismael Farrando. *Contratos Administrativos*. Buenos Aires : Abeledo Perrot, 2002, p.423

⁸⁶ *Ibíd.*

de limitaciones pues la modificación del contrato no debe implicar un perjuicio al contratista y, se debe asegurar el equilibrio entre el interés del particular tanto como el interés público. En definitiva, se busca proteger al sujeto privado de cualquier clase de ejercicio de naturaleza abusiva de esta potestad, evitando arbitrariedades.

El principio antes expuesto, encuentra su justificación ante la existencia de casos donde la administración ve la necesidad de introducir modificaciones a lo contenido en el convenio inicial por razones de interés público. Cabe resaltar, que la capacidad de flexibilidad de los contratos administrativos, debe hacerse en observancia de disposiciones que regulen la legalidad y la discrecionalidad de la actividad administrativa.

Podemos resumir que la aplicabilidad del principio de mutabilidad contractual depende de que concurren las siguientes condiciones:

- La modificación no puede obedecer a cualquier interés o beneficio, de manera que esa alteración de los términos pactados debe estar en función del fin público que inspira el contrato.
- La decisión de modificación debe estar suficiente y adecuadamente fundamentada.
- La modificación introducida por la Administración no puede alterar lo esencial del contrato, ni el equilibrio económico-financiero del mismo.
- La modificación no debe violar las limitaciones establecidas en cada ordenamiento en especial.⁸⁷

En conclusión, la administración pública, tiene potestades de control y dirección del contrato, por lo tanto, tiene el deber de fiscalizar y asegurar la continuidad de los servicios, efectuando lo necesario para que la ejecución del contrato sea óptima, coordinando las actividades propias, en colaboración de los contratistas. De esta premisa, surgen las prerrogativas únicas de la ejecución de los contratos administrativos, la continuidad y mutabilidad.

Cabe recalcar que ha pesar de que la administración pública tiene prerrogativas, éstas tienen límites, tanto legales como doctrinarios, lo que quiere decir que el contratista,

⁸⁷ *Id.* p. 427

no posee obligación alguna de soportar abusos de las potestades que al Estado se le han otorgado.

Para finalizar este capítulo, podemos recapitular diciendo que los contratos administrativos por su propia naturaleza, elementos y caracteres, son contratos de notable distinción en comparación a otros como los civiles y los comerciales. Por lo tanto, debido a su calidad y entes que lo celebran, tiene prerrogativas que sólo le pertenecen a la administración pública, así mismo, su ejecución y regulación varían, depositándolos en una categoría diferente de contrato. No obstante, al respecto, hay varias posiciones doctrinarias que serán analizadas en el capítulo siguiente.

CAPITULO 2

EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

1. Teorías respecto a la distinción de la naturaleza contractual

Una vez estudiados los conceptos y caracteres de los contratos administrativos, es pertinente analizar las teorías que los amparan. Cabe mencionar que doctrinariamente hablando, mucho se ha discutido en cuanto a la naturaleza de los convenios que celebra la administración pública, queriendo encajarlos en una especie de categoría por tal razón, se ha efectuado la primera bifurcación en posiciones doctrinarias, la corriente que abraza la tesis de la inexistencia de los contratos administrativos y la opuesta, que los reconoce como tal.

l) Inexistencia de los contratos administrativos:

El debate, se agrupa única y exclusivamente en la naturaleza jurídica del acto con el cual se reconoce y celebra la relación de la contratación, argumento que no debe confundirse con el hecho de que la administración pueda recurrir a los particulares para la satisfacción de las necesidades estatales a través de la adquisición de bienes, obtención de servicios construcción de obras, entre otros. No obstante, si bien existe una multiplicidad de autores que apoyan la posición, lo hacen mediante justificativos diferentes los cuales analizaremos a continuación.

a) El primer justificativo de la tesis de la inexistencia de los contratos de la administración es la que afirma la idea de que el Estado impone su voluntad al administrado, por lo cual es contraria a la concepción general de la autonomía de la voluntad de las partes.

Esta tesis, es apoyada por el tratadista Otto Mayer, el cual es citado por Jorge Escola en su tratado. Éste doctrinario caracteriza a los contratos administrativos como actos de sumisión con lo que fundamenta que: “se restringen las cargas obligaciones y cesiones que, según nuestros usos, podrían ser igualmente impuestos por un contrato de derecho civil. Por eso se los llama contratos aunque en su estructura jurídica no lo sean”.⁸⁸

Mayer, señala que el contrato administrativo es un simple acto administrativo cuya eficacia está sujeta al consentimiento del particular⁸⁹. Por lo tanto, se opone a la existencia de un vínculo contractual puesto que asemeja la relación jurídica a los actos administrativos que son eficaces solo con el consentimiento del interesado, no hay acuerdo de voluntades.

Juan Pablo Aguilar⁹⁰, citando a Fleiner se adhiere a la doctrina antes mencionada explicando que, en cualquier tipo de contrato, las partes contratantes deben poder expresar su voluntad de manera equivalente, situación que varía en los contratos administrativos en razón de las prerrogativas propias de ostentar tal calidad.

De la misma manera, el autor italiano D’Alessio expone su criterio argumentando que la intervención de un particular en un acto administrativo no le cambia de naturaleza unilateral, en razón a que la voluntad del particular no tiene repercusión alguna sobre su existencia y validez; menciona que: “La administración tiene una personalidad única de derecho público, no celebra contratos pues procede siempre de actos unilaterales que pueden ser de derecho público o de derecho privado”.⁹¹

De lo expuesto, se puede afirmar que el fundamento base es la falta de la autonomía de la voluntad e igualdad contractual. Respecto a lo primero, el contrato, supone el consentimiento o libre manifestación de la voluntad de las dos partes; sin embargo, la

⁸⁸ Jorge Escola. *Tratado integral de los Contratos Administrativos*. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1977 p. 34-35

⁸⁹ Miguel Angel Bercaitz. *Teoría del Contrato Administrativo*. 2da. Edición. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1979. p. 66

⁹⁰ Juan Pablo Aguilar. *La Naturaleza de los Contratos Administrativos*. Tesis Doctoral. Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

⁹¹ Andrés D’Alessio. *“Instituciones de Derecho Administrativo”*. . Enrique Sayagués Laso Turín. 1949. p. 531.

administración, por su naturaleza desvirtúa este principio contractual, tanto por sus principios como por su actuación reglada y esencia normativa.

b) Por otra parte, la negación de la existencia de los contratos administrativos tiene también como cimiento la desigualdad jurídica de la relación contractual. En los contratos en general, las dos partes intervienen de manera libre y voluntaria para manifestarse; no obstante, en esta relación administrativa, según la teoría que estamos analizando, la relación entre el ente administrativo y el particular no es equitativa, puesto que el estado tiene una supremacía, prerrogativas y privilegios en razón a su propia naturaleza.

c) Otro de los argumentos utilizados para la negación de la existencia de estos contratos son los que aducen que estos, son contratos de derecho común, el mismo sostiene que la administración utiliza los medios que de forma civil se colocan a disposición de los particulares.⁹²

Es en Francia, donde algunos autores como Hariou y Duguit señalan que los contratos administrativos y los de derecho común carecen de diferencias y destacan que tienen elementos idénticos entre sí. De la misma manera, en Italia Cammeo y Ranneleti mencionan que en la contratación administrativa, al igual que en el derecho común, hay dos manifestaciones unilaterales de voluntad independientes entre sí, la una pertenece al particular y la otra a la administración⁹³

Este argumento, tiene como base la idea de que la administración se vale de los mismos medios que el Código Civil pone a disposición de los particulares en virtud a la gestión de los negocios que mantiene. Fleiner, respecto a lo mencionado, cree que el Estado, puede utilizar ya sea en su objeto, prestaciones, medios financieros o entre otros, a los contratos civiles, donde obra al igual que un particular.⁹⁴

⁹² Nelly Arenas et al. *Regimen Legal de los Contratos Administrativos*. Bogotá : Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconomica, 1980.p.45

⁹³ Cfr. Escola, Héctor Jorge. *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*. Vol. I. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1977. p.35

⁹⁴ Cfr. Fritz Fleiner. *Instituciones del derecho administrativo*. Madrid-Buenos Aires : Labor, 1933

d) La siguiente corriente considera que no debe haber una categoría diferenciada de los contratos administrativos en virtud a que este tipo de contratos gozan de un carácter mixto, es decir, se encuentran regulados tanto por el derecho privado como por el derecho administrativo. El autor Brewer Carías es el que toma en cuenta esta tesis.

Brewer Carías, es quien sostiene que los contratos que la administración celebra, no pertenecen a una categoría distinta, pues son como cualquier otro contrato. Da a entender, que todos los contratos de la Administración tienen un régimen mixto es decir, de derecho público y de derecho privado, una parte, es común a todos los contratos y es de derecho privado, mientras que otra pertenece al derecho público según la finalidad de servicio público perseguida por la Administración. Pero ello, no implica distinción alguna ni régimen diferente. Menciona el mismo autor que las prerrogativas y la gestión del interés general pueden cambiar las condiciones de ejecución, o hasta cierto punto de celebración del contrato pero éste igual tendrá elementos de derecho privado.

En efecto, el autor mencionado, en cuanto a la regulación mixta y a la no diferenciación contractual explica que:

El orden jurídico de derecho público que les es aplicable, a los contratos del Estado, como todo contrato es que se rigen básicamente por las cláusulas establecidas en el texto del contrato mismo, y por las normas del Código Civil, siendo éste de aplicación supletoria, en el sentido que sus normas rigen aquellas materias no reguladas expresamente por las partes en el texto contractual. En consecuencia, las partes en los contratos del Estado, salvo las cláusulas obligatorias constitucional o legalmente establecidas y las previsiones de leyes específicas que regulen materias de orden público, en principio tienen completa libertad para establecer el contenido de sus obligaciones y relaciones contractuales en las cláusulas que estimen conveniente a sus intereses particulares, sin estar sujetas a las regulaciones generales o específicas del Código Civil.⁹⁵

De acuerdo a esta posición, la no categorización como un contrato diferente responde a que las actividades de la administración pública están sujetas tanto al derecho público como al derecho privado, en un grado de preponderancia que varía de acuerdo con sus finalidades contractuales. Por lo tanto, dependiendo del objeto los contratos públicos

⁹⁵ Allan Brewer-Carías. *Sobre los Contratos del Estado en Venezuela*. México : Revista Mexicana Statum Rei Romanae de Derecho Administrativo, 2011, Vol. No. 6 p.5

según el autor, están siempre sometidos tanto al derecho público como al derecho privado.

e) Existe la tendencia que apoya la inexistencia de los contratos administrativos pero en base a la premisa de que la administración actúa con colaboración de un particular, sin embargo esta postura niega que se trate de un contrato puesto que es la administración quien impone las condiciones, donde el particular es quien las acepta o no.

Esta actividad, es denominada por la doctrina como *acuerdos*, a los que se los considera como tal en virtud a que poseen una regulación estatal que desequilibra la voluntad contractual, puesto que las dos partes, no tienen la misma fuerza jurídica para la formación del acuerdo. Se considera, que ésta es una institución bilateral y consensual, no obstante, debido a que las condiciones son determinadas por la administración, la afectación a la autonomía de la voluntad impide a que pueda llegar a ser un contrato.⁹⁶

f) Existe una teoría, que denomina a esta relación jurídica como *actos condición*, aquellos que solamente pueden ser celebrados por la administración pública. Estos actos condición, crean una situación jurídica de carácter objetiva y reglada.

Manuel María Diez, aunque no apoya a la teoría antes descrita establece una clara distinción entre los conceptos de contrato y de acto condición. En el contrato, hay una serie de obligaciones y derechos que no son por su naturaleza modificables, además, se rigen por la plena autonomía de voluntad de las partes. Por otro lado, el acto condición posee una reglamentación externa que puede ser modificada o derogada por la administración haciendo mutar al acto sin contar con la voluntad de los intervinientes en la relación jurídica.⁹⁷ En definitiva, el acto condición tiene que sujetarse a ciertos requisitos y condiciones que establece la ley; modificándose de ser el caso de conformidad a la legislación.

⁹⁶ Pedro Guillermo Altamira. *Curso de Derecho Administrativo*. Buenos Aires : De Palma, 1971. Edición postuma. p. 506.

⁹⁷ Manuel María Diez. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires : Bibliografica Argentina, 1967. Tomo II. p. 217

g) Otra fundamentación doctrinaria es la Idea de que estas convenciones que celebra la administración pública no se tratan de contratos, sino que son actos administrativos coadyuvantes, lo que quiere decir que dos actos logran el concierto de las voluntades, existe un acto principal, y otro secundario coadyuvado.

Para esta teoría, se concretan dos actos unilaterales y distintos, donde el un acto constituye condición de la eficacia del otro. El acto de la administración, es el que asume la posición de acto principal mientras que, el acto del contratista es el secundario que efectiviza el primer acto. Por lo tanto, la relación jurídica se da a través del convenio de voluntades entre la administración y otro interviniente pero, tales voluntades se concretan en dos actos distintos y unilaterales.⁹⁸

h) La tesis del fin perseguido por la administración también forma parte de la negociación a la existencia de los contratos administrativos, dependiendo del fin o de la prestación objeto del acuerdo, se designa el derecho aplicable a la relación jurídica, no se diferencian los contratos como tal.

De esta postura, se desprende que la base para la aplicación del derecho administrativo es la prestación de un servicio público, no obstante, esta tesis, va perdiendo vigencia y está cargada de una multiplicidad de críticas en virtud a que la celebración de contratos de carácter administrativo, no se limita únicamente a la prestación de un servicio público, el mismo que como institución jurídico administrativa tiene como única finalidad la de satisfacer “de manera regular, continua y uniforme, necesidades básicas de carácter esencial, básico o fundamental”⁹⁹

Según este criterio, en los casos donde el fin perseguido por la administración es la prestación de un servicio público, debe aplicarse el derecho administrativo; mientras que cuando el contrato persiga una finalidad diferente, se asume que la relación jurídica tiene

⁹⁸ Guido Zanobi. *Curso de Derecho Administrativo*. Buenos Aires : De Palma, 1971. Edición Postuma.p. 496.

⁹⁹Jorge Fernandez Ruiz. *Diccionario de Derecho Administrativo*. México : Editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. p 251.

el carácter de gestión económica de la administración, donde debe aplicarse el derecho privado.¹⁰⁰

i) Existe una teoría que niega la existencia de los contratos administrativos en virtud a la peligrosidad jurídica que implica la categorización del contrato administrativo como diferente, con consecuencias que van más allá de la legalidad y seguridad jurídica. El autor Mairal, es el exponente de esta postura doctrinaria.

Mairal, cuestiona la posibilidad de construir una teoría general del contrato administrativo en relación a las prerrogativas estatales, menciona puede dar cabida a un excesivo poder de la administración pública con reglas que subordinen al administrado frente al Estado.¹⁰¹ La teoría del contrato administrativo, será peligrosa pues carece de una definición precisa que permita conocer de manera previa y con certeza, cuáles son las disposiciones, derechos y obligaciones derivados de un contrato administrativo, en razón a que el derecho administrativo según el autor es de naturaleza exorbitante.

Esta opinión la comparte el tratadista Barra, quien afirma que en los países relacionados con el derecho francés o que su desarrollo jurídico provenga de ese país, se percibe un sistema jurídico exorbitante, el mismo que se diferencia de sobre manera del derecho "common law" o sistema anglosajón donde no existe la superioridad jurídica de la Administración. Es por esto que de acuerdo al modelo francés, nos encontramos ante un contrato donde sus partes intervinientes no se encuentran en posición de igualdad.¹⁰²

Estas son las principales teorías que niegan la existencia de los contratos administrativos con sus respectivos argumentos. No obstante, la doctrina mayoritaria cree que estos contratos existen en la vida jurídica del derecho administrativo. A continuación, analizaré los fundamentos de lo expuesto.

II) Existencia de los contratos administrativos

¹⁰⁰ Manuel María Díez. *Derecho Administrativo. Op. Cit.*, p. 227.

¹⁰¹ Mairal, Herctor. *De la peligrosidad e inutilidad de una teoría general del contrato administrativo. El aporte de la crítica a la evolución del derecho administrativo.* p.179-300

¹⁰² Rodolfo Barra. *La sustantividad del contrato administrativo...* *Op. Cit.*, p1.

La corriente mayoritaria de la doctrina se pronuncia a favor de la existencia de los contratos administrativos y en la actualidad, se reconoce la procedencia de esta figura con características propias e individuales que lo diferencian de aquellos contratos celebrados en el ámbito del derecho común. De acuerdo a una buena parte de la doctrina jurídica podemos decir que existe indudablemente la posibilidad de que existan contratos “Administrativos” propiamente dichos, celebrados ya sea entre entes públicos o entre la administración y los particulares.

En España, se ha tratado el tema de la existencia de los contratos administrativos, el autor Garrido Falla, acepta la existencia de los contratos administrativos y afirma que no hay duda de que la teoría de los elementos de la contratación administrativa puede establecerse sobre las mismas bases de los contratos civiles adaptados a las necesidades del Estado. El autor, llega a esa conclusión a partir del reconocimiento de que la Administración Pública tiene la capacidad para ser sujeto activo o pasivo en relaciones jurídicas en derecho privado, por lo tanto, su fundamento son los principios de derecho civil a través del análisis de los elementos esenciales del contrato: “objeto posible, lícito, determinable y cierto, sujeto capaz, causa y en algunos casos, la forma”, concluyendo así que tales principios resultan plenamente aplicables a los contratos celebrados por la Administración¹⁰³.

Al respecto, García Oviedo se manifiesta dirigiendo su línea de pensamiento a que la contratación constituye un medio que dispone la Administración “para el cumplimiento de sus fines de interés público (...) a través de una forma jurídica paccionada, convencional que es típica del derecho privado”¹⁰⁴, en definitiva, admite que la administración pública pueda celebrar contratos con los particulares, es decir tiene capacidad contractual. Por otra parte, si bien para estos autores la base viene del derecho civil, los contratos administrativos son diferentes ya que también se regulan por normas de derecho público.

¹⁰³ Fernando Garrido Falla. *Tratado de Derecho Administrativo*. Editorial Tecnos, Madrid, 1989, p. 35.

¹⁰⁴ Carlos García Oviedo. *Derecho Administrativo*. Madrid, tercera edición, 1951 p.53

En Italia también se ha discutido sobre el tema, el autor Zanobini, en cuanto a la existencia de estos contratos explica que: “Se admite la posibilidad jurídica de que existan contratos administrativos, como instituto distinto de los contratos civiles, aunque refiriendo a las previsiones que al respecto existan en el derecho positivo”. Por lo tanto, se debe tener en cuenta al reconocimiento que la legislación le otorgue a los contratos celebrados por la administración pública.¹⁰⁵

El autor Cino Vitta, por su parte, reconoce la posibilidad de que exista una categoría de contratos entre la administración pública y los particulares regida por el derecho público. Señala que la posición jurídica de las partes se encuentra establecida desde el principio de la relación contractual, debido a que en los contratos administrativos, la administración actúa con supremacía en razón a la finalidad pública que persigue y a las potestades que se le otorgan por su calidad.¹⁰⁶

Marcel Waline, doctrinario francés, apoya a esta fundamentación jurídica y se manifiesta a favor de la existencia de los contratos administrativos, explica que esta es una figura peculiar en el derecho administrativo, pues tiene tintes particulares y únicos. Como consecuencia, su existencia y validez se reconoce claramente, este autor menciona que los contratos administrativos poseen un régimen jurídico especial, que tiene su origen en la existencia de un interés público.¹⁰⁷

A su vez, mas direccionados a la realidad ecuatoriana, existen algunos autores argentinos y venezolanos que opinan respecto al tema, pronunciándose a favor de la tendencia que venimos explicando, pero con matices y perspectivas diferentes. Manuel María Diez, tratadista argentino, señala que: “El contrato es una institución de carácter general, que corresponde a todo el derecho, aunque es en el derecho civil donde ha alcanzado una aplicación más depurada, no por eso deja de ser una institución aplicable

¹⁰⁵ Guido Zanobini. Corso di diritto amministrativo. Apud Escola, *Op. cit.*, p. 54

¹⁰⁶ Cino Vitta. “Diritto amministrativo”. Miguel Angel. *Teoría general del contrato administrativo*. 2da edición. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1979, p. 180-181

¹⁰⁷ Waline, Marcel. *Traité de Droit Administratif...* Op., cit., p. 50.

al derecho administrativo” por lo tanto, reconoce la existencia de los contratos administrativos desde una perspectiva contractual general.¹⁰⁸

En Venezuela, por el contrario, la mayoría de los autores se inclinan por aceptar la existencia de los contratos administrativos de una manera diferente a la perspectiva argentina, pues lo consideran como una categoría contractual distinta de los convenios de derecho común, pues consideran que tienen características propias del derecho administrativo.

El tratadista venezolano Farías Mata, refiriéndose a los rasgos característicos del régimen de los contratos administrativos menciona que estos contratos “aparecen fundamentalmente concretados, (...) en dos direcciones: de una parte, el atentado que dicho régimen supone contra los principios básicos de la técnica contractual del derecho privado, el de la *libertad contractual* y el de la *igualdad de las partes*”.¹⁰⁹ Pues en estos contratos, no podemos negar la realidad de que la administración pública actúa con imperium o supremacía. En la práctica, hay una desigualdad que somete a uno de ellos a la voluntad del otro (administración).

Tomando en cuenta los dos extremos, por un lado, la base en ciertos principios de derecho civil, y por el otro, las consideraciones de derecho público, se encuentra la particular teoría del contrato administrativo.

2. La gradación de los diversos contratos de la administración

Algunos autores, piensan que los contratos que celebra la administración de manera general se pueden dividir en tres categorías, no podemos considerar dos polos de regímenes completamente diferentes, estos deben complementarse, ayudando a la administración a que amparada bajo un determinado régimen jurídico, pueda perseguir sus finalidades, utilizando a la legislación de una manera integral.

¹⁰⁸ Manuel María Diez. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires : Bibliografica Argentina, 1967. Tomo II.p. 133

¹⁰⁹ Luis Farías Mata. *La Teoría del Contrato Administrativo en la Doctrina, Legislación y Jurisprudencia Venezolanas*, en Homenaje a Antonio Moles Caubet, Caracas. p. 935-971.

Según Agustín Gordillo, podemos distinguir al menos tres tipos principales de regímenes jurídicos de contratos celebrados por la administración, a saber:

1. Los mas próximos al derecho privado:

Podemos empezar con los contratos celebrados con mayor cercanía a la esfera del derecho privado, aquellos contratos que tienen una mayor dosis de derecho común¹¹⁰. Y como consecuencia inmediata igualdad entre las partes intervinientes y régimen legal diferente. Sin embargo, no por ello se convierten totalmente en contratos privados, la autonomía de la voluntad se encuentra restringida y además la administración pública siempre va a tener prerrogativas especiales.

En definitiva, este tipo de contratos contienen mayores disposiciones de derecho privado aun cuando posean a su vez normas sustantivas de derecho público, las mismas que se apegan a la naturaleza de la administración pública.

En el Ecuador, la administración pública puede celebrar este tipo de contratos parcialmente regidos por el derecho privado, sin embargo, siempre se contará con la presencia del derecho público en mayor o menor grado. Tal es el caso de los contratos civiles de servicios profesionales consagrados en la Ley de Servicio Público, como su nombre lo indica son de carácter civil aunque posean ciertas disposiciones de derecho público contempladas en la Ley Orgánica del Servicio Público y su reglamento.

2. Régimen Intermedio:

Este tipo de contratos se rigen por un derecho administrativo de coordinación o de cooperación entre la administración pública y el contratista. Este tipo de relación contractual puede surgir de dos fuentes; ya sea por determinación expresa o implícita de la ley o, por la voluntad de las partes.¹¹¹

¹¹⁰ Agustín Gordillo. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires : Fundación de Derecho Administrativo, 2000. p. IX-18

¹¹¹ *Id.* p. IX-18

En cuanto a la evolución de estos contratos, el mismo autor explica que “tomaron forma y crecieron al amparo del extendido sector público de la economía que existió hasta fines de la década del 80 del siglo XX.”¹¹² Por lo tanto, esta contratación es de corriente moderna.

3. Contratos de derecho administrativo severo:

La noción de derecho administrativo severo va dirigida a la amplitud de la contratación estatal, la misma que se restringe por la necesidad de tutelar el interés público. En este caso, el Estado es el que en general presta los servicios en condiciones monopólicas o de exclusividad. Esta contratación esta sometida a un derecho administrativo estricto, de subordinación. Gordillo explica el tema y menciona que el mismo “emerge de la interpretación constitucional restrictiva del monopolio o privilegio de servicio público y de la consecuente necesidad de tutelar el derecho del usuario, privado de libertad de contratación”¹¹³

Sus efectos ante los terceros son sustantivos, constantes y permanentes, situación que se configura como la causa a las limitaciones que jurídicamente se imponen a quien presta el servicio. El interés público sobrepasa los límites y llega a restringir al interés privado, de cierta manera afectándolo.

Este tipo de contratación se observa en países con corriente política de izquierda, donde el Estado debe cumplir el papel de paternalista, ofreciendo monopólicamente todos los servicios básicos para el desarrollo de los administrados, es un régimen peligroso, que restringe libertades y capacidad de desarrollo.

¹¹² *Ibíd.*

¹¹³ *Ibíd.*

3. ¿Existen contratos como categoría diferenciada de contratos de derecho público?

Cabe mencionar bajo este punto que existen doctrinariamente dos clases de contratos de derecho público, a saber, contratos de derecho público internacional, y los contratos de derecho público interno, contratos a los que nos hemos referido a lo largo de la tesina y a los únicos que nos referiremos. Como ya hemos analizado, estas relaciones jurídicas son las celebradas por la administración pública y otros entes o particulares para determinados fines o funciones estatales. Ahora, solventemos la interrogante, ¿Los contratos administrativos constituyen una especie dentro de los contratos de derecho público o se tratan de contratos de derecho común?

Esta interrogante surge a raíz de plantear una solución para el siguiente problema: en caso de duda ¿un contrato se debe resolver bajo las nociones del derecho administrativo o por el contrario de derecho civil? ¿Debe considerarse un contrato administrativo o por el contrario de derecho común?

Al respecto, hay opiniones divididas, pues la doctrina por una parte apoya la noción de que debería asumirse que: “Cuando la Administración recurre a la vida contractual, se coloca bajo el imperio del derecho privado, que rige los libres acuerdos de voluntad y que, en consecuencia, el carácter *administrativo* que contradiga esa presunción natural exige, para ser aceptado, la prueba de ciertas particularidades”¹¹⁴. En consecuencia, según esta línea de pensamiento, utilizada por Vedel, citando un fallo del Tribunal de Conflictos de Francia, se entiende que para que se aplique la noción de *contrato administrativo*, es necesario que justifique el carácter de administrativo pues este, se presume privado.¹¹⁵

No obstante, no compartimos esa ponencia. Según el autor, los contratos que celebre la administración se deben reputar privados salvo que se demuestre lo contrario. Lo mencionado, es fundamentado, bajo dos razonamientos que Marienhoff aporta.¹¹⁶

¹¹⁴ Miguel Marienhoff. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires : Abeledo Perrot, 2000. p.87

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ *Id.* p. 87-89

En primer lugar, porque los acuerdos de voluntad, no siempre están regidos por el derecho privado, también se permiten este tipo de acuerdos en el derecho público, bajo sus propias modalidades y respectivas limitaciones; recordemos que en el derecho público sólo se puede realizar lo permitido por la ley, conforme lo establece el principio de legalidad recogido en el artículo 226 de la Constitución de La República. Cabe mencionar que en el derecho privado también existen limitaciones, tal es el caso del orden público que actúa como restricción a la libertad contractual. En síntesis, en ninguna de las áreas del derecho la libertad para contratar es ilimitada, siempre hay salvedades a la expresión de la voluntad, que pertenecen a la naturaleza propia del campo del que se trate.

La corriente doctrinaria opuesta establece que las actuaciones de la administración pública de manera propia y natural están regidas por el derecho público, entonces la presunción debe ir a favor del derecho administrativo; solo de manera excepcional sale de su ámbito y actúa en el derecho privado.

Empero, hay contratos que en caso de duda, se los puede considerar como privados en virtud a su esencia, tal es el caso de los contratos donde la administración pública actúa fuera de su esfera de entidad estatal, por ejemplo en condiciones donde la administración contrata dentro de la actividad comercial o industrial, o en contratos regulados por la ley de la materia.

4. Teorías para distinguir los contratos administrativos e interés práctico de la distinción

Como hemos analizado hasta aquí, de acuerdo a mi postura, los contratos en ejercicio de la función administrativa poseen un régimen jurídico único y diferente que los ubica en una categoría completamente distinta a los contratos de derecho privado. Doctrinariamente se han planteado diversas teorías para determinar las diferencias entre el contrato de naturaleza administrativa y el contrato privado, las mismas que se estudiarán a continuación:

i. Teoría de la jurisdicción:

Esta teoría tiene su base en el criterio de la jurisdicción competente, dice que hay contratos administrativos cuando la jurisdicción competente es la de los tribunales de lo contencioso administrativo. Sin embargo, existen críticas a esta teoría, de acuerdo a José Luis Correa “se confunde el efecto con la causa pues la competencia es una consecuencia de la naturaleza de la relación”¹¹⁷.

En el Ecuador, por regla general los conflictos en los que el Estado o la administración pública es parte, se sustancian ante la jurisdicción administrativa salvo los casos expresamente establecidos por ley. La Constitución de la República contempla lo antes mencionado en el numeral 16 del artículo 326.

(...) En las instituciones del Estado y en las entidades de derecho privado en las que haya participación mayoritaria de recursos públicos, quienes cumplan actividades de representación, directivas, administrativas o profesionales, se sujetarán a las leyes que regulan la administración pública. Aquellos que no se incluyen en esta categorización estarán amparados por el Código del Trabajo; (...) ¹¹⁸

A su vez, el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 217 numeral 4 hace referencia expresa a los contratos administrativos y menciona que:

Art. 217.- Corresponde a las juezas y jueces que integren las salas de lo contencioso administrativo:

(...) 4. Conocer y resolver las demandas que se propusieren contra actos, contratos o hechos administrativos en materia no tributaria, expedidos o producidos por las instituciones del Estado que conforman el sector público y que afecten intereses o derechos subjetivos de personas naturales o jurídicas; inclusive las resoluciones de la Contraloría General del Estado, así como de las demás instituciones de control que establezcan responsabilidades en gestión económica en las instituciones sometidas al control o juzgamiento de tales entidades de control. Igualmente conocerán de las impugnaciones a actos administrativos de los concesionarios de los servicios públicos y de todas las controversias relativas a los contratos suscritos por los particulares con las instituciones del Estado;(...)

El tratadista Devis Echandía, citado en una jurisprudencia ecuatoriana de la Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y lo Mercantil se pregunta:

¿Que criterio general debe seguirse para determinar si un asunto corresponde a la jurisdicción ordinaria o a la contencioso administrativo? Creemos que lo mejor es el

¹¹⁷ José Luis Correa. “Contratos Administrativos. Versión Clásica”. Ismael Farrando. *Contratos Administrativos*. Buenos Aires : LexisNexis. Abeledo-Perrot, 2002. p. 286

¹¹⁸ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 326. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

criterio de la naturaleza de la actividad desplegada por la entidad pública y no el de la forma como esta actividad aparece ejercida. Si es de derecho privado, corresponde a la jurisdicción ordinaria; y, por el contrario, se trata de una actividad de derecho público, el asunto corresponde a la jurisdicción contenciosa, sin que importe la forma que haya adoptado, es decir, si es acto administrativo escrito (decreto, resolución, oficio, ordenanza, acuerdo, liquidación de impuestos) o simple omisión, hecho u operación administrativa.¹¹⁹

En consecuencia, la Sala menciona que: “debemos identificar "la naturaleza de la actividad desplegada por la entidad pública", en el caso, el actor, que en virtud del principio dispositivo es quien fija los límites de la controversia”¹²⁰

De igual forma, existe otro fallo de la Sala Civil y Mercantil que afirma lo que venimos analizando, la Corte en relación a los contratos administrativos informa que:

El procedimiento aplicable será el previsto en la Ley de la materia. Por tanto, a partir del 31 de diciembre de 1993, son los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo los competentes para conocer de toda controversia que se derive de la Ley Contratación Pública, que reemplazó a la Ley de Licitaciones.¹²¹

ii. Teoría sobre la forma de la contratación:

En esta teoría, la distinción se efectúa conforme a la celebración del contrato y el criterio formal de la misma. José Luis Correa, en el libro de Ismael Farrando diferencia a los contratos de derecho público y a los de derecho común de una manera muy sencilla y un tanto simple. Menciona que el contrato administrativo es aquel que: “se celebra respetando las formas especiales establecidas en el derecho público”¹²² y los distingue de los contratos civiles definiéndolos como “aquellos que se celebran siguiendo el procedimiento de la contratación civil”¹²³.

¹¹⁹ Hernando Devis Echandía. *Teoría General del Proceso*. Editorial Universidad, Buenos Aires, 2002 p. 110.

¹²⁰ Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Civil, Mercantil y Familia. Gaceta Judicial. Año CX. Serie XVIII, No. 8. 6 de julio de 2009

¹²¹ Sala de lo Civil y Mercantil. *Controversias por Contratos Públicos*. Gaceta Judicial. Año XCVI. Serie XVI. Nro. 5. P. 1134. Quito, 9 de abril de 1996.

¹²² José Luis Correa. “*Contratos Administrativos. Versión Clásica*”... *Op cit.*, p. 286

¹²³ *Ibíd.*

La teoría afirma que la contratación administrativa posee un procedimiento de contratación completamente diferente al de la contratación privada. La contratación administrativa en nuestro país posee dos fases: la precontractual y la contractual o de ejecución, así lo dispone la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; mientras que la forma de contratación privada se regula de conformidad a las disposiciones del Código Civil.

iii. Teoría de la calificación legal:

Este criterio responde al régimen jurídico aplicable a los contratos, por lo tanto, son contratos administrativos aquellos que son calificados como tal por la normativa, es decir por el derecho positivo, es decir, de conformidad a la voluntad legislativa.

Algunos autores, piensan que el contrato administrativo está sujeto a un régimen jurídico especial, y como consecuencia estamos ante la presencia de un contrato administrativo cuando éste contiene prerrogativas para la administración, las mismas que son inusuales e ilícitas en un contrato de derecho privado.

Gabino Fraga discute al respecto y menciona que en los contratos de derecho administrativo, el ente público mantiene su poder y sus potestades en resguardo del interés general que le obliga a utilizar una técnica contractual diferente. En cuanto a la aplicación del derecho privado menciona que este es utilizado en condiciones cuyos actos no se vinculen estrechamente al cumplimiento de sus atribuciones de carácter público, es decir da a entender en el caso de una normal gestión de negocios.¹²⁴

Esta teoría señala dos formas de calificación legal:

1. Señalamiento del carácter público o privado de una convención de forma directa, es decir, la norma expresa claramente cuáles contratos son administrativos.

¹²⁴ Cfr. Gabino Fraga. "*Derecho Administrativo*". México : Editorial Porrúa, 1960. p. 418

2. Por medio de un señalamiento indirecto cuándo la ley determina la competencia a los tribunales administrativos, o dispone que la justicia ordinaria conozca las controversias en un supuesto litigio.¹²⁵

La Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública contiene una calificación legislativa de los contratos administrativos, el artículo 60 dispone que: “Carácter de los Contratos.- Los contratos a los que se refiere esta Ley celebrados por las Entidades Contratantes, son contratos administrativos”¹²⁶

En definitiva, la calificación legal es importante para determinar un régimen jurídico especial de los contratos administrativos, sin embargo pienso que la sola calificación no es suficiente pues puede responder a la voluntad legislativa, por lo tanto, esta calificación legal debe ir acompañada del análisis de la naturaleza y del objeto de la contratación.

iv. Teoría Finalista:

Esta teoría diferencia a los contratos de acuerdo a su fin, es decir que hay un contrato administrativo cuando la finalidad sea la prestación de un servicio público o el fin de utilidad pública. Esta es la teoría más criticada por lo amplio e impreciso del concepto. El servicio público es un concepto que a lo largo de los años ha tratado de esquematizarse, no obstante sin mayores resultados, sugiriendo ideas que no son muy concretas, y, se adecuan a quien aplica a la realidad el concepto.

La noción más cercana a la finalidad pública que se persigue en los contratos administrativos es la que ha expuesto Gabino Fraga, considera que el carácter de administrativo se lo debe a un interés público es decir una utilidad social. Por lo que da a entender que la referida definición no responde necesariamente a la satisfacción de las necesidades colectivas.¹²⁷

¹²⁵ Cfr. Nelly Arenas et al. *Régimen Legal de los Contratos Administrativos*. Bogotá : Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, 1980. p. 45

¹²⁶ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 60. Registro Oficial Suplemento 395. 04 de Agosto de 2008

¹²⁷ Gabino Fraga. *"Derecho Administrativo"...* Op cit., p. 419

v. Teoría de las cláusulas exorbitantes

Tal como lo menciona el nombre, se considera que un contrato es de naturaleza administrativa cuando el mismo contenga cláusulas exorbitantes que no se presenten en el derecho común, puesto que en esta área, las cláusulas de este tipo resultarían ilícitas y se las considera nulas. Esta distinción, debe tener sustento en la ley aplicable y en la redacción contractual.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su reglamento y los pliegos obligatorios del Instituto Nacional de Contratación Pública establecen a las multas como cláusulas obligatorias, éste es un claro ejemplo de una cláusula exorbitante presente en los contratos administrativos.

vi. Teoría del criterio de subordinación

Esta teoría explica básicamente que en los contratos administrativos, debido a las prerrogativas que el Estado mantiene, hay un criterio de subordinación de la entidad contratante al contratista, según la teoría, este tipo de contratos se caracterizan por la desigualdad de las partes, ya que la administración concurre en su condición de poder y el contratista con sus intereses privados y particulares se coloca bajo un plano de subordinación.¹²⁸

Actualmente, la teoría de la subordinación ha ido evolucionando para suprimir la sumisión en la que se encuentra el particular, debido a ese supuesto, se dice que ahora el particular actúa en relación de colaboración con la administración pública.

vii. Teoría según el carácter en que obra la administración

¹²⁸ José Luis Correa. “*Contratos Administrativos. Versión Clásica*”... *Op cit.*, p. 286

Esta corriente de pensamiento apoya a la teoría clásica, que se ha alejado de los criterios de distinción entre los contratos administrativos y los de derecho común, esta tendencia asume que existen contratos que se ejercen en función administrativa y otros que no se celebran bajo esta función. Considera la teoría clásica, que el Estado tiene una función diferenciada y de acuerdo a la función en la que se encuentre, se sujeta al régimen administrativo o al del derecho común.

Sin embargo, la postura es criticable en razón a que a mi criterio, la administración siempre actúa en función a su potestad administrativa, nunca puede quitarse el revestimiento de esta función que le ha sido otorgada, es una potestad irrenunciable y exclusiva del Estado. El Estado actúa con una personalidad jurídica única en ejercicio de la función administrativa que detenta, la misma que de conformidad a la naturaleza de la actuación se la puede sujetar a regímenes diversos, tanto de derecho público como de privado, lo que no implica una doble función.

La jurisprudencia ecuatoriana ha reconocido la posibilidad de que la administración pública celebre tanto contratos de carácter administrativo como contratos sujetos al derecho privado, distinguiendo la especialidad de ciertas materias. La primera Sala de lo Civil y Mercantil menciona que:

Si se tratare de controversias derivadas de contratos no contemplados en la Ley de Contratación Pública, se seguirá el procedimiento señalado en las leyes pertinentes, de acuerdo con la naturaleza de cada contrato. Las causas de trabajo y de inquilinato se regirán por las leyes especiales sobre cada una de tales materias. El recurso de casación se regirá por la Ley de Casación.¹²⁹

Como conclusión al acápite de las teorías para distinguir los contratos administrativos podemos decir que existen algunos criterios para encasillar a este tipo de contratos en base a diferentes posturas doctrinarias que diferencian a los contratos de derecho privado y a los de derecho público.

No obstante, algunas de las teorías analizadas merecen críticas y comentarios. No se puede tomar a la jurisdicción como el sólo índice de la naturaleza del contrato, pues la

¹²⁹ Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Civil y Mercantil. Causa No. 88-08. Expediente 88, Registro Oficial Suplemento 92, 21 de Diciembre del 2009.

jurisdicción es la consecuencia de la naturaleza del contrato, no viceversa. Bajo el mismo supuesto actúa la teoría de la forma de celebración del contrato, es decir como un resultado de la naturaleza. Por otra parte, la teoría de la finalidad carece de precisión, pues la noción de utilidad pública o servicio público es vaga, no obstante la definición da ciertas directrices que de una u otra manera pueden llegar a identificar la naturaleza de la contratación.

En consecuencia, a pesar de las críticas que posee cada una de las teorías explicadas, es necesario encontrar una postura para la Identificación de la naturaleza del contrato, donde concurren la mayoría de elementos de cada una de las teorías analizadas.

5. Evolución del contrato privado de la administración

Una vez clara la distinción entre los tipos de actuaciones contractuales en las que puede actuar la administración en ejercicio de su función y analizadas las características, elementos y situaciones diferenciadoras en los contratos de naturaleza administrativa, es menester estudiar la evolución de los contratos celebrados por la administración regidos parcialmente por el derecho privado y sus respectivas condiciones en cuanto a la aplicación.

La evolución de los contratos privados de la administración se han desarrollado conjuntamente con el Estado, la nueva posición del Estado ya no es la de paternalista al máximo y se limita en cuanto a su intervencionismo. Nos encontramos ante un estado que actúa en diferentes esferas, procurando la participación de los particulares. En ejercicio de estas nuevas funciones, el estado actúa en importantes sectores de la economía, como respuesta a la vida social contemporánea, que da lugar a una amplia gama de contratos que puede celebrar la administración.

En definitiva, las transformaciones de intervención que el Estado a llevado a cabo son dos principalmente, la intervención de la actividad de los particulares y la privatización de los servicios públicos, en el sentido de que el estado no restringe la posibilidad de que los

particulares actúen en ámbitos del derecho público, como es el caso de las concesiones. El Estado no se reserva monopólicamente todos los ámbitos en los que interviene. Concordando con el pensamiento expresado, el autor Alfonso Nava Negrete, menciona que: “el derecho público, ha dejado de ser el único conjunto normativo encargado de regular la actividad del estado”¹³⁰

A su vez, el mismo autor define la privatización de las actuaciones del estado “Consiste en el uso de procedimientos o técnicas de derecho privado por el Estado para la realización de sus fines”¹³¹. La administración pública, con esta posibilidad puede utilizar los instrumentos de derecho privado que juzgue idóneos y necesarios, la idea es evolucionar de la idea obsoleta de que toda intervención del estado es siempre y necesariamente mediante procesos de derecho público, ni que tampoco todo acto supone el régimen de derecho público.

En el Ecuador, durante la década de los noventa se inicia la tendencia privatizadora del Estado, los servicios públicos cuya prestación era únicamente de responsabilidad estatal, en esta década ya podían ser prestados directamente o por delegación a empresas mixtas o privadas, sin dar prioridad a ninguno de estos actores. Es decir, existía una igualdad entre ámbitos público y privado, cualquiera de los dos sectores podía prestar los servicios públicos.¹³²

Ésta tendencia, fue recogida en el artículo 249 de la Constitución Política de 1998, no obstante, bastante restringida por la actual Constitución, que establece que la administración y gestión tanto de los sectores estratégicos como de los servicios públicos, corresponden prioritariamente al Estado. La actual Constitución de la República aunque con limitación, da cabida a la iniciativa privada y en el artículo 316 dispone que:

¹³⁰ Alfonso Nava Negrete. *Contratos Privados de la Administración Pública*. Biblioteca Jurídica virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM. [Acceso: 01 de Septiembre de 2012.] <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2688/5.pdf>. p. 3

¹³¹ *Ibíd.*

¹³² Cfr. Corte Constitucional. *Sentencia Interpretativa 001-12-SIC-CC*. Registro Oficial Suplemento No. 629. 30 de enero de 2012

Art. 316.- El Estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria. La delegación se sujetará al interés nacional y respetará los plazos y límites fijados en la ley para cada sector estratégico. El Estado podrá, de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades, en los casos que establezca la ley.¹³³

El Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones con la finalidad de aclarar la norma constitucional en cuanto a la exclusividad menciona que:

Art. 100.- Excepcionalidad.- En forma excepcional debidamente decretada por el Presidente de la República cuando sea necesario y adecuado para satisfacer el interés público, colectivo o general, cuando no se tenga la capacidad técnica o económica o cuando la demanda del servicio no pueda ser cubierta por empresas públicas o mixtas, el Estado o sus instituciones podrán delegar a la iniciativa privada o a la economía popular y solidaria, la gestión de los sectores estratégicos y la provisión de los servicios públicos de electricidad, vialidad, infraestructuras portuarias o aeroportuarias, ferroviarias y otros.

En caso de delegación para la iniciativa privada y para la economía popular y solidaria, de conformidad a la interpretación que efectúa la Corte Constitucional, deben “confluir 2 aspectos sustanciales: 1) que esta delegación es de carácter excepcional; y, 2) que dicha excepcionalidad debe estar regulada mediante la ley de la materia o de cada sector.”¹³⁴ Ésta sentencia interpretativa tiene como decisión final que las delegaciones que se efectúen deberán ceñirse a lo establecido en la ley correspondiente y a lo regulado por las autoridades competentes de la administración pública o gobierno central que tengan dicha atribución legal.

Laubadere, refiriéndose al tema, dice que:

¹³³ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 316. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

¹³⁴ Corte Constitucional. *Sentencia Interpretativa 001-12-SIC-CC*. Registro Oficial Suplemento No. 629. 30 de enero de 2012.

Hoy y después de mucho tiempo, la teoría de los contratos de la administración descansa sobre la distinción fundamental de los contratos administrativos propiamente dichos y de los contratos de derecho privado (...) constituye una manifestación de ese principio general de derecho administrativo, según el cual las colectividades públicas, en la realización de sus actividades jurídicas, emplean paralelamente tanto los procedimientos de la gestión pública como los de la gestión privada.(...) ¹³⁵

Por lo tanto, esta es una evolución del pensamiento clásico de los contratos que celebra la administración pública que mediante la privatización, se libera de los beneficios estatistas. No obstante, no se puede hablar de contratos civiles en sentido amplio por más que el contrato contenga disposiciones en su mayor parte del campo del derecho privado. Lo mencionado básicamente por que siguen existiendo reglas propias del derecho público que se deben mantener.

La característica de diferenciación más notoria que utiliza este tipo de contratos es la ausencia de régimen jurídico exorbitante o administrativo, encasillándolos en una categoría jurídica diferenciada. Por lo tanto una persona jurídica pública tiene la capacidad para celebrar tanto contratos administrativos como contratos parcialmente regidos por el derecho privado, lo cual según Cassagne, “no provoca un desdoblamiento de la personalidad del ente, al igual de lo que sucede con las personas jurídicas privadas, quienes pueden realizar tanto contratos civiles o comerciales como administrativos, sin que ello implique fraccionar su personalidad.” ¹³⁶

De conformidad a la evolución del derecho privado en la administración pública y a la existencia de los contratos administrativos, podemos decir que el Estado tiene dos ámbitos de participación, en lo público y lo privado, configurando las siguientes denominaciones:

a.- Contratos administrativos, a los contratos celebrados en ejercicio de la actividad pública, caracterizados por otorgar a la entidad administrativa contratante prerrogativas

¹³⁵ André Laubadere. *Traite theorique et pratique des contrats administratifs*, Paris. Librería General de Derecho y Jurisprudencia. 1956. p. 8-9.

¹³⁶ Juan Carlos Cassagne. *El Contrato Administrativo*. Buenos Aires : Abeledo Perrot, 1999.p. 31.

especiales a su favor, tal como la posibilidad de resolver o modificar unilateralmente el contrato.

b.- Contratos Privados de la Administración Pública, cuando ejerce su función en el campo del derecho privado, en donde la entidad administrativa contratante no tiene mayores prerrogativas especiales a su favor.¹³⁷

La jurisprudencia ecuatoriana se ha manifestado al respecto, la segunda Sala de lo Civil y Mercantil afirma lo antes expuesto y reconociendo los conflictos que existen respecto a los contratos que puede celebrar la administración establece que:

Se hace necesario distinguir la naturaleza de los mismos. Se presentan de dos clases: a) los administrativos propiamente dichos, en que la competencia de las acciones que generen reclamos, pertenece a la jurisdicción contencioso administrativa, cuanto más que éstos se configuran en leyes especiales, así: Ley de Contratación Pública, Ley de Consultoría, Ley Orgánica de Aduanas, Ley de Hidrocarburos, Ley de Minería, Ley Especial de Telecomunicaciones, Ley Básica de Electrificación, Ley General de Puertos, Ley de Aguas, Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, Ley de Régimen Monetario, Ley de Banco del Estado, Ley de Instituciones Financieras, etc.; y, b) los contratos del derecho común, en que la administración está sometida a la jurisdicción ordinaria o especial, establecidas en leyes de derecho común, como: Ley de Inquilinato, Código de Trabajo, Código de Comercio.¹³⁸

Todo esto significa que en definitiva, los contratos que celebra la administración con carácter de privados o de derecho común, tienen regulaciones aunque limitadas, de derecho público por la investidura propia del Estado. Es decir, la administración pública puede celebrar tanto contratos administrativos como aquellos regidos por el derecho privado.

6. Consecuencias de la distinción entre los contratos administrativos y los contratos privados

¹³⁷ Ricardo Salazar. *La Contratación de la Administración Pública en Función a los Intereses Involucrados en cada Contrato*. Derecho & Sociedad. <http://blog.pucp.edu.pe/item/30046/la-contratacion-de-la-administracion-publica-en-funcion-a-los-intereses-involucrados-en-cada-contrato>. (acceso 02 septiembre 2012)

¹³⁸ Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Civil y Mercantil. Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 8. 23 de enero de 2002

La existencia de dos categorías de contratos de la administración, posición que venimos postulando, genera una serie de consecuencias que nacen dependiendo del régimen establecido para celebrar el contrato. Nos referimos en este punto a la interpretación del contrato y al poder modificadorio de la administración.

A) La interpretación:

En materia interpretativa, Cassagne menciona que una de las principales diferencias entre los contratos administrativos y los contratos de la administración regidos por el derecho privado “radica en la circunstancia de que el interés público relevante e inmediato, incorporado al contrato administrativo, juega un papel esencial y autónomo como criterio sustantivo de interpretación”¹³⁹. Por otra parte en cuanto a los contratos de derecho privado, el carácter interpretativo es de acuerdo a la voluntad negocial de las partes.

B) El poder modificadorio de la administración:

Otra de las diferencias fundamentales en la diferenciación de los dos tipos de regímenes aplicados es la potestad que el ordenamiento atribuye a la administración para introducir modificaciones a los contratos administrativos, estas modificaciones son de modo unilateral. Caben siempre y cuando no se altere el fin del contrato ni las obligaciones esenciales y que haya la respectiva compensación económica para que haya un equilibrio financiero en el contrato.¹⁴⁰

Por otra parte, los contratos de naturaleza privada, no existe la potestad modificatoria y se aplica el *pacta sunt servanda*, principio que persigue la inalterabilidad del contrato, respeta el contenido, la finalidad y las obligaciones asumidas por las partes.¹⁴¹ El principio establece que los acuerdos o pactos entre partes deben cumplirse, se ha incorporado como uno de los principios fundamentales del derecho que ha tenido su mayor desarrollo en el derecho internacional, no obstante es aplicable a todos los contratos.

¹³⁹ Juan Carlos Cassagne. *El Contrato Administrativo... Op cit.*, p. 31-35

¹⁴⁰ *Id.* p. 37

¹⁴¹ *Ibid.*

7. Ejecución y cumplimiento de los contratos administrativos

Como hemos observado, los contratos administrativos presentan características diferenciales en relación a los contratos de derecho privado. Lo mencionado, es justificable en base a los elementos que se encuentran presentes en cada uno de los contratos. Las características distintivas se manifiestan a su vez en la ejecución de los contratos.

i. Las sanciones administrativas en el ámbito contractual

En el régimen jurídico de carácter público, una de las consecuencias a las que se someten los contratos administrativos debido a su naturaleza y objeto, es la utilización por parte de la administración de derechos unilaterales, los mismos que se utilizan con la finalidad de satisfacer las necesidades colectivas.

En virtud de lo mencionado, la legislación se muestra más severa con los particulares que con el gobierno, con el fin de garantizar el interés público. La administración tiene la competencia de sancionar al contratista, pues fundamentalmente la sanción tiende a obtener la ejecución efectiva del contrato, solo en casos en los que no haya la posibilidad antes descrita o en casos de “*obvia gravedad* la sanción debe o puede consistir en la *extinción* del contrato, sea esto por recisión unilateral o por caducidad.”¹⁴²

No obstante, las sanciones no pueden ser arbitrarias, Laubadere menciona que: “La administración no puede pronunciar sanciones sino en vista de un fin preciso (reprimir los incumplimientos del contratista) por motivos precisos y la severidad de la sanción que ella decide aplicar debe ser proporcional a la gravedad de la falta cometida”.¹⁴³

¹⁴² Miguel Marienhoff. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires : Abeledo Perrot, 2000. p. 411

¹⁴³ Andre Laubadere. *Tratado Teórico y Práctico de los Contratos Administrativos*. Paris : Librarie Général de Droit et Jurisprudence, 1956. p. 134

De acuerdo a Marienhoff, el poder de aplicar sanciones existe como un principio otorgado a la administración, y que se encuentra implícito en todos los contratos administrativos sin perjuicio a la inclusión o no de una cláusula que lo especifique. Sin embargo, aun existiendo estipulaciones contractuales, estas no son consideradas de carácter limitativo o exclusivo, pues se considera que la administración puede aplicar las sanciones necesarias de conformidad a la falta cometida con el fin de asegurar el beneficio de carácter público.¹⁴⁴

En definitiva, en el derecho administrativo, la concepción de las sanciones no es necesariamente para castigar una conducta, sino para lograr el efectivo cumplimiento del objeto del contrato. Por lo tanto, solo si no es posible obtener este resultado, se debe proceder con la finalización del mismo.

La doctrina presenta tres modalidades en este campo sancionatorio:

1. Sanciones pecuniarias
2. Sanciones coercitivas
3. Sanciones resolutorias o represivas definitivas

1. Sanciones pecuniarias:

Vamos a empezar el análisis con las sanciones pecuniarias. Forman parte de este tipo de sanciones la cláusula penal y las multas. Las mismas que implican sanciones de carácter administrativo, no constituyen sanciones penales, se aplican de acuerdo al contrato y de ser el caso, textos que lo complementen.

- a) Cláusula penal:

Es la existencia de una cláusula que se utiliza para el supuesto del incumplimiento de la obligación contractual. Plantea una obligación de dar, hacer o no hacer en caso de no cumplir la obligación principal. Su existencia se origina en derecho privado pero, también tiene aplicación en de derecho administrativo. El propósito es que el interesado ya no

¹⁴⁴ *Ibíd.*

tiene que probar el valor monetario de los daños sufridos ya que se sabe anticipadamente el valor de la indemnización.¹⁴⁵ Cabe mencionar que en el derecho administrativo la cláusula penal solo se establece a favor del Estado.

b) Multa:

Además de la cláusula penal en los contratos administrativos se puede establecer una sanción en calidad de multa en caso de incumplimiento del contratista. La multa se diferencia de la cláusula penal por su propósito, se la aplica para castigar a una conducta, mientras que la cláusula penal tiene como finalidad establecer una indemnización anticipada, aplicable en el caso de incumplimiento de la obligación. Esta sanción es una cláusula exorbitante atribuible a los contratos administrativos, la misma que debe encontrarse prevista de manera previa al incumplimiento es decir, en el contrato.

La multa, está contemplada en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública como una cláusula obligatoria:

Art. 71.- En los contratos sometidos a esta Ley se estipulará obligatoriamente cláusulas de multas (...) Las multas se impondrán por retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales conforme al cronograma valorado, así como por incumplimientos de las demás obligaciones contractuales, las que se determinarán en relación directa con el monto total del contrato y por cada día de retraso.

Las multas impuestas al contratista pueden ser impugnadas en sede administrativa, a través de los respectivos recursos, o en sede judicial o arbitral.

Además, la imposición de las multas se encuentra en los modelos de pliegos de uso obligatorio para procedimientos del INCOP, donde es notorio que se trata de una cláusula exorbitante, la Sección V dispone que:

Cláusula Décima.- MULTAS

(El porcentaje para el cálculo de las multas lo determinará la Entidad en función del incumplimiento y del proyecto, por cada día de retraso, por retardo en el cumplimiento de las obligaciones contractuales según el cronograma valorado, o por el incumplimiento de otras obligaciones contractuales).

10.01.- Por cada día de retardo en el cumplimiento de la ejecución de las obligaciones contractuales conforme al cronograma valorado, se aplicará la multa de (valor establecido por la CONTRATANTE, de acuerdo a la naturaleza del contrato. En ningún caso podrá ser menor al 1 por 1.000 del valor total del contrato reajustado y los complementarios, en caso de haberlos)

¹⁴⁵ Miguel Marienhoff. *Tratado de Derecho Administrativo... Op Cit.*, p.413.

2. Sanciones coercitivas o provisionales

Este tipo de medidas, tienen por objeto lograr el cumplimiento del contrato en virtud a que a la administración pública le corresponde el deber de impedir la inejecución del contrato, y por lo tanto, asegurar el cumplimiento de las prestaciones pactadas en el contrato. Son en consecuencia “Las medidas necesarias para asegurar provisionalmente el servicio o el cumplimiento del contrato”¹⁴⁶ La sanción objeto de análisis bajo este punto, exige que una vez superado el inconveniente que dio origen a la aplicación de la medida, el contratista pueda volver a asumir el ejercicio de sus derechos y, de manera correlativa sus respectivas obligaciones.

Hay lugar a este tipo de sanciones cuando el contratista no puede continuar con la ejecución de la obligación y por lo tanto, la administración debe prestar el servicio provisionalmente por si misma o por un tercero, con el objeto de cumplir las prestaciones pertinentes.

3. Sanciones resolutorias o represivas definitivas

Estas son las medidas que se aplican en consecuencia a una falta calificada como grave, por lo mismo se trata de la caducidad o de la rescisión unilateral aplicadas como sanción. Al igual que las sanciones explicadas con anterioridad se puede recurrir ante la autoridad judicial correspondiente para impugnar esta decisión administrativa.

En correlación a lo antes expuesto, es susceptible de análisis la caducidad administrativa. Primero hay que mencionar que la caducidad no es una pena, es una medida sancionatoria utilizada como una potestad del Estado para asegurar el cumplimiento de un contrato administrativo, esta medida es imputada en contra del contratista y que como resultado, afecta directamente a la ejecución del objeto contractual.

¹⁴⁶ *Id.* p. 419

La doctrina señala de manera lógica y consecuente con la realidad, que la administración pública no tiene interés en hacer que opere la rescisión unilateral de un contrato en virtud a que no conviene afectar la marcha de las prestaciones; entonces {esta es una aplicación de último recurso.

En referencia a lo antes expuesto, Carlos Pareja cree que la caducidad es “un remedio IN ARTICULO MORTIS y solo se recurre a él cuando no hay otro capaz de asegurar el funcionamiento del servicio o la ejecución de la obra; por que la caducidad no es una pena, sino una sanción drástica puesta en manos de la administración.”¹⁴⁷

En definitiva, las sanciones de derecho público obedecen a un régimen jurídico que se puede resumir en tres puntos principalmente:

- Toda obligación contractual contiene una sanción por el incumplimiento, aunque en el contrato no se haya previsto.
- La administración, contiene prerrogativas inclusive en el régimen sancionatorio, cuestión que contradice al derecho privado. Puede tomar bajo su responsabilidad, sin intervención judicial medidas para asegurar el cumplimiento de la prestación.
- Todas las actuaciones administrativas deben estar enmarcadas en las disposiciones legales, por lo tanto, si el contrato tiene prevista una determinada sanción, la administración por sus propios medios no puede aplicar otra mas rigurosa.

Cabe mencionar que el acto por medio del cual se emite la sanción debe: “aparecer motivado, vale decir que dicho acto contenga la exposición de los motivos que indujeron a la administración pública emitirlo. Motivación se refiere a “la expresión o constancia de que el motivo existe o concurre en el caso concreto (...) la motivación tiende a poner de manifiesto la juridicidad del acto respectivo. La falta de tal motivación vicia el acto pertinente”.¹⁴⁸

¹⁴⁷ Carlos Pareja. *Derecho Administrativo*. Bogotá : Escolar, 1989. p. 113

¹⁴⁸ Miguel Marienhoff. *Tratado de Derecho Administrativo... Op Cit.*, p.428

En conclusión, podemos decir que hay un sistema de sanción que tiene un efecto doble, tanto preventivo como de saneamiento. En cuanto al preventivo, debido a que es donde se le advierte al contratista cual es el resultado que obtiene por la negligencia en cuanto a sus obligaciones contractuales. Por otra parte, conlleva efectos de saneamiento en virtud a que si no surte efecto la prevención, la sanción permite que la administración pueda continuar con la prestación objeto del contrato.

ii. Extinción de los Contratos Administrativos

En este momento, corresponde el estudio y descripción de la terminación de los contratos administrativos. El contrato de esta naturaleza, termina de dos formas; la primera es de forma regular, es decir con el cumplimiento de las estipulaciones o por vencimiento del plazo y en segundo lugar, de forma irregular a causa del incumplimiento contractual.

En general, la terminación, de conformidad con la doctrina, es “llegar al punto final en la situación originada mediante un acuerdo contractual. Hay una interrupción definitiva en los derechos y obligaciones y en los efectos ya originados, por cuanto son imposibles de continuarlos válidamente”.¹⁴⁹

En cuanto al tema, podemos dilucidar que no hay diferencias notables entre las causas de extinción de los contratos administrativos en comparación a los celebrados entre los particulares. No obstante, existe diferenciación en cuanto a la rescisión unilateral del contrato administrativo. En derecho privado, una de las partes no puede dar por terminado unilateralmente un contrato a libre arbitrio, siendo esta una práctica de la relación contractual administrativa.

Extinción regular de los contratos

¹⁴⁹ Nelly Arenas et al. *Régimen Legal de los Contratos Administrativos... Op Cit.*, p.134

De acuerdo al pensamiento expresado por Manuel María Díez, la extinción regular de los contratos opera con el cumplimiento de las obligaciones contractuales o a su vez por el vencimiento del término pactado¹⁵⁰, lo que quiere decir que el contrato termina una vez llevada a cabo la prestación objeto del contrato.

Extinción anormal o irregular del contrato

Las causas para que se efectúe este tipo de extinción según la doctrina son: “razones de interés público, ilegitimidad del contrato, falta cometida por el contratista o la administración, muerte o concurso de acreedores del contratista, mutuo consentimiento, fuerza mayor, entre otros.”¹⁵¹ En definitiva, hay dos maneras de terminación contractual irregular: por causas imputables a las partes como caducidad originada a raíz del incumplimiento del contrato por parte del contratista, por conveniencia de la administración o mutuo acuerdo; y, por causas imputables a hechos externos como la fuerza mayor, entre otras. Cabe destacar que Cassagne en cuanto a la caducidad y terminación, efectúa la siguiente diferencia: “caducidad —en las concesiones de obras y servicios— y —rescisión unilateral— en los contratos de obras y suministros”¹⁵²

a) Por causas imputables a las partes:

1. Terminación por incumplimiento:

En cuanto a la extinción irregular del contrato producida a raíz de un incumplimiento contractual, es decir como consecuencia de una sanción, produce ciertos efectos completamente diferentes a cualquier otro tipo de terminación. En primer lugar, no se debe indemnización alguna al contratista, por el contrario, el contratista es quien debe a la administración por su falta, acarrea el pago de garantías y de las multas que tenga a su cargo, además, conlleva a que el contratista sea declarado como incumplido en el INCOP (Instituto Nacional de Contratación Pública).

¹⁵⁰ Manuel María Díez. *Manual de Derecho Administrativo*. Editorial Plus Ultra. Tomo II Buenos Aires. 1973 p. 432

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² Juan Carlos Cassagne. La extinción de los contratos administrativos.. [Acceso: 22 de septiembre de 2012.] ualderechoadministrativo.com. p. 2

En la legislación ecuatoriana, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en el Capítulo III reglamenta las garantías que deben ser rendidas como consecuencia de la celebración de un contrato con el Estado, en nuestro país contamos con tres tipos de garantías siendo: garantía de fiel cumplimiento, de buen uso del anticipo y garantía técnica para ciertos bienes. Por otra parte, en cuanto a multas, el mismo cuerpo legal reglamenta que aquellas deben estar presentes en las cláusulas contractuales de manera obligatoria. (Artículo 71 LOSNCP)

2. Terminación unilateral en razón del interés público:

En referencia a la extinción anormal por conveniencia de la administración pública, también es menester realizar ciertas observaciones, en este caso si existe la rescisión del contrato de forma unilateral por parte del Estado, el cual debe indemnizar al contratista. De igual forma, esta terminación se la puede efectuar solamente en razones de interés público, pues caso contrario, se estarían violentando los derechos del contratista.

En consideración a lo antes expuesto, Sayagués Laso afirma que la administración tiene la facultad de rescindir el contrato unilateralmente reconociendo sus obligaciones ante el contratista, es decir, no limitándose a la indemnización por los daños que incurre en la terminación contractual, si no también, en las ganancias de que se le ha privado.¹⁵³

No obstante, también hay que considerar que el acto que “declara la rescisión, está sujeto a recursos administrativos y contenciosos que permiten controlar la regularidad de la resolución dictada”. De igual forma, para proceder con la terminación unilateral del contrato, debe realizársela mediante una decisión motivada que impida la arbitrariedad por parte de la administración pública. En razón a lo expuesto, Cassagne explica que:

La extinción del contrato por razones de interés público debe hallarse previamente declarado o contenido en una ley formal, no pudiendo consistir en un mero cambio de

¹⁵³ Enrique, Sayagués Laso. *Tratado de Derecho Administrativo*. Edición cuarta. Montevideo 1974 p. 443

criterio de la Administración sobre la apreciación del interés público que se persiguió al celebrar el acuerdo de voluntades.¹⁵⁴

3. Rescate:

Esta es una figura ampliamente reconocida por la doctrina argentina, es así, que Juan Carlos Cassagne expone al respecto y establece que el rescate no implica la supresión del servicio público ni de la actividad concesional de una obra pública, sino que provoca la terminación del contrato para llevar a cabo la reasunción de la gestión por parte de la Administración. En consecuencia, “el rescate sólo procede en aquellos contratos de colaboración en que sea posible jurídicamente dicha reasunción de la gestión.”¹⁵⁵ Cabe mencionar, que en este caso al tratarse de una terminación unilateral por parte de la administración, se debe la respectiva indemnización al contratista perjudicado por el rescate.

Procede en aquellos contratos en que por la naturaleza de un objeto suponen una actividad que originariamente compete al Estado, y que puede ser reasumida por la Administración. El rescate debe estar motivado en razones de interés general asumiendo el Estado el cumplimiento del contrato cuando pueda cumplir la prestación de mejor manera y haya un beneficio de carácter general.

4. Terminación por mutuo acuerdo:

El consentimiento de las partes también da a lugar a la terminación del contrato, sin embargo, el convenio debe tener justificación, bien fundamentada, evitando de sobre manera la búsqueda de la liberación del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones. En este caso, no hay indemnización a ninguna de las partes, pero se liquidan los trabajos cumplidos hasta la fecha de la terminación. Manuel María Díez en cuanto a la validez del acuerdo menciona que: “Para que sean válidos, deben reunir los

¹⁵⁴ Juan Carlos Cassagne. *La extinción de los contratos administrativos...* *Op cit.*, p. 6

¹⁵⁵ *Id.* p.7

mismos requisitos que para la formación del contrato, en cuanto a competencia, objeto y voluntad”¹⁵⁶

La legislación de nuestro país tiene consideraciones en cuanto a la terminación de mutuo acuerdo, la contempla en el artículo 93 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, destacando que una vez terminada una relación contractual de mutuo consentimiento, la entidad no puede celebrar otro contrato bajo el mismo objeto y con el mismo contratista. Para el efecto, se transcribe el artículo en mención:

Art. 93.- Terminación por Mutuo Acuerdo.- Cuando por circunstancias imprevistas, técnicas o económicas, o causas de fuerza mayor o caso fortuito, no fuere posible o conveniente para los intereses de las partes, ejecutar total o parcialmente, el contrato, las partes podrán, por mutuo acuerdo, convenir en la extinción de todas o algunas de las obligaciones contractuales, en el estado en que se encuentren. La terminación por mutuo acuerdo no implicará renuncia a derechos causados o adquiridos en favor de la Entidad Contratante o del contratista. Dicha entidad no podrá celebrar contrato posterior sobre el mismo objeto con el mismo contratista.¹⁵⁷

5. Nulidad o invalidez del contrato

Otra forma de extinción contractual irregular es la declaración de nulidad del contrato. La invalidez de un contrato administrativo se rige, sustancialmente, por el régimen de los artículos 65 y 66 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que establecen las causales de nulidad y las responsabilidades que nacen como consecuencia de la misma.

Sin perjuicio de lo establecido en la ley, la doctrina determina que la teoría de la nulidad administrativa se la realiza con objetivo de impedir que se aísle la voluntad de la administración. Quien se pronuncia sobre la nulidad en razón a cualquiera que sea la causa invocada es el juez, esta clase de terminación puede ser demandada tanto por la entidad contratante como por el contratista.

¹⁵⁶ Manuel María Díez. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires : Bibliografica Argentina, 1967. Tomo II.p. 433

¹⁵⁷ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 93. Registro Oficial Suplemento 395 de 04 de agosto de 2008.

Las nulidades, tienen su origen en el derecho civil, sin embargo, debemos tener en cuenta que en el derecho administrativo, la nulidad relativa se denomina anulabilidad y la nulidad absoluta, nulidad de pleno derecho. La nulidad absoluta o de pleno derecho es insubsanable y, la anulabilidad es subsanable y se establece como protección de ciertos intereses menos elevados que para la nulidad absoluta.

b) Por causas imputables a hechos externos:

Hasta aquí, hemos tratado las formas anormales de terminación contractual imputables a las partes sin embargo, también hay causas que tienen su origen en un hecho exterior, tal es el caso de la fuerza mayor o según Laubadere, la desaparición del objeto. Manuel María Diez opina que debido a una imposibilidad de dar cumplimiento al contrato por causas externas tanto para administración como para el contratista, no hay lugar a indemnizaciones.¹⁵⁸ El contrato finaliza a raíz de la imposibilidad de cumplimiento.

De igual forma se ha manifestado la legislación ecuatoriana. La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en el artículo 94, especifica las causales de terminación de los contratos administrativos. De esta forma establece que:

Art. 94.- Terminación Unilateral del Contrato.- La Entidad Contratante podrá declarar terminada anticipada y unilateralmente los contratos a que se refiere esta Ley, en los siguientes casos: 1. Por incumplimiento del contratista; 2. Por quiebra o insolvencia del contratista; 3. Si el valor de las multas supera el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato; 4. Por suspensión de los trabajos, por decisión del contratista, por más de sesenta (60) días, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito; 5. Por haberse celebrado contratos contra expresa prohibición de esta Ley; 6. En los demás casos estipulados en el contrato, de acuerdo con su naturaleza; y, 7. La Entidad Contratante también podrá declarar terminado anticipada y unilateralmente el contrato cuando, ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, el contratista no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato. En este caso, no se ejecutará la garantía de fiel cumplimiento del contrato ni se inscribirá al contratista como incumplido. En este último caso, el contratista tiene la obligación de devolver el monto del anticipo no amortizado en el término de treinta (30) días de haberse notificado la terminación unilateral del contrato en la que constará la liquidación del anticipo, y en caso de no hacerlo en término señalado, la entidad procederá a la ejecución de la garantía de Buen Uso del Anticipo por el monto no devengado. El no pago de la liquidación en el término señalado, dará lugar al pago de intereses desde la fecha

¹⁵⁸ Manuel María Diez. *Derecho Administrativo...* Op cit.p. 433

de notificación; intereses que se imputará a la garantía de fiel cumplimiento del contrato.¹⁵⁹

Por otra parte, debemos mencionar a un tipo de terminación contractual contemplada en nuestra legislación, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública reconoce la terminación por causas imputables a la entidad contratante, la doctrina no habla mucho sobre el tema; sin embargo al ser una disposición legal es menester analizarla pues pone a disposición del contratista la posibilidad de dar por terminado el contrato en razón al incumplimiento de la administración. El artículo 96 de la LOSNCP menciona que:

El contratista podrá demandar la resolución del contrato, por las siguientes causas imputables a la Entidad Contratante: 1. Por incumplimiento de las obligaciones contractuales por más de sesenta (60) días; 2. Por la suspensión de los trabajos por más de sesenta (60) días, dispuestos por la entidad sin que medie fuerza mayor o caso fortuito; 3. Cuando los diseños definitivos sean técnicamente inejecutables o no se hubieren solucionado defectos de ellos, en este caso, la Entidad Contratante iniciará las acciones legales que correspondan en contra de los consultores por cuya culpa no se pueda ejecutar el objeto de la contratación; y, 4. Cuando, ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, la Entidad Contratante no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato. En ningún caso se considerará que las Entidades Contratantes se hallan en mora del pago, si el anticipo entregado no ha sido devengado en su totalidad.¹⁶⁰

Como conclusión podemos afirmar que la extinción de los contratos administrativos dependiendo de sus causas, se puede dar de dos maneras, de forma regular o irregular, en esta última, por causas imputables a las partes o por causas externas. Por lo mismo, las consecuencias varían dependiendo de la clase de terminación, otorgando indemnizaciones al perjudicado, o por el contrario, acarreando sanciones o multas. Además, pudimos analizar a la par las disposiciones de la legislación ecuatoriana para observar paralelamente su aplicación en la realidad de nuestro país.

La administración tiene el poder de dirección y control sobre la ejecución del contrato que celebre, en búsqueda de que se asegure el cumplimiento del objeto contractual. De

¹⁵⁹ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 94. Registro Oficial Suplemento 395 de 04 de agosto de 2008

¹⁶⁰ *Ibíd.*

esta manera, el poder sancionatorio es consecuencia del derecho y del deber de control que tiene la administración respecto de sus contratos.

En definitiva, la administración pública puede celebrar dos tipos de contratos, los contratos de naturaleza administrativa, que poseen sus propios elementos y características, regidos por el derecho público y, los contratos privados de la administración, regidos como su nombre lo indica por el derecho privado.

Así mismo, el contrato administrativo no puede desconocer el aporte de una variedad de principios jurídicos del derecho privado, ya sea en los requisitos esenciales de los contratos, o en referencia a nulidades u otros aspectos de ejecución de la actividad contractual. No obstante, a pesar de los lineamientos referidos, el contrato administrativo corresponde en realidad a una figura contractual completamente distinta al contrato de derecho privado.

CAPITULO 3

LA FIGURA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN LA LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

1. Aproximación a la construcción de la figura del contrato administrativo. Análisis de la legislación comparada.

Una vez analizado a lo largo de la tesina la construcción dogmática y doctrinaria del contrato administrativo, conjuntamente con las posturas que se han planteado al respecto, cabe estudiar cuál es el manejo en el ámbito legislativo. No obstante, este análisis no se limita a la legislación nacional, pues es un ámbito muy restringido, lo óptimo es compararla con el régimen jurídico utilizado en otras regiones, como lo observaremos a continuación.

a) Argentina:

La oficina de anticorrupción de la República Argentina en su Código de Transparencia ha esbozado una definición sobre los contratos administrativos, para su legislación es:

Toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas, de las cuales una se encuentra en ejercicio de la función administrativa, cuyo objeto puede estar constituido por la realización de una obra, la prestación de un servicio público, así como la obtención o enajenación de un bien o servicio que tenga por finalidad el fomento de los intereses y la satisfacción de las necesidades generales. En este acuerdo, se exterioriza la actividad administrativa cuya especificidad está dada por su régimen jurídico.¹⁶¹

De lo transcrito, se desprende que todos los contratos que el Estado celebra con miras al interés público, pertenecen a la naturaleza de contratación administrativa y al detentar tal calidad, la regulación jurídica va en el mismo sentido. Es así, que las leyes que regulan el tema principalmente son: el Decreto Delegado N° 1023/2001 que contiene

¹⁶¹ Oficina de Anticorrupción. *Compras y Contrataciones Públicas*. Herramientas para la transparencia en la gestión. [Acceso: 10 de septiembre de 2012.] [http://www.anticorrupcion.gov.ar/documentos/Compras%20Guldelines%20\(4\).pdf](http://www.anticorrupcion.gov.ar/documentos/Compras%20Guldelines%20(4).pdf). p. 2.

disposiciones del Régimen de Contrataciones del Estado Nacional Argentino y, el Decreto Nº 436/2000 que regula la Adquisición, Enajenación y Contratación de Bienes y Servicios del Estado. El ente que lleva a cabo la contratación pública en el país es la Oficina Nacional de Compras, que depende orgánicamente de la Secretaría de Gabinete y Coordinación Administrativa.

Del Decreto delegado en referencia a la contratación pública, se destaca que tipo de contratos están dentro de los contratos administrativos, donde excluye a cierto tipo de contratos que no pertenecen al mismo régimen. Sin embargo, entre sus disposiciones se establece una presunción de índole administrativa, salvo que de ella o de sus antecedentes surja que está sometida a un régimen jurídico de derecho privado, circunstancia que va acorde a la doctrina, es decir, marca una diferenciación entre la naturaleza administrativa y la privada permitiendo que la administración celebre contratos bajo diferentes regímenes jurídicos cuando se sus requerimientos ello se desprenda.

Para mayor comprensión, se transcribe la disposición a continuación:

Artículo 1° — OBJETO. El Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, tendrá por objeto que las obras, bienes y servicios sean obtenidos con la mejor tecnología proporcionada a las necesidades, en el momento oportuno y al menor costo posible, como así también la venta de bienes al mejor postor, coadyuvando al desempeño eficiente de la Administración y al logro de los resultados requeridos por la sociedad. *Toda contratación de la Administración Nacional se presumirá de índole administrativa, salvo que de ella o de sus antecedentes surja que está sometida a un régimen jurídico de derecho privado.*¹⁶² El énfasis me pertenece.

En consecuencia, son administrativos los contratos de compraventa, suministros, servicios, locaciones, consultoría, alquileres con opción a compra, permutas, concesiones de uso de los bienes del dominio público y privado del Estado Nacional, que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en su ámbito de aplicación y a todos aquellos contratos no excluidos expresamente. También comprende contratos y concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y licencias.

De la misma forma, considera que están excluidos, los contratos de empleo público, las compras por caja chica, los que se celebren con estados extranjeros, con entidades de derecho público internacional, con instituciones multilaterales de crédito, los que se

¹⁶² Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional. Decreto Delegado 1023-2001. Artículo 1. 13 de Agosto de 2001. Argentina

financien total o parcialmente con recursos provenientes de esos organismos, así como los comprendidos en operaciones de crédito público. (Artículo 5. Decreto Delegado No. 1023/2001)¹⁶³

En definitiva, Argentina reconoce la figura del contrato administrativo en su legislación, determinando su naturaleza de acuerdo a las disposiciones y elementos del instrumento contractual, admitiendo la posibilidad de que la administración a su vez, pueda celebrar contratos de derecho privado cuando sea pertinente.

b) Colombia:

Las disposiciones en materia de contratación pública en Colombia se basan en la Ley No. 80 de 1993, Ley que tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales. De igual forma, cuentan con la aplicación complementaria de la Ley No.1150 de 2007, donde se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos.

De esta normativa, se destaca que existe el reconocimiento de la legislación civil y comercial tanto como la administrativa, en consecuencia, en sus disposiciones establece que: “Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.”¹⁶⁴ En este orden de ideas, la legislación permite la designación de la naturaleza de la relación contractual en relación a la esencia y al fondo de la misma.

Por otra parte, la legislación colombiana da cabida a algunas entidades que tienen un régimen de derecho privado en su contratación. Es el caso de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, las empresas sociales del Estado, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta con participación pública mayoritaria.

¹⁶³ Decreto 1023/2001. Administración Pública Nacional Contrataciones del Estado. Artículo 5. Promulgado 13 de agosto de 2001. Argentina

¹⁶⁴ Ley 80 DE 1993. Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Artículo 1. Octubre 28 de 2006. Colombia.

I. DE LAS DISPOSICIONES GENERALES. Artículo 1o. OBJETO. La presente ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales

Estas entidades deberán aplicar en su contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, las reglas especiales previstas en su régimen y “(...) los principios de la función administrativa y demás disposiciones de la Constitución Política (...)” y, adicionalmente, “(...) estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal”.¹⁶⁵

La modalidad de la contratación estatal en Colombia se efectúa a través de un portal web que contiene información y procesos sobre la contratación, este portal es denominado PORTAL ÚNICO DE CONTRATACIÓN ESTATAL COLOMBIA - SECOP¹⁶⁶. Por otra parte, para la vigilancia de la contratación del Estado existe el SICE (Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal) es un sistema de información que integra todos los datos relevantes de proceso de contratación estatal, permitiendo su autorregulación, control institucional y publicidad de todas las operaciones realizadas a través del portal.¹⁶⁷

c) España:

España es otra de las legislaciones prestas a comparar debido a su profundo estudio en cuanto al Derecho Administrativo. El régimen jurídico de la contratación pública en España se maneja a través del Real Decreto Legislativo 3/2011, promulgado el 14 de noviembre del 2011, por el que se aprueba el texto de la Ley de Contratos del Sector Público; de igual forma, otro instrumento legal es la transposición de la Directiva 2004/18, de 31 de marzo de 2004, en virtud a recomendaciones de la Comisión Europea, pues España, tiene que considerar el derecho comunitario, entre otras normas referentes a la materia.

La legislación española por su parte, establece una regulación en base a los sujetos que intervienen en la contratación, superan la tradicional distinción entre contratos administrativos y contratos privados para poner el énfasis en el sujeto que gestiona la contratación, dependiendo de los fondos públicos utilizados. Hay una notoria tendencia en

¹⁶⁵ Ley 80 de 1993. Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Artículo 13 Octubre 28 de 2006. Colombia.

¹⁶⁶ *Sistema Electrónico para la Contratación Pública*. Portal Único de Contratación. www.contratos.gov.co (Acceso: 11 de septiembre de 2012)

¹⁶⁷ Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal. (www.sice-cgr.gov.co Acceso: 11 de Septiembre de 2012)

cuanto a la huida del derecho administrativo, lo que ha hecho aparecer un gran número de entidades sin la labor garante del interés público, que buscan implementar cada vez mas el derecho privado, cabe destacar que sí utilizan recursos presupuestarios.¹⁶⁸

De igual manera, España promueve el uso de las nuevas tecnologías en la contratación pública. Como el caso de la subasta electrónica, la Plataforma de Contratación del Estado o la posibilidad de presentar la documentación del procedimiento a través de medios electrónicos.

El Real Decreto Legislativo, presenta novedades en la contratación pública española: la creación del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales como órgano administrativo que posee funciones cuasi-judiciales cuya misión es la resolución del recurso especial de revisión de decisiones en materia de contratación. Así mismo, reconoce la aplicación del derecho privado y reglamenta que su jurisdicción debe ser en base al régimen contractual utilizado, ya sea este público o privado recalcando una vez más la huida del derecho administrativo.

d) Venezuela:

La doctrina venezolana como lo afirma Brewer Carías considera que el concepto de contrato administrativo tiene como elemento sustancial la noción de la participación “de la Administración como parte y actuando como tal”, esto es, una “autoridad pública actuando en función administrativa”¹⁶⁹ cabe recalcar, que lo mencionado responde a las administraciones públicas con forma de Derecho Público, en la medida de que obren como Poder Público.¹⁷⁰

¹⁶⁸Real Decreto Legislativo 3/2011. Artículo 20.2. Boletín No. 276. 16 de noviembre de 2011. En el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público
Artículo 20.2 Los contratos privados se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la presente ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante..

¹⁶⁹ Cfr. Allan Randolph Brewer-Carías. *Los contratos Administrativos*, Tomo II, FUNEDA, 2006, p.499 y ss.

¹⁷⁰ Cfr. Sebastián, *El derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1996. p. 69 y ss

Por otra parte, en cuanto a la posibilidad de que la administración celebre contratos de carácter privado, Venezuela da cabida a esta forma de contratación a los denominados “entes descentralizados con forma de derecho privado”¹⁷¹ los mismos que no celebran contratos administrativos pues los fines que persiguen son de carácter privado. Sin embargo, reconoce que por medio de una disposición legal o delegación, se transfiera a tales personas jurídicas de derecho privado, la eventualidad de celebrar contratos de carácter administrativo. Para ejemplificar lo expuesto, Badell Madrid cita la sentencia de la Sala Político-Administrativa de 13 de marzo de 1997, caso Inmersa C.A., en el cual se consideró que una empresa pública municipal podía celebrar contratos administrativos, en tanto que la Ley le otorgó la competencia para otorgar concesiones.

En consecuencia, como regla general, los contratos celebrados por esas empresas serán contratos de Derecho Privado, salvo que ellas ejerzan por mandato las prerrogativas o potestades que son propias de la administración pública.

En cuanto a la legislación, en Venezuela rige el Decreto-Ley Número 5.929, que contiene de la Ley de Contrataciones Públicas, el cual entró en vigencia el 14 de marzo de 2008. La Ley regula, el régimen de los contratos que puede celebrar la administración o el sector público. Reconoce a tres contratos nominados en específico, la adquisición de bienes muebles, prestación de servicios y ejecución de obra (artículo 1).

La Ley, principalmente prescribe la regulación de las potestades administrativas que el ente contratante puede ejercer en relación a los contratos administrativos, a su vez, encontramos la regulación del equilibrio económico financiero del contrato, entre otras disposiciones. Sin embargo, lo menester es recalcar que tales potestades se reconocen para todos los contratos amparados por la ley, ya sean estos administrativos o no.

e) Francia

Es importante el análisis de los contratos administrativos en Francia en virtud a que el derecho francés creó el concepto de contrato administrativo, no obstante, en la actualidad se han introducido matices a los principios generales del concepto al igual que a su pensamiento clásico. Y fue así como el Tribunal de Conflictos, en decisión de 8 de

¹⁷¹ Rafael Badell Madrid. *Régimen jurídico del contrato administrativo*. Caracas, 2002, p. 54.

julio de 1963, caso T.C. Peyrot, reconoció que las empresas de economía mixta con forma de Derecho Privado pueden celebrar contratos administrativos, el Tribunal de Conflictos esclarece si la controversia entre la sociedad de la autopista Esterel-Côte d'Azur y la Empresa Pierrot debía ser conocido por la justicia administrativa. El Tribunal de Conflictos atendió al objeto del contrato mas que a la naturaleza jurídica del ente contratante, en este caso se trata de la construcción de una carretera, lo que desencadena en una obra pública, de conformidad con el Tribunal, los contratos suscritos con ese objeto quedan gobernados por reglas de derecho público.¹⁷²

La legislación en Francia en materia de contratación de la administración pública está recogida fundamentalmente en el Code des Marchés Publics, además, de otros textos complementarios como es el caso del texto refundido République Française, 2006^a. El Code des Marchés Publics abarca tres grandes tipos de contratos, los de obras, los de suministros y los de servicios. Sin embargo, el Código mencionado, no hace referencia a las concesiones administrativas que quedan aparte, en general, para ser resueltas directamente por el Conseil d'Etat mediante decretos específicos para cada caso. Este es el caso, por ejemplo, de las carreteras, tal como establece la Loi portant statut des autoroutes que establece el estatuto de autopistas.¹⁷³ Cabe mencionar, que Francia distingue entre contratos administrativos como contratos sujetos al Derecho Administrativo y contratos privados con su propio régimen.

2. La Contratación y Administración Pública en el Ecuador:

a) Evolución del régimen jurídico de la Administración Pública en el Ecuador:

¹⁷² DECIDE: Article 1er - II. est déclaré que les jurldictions de l'ordre administratif sont compétentes pour connaître de l'action en réparation dirigée par l'Entreprise Peyrot contre la Société de l'Autoroute Estérel-Côte-d'Azur. Article 2 - La cause et les parties sont renvoyées devant le Tribunal administratif de Nice. Article 3 - Les dépens sont réservés pour être mis à la charge de la partie qui succombera en fin d'instance. Article 4 - Expédition de la présente décision sera transmise au Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, qui est chargé d'en assurer l'exécution.

Tribunal des conflits. *Quelques grands arrêts du Tribunal des conflits*. 8 juillet 1963, Société entreprise Peyrot, n° 01804. <http://www.tribunal-conflits.fr/decisions-quelques-grands-arrets.html> (Acceso: 10 de septiembre de 2012.)

¹⁷³ María Pilar de la Cruz López. *Contratación pública en construcción en Francia. Política de Obras Públicas*. Revista digital, octubre de 2006. http://ropdigital.ciccp.es/pdf/público/2006/2006_octubre_3470_03.pdf (Acceso: 10 de septiembre de 2012.)

Para proceder con el análisis de la contratación pública en el Ecuador, es importante conocer la evolución que ha tenido éste segmento del derecho administrativo en el país, cuáles han sido los cambios que han llevado a la actual administración pública y a la forma de contratación contemporánea del Estado.

En el siglo XIX empieza la evolución de la administración pública en el Ecuador, la Constitución ecuatoriana de 1830, basada en la legislación colombiana de 1825, incluye para la organización administrativa dentro del Poder Ejecutivo a un Ministro de Estado, el mismo que se encarga del manejo de dos secciones, la primera es el gobierno interior, exterior y hacienda, mientras que la segunda es el manejo del Consejo de Estado que en ese tiempo, sólo manejaba funciones consultivas.¹⁷⁴

Por otra parte, la Constitución crea una “contaduría general, con atribuciones para revisar las cuentas de las contadurías departamentales, conforme la ley especial de la materia” es decir, es la Ley Orgánica de Hacienda¹⁷⁵, la misma que también establece tesorerías departamentales y una junta de hacienda; se instaura como autoridades administrativas a los intendentes de cada uno de los departamentos.¹⁷⁶

Posteriormente, se incluyen cambios en relación a la expedición de la siguiente Constitución Ecuatoriana, la cual en el año de 1835 aumenta el número de Ministros Secretarios de Estado, en este cuerpo legal hay tres campos que cubrir: del interior y relaciones exteriores, hacienda y finalmente, guerra y marina. En el año de 1897, es decir, a finales de siglo XIX, la Constitución dispone la existencia de cinco Ministros de Estado, otorgándoles la determinación de acuerdo a las funciones correspondientes a cada uno de los ministerios.

En cuanto al gasto público, desde la Constitución de 1830, se atribuye al Congreso la competencia “para decretar los gastos públicos en vista de los presupuestos que presente el Gobierno y velar sobre la recta inversión de las rentas públicas.” (Art. 26.1)¹⁷⁷ Mediante Ley en 1837 se contempla autorización al ejecutivo para “celebrar contratos con

¹⁷⁴ Cfr. *Id.* p.33-35

¹⁷⁵ *Id.* p.33.

¹⁷⁶ Aurelio Noboa. *Ley de Régimen Político. Recopilación de leyes del Ecuador.* Guayaquil .Imprenta A. Noboa, 1901. Vol. III p. 353

¹⁷⁷ Constitución Política del año 1830. Decreto Legislativo 0. Registro Auténtico 1830 de 14-jun-1830. Estado: Derogado

particulares para la construcción, reparo y mejora de caminos”¹⁷⁸ en estas disposiciones, también se hace hincapié en las bases para la celebración de los contratos, además de su procedimiento.

Siguiendo con la evolución de la administración pública podemos pasar al siglo XX ecuatoriano, que tiene su origen cambiante debido a la Revolución Liberal de 1895. Las principales fuentes de la administración pública en este siglo en cuanto a ordenamiento jurídico son: la Constitución de la República, la Ley de Hacienda, y la Ley de Régimen Administrativo.¹⁷⁹ Esta última, a pesar de haber sido promulgada en el año 1960 aunque obsoleta, aparentemente se encuentra vigente de conformidad al pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado No. 07028 de 08 de marzo de 2004¹⁸⁰, en complementariedad de la derogada Ley Orgánica de Administración Financiera y Control¹⁸¹ y, el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva¹⁸².

Por otra parte, en los temas referentes al presupuesto estatal y a la contratación pública, que en un inicio estaban contenidas en la Ley de Hacienda, se disponen en la Ley del Servicio Civil y Carrera Administrativa¹⁸³, Ley de Presupuestos del Sector Público y Ley de Contratación Pública¹⁸⁴, leyes que actualmente se encuentran derogadas por la

¹⁷⁸ *Ibíd.*

¹⁷⁹ Ley de Régimen Administrativo. Registro Oficial Suplemento 1202. 20 de Agosto de 1960. Estado: Vigente

¹⁸⁰ Resolución de la Procuraduría General del Estado. *Funciones Prorrogadas: Presidente De La Entidad. Entidad Consultante: Casa De La Cultura Ecuatoriana*. Registro Oficial 363 . 24 de junio de 2004. Base Legal: Ley de Cultura. Arts. 23 y 31 de su Reglamento. Ley de Régimen Administrativo. Art. 159 Inc. 1ro. REF. OF. P.G.E. No. 07028. 08 de marzo de 2004.

¹⁸¹ Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, 1977; derogada por Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas; Ley No. 00. Registro Oficial Suplemento 306.22 de Octubre de 2010

¹⁸² Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Registro Oficial 536. 18 de marzo de 2002. Última Reforma 24 de Agosto de 2012.

¹⁸³ Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, 2003; derogada por Codificación No. 8, publicada en Registro Oficial 16 de 12 de Mayo del 2005

¹⁸⁴ Ley de Contratación Pública, 1990; sustituida por Codificación No. 000. Registro Oficial 272 22 de Febrero del 2001. Codificación: Ley de Contratación Pública: derogada por Ley No. 1. Registro Oficial Suplemento 395. 4 de Agosto del 2008

Ley Orgánica del Servicio Público¹⁸⁵ y la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública¹⁸⁶ la cual trataremos mas adelante.

De esta manera, las instituciones que se encontraban vigentes para esa época, es decir para los años 1900, son la Presidencia de la República y cinco ministros de Estado, de conformidad a la Constitución del año 1987¹⁸⁷ (art. 101 Sección III). En la Ley de Régimen Político y Administrativo de la República en el año de 1930, los Ministros de Estado se amplían a seis. La potestad de la creación de los ministerios no le corresponde al Ejecutivo hasta la Constitución Política de 1979, potestad que la ejerce hasta la actualidad el Presidente de la República, existen veinte y ocho ministerios y once secretarías en el gobierno actual.

Por otra parte, en cuanto al desarrollo institucional de la administración pública durante el siglo XX, hay un importante cambio en el Consejo de Estado y en la jurisdicción Contencioso Administrativa. Uno de los más importantes órganos administrativos, gubernamental y jurisdiccional es el Consejo de Estado, aplicado en el Ecuador en el año de 1830 a raíz del Consejo de Gobierno colombiano. El Consejo de Estado ecuatoriano creado como órgano consultivo perdura hasta entrado el siglo XX, sin embargo, en el año de 1906 se le atribuye una característica completamente diferente a este órgano, pues por primera vez, se le otorga naturaleza decisoria de las cuestiones contencioso administrativas¹⁸⁸, esta potestad, la mantiene hasta el año de 1967, aunque con la

¹⁸⁵ Ley Orgánica del Servicio Público. Registro Oficial Suplemento No. 294 de 06 de Octubre de 2010.

¹⁸⁶ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Registro Oficial Suplemento No. 395 de 04 de Agosto de 2008.

¹⁸⁷ Constitución Política de 1897. Publicada el 14 de enero de 1897. Estado: Derogada

¹⁸⁸ Constitución Política de 1906. Registro Oficial 262. 24 de Diciembre de 1906

Art. 98.- Son atribuciones y deberes del Consejo de Estado: 1. Velar por la observancia de la Constitución y las leyes, y proteger las garantías constitucionales, excitando para su respeto e inviolabilidad al Poder Ejecutivo, a los Tribunales de Justicia y a las demás autoridades a quienes corresponda; 2. Dar cuenta al Congreso de las medidas que hubiere tomado en el desempeño de sus funciones; 3. Resolver, en receso del Congreso, sobre la legalidad de las excusas de los Senadores y Diputados, y dar cuenta a la legislatura en la primera sesión; 4. Pedir al Ejecutivo la convocatoria del Congreso Extraordinario; 5. Dar su dictamen en los asuntos en que quisiere ó debiere oírle el Ejecutivo; 6. Preparar las acusaciones Contra el Poder Ejecutivo y los recursos de queja que se propongan contra los Ministros de la Corte Suprema; 7. Autorizar al Ejecutivo, de acuerdo con la atribución 4a. Del artículo octogésimo tercio, para que obtenga empréstitos, con tal que juzguen indispensable para la recta administración pública. En este caso se designarán los fondos para el pago y el término dentro del cual ha de verificarse; 8. Conceder o negar, en receso del Congreso, al Poder Ejecutivo,

Constitución de 1945 se le encomienda estas funciones al Tribunal de Garantías Constitucionales. No funcionó Consejo de Estado con sus nuevas funciones, Larrea Holguín menciona que se debió a “(...) que los pocos casos que se presentaron (...) o fueron de ínfima o ninguna importancia o tardaron años y años hasta resolverse o quedaron definitivamente sin ninguna solución por parte de ese alto organismo (...)”¹⁸⁹

En este orden de ideas, la Constitución de 1967 reconoce los Tribunales de lo Contencioso y les otorga la competencia para decidir las cuestiones contencioso administrativas y tributarias. La reforma constitucional de 1922 es la que ya integra a estos dos tribunales como parte de la función judicial, pues pertenecían con anterioridad a la Función Ejecutiva. Una vez divididos en las dos ramas, se estableció la casación en estas dos materias, a cargo de salas especializadas de la Corte Suprema de Justicia actualmente Corte Nacional.

b. El crecimiento del sector público y antecedentes de los presupuestos públicos.

Las funciones públicas que de inicio estaban atribuidas al poder Ejecutivo se encontraban bastante restringidas, durante el siglo XIX las actividades del Estado se limitaban a “el afianzamiento militar (...) con una mínima Administración Pública propiamente dicha (...). Las obras y edificios públicos y el apoyo a la instrucción representan los principales esfuerzos de los presidentes del siglo XIX”¹⁹⁰.

La terminación del ferrocarril Quito-Guayaquil, a inicios del siglo XX es el emblema que da inicio a la dispersión de órganos administrativos y de asignación de tributos en el Ecuador, dispersando a su vez los entes públicos y los recursos estatales. Tal como lo menciona Larrea Holguín, “Proliferaron las Juntas, Comités, Centros, Ligas, Oficinas,

las facultades extraordinarias, y retirarlas, conforme al inciso 2. Del artículo octogésimo cuarto; 9. Conocer y decidir las cuestiones contencioso administrativas; 10. Llenar las vacantes de los Consejeros de Estado, excepto las de los Ministros Presidentes de la Corte Suprema y del Tribunal de Cuentas y las de los Secretarios de Estado; y 11. Ejercer las demás atribuciones que le conceden la Constitución y las leyes.

¹⁸⁹ Juan Larrea Holguín. *La Nueva Estructura Constitucional Ecuatoriana*. Quito : Corporación de Estudios y Publicaciones, 1969. p.. 387.

¹⁹⁰ Efraín Pérez. *Derecho Administrativo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009. Vol. I.p. 35.

Programas, Cámaras, etc., y demás formas de dispersión administrativa, con sus consecuencias de crecimiento desmedido de burocracia”¹⁹¹

No obstante, a fines de primer cuarto de siglo, se destacan las primeras organizaciones reguladoras a raíz de la revolución juliana de 1925, con la creación del Banco Central, la Superintendencia de Bancos y la Contraloría General del Estado. ¹⁹²En consecuencia el Estado asume ciertas esferas que no formaban parte de las funciones gubernamentales. Es así, como se van fundando nuevas instituciones que mediante la inserción de políticas públicas que van dando impulso a la obra pública y nuevas funciones progresistas.

El desarrollo va requiriendo una planificación estatal y el rol del Estado cambia para transformarse en impulsador de actividades productivas de gasto público que con anterioridad se encontraban restringidas. De tal manera, el Estado involucra a empresas públicas y de economía mixta en varios campos económicos. A final del siglo XX en Ecuador hay lugar a un impulso político hacia la privatización y a la contratación pública participativa.

En cuanto a los antecedentes de los presupuestos públicos, podemos afirmar que nacen de la normativa hacendística ecuatoriana, como ya hemos mencionado con anterioridad, esta es la base de todo gasto público. En 1927 se expide la Ley Orgánica de Hacienda que reforma la primera ley de la materia del año 1830 y sus sucesivas versiones. Su contenido, incluyó ya provisiones sobre los presupuestos públicos, funcionarios públicos y contratación pública. Esta ley fue sustituida por la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control de 1977 en referencia a los presupuestos, la Ley de Carrera Administrativa en cuanto a funcionarios públicos y la contratación teniendo su propio cuerpo legal con la Ley de Licitaciones de 1964. Ahora, estas dos leyes se encuentran derogadas por la Ley Orgánica de Servicio Público y la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, respectivamente.

En cuanto a régimen constitucional, en la Constitución de 1897 una de las atribuciones del congreso consistía en decretar anualmente el gasto público manejado por el Tesoro

¹⁹¹ Juan Larrea Holguín. *El espíritu jurídico de la República*. En Historia del Ecuador. Quito: Salvat, 1982. p. 113.

¹⁹² Juan Larrea Holguín. *La Nueva Estructura Constitucional Ecuatoriana*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1969. p. 387

Nacional conforme lo estipula el artículo 133 de la Carta Fundamental mencionada. En la Constitución siguiente, la del año 1906, se incorpora la correspondencia de decretar el presupuesto nacional a las cámaras reunidas en congreso, equilibrando los ingresos con los egresos. Con posterioridad a la revolución juliana es cuando se expiden las primeras normas técnicas en cuanto a presupuesto, en el año 1929.¹⁹³

Actualmente, el requisito presupuestario y la regulación del gasto público se encuentra reglamentado por diferentes figuras como lo es el Plan Nacional de Desarrollo contenido en la Constitución del año 2008, en su artículo 280 se establece que:

El Plan Nacional de Desarrollo es el instrumento al que se sujetarán las políticas, programas y proyectos públicos; la programación y ejecución del presupuesto del Estado; y la inversión y la asignación de los recursos públicos; y coordinar las competencias exclusivas entre el Estado Central y los gobiernos autónomos descentralizados. Su observancia será de carácter obligatorio para el sector público e indicativo para los demás sectores. Por tanto es necesario regular la aplicación de los principios de sujeción y coordinación establecidos constitucionalmente.¹⁹⁴

De igual forma en cuanto al Presupuesto General del Estado, la misma carta magna, en su artículo 292 dispone que:

El Presupuesto General del Estado es el instrumento para la determinación y gestión de los ingresos y egresos del Estado, con excepción de los pertenecientes a la seguridad social, la banca pública, las empresas públicas y los gobiernos autónomos descentralizados. Lo que conlleva la necesidad de establecer los instrumentos e instancias de coordinación que permitan garantizar la sostenibilidad de las finanzas públicas, el manejo eficiente del ahorro público y la preservación del patrimonio nacional y el bien público como fin último de la administración presupuestaria.¹⁹⁵

Así mismo, en cuanto a la regularización de los presupuestos públicos, la ley de la materia actualmente es el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, promulgada el 22 de octubre del año 2010. El cuerpo normativo en referencia norma el Sistema Nacional Descentralizado de Planificación Participativa con el Sistema Nacional de Finanzas Públicas, es decir regula la planificación financiera y los recursos de la política pública en todos los niveles de gobierno.

¹⁹³ Efraín Pérez. *Derecho Administrativo... Op cit.*, p. 55.

¹⁹⁴ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 280. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

¹⁹⁵ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 292. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

c. Inserción del Estado en la contratación y antecedentes de la contratación pública ecuatoriana.

La figura del contrato administrativo va evolucionando como hemos observado, desde la tradicional figura del contrato administrativo francés, basada en la subordinación de los particulares al Estado, que actuaba en posición de supremacía. En la actualidad existen tendencias hacia el principio de igualdad de las partes, con sujeción a la ley, con potestades de la administración pública claramente delimitadas.

En el Ecuador, las corrientes de la contratación pública tienen su origen de dos tipos de ordenamientos jurídicos distintos, por una parte el common law o derecho anglosajón y por otra en la influencia del nuevo derecho administrativo europeo y de la contratación pública global, que llegan a nuestro país en forma de modelos de contratos aplicados por el Banco Mundial a través del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF)¹⁹⁶ y del Banco Interamericano de Desarrollo (BID).¹⁹⁷

Los contratos modelo antes mencionados, toman como referencia a esquemas de nivel mundial como los de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/ UNCITRAL)¹⁹⁸ al igual que la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC)¹⁹⁹, quienes elaboran un modelo precontractual y

¹⁹⁶ El objetivo del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) es reducir la pobreza en los países de ingreso mediano y los países pobres con capacidad crediticia mediante la promoción del desarrollo sostenible con préstamos, garantías, productos de gestión de riesgos y servicios analíticos y de asesoramiento. El BIRF se fundó en 1944 y fue la primera institución del Grupo del Banco Mundial. Posee una estructura similar a la de una cooperativa, es decir, es propiedad de sus 188 países miembros, que lo administran en beneficio propio.

¹⁹⁷ Efraín Pérez. *Manual de Derecho Administrativo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010. p. 187.

¹⁹⁸ La Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional, CNUDMI fue creada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2205 (XXI) del 17 de diciembre de 1966 «para promover la progresiva armonización y unificación del derecho mercantil internacional. Su finalidad es reducir los obstáculos legales que impiden el flujo del comercio internacional y armonizar las leyes mercantiles.

¹⁹⁹ FIDIC representa la Federación Internacional de Ingenieros Consultores. Los países miembros fundadores de la FIDIC fueron Bélgica, Francia y Suiza. Situado en el Centro Mundial de Comercio en Ginebra, Suiza, FIDIC tiene como objetivo representar el mundo de la consultoría de ingeniería mediante la promoción de los intereses comerciales de las

contractual internacional, como herramienta para estructurar procedimientos uniformes en contratos de construcción de obra.

Como ya hemos explicado con anterioridad, los antecedentes de la administración y la contratación pública vienen de la Ley Orgánica de Hacienda de 1863, la misma que estuvo vigente hasta el año 1927, ley que ya mencionaba a la contratación pública como tal y sus respectivos requisitos, en los que contenía la publicación del mismo en una hoja o en el periódico oficial, su inobservancia acarrearaba la nulidad del contrato.

La segunda Ley Orgánica de Hacienda que suplantó a la del año 1863, es la de 1927 que ya contempla la creación de una dirección para la contratación pública, la cual no estaba descrita como tal, su función era “la adquisición y suministro de departamentos y oficinas los materiales que el gobierno llegare a necesitar”, esta nueva dirección toma el nombre de Dirección de Suministros en el Ministerio de Hacienda. Ya en esta regulación, existe la licitación como figura contractual para los contratos que excedan una cuantía determinada, acompañada con la intervención de la Contraloría. La codificación de esta ley del año 1960 contempla un requerimiento que se lo utiliza hasta la actualidad en toda contratación, estamos hablando de la existencia de la partida presupuestaria y la disponibilidad de fondos, teniendo un control del gasto y presupuesto estatal; además exige, la publicación de las bases de la licitación en el Registro Oficial o en un periódico del lugar consagrando el actual principio de publicidad.²⁰⁰

Posteriormente, contamos con una Ley de Licitaciones que fue reformada en algunas ocasiones para dar lugar a la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas en el año de 1974, ley que se convirtió a la postre en la Ley de Contratación Pública, la cual en la actualidad fue sustituida por la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública promulgada el 16 de octubre del 2009. Cabe mencionar, que con anterioridad se habían expedido legislaciones específicas para cierto tipo de contrataciones, tal es el caso de la Ley de Consultoría de 1989, no obstante, la actual ley ya contempla este tipo de contratación en sus disposiciones. Por otra parte, todavía existen varias leyes que

empresas proveedoras de servicios basados en la tecnología intelectual para el entorno construido y natural. FIDIC es bien conocido en la industria de la consultoría de ingeniería por su trabajo en la definición de las condiciones del Contrato para la Construcción Industria en todo el mundo.

²⁰⁰Efraín Pérez. *Derecho Administrativo... Op. Cit.*,p 59

sobrepasan a la tipificación de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública como lo son: las contrataciones especiales respecto a la exploración, explotación y transporte de petróleo, sujetas a la Ley de Hidrocarburos y otras disposiciones legales y reglamentarias específicas.

Por otro lado, contamos actualmente en la contratación pública con las disposiciones de la Ley de Modernización del Estado, donde se contempla la posibilidad de delegación para la prestación de servicios públicos a empresas mixtas o privadas mediante cualquier forma contractual o administrativa, dando cabida a contratos celebrados por el Estado para la provisión de estos servicios con un régimen contractual que no necesariamente signifique el administrativo.²⁰¹

En cuanto al régimen de bienes, los antecedentes de su contratación son diferentes a otro tipo de contrataciones y han venido desde el siglo XIX, donde le correspondía al Congreso Nacional la administración de los bienes nacionales o de los usos públicos, tal es el caso de la Constitución de 1906. Posteriormente, en la Carta Magna de 1967, otorga esta facultad al Senado en cuanto a la enajenación o gravamen de los bienes inmuebles. Actualmente, la Contraloría es la entidad de administración y custodia de los bienes públicos. Es así, que el artículo 211 de la Constitución de la República del año 2008 lo caracteriza como “un organismo técnico y encargado del control de la utilización de los recursos estatales (...) y de personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos.”²⁰²

En definitiva, la contratación de la administración pública en nuestro país ha tenido influencia internacional y ha ido evolucionando desde los años 1800, para irse modificando de conformidad a las necesidades de los ciudadanos y de la administración, hasta llegar a una delimitación de procedimientos de conformidad al modelo de contratación a aplicar, contemplando una complementariedad entre cuerpos normativos tanto de derecho administrativo como de régimen privado.

d) Legislación referente a la Contratación Pública ecuatoriana

²⁰¹ Ley de Modernización del Estado. Artículo 1. Registro Oficial 349. 31 de diciembre de 1993. (Última Reforma 27 febrero de 2009)

²⁰² Constitución de la República del Ecuador. Artículo 211. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Como observamos en el acápite de los antecedentes a la contratación pública ecuatoriana, sabemos que fue normada a través de la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas y, posteriormente la Ley de Contratación Pública, la cual cumplió su tarea por mas de treinta años. No obstante, el mundo cambia y por lo tanto la dinámica social, la globalización y la evolución en general necesitaban de un cambio para responder a estos nuevos requerimientos.

Sin embargo, la evolución normativa debe ir en apego tanto de la realidad jurídica del lugar donde se la aplique, como de las directrices doctrinarias ya establecidas y estudiadas por reconocidos tratadistas del derecho administrativo. Estas directrices ya las hemos tratado en los capítulos uno y dos, por lo mismo, se va a analizar bajo este punto la aplicación de las mismas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Empezando por la limitación de la libertad contractual y la autonomía de la voluntad, en el Ecuador, la contratación pública se encuentra restringida; por una parte, por el principio de especialidad, el cual esta directamente relacionado con la competencia del órgano u entidad contratante y por otra, delimitada en razón a las disposiciones de las leyes de derecho público.

El ordenamiento jurídico que reglamenta la contratación pública es principalmente: la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP), expedida el 4 de agosto de 2008 y su respectivo reglamento, promulgado el 12 de mayo de 2009. Esta ley es aplicable a todas las instituciones de derecho público y además a las de derecho privado compuestas por capitales o participación pública, tratando de unificar la normativa contractual institucional.

La ley crea el Instituto Nacional de Contratación Pública (INCOP), con personalidad jurídica de derecho público, que emite las directrices en el ámbito de la contratación pública nacional. Una de sus funciones fundamentales es el manejo del portal COMPRASPÚBLICAS que es una herramienta tecnológica para unificar y publicar la información sobre la contratación pública en el país. A su vez, instaura el Registro Único de Proveedores (RUP) que contiene la información de todos los proveedores estatales bajo un solo registro y diferenciándolos por categorías.

En cuanto a procedimientos, introduce los que se dan en función de la cuantía y los procedimientos dinámicos. En los primeros, contamos con la licitación, cotización y menor cuantía; y en los segundos, se encuentran las denominadas compras por catálogo electrónico y la subasta inversa, procesos que se llevan a cabo en su totalidad a través del portal tecnológico.

A pesar del intento de unificación de la contratación administrativa, contamos con otra legislación complementaria y especializada en ciertos temas. En primer lugar, la Ley de Modernización y su reglamento, Ley de Hidrocarburos, Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, Ley Orgánica de Responsabilidad, Estabilidad y Transparencia Fiscal, Ley de Mercado de Valores, Ley de Servicio Público, Código de Trabajo, Ley General de Seguros y Código de Comercio, Ley de Régimen de Sector Eléctrico, Ley Especial de Telecomunicaciones, Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales, Ley de Compañías, Ley de Minería, Código Civil, entre otras.

En segundo lugar, en cuanto a la aplicación del principio de la mutabilidad de los contratos administrativos podemos afirmar que el servicio público en cualquier concepción y tiempo, requiere su adaptación a las necesidades de los usuarios del servicio, lo que no sería posible con un contrato rígido e inamovible, “así se concibe la posibilidad de ampliar o, en general, modificar los alcances del objeto del contrato”.²⁰³ La flexibilidad en la contratación pública ecuatoriana se refleja en casos como: el incremento de obra, extensión del plazo, entre otros. Modificaciones que se deberán pactar en el contrato de conformidad a las estipulaciones de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP).

En otro punto, en cuanto a las cláusulas exorbitantes, la LOSNCP y otras normas de derecho público contemplan a la figura de la terminación unilateral y anticipada del contrato, el derecho que la administración se reserva para declarar mediante el dictamen de un acto administrativo el incumplimiento de los contratistas, el procedimiento debe ser sujeto estrictamente a la normativa vigente. Así mismo, la administración pública tiene la potestad de cobrar las multas por sí misma al contratista a través de las garantías que se deben rendir antes de un procedimiento contractual.

²⁰³ Efraín Pérez. *Manual de Derecho Administrativo... Op cit.*,p. 190.

En cuanto al procedimiento, los contratos administrativos tienen un procedimiento especial, las controversias de este tipo de contratos están sometidos a la jurisdicción contencioso administrativa y si la casación fuere procedente, sustanciada ante la sala especializada de la Corte Nacional de conformidad a las disposiciones de la Ley de Modernización del Estado en su artículo 38²⁰⁴ reformado, puesto que con anterioridad, en el año 1998 se acreditaba para conocer sobre los conflictos de la materia a los jueces de lo civil. Ésta norma fue derogada el 13 de marzo del 2000 otorgando la competencia de conocer todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo.

De igual forma, en materia contractual específicamente la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública dispone que:

Art. 105.- Instancia Única.- De surgir controversias en que las partes no concuerden someterlas a los procedimientos de mediación y arbitraje y decidan ir a sede judicial, el procedimiento se lo ventilará ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo aplicando para ello la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Es menester mencionar que todos los procedimientos regulados por la LOSNCP son de calificados como contratos de naturaleza administrativa de conformidad al artículo 60 “Los contratos a los que se refiere esta Ley celebrados por las Entidades Contratantes, son contratos administrativos.”²⁰⁵

El Artículo 77 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, en cuanto a la competencia de los Tribunales Distritales de lo Contencioso

²⁰⁴ Art. 38.- Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público. El administrado afectado presentará su demanda, o recurso ante el tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio. El procedimiento será el previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa o el Código Tributario, en su caso. No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento en la vía administrativa. Empero, de iniciarse cualquier acción judicial contra alguna institución del sector público, quedará insubsistente todo el reclamo que sobre el mismo asunto se haya propuesto por la vía administrativa.

²⁰⁵ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Publicación: Registro Oficial Suplemento 588.12 de mayo de 2009.Ultima Reforma: 15 de agosto de 2011

Administrativo menciona que pueden conocer y resolver aspectos relacionados con contratos administrativos²⁰⁶

De la misma manera, en cuanto a los actos separables, que son aquellos que “pueden ser impugnados separadamente, es decir independientemente unos de otros”.²⁰⁷ Estos son los actos preparatorios a la celebración del contrato, están sometidos a la jurisdicción contencioso administrativa, así lo dispone el artículo 173 de la actual Constitución de la República: “los actos administrativos del cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”²⁰⁸

La contratación administrativa además se caracteriza por ser “intuitu personae” es decir, que estos contratos son indelegables. En el Ecuador, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública confirma lo mencionado, y prohíbe ceder los derechos u obligaciones emanadas de un contrato y además establece ciertas limitaciones a la subcontratación, que es el encargo a terceros por trabajos parciales, el artículo 79 del cuerpo legal mencionado establece que:

(...) Art. 79.- El contratista podrá subcontratar la ejecución parcial del contrato con personas naturales o jurídicas registradas en el RUP, bajo su riesgo y responsabilidad. Tratándose de subcontratación de consultoría, ésta sólo podrá realizarse para las actividades que expresamente se establezcan en los pliegos y que conste en la oferta adjudicada.

Las subcontrataciones no se las podrá realizar con personas inhabilitadas para contratar de acuerdo con esta Ley, ni podrán superar el treinta (30%) por ciento del monto del contrato reajustado.(...)

Además, la subcontratación debe ser incluida en una clausula contractual, de conformidad a los modelos de contratos establecidos por el Instituto Nacional de Contratación Pública, puesto que el contratista debe solicitar autorización previa del contratante, con la recomendación de acompañar al contrato el proyecto de contrato a

²⁰⁶ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Artículo 77. Registro Oficial Suplemento No.536. 18 de marzo de 2002-

²⁰⁷ Efraín Pérez. *Manual de Derecho Administrativo... Op cit.*, 203

²⁰⁸ Constitución de la República del Ecuador 2008. Artículo 173. Registro Oficial 449. 20 de Octubre de 2008

celebrarse con terceros. Cabe mencionar, que el contratista es responsable ante la entidad contratante por los actos u omisiones de sus subcontratistas.²⁰⁹

Una vez aplicados los conceptos doctrinarios de la contratación administrativa a la legislación ecuatoriana, podemos concluir bajo este punto que no existe una definición legal de lo que se entienda por contratación administrativa en el país. No obstante, se abarcó el estudio de los elementos que componen al contrato administrativo en aplicación a la contratación pública ecuatoriana, contratos que se encuentran regidos por el derecho público. Lo que no obsta, que el Estado pueda celebrar contratos parcialmente regidos por el derecho privado, cuando de sus disposiciones ello se desprenda.

3. Empresas Públicas:

a) Concepto y evolución:

Vamos a tratar este tema, debido a que las empresas públicas también son instituciones que forman parte del sector público en virtud a que manejan fondos públicos. Por lo tanto, pueden celebrar tanto contratos administrativos como contratos de derecho privado.

La Constitución de la Republica en su artículo 225 numeral tercero y cuarto determina que:

El sector público comprende:

3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la Ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.

4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.²¹⁰

²⁰⁹ Instituto Nacional de Contratación Pública. INCOP. *Modelos de Pliegos obligatorios. Licitación.* (Acceso: 10 de Septiembre de 2012.) <http://www.compraspublicas.gob.ec/compraspublicas>

²¹⁰ Constitución de la República del Ecuador 2008. Artículo 225. Publicación: Registro Oficial 449. Vigente. Última Reforma: 13 de julio 2011.

Para entender la conceptualización de la empresa pública, se debe empezar con la significación de empresa, desde el punto de vista económico, surge como consecuencia de una actividad encaminada a la producción de bienes y servicios a cambio de un beneficio. Desde una visión jurídica, la empresa es “un conjunto organizado de actividades, bienes patrimoniales y relaciones de hecho bajo la responsabilidad de una persona”²¹¹ la persona responsable es el empresario, lo que no significa que actúa unitariamente si no que es quien dirige a los colaboradores humanos que ayudan en el desarrollo de la actividad económica.

Ahora, el sector público como empresario implica el ejercicio de una actividad comercial pero con base en el derecho público, que surge a raíz de un incremento paulatino y bastante importante en el nivel de descentralización de la gestión pública. Además, con objetivos en su gran mayoría tanto lucrativos como de interés general, como por ejemplo, para proporcionar bienes que el mercado no produce en las cantidades necesarias o a los precios deseados. Es razonable esperar que su respuesta a las fuerzas del mercado sea bastante diferente al de las empresas privadas, cuyo fin es exclusivamente el lucro, las empresas públicas son personas jurídicas que tienen caracteres mixtos tanto con motivaciones económicas como sociales.

Entonces, como una aproximación mas cercana a la definición de empresas públicas podemos decir que se tratan de “aquellas unidades de explotación industrial o comercial (...) en las cuales el Estado participa total o parcialmente en la conformación de su capital social y, cuyas actividades tienen la calidad de interés público dada su importancia para el desarrollo económico o social del país”²¹².

La Ley Orgánica de Empresas Públicas en su artículo número 4 da una definición de Empresas públicas y remitiéndose a la Constitución de la República en cuanto a su pertenecía al sector público y por lo mismo establece que:

Art. 4.- Las empresas públicas son entidades que pertenecen al Estado en los términos que establece la Constitución de la República, personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, dotadas de autonomía presupuestaria, financiera,

²¹¹ Joaquín Garriguez. *Tratado de Derecho Mercantil*. Madrid : Editorial Revista de Derecho Mercantil, 1955. Tomo II.p 55

²¹² Jorge Manuel Aguirre Hernandez. Biblioteca Jurldica Unam. (Acceso: 01 de octubre de 2012.) <http://www.jurldicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurld/cont/11/pr/pr4.pdf>. p. 87.

económica, administrativa y de gestión. Estarán destinadas a la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y en general al *desarrollo de actividades económicas* que corresponden al Estado. (...) ²¹³ el énfasis me pertenece.

Una empresa pública es una organización cuyo capital es de propiedad de las autoridades gubernamentales, está bajo el control de esas autoridades y que es establecida para el logro de un conjunto definido de propósitos públicos, que puede ser multidimensional en carácter. Tiene como finalidad satisfacer las necesidades públicas, sin embargo, también se dedica a actividades de carácter empresarial, lo que por consecuencia implica las ideas de inversión y de rendimiento o rentabilidad dirigida al ámbito social como comercial. ²¹⁴

Para Ruiz Massieu, empresa pública es la organización autónoma dirigida a producir en el mercado. Es una organización económica que se forma con la aportación de capitales públicos o estatales debido a la necesidad de intervención del Estado en la economía. De forma macro, se trata de una entidad económica personificada en la que el Estado ha contribuido con capacidad por razones de interés público, social o general. ²¹⁵

Cabe mencionar que el Estado crea empresas con el fin de satisfacer necesidades sociales e impulsar el desarrollo socioeconómico, es decir, el Estado invierte capital con el fin de satisfacer necesidades sociales. La finalidad de las empresas no es obtener

²¹³ Ley Orgánica de Empresas Públicas. Artículo 4. Registro Oficial Suplemento No 48. 16 de Octubre de 2009.

(...) Las empresas subsidiarias son sociedades mercantiles de economía mixta creadas por la empresa pública, en las que el Estado o sus instituciones tengan la mayoría accionaria.

Las empresas filiales son sucursales de la empresa pública matriz que estarán administradas por un gerente, creadas para desarrollar actividades o prestar servicios de manera descentralizada y desconcentrada.

Las Agencias y Unidades de Negocio son áreas administrativo - operativas de la empresa pública, dirigidas por un administrador con poder especial para el cumplimiento de las atribuciones que le sean conferidas por el representante legal de la referida empresa, que no gozan de personería jurídica propia y que se establecen para desarrollar actividades o prestar servicios de manera descentralizada y desconcentrada. (...)

²¹⁴ Martín Hugo Esparza. *El Papel de la Empresa Pública*. Gestión y Estrategia. Departamento de Administración. <http://www.azc.uam.mx/publicaciones/gestion/num5/doc10.htm> . (Acceso 05 de octubre de 2012)

²¹⁵ José Francisco Ruiz Massieu. *La Empresa Pública. Un estudio de derecho sobre México*. México, Ed. INAP, 1980. p. 20.

ganancias sino satisfacer necesidades sociales, aunque no deben perder de vista el principio de racionalidad económica y rentabilidad propio de una empresa.

En definitiva, siendo una empresa una organización destinada a obtener ganancias, entre las organizaciones públicas o estatales el Estado explota una determinada actividad económica con finalidad de lucro, aunque éste debe ceder ante el bien común pues es el objetivo primordial de la empresa pública. El lucro está destinado a obtener ganancias para la autosustentabilidad y rentabilidad de la empresa. De lo contrario, la empresa se convertiría en una carga para la administración.

La finalidad de estas empresas de conformidad a la Ley Orgánica de Empresas Públicas en su artículo 2 numeral 4 es:

4. Fomentar el desarrollo integral, sustentable, descentralizado y desconcentrado del Estado, contribuyendo a la satisfacción de las necesidades básicas de sus habitantes, a la utilización racional de los recursos naturales, a la reactivación y desarrollo del aparato productivo y a la prestación eficiente de servicios públicos con equidad social. Las empresas públicas considerarán en sus costos y procesos productivos variables socio-ambientales y de actualización tecnológica.²¹⁶

La empresa pública tiene como directrices de actuación u objetivos principales el "(...) contribuir en forma *sostenida* al desarrollo humano y buen vivir de la población ecuatoriana (...)", por lo mismo, debe "(...) promover el desarrollo *sustentable*, integral, descentralizado y desconcentrado del Estado, y de las actividades económicas asumidas por éste (...)". La empresa pública como va a "(...) actuar con eficiencia, racionalidad, *rentabilidad* y control social en la exploración, explotación e industrialización de los recursos naturales renovables y no renovables y en la comercialización de sus productos derivados, preservando el ambiente (...)"²¹⁷

En consecuencia, si bien la empresa pública tiene como finalidad primordial la prestación de un servicio de interés público, no debe dejar relegado el propósito de actividad empresarial con énfasis a la auto sustentabilidad y rentabilidad propias de una empresa.

²¹⁶ Ley Orgánica de Empresas Públicas. Artículo 2. Registro Oficial Suplemento No 48. 16 de Octubre de 2009.

²¹⁷ Ley Orgánica de Empresas Públicas. Artículo 3. Registro Oficial Suplemento No 48. 16 de Octubre de 2009

En este orden de ideas, las empresas públicas son de dos categorías, las que se explicarán a continuación.

En primer lugar, la empresa pública sometida es una persona jurídica de derecho público. Este tipo de empresas provienen directamente del ordenamiento jurídico, solo por ley la función legislativa o la asamblea puede crear una sociedad de derecho público; atribuyéndoles sus respectivas finalidades o competencias. No obstante, existen empresas públicas creadas por el Presidente, mediante Decreto Ejecutivo o por los gobiernos autónomos descentralizados, mediante acto normativo.

En segundo lugar, las sociedades que se encuentran entre el campo público y privado, son empresas que llevan la caracterización de mixtas, están sujetas a la Ley de Compañías, pero la diferencia con las empresas privadas es que sus capitales son total o parcialmente públicos y, por lo tanto, se rigen en el manejo de sus capitales al derecho público. La Ley de Empresas Públicas contempla lo mencionado en sus artículos del 35 al 37, permitiendo la capacidad asociativa de fondos públicos y privados para la formación de una empresa mixta.

En cuanto al régimen jurídico de las empresas públicas, sean totalmente públicas o mixtas, se les aplica en primer lugar la Ley de Empresas Públicas en virtud a la especialidad normativa. En cuanto a presupuesto, se distinguen las empresas de las dependencias públicas en que estas están autorizadas para percibir ingresos directamente y tener un propósito económico lucrativo.

En cuanto a procesos de contratación, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública es aplicable a las empresas públicas, es así, que en su artículo 1 dispone los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes o prestación de servicios incluidos los de consultoría que realicen:

(...)5. Los Organismos y entidades creados por la Constitución o la Ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.

6. Las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos.

7. Las corporaciones, fundaciones o sociedades civiles en cualquiera de los siguientes casos: a) estén integradas o se conformen mayoritariamente con cualquiera de

los organismos y entidades señaladas en los números 1 al 6 de este artículo o, en general por instituciones del Estado; o, b) que posean o administren bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título se realicen a favor del Estado o de sus instituciones; siempre que su capital o los recursos que se le asignen, esté integrado en el cincuenta (50%) por ciento o más con participación estatal; y en general toda contratación en que se utilice, en cada caso, recursos públicos en más del cincuenta (50%) por ciento del costo del respectivo contrato.

8. Las compañías mercantiles cualquiera hubiere sido o fuere su origen, creación o constitución que posean o administren bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título se realicen a favor del Estado o de sus instituciones; siempre que su capital, patrimonio o los recursos que se le asignen, esté integrado en el cincuenta (50%) por ciento o más con participación estatal; y en general toda contratación en que se utilice, en cada caso, recursos públicos en más del cincuenta (50%) por ciento del costo del respectivo contrato. (...)²¹⁸

De igual forma, la Ley de Empresas Públicas en su artículo 34 remite sus procesos de contratación a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública al igual que a las resoluciones que emita el Instituto Nacional de Contratación Pública.

Por lo expuesto, estas compañías, tanto para las empresas públicas propiamente dichas como para las personas jurídicas con capital parcial o totalmente público, en razón a que se trata de fondos públicos; se encuentran sujetas a la Ley de Empresas Públicas y, en cuanto a contratación administrativa a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Cabe mencionar, que como ya se expuso con anterioridad, estas entidades, al igual que las administraciones públicas pueden celebrar contratos regidos por el derecho privado, y por lo tanto, serán reguladas por normativa de derecho privado cuando sea el caso. No obstante, sea cual fuere su forma de contratación, se sujetan al control de la Procuraduría General del Estado y a su vez a la Contraloría General del Estado. Así lo establece la absolución de consulta de la Procuraduría General del Estado.

²¹⁸ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 1. Registro Oficial Suplemento 588.12 de mayo de 2009.Ultima Reforma: 15 de agosto de 2011

CONTROL DE LA CONTRALORIA GENERAL DEL ESTADO A SOCIEDADES ANONIMAS

ENTIDAD CONSULTANTE: Dirección de Industrias del Ejército - DINE
CONSULTA:

Si el Art. 4, reformado, de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado rige para las compañías mercantiles (sociedades anónimas) en las cuales la Dirección de Industrias del Ejército es accionista.

PRONUNCIAMIENTO:

A partir de la reforma del artículo en mención, para el control que ejerce la Contraloría, ya no existe distinción entre entidades de derecho privado con finalidad social o pública, y aquellas que no tienen esa finalidad, sino que todas las entidades privadas están sometidas al mencionado control, siempre que tengan bienes, rentas o subvenciones de carácter público. Por lo expuesto, considero que las compañías mercantiles (sociedades anónimas) en las cuales la Dirección de Industrias del Ejército es accionista, están comprendidas en el ámbito de aplicación del Art. 4, reformado de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado; y, por tanto, se someten, para todos los efectos, al control de dicho organismo.²¹⁹

De igual forma, afirmando lo expuesto, la Constitución de la República dispone que:

Art. 315.- El Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas. Las empresas públicas estarán bajo la regulación y el control específico de los organismos pertinentes, de acuerdo con la ley; funcionarán como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales. Los excedentes podrán destinarse a la inversión y reinversión en las mismas empresas o sus subsidiarias, relacionadas o asociadas, de carácter público, en niveles que garanticen su desarrollo. Los excedentes que no fueran invertidos o reinvertidos se transferirán al Presupuesto General del Estado. La ley definirá la participación de las empresas públicas en empresas mixtas en las que el Estado siempre tendrá la mayoría accionaria, para la participación en la gestión de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos.²²⁰

En definitiva, se puede concluir que existen dos tesis en cuanto a la existencia de las empresas públicas, en primer lugar, la tesis amplia que abarca a las empresas constituidas como compañías sujetas a la Ley de Compañías tales como las sociedades anónimas en las cuales el estado tiene exclusiva propiedad o en compañías mixtas, donde la actividad estatal detenta un porcentaje, es decir son sociedades sujetas al derecho mercantil; y, las sujetas plenamente al Derecho Público.

²¹⁹ OFICIO P.G.E. 20260 de 19-10-2005. Registro Oficial No. 194, 24 de enero de 2006

²²⁰ Constitución de la Republica del Ecuador 2008. Artículo 315. Publicación: Registro Oficial 449. Vigente. Ultima Reforma: 13 de julio 2011.

Y en segundo lugar la tesis en sentido estricto, donde la empresa pública es aquella que se compone por empresas que tienen personalidad jurídica de derecho público y, son parte de la administración pública como dependencias o unidades administrativas.

En consecuencia, es claro que no siempre la participación accionaria es suficiente para considerar a una empresa como pública, se deben tomar en cuenta otros aspectos para caracterizar a la empresa pública. Se debe distinguir el tipo de actuación, pues pueden conseguir el control de la empresa mediante técnicas privadas o a través de potestades administrativas.

Así mismo, en cuanto a la contratación de las empresas públicas se pudo observar que pueden celebrar contratos tanto privados como administrativos, los que se diferenciarán por sus elementos distintivos tratados a lo largo de la tesis pero con especial énfasis en el objeto y la finalidad de la contratación. Como ya se mencionó, las empresas públicas se diferencian de las administraciones públicas en razón a que tienen una finalidad entre económica y social mientras que las administraciones solo tienen finalidad de interés público. En consecuencia, cuando una empresa pública persiga el lucro o el interés económico, se celebrará un contrato con apego al derecho privado mientras que si se trata de interés público la relación contractual será de naturaleza administrativa.

b) Enfoque a la Ley de Empresas Públicas

Las empresas públicas se relacionan en su generalidad con terceros a través de instrumentos de derecho privado. Sin embargo, si la Ley les atribuye el ejercicio de potestades administrativas, el desarrollo de un servicio público o alguna finalidad pública entonces, se relacionarán mediante instrumentos de derecho público y entre ellos, el contrato administrativo. De tal manera que, dependiendo del objeto contractual y de si la empresa actúa a través de potestades administrativas o relaciones privadas, se les atribuye un determinado régimen aplicable a su actuación.

Es esa, parte de la conclusión a la que se llegó en el capítulo uno, al abordar si la presencia de la Administración Pública es la única condición necesaria para conformar el concepto de contrato administrativo. Entonces, concluimos que era condición necesaria

pero no suficiente, pues se requería una serie de elementos que concurren para la formación de un contrato administrativo, entre ellos que esa Administración obrase como tal, o sea, en ejercicio de las llamadas “prerrogativas de imperio”. En consecuencia, bajo este acápite, las empresas públicas pueden celebrar contratos administrativos cuando ellas, obren en ejercicio de esas potestades o, de forma genéricamente admitida, en ejecución de actividades catalogadas como de interés público.

Por lo tanto, confirmamos la observación que antes hiciéramos: más que un elemento puramente subjetivo, la presencia de una administración pública como elemento determinante del concepto de contrato administrativo se vincula con el contenido de la actividad llevada a cabo por esa administración y su objeto, en tanto sólo serán contratos administrativos aquéllos celebrados por la administración o empresa pública obrando como poder público y con finalidades públicas.

La Ley Orgánica de Empresas Públicas establece los principios generales con efecto de controlar la propiedad estatal y la actividad económica y empresarial de carácter público. Su espectro abarca la “la constitución, organización, funcionamiento, fusión, escisión y liquidación de las empresas públicas que no pertenezcan al sector financiero y que actúen en el ámbito internacional, nacional, regional, provincial o local; y, establecen los mecanismos de control económico, administrativo, financiero y de gestión que se ejercerán sobre ellas”²²¹ así dispone el artículo 1 de la mencionada ley.

Por otra parte, en cuanto al sistema de contratación, el mismo cuerpo legal establece el régimen al que están sometidas las empresas públicas, el artículo 32 establece que: “Las contrataciones de bienes, obras y servicios, incluidos los de consultoría, que realicen las empresas públicas, se sujetarán a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General y demás disposiciones administrativas aplicables”²²².

En consideración a lo expuesto, las empresas públicas de encuentran reguladas debido a su naturaleza por el derecho público como regla general, no obstante el derecho privado también se aplica dependiendo del requerimiento de la contratación y la actuación

²²¹ Ley Orgánica de Empresas Públicas, LOEP. Artículo 1. Registro Oficial Suplemento 48. 16 de octubre de 2009. Última Reforma: 13 de octubre de 2011.

²²² *Id.* Artículo 34

de la empresa. Por lo que en definitiva, como ya hemos mencionado a lo largo de la tesis, en el ámbito contractual se debe observar el fondo y disposiciones contractuales a fin de determinar el carácter o naturaleza y el régimen aplicable al instrumento.

4. Énfasis en la Disposición General Primera de la Ley Orgánica de Empresas Públicas

En cuanto a la naturaleza de la contratación administrativa, existe una aparente contraposición entre las disposiciones de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, para el efecto, se transcribirán las dos normas:

Ley Orgánica de Empresas Públicas:

DISPOSICIONES GENERALES

PRIMERA: NATURALEZA DE LOS ACTOS, HECHOS Y CONTRATOS DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS.- Los actos, hechos y contratos que expidan, ejecuten o celebren las empresas públicas para la construcción de obra pública e infraestructura exclusivamente, son de naturaleza administrativa.²²³

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

TITULO IV DE LOS CONTRATOS

Art. 60.- Carácter de los Contratos.- Los contratos a los que se refiere esta Ley celebrados por las Entidades Contratantes, son contratos administrativos.²²⁴

De las disposiciones se desprenden algunas observaciones importantes, como primer punto notamos que existe una caracterización legislativa de los contratos omitiendo la observancia del fondo mismo del contrato y de sus elementos, como ya se ha expuesto, deben concurrir ciertos elementos para conformar la naturaleza administrativa de un contrato, no basta la caracterización de ley.

En este orden de ideas, debido a estas dos disposiciones que ya le dan la naturaleza a los contratos, surgen una serie de conflictos que muestran una contraposición entre las

²²³ Ley Orgánica de Empresas Públicas, LOEP. Disposición General Primera. Registro Oficial Suplemento 48. 16 de octubre de 2009. Última Reforma: 13 de octubre de 2011.

²²⁴ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 60. Registro Oficial Suplemento 588. 12 de mayo de 2009. Última Reforma: 15 de agosto de 2011

dos leyes, que una vez en el ámbito de aplicación contractual, puede llegar a permitir confusiones.

Vamos a empezar analizando la disposición general primera de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, para el efecto debemos saber el significado de la palabra *exclusivamente*. El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española la define como “con exclusión, sola o únicamente”²²⁵. Por lo tanto, de conformidad a esta ley, los únicos contratos de naturaleza administrativa son los contratos de obra e infraestructura, suponiéndose a simple vista que los demás no poseen esta caracterización es decir, son de naturaleza privada.

Por otra parte, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública menciona que todos los contratos celebrados bajo esa normativa tienen carácter de administrativos, es decir, contrataciones sobre bienes, obras y servicios incluidos los de consultoría. Por lo expuesto, podemos concluir que expande la caracterización legislativa de la disposición contenida en el Ley de empresas públicas.

Entonces, ¿Dónde se encuentra la contraposición? A mi criterio da posibilidad a la confusión entre disposiciones de los dos cuerpos legales, según la Ley Orgánica de Empresas Públicas sólo los contratos de obra pública son administrativos, lo que da como consecuencia que los demás sean de carácter privado. Mientras que, según la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, todos los contratos regulados por ese cuerpo normativo son administrativos; por lo mismo, ¿Cuál es la naturaleza de los contratos que celebran las empresas públicas y que no son de obra?

Ahora, lo mencionado se carga de una mayor complicación debido a que como ya lo habíamos tratado con anterioridad, las empresas públicas se someten a la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, así, lo especifica el artículo 34 numerales 2 y 3 de la Ley de Empresas Públicas.²²⁶ Por lo tanto, la disposición al caracterizar de *exclusiva*

²²⁵ Diccionario de la Real Academia Española. Real Academia Española. www.rae.es (acceso 12 octubre 2012)

²²⁶ Ley Orgánica de Empresas Públicas. Artículo 34. Registro Oficial Suplemento 48. 16 de octubre de 2009. Última Reforma: 13 de octubre de 2011.

Art. 34.- CONTRATACION EN LAS EMPRESAS PUBLICAS.- Todo proceso de contratación de obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría, así como las contrataciones en actividades de prospección, exploración, explotación, refinación, comercialización,

naturaleza administrativa es aparentemente contradictoria o puede dar cabida a confusiones legales.

La interrogante planteada, requiere la aplicación de todo lo analizado a través de la tesina, como se ha venido estudiando y analizando, los contratos administrativos forman una categoría distinta de contrato, la cual no depende de una calificación legislativa, al contrario, necesita de varios elementos distintivos que le otorgan la naturaleza de administrativa a la relación jurídica.

No obstante, el único supuesto que puede justificar la existencia de esta disposición general primera es la salvedad de que se trate de un régimen especial, que establece una excepción o reglas diferentes para un caso en particular. Es decir, que la norma esté dirigida a otorgar la posibilidad de que las empresas públicas celebren contratos de naturaleza privada en virtud a su finalidad económica en razón a su auto sustentabilidad, rentabilidad y objetivo de generar recursos propios.

Es notorio que la existencia de esta disposición crea un conflicto normativo puesto que permite una amplitud de interpretaciones a raíz de una regulación incompleta que hasta cierto punto la convierte en abstracta. Sin embargo, para tratar de encontrar una justificativo a la existencia de la disposición podemos interpretarla de la siguiente manera:

industrialización de los recursos hidrocarbúricos, las contrataciones de bienes de carácter estratégico necesarias para la defensa nacional, que realicen las empresas públicas, estarán sujetos al Plan Nacional de Desarrollo, con observancia del presupuesto nacional y empresarial, además de lo siguiente:

2. REGIMEN COMUN.- Las contrataciones de bienes, obras y servicios, incluidos los de consultoría, que realicen las empresas públicas, se sujetarán a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General y demás disposiciones administrativas aplicables.

Las empresas públicas procurarán adquirir productos de origen nacional siempre y cuando se encuentren en la misma condición técnica y calidad de los productos importados, para este efecto se aplicarán las resoluciones que emita el Instituto Nacional de Contratación Pública.

3. REGIMEN ESPECIAL.- En los casos en que las empresas públicas hubieren suscrito contratos o convenios tales como: alianzas estratégicas, asociación, consorcios u otros de naturaleza similar, será el convenio asociativo o contrato el que establezca los procedimientos de contratación y su normativa aplicable. En el caso de empresas constituidas con empresas de la comunidad internacional las contrataciones de bienes, obras y servicios se sujetarán al régimen especial que se contemple en el documento de asociación o acuerdo celebrado para tal efecto. En lo no previsto en el respectivo convenio o contrato, se estará a las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

Las empresas públicas deben tener una rentabilidad y auto sustentabilidad de conformidad a los propósitos y directrices de la Ley de Empresas Públicas, en virtud al régimen económico, de financiamiento y mecanismos de desarrollo o reinversión que tiene la propia ley y que configura el propósito mismo de la creación de una empresa pública. En consecuencia, de la disposición general primera se desprende que las empresas públicas pueden celebrar contratos de naturaleza privada cuando su finalidad vaya dirigida a generar recursos para su auto sustentabilidad, tomando en consideración que estos contratos vayan de conformidad al objeto o razón social de la empresa pública.

Por otra parte, en caso de que se trate de un contrato que vaya dirigido a solventar una necesidad de interés público, contendrá las disposiciones y elementos de un contrato administrativo regido bajo lo establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y el artículo 34 de la Ley de Empresas Públicas.

La jurisprudencia se ha manifestado respecto a los contratos administrativos celebrados por las empresas públicas, la tercera instancia de la Corte Superior de Ambato establece que:

En los contratos por los cuales la Administración pública cede a un empresario la realización o continuación de un servicio público, tales contratos, según la doctrina y la razón, están sometidos a las regulaciones del Derecho público. (...) Así por ejemplo cuando el Municipio contrata con un particular la continuación o provisión del servicio de alumbrado público, el contrato que al efecto se celebra es administrativo y regido por los principios del mencionado derecho. (...) ²²⁷

La distinción de las dos clases de contratos de naturaleza administrativa y los de derecho común, en el Ecuador ha sido ampliamente discutida. El contrato propiamente administrativo tiene características que lo diferencian notablemente del contrato de derecho común, por ejemplo, la inclusión de figuras como el *ius variandi* o las cláusulas exorbitantes. Mientras que el régimen contractual de derecho común se apega más al contrato privado, caracterizado por la autonomía de la voluntad.

La segunda Sala de lo Civil y Mercantil de Quito, ha puesto en consideración la diferencia en la naturaleza de los contratos administrativos y los contratos de naturaleza

²²⁷ Tercera Instancia Corte Superior de Ambato. Gaceta Judicial. Año LXXIV. Serie XII. No. 4. 14 de Noviembre de 1973.

privada, en referencia a un contrato de seguros celebrado por la administración, la jurisprudencia establece que los contratos:

(...)Se presentan de dos clases: a) los administrativos propiamente dichos, en que la competencia de las acciones que generen reclamos, pertenece a la jurisdicción contencioso administrativa, cuanto más que éstos se configuran en leyes especiales, así: Ley de Contratación Pública, Ley de Consultoría, Ley Orgánica de Aduanas, (...) etc.; y, b) los contratos del derecho común, en que la administración está sometida a la jurisdicción ordinaria o especial, establecidas en leyes de derecho común, como: Ley de Inquilinato, Código de Trabajo, Código de Comercio. Nuestra legislación permite distinguir las características esenciales de los contratos administrativos, además, de los indicados en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, en los Arts. 75 y 76. Tenemos: I. La finalidad, siempre busca lograr el bienestar público, misión sustancial del Estado, por ello se relaciona directa e inmediatamente con alguna función del Estado, comprendiendo también a las otras entidades del sector público; II. El objeto, que se contrae a cuatro especies: II.1. A la ejecución de obras, que consiste en la construcción o edificación a cuenta y riesgo del contratista para la realización de una obra pública; II.2. La prestación de servicios, entregados de manera masificada para los diversos sectores sociales o pobladores; II.3. La adquisición de bienes o contratos de suministros, que pueden ser de tracto sucesivo o por una sola vez, en atención a las bases publicadas, y, II.4. Los contratos de colaboración que se otorgan por la delegación o concesión (...) facilitando la prestación de un servicio público o el uso de bienes públicos; pero siempre bajo el control de entidad concesionante; y III. Las formalidades que constituya una serie de requisitos necesarios para su validez, tal el proceso reglado para celebrarlo, los informes de los órganos de control, debiendo otorgarse debidamente protocolizado. 3.3. El contrato de seguro es una institución de derecho común, tiene naturaleza mercantil, es un tipo de contrato de adhesión, presenta como elemento general por tanto: la intencionalidad, la calidad de comerciante que debe tener uno de los contratantes y el objeto comercial: indemnizar riesgos, perfeccionándose el consentimiento con la oferta expresa y la aceptación en los plazos y las formas señaladas por la Ley. Se encuentra definido en el Art. 1, y determinados los elementos esenciales en el Art. 2, y se perfecciona y prueba por la pólizas al tenor del Art. 6, todos del DS No. 1147 (R.O. No. 123: 7.12.63), reformatorio del Código de Comercio. En consecuencia, el contrato de seguro, aunque sea celebrado en calidad de solicitante, asegurado o beneficiado por una entidad del sector público, no es un contrato administrativo, ni se rige la contratación por la Ley de Contratación Pública, ya que no se trata de un contrato administrativo, sino de un contrato de la administración de derecho común, debido a que carece de los elementos antes consignados. (...)²²⁸

Lo expuesto es reconocido por tratadistas como Cassagne, Laubadere y Agustín Gordillo, quienes ya han sido tratados en el análisis doctrinario anteriormente. Ellos, mencionan que en los denominados contratos de la administración, los cuales de acuerdo a García De Enterría son “Determinadas exigencias derivadas del *giro o tráfico* propio y peculiar de la Administración”,²²⁹ se aplica la normativa del Código Civil y del Código de

²²⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Civil y Mercantil. Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 8. 23 de enero de 2002

²²⁹ Eduardo García De Enterría, Tomás-Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Civitas Ediciones, S.L. España 2006.

Comercio, dependiendo de la materia; reconociendo que existe una gran diferenciación entre los contratos de naturaleza administrativa y los de derecho común, los mismos que poseen mayor apego al derecho privado. Permitiendo como consecuencia, que la administración pública y las empresas públicas celebren cualquiera de estos dos tipos de contratos dependiendo de la función, el fondo y las disposiciones del mismo.

Para finalizar, en cuanto a la interrogante planteada, estamos seguros que la disposición de la Ley de Empresas Públicas crea conflictos al restringir y de manera exclusiva a la contratación de obra e infraestructura como de carácter administrativo, pues si no se analiza a fondo la finalidad y propósito económico de la creación de las empresas públicas a simple vista no se le encuentra un justificativo y aparenta contradicción con las disposiciones de contratación pública. Por otra parte, da posibilidad a múltiples interpretaciones legales en cuanto a la cobertura de la disposición, algunas pudiendo llegar a permitir abusos por parte de las empresas públicas para contratar bienes y servicios sin seguir el debido procedimiento contractual.

Por lo mismo, se debería reformar la disposición primera de la Ley Orgánica de Empresas Públicas (LOEP), para evitar la caracterización administrativa de forma legislativa y arbitraria a un cierto tipo de contrato, a fin de evitar confusiones en relación al resto de contratos no contemplados en la disposición general primera de la LOEP que pueden llegar a celebrar las empresas públicas. No debería existir esta caracterización legislativa y exclusiva, se debería permitir un análisis de fondo de las disposiciones contractuales con el fin de determinar si se trata de un contrato administrativo o uno de derecho privado.

La reforma debe estar dirigida a permitir que las empresas públicas celebren contratos privados cuando su finalidad sea la de generar recursos para su propio sustento como empresa, y contratos administrativos cuando la finalidad sea de interés público o para brindar un servicio público. La disposición podría explicarse o reformarse de la siguiente manera:

Primera.- Naturaleza de los Actos, Hechos y Contratos de las Empresas Públicas.- Los actos, hechos y contratos que expidan, ejecuten o celebren las empresas públicas para la construcción de obra pública, infraestructura, utilidad o servicio público

exclusivamente, son de naturaleza administrativa. Los contratos que se celebren para generar recursos propios para el desarrollo económico de la empresa se someterán al régimen privado.

5. A modo de recapitulación: Esquema de contratación privada y de la contratación pública

Vamos a recapitular en este acápite la diferenciación entre los contratos administrativos y los contratos de carácter o naturaleza privada a modo de esquema, tratando de mencionar los puntos más importantes o trascendentales en las dos contrataciones.

CONTRATO PRIVADO	CONTRATO ADMINISTRATIVO
<p>1. Formación de la Voluntad: Cumplimiento de requisitos dependiendo de la naturaleza de la persona, si esta es jurídica en observancia de los requisitos estatutarios y; natural en cuanto a la capacidad de las partes.</p> <p>De conformidad a las disposiciones del Código de Comercio, Ley de Compañías y Código Civil artículos 1453 y 1461 respectivamente.²³⁰</p>	<p>Formación de la Voluntad Administrativa: se realiza a través de un procedimiento reglado. Tanto en la competencia de la entidad contratante como en procedimientos precontractuales. (Elaboración de pliegos precontractuales, convocatorias en el portal de compras públicas, recepción de ofertas).</p> <p>Requiere la respectiva planificación mediante el Plan Anual de Contrataciones</p>

²³⁰ Código Civil. Artículo 1453. Codificación 10. Registro Oficial Suplemento 46. 24 de junio de 2005.

"(...)Art. 1453.- Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga (...)"

Art. 1461 CC.- "Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:

Que sea legalmente capaz;

Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio;

Que recaiga sobre un objeto lícito; y,

Que tenga una causa lícita.

	<p>y, de estructuración institucional para la contratación.</p> <p>En función de la cuantía se selecciona el proceso contractual y sus directrices.</p> <p>De conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento.</p>
<p>2. Oferta: Valor jurídico de la realización de una oferta y aceptación de la oferta. Es decir, formación del vínculo contractual después de una oferta debidamente aceptada.</p>	<p>Oferta: La oferta corresponde a los particulares a raíz de la convocatoria realizada por la entidad contratante.</p> <p>Los interesados deben ajustarse estrictamente a lo contenido en los pliegos.</p> <p>A base de las ofertas presentadas y aceptadas, la entidad procede a la adjudicación de la mejor oferta según los parámetros establecidos en la LOSNCP y se formaliza el vínculo contractual.</p>
<p>3. Ejecución del contrato: cumplimiento directo de la prestación, de conformidad a lo dispuesto en el contrato</p>	<p>Ejecución contractual: Para la suscripción del contrato se requiere que el adjudicatario presente las garantías que correspondan.²³¹ (De buen uso del anticipo, de fiel cumplimiento del contrato, técnica).</p>

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.”

²³¹Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 69. Registro Oficial Suplemento 588.12 de mayo de 2009.Ultima Reforma: 15 de agosto de 2011

Art. 69.- “(...) Para la suscripción del contrato, será requisito previo la rendición de las garantías correspondientes.(...)”

	Se contemplan situaciones de modificaciones contractuales, reajuste de precios y demás potestades exorbitantes.
<p>4. Terminación contractual entre partes: ²³²</p> <p>-Terminación Regular: Por cumplimiento del objeto, plazo.</p> <p>-Terminación Irregular: Por mutuo acuerdo resciliación.</p>	<p>Terminación contractual entre partes:</p> <p>-Regular: Por cumplimiento del contrato o vencimiento del plazo.</p> <p>-Irregular Por mutuo acuerdo</p>
<p>-Terminación Irregular con intervención de la judicatura:</p> <p>Nulidad Relativa rescisión²³³</p> <p>Resolución por incumplimiento</p>	<p>-Terminación Irregular con intervención de la judicatura:</p> <p>Terminación Unilateral: incumplimiento, rescate, por razones de interés público.</p>

²³² Código Civil. Artículo 1583. Codificación 10. Registro Oficial Suplemento 46. 24 de junio de 2005.

Art. 1583 CC.- "(...) Las obligaciones se extinguen, en todo o en parte:

1. Por convención de las partes interesadas, que sean capaces de disponer libremente de lo suyo;
2. Por la solución o pago efectivo;
3. Por la novación;
4. Por la transacción;
5. Por la remisión;
6. Por la compensación;
7. Por la confusión;
8. Por la pérdida de la cosa que se debe;
9. Por la declaración de nulidad o por la rescisión;
10. Por el evento de la condición resolutoria; y,
11. Por la prescripción.

De la transacción y la prescripción se tratará al fin de este Libro (...)"

²³³ Código Civil. Artículo 1697. Codificación 10. Registro Oficial Suplemento 46. 24 de junio de 2005.

"Art. 1697.- Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa."

contractual.	Nulidad o invalidez contractual
Jurisdicción: La jurisdicción se sustancia dependiendo de la materia contractual, acudiendo a la sala especializada.	Jurisdicción: Jurisdicción contenciosa administrativa para todas las controversias estatales, de conformidad al artículo 38 de la Ley de Modernización.
Métodos alternativos de solución de conflictos: Arbitraje en derecho y en equidad Mediación	Métodos alternativos de solución de conflictos: Cláusula compromisoria que somete las controversias contractuales al arbitraje en derecho exclusivamente, se requiere autorización del Procurador General del Estado.

Como conclusión, podemos mencionar que del capítulo precedente se han analizado los conceptos doctrinarios de reconocidos tratadistas aplicados a la realidad jurídica, jurisprudencial y legislativa del país, haciendo a su vez un análisis de derecho comparado, tratando de establecer un enfoque al reconocimiento del contrato administrativo como categoría de naturaleza diferente al contrato en general y al privado. Reconociendo la posibilidad de celebración por parte de entidades del Estado de contratos regidos por el derecho privado.

Además, se ha efectuado un estudio de las empresas públicas, entidades que pueden a su vez, celebrar contratos administrativos tanto como de derecho privado para cumplir con sus fines y obligaciones.

Lo expuesto, con la finalidad de llevar a la práctica y aplicación, la teoría y doctrina estudiada en los capítulos anteriores, detectar el régimen legal aplicable y confusiones

entre la normativa que rige a las instituciones de carácter público o las manejadas con fondos públicos.

Finalmente, es menester analizar el resultado arrojado por el estudio de este capítulo, donde se observa que las empresas de derecho público, manejadas con fondos públicos en cuanto a contratación se rigen por la Ley de Empresas Publicas. No obstante, la naturaleza del contrato y el régimen aplicable dependerá de la actuación, finalidad u objeto con el que se celebre la contratación de la de la empresa.

De igual forma, en el caso de las administraciones públicas la naturaleza del contrato administrativo se observará dependiendo de la concurrencia de los elementos que lo caracterizan, permitiendo a su vez, que la administración celebre contratos de la administración con apego al derecho privado o administrativos regidos por el derecho público cuando así se requiera o la ley lo determine.

Por lo mismo, la disposición legislativa debe ser más clara y expresa con la finalidad de evitar aparentes contraposiciones legales. Razón por la cual, se busca una solución al conflicto normativo o interpretativo antes expuesto, con base a la posibilidad de celebración de contratos de carácter privado como de derecho público por parte de las administraciones y empresas públicas.

CONCLUSIONES

En conclusión, el problema jurídico de la investigación se resume en las siguientes interrogantes: ¿cuál es la naturaleza jurídica de los contratos administrativos? Y con base a ello, ¿cuál es su régimen aplicable? En consecuencia, ¿Qué tipo de contratos pueden celebrar la administración y las empresas públicas?

La naturaleza del contrato administrativo ha sido una cuestión bastante polémica desde hace décadas, por lo mismo, ha sido objeto de estudio por una multiplicidad de tratadistas tanto nacionales como extranjeros, que en medida de su postura o línea de pensamiento le han ido dando claridad a la contratación administrativa. La interrogante de si el Estado puede celebrar una relación jurídica contractual que originariamente fue utilizada por particulares, ha sido discutida y consagrada en diferentes teorías.

A pesar de que la doctrina ha considerado dos posturas en cuanto a la relación jurídica celebrada por el Estado y pudimos dilucidar los puntos de vista en cuanto a la negación de la existencia de los contratos administrativos, concluimos que la teoría acogida por esta tesina es la mayoritaria, en la cual se consagra la existencia de los contratos administrativos como una categoría contractual diferenciada, de naturaleza única en razón a sus elementos que solo se encuentran presentes en este tipo de relación jurídica y, que los distinguen de los demás contratos, pues es una figura que contiene disposiciones no contempladas en los contratos de derecho privado, las mismas que derivan principalmente de las prerrogativas, función y calidad que el Estado detenta.

Dentro del concepto del contrato administrativo, concluimos que en ellos encontramos varios elementos que los caracterizan como tal y le otorgan su naturaleza, los mismos que se han postulado de acuerdo a diversos criterios doctrinales, entre los que se destacan el subjetivo, en cuya intervención necesariamente debe existir una entidad pública, el de la existencia de potestad de imperio en relación a las cláusulas exorbitantes, la finalidad de interés público, la causa que debe ser motivada, el elemento objetivo y como consecuencia de los anteriores, la jurisdicción, refiriéndose a la contencioso administrativa.

Mi postura frente al problema jurídico planteado es que los contratos de naturaleza administrativa, están regidos predominantemente por el derecho público y poseen un régimen jurídico único. No obstante, dentro del concepto del contrato administrativo encontramos una variedad de principios jurídicos del derecho privado, los que no se pueden desconocer. Lo expuesto, en virtud al hecho de que el uso contractual que originalmente fue un instrumento de los particulares, fue utilizado luego por el Estado, con el fin de cumplir con sus obligaciones administrativas en relación al interés público, que paulatinamente iban aumentando y volviéndose mas complejas, razón por la cual, se dio cabida a una relación jurídica contractual completamente diferente colocando al contrato administrativo en una categoría singular.

Como fue analizado, en un principio hubo la necesidad de tomar como base el derecho privado, pero mas tarde, por necesidad del aumento de la actividad estatal, una vez instaurados los elementos contractuales distintivos de naturaleza administrativa, fue creándose una autonomía contractual, legal, teórica y practica que diferenció así al contrato administrativo. La estructuración del concepto del contrato administrativo ha surgido a través de una evolución de principios, en los cuales se desarrolla la administración, además de los poderes y prerrogativas que esta adquiere para poder atender en debida forma sus obligaciones frente a los administrados.

El régimen aplicable del contrato administrativo es el derecho público, el mismo que descansa en dos ideas fundamentales: de una parte se afirma la existencia a favor de la administración de prerrogativas exorbitantes del derecho administrativo de los contratos, y de otra se reconoce el interés público o general sobre el individual. Mientras que la diferencia principal con el contrato privado es la autonomía de la voluntad, donde prima el interés propio y la actividad negociadora de las partes, aquellas que se encuentran al mismo nivel y ninguna tiene potestades diferentes.

Por otro lado, queda claro que la administración tiene la posibilidad de celebrar contratos administrativos propiamente dichos y a su vez, contratos sujetos al derecho privado, resultado de esta dualidad, se debe delimitar cuando se trata de un contrato

administrativo y cuando no. Según observan reconocidos autores, puede darse por terminada la etapa anterior en la que el contrato administrativo era la única forma de celebración contractual estatal y el contrato privado estaba restringido solamente para las particulares. En el ámbito de la contratación de los entes públicos, conviven ya sin escándalo el derecho administrativo y el derecho privado. El propio contrato, dependiendo del requerimiento, objeto, función, disposiciones legales, entre otros, es capaz de reflejar la naturaleza con la cual se celebró el contrato, es decir, el fondo contractual es el que designará si se trata de un contrato privado o de un contrato administrativo.

En consecuencia, la administración al contratar, lo hace bajo dos regímenes paralelos en función al interés perseguido, no obstante, siempre la administración ha de obrar con base en su función vicarial: la administración sirve al interés público y lo hace, además con subordinación plena a la ley y al derecho. Por lo tanto, su sujeción al derecho público y sobre todo al derecho privado será siempre posible en la medida en que se ajuste a los valores constitucionales, jurisprudencia y demás ordenamiento jurídico que le sea aplicable.

Teniendo éstos criterios como referencia, se realizó un especial énfasis en la Ley de Empresas Públicas en cuanto al enfoque legislativo de los contratos que pueden celebrar estas instituciones, la finalidad y respectiva naturaleza de los mismos. Lo principal que se cuestionó en la tesina es la aplicación de la Disposición General Primera de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, pues caracteriza de administrativos exclusivamente a los contratos de obra pública e infraestructura, sin consideración a sus elementos característicos y esenciales.

Al respecto, se concluyó que de inicio, la disposición aparenta una contradicción con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y los contratos que el mismo cuerpo legal los considera de naturaleza administrativa, puesto que la Ley de Empresas Públicas también se remite a ese cuerpo legal. No obstante, concluimos que esta disposición no se trata de una contraposición, si no que su falta de especificidad da cabida a un conflicto interpretativo, pues analizando la finalidad económica de las

empresas públicas pudimos llegar a entender cual es el propósito y campo de aplicación de esta disposición.

El análisis mencionado arrojó como resultado que las empresas públicas pueden celebrar contratos de naturaleza privada en virtud al propósito u objetivo económico que caracteriza a las empresas. Se concluyó que estas empresas deben ser autosustentables y rentables por lo mismo, se valen del derecho privado para generar recursos y poder desarrollar la actividad económica para la cual la empresa pública haya sido creada tomando en consideración el objeto o razón social de la misma.

En consecuencia, la disposición debe ser analizada en cuanto a la integralidad de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y el objetivo de la existencia de tales instituciones. Por lo mismo, se consideró que el justificativo de la disposición general primera es crear un régimen especial que diferencie a los contratos que están destinados a la prestación de un servicio público o utilidad pública, frente a los contratos que se realicen con la finalidad lucrativa de la empresa. No podemos olvidar que las empresas públicas tienen un carácter entre económico y social.

De la misma forma, se concluyó que la disposición tal como ha sido redactada por el legislador crea un conflicto de aplicación e interpretación, puesto que puede permitir abusos por parte de la empresa, permitiendo que ésta contrate sin la observancia del debido proceso contractual. Por lo mismo, se sugiere modificar su tipología mediante una reforma que restrinja el ámbito de aplicación de esta disposición.

En definitiva, la naturaleza o caracterización del contrato administrativo como un contrato totalmente diferente a los contratos de derecho privado, depende de sus respectivas disposiciones, de la concurrencia de sus elementos, tanto contractuales como precontractuales, de la finalidad y las cláusulas que contengan. Entonces, se debe analizar el fondo de los contratos que la administración pública o empresas públicas celebren para saber a que categoría pertenecen.

Además, debemos considerar la importancia del tema en razón a que el efecto de las contrataciones administrativas o de empresas públicas se extiende más allá de sus repercusiones económicas. Estas contrataciones pueden afectar a los administrados. Por lo mismo, la transparencia, la seguridad jurídica y el análisis jurídico siempre deben estar presentes, ya que constituye un segmento demasiado importante de la escena pública nacional.

BIBLIOGRAFÍA

Sistema Electrónico para la Contratación Pública. *Portal Unico de Contratación Estatal*. www.contratos.gov.co. (Acceso: 11 de Septiembre de 2012.)

Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal. www.sice-cgr.gov.co. (Acceso: 11 de Septiembre de 2012.)

Diccionario de Economía, Finanzas, Comercio y Derecho. *Glosario Jurídico Latino*. Universidad de Malaga. <http://www.eumed.net/dices/jaor/GLOSARIO%20JURIDICO%20LATINO>. (Acceso: 02 de Julio de 2012.)

ZANOBI, Guido. *Curso de Derecho Administrativo*. Buenos Aires : De Palma, 1971. Edición Postuma.

WALINE, Marcel. *Derecho Administrativo*. Paris : Sirey, 1973.

VELAZCO, Recaredo Fernandez de. *Los Contratos Administrativos*. Madrid : s.n., 1927.

SENPLADES. Reseña Histórica. [Acceso: 22 de Septiembre de 2012.] <http://www.senplades.gob.ec/web/18607/292>.

SANCHIS, Daniel Gómez. “*Contratos Administrativos*”. Versión Clásica. Ismael Farrando. *Contratos Administrativos*. Buenos Aires : Abeledo Perrot, 2002, pág. 412.

RUIZ, Jorge Fernandez. *Diccionario de Derecho Administrativo*. México : Editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

QUISBERT, Ermo. Principios de Derecho Administrativo. ADEQ. [En línea] 2007. <http://ermoquisbert.tripod.com/dctcgp.pdf>.

PUGARNAU, Jaime M. Mans. *Los principios Generales del Derecho*. Barcelona : Boch, 1979.

PÉREZ, Efraín. *Manual de Derecho Administrativo*. Quito : Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010.

PÉREZ, Efraín. *Derecho Administrativo*. Quito : Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009. pág. 35. Vol. I.

PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. *La forma en los actos jurídicos y en los contratos*. México : Universidad Autónoma de México, 1978.

PAREJA, Carlos. *Derecho Administrativo*. Bogotá : Escolar.

Oficina Anticorrupción. Compras y Contrataciones Públicas. Herramientas para la transparencia en la gestión.
[http://www.anticorrupcion.gov.ar/documentos/Compras%20Guidelines%20\(4\).pdf](http://www.anticorrupcion.gov.ar/documentos/Compras%20Guidelines%20(4).pdf).
(Acceso: 10 de septiembre de 2012.)

NOBOA, Aurelio. *Ley de Régimen Político. Recopilación de leyes del Ecuador*. Guayaquil : Imprenta A. Noboa, 1901. Vol. III.

NEGRETE NAVA, Alfonso. Contratos Privados de la Administración Pública. *Biblioteca Jurídica virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM*.
<http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2688/5.pdf>. (Acceso: 01 de Septiembre de 2012.)

MORENO, Fernando Díez. Manual de Derecho de la Union Europea. Madrid : Civitas, 1996, pág. 140.

MERTEHIKIAN, Eduardo. *Estudios sobre la Contratación Pública*. Buenos Aires : Ciencias de la Administracion, 1996.

MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires : Abeledo Perrot, 2000.

MADRID BADELI, Rafael. *Regimen jurídico del contrato administrativo*. Caracas : s.n., 2002.

LÓPEZ, Maria Pilar de la Cruz. Contratacion pública en construcción en Francia. *Política de Obras Públicas*. [En línea] Revista digital, octubre de 2006.
http://ropdigital.ciccp.es/pdf/publico/2006/2006_octubre_3470_03.pdf. (Acceso: 10 de septiembre de 2012.)

LESSONA, Silvio. *Lineas Generales sobre la Empresa Pública*. Bolonia : Publicaciones del Colegio Real de España, 1970. Tomo I.

LAUBADERE, Andrés. *Tratado Teórico y Práctico de los Contratos Administrativos*. Paris : Librairie Général de Droit et Jurisprudence, 1956.

JARAMILLO, Hernán. Derecho Ecuador. 24 de Noviembre de 2005.
<http://www.derechoecuador.com>. (Acceso: 02 de septiembre de 2012)

IHERING, Rudolph von. *La lucha por el Derecho*. Buenos Aires : Valleta Ediciones, 2da Edicion 2004.

HUALDE, Alejandro." *Contratos Administrativos*". Ismael Farrando. *Los contratos Administrativos*. Buenos Aires : Abeledo Perrot, 2002.

HOLGUÍN, Juan Larrea. *La Nueva Estructura Constitucional Ecuatoriana*. Quito : Corporacion de Estudios y Publicaciones, 1969.

HOLGUÍN, Juan Larrea. *El espíritu jurídico de la República. En Historia del Ecuador*. Quito : Salvat, 1982.

Instituto Nacional de Contratación Pública. INCOP. *Modelos de Pliegos obligatorios. Licitacion*. <http://www.compraspublicas.gob.ec/compraspublicas/>. (Acceso: 10 de Septiembre de 2012)

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires : Fundación de Derecho Administrativo, 2001.

GLADEN, E.N. *Una historia de la Administración Pública*. México : Fondo de Cultura Económica, 1989.

GEZE, Gastón. Mauricio Sarria. *Derecho Administrativo*. Bogotá : Publicaciones CEIDA, 1970.

GÉZE Gaston, Gonzalez Perez. *Tratado elemental de Derecho Administrativo*. Paris : Vedel, 1923.

GARRÍGUEZ, Joaquín. *Tratado de Derecho Mercantil*. Madrid : Editorial Revista de Derecho Mercantil, 1955. Tomo II.

GARZA GARCÍA, Cesar. *Derecho Constitucional*. Mexico : McGraw-Hill, 1998.

FRITZ, Fleiner. *Instituciones del derecho administrativo*. Madrid-Buenos Aires : Labor, 1933.

FRAGA, Gabino. *"Derecho Administrativo"*. Mexico : Editorial Porrúa, 1960.

FIORINI, Bartolomé. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1995.

ECHEVERRY MONTES, Susana *Concesiones Viales. La Inadecuada Distribución de los Riesgos, eventual causa de crisis en los contratos..* 11, Bogotá : Universidad de los Andes, 2000, Vol. Revista de Derecho PÚBLICO.

ESCOLA, Jorge. *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*. Buenos Aires : Depalma, 1977.

DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires : Ciudad Argentina, 2001.

GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo, Tomás-Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Civitas Ediciones,S.L. España 2006.

DÍEZ, Manuel María. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires : Bibliográfica Argentina, 1967. Tomo II.

CUESTA, Rafael Entrena. *Curso de Derecho Administrativo*. 1998.

CORREA, José Luis. *"Contratos Administrativos. Version Clasica"*. Ismael Farrando. *Contratos Administrativos*. Buenos Aires : LexisNexis. Abeledo-Perrot, 2002.

CASTILLO, Alejandro. *Genesis y evolucion de la Administración Pública en México*. México : Instituto de Administracion Pública de Michoacán, 2001.

CASSAGNE, Juan Carlos. *El Contrato Administrativo*. Buenos Aires : Abeledo Perrot, 1999.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires : Abeledo Perrot, 1998.

CASSAGNE Juan Carlos. La extinción de los contratos administrativos. uaiderechoadministrativo.com. (Acceso: 22 de septiembre de 2012.)

CARIAS, Allan Brewer. *Los Contratos Administrativos*. Caracas : FUNEDA, 2006. Tomo II.

CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Bogotá : Heliasta, 1979.

BREWER-CARIAS, Allan. *Sobre los Contratos del Estado en Venezuela*. México : Revista Mexicana Statum Rei Romanae de Derecho Administrativo, 2011, Vol. No. 6.

BARRA, Rodolfo. *La sustantividad del contrato administrativo*. Buenos Aires : Editorial Abaco Rodolfo de Palma 1999.

BARRA, Rodolfo Carlos. *Contrato de obra Pública*. Buenos Aires : Editorial Abaco Rodolfo de Palma, 1988. Vol. Tomo III.

ALTAMIRA, Pedro Guillermo. *Curso de Derecho Administrativo*. Buenos Aires : De Palma, 1971. Edición Póstuma.

ALESSIO, Andrés. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Turin : Enrique Sayagués Laso, 1949.

ARENAS Nelly et al. *Regimen Legal de los Contratos Administrativos*. Bogotá : Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómica, 1980.

AGUIRRE Hernández, Jorge Manuel . Biblioteca Jurídica Unam. (Acceso: 01 de octubre de 2012.) <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/11/pr/pr4.pdf>.

AGUILAR, Juan Pablo. *La Naturaleza de los Contratos Administrativos. Tesis Doctoral*. Quito : Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

ABAD LICERAS ,Jose María et al. *Las carreteras y autopistas en la jurisprudencia del tribunal constitucional*. Madrid : Dykinson, 2007.