

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Posgrados

El contrato de permuta como figura civil para transferencia de dominio de bienes del sector público, su regulación, ejecución y efectividad en contratación pública.

Sofía Ruiz Guarderas

Luis Benalcazar, Dr., Director de Trabajo de Titulación

Trabajo de Titulación presentado como requisito para la obtención del título de Magíster en
Derecho Administrativo

Quito, abril de 2015

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Postgrados

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

El contrato de permuta como figura civil para transferencia de dominio de bienes del sector público, su regulación, ejecución y efectividad en contratación pública.

Sofía Ruiz Guarderas

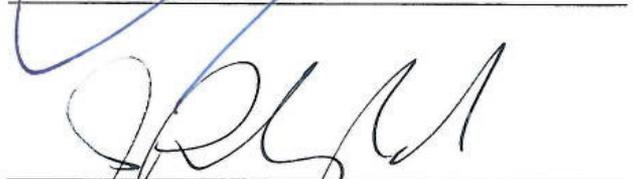
Luis Benalcázar, Dr.
Director de Tesis y Miembro del Comité de Tesis



Luis Parraguez, Ph.D.
Presidente y Miembro del Comité de Tesis



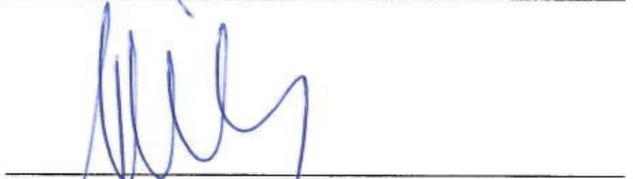
Juan Pablo Aguilar, M.A.
Miembro del Comité de Tesis



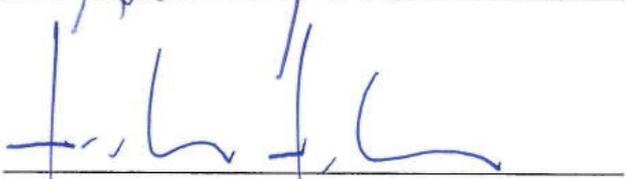
Javier Robalino, M.A.
Director de la Maestría en Derecho Administrativo



Farith Simon, Ph.D.
Decano del Colegio de Jurisprudencia



Victor Viteri, Ph.D.
Decano del Colegio de Postgrados



Quito, 18 de mayo de 2015

TESINA/TITULO: "EL CONTRATO DE PERMUTA COMO FIGURA CIVIL PARA TRANSFERENCIA DE DOMINIO DE BIENES DEL SECTOR PUBLICO, SU REGULACION, EJECUCION Y EFECTIVIDAD EN CONTRATACION PUBLICA"

ALUMNO: SOFIA RUIZ GUARDERAS

E VALUACIÓN:

- a) Importancia del problema presentado, con máximo de diez puntos.

El trabajo realizado es importante porque plantea la aplicación del contrato de permuta, tradicionalmente utilizado en el ámbito del derecho privado, como instrumento para transferir bienes de propiedad pública, por parte de las instituciones del Estado, utilizando procedimientos regidos por el derecho administrativo.

10

- b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador, con un máximo de diez puntos.

La hipótesis presentada en el trabajo establece que en la actualidad el contrato de permuta como figura civil al ser utilizado por el Estado carece de regulación, es inejecutable y poco efectivo. La hipótesis planteada es relevante y refleja la realidad razón por la cual se justifica plenamente su análisis y respuesta.

10

- c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados, con un máximo de veinte puntos.

Los documentos y materiales empleados en la investigación, las fuentes doctrinarias, la jurisprudencia referida, la legislación citada y otras fuentes son apropiados al tema y guardan relación con el objetivo del trabajo.

18

- d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada), con un máximo de cuarenta puntos.

La investigadora en el desarrollo de su trabajo para afirmar y justificar la hipótesis planteada utiliza argumentos válidos y actuales que se derivan de la aplicación práctica del contrato de permuta en el sector público, del análisis de la legislación disponible y de la casuística encontrada.

37

e) Cumplimiento de las tareas encomendadas a lo largo del desarrollo de la investigación, con un máximo de veinte puntos.

La investigadora ha atendido de la mejor manera las tareas y recomendaciones efectuadas a lo largo del desarrollo de su trabajo.

20

TOTAL:

95

FIRMA DIRECTOR:

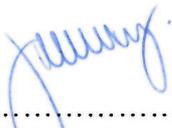


Luis Benalcázar

© 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 con lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma: 
Nombre:
Nombre: Sofía Ruiz Guarderas
Código de estudiante: 00103284
C.I.: 1716489586
Lugar, Fecha: Quito, abril de 2015

DEDICATORIA

Siempre por ti y para ti Emma, el mejor regalo que Dios me ha dado en mi vida

AGRADECIMIENTO

A ti mi Dios, porque tu gracia nunca aparta de mí.

A mi esposo, Christian Hernández por su paciencia y apoyo incondicional en cada minuto de mi vida, eres el mejor compañero de vida que pude tener. Te amo.

A mis padres, por confiar en mí y enseñarme a ser responsable y solidaria.

A mi hermana, por ser mi compañera incondicional.

A mis hermanos, por su amor y respeto.

A mis sobrinos María Paz y Federico, por ser puro amor.

A mis abuelas, Emma y Victoria por su tenacidad, fuerza, dedicación y ejemplo.

RESUMEN

La permuta es un contrato de naturaleza civil que tiene su origen el trueque, es uno de los contratos más antiguos en la historia. La aparición de la moneda hizo que se subvalore respecto a la compraventa.

El contrato de permuta en el sector público de acuerdo a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y algunas remisiones legales de Derecho Público, se rige por el Código Civil, es decir, por el Derecho Privado, sin que tenga un procedimiento legal específico en el Derecho Público, es un contrato civil aplicado al ámbito público, como muchos otros en la práctica.

Las remisiones y falta de procedimiento legal en Derecho Público, genera disposiciones dispersas, ambigüedad respecto a los bienes y sujetos con quien se puede permutar, lo que evidencia la necesidad de establecer un procedimiento administrativo precontractual y contractual que potencialice su uso, características intrínsecas y beneficios para el sector público.

ABSTRACT

Barter or swap commitments are instrumented through a civil contract, which originates in long-standing exchange activities, being one of the oldest contract in history. With the appearance of money and currencies, barter lost value in comparison to buying and selling, in which money was involved.

According to local “Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública” (the Organic Law that norms the basis of National Public Procurement) and some other laws of the public sector, a swap contract is regulated by the Civil Code, which runs under Private Law. It doesn’t have a legal specific procedure in the Public Law, although it is a civil contract applied to the public sector, as many other figures of contract that are commonly used in the practice.

Referrals, and a lack of specific legal procedures of Public Law, create dispersed practices and ambiguity regarding the goods and the parties involved in swaps. This proves the necessity to set standards towards an administrative process for contracts that leverage exchange practices, their features and their benefits to public sector.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I.....	3
1. El contrato de permuta	3
1.1 Conceptualización	3
1.2 Naturaleza y Objeto.....	4
1.3 Elementos y características	8
1.4 Obligaciones de las partes	11
1.5 Clases de permuta.....	13
1.6 Procedimiento.....	13
1.7 Bienes susceptibles de permuta	20
1.8 Semejanzas y Diferencias entre la permuta y la compraventa	22
CAPITULO II	25
2. El contrato de permuta en el sector público.	25
2.1 Uso de los contratos civiles y/o privados.	25
2.2 La permuta como contrato administrativo.....	46
2.3 Análisis de la permuta en la legislación nacional.....	48
2.4 La permuta en el sector público y aplicación	52
CAPITULO III.....	63
3. Ejecutividad de la permuta en el sector público.....	63
3.1 La importancia de la aplicación del contrato de permuta entre bienes del sector público. 63	63
3.2 Procedimiento administrativo para instrumentar la permuta en el sector público.....	65
3.3 Permuta pública – privada.....	77
3.4 Administración, control e impugnación de los contratos de permuta	79
3.5 Conclusiones	82
3.6 Recomendaciones.....	84
BIBLIOGRAFÍA.....	86

INTRODUCCIÓN

La permuta es un contrato civil que se aplica en el sector público y tiene su naturaleza en el trueque, en intercambio de cosas, en Ecuador, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCPP) dentro de los procedimientos de contratación establecidos para la adquisición, arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, determina que la transferencia del dominio de bienes inmuebles entre entidades del sector público se lo puede realizar mediante un contrato de permuta. Por disposición expresa de la LOSNCPP, el contrato de permuta está excluido del ámbito de dicha Ley, y se rige por las normas previstas en el Reglamento General de Bienes del Sector Público, el Código Civil, lo que genera varias remisiones normativas.

Las remisiones normativas pueden parecer fácilmente aplicables para el sector público, sin embargo, la ejecución de una figura privada en Derecho Público sin mantener una normativa ni un procedimiento administrativo específico, genera muchos inconvenientes prácticos que son resueltos mediante pronunciamientos de entidades de control como es la Procuraduría General del Estado o con procedimientos y actuaciones no homogéneas de la administración.

A partir de la expedición de la nueva ley de contratación pública se convirtió la compra en el sector público como la más usual opción de adquisición de bienes, obras o servicios, lo que ha subvalorado la utilización del contrato de permuta, convirtiéndole en una práctica intermitente, pero no desaparecida.

En fin, la permuta es una figura que ha sido analizada desde el punto de vista privado, no desde la perspectiva pública y menos aún, como una forma alternativa de adquisición de bienes en el sector público dentro de la contratación pública. Por lo tanto, el nivel de teorización del presente estudio pretende analizar y confrontar a profundidad la figura de la permuta desde un punto de vista del derecho privado como del derecho público a fin de determinar su naturaleza y aplicabilidad en la contratación pública como forma de

transferir el dominio de bienes inmuebles en el sector público, su necesidad de mantenerla dentro de la legislación así como su verdadera utilidad, beneficio y eficacia. Además, determinar la posibilidad de aplicar esta figura para transferir el dominio de otros bienes públicos que no sean únicamente inmuebles como lo determina la LOSNCP ni únicamente para entidades o instituciones del sector público y por último, identificar el procedimiento real que tendría la ejecución de un contrato de permuta para el sector público y su normativa secundaria o específica de regulación.

CAPÍTULO I

1. El contrato de permuta

1.1 Conceptualización

La permuta ha sido conceptualizada de diferentes fuentes del derecho como son la doctrina, jurisprudencia y normas legales. Para la doctrina, el contrato de permuta responde a diversos parámetros, así es como Alessandri Rodríguez lo hace al considerar las obligaciones de las partes, cuando dice que la permuta es “el contrato por el cual las partes se obligan mutuamente a dar una especie o cuerpo cierto por otro”¹, al igual que Alberto G. Spota cuando lo define como “la obligación recíproca del cambio de una o más cosas en dominio o condominio por otra u otras cosas en dominio o condominio”.²

El doctor Víctor Cevallos Vásquez, en cambio, conceptualiza a la permuta, atendiendo a sus características al decir que la permuta es un contrato “bilateral, consensual, conmutativo, oneroso, sinalagmático y translaticio de dominio por el cual un permutante entrega a otro, una cosa o derecho a cambio de otra cosa o derecho”³, así como también lo hace Sánchez Román cuando dice que es “un contrato principal, consensual, bilateral, oneroso, conmutativo o translaticio del dominio, por el cual dos personas se obligan a transferirse mutuamente el dominio de una o varias cosas que, al celebrar la permuta, pertenecían a cada una de ellas”.⁴

Mientras que Guillermo A. Borda, dice que el contrato de permuta “es del trueque de una cosa por otra” y [...] que del punto de vista jurídico, el contrato queda configurado

¹ Arturo Alessandri Rodríguez. *Derecho Civil de los Contratos*. Santiago de Chile: Editorial Zamorano y Caperan, 1976, p. 145.

² Alberto G. Spota. *Instituciones del Derecho Civil Contratos*. Buenos Aires: La Ley, 2009, p. 351.

³ Víctor Cevallos Vásquez. *Contratos Civiles y Mercantiles*. Tomo II. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2005, p. 354.

⁴ Federico Puig Peña. *Compendio de Derecho Civil Español*. Tomo III. Pamplona, 1972, p. 651. Citado en Juan Larrea Holguín: *Derecho Civil del Ecuador*. Cuarta Edición. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2000, p.297.

desde que las partes se han prometido transferirse recíprocamente la propiedad de dos cosas”.⁵

Respecto a la jurisprudencia ecuatoriana se ha mantenido la conceptualización de la permuta como un “contrato bilateral que origina prestaciones reciprocas para las dos partes, por su condición de oneroso y conmutativo”.⁶

Finalmente, la permuta ha sido definida legalmente tanto en materia civil como en materia mercantil, así:

El artículo 1840 del Código Civil determina que “permuta o cambio es un contrato en que las partes se obligan mutuamente a dar una especie o cuerpo cierto por otro”.⁷ Mientras que el Código de Comercio, en el número 1 del artículo 3, la define como un acto de comercio hecho con el ánimo de permutarlas en la misma forma o en otra distinta y la permuta de estas mismas cosas,⁸ claro está que este último se refiere exclusivamente a la permuta de bienes muebles.

Como se puede observar la conceptualización de la permuta se realiza desde el ámbito doctrinario, jurisprudencial y legal, coincidiendo todos que la permuta es un contrato civil por el cual las partes se entregan una cosa por otra o por un derecho.

1.2 Naturaleza y Objeto

Es importante para este estudio determinar la naturaleza y objeto que tiene el contrato de permuta.

La permuta es un contrato precario en la historia contractual nace como consecuencia de la necesidad de adquirir diferentes cosas sin que intermedie el factor económico, moneda o dinero, de tal manera que se constituye con intercambio de bienes

⁵ Guillermo A. Borda. *Manual de Contratos*. Buenos Aires: Editorial Emilio Perrot, 1999, p. 261.

⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Civil y Mercantil. Gaceta Judicial No. 13, Año XCVIII, Serie XVI de 15 de septiembre de 1998, p. 3518, Corte Suprema de Justicia. Sala de los Civil y Mercantil. Gaceta Judicial No. 4, Año LXI. Serie IX de 14 de marzo de 1959, p. 407.

⁷ Código Civil. Artículo 1840. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

⁸ Código de Comercio. Artículo 3. Registro Oficial Suplemento No. 1202 de 20 de agosto de 1960.

(trueque), lo cual es confirmado por José María Gimeno, cuando determina que “la permuta tiene precedentes en el modo de vida de las sociedades antiguas (trueque) y ha pervivido con mayor o menor importancia hasta la actualidad”.⁹

En efecto, se establece que el contrato de permuta es el más antiguo de los contratos y se caracteriza por la operación de intercambiar una cosa por otra. Al respecto el doctor Víctor Cevallos Vásquez en su libro *Contrato Civiles y Mercantiles*, dice:

[...] en las primeras sociedades las personas conseguían los objetos que necesitaban para su uso y alimentación, cambiando una cosa por otra. Luego nació el primer denominador común de valor de las cosas, el ganado, pecus, y después los metales preciosos, plata, oro, bronce, etc. Finalmente, llegó la moneda como signo de valoración de los objetos materiales y con ellos el contrato de compraventa del cual es su necesario antecedente la permuta, trueque o cambio.¹⁰

Ricardo Luis Lorenzetti, por otro lado, menciona que “la permuta es históricamente anterior a la compraventa, pero la aparición del dinero como medio de intercambio la desplazó del lugar central que ocupaba”,¹¹ lo cual es corroborado por Guillermo Borda, cuando dice que:

[...] La permuta es una forma primitiva de intercambio entre los hombres, históricamente, es el antecedente de la compraventa que supone la existencia de la moneda y por consiguiente un grado de organización más avanzado. Actualmente el papel económico de este contrato es muy modesto, aunque no ha desaparecido [...] pero desde luego, el gran instrumento moderno de intercambio, es la compraventa.¹²

Como consecuencia, la aparición de la moneda es el evento relevante que marca la semejanza indiscutible entre compraventa con la permuta, lo que hace muchas veces conceptualizar a la permuta como un hecho anterior a dicho acontecimiento o subvalorar a la permuta frente a la compraventa.

⁹ José María Gimeno Feliu. *El contrato público de permuta por obra futura y su problemática jurídica ¿Contrato de permuta o precio de obra?*. www.larioja.org/upload/documents/686793.RUE_N-15.2003.El_contrato-publico-de-permuta-por-obra.pdf.

¹⁰ Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XXII, Editorial Driskill S.A., Buenos Aires, 1979, p. 90. Citado en Víctor Cevallos Vásquez. *Contratos Civiles y Mercantiles*. Tomo II. Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador, 2005, p. 353.

¹¹ Ricardo Luis Lorenzetti. *Tratado de los Contratos*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2007, pp. 479-480.

¹² Guillermo A. Borda. *Manual de Contratos*. *Óp. cit.*, p. 261.

Así lo hace Alessandri cuando dice que la permuta: “es un contrato análogo a la compra-venta y apareció antes de éste y antes de la existencia de la moneda”¹³ como también lo refiere el doctor Víctor Cevallos al identificar a la permuta como “el segundo en importancia de los contratos traslaticios de dominio de cosas después de la compraventa, más allá de que se suele decir que la compraventa es la permuta perfeccionada a raíz de la aparición de la moneda, se lo señala como el más antiguo de los contratos, que se caracteriza por la operación que consiste en intercambio de una cosa por otra”.¹⁴

El perfeccionamiento de la permuta del cual que se habla, ha llevado a algunos autores a creer que la permuta ya no debería existir como figura jurídica autónoma ni tener su propia regulación, así lo determina Alberto G. Spota, cuando dice:

[...] el trueque es el contrato príncipe, anterior a la compraventa [...]. La permuta constituye una figura jurídica que no requiere regulación autónoma con la compraventa, ya que debería regirse, [...] en buena política legislativa, por la compraventa [...]¹⁵. Además, agrega que la permuta es una figura que tiende a desaparecer [...] para quedar englobada, enquistada dentro de la compraventa, al ser ésta una figura más amplia, [...] debe quedar subsumida dentro del amplio concepto que debe darse, en una futura reforma del derecho privado, a la compraventa.¹⁶

En sí los dos contratos son muy similares sin duda y esto conduce al razonamiento de que el contrato de permuta debería desaparecer y dar paso a los contratos de compraventa, es decir tener una desaparición definitiva.

Por todo lo anteriormente expuesto, el contrato de permuta tiene su naturaleza evidentemente en el trueque o intercambio de cosas que las sociedades han ido realizando en el desarrollo de sus actividades económicas previas a la compraventa, tanto así que al trueque se lo define conceptualmente como sinónimo de permuta, como se puede revisar a continuación:

Trueque, cambio o permuta: contrato por el cual las partes se obligan a darse y recibir, recíprocamente una cosa por otra. Integra la forma primitiva de comercio, la subsistente en

¹³ Arturo Alessandri Rodríguez. *Derecho Civil de los Contratos*. Óp. cit., p. 145.

¹⁴ Víctor Cevallos Vásquez. *Contratos Civiles y Mercantiles*. Óp. cit., p. 353.

¹⁵ Alberto G. Spota. *Instituciones del Derecho Civil Contratos*. Óp. cit., p. 354.

¹⁶ *Ibíd.*, p. 356.

los pueblos salvajes y la usual en las relaciones privadas de carácter amistoso y relativas a cosas muebles por su puesto¹⁷.

Ahora bien respecto al objeto del contrato de permuta, es importante considerar lo que establece Alessandri al hablar en forma general de los objetos contractuales, que “el objeto de un contrato es el objeto de la obligación que se genera en dicho contrato”.¹⁸

De acuerdo al artículo 1476 del Código Civil “toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer”.¹⁹

El objeto principal del contrato de permuta, lo determina Lorenzetti cuando dice que es el “intercambio de cosas”²⁰ al igual que Planiol al decir que es el “cambio de una cosa por otra”,²¹ entendiendo por “cosas” los bienes materiales y los derechos. En efecto, lo que se busca principalmente con la permuta es la entrega de una cosa por otra, es decir la obligación del contrato de permuta, de acuerdo a la clasificación general de las obligaciones, es una obligación de dar que debe estar determinada, ser posible y lícita o comercial.²²

Así lo afirma Alessandri al decir: “Si consiste en una cosa, la obligación de dar, y en tal caso puede tener por finalidad la transferencia de dominio, como en la compraventa, o la transferencia o del uso de una cosa, como en el arrendamiento, la prenda o el comodato”.²³

La obligación de dar, de acuerdo al autor Alejandro Álvarez Faggioni, es la que “transmite el dominio de una cosa, como el vendedor que se compromete a entregar un bien

¹⁷ Guillermo Cabanelas de las Cuevas. *Diccionario Jurídico Elemental*. Madrid: Editorial Heliasta, 1998, p. 391.

¹⁸ Arturo Alessandri Rodríguez. *Derecho Civil de los Contratos*. *Óp. cit.*, p. 44.

¹⁹ Código Civil. Artículo 1476. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

²⁰ Ricardo Luis Lorenzetti. *Tratado de los Contratos*. *Óp. cit.*, p. 481.

²¹ Planiol y Ripert. *Tratado Práctico de Derecho Civil*, Tomo X, p. 458. Citado en Juan Larrea Holguín: *Derecho Civil del Ecuador*. Cuarta Edición. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2000, p.297.

²² Es determinada, cuando se lo precisa y señala en forma tal que el acreedor sepa lo que puede exigir y el deudor lo que debe dar; posible, que exista, es decir, que se trate de una cosa que exista al tiempo del contrato pues de lo contrario no puede haber obligación; lícita o comerciable, que la cosa esté en el comercio es decir que pueda servir de objeto válido a un acto jurídico. Arturo Alessandri Rodríguez. *Derecho Civil de los Contratos*, Santiago de Chile: Editorial Zamorano y Caperan, 1976, pp. 44-45.

²³ Arturo Alessandri Rodríguez. *Derecho Civil de los Contratos*. *Óp. cit.*, p. 44.

inmueble. O bien transmite uno de los atributos del dominio, como cuando se construye una servidumbre”.²⁴

Consecuentemente, el objeto del contrato de permuta es la obligación de dar o entregar una cosa por otra a fin de transferir el dominio de la misma.

1.3 Elementos y características

Son elementos de validez de la permuta como lo determina doctor Víctor Cevallos en su libro *Contratos Civiles y Mercantiles*²⁵, los siguientes:

- a) *La forma – consentimiento de las partes*, que por su característica de ser consensual se perfecciona desde que las partes llegan a un acuerdo en la cosas que van a entregar y recibir, a excepción de que éstos se traten de bienes inmuebles. “La permuta es no formal, salvo cuando se permutan bienes inmuebles”²⁶. En cuanto a la forma, Juan Larrea Holguín, dice:

No cabe duda que vale cualquier manera de expresar el consentimiento de una y otra partes; pero, si una o ambas cosas que se cambian es un inmueble o derechos de sucesión hereditaria, para la perfección del contrato, se requiere escritura pública [...]. No olvidemos además que, para que realice el efecto la permuta, esto es la transferencia del dominio se deberá inscribir la escritura pública, ya que esta inscripción en el Registro de la Propiedad constituye la tradición, el modo, para trasladar el dominio, a base del título que en este caso es la permuta.²⁷

- b) *La capacidad*, como aptitud jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones, tienen capacidad para la permuta quienes no hayan recaído en alguna inhabilidad declarada por ley. Las personas que intervienen en el contrato de permuta son dos, que se les denomina “permutantes” en conjunto e individualmente, que pueden ser

²⁴ Alejandro Álvarez Faggioni. *Estudio de las Obligaciones en el Derecho Civil Ecuatoriano*, Quito: Editorial de la Universidad de Guayaquil, 1982, p.22.

²⁵ Víctor Cevallos Vásquez. *Contratos Civiles y Mercantiles. Óp. cit.*, pp. 358-359

²⁶ Alberto G. Spota. *Instituciones del Derecho Civil Contratos. Óp. cit.*, p. 356.

²⁷ Juan Larrea Holguín. *Derecho Civil del Ecuador. Óp. cit.*, p.302.

personas naturales o jurídicas hábiles para celebrar contratos de compraventa.²⁸ “No pueden permutar los que no puedan comprar y vender”.²⁹

[...] Las prohibiciones especiales o incapacidades especiales, a padres de familia, guardadores, mandatarios, empleados o funcionarios judiciales, etc., se aplican a la permuta lo mismo que a la compraventa. La prohibición de contratos entre cónyuges, que ha figurado tradicionalmente en el derecho, abarca también este contrato [...].³⁰

- c) Finalmente, el contrato de permuta será válido para bienes inmuebles siempre que no adolezca de lesión enorme de acuerdo al Código Civil.³¹

En atención a la clasificación realizada por Alessandri en su libro “Derecho Civil de los Contratos”, se puede identificar las características del contrato de permuta, de la siguiente manera:

1. La permuta es un contrato *bilateral o sinalagmático*, debido a que siempre existen dos partes que se obligan recíprocamente.
2. Es un contrato *oneroso*, debido a que cada uno de los contratantes grava en beneficio de la otra parte. En palabras de Alessandri, un contrato es oneroso debido a que “impone un sacrificio a cada parte para poder obtener lo que por medio del contrato desea”³² y este caso el sacrificio es la entrega de una cosa por otra.
3. Es *conmutativo* porque al ser oneroso busca tener una equivalencia entre las prestaciones que se deben las partes.
4. Es además, un contrato *principal* y no accesorio, debido a que existe por sí solo sin necesidad de la existencia de otro contrato. En palabras de Juan Larrea Holguín:

²⁸ Código Civil. Artículo 1839. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

²⁹ Alberto G. Spota. *Instituciones del Derecho Civil Contratos*. Óp. cit., p. 356.

³⁰ Juan Larrea Holguín. *Derecho Civil del Ecuador*. Óp. cit., p.301.

³¹ Lesión enorme según el Código Civil es de acuerdo al artículo 1829, una afectación que sufre el vendedor cuando el precio que recibe es el inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende, y en el caso del comprador cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella.

³² Arturo Alessandri Rodríguez. *Derecho Civil de los Contratos*. Óp. cit., p. 9.

El cambio es un contrato principal, no accesorio; pero puede servir según la intención de las partes para varios objetivos diferentes. Entre ellos, es importante destacar que se presta para realizar una subrogación real, de la misma manera que sirve para esto la compraventa. El [...] Código Civil señala esta posibilidad de obrar la subrogación de un inmueble por otro, en el patrimonio de uno de los cónyuges, mediante permuta, siempre que en el contrato se manifieste el ánimo de subrogar. Y [...] se determina lo relativo al pago en dinero, cuando el valor de las cosas subrogadas no es igual, adoptando el mismo criterio que existe para distinguir la compraventa de la permuta.³³

5. Es *nominado* en virtud de que está perfectamente definido en la legislación ecuatoriana como es en el Código Civil como en el Código de Comercio.
6. Por su forma de perfeccionarse, es un contrato *consensual* porque sólo necesita del consentimiento de las partes que inclusive puede ser de manera verbal a excepción del contrato de permuta de bienes inmuebles y los demás casos específicos determinados en el Código Civil,³⁴ como dice Víctor Cevallos, en su libro Contratos Civiles y Mercantiles: “La permuta es un contrato bilateral y meramente consensual, se perfecciona por el simple consentimiento desde que las partes se ponen de acuerdo respecto a los bienes materia del cambio, salvo las excepciones de la ley, como la puntualizada en el artículo 1865 (sic) del Código Civil [...]”.³⁵

Según Ricardo Luis Lorenzetti, la permuta es un contrato consensual debido a que ambas partes se obligan a entregar una cosa de modo que la transición no es un elemento del perfeccionamiento sino del cumplimiento del contrato.³⁶

7. El doctor Víctor Cevallos caracteriza a la permuta como un contrato de *trato instantáneo* cuando se cumple en un solo acto y de *tracto sucesivo* cuando se cumplen varios momentos a través del tiempo.³⁷

³³ Juan Larrea Holguín. *Derecho Civil del Ecuador*. Óp. cit., p.300.

³⁴ Cfr. en la p. 11.

³⁵ Víctor, Cevallos Vásquez. *Contratos Civiles y Mercantiles*. Óp. cit., p. 356.

³⁶ Cfr. Ricardo Luis Lorenzetti. *Tratado de los Contratos*. Óp. cit., p. 480.

³⁷ Víctor, Cevallos Vásquez. *Contratos Civiles y Mercantiles*. Óp. cit., p. 357.

8. Mientras que de acuerdo a Ricardo Luis Lorenzetti, el contrato de permuta es un contrato *obligacional*, ya que si bien no tiene efectos traslativos de la propiedad por sí mismo, el contrato es el título para que junto con el modo, se produzca la transmisión de la propiedad, de esta manera no son permutas aquellos casos en que se da el uso y el goce, o el usufructo o un servicio, por otra cosa.³⁸

Larrea Holguín dice que al igual que la compraventa, el cambio es un título traslativo de la propiedad que por su naturaleza sirve para transferir el dominio, desde luego requiere un modo para la eficacia de la enajenación por ser solamente un título.³⁹

1.4 Obligaciones de las partes

Como fue identificado en las características del contrato de permuta, este es un contrato bilateral o sinalagmático, lo que implica que en el contrato de permuta las obligaciones son recíprocas para las dos partes. Como lo dice Lorenzetti: “En la permuta, como ambas partes ocupan recíprocamente los lugares de comprador y vendedor, los gastos de entrega y de recibo de la cosa deben ser soportados por partes iguales.”⁴⁰

De acuerdo a Víctor Cevallos⁴¹ las principales obligaciones que se generan para las partes en la permuta son las siguientes.

1. *Entrega y transmisión del dominio de la cosa*, la entrega de los bienes por medio de permuta producen el efecto traslativo de dominio, esa la es la obligación principal de la partes.
2. *Custodia de la cosa*, es obligación de los permutantes custodiar y cuidar la cosa hasta la entrega total de la misma a la otra parte, hasta que está llega a su perfección

³⁸ Cfr. Ricardo Luis Lorenzetti. *Tratado de los Contratos. Óp. cit.*, p. 480.

³⁹ Juan Larrea Holguín. *Derecho Civil del Ecuador. Óp. cit.*, p.300.

⁴⁰ Ricardo Luis Lorenzetti. *Tratado de los Contratos. Óp. cit.*, p. 482.

⁴¹ Víctor Cevallos Vásquez. *Contratos Civiles y Mercantiles. Óp. cit.*, pp. 359 -361.

ya sea con la sola entrega o con su inscripción respectiva en caso de ser bienes inmuebles.

3. *Obligación de saneamiento por evicción*, el permutante está obligado a sanear cualquier evicción que tenga una causa anterior a la permuta.⁴² Así lo corrobora, Lorenzetti, cuando dice:

[...]en la permuta, tratándose de obligaciones de entrega de cosas para transferir el dominio sobre ellas, hay garantía de evicción [...] a la que se le aplican las reglas generales de la evicción, que para el caso de evicción total, las que permiten al permutante evisto reclamar la devolución de la cosa que entregó, su valor o el valor de los recibidos en todos los casos más daños y perjuicios, u optar por la resolución con restitución de la cosa, en cuyo supuesto el copermutante debe restituirla en el estado en que se halle como poseedor de buena fe y en caso de evicción parcial, se aplican las normas de la compraventa.⁴³

4. *Obligación de saneamiento por vicios redhibitorios*, el permutante está obligado a sanear cualquier vicio redhibitorio del objeto de la permuta.⁴⁴

Las dos últimas obligaciones son de la naturaleza del contrato, porque si bien no pueden estar establecidas expresamente, pueden ser renunciadas por la partes. Mientras que las dos primeras son de la esencia misma del contrato.

Larrea Holguín identifica como efectos de la permuta o cambio a los siguientes

1. Las partes están obligadas a conservar las cosas permutadas hasta su entrega y, en consecuencia, responden por culpa, según, las reglas generales de las obligaciones de dar.
2. Deben entregar cada uno lo que ofreció, y en el tiempo, lugar y condiciones y condiciones establecidas.
3. Ambos responden del saneamiento de evicción y de vicios ocultos.
4. Deben pagar a medias los gastos del contrato, salvo que dispongan otra cosa.

⁴² Cfr. evicción en la p. 14

⁴³ Ricardo Luis Lorenzetti. *Tratado de los Contratos*. Óp. Cit., p. 482.

⁴⁴ Cfr. vicios redhibitorios en la p. 14.

1.5 Clases de permuta

Según la doctrina, existen algunas clasificaciones del contrato de permuta, es así que el autor Víctor Cevallos las clasifica de manera general en lo que es la permuta civil y la permuta mercantil.

La permuta civil, la cual es regulada por el Código Civil y la segunda regulada por el Código de Comercio. La permuta mercantil es un acto de comercio y su objeto son sólo las cosas muebles hechas con ánimo de revenderlas o permutarlas en la misma forma o en otra distinta.⁴⁵

Además, lo hace de manera específica al determinar otras clases de permuta, atendiendo a diferentes aspectos, como al objeto, permuta de *bienes muebles* y permuta de *bienes inmuebles*; atendiendo a la fijación de precio, permuta *simple* en caso de que no se fije el valor de las cosas que se permutan y *estimativas*, cuando se determina el valor de las cosas; atendiendo a la incorporación en la transacción de dinero, pueden ser *puras* cuando no se incorpora el dinero como medio de pago u objeto de cambio para equilibrar las prestaciones de las partes y *mixtas*, cuando se utiliza cosas o dinero, siempre que las cosas tengan mayor valor que el dinero.⁴⁶

Alberto G. Spota⁴⁷, respecto a las permutas *simple* y *estimativa* establece que:

[...] en las simples no se establece el valor de las cosas que se intercambian, ni es necesario que tengan valores equivalentes, por lo que no es tampoco susceptible de atacarse por el vicio de lesión, siempre que no concurren vicios de voluntad. En cambio la permuta estimatoria o estimativa se asigna un valor a cada cosa generalmente por razones fiscales y si existe en una grave desproporción entre ambos valores es susceptible de atacarse por el vicio de lesión en caso se concurrir los elementos subjetivos [...].

1.6 Procedimiento

Como dice Larrea Holguín:

⁴⁵ Código de Comercio. Artículo 3. Registro Oficial Suplemento No. 1202 de 20 de agosto de 1960.

⁴⁶ Víctor Cevallos Vásquez. *Contratos Civiles y Mercantiles*. Óp. cit., pp. 355-356.

⁴⁷ Alberto G. Spota. *Instituciones del Derecho Civil Contratos*. Óp. cit., p. 355.

La estrecha relación con la compraventa, deriva del origen de ambos contratos. Coinciden los autores en afirmar que primitivamente el hombre debió utilizar el cambio directo de unas cosas por otras, y que de ahí derivó la compraventa, al inventarse el dinero, como signo representativo de la riqueza, o medida abstracta del valor de las cosas, lo que permite la analogía con la de la compraventa y muchas veces los códigos se remiten escuetamente al régimen de compraventa [...]⁴⁸

Lo que exactamente sucede en la legislación ecuatoriana, de acuerdo al Código Civil el procedimiento para la permuta civil y mercantil es el mismo procedimiento del contrato de compraventa. Así lo determina el artículo 1840 del Código cuando dice:

Las disposiciones relativas a la compraventa se aplicarán a la permuta en todo lo que no se opongan a la naturaleza de este contrato. Cada permutante será considerado como vendedor de la cosa que da, y el justo precio de ella a la fecha del contrato se mirará como el precio que paga por lo que recibe en cambio⁴⁹.

En este punto, es importante revisar sucintamente las disposiciones que rigen a la compraventa en el Código Civil ecuatoriano y su principal aplicación en la permuta.

La compraventa al igual que la permuta es un contrato netamente consensual, puede ser por excepción solemne, en los casos taxativamente determinados por el Código Civil,⁵⁰ como son: la venta de bienes raíces, servidumbres, sucesión hereditaria que deben ser otorgadas mediante escritura pública o constar, en los casos de subasta, en el auto de adjudicación protocolizado e inscrito y los bienes inmuebles que por naturaleza deben otorgarse por escritura pública a menos que sean los inmuebles por destinación, aún antes de su separación, porque se reputan bienes inmuebles.

Otra solemnidad que se da en la compraventa de bienes raíces es el caso de ciertos incapaces cuyo requisito es la autorización judicial y la subasta pública, en la que se realiza en juicios como de quiebra, concurso o en los juicios ejecutivo se requieren solemnidades

⁴⁸ Juan Larrea Holguín. *Derecho Civil del Ecuador. Óp. cit.*, p. 299.

⁴⁹ Código Civil. Artículo 1840. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

⁵⁰ Código Civil. Artículo 1740. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

específicas de acuerdo a las consideraciones al estado o calidad de las personas que intervienen. Además, si sobrepasa de un valor debe ser otorgado por escrito.⁵¹

Respecto a la capacidad para celebrar el contrato, son capaces para celebrar un contrato de compraventa los que no son inhábiles según la ley para celebrarlos o para celebrar todo contrato.

Las inhabilidades especiales son las siguientes:

- 1) Venta entre cónyuges no divorciados, y entre padre e hijo, sino el contrato es nulo de nulidad absoluta.⁵²
- 2) Venta por administradores de establecimientos públicos, está legalmente prohibida sin autorización de la autoridad competente.⁵³
- 3) Prohibición al empleado público de comprar bienes públicos o particulares que se vendan por su ministerio y a los jueces, abogados, procuradores y escribanos, los bienes en cuyo litigio han intervenido, y se vendan a consecuencia de litigio, aunque se la venta se haga en pública subasta, se denominan a estos casos de moralidad.⁵⁴
- 4) Compra por tutores o curadores de los bienes de sus pupilos sino con arreglo a lo prevenido en el título de la administración de los tutores o curadores.⁵⁵
- 5) Compra por el mandatario, síndico o albacea que tiene las mismas reglas que los tutores o curadores, no pueden comprar bienes cuya administración se les ha conferido, y en caso los albaceas no pueden comprar bienes muebles con autorización de la justicia y raíces ni con esa autorización.⁵⁶

Los requisitos necesarios de la compraventa son: consentimiento de las partes, la cosa vendida y el precio. Lo que prácticamente es lo mismo en la permuta, con la diferencia del precio. Es importante revisar en este punto, lo que Larrea Holguín dice respecto a diferenciar cuando hay una compraventa y un trueque fundamentándose en que ambos contratos son consensuales y similares:

⁵¹ Sobre las ideas que se resumen en esta parte, *cfr.* Juan Larrea Holguín: Derecho Civil del Ecuador. Cuarta Edición. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2000, p.301

⁵² Código Civil. Artículo 1735. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

⁵³ Código Civil. Artículo 1736. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

⁵⁴ Código Civil. Artículo 1737. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

⁵⁵ Código Civil. Artículo 1738. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

⁵⁶ Código Civil. Artículo 1739. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

La dificultad puede estribar en distinguir cuándo hay una compraventa y cuándo un trueque, por intervenir una compensación en dinero cuando las cosas cambiadas no son de igual valor. El criterio generalizador consiste en que si la parte que se paga en dinero supera al valor de la cosa, se produce una compraventa, mientras que si el valor de las cosas no es tan diferente y la compensación monetaria es inferior, entonces sólo se considera como permuta [...], idea final que expresamente consta en el Código Civil.⁵⁷

Al respecto hace el siguiente análisis:

No resulta muy clara la disposición legal, ya que el punto de comparación podría entenderse que sea la cosa de mayor valor o la de menor valor. Parece preferible entender lo segundo, ya que la cosa de menos valor es la que hace el papel o cumple la función de precio, juntamente con una cantidad de dinero, que se paga por la más costosa. Además, no cabe que se pague una cantidad superior al valor de la cosa de mayor precio y además se entregue por ella otro objeto. Pero habría sido preferible que la ley lo dijera expresamente: si lo que se paga en dinero supera el valor de la cosa de menor valor, es compraventa, y si la cosa que se entrega tiene mayor valor que lo que se paga en dinero, hay permuta.⁵⁸

Reflexión acertada a mi parecer debido a que solo en caso de que un permutante quiera pagar en dinero una parte de la permuta, está debe equivaler a un menor valor que lo que cuesta la cosa, sino ya se estará hablando de un contrato de compraventa.

Efectos del contrato de compraventa, con las obligaciones que se generan para las partes, tanto vendedor como comprador, los cuales coinciden salvo ciertas particularidades con el contrato de permuta, así:

Obligaciones del vendedor:

1. *Obligación de entregar la cosa vendida*, esta obligación no solo implica poner a disposición del comprador la cosa sino de custodiarla y cuidarla hasta su entrega en caso de que sea una especie o cuerpo cierto. El vendedor responde hasta por culpa leve, debe cuidar la cosa como lo haría un buen padre de familia o el que se emplea en un negocio propio. Si la cosa se pierde o deteriora por caso fortuito, pérdida o deterioro la responsabilidad es del comprador y el vendedor extingue su obligación de entregar el bien, pero subsiste la de pagar el precio, claro está que esto tiene la

⁵⁷ Juan Larrea Holguín. *Derecho Civil del Ecuador. Óp. cit.*, pp. 299 – 300.

⁵⁸ Juan Larrea Holguín. *Derecho Civil del Ecuador. Óp. cit.*, p. 300.

excepción de que haya disposiciones expresamente contrarias establecidas por las partes y que la venta sea condicional.

La entrega de la cosa mueble, se hace con la tradición real, la entrega de los bienes inmuebles, mediante la inscripción en el registro respectivo del título y además de manera material, en caso de servidumbres mediante escritura pública de constitución y aceptación.

Respecto al modo de entrega, los costos de la entrega de la cosa son a cargo del vendedor y los de transferencia son de cargo del comprador. La entrega se hace inmediatamente después de firmar el contrato en el lugar de pago determinado en el mismo, sino se dice si es una especie o cuerpo cierto en el lugar en que estaba la cosa al firmar el contrato, si es de género en el domicilio del comprador.⁵⁹

La entrega de bienes inmuebles se debe hacer con todos sus accesorios. Si no se entrega todo lo establecido en el contrato se puede solicitar la resolución del contrato o cumplimiento del contrato más daños y perjuicios.⁶⁰

2. *Obligación de saneamiento*, esta obligación implica dos cosas: amparar al comprador en el goce y posesión pacífica de la cosa y reparar los defectos o vicios ocultos llamados redhibitorios, así lo determina expresamente el Código Civil.⁶¹ Se ejecuta mediante la acción de saneamiento, y no es inmediatamente con la firma del contrato sino cuando el hecho se genere.

Cuando un tercero quiere perturbar la tenencia o posesión pacífica del bien al comprador se produce la evicción. Cuando se refiere a reparar defectos ocultos, se refiere a vicios redhibitorios.

⁵⁹ Código Civil. Artículos 1766 – 1768. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

⁶⁰ Código Civil. Artículos 1770. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005

⁶¹ Los vicios redhibitorios son los vicios ocultos que de acuerdo al artículo 1798 del Código Civil tienen las siguientes calidades: 1. Haber existido al tiempo de la venta; 2. Ser tales que por ellos la cosa vendida no sirva para su uso natural, o sólo sirva imperfectamente, de manera que sea de presumir que, conociéndolos el comprador, no la hubiere comprado, o la hubiera comprado a mucho menos precio; y, 3. No haberlos manifestado el vendedor, y ser tales que el comprador haya podido ignorarlos sin negligencia grave de su parte, o tales que el comprador no haya podido fácilmente conocerlos en razón de su profesión u oficio.

La evicción de acuerdo a Alessandri es “la privación de todo o parte de la cosa comprada que sufre el comprador a consecuencia de una sentencia judicial”.⁶² El saneamiento por evicción determina las siguientes obligaciones al vendedor, la primera: amparar al comprador en el juicio que iniciado por un tercero en su contra, es una obligación de hacer, la segunda: una obligación de dar, por la obligación del vendedor de indemnizar al comprador por los perjuicios que se generaron por la pérdida de la cosa. Se ejerce mediante la acción de saneamiento por evicción que busca el despojo de total o parcial de la cosa o la indemnización de perjuicios.

Como consecuencia de la evicción, lo dice Juan Larrea Holguín:

[...] si está es total, el que ha perdido por resolución judicial, la cosa recibida, tiene derecho a pedir devolución de la cosa que se entregó a cambio, como en el caso de la compraventa, el comprador tiene el derecho a que se le devuelva el precio que pagó, o bien se le entregue legalmente la cosa misma. En la permuta, como explica Borda: se dan tres posibilidades: reclamar la cosa que se dio; pedir su valor; o reclamar el valor de la que el evicto entregó. En cualquiera de las tres opciones, hay lugar a la indemnización de perjuicios. La diferencia entre la segunda y la tercera, normalmente será de poca consideración económica, pues se supone la equivalencia de valores de lo dado y recibido. [...] la cuestión se complica desde el momento en que la parte que no ha sufrido la evicción ha enajenado la cosa recibida, puesto que esta especie de precio no podrá ser devuelto en especie, y por lo tanto el evicto no podrá reivindicar la cosa que entregó y que se halla legítimamente en manos de un tercero que adquirió a título oneroso [...] de este modo, sólo se podría reclamar el precio.⁶³

Los vicios redhibitorios, en palabras de Alessandri, son los vicios que “existiendo en la cosa vendida al tiempo de la venta, y siendo ocultos, esto es, no conocidos por el comprador, hacen que ella no sirva para su uso natural o solo sirva imperfectamente”.⁶⁴ Se ejerce a través de la acción redhibitoria, se realiza respecto a bienes muebles como inmuebles con la intención de rescindir el contrato o rebaja proporcional del precio. Los vicios redhibitorios deben darse en el tiempo del

⁶² Arturo Alessandri Rodríguez. *Derecho Civil de los Contratos. Óp. cit.*, p. 119.

⁶³ Juan Larrea Holguín. *Derecho Civil del Ecuador. Óp. cit.*, p. 304.

⁶⁴ Arturo Alessandri Rodríguez. *Derecho Civil de los Contratos. Óp. cit.*, p. 127.

contrato, ser graves y ocultos o desconocidos para el comprador cuando se celebró el contrato.

Obligaciones del comprador:

1. *Pagar el precio*, es obligación de pagar el precio por la cosa comprada, se realizará el pago en donde se estipule en el contrato, en caso de que no se diga nada, en el momento de la entrega. Puede darse el caso en que se retenga el pago cuando no pueda tener una posesión pacífica o real de la cosa, además, tiene acciones el vendedor en caso de incumplimiento del pago de la cosa en la que se puede solicitar el cumplimiento de la obligación o la resolución del contrato más daños y perjuicios, ya sea con juicio ejecutivo u ordinario o ejecutando la acción resolutoria por la cláusula resolutoria tácita.

2. *Recibir la cosa*, el comprador tiene la obligación de recibir la cosa adquirida. En caso de existir mora en la recepción de la cosa deberá el comprador correr con el gasto del almacenamiento donde se encuentre lo vendido (ver artículo) y eso exime de responsabilidad al vendedor del cuidado.

Finalmente, es importante revisar que el contrato de compraventa puede ser rescindido por lesión enorme que cabe sobre bienes inmuebles y se produce afectación para el vendedor cuando el precio que recibe es el inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende, y al comprador, cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella.⁶⁵

Según Larrea Holguín no existe una distinción clara de si existe o no lesión enorme en la permuta y si en la compraventa, sin embargo este derecho puede ser generado fundamentándose en la remisión legal de que el procedimiento del contrato de permuta es el mismo que la compraventa que hace el Código Civil en el artículo 1840.⁶⁶ Más aún, cuando la jurisprudencia ecuatoriana se ha pronunciado al respecto, de la siguiente manera:

⁶⁵ Código Civil. Artículos 1828 – 1829. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

⁶⁶ Juan Larrea Holguín. *Derecho Civil del Ecuador. Óp. cit.*, p. 305.

Como lo establece el artículo 1867 [ahora 1840] del Código Civil, las disposiciones relativas a la compraventa se aplican también a la permuta en todo lo que no se opongan a la naturaleza de este contrato y la permuta es un contrato bilateral que origina prestaciones recíprocas para las dos partes, por su condición de oneroso y conmutativo. Por este aspecto le son aplicables todas las disposiciones propias de esta clase de contratos sobre obligaciones y derechos recíprocos de cada uno de los permutantes a entregar u reclamar la cosa permutada, a manifestar los vicios o defectos de las cosas que se permutan, pudiendo, en caso contrario, optar el permutante, a quien se ocultaron entre la rescisión del contrato o la rebaja del precio.⁶⁷

Por lo tanto, de acuerdo a la jurisprudencia ecuatoriana si cabe el derecho para rescindir el contrato de permuta por lesión enorme.

Del análisis del procedimiento establecido, se puede verificar que de manera general el procedimiento sería el mismo que el Código Civil mantiene para la compraventa, con ciertas particularidades, especialmente respecto a que en la permuta se confluyen las personas de vendedor con comprador y sus obligaciones.

1.7 Bienes susceptibles de permuta

Conforme al artículo 1837 del Código Civil, son susceptibles de permuta las especies o cuerpos ciertos, Una especie o cuerpo cierto es cosa totalmente determinada e individualizada, una cosa cierta y no genérica.

Al igual que en la compraventa deben ser los bienes *comerciales*: todo lo que no esté prohibido por ley caso contrario se da lugar a nulidad absoluta del contrato por ilicitud del objeto; *determinados*: no se puede vender universalidades jurídicas porque no hay transferencias a título universal,⁶⁸ el objeto de la permuta debe estar determinado, además que según el artículo 1839 no pueden cambiarse las cosas que no pueden venderse; deben, *existir*, lo que se refiere a tres situaciones específicas: si no existe al momento del contrato

⁶⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Civil y Mercantil. Gaceta Judicial No. 13, Año XCVIII, Serie XVI de 15 de septiembre de 1998, p. 3518 y Corte Suprema de Justicia. Sala de los Civil y Mercantil. Gaceta Judicial No. 4, Año LXI. Serie IX de 14 de marzo de 1959, p. 407.

⁶⁸ Artículo 1750 Código Civil que dice es nula la venta de todos los bienes presentes y futuros, válida la venta de todas las especies, géneros y cantidades que se designen por escritura pública, aunque se extienda a cuanto el vendedor posea o espere adquirir, con tal que no comprenda objetos ilícitos.

existe falta de objeto; sino existe pero va a existir, se da un contrato con condición y si no llega a existir, se entenderá por no celebrado, y, si lo que se vende no es precisamente lo que existe, pero se espera que exista, la compraventa es pura y simple porque lo que se ha vendido es la expectativa, es un contrato aleatorio, finalmente, no pertenece al permutante porque la compra de cosa propia no tiene validez.

El autor Víctor Cevallos, dice que puede consistir en cosas o bienes muebles o inmuebles así como también derechos.

Menciona que los derechos son susceptibles de permuta con esta reflexión:

El objeto del contrato de permuta comprende las obligaciones de los permutantes que a su vez se traducen en las prestaciones que consisten en especies o cuerpos ciertos, en la práctica también pueden ser materia de esta transacción siguiendo las reglas de la compraventa de bienes corporales e incorporales, y por lo mismo, derechos, así se infiere adicionalmente, del texto del artículo 1865 del Código Civil que dice: “El cambio se reputa perfecto por el mero consentimiento; excepto que una de las cosas que se cambian o ambas sean bienes raíces o derechos de sucesión hereditaria, en cuyo caso, para la perfección del contrato, será necesaria escritura pública⁶⁹

Al respecto Larrea Holguín, con base al entendimiento que mantiene Planiol sobre la permuta como “cambio de una cosa por otra” y que cosas son bienes materiales y derechos, hace el siguiente análisis:

Efectivamente, lo más común es la permuta de dos derechos de propiedad sobre cosas materiales, pero, para la doctrina, nada impide que se puedan cambiar una propiedad por un usufructo, o un derecho de habitación por unos bienes inmuebles, o un crédito personal por una servidumbre predial, etc. En todo caso, deben ser cosas susceptibles de venta, ya que la permuta es una especie de doble venta, o venta recíproca de bienes entre dos personas. En la definición del Código Ecuatoriano, parece excluir estas otras formas de permuta, porque hace referencia directa a “especie y cuerpo cierto”, de todas formas pienso que habría permuta en dar el derecho de habitación en un inmueble, por el usufructo de otro, ya que se cumple la exigencia de referirse a especies o cuerpos ciertos, aunque no se transfiera el dominio, sino otros derechos sobre esos bienes materiales.

Cita que afirma que se podría realizar, con ejemplos concretos, una permuta sobre derechos y no sólo sobre bienes materiales.

⁶⁹ Víctor Cevallos Vásquez. *Contratos Civiles y Mercantiles. Óp. cit.*, p. 356.

Ahora bien, el Código Civil determina que puede haber la permuta sobre cosas ciertas, según el autor Spota, la permuta si puede haber sobre cosas inciertas y futuras, así como derechos:

El objeto de la permuta no sólo puede ser cosas ciertas, como, por el contrario [...] sino también cosas inciertas y futuras, ya que surge de la aplicación de las reglas de la compraventa. Además, puede trocarse una cosa inmueble por una cosa mueble o una cosa por un derecho real, de disfrute transmisible como el usufructo, o bien una cosa por la nuda propiedad, o una servidumbre por otra o una cosa en cuanto no se agrave al predio sirviente y no se la separe del predio dominante.⁷⁰

Por otro lado, Alessandri, dice si se cambia una especie por otra y una suma de dinero, y el dinero es mayor que la cosa, no hay permuta sino compraventa igual viceversa, y si se cambia una cantidad de cierto género, habrá un contrato innominado, pero no una permuta.⁷¹

Finalmente, El Código de Comercio dice que en la permuta mercantil sólo los bienes muebles pueden ser objeto de permuta.

Del análisis anterior se infiere que existe diferentes tipos de bienes y derechos que pueden ser objeto de un contrato de permuta y que inclusive al momento de terminar a las especies o cuerpos ciertos se puede incluir derechos.

1.8 Semejanzas y Diferencias entre la permuta y la compraventa

Sin duda existe mayor semejanzas que diferencias entre los contratos de permuta y compraventa, las cuales se pueden identificar así en la doctrina:

Respecto a las semejanzas

1. Los dos contratos son bilaterales, meramente consensuales, onerosos y con obligaciones recíprocas, conmutativos e innominados.

⁷⁰ Alberto G. Spota. *Instituciones del Derecho Civil Contratos*. Buenos Aires: La Ley, 2009, p. 353.

⁷¹ Arturo Alessandri Rodríguez. *Derecho Civil de los Contratos*. Santiago de Chile, Editorial Zamorano y Caperan, 1976, p. 145.

2. La capacidad es la misma en los dos contratos para su celebración.
3. Son translaticios de dominio de la cosa permutada o vendida.
4. Se puede hacer el pago con dinero o con cosas a la vez.
5. Obligaciones de entregar la cosa sanear la evicción y los vicios redhibitorios.

Respecto a las diferencias

1. En la compraventa hay una clara distinción entre la cosa y el precio, vendedor y comprador, mientras que en la permuta se confunden las calidades de cosa y precio y los permutantes son a la vez, vendedores y compradores.
2. En la compraventa el precio puede ser cosa y dinero, siempre que el dinero sea mayor a la cosa, mientras que en la permuta, el precio si bien puede ser dinero las cosas deben tener un valor superior que este.
3. Según Alessandri la permuta, se diferencia de la compraventa, porque en la compraventa, una de las partes se obliga a dar una suma de dinero⁷².
4. Spota⁷³, dice que se distinguen porque en la permuta la obligación de transferir la propiedad de una cosa, tiene como contraprestación no el pago de un precio en dinero, sino la recíproca obligación de transferir la propiedad de otra cosa.

Es indudable la semejanza que existe entre el contrato de permuta y de compraventa tanto así que existen, como hemos revisado en este capítulo, criterios doctrinarios que apuntan a la desaparición del primer contrato, ya que consideran que no es una versión moderna y práctica, una vez que apareció la moneda, mermando la su importancia, así el doctor Víctor Cevallos⁷⁴ dice que:

El mecanismo jurídico de transacciones (permuta) ha perdido importancia en razón de su limitada utilización, hecho que de alguna manera explica la escasa normatividad al respecto de él [...] a raíz de la utilización de la moneda como instrumento de valor en las transacciones comerciales y civiles, la permuta incuestionablemente tuvo que ceder su sitial de preferencia en el tráfico a favor de la compraventa.

⁷² Arturo Alessandri Rodríguez. *Derecho Civil de los Contratos*. Óp. cit., p. 145.

⁷³ Alberto G. Spota. *Instituciones del Derecho Civil Contratos* p. 354

⁷⁴ Víctor Cevallos Vásquez. *Contratos Civiles y Mercantiles*. Óp. cit., p. 363.

Al respecto, es mi criterio que la permuta debe ser conservada como contrato debido a que por más que el dinero sea el instrumento de valor para las transacciones comerciales siempre es necesario no romper los esquemas transaccionales primitivos que tienen su importancia y beneficios como se podrá casuísticamente revisar adelante en el presente trabajo. Por lo tanto debe mantener su independencia contractual.

CAPITULO II

2. El contrato de permuta en el sector público.

2.1 Uso de los contratos civiles y/o privados.

La administración pública utiliza diversas maneras para manifestar su voluntad, que no se reduce únicamente a los actos administrativos. Así lo ratifica Enrique Sayagués Laso, cuando dice:

La administración no siempre procede por la vía unilateral, mediante actos administrativos; con frecuencia procura llegar a un entendimiento con los particulares, celebrando acuerdos de muy distinta naturaleza, es decir, actos plurilaterales. Igualmente pueden formalizarse tales acuerdos entre entes públicos. El mayor número de dichos acuerdos configuran actos contractuales, es decir, negocios jurídicos donde las voluntades crean el acto, persiguen fines opuestos, utilizando la terminología corriente: contratos.⁷⁵

El contrato administrativo sin duda es una forma de manifestación de la voluntad jurídica de la administración para cumplir con sus finalidades de interés público.⁷⁶ En nuestra legislación, se define al contrato administrativo como: “Todo acto o declaración multilateral o de voluntad común; productor de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa”⁷⁷ y se identifica para su formación, dos fases: la precontractual y contractual o de ejecución, lo que permite determinar que los actos que se realizan en la etapa precontractual para declarar la voluntad

⁷⁵ Enrique Sayagués Laso. Tratado de Derecho Administrativo. 8va. Edición. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2002, p. 521.

⁷⁶ Así lo identifica el Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva - ERJAFE cuando en el artículo 64 determina que: “Las Administraciones Públicas Central e Institucional de la Función Ejecutiva sometidos a este estatuto manifiestan su voluntad jurídica de derecho público a través de actos administrativos, actos de simple administración, hechos administrativos, contratos administrativos y reglamentos, sin perjuicio de recurrir a otras categorías de derecho privado cuando tales administraciones actúen dentro de dicho campo[...].”

⁷⁷ Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva. Artículo 75. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

de la Administración son incorporados al procedimiento administrativo del contrato pero de manera separable, así:

Los actos, los hechos, los reglamentos y los actos de simple administración, producidos, dictados o ejecutados en la preparación de la voluntad administrativa contractual se consideran incorporados unitariamente, aunque de manera separable, al procedimiento administrativo de conformación de dicha voluntad. A ellos son aplicables en consecuencia las normas de procedimiento administrativo tanto para la formación de la voluntad administrativa como su impugnación.⁷⁸

Con base a la doctrina de los actos separables, que nace del derecho francés⁷⁹, la legislación española parte para poder determinar el régimen jurídico competente para casos de impugnación o controversia en la formación y ejecución de los contratos privados de la administración con los contratos netamente administrativos. La cual es conceptualizada de mejor manera por el tratadista español, Francisco García Gómez, cuando dice

La emblemática figura de los actos separables de los contratos administrativos, que ha de referirse en la actualidad a la noción más amplia de los contratos del sector público, responde [...], a la necesidad de aplicar un régimen especial y diferente a lo que por aparente lógica procedería conforme a la naturaleza del contrato (en cuanto se supone someter al Derecho Administrativo a contratos de carácter privado), a las cuestiones de la regulación sustantiva y de la jurisdicción competente para conocer de los actos de preparación y adjudicación de ciertos contratos.⁸⁰

Es así que la doctrina determina que en caso de la preparación precontractual y adjudicación de contratos privados de la administración, la competencia recae a un régimen contencioso administrativo, mientras que en caso de la ejecución, al régimen de derecho

⁷⁸ Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva. Artículo 76. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

⁷⁹ García Enterría lo firma cuando dice “El Derecho Francés, y por influencia suya nuestro propio Derecho, han circulado por rumbos singulares en esta materia. A diferencia de otros Derechos, que han encuadrado pacíficamente el grueso de la contratación de los entes públicos, en las regulaciones comunes del Derecho Privado, encomendadas al juicio de los Tribunales ordinarios, la solución francesa ha venido a partir en dos el campo en discusión: una parte de los contratos de la Administración se califican, en efecto, de privados, y se atribuye a su conocimiento a la jurisdicción ordinaria; la otra, en cambio, queda adscrita a la jurisdicción contencioso-administrativa, de donde va a concluirse derivativamente que su regulación es objeto dl Derecho Administrativo sustantivo y no del Derecho Civil, son los llamados Contratos Administrativos.”

⁸⁰ Francisco García Gómez de Mercado. *Manual de Contratación del Sector Público*. Granada: Editorial Comares S.L., 2011, p. 190.

civil o privado, así claramente lo determinan García Enterría y Tomás Ramón Fernández, cuando concluyen que:

En primer lugar, que la validez o invalidez de los actos administrativos preparatorios de todo contrato y del acto o actos de adjudicación se decide en todo caso con arreglo al Derecho Administrativo (se trata de normas de orden público no derogables por la voluntad de los contratantes [...]), aunque la regulación de fondo del contrato se remita a Derecho Privado. En segundo lugar, que los actos que se dicten en relación con la competencia y el procedimiento, es decir, los actos preparatorios del contrato y el acto de adjudicación, se consideran *separables* del contrato mismo, de forma que, aunque éste sea privado por su naturaleza, tales actos podrán ser *impugnados separadamente* ante la jurisdicción contencioso –administrativa y, en caso de ser anulados en esta jurisdicción, el propio contrato privado subsiguiente quedará igualmente nulo y entrará en fase de liquidación sin necesidad de plantear nuevo proceso ante la jurisdicción ordinaria.⁸¹

En nuestra legislación, aparentemente se recoge la doctrina de los actos separables revisada en párrafos anteriores, cuando se analiza el segundo inciso del artículo 76 del Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), no obstante, el segundo párrafo del artículo 77 de la misma norma, que se refiere a la impugnación de los contratos administrativos, lo descarta así:

En general y de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios por parte de la Iniciativa Privada⁸², los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo tienen competencia privativa y exclusiva para conocer y resolver judicialmente todos los aspectos derivados y relacionados con todos los contratos administrativos⁸³.

⁸¹Eduardo García De Enterría y Tomás- Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Edición 1era. Buenos Aires: La Ley, 2006, p. 707.

⁸² La Ley de Modernización del Estado en su artículo 38 determinó el régimen jurisdiccional de los contratos administrativos al establecer que: “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.”

⁸³ Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva. Artículo 77. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

Con lo que, se eliminó toda posibilidad de que los contratos administrativos sean impugnados separadamente en dos regímenes jurisdiccionales diferentes, sea cual fuere la naturaleza, sujetos, objeto, fin, del contrato administrativo, procedimiento e inclusive si se tratan de contratos de tinte privado o civil en la administración.

Es así como la legislación ecuatoriana determina una conceptualización del contrato administrativo y su jurisdicción, no obstante, no distingue ni identifica exactamente qué contratos son parte de la administración o son contratos administrativos.

Sin duda, la evolución de la doctrina sobre la naturaleza del contrato administrativo o de la administración ha sido dinámica no solo a nivel nacional sino también a nivel internacional, principalmente por el valor que tiene esta identificación para el régimen jurisdiccional a aplicarse para su formación y ejecución, lo que ha generado la relevante controversia de distinguir que contratos se consideran administrativos o de la administración y cuáles no. Como al respecto no pueden ser más precisos los tratadistas españoles, García Enterría y Tomás Ramón Fernández, cuando dicen:

Hay que notar, por lo pronto, que la Administración Pública es una organización compleja situada ante el Derecho en una especial posición, de forma que sólo puede actuar cuando la Ley la habilita para ello y en términos precisos de esa habilitación. En cuanto tal organización colectiva, el proceso de formación de su voluntad es jurídicamente relevante en todo caso y debe surgir a través de los causes que prevé de la Ley y ello tanto en cuanto se presenta como poder público, revestida de *imperium*, como cuando actúa sin tal solemne apariencia, dicha sea en la terminología convencional. La competencia y el procedimiento tienen por ello una regulación unitaria y común en todos los procesos contractuales, con independencia de la regulación, pública o privada, del fondo del contrato, del cual son cuestiones separables. Una Administración Pública puede arrendar un inmueble suyo para obtener una renta. El arrendamiento se registrará entonces por el Derecho Privado, pero la formación de la voluntad contractual de entidad administrativa y la selección del contratista deberán acomodarse a las reglas de Derecho Público.⁸⁴

Existen diferentes criterios doctrinarios y jurisprudenciales sobre la identificación y separación de los contratos privados con los contratos administrativos, y principalmente la identificación de la existencia de los contratos privados en la administración pública. Sayagués, resume, los distintos criterios encontrados, de la siguiente manera:

⁸⁴ Eduardo García De Enterría y Tomás- Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo. Óp. cit.*, p. 706.

- a) Para algunos autores no existen vínculos contractuales en la actividad de la administración: ni contratos de derecho privado, ni contratos administrativos. La administración procede siempre por actos unilaterales, requiriendo simplemente en algunos casos el mero asentimiento o adhesión del particular. [Este criterio lo hace fundamentado en el criterio de D'aleccio].
- b) Otra tendencia considera que los actos administrativos son siempre unilaterales y que, por lo tanto, no existen contratos administrativos; pero admite que la administración celebra contratos regulados por el derecho privado, entre los cuales los de obra pública, suministro, empréstito, venta o arriendo de bienes. Este punto de vista predomina en el derecho italiano. [Los doctrinarios de esta tendencia son Vitta, Zanobini, Presumí y Gallo].
- c) El criterio más generalizado admite que la administración puede dictar actos unilaterales como celebrar contratos administrativos y, además, vincularse contractualmente según las normas de derecho privado. Pero hay marcadas divergencias en la delimitación de estos tres modos de actuar, lo cual hace imprescindible el análisis de los criterios para distinguir los contratos de derecho privado de los contratos administrativos y éstos de los actos unilaterales. No obstante puede decirse que entre los principales contratos administrativos la opinión predominante incluye los de construcción de obras públicas, suministros y concesión de servicios públicos. [Están dentro de esta doctrina, entre otros, Rolland, Fernandez de Velazco, Villanova, Carnelutti].
- d) Por último, se sostiene que allí donde la administración actúa, la relación jurídica es siempre pública y por lo tanto, según sea unilateral o bilateral, habrá acto o contrato administrativo. Se descarta, pues, la posibilidad de vínculos civiles o comerciales, aunque se reconoce que ciertos contratos admiten en mayor o menor grado la aplicación del derecho privado. [doctrinarios como Alvarez Gendin, Delgado y Martín Arriaga, Fraga]

Esta discusión, como lo determina Efraín Pérez,⁸⁵ tiene menor interés práctico en Ecuador, donde la jurisdicción contenciosa-administrativa tiene competencia exclusiva para conocer las controversias sobre todos los contratos celebrados por órganos del Estado, independientemente del grado que intervenga el derecho privado.

No obstante al anterior razonamiento, el identificar el régimen jurisdiccional aplicable a los contratos celebrados por el Estado, como es el contencioso- administrativo,

⁸⁵ Efraín Pérez. *Derecho Administrativo*. Tomo II. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009, p. 795

nos conduce inevitablemente a revisar qué contratos se consideran como contratos administrativos en nuestra legislación.

Lamentablemente, no existe una definición clara y delimitada de lo que comprende la contratación pública en la legislación ecuatoriana, por lo que se entendería, en manera general, que ésta se reduce a los contratos establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNC),⁸⁶ es decir, que los contratos que se encuentran en dicho cuerpo normativo son los contratos de la administración.

Efraín Pérez, en su libro *Derecho Administrativo*⁸⁷, determina que tradicionalmente se ha reconocido a la contratación pública en dos clases: los contratos de adquisición de bienes, obras o servicios que los denomina como los contratos públicos; y los contratos propiamente administrativos, que son los de concesión, servicios públicos, bienes públicos y aprovechamiento del dominio público; se asemeja a los contratos de adquisición a los que estuvieron normados en la derogada Ley de Contratación Pública⁸⁸ y ahora están en la LOSNC y a los contratos propiamente administrativos, los que están regulados por las disposiciones de la Ley de Modernización del Estado⁸⁹ y demás leyes especiales y particulares de la legislación ecuatoriana.

Naturalmente, la existencia de una ley orgánica de contratación pública desde el año 2008 ha podido delimitar bastantes modalidades de contratos que tienen naturaleza administrativa, así expresamente lo prescribe el artículo 60 de la LOSNC, cuando dice: “Los contratos a los que se refiere esta Ley celebrados por las Entidades Contratantes, son contratos administrativos”.⁹⁰

Dentro de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública encontramos los contratos que son para adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución

⁸⁶ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Artículo 60. Registro Oficial Suplemento No. 395 de 4 de agosto de 2008.

⁸⁷ Efraín Pérez. *Derecho Administrativo. Óp. cit.*, pp. 793-794.

⁸⁸ Codificación de la Ley de Contratación Pública. Registro Oficial 272 de 22 de febrero del 2001, derogada el

⁸⁹ Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada. Registro Oficial No. 349 de 31 de diciembre de 1993.

⁹⁰ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Artículo 60. Registro Oficial Suplemento No. 395 de 4 de agosto de 2008.

de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, que están delimitados como ámbito de la misma y que tienen sus propios procedimientos.⁹¹

La delimitación de la naturaleza de estos contratos permite establecer el régimen jurídico - legal que los regula, a saber, en el caso de los contratos regidos por la LOSNCP, el régimen es el contencioso administrativo, como lo dice el artículo 105, así: “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”.⁹²

Sin embargo, la delimitación de los contratos administrativo y su régimen jurisdiccional en la LOSNCP y su Reglamento General, no elimina la supletoriedad que instituyen las mismas normas para atender a disposiciones de derecho común, como lo establece el Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (RLOSNCPP) cuando habla del arrendamiento de bienes inmuebles,⁹³ arrendamiento de bienes muebles,⁹⁴ requisitos y forma de contratos⁹⁵ y domicilio de personas jurídicas para participación local,⁹⁶ casos en los cuales dispone al Código Civil como norma supletoria.

Ahora bien, existen contratos que no están especificados en la LOSNCP, los cuales tienen diferentes fuentes legales de Derecho Público y para referirnos a los mismos es importante revisar inicialmente las Teorías de la Personalidad del Estado que se han generado a través de este tema.

⁹¹ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Artículo 1. Registro Oficial Suplemento No. 395 de 4 de agosto de 2008.

⁹² Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Artículo 105. Registro Oficial Suplemento No. 395 de 4 de agosto de 2008.

⁹³ Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 66. Registro Oficial Suplemento No. 588 de 12 de mayo de 2009.

⁹⁴ Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 108. Registro Oficial Suplemento No. 588 de 12 de mayo de 2009.

⁹⁵ Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 112. Registro Oficial Suplemento No. 588 de 12 de mayo de 2009.

⁹⁶ Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Disposición General Segunda. Registro Oficial Suplemento No. 588 de 12 de mayo de 2009.

Como resume el doctor Marco Idrobo Arciniega, en su libro *la Contratación Administrativa en el Ecuador*, las doctrinas de la única o doble personalidad del Estado, han sido las siguientes:

- a) El Estado actúa como poder de un plano de absoluta desigualdad frente a los particulares, sin responsabilidad directa, en razón de su *imperium*; pero también actúa como persona privada, y solo en ese caso se le considera persona jurídica (...)
- b) El Estado tiene una personalidad jurídica pública y una personalidad jurídica privada. La primera, cuando ejecuta un acto de gestión pública, como la creación de un impuesto o la prestación de servicios públicos. La segunda, cuando interviene en negocios patrimoniales, como la compra venta de inmuebles o vehículos.
- c) Las corrientes actuales, en su mayoría, consideran que una unidad es un concepto esencial del Estado, y su personalidad es única como ente de sujeto de derechos y obligaciones, calidad con la que actúa en sus diversas manifestaciones, pudiendo variar sus actividades o aplicársele de diferentes normas, públicas o privadas, sin que ello signifique división de su personalidad. ⁹⁷

La personalidad del Estado ha permitido en la legislación comparada determinar si la administración pública interviene como persona jurídica privada en ciertos contratos o como una persona jurídica pública con su capacidad de *imperium* en otros, aun cuando en nuestra legislación claramente se establece que el Estado tiene una única personalidad jurídica⁹⁸.

El doctor Idrobo al respecto dice:

En armonía con el criterio de la doble personalidad del Estado se ha creído ver en determinado momento a la administración, efectuando gestiones de carácter privado, cuando compra un vehículo, adquiere útiles de oficina, administra sus tierras y sus bosques; contratos a los que regiría el derecho privado; y por otra parte, realizando gestiones de tipo público para la satisfacción de las necesidades colectivas, contratos que se regirán por el derecho público, como la contratación de una carretera.⁹⁹

⁹⁷ Marco Idrobo Arciniega. *La Contratación Administrativa en el Ecuador*. Quito: Editorial Época, 1994, p 19.

⁹⁸ El ERJAFE determina en los artículos 3 y 9 que la "Administración Pública Central tendrá personalidad jurídica única para el cumplimiento de sus fines y órganos dependientes o adscritos tendrán sólo las respectivas competencias asignada; así como que la Administración Pública Central se constituye por órganos jerárquicamente ordenados y en su actividad tiene personalidad jurídica única mientras que las entidades de la Administración Institucional de la Función Ejecutiva gozan de personalidad jurídica propia para el ejercicio de sus competencias."

⁹⁹ Marco Idrobo Arciniega. *La Contratación Administrativa en el Ecuador*. *Óp. cit.*, pp. 21- 22.

En efecto, a veces parece ser el que el Estado actúa como una persona jurídica de derecho privado¹⁰⁰ y se han generado al respecto varios criterios para diferenciar los contratos civiles o privados y los contratos administrativos, que según el mismo doctrinario Idróbo, se podrían resumir en los siguientes:¹⁰¹

- a. Criterio Subjetivo: mediante el cual determina que en el contrato administrativo el Estado y sus órganos dependientes deben ser parte del contrato celebrado, mientras que el civil no.
- b. Criterio de Jurisdicción: se considera contrato administrativo si para la interpretación y ejecución es contencioso- administrativa y privado si la jurisdicción aplicable es la común.
- c. Criterio Formalista: depende el contrato para establecer procedimiento de formación de los contratos, así el contrato administrativo por ser de interés general tiene etapas y actos diferenciadores a cualquier contrato como son la convocatoria pública, ofertas, adjudicación, entre otros.
- d. Criterio de Finalidad Pública: El contrato administrativo porque busca un interés general a diferencia del contrato privado que busca un interés particular. Por otro lado, se consideran administrativos los contratos con un fin público como es el caso de la prestación de servicios públicos y su continuidad, sin que esta característica de fin público sea excluyente.
- e. Criterio de cláusulas exorbitantes: La determinación de contrato administrativo le dan las cláusulas exorbitantes que exceden al derecho común, lo que permite a la administración prerrogativas propias como la terminación unilateral del contrato, entre otras.
- f. Criterio de sustantividad: La naturaleza del contrato administrativo es pública, en tanto en cuanto la del contrato de derecho común es privada.

¹⁰⁰ Juan Pablo Aguilar en su tesis denominada *La Naturaleza de los Contratos Administrativos*, explica que en Ecuador, a mediados del siglo XX mientras Aurelio García acepta la doble personalidad del Estado, Julio Tobar Donoso cuestiona la idea que, para fines de siglo se considera definitivamente superada, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, si bien se dan casos curiosos como el de Rodrigo Borja que la sigue sosteniendo hasta 1997"(...) El abandono de la tesis de la doble personalidad del Estado ha llevado, en el campo de la contratación administrativa, a desechar también la distinción entre contratos administrativos y contratos civiles de la administración. No se ha podido establecer una diferencia clara entre ambas clases de contratos. Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Quito. 2002.

¹⁰¹ Marco Idróbo Arciniega. *La Contratación Administrativa en el Ecuador*. Óp. cit., pp. 22-24'

Respecto a esta diferenciación, Francisco García Gómez, tratadista español, divide los criterios en tres, que son: el criterio jurisprudencial, de los contratos administrativos que son los sometidos a la jurisdicción contencioso- administrativa; el criterio sustantivo de carácter objetivo, los contratos administrativos que son regidos por el derecho administrativo pero determinados por su objeto y en los que se aprecia una posición exorbitante de la administración; y, el criterio finalista, que comprende que los contratos administrativos son aquellos cuya finalidad es desarrollar las funciones de la Administración Pública.¹⁰²

En la legislación comparada, existen doctrinas que distinguen a los contratos privados de la administración dentro de los contratos administrativos, como lo hacen la española, francesa y argentina. Los tratadistas García Enterría y Tomás – Ramón Fernández, por ejemplo establecen que:

La distinción contratos administrativos – contratos privados comienza siendo una distinción que juega exclusivamente en el plano material o sustantivo. La distinción surge inicialmente con una excepción al esquema estructural actos de autoridad –actos de gestión, que han sido justamente llamada la primera sistematización del Derecho Administrativo: en éste – y en la jurisdicción contencioso- administrativa – se integran los actos dictados imperativamente por la Administración, en tanto que cuanto ésta prescinde del *imperium* y se somete a los modos de gestión del Derecho Privado es este último quien rige su actuación, sometiéndose correlativamente a los Tribunales ordinarios. El contrato se considera entonces como el tipo mismo de los actos de gestión, es decir, de aquellas actuaciones que la Administración realiza despojada de *imperium*, descendiendo al mismo nivel de los particulares y en igualdad con ellos; no obstante lo cual, por razones pragmáticas, de simple utilidad (no dogmáticas), se atribuye el conocimiento de alguno de los contratos que la Administración celebra a la jurisdicción contencioso-administrativa.¹⁰³

De lo que se desprende, que la distinción de los dos contratos es el despojo de la capacidad de *imperium* que tiene la Administración para actuar como un particular, en iguales condiciones o a participar en desigualdad de condiciones por su revestimiento, autotutela e interés público.

¹⁰² Francisco García Gómez de Mercado. *Manual de Contratación del Sector Público. Óp. cit.*, p. 154.

¹⁰³ Eduardo García De Enterría y Tomás- Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo. Óp. cit.*, p. 689

Esta identificación ha sido una fuente de prácticas y teorías que no han resultado fáciles determinar, que han evolucionado con la historia y en algunos casos han terminado con una sola disposición legal, como en el caso ecuatoriano.¹⁰⁴

Actualmente, se ha llegado a conclusiones legales, doctrinales y jurisprudenciales diversas, inclusive en algunos casos, se han reconocido naturalezas mixtas del contrato.¹⁰⁵ en otros se ha determinado los contratos civiles como normales y los administrativos como excepcionales dentro de la misma administración, con tendencia a desaparición de los últimos, lo cual se ha reprochado enfáticamente por significar un quebrantamiento de la teoría general de contrato administrativo y resultar una peligrosidad para el Estado por ser fuente de corrupción.¹⁰⁶

No obstante a todo lo anteriormente mencionado, existe una realidad y es que en los contratos administrativos o de la administración menor o mayor forma se ve involucrado el Derecho Común, razonamiento que lo comparto, así como lo hace Gordillo, cuando dice:

Se ha advertido que son muy raros – si es que los hay- los contratos de la administración que se regulan únicamente por el derecho civil o comercial y deben, por tanto, calificarse de privados. La realidad muestra que en todos los vínculos de la administración rige el derecho público y el derecho privado, en mayor o menor grado. Quizá sea más acertado prescindir de la expresión “contrato administrativo”, que sugiere una idea de oposición con los

¹⁰⁴ Con la determinación del artículo 38 de la Ley de Modernización toda discusión anterior o posterior es vana debido a que todo contrato firmado por el contrato es contrato administrativo y por ende su jurisdicción es la contenciosa administrativa.

¹⁰⁵ Francisco García Gómez, hace referencia a los contratos mixtos como un contrato no regulado especialmente en la ley como figura autónoma, pero es una combinación de prestaciones tomadas de distintos contratos típicos. Se dice está establecida en el artículo 12 de la LCSP de España que dice: “cuando un contrato contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase se atenderá en todo caso, para la determinación de las normas que deban observarse en su adjudicación, al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico”. Se dice que este concepto es un concepto propio de la teoría general de los contratos, que proviene de la doctrina alemana e italiana (*Gemischte, Verträge y contratti miste*) como el contrato que combina diferentes tipos contractuales o varias prestaciones singulares reguladas en tipos contractuales diversos.

¹⁰⁶ Esta teoría nace de una publicación en una revista “El Derecho” en Argentina escrita por el Profesor Héctor A. Mairal que lleva por título “*De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo*” que resulta opuesta a la teoría que se ha expuesto hace más de 20 años, que plantea suprimir la singularidad del contrato administrativo y su existencia, asentando la huida del derecho administrativo a la derecho común o civil Juan Carlos Cassagne. Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Contratos Administrativos. Buenos Aires: Ediciones Rap, 2010.

contratos de derecho privado [...] y referirse, en cambio, a los “contratos de la administración.”¹⁰⁷

Más adelante, concluye que:

Los contratos que celebran la administración tienen todos un régimen en parte de derecho público, pero no es uniforme, todos pueden ser denominados contratos administrativos pero no tienen igual régimen jurídico entre sí, pues existen gradaciones en cuanto a la intensidad del régimen de derecho público. Si antes podíamos encontrar dos categorías bien definidas y totalmente opuestas de contratos de la administración, civiles y administrativos, hoy en cambio encontramos un acercamiento de los extremos, que no alcanza a ser total [...]¹⁰⁸

En concordancia con lo anteriormente mencionado, García Enterría y Tomás – Ramón, dice:

Parece, pues, que puede darse por definitivamente liquidada la etapa anterior en la que el contrato administrativo y el contrato privado era considerado realidades radicalmente diferentes y rigurosamente separadas. En el ámbito de la contratación de los entes públicos como en tantos otros, coinciden ya sin escándalo el Derecho Administrativo y el Derecho Privado. Cualquier contrato es capaz de reflejar del uno y del otro, sin que por ello varíe la esencia del instituto contractual. Ocurre, simplemente, que en ciertos contratos directamente vinculados al tráfico y actividad típica del órgano administrativo contratante (obras y servicios públicos en el más amplio sentido) los elementos jurídico- administrativos son más intensos que otros.¹⁰⁹

Y al referirse a la regulación de fondo de los contratos administrativos y contratos privados en la administración pública, sostiene:

Hablar de un régimen jurídico específico de los contratos administrativos solo es posible, en sede doctrinal, sobre la base de una serie de generalizaciones sucesivas. Un régimen jurídico unitario para todos los contratos administrativos, no ha existido nunca, ni existe tampoco en la actualidad. No pudo existir incluso, dada la diversidad de tipos contractuales, y el hecho que toda materia contractual esté presidida en principio por la libertad de pactos [...]¹¹⁰

Una vez revisada la diferenciación de los contratos y la distinción doctrinaria y legal que el derecho comparado tiene sobre los contratos privados y el contrato administrativo en

¹⁰⁷ Agustín Gordillo. *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013, p. XI-40.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ Eduardo García De Enterría y Tomás- Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Óp. cit., pp. 700-701.

¹¹⁰ Eduardo García De Enterría y Tomás- Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Óp. cit., pp. 708 – 709.

sí, es importante distinguir en el Ecuador algunos contratos administrativos que no se encuentran incluidos en la LOSNCP y que por su régimen jurisdiccional se entienden administrativos, aunque tienen diferentes grados de intervención del derecho privado, estos contratos usualmente están regidos por legislación específica.

Efraín Pérez, enumera algunos contratos que no se encuentran comprendidos dentro de la LOSNCP y que son:

1. **Contrato de Concesión.** son contratos realizados por la administración pública pero que no han tenido una ley específica que determine su procedimiento y ejecución. La concesión tiene la naturaleza de contrato administrativo, según la legislación comparada, es uno de los contratos más administrativos que existe por las condiciones y cláusulas exorbitante que estipula. El marco normativo general se encuentra en los artículos 41, 42 y 43 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, que permite la delegación para la prestación de servicios públicos mediante esta modalidad. La concesión de un servicio público de acuerdo a Gastón Jéze es cuando la administración encomienda a un individuo de la sociedad que haga funcionar el servicio público, que lo explote.¹¹¹ La concesión está determinada en leyes específicas como es el caso de Ley de Minería y su Reglamento que permite y regula la concesión en el sector minero,¹¹² Ley Orgánica de Comunicación¹¹³ sobre las concesiones de frecuencias del espectro radioeléctrico para el funcionamiento de medios de comunicación, Ley Orgánica de Telecomunicaciones que permite la concesión de los servicios de telefonía fija, móviles avanzados, así como el uso y explotación del espectro radioeléctrico,¹¹⁴ Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica¹¹⁵ que determina la concesión de sector eléctrico; Ley de Aviación

¹¹¹ Gastón Jéze. Servicios Públicos y contratos administrativos. México: Editorial Jurídica Universitaria, 2007, p.534.

¹¹² Ley de Minería. Artículos 9 y 30. Registro Oficial Suplemento 517 de 29 de enero de 2009.

¹¹³ Ley Orgánica de Comunicación. Artículo 108. Registro Oficial Suplemento 22 de 25 junio de 2013.

¹¹⁴ Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Artículo 37. Registro Oficial Suplemento 439 de 18 de febrero de 2015.

¹¹⁵ Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica. Artículo 29. Registro Oficial Suplemento 418 de 16 de ene de 2015.

Civil¹¹⁶, concesiones de explotación del servicio de transporte aéreo público interno e internacional.

- 2. Contratos petroleros.** Por disposición de la LOSNCP se exceptuó de las derogatorias que generó la Ley, a los contratos de explotación y exploración de recursos hidrocarburíferos. Respecto a los contratos que son también característicos de la actividad petrolera como el transporte y comercialización de hidrocarburos y sus derivados, construcción de obras, almacenamiento, distribución y ventas, no existe disposición expresa. La regulación de estos contratos, se encuentra contemplada en la Ley de Hidrocarburos, la cual determina, en términos generales, que pueden ser realizados por el Estado directamente a través de Petroecuador o mediante contratos de asociación, participación, de prestación de servicios u mediante otras formas contractuales de delegación vigentes en la legislación ecuatoriana. La empresa pública Petroecuador mantiene su propia normativa y además tiene autonomía para contratar por el giro del negocio que mantiene.

- 3. Fideicomisos.** Los contratos de fideicomisos mercantiles y de encargos fiduciarios se encuentran regulados por la Codificación de la Resolución del Consejo Nacional de Valores y por las normas que sobre la materia tiene la Junta Bancaria (ahora Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera), de acuerdo a sus competencias. Existen en el sector público, contratos de negocios fiduciarios y procesos de titularización regulados por la Ley de Mercado de Valores¹¹⁷ con los siguientes objetos: administración de recursos destinados al pago de obligaciones derivados de contratos estatales ya celebrados por la entidad pública constituyente, administración o enajenación de activos de propiedad de la entidad pública constituyente de conformidad con las normas aplicables para el efecto y titularización de activos de propiedad de la entidad pública constituyente, a través de un fideicomiso mercantil o fondo colectivo, siempre y cuando se trate de activos

¹¹⁶ Ley de Aviación Civil. Artículo 48. Registro Oficial Suplemento 435 de 11 enero 2007.

¹¹⁷ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Artículo 13. Registro Oficial Suplemento No. 395 de 4 de agosto de 2008.

cuyo dominio pueda ser transferido, de conformidad con la Ley, por la entidad pública, originadora y que generen o sean susceptibles de generar flujos de caja.

4. Contratos financiados con préstamos y cooperación internacional, lo determina la LOSNCP cuando dice en el artículo 3 que:

En las contrataciones que se financien, previo convenio, con fondos provenientes de organismos multilaterales de crédito de los cuales el Ecuador sea miembro, o, en las contrataciones que se financien con fondos reembolsables o no reembolsables provenientes de financiamiento de gobierno a gobierno; u organismos internacionales de cooperación, se observará lo acordado en los respectivos convenios. Lo no previsto en dichos convenios se regirá por las disposiciones de esta Ley.¹¹⁸

En efecto, este tipo de contrataciones se rige por las normas establecidas por los organismos multilaterales de crédito, internacionales o normas extranjeras respectivas, supletoriamente por la LOSNCP o su Reglamento. Como ejemplo es el caso de la contratación realizadas como consecuencia de la suscripción de un contrato de préstamo entre el Estado Ecuatoriano con el Banco Interamericano de Desarrollo – BID.

5. Contrato de prestación de servicios profesionales. El Estado con la emisión de la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Contratación Pública y su Reglamento, incluyó la contratación de los servicios de consultoría dentro de la misma legislación. Conforme a los números 7 y 8 del artículo 6 de la LOSNCP,¹¹⁹ consultor es la persona natural o jurídica, nacional o extranjera, facultada a proveer servicios de consultoría de conformidad con la ley, mientras que consultoría es la prestación de servicios profesionales especializados no normalizados, que tengan por objeto identificar, auditar, planificar, elaborar o evaluar estudios y proyectos de desarrollo, en sus niveles de pre factibilidad, factibilidad, diseño u operación. Comprende, además, la supervisión, fiscalización, auditoría y evaluación de proyectos ex ante y ex post, el desarrollo de software o

¹¹⁸ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Artículos 3. Registro Oficial Suplemento No. 395 de 4 de agosto de 2008

¹¹⁹ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Artículos 6. Registro Oficial Suplemento No. 395 de 4 de agosto de 2008.

programas informáticos así como los servicios de asesoría y asistencia técnica, consultoría legal que no sea para patrocinio o temas legales puntuales, elaboración de estudios económicos, financieros, de organización, administración, auditoría e investigación. Por otro lado, la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP) dentro de sus modalidades contractuales determinó dos: bajo nombramiento y bajo contrato por servicio ocasional, sin inicialmente incluir a los servicios profesionales como estaba antes previsto en la Ley Orgánica del Servicio Civil y Carrera Administrativa y Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público (LOSCCA), lo cual aparentemente se hizo debido a que ya se incluyó este tipo de servicio bajo la modalidad contractual de consultoría de la LOSNCP, sin embargo sin tener base legal expresa, el Reglamento General de la LOSEP, lo vuelve a incluir como una modalidad contractual de servicio público, a los contratos civiles de servicios profesionales, cuando en el artículo 148, dice:

La autoridad nominadora podrá suscribir contratos civiles de servicios profesionales o contratos técnicos especializados sin relación de dependencia, siempre y cuando la UATH justifique que la labor a ser desarrollada no puede ser ejecutada por personal de su propia entidad u organización, fuere insuficiente el mismo o se requiera especialización en trabajos específicos a ser desarrollados, que existan recursos económicos disponibles en una partida para tales efectos, que no implique aumento en la masa salarial aprobada, y que cumpla con los perfiles establecidos para los puestos institucionales y genéricos correspondientes. Estos contratos se suscribirán para puestos comprendidos en todos los grupos ocupacionales y se pagarán mediante honorarios mensualizados. Las personas a contratarse bajo esta modalidad no deberán tener inhabilidades, prohibiciones e impedimentos establecidos para las y los servidores públicos. Tratándose de personas que hayan recibido indemnización o compensación económica por compra de renuncia, retiro voluntario, venta de renuncia u otras figuras similares, no constituirá impedimento para suscribir un contrato civil de servicios, conforme lo establece la LOSEP y este Reglamento General. Las personas extranjeras, podrán prestar sus servicios al Estado Ecuatoriano, mediante la suscripción de contratos civiles de servicios profesionales o de servicios técnicos especializados para lo cual se estará a lo que establece para estas personas en la LOSEP, en este Reglamento General y las normas legales aplicables.¹²⁰

¹²⁰ Reglamento a la Ley Orgánica del Servicio Público. Artículo 148. Decreto Ejecutivo No. 710. Registro Oficial No. 418 de 01 de abril de 2011.

Como se puede observar, este tipo de contrato civil de servicios profesionales se aplica en el sector público sin generar dependencia, los cuales son muy similares a una consultoría ya cualquier contrato de servicios civiles en derecho privado.

- 6. Contratos excepcionales de prestación de servicios determinados en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones.**¹²¹ De acuerdo a la Constitución de la República del Ecuador, el Estado tiene la reserva de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos como son la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua y los demás que determine la Ley.¹²² Además es responsable de la provisión de servicios públicos de agua potable y riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias y demás que determine la Ley.¹²³ Para la gestión tanto de sectores estratégicos y servicios públicos el Estado tiene la facultad de crear empresas públicas, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas, las cuales pueden delegar la participación a empresas mixtas con mayoría accionaria del Estado y de forma excepcional el Estado puede delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de actividades, en los casos que establezca la Ley.¹²⁴

En este sentido, el artículo 100 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, determina una excepcionalidad, así:

[...]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*

¹²¹ Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones. Registro Oficial Suplemento 351 de 29 de diciembre de 2010.

¹²² Constitución de la República del Ecuador. Artículo 313. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

¹²³ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 314. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

¹²⁴ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 315-316. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

*públicos de electricidad, vialidad, infraestructuras portuarias o aeroportuarias, ferroviarias y otros. Se garantizará lo dispuesto en la Constitución y se precautelaré que los precios y tarifas por los servicios sean equitativos y que su control y regulación sean establecidos por la institucionalidad estatal. La modalidad de delegación podrá ser la de concesión, asociación, alianza estratégica, u otras formas contractuales de acuerdo a la ley, observando, para la selección del delegatario, los procedimientos de concurso público que determine el reglamento, salvo cuando se trate de empresas de propiedad estatal de los países que formen parte de la comunidad internacional, en cuyo caso la delegación podrá hacerse de forma directa.*¹²⁵

Disposición que sin duda abre la oportunidad de realizar contratos de concesión, asociación y alianzas estratégicas.

- 7. Contratos de giro específico del negocio.** De acuerdo al número 8 del artículo 2 de la LOSNCP, son procedimientos de contratación de régimen especial de giro específico del negocio, los que celebren todas las empresas públicas, subsidiarias, o personas jurídicas de derecho privado cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta por ciento (50%) a entidades de derecho público, el cual es determinado por el Director/a General del Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP). Conforme al artículo 104 del RLOSNCP, el giro específico del negocio se rige por leyes específicas que regulan las actividades de las empresas o sus subsidiarias, por prácticas comerciales o modelos de negocios de aplicación internacional, contratos de orden societario y están excluidas de las normas de la LOSNCP y su Reglamento. Ahora bien la tarea que tiene el SERCOP es de definir que es actividad común de la entidad y que es actividad de giro específico del negocio: “la máxima autoridad de las empresas o su delegado deberá remitir al SERCOP la solicitud a fin de que se determine las contrataciones que son del giro específico del negocio y las de giro común, estableciendo el negocio y el pronunciamiento se publicará en el portal institucional del SERCOP”.¹²⁶ Los requisitos para dicha solicitud están identificados en la Resolución INCOP No. 051-2011 de 16 de septiembre de 2011 emitida por el Instituto Nacional de Contratación

¹²⁵ Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones. Artículo 100. Registro Oficial Suplemento 351 de 29 de diciembre de 2010.

¹²⁶ Reglamento a la Ley Orgánica del Servicio Público. Artículo 104. Decreto Ejecutivo No. 710. Registro Oficial No. 418 de 01 de abril de 2011.

Pública ahora Servicio Nacional de Contratación Pública. Existe la posibilidad de ampliar el giro determinado. El giro específico del negocio debe estar regulado por un Reglamento Interno de cada una de las entidades solicitantes. Las contrataciones por el giro específico de negocio se rigen a condiciones de mercado y no están específicamente determinadas en la legislación, responden a la realidad de las actividades de cada empresa pero están delimitada por el SERCOP.

8. Contratos societarios. En consideración a análisis anterior realizado sobre el giro específico de negocio, también se encuentran los contratos que puede hacer las empresas públicas, empresas privadas con mayoría accionaria pública y las empresas subsidiarias referidos en el artículo 104 del RLOSNC, respecto al orden societario. En relación a esto el SERCOP en la Resolución INCOP No. 051- 2011 de 16 de septiembre de 2011, determina que: “que son aquellos actos o contratos relacionados con la constitución de las sociedades, aumentos de capital, reformas de estatutos, fusiones, fusiones, escisiones, acuerdos empresariales, cuentas en participación y demás situaciones previstas por las leyes societarias que, por su ámbito, los cuales no se someten a la LOSNC”.¹²⁷ En consecuencia, dichos actos y contratos no deben formar parte del PAC ni publicarse en el portal www.compraspublicas.gob.ec.

9. Contrato de comodato. El Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público en su artículo 62, determina: que “Cuando dos personas jurídicas distintas pertenecientes al sector público, quisieren que una de ellas entregue a la otra, especies, bienes muebles o inmuebles, podrán celebrar un contrato de comodato o préstamo de uso, sujetándose a las normas especiales propias de esta clase de contrato”, y en el artículo 63 determina que:

También se podrá celebrar contrato de comodato entre entidades y organismos del sector público y personas jurídicas del sector privado que por delegación o concesión realizada de acuerdo con la ley, presten servicios públicos, siempre que dicho contrato se relacione con una mejor prestación de un servicio público, favorezca el interés social, se establezcan las correspondientes garantías y esté

¹²⁷ Resolución INCOP No. 051- 2011 de 16 de septiembre de 2011. Disposición General Segunda. Registro Oficial No. 612 de 6 de enero de 2012.

debidamente autorizado por la máxima autoridad de la entidad u organismo, de acuerdo con la ley y este reglamento. Los contratos de comodato con entidades privadas podrán renovarse siempre y cuando se cumplan las condiciones señaladas en el inciso anterior y no se afecte de manera alguna el servicio público. Al fin de cada año, la institución comodante evaluará el cumplimiento del contrato, y, de no encontrarlo satisfactorio, pedirá la restitución de la cosa prestada sin perjuicio de ejecutar las garantías otorgadas. La entidad comodante está obligada a incluir estipulaciones expresas que establezcan las condiciones determinadas en el inciso precedente.¹²⁸

Considerándose otro tipo de contrato excluido del ámbito de la LOSNCP y regido por la normativa de la Contraloría General del Estado y del Código Civil.

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización,¹²⁹ establece en el artículo 441 que para el comodato de bienes de los gobiernos autónomos descentralizados se observarán, en lo que fuere aplicable, las reglas relativas al Libro IV del Código Civil, con excepción de aquellas que prevén indemnizaciones a favor del comodatario por la mala condición o calidad del bien prestado.

Para ejemplificación de estos tipos de contratos, la Procuraduría General del Estado se ha pronunciado así:

Comodato: Suscripción de Contrato con Gobiernos Seccionales. Entidad Consultante: Registro Civil, Identificación y Cedulación.¹³⁰

Consultas: 1.- "¿La Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, puede suscribir contratos de Comodato, a cincuenta (50) años o más, no precarios, con los gobiernos seccionales para la entrega de terrenos destinados a construir las edificaciones de sus nuevas agencias?".

2.- "Si la respuesta a la consulta No. 1 es afirmativa: *¿Cuál sería el procedimiento pertinente para la suscripción de estos contratos de Comodato?*."

3.- Si la respuesta a la consulta No. 1 es negativa: *¿Cuál sería la figura jurídica más adecuada para que la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, obtenga los terrenos necesarios en los diferentes cantones del territorio ecuatoriano, para*

¹²⁸Reglamento General Sustitutivo de Bienes del Sector Público. Artículo 63. Acuerdo de la Contraloría General del Estado NO. 25. Publicado en el Registro Oficial No. 378 de 17 de octubre de 2006.

¹²⁹Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. Artículo 441. Registro Oficial Suplemento No. 303 de 19 de octubre de 2010.

¹³⁰Absolución de Consulta. Oficio de la Procuraduría General del Estado No.: 00645 de 25 de febrero de 2011.

la construcción de sus nuevas agencias en cumplimiento del Plan de Modernización del Registro Civil del Ecuador?

Pronunciamientos: 1.- Teniendo en cuenta que el artículo 441 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, contempla la figura del comodato de los bienes de los gobiernos autónomos descentralizados, para lo cual deben observar "en lo que fuere aplicable", las reglas relativas al comodato establecidas en el Libro IV del Código Civil, se concluye que en atención al tiempo de vida útil previsto en las normas de la Contraloría General del Estado y del Ministerio de Finanzas que he citado en los dos párrafos precedentes, la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, puede suscribir contratos de comodato no precario a 50 años o más con los gobiernos autónomos seccionales para la entrega de terrenos que se destinen a la construcción de edificaciones de sus agencias, si se tiene en cuenta además que, conforme al artículo 461 del mencionado Código Orgánico, para la suscripción de dichos contratos, la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación debe dar garantía de cumplimiento del bien recibido a satisfacción de los gobiernos autónomos descentralizados contratantes.

Los contratos deberán prever expresamente el plazo de duración, la imposibilidad de que el comodante pida la restitución del inmueble antes del vencimiento de dicho plazo y el uso al que estará destinado.

Se deberá tener en cuenta, que conforme al artículo 460 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización antes referido, durante el tiempo que se encuentren en ejecución los contratos de comodato que motivan su consulta, los bienes podrán ser revertidos cuando el bien inmueble entregado en comodato no hubiere sido empleado en el uso convenido; o, si en el plazo de tres años no se hubiere dado el uso correspondiente. En consecuencia, la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación tomará en cuenta este plazo para la programación de las obras de construcción de sus agencias.

Respecto a la responsabilidad en el proceso de contratación de los comodatos que motiva su consulta, se deberá tener presente el artículo 54 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, el cual determina que las autoridades, dignatarios, funcionarios y servidores que tengan a su cargo la dirección de los estudios y procesos previos a la celebración de los contratos públicos, tales como de "comodato y permuta, serán responsables por su legal y correcta celebración"; y, aquellos a quienes correspondan las funciones de supervisión, control, calificación o dirección de la ejecución de los contratos, serán responsables de tomar todas las medidas necesarias para que sean ejecutadas con estricto cumplimiento de las estipulaciones contractuales, los programas, costos y plazos previstos; y, que la Contraloría General del Estado establecerá las responsabilidades a que hubiere lugar en esta materia.

En este sentido, las autoridades y funcionarios de la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación responsables del procesos de contratación, deberán incorporar en los contratos una cláusula que estipule que los bienes inmuebles que reciben en comodato se encuentran libres de todo gravamen, acciones posesorias, reivindicatorias o de

prescripción adquisitiva de dominio o cualquier otra carga que impida su utilización; y además, que no podrán ser susceptibles de venta o gravamen alguno que limite el uso de los bienes que han sido comodatados, sino cuando concluyan dichos comodatos.

Sin perjuicio de lo anterior, la entidad consultante, para adoptar la decisión de invertir en un inmueble entregado en comodato, tomará en cuenta los riesgos frente a terceros, que no se encuentren protegidos por el contrato.

La conveniencia y decisión de invertir en un inmueble recibido en comodato es de responsabilidad de la entidad consultante.

2.- El procedimiento para suscribir los contratos de comodato que motiva su consulta, es el previsto en los artículos 441, 460 y 461 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

3.- Toda vez que en las consultas anteriores manifesté que la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación puede suscribir contratos de comodato con los gobiernos autónomos descentralizados, conforme a lo dispuesto en los artículos 441, 460 y 461 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, resulta innecesario atender la tercera consulta planteada en su oficio.

De todo lo analizado cabe mencionar que es muy frecuente que el Estado recurra a contratos civiles para atender sus actividades, los cuales no están expresamente determinados en un solo cuerpo legal sino que están dispersos en diferente normativa de derecho público.

2.2 La permuta como contrato administrativo

Como se revisó en el primer punto del presente capítulo, existen contratos que por disposición legal se consideran contratos administrativos, en nuestra legislación, específicamente los que se encuentran en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública –LOSNCPP, porque así expresamente lo dice el artículo 60 *“Los contratos a los que se refiere esta Ley celebrados por las Entidades Contratantes, son contratos administrativos.”* Sin embargo a esta disposición, Efraín Pérez determina que la permuta es una excepción:

De todas maneras, la expresión “esta Ley” que utiliza el artículo 60 de la LOSNCPP, evidentemente aplica exclusivamente a los contratos descritos, con excepción del contrato

de permuta que de manera explícita se remite a las disposiciones del “Reglamento General de Bienes del Sector Público y el Código Civil sin que esto necesariamente los convierta en contratos civiles y menos aún que los remita a la jurisdicción civil.¹³¹

Conjetura que para interés del presente trabajo resulta importante analizar. El jurista Efraín Pérez dice que existe una excepción a la permuta como contrato administrativo al momento de remitir a la permuta a otra normativa para su regulación situación que no lo convierte en un contrato civil ni de jurisdicción civil, razonamiento que denota que este contrato en nuestra legislación no tiene una determinación clara de su naturaleza y jurisdicción en la legislación y que aparentemente resulta administrativa.

Para el derecho comparado, legislación europea y argentina analizada en este trabajo, la permuta así como la compra- venta de bienes realizada por la administración, se los identifica como contratos civiles de la administración y no como contratos puramente administrativos.

Esto lo ratifica Gordillo (tratadista argentino) cuando clasifica en tres grandes conjuntos a los contratos de la administración y determina a la permuta en la tercera clase de contratos que es la más cercana al derecho privado y la explica de la siguiente manera:

Más cerca del derecho privado encontramos al contrato de compraventa de inmuebles, al de locación y luego a los demás contratos: cesión, permuta, donación, préstamo, etc. que bueno, es reiterarlo, no se mantienen siempre sus típicos caracteres civilistas, pero tampoco de una licencia para el abuso y la arbitrariedad administrativas.¹³²

Sin duda, la permuta como se pudo verificar en el primer capítulo de este trabajo tiene una naturaleza civilista, es muy semejante a la compraventa y se ejecuta por la administración de acuerdo a las normas del Derecho Común, del Código Civil, aunque su jurisdicción es la contenciosa – administrativa porque así lo determina el artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada.

Si se considera el criterio de la jurisdicción para determinar la naturaleza de los contratos administrativos, se puede concluir que el contrato de permuta es un contrato

¹³¹ Efraín Pérez. *Derecho Administrativo*. Óp. cit., p. 796.

¹³² Agustín Gordillo. *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*. Óp. cit., p. XI-43.

administrativo en cuanto para su impugnación o ejecución se utiliza la jurisdicción contencioso administrativo, independientemente de que no exista norma legal expresa que determine que el contrato de permuta es de naturaleza administrativa.¹³³

Este contrato como los muchos mencionados en el punto anterior de este trabajo, pasaría a formar parte de los contratos regidos por un procedimiento específico o una normativa diferente a la LOSNCP, que precisamente es el Código Civil. Lo que evidencia, que la administración ejecuta muchos contratos de naturaleza civil pero que por su jurisdicción contenciosa – administrativa, pasan a ser administrativos, la permuta es un claro ejemplo de aquello.

2.3 Análisis de la permuta en la legislación nacional

El contrato de permuta por disposición expresa de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se rige por las normas previstas en el Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público y el Código Civil: “*DISPOSICIÓN TERCERA.- Los contratos de permuta no se regirán por esta Ley sino por las normas previstas en el Reglamento General de Bienes del Sector Público y el Código Civil.*”, lo que da lugar a una remisión normativa.

[...]Otra de las remisiones expresas al Código Civil contempladas en la LOSNCP es la que encontramos en su Disposición General Tercera, relacionada con los contratos de permuta, para cuya aplicación debe observarse lo previsto en el mencionado Código, así como disposiciones del Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de bienes del Sector Público.¹³⁴

¹³³ Esto, sin duda, elimina la posibilidad de utilizar otros criterios como son el subjetivista, al ser las entidades del sector público una parte en el contrato, el criterio finalista, al ser utilizada la permuta para un fin público, y de interés público, sin embargo el énfasis se realiza debido a que se da el caso en la legislación ecuatoriana que no existe distinción de jurisdicción para los contratos administrativos.

¹³⁴ Antonio José Pérez, Daniel Pérez Suarez y José Luis Aguilar. *Manual de Contratación Pública*, Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011, pp. 248-249.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública a su vez determina en el artículo 58, cuando se refiere a la adquisición de bienes inmuebles, que:

[...]Para la *transferencia de dominio de bienes inmuebles entre entidades del sector público*, siempre y cuando llegaren a un acuerdo sobre aquella, no se requerirá de declaratoria de utilidad pública o interés social ni, en el caso de donación, de insinuación judicial. *Se la podrá realizar por compraventa, permuta, donación, compensación de cuentas, traslado de partidas presupuestarias o de activos.* En caso de que no haya acuerdo la entidad pública que expropia procederá conforme esta Ley. Para su trámite se estará a lo dispuesto en el Reglamento de esta Ley.¹³⁵

Mientras que el Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en el artículo 61 dice: “Para la transferencia de dominio de bienes inmuebles entre entidades del sector público que lleguen a un acuerdo para el efecto, se requerirá resolución motivada de las máximas autoridades. Se aplicará lo referente al régimen de traspaso de activos.” Disposición que habilita dos afirmaciones: la primera, como lo vimos, que el contrato de permuta no está regido por la LOSNCP y la segunda, que la ley se refiere al contrato de permuta como el contrato que permite la transferencia de dominio de bienes inmuebles entre entidades del sector público.

Ahora bien, Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público emitido por la Contraloría General del Estado, respecto a la procedencia del contrato de permuta, establece que “en la procedencia de los contratos de permuta se estará a lo dispuesto a la codificación de la ley de contratación pública, en la codificación del Código Civil así como en las resoluciones de las entidades u organismos competentes de que se trate”.¹³⁶ Adicionalmente, en el artículo 52 determina que “Una vez realizados los avalúos de acuerdo con el artículo 18¹³⁷ y emitidos los dictámenes previos

¹³⁵ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Artículos 58. Registro Oficial Suplemento No. 395 de 4 de agosto de 2008.

¹³⁶ Reglamento General Sustitutivo de Bienes del Sector Público. Acuerdo de la Contraloría General del Estado No. 25. Artículo 51. Registro Oficial No. 378 de 17 de octubre de 2006.

¹³⁷ Artículo 18 del Reglamento General Sustitutivo de Bienes del Sector Público. Acuerdo de la Contraloría General del Estado determina que “Los avalúos.- El avalúo de los bienes muebles se hará por servidores designados por la máxima autoridad, quienes considerarán el valor comercial actual, el precio de adquisición, el estado actual, el valor de bienes similares en el mercado y, en general, todos los elementos que ilustren su criterio en cada caso. El avalúo de los bienes inmuebles lo realizarán las municipalidades y distritos metropolitanos respectivos, considerando los precios comerciales actualizados de la zona. En las municipalidades que no cuenten con la Dirección de Avalúos y Catastros, el avalúo lo efectuará la Dirección

que se requieran de acuerdo con la ley, se procederá a la celebración del contrato por escrito, y en los casos que la ley lo establezca, por escritura pública. El contrato así celebrado se inscribirá en los registros respectivos, cuando fuere del caso”.

Constituyéndose en el Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público, una vez más, una remisión normativa, sin establecer un procedimiento concreto para la aplicación del contrato de permuta en el sector público y abriendo la posibilidad de que también sea regulada por los organismos competentes de que trate.¹³⁸

Por otro lado, la permuta está definida a su vez en el Código de Comercio, pero en cuanto se refiere específicamente a permuta como un acto de comercio de bienes muebles, de la siguiente manera:

Son actos de comercio, ya de parte de todos los contratantes, ya de parte de alguno de ellos solamente: 1.- La compra o permuta de cosas muebles, hecha con ánimo de revenderlas o permutarlas en la misma forma o en otra distinta; y la reventa o permuta de estas mismas cosas. Pertenecen también a la jurisdicción mercantil las acciones contra los agricultores y criadores, por la venta de los frutos de sus cosechas y ganados, más no las intentadas contra los comerciantes para el pago de lo que hubieren comprado para su uso y consumo particular, o para el de sus familias [...]¹³⁹

La permuta mercantil se rige por las mismas reglas que gobiernan la compraventa, en cuanto no se opongan a la naturaleza de aquel contrato.¹⁴⁰

Con esta disposición legal, se configura la tercera remisión del procedimiento de permuta, a las normas de la compraventa del Derecho Común.

Nacional de Avalúos y Catastros, para lo cual se tomará en cuenta el valor del terreno, de las edificaciones y de todos los bienes que vayan a incluirse en la enajenación con sus valores comerciales.”

¹³⁸ Un ejemplo se puede verificar en el Decreto 798 publicado en el Registro Oficial No. 485 de 6 de julio de 2011, que creó el Servicio de Gestión Inmobiliaria del Sector Público, INMOBILIAR, establece como una de las atribuciones la de INMOBILIAR, 11. Emitir las políticas, lineamientos y procedimientos generales para la asignación, compra, venta, comodato, permuta, donación y arrendamiento de inmuebles de las entidades detalladas en el Artículo 3 del Decreto, y emitir el dictamen técnico previo al acto correspondiente. El artículo 3 determina que el ámbito de INMOBILIAR son los inmuebles de la Administración Pública Central e Institucional y las empresas que son creadas por la Función Ejecutivas y en las que tiene mayoría accionaria.

¹³⁹ Código de Comercio. Artículo 3. Registro Oficial Suplemento No. 1202 de 20 de agosto de 1960.

¹⁴⁰ Código de Comercio. Artículo 203. Registro Oficial Suplemento No. 1202 de 20 de agosto de 1960.

Finalmente, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en cuanto a la permuta distingue las siguientes disposiciones:

Los bienes del dominio privado deberán administrarse con criterio de eficiencia y rentabilidad para obtener el máximo rendimiento financiero compatible con el carácter público de los gobiernos autónomos descentralizados y con sus fines.¹⁴¹

Los consejos, concejos o juntas, podrán acordar y autorizar la venta, donación, hipoteca y permuta de los bienes inmuebles públicos de uso privado o la venta, donación, trueque y prenda de los bienes muebles, con el voto de los dos tercios de los integrantes. Para la autorización no se podrá contemplar un valor inferior al de la propiedad, de acuerdo con el registro o catastro municipal actualizado. La donación únicamente procederá entre instituciones del sector público.¹⁴²

Para la permuta de bienes de los gobiernos autónomos descentralizados se observarán las mismas solemnidades que para la venta de bienes inmuebles, en lo que fueren aplicables, a excepción del requisito de subasta.¹⁴³

Casos en los que procede la permuta. Será permitida la permuta de bienes del dominio privado: a) Cuando con una operación de esta clase el patrimonio del gobierno autónomo descentralizado aumente de valor o pueda ser aplicado con mejor provecho en favor de los intereses institucionales; y, b) Cuando deba tomarse todo o parte del inmueble ajeno para aumentar las áreas de predios destinados a servicios públicos, para la construcción, ensanche o prolongación de plazas, avenidas, calles, entre otros; o, para proyectos de interés social y contemplado en el plan de desarrollo, de acuerdo al ámbito de competencia de cada gobierno autónomo descentralizado.¹⁴⁴

La forma de pago ordinaria será en dinero. De existir acuerdo entre las partes podrá realizarse el pago mediante la permuta con bienes o mediante títulos de crédito negociables, con vencimientos semestrales con un plazo no mayor a veinticinco años.

Del valor a pagar, se descontarán los impuestos, tasas y contribuciones que el titular esté adeudando por el inmueble expropiado.

En los casos de expropiación que afecten a urbanizaciones de interés social o asentamientos populares se podrán crear programas de reasentamiento en condiciones que compensen los posibles perjuicios, en acuerdo con las personas afectadas.¹⁴⁵

¹⁴¹ Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. Artículo 435. Registro Oficial Suplemento No. 303 de 19 de octubre de 2010.

¹⁴² Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. Artículo 436. Registro Oficial Suplemento No. 303 de 19 de octubre de 2010.

¹⁴³ Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. Artículo 438. Registro Oficial Suplemento No. 303 de 19 de octubre de 2010.

¹⁴⁴ Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. Artículo 439. Registro Oficial Suplemento No. 303 de 19 de octubre de 2010.

¹⁴⁵ Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. Artículo 452. Registro Oficial Suplemento No. 303 de 19 de octubre de 2010.

En definitiva, pesar de que existen algunas disposiciones respecto a la permuta en la legislación ecuatoriana, la permuta en su esencia se rige por el Derecho Común, es decir, el Código Civil, el cual determina muy concisamente al respecto que:

Permuta o cambio es el contrato en que las partes se obligan mutuamente a dar una especie o cuerpo cierto por otro.¹⁴⁶

No pueden cambiarse las cosas que no pueden venderse. Ni son hábiles para el contrato de permuta las personas que no son hábiles para el contrato de venta.¹⁴⁷

Las disposiciones relativas a la compraventa se aplicarán a la permuta en todo lo que no se opongan a la naturaleza de este contrato. Cada permutante será considerado como vendedor de la cosa que da, y el justo precio de ella a la fecha del contrato se mirará como el precio que paga por lo que recibe a cambio.¹⁴⁸

El Código Civil como se puede observar, no determina un procedimiento específico para proceder con el contrato de permuta, esté por cuarta y definitiva vez remite al contrato de permuta al procedimiento establecido para el contrato de compraventa. Específicamente para el sector público se aplica la compraventa en todo lo que no se oponga a la naturaleza misma del contrato de permuta, es decir, para la permuta pública, no existe en la legislación ecuatoriana un procedimiento específico para su formación y ejecución, sino se debe recurrir al procedimiento de los contratos de compraventa privados y considerar las escasas normas que se encuentran dispersas en diferente normativa de Derecho Público.

2.4 La permuta en el sector público y aplicación

Como se pudo identificar en el punto anterior, existen algunas disposiciones dispersas sobre la regulación de la permuta y su aplicación en el sector público. Es así que de acuerdo a la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Contratación Pública y su Reglamento, la permuta puede ser aplicada para la transferencia de dominio de bienes inmuebles entre instituciones del sector público, según el Código de Comercio la permuta puede ser aplicada para bienes muebles cuando esta se entiende como un acto de comercio y se rige por las

¹⁴⁶ Código Civil. Artículo 1837. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

¹⁴⁷ Código Civil. Artículo 1839. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

¹⁴⁸ Código Civil. Artículo 1840. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

mismas reglas que la compraventa, mientras que el Código Civil determina que la permuta se realiza por una especie o cuerpo cierto, al igual que el Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público.

En la práctica, el contrato de permuta se ha aplicado en el sector público en una serie de bienes como vamos a ver este punto, con casos específicos. Para lo cual partiremos de algunas consultas realizadas a la Procuraduría General del Estado, respecto a la aplicación de la permuta:

1. Avalúo de la DINAC. Consultante: Ministerio de Energía y Minas.¹⁴⁹

“Consulta: Si procedería o no la permuta con la Compañía CEVALLOS CALISTO LTDA., CECAL de los bienes, maquinaria y equipos que se encuentran en custodia de dicha compañía, por un bien inmueble de igual o mayor valor a los bienes mencionados a favor del Ministerio de Energía y Minas; cuál sería el procedimiento a seguir; y, cuál sería la entidad a la que le correspondería evaluar los bienes a permutarse.

Pronunciamiento: En el evento que la *permuta incluyere bienes inmuebles*, el avalúo de tales bienes corresponderá a la Dirección Nacional de Avalúos y Catastros, en los términos previstos en el artículo 36 de la antedicha Ley de Contratación Pública. En tratándose de bienes muebles, *el avalúo deberá regirse por lo previsto en el artículo 9 del Reglamento General de Bienes del Sector Público, publicado en el Registro Oficial No. 378 de 17 de octubre del 2006.*

En suma, la permuta es una institución que se encuentra prevista en nuestro ordenamiento jurídico, y que de acuerdo con la letra d) del artículo 6 de la Ley de Contratación Pública, *se encuentra exceptuado de los procedimientos precontractuales, aun cuando el valor de uno de los bienes exceda hasta en un veinte por ciento del asignado al otro y el correspondiente propietario se obligue al pago de la diferencia.*

Pronunciamiento que determina que la permuta puede ser utilizada para bienes muebles como bienes inmuebles y que se encuentra prevista en nuestro ordenamiento jurídico. Sin duda, esta consulta fue resuelta antes de la emisión de la LOSCNP debido que con dicha emisión se derogó la Ley de Contratación Pública, la cual establecía excepción del procedimiento precontractual para la permuta en caso de que el valor de un bien exceda en valor por más del 20% del asignado al otro y el propietario se obligue al pago de la diferencia. Actualmente, no existen disposiciones al respecto sobre la permuta.

¹⁴⁹ Absolución de Consulta. Oficio de la Procuraduría General del Estado No.: 31400 de 12 Febrero de 2007.

2. Equipos y accesorios. Consultante: Dirección General de la Marina Mercante y del Litoral.¹⁵⁰

Consulta: Solicita la reconsideración del oficio No. 0852 de 29 de mayo del 2008, sobre la *procedencia de suscribir un contrato o convenio de permuta mediante el cual y se recibe a cambio las 2326 especies con suficientes características de seguridad, para otorgar matrículas a los marinos mercantes por parte de la DIGMER.*

Pronunciamiento: Considero *procedente* que la Dirección General de la Marina Mercante celebre un contrato de permuta mediante el cual entregue equipos y accesorios que no se utilicen, y recibir a cambio las especies correspondientes que indica en la consulta para otorgar matrículas de los marinos mercantes de dicha institución.

Para el efecto, la DIGMER deberá seguir los parámetros establecidos para este tipo de contratos, tanto en la Ley de Contratación Pública, así como en el Reglamento de Bienes del Sector Público.

Este pronunciamiento nos ayuda a comprender que se puede celebrar un contrato de permuta entre bienes muebles y especies valoradas.

3. Permuta Financiera. Entidad Consultante: CORPECUADOR.¹⁵¹

Consultas: 1. ¿Es procedente, al amparo de las normas que regulan a CORPECUADOR, que esta institución celebre un contrato de permuta financiera que contemple el canje de acreencias depositarias que la corporación mantiene en FILANBANCO S. A. en liquidación, por bonos del Estado Ecuatoriano, conocidos con la denominación 98-17 No. 12, por un monto de dos millones de dólares?

2. De ser positiva su opinión respecto de la consulta anterior, ¿el contrato de permuta a suscribirse debe contar con el respectivo informe de la Procuraduría General del Estado y la Contraloría General del Estado?

Pronunciamentos: 1. Nuestra legislación reconoce la factibilidad de que se realicen permutas financieras, enfocado más al instrumento que se cambia que a la entidad que realiza la permuta. En otras palabras, ha de entenderse que la permuta financiera dice relación al cambio entre un instrumento financiero por otro, con prescindencia de que quien realice la permuta sea una institución financiera. En consecuencia, considero que no existe óbice para que CORPECUADOR, observando su normativa interna y obteniendo las debidas autorizaciones, realice la operación de permuta financiera a que se refiere su consulta.

2. No se advierte que en el contrato de permuta financiera exista un contratante y un contratista, pues cada parte, siguiendo la regla contenida en el artículo 1840 del Código Civil, se mira como

¹⁵⁰ Absolución de Consulta. Oficio de la Procuraduría General del Estado No.: 01704 de 08 de julio de 2008.

¹⁵¹ Absolución de Consulta. Oficio de la Procuraduría General del Estado No.: 21696 de 26 de diciembre de 2005.

vendedor de la cosa que entrega. Y al adquirir CORPECUADOR la calidad de vendedor de lo que entregaría (acreencias en FILANBANCO S. A. en liquidación), no existe adquisición de bienes, ejecución de bienes o prestación de servicios; en consecuencia, dicho contrato no se inscribiría entre aquellos a los que se refiere la letra g) del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, por lo que no requiere del informe previo de este organismo de control.

Esta consulta evidencia que las entidades públicas pueden permutar instrumentos financieros como son las acreencias depositarias con bonos del Estado Ecuatoriano y que son contratos de la LOSNCP.

4. Transferencia de dominio de bienes inmuebles: entidades del Sector Público. Entidad consultante: Autoridad Portuaria de Puerto Bolívar.¹⁵²

Consulta: ¿Es procedente realizar la compraventa de los terrenos de propiedad de la Dirección de Industrias del Ejército, con la finalidad de que se construya una Zona de Actividad Logística (ZAL) perteneciente a Autoridad Portuaria de Puerto Bolívar, llegando a un acuerdo económico, teniendo como base el precio fijado para el bien por parte de la Dirección de Avalúos y Catastros de la Municipalidad del Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Máchala?

Pronunciamiento: En el artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la transferencia de dominio de bienes inmuebles entre entidades del sector público puede realizarse por compraventa, permuta, donación, compensación de cuentas, traslado de partidas presupuestarias o de activos. Para la determinación del precio de la transferencia, éste se fijará, tanto para bienes ubicados en el sector urbano como en el sector rural, en función del avalúo realizado por la Dirección de Avalúos y Catastros de la Municipalidad en que se encuentren dichos bienes, que considerará los precios comerciales actualizados de la zona, sin que el precio convenido pueda exceder del diez por ciento sobre dicho avalúo.

Este pronunciamiento se limita al análisis de la inteligencia y aplicación de normas legales, por lo que la Procuraduría General del Estado no se pronuncia sobre un caso particular. La conveniencia y condiciones de transferencia de dominio de un activo de una entidad del Estado a favor de otra, son de exclusiva responsabilidad de las instituciones intervinientes.

La Procuraduría General del Estado en respuesta a esta consulta, afirma que la permuta es un contrato por el cual las entidades del sector público pueden hacer el traspaso de dominio de bienes inmuebles.

5. Contrato de venta o permuta de bienes: convenio con instituciones públicas. Consultante: Consorcio de Consejos Provinciales del Ecuador.¹⁵³

¹⁵² Absolución de Consulta. Oficio de la Procuraduría General del Estado Nro.: 09123, de 01 de agosto de 2012.

Consulta: Respecto a la procedencia y legalidad para que los consejos provinciales celebren contratos o convenios con instituciones públicas y privadas para vender o permutar los bienes de su propiedad, entre otros, material pétreo que mantienen en sus bodegas bajo su dominio.

Pronunciamiento: Es procedente y legal que los consejos provinciales celebren contratos o convenios con instituciones públicas o privadas con respecto a los bienes de su propiedad entre otros, material pétreo si los consejos mantienen en sus bodegas bajo su dominio. Contratos que no serían de permuta.

La Procuraduría General del Estado determina que los contratos en que se celebren entre instituciones públicas o privadas de propiedad de material pétreo no son contratos de permuta.

6. Permuta: bonos del Estado. Entidad consultante: Banco Central Del Ecuador.¹⁵⁴

Consulta: ¿Es posible que el Banco Central del Ecuador, permute valores (Bonos del Estado) a cambio de una colección arqueológica, con una empresa cuyo capital suscrito pertenece en su totalidad a una entidad de derecho público?

Pronunciamiento: No procede que el Banco Central del Ecuador permute bonos del Estado a cambio de una colección arqueológica.

En este caso la Procuraduría General del Estado establece que no es posible cambiar instrumentos financieros por bienes muebles patrimoniales, como es una colección arqueológica de una entidad de derecho público.

7. Aguas, bienes nacionales de uso público.¹⁵⁵

El artículo 6 de la Ley de Aguas en vigencia, a la fecha del aludido convenio, prescribía que los particulares pueden adquirir el derecho de "goce exclusivo" en el agua de los ríos y todas las que corren por cauces naturales, desde que son "bienes nacionales de uso público"; luego, no hay derecho de dominio de los usuarios de esas aguas y mal pueden ser permutadas por la simple voluntad de personas naturales o jurídicas particulares, sin sometimiento a las reglas de la mencionada ley especial.

Finalmente, este pronunciamiento dice que no se pueden permutar las aguas de los ríos y todas las que corren por los cauces naturales porque son bienes nacionales de uso público.

¹⁵³ Absolución de Consulta. Oficio de la Procuraduría General del Estado No.: 140 de 17 de marzo de 2003.

¹⁵⁴ Absolución de Consulta. Oficio de la Procuraduría General del Estado No.: 01224 de 21 de mayo de 2003.

¹⁵⁵ Absolución de Consulta. Oficio de la Procuraduría General del Estado NO.: 14651 de 4 de febrero de 2005.

De los pronunciamientos anteriores realizados por la Procuraduría General del Estado, se puede deducir que para el sector público, no es claro para qué casos se aplica la permuta, más aún cuando la normativa que regula a la permuta en el sector público es muy general y demasiado ambigua, lo cual hace que las entidades realicen consultas para tener o no la definición de su aplicabilidad y que ésta se reduzca a un pronunciamiento de un organismo de control y no sea exactamente una manifestación de voluntad de cada entidad sino de éste organismo.

Ahora bien, la transferencia de dominio de bienes inmuebles entre entidades del sector público, es el caso más común de utilización de permuta en el sector público, lo cual tal vez puede resultar debido a que está expresamente determinado en la LOSNCP y en el RLOSNCP. Se pudo identificar un caso práctico realizado entre el Servicio de Gestión Inmobiliaria del Sector Público, INMOBILIAR, la Superintendencia de Bancos y Seguros y la Superintendencia de Compañías, por un terreno y construcción, el cual por tratarse de bienes inmuebles se otorgó mediante escritura pública ante el Notario Segundo del cantón Guayaquil el 27 de agosto de 2012, cuyo objeto fue que:

INMOBILIAR da en permuta a la Superintendencia de Compañías y a la Superintendencia de Bancos y Seguros, los solares TRECE, CATORCE, QUINCE, DIECISÉIS, DIECISIETE, DIECIOCHO, TREINTA Y DOS, TREINTA Y TRES, y manzana SETENTA Y UNO de la primera etapa de la Urbanización Kennedy Norte, Parroquia Tarqui, de la ciudad de Guayaquil, provincia de Guayas... [...]. La Superintendencia de Compañías entrega en PERMUTA a la Servicio de Gestión Inmobiliaria del Sector Público, INMOBILIAR, el inmueble compuesto de un solar y una construcción de cinco plantas, incluyendo una planta baja, mezzanine, dos plantas altas y una terraza edificada en el solar signado con el número CUATRO de la manzana L – 21 ubicado en las calles Carrera Primera Este (antes calle Juan Montalvo), entre Veinticinco de Junio (antes Nueve de Octubre) y avenida Primera Sur (antes Rocafuerte), de la ciudad de Machala, provincia de El Oro... [...]. A su vez la Superintendencia de Bancos por la permuta de inmuebles de materia de este contrato entrega a INMOBILIAR el valor de SETECIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y TRES DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON SEIS CENTAVOS (USD. 759.933,06).

En este caso se desprende que INMOBILIAR era propietario de un terreno que fue de interés de adquisición de la Superintendencia de Compañías y la Superintendencia de Bancos y Seguros en forma conjunta a fin de construir la matriz y sucursal mayor de ambos

organismos y que su pago era en forma equivalente e igual, mientras la Superintendencia de Bancos y Seguros pagó en dinero, la Superintendencia de Compañías lo hizo con un solar.

De acuerdo a lo establecido en el Decreto Ejecutivo No. 798 de 22 de junio de 2011, publicado en el Registro Oficial No. 485 de 6 de julio de 2011, el Servicio de Gestión Inmobiliaria del Sector Público, INMOBILIAR tiene, entre otras, las atribución de “Emitir las políticas, lineamientos y procedimientos generales para la asignación, compra, venta, comodato, permuta, donación y arrendamiento de inmuebles de las entidades detalladas en el artículo 3 de este decreto, y emitir el dictamen técnico previo al acto correspondiente” para las instituciones de la Administración Pública Central e Institucional y las empresas públicas creadas por la Función Ejecutiva y las empresas en las que el Estado posea participación accionaría mayoritaria.

En este sentido, estos son algunos de los dictámenes favorables para la realización de contratos de permuta:

1. Con Oficio No. INMOBILIAR–SGI-2013-0082-O de 29 de enero de 2013 emitió Dictamen Favorable a fin de que la Ministerio de Educación permute el inmueble ubicado en la parroquia Cebadas del cantón Guamote, provincia de Chimborazo, a favor de la Diócesis de Riobamba, la que a cambio transferirá el inmueble de su propiedad ubicado en la misma parroquia para la construcción de un bloque de aulas del Centro de Educación Básica “Patria” y la casa parroquial.

En el dictamen se determina que el Ministerio de Educación, se sujetará a los procedimientos establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en su reglamento de aplicación, las resoluciones emitidas por el Instituto Nacional de Contratación Pública, el Código Civil, el Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público.

Finalmente se determina que es responsabilidad del Ministerio de Educación la definición de los términos del contrato.

2. Con Oficio No. INMOBILIAR –SGI-2013-0865-O de 25 de julio de 2013 emitió Dictamen Favorable a fin de que la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación suscriba un contrato de permuta del bien inmueble ubicado en el lote de terreno número 5 de la manzana 046, de la calle 10 de agosto del cantón Sushifindi, provincia de Sucumbíos con el Gobierno Municipal de Shushufindi con el fin de implementar en el predio permutado la construcción de la Agencia del Registro Civil de Shushufundi.

Se determina en el Dictamen las mismas condiciones anteriormente establecidas respecto al procedimiento legal y términos del contrato.

3. Con Oficio No. INMOBILIAR–SGI-2013-1234-O de 09 de septiembre de 2013 emitió Dictamen Favorable, por considerarse beneficioso para satisfacer las necesidades de las instituciones públicas, a fin de que la Corporación Nacional de Telecomunicaciones permute el bien inmueble de su propiedad consistente en el lote de terreno signado con el No. 2 de la Manzana No. 7 , sector No. 1, Zona 04 de la parroquia de San Carlos, y reciba el inmueble de propiedad de la Junta Parroquial de San Carlos , ubicado en la misma parroquia, cantón Joya de los Sachas, provincia de Orellana que consiste en el lote No. 2, manzana 05, sector No. 1, con el objeto de construir e instalar las infraestructura de telecomunicaciones que servirá para ampliar el servicio telefónico e internet a esa parroquia y más sectores aledaños.

Se determina en este Dictamen las mismas condiciones finales anteriormente establecidas respecto al procedimiento legal y términos del contrato.

Finalmente, existen contratos de canje publicitario (permuta publicitaria) realizados por medios de comunicación públicos de acuerdo a los siguientes términos:

El Servicio Nacional de Contratación Pública, en una solicitud de determinación de giro del negoció realizada por Televisión y Radio de Ecuador E.P. RTVECUADOR y por EDITORES NACIONALES GRÁFICOS EDITOGRAN S.A., se pronunció respecto al canje publicitario en este sentido:

El canje publicitario, no se encontraría dentro de las actividades sujetas al ámbito de aplicación de la LOSNCP. Por otra parte y con respecto al canje publicitario, la Disposición General Tercera de la LOSNCP establece que los contratos de permuta no se regirán por esta Ley, sino por las normas previstas en el Reglamento General de Bienes del Sector Público y Código Civil. Siendo la permuta un contrato en que las partes se obligan mutuamente a dar un especie o cuerpo cierto por otro y que el cambio se reputa perfecto por el mero consentimiento, siendo factible cambiarse las cosas que pueden venderse, considerándose como vendedor de la cosa que da a contraparte, y conociendo que el justo precio de dicha cosa o cosas a la fecha del contrato se mirará como el precio justo que paga por lo que recibe en cambio, si un eventual canje publicitario constituye la permuta, entonces se deberá observar lo previsto en la Disposición General Tercera de la LOSNCP.¹⁵⁶

Por lo tanto, al respecto se han firmado algunos contratos, con las siguientes referencias:

1. Contrato de Canje Publicitario No. RTVE-GJ-CC-004-2015, celebrado entre Televisión y Radio de Ecuador E.P. RTVECUADOR y la compañía de Radio y Televisión CORTEL S.A. suscrito el 13 de enero de 2015 cuyo objeto es: RTVECUADOR E.P. y la COMPAÑÍA DE RADIO Y TELEVISIÓN CORTEL S.A. amparados en las prácticas comunes propias del mercado comunicacional, convienen en suscribir el contrato de canje publicitario bajo las siguientes condiciones: RTVECUADOR se comprometió a: Permitir a la COMPAÑÍA DE RADIO Y TELEVISIÓN CORTEL S.A. retransmita los partidos que dispute la Selección de Fútbol del Ecuador en su participación en el Campeonato Sudamericano Sub 20 que se disputará entre el 14 de enero y 7 de febrero de 2015, el valor de estos derechos es de 2.500,00, mientras que la COMPAÑÍA DE RADIO Y TELEVISIÓN CORTEL S.A. se compromete a entregar un importe a RTVECUADOR de 2.500 a ser devengados a lo largo del año 2015 en cuñas publicitarias, menciones, auspicios de programas , presentación y/o despedida de programas en las diferentes tarifas con los que cuenta la COMPAÑÍA DE RADIO Y TELEVISIÓN CORTEL S.A.
2. Contrato de Canje Publicitario celebrado entre Televisión y Radio de Ecuador E.P. RTVECUADOR y la compañía EDITORES NACIONALES GRÁFICOS

¹⁵⁶ Oficio No. SERCOP-SDG-2014-0694-0F de 14 de julio de 2014.

EDITOGRAN S.A., suscrito el 02 de junio de 2014 cuyo objeto es: RTVECUADOR E.P. y la compañía EDITORES NACIONALES GRÁFICOS EDITOGRAN S.A., amparados en las prácticas comunes propias del mercado comunicacional, convienen en ejecutar un canje publicitario bajo las siguientes condiciones y especificaciones: EDITOGRAN se compromete a realizar un 65% de descuento en las tarifas comerciales que RTVECUADOR requiera desde el 02 de junio de 2014 hasta el 30 de abril de 2015, hasta un importe de USD. 70.000, mientras que RTVECUADOR se compromete a realizar un 65% de descuento de las tarifas de pauta que EDITOGRAN requiera desde el 02 de junio de 2014 hasta el 30 de abril de 2015, hasta un importe de USD. 70.000.

3. Contrato de Canje Publicitario No. RTVE-GJ-CC-2015 celebrado entre Televisión y Radio de Ecuador E.P. RTVECUADOR y la señora SAIRA PAOLA FIERRO NARANJO, suscrito el 13 de enero de 2015 cuyo objeto es: RTVECUADOR E.P. y la señora SAIRA PAOLA FIERRO NARANJO amparados en las prácticas comunes propias del mercado comunicacional, convienen en ejecutar un canje publicitario bajo las siguientes condiciones y especificaciones: RTVECUADOR se comprometió a: Otorgar a favor de la señora SAIRA PAOLA FIERRO NARANJO un paquete en el que se podrá promocionar la revista ESTILOS Y COLORES en el programa Café TV de Ecuador TV que consta de lo siguiente: 22 menciones de hasta 15", 22 sobreimposiciones de hasta 7", hacer uso de este paquete desde la suscripción del contrato hasta el 31 de diciembre de 2015, el paquete asciende a USD. 3.200; mientras que la señora SAIRA PAOLA FIERRO NARANJO se compromete a otorgar a favor de RTVECUADOR publicidad de los programas que elija ECUADOR TV, en la contraportada externa de la revista ESTILOS Y COLORES, en todas las ediciones que se publiquen a lo largo de 2015, por ser trimestral 4 publicaciones durante el año 2015, el importe de cada publicación es de USD. 800,00, lo que asciende a un monto de USD. 3.200 de importe.

Estos casos prácticos determinan que sí existe una utilización del contrato de permuta en el sector público, a pesar de que no existe una homologación de los bienes que se pueden permutar, después de ver los diferentes pronunciamientos de la Procuraduría General del

Estado, la conclusión es que la permuta puede ser de distintos y diversos objetos, desde bienes inmuebles, bonos del Estado (instrumentos financieros) y publicidad no es una práctica común, tampoco es sencillo encontrar casos prácticos y es porque el Estado no los hace con frecuencia, más aún después de la emisión de la LOSNCP que potencializó la adquisición de bienes, obras y servicios por compra y cuando no existe un procedimiento general de aplicación claro de la permuta en el sector público. A pesar de esto ha resultado un contrato muy útil para satisfacer necesidades institucionales.

CAPITULO III

3. Ejecutividad de la permuta en el sector público

3.1 La importancia de la aplicación del contrato de permuta entre bienes del sector público.

Como se pudo observar en el capítulo anterior, el contrato de permuta es un contrato que intermitentemente se utiliza en el sector público y satisface necesidades de instituciones públicas. La importancia de este punto es determinar si la aplicabilidad de la permuta realmente cumple las expectativas intrínsecas de la misma y como se puede optimizar su uso en el sector público.

La emisión de la Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública, sin duda, organizó en buena parte las compras públicas en el Estado ecuatoriano, pero a su vez potencializó la adquisición de bienes con la modalidad de compra, subutilizando otras formas contractuales que pueden resultar un beneficio para el Estado como es el caso del contrato de permuta.

Ahora bien, la permuta es un contrato que podría generar muchas ventajas para el Sector Público, como son:

1. No requiere una afectación presupuestaria:

Una de las principales características de la permuta es que es un contrato que en la mayoría de casos no requiere de la existencia de disponibilidad presupuestaria para su ejecución, a excepción de que exista alguna diferencia económica respecto al bien que se va adquirir, pero en términos generales no lo requiere.

Por principio general, conforme a lo establecido en el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, “Ninguna entidad u organismo público podrán contraer compromisos, celebrar contratos, ni autorizar o contraer obligaciones, sin la emisión de la respectiva

certificación presupuestaria”¹⁵⁷, inclusive existen sanciones en el mismo Código en caso de incumplimiento “Los funcionarios responsables que hubieren contraído compromisos, celebrado contratos o autorizado o contraído obligaciones sin que conste la respectiva certificación presupuestaria serán destituidos del puesto y serán responsables personal y pecuniariamente.”¹⁵⁸

Este contrato puede significar al Estado un beneficio en caso de que se requiera ahorrar recursos o que se cuente con reducido presupuesto para la ejecución a pesar de que exista la necesidad institucional de adquirir bienes.

Por lo tanto, sí se requiere un registro contable respecto a los bienes que ingresan y egresan a la institución, pero no se requiere de una certificación presupuestaria, lo que significa que la ejecución de la permuta no debería cumplir la disposición legal y principio general de finanzas públicas establecido en el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas de que no se puede contraer obligaciones mientras no se cuente con los recursos necesarios para obligarse.

2. Permitiría una ágil y oportuna disponibilidad de bienes sin que se involucre mayores recursos

Debido a que no existe explícitamente un procedimiento determinado en la legislación para realizar el contrato de permuta pública y este se adapta al procedimiento determinado para el contrato de compraventa en derecho común o derecho civil, en todo lo que no sea contrario a la naturaleza del mismo, prima la voluntad de las partes que se plasma en el título que es el contrato después de obtener un avalúo de los bienes a ser permutados. No existe un procedimiento precontractual específico ni la necesidad de la existencia de disponibilidad presupuestaria como anteriormente se estableció, lo que permite ejecutar su formalización en el menor tiempo posible y sin que se involucre mayor recurso.

¹⁵⁷ Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas. Artículo 15. Registro Oficial Suplemento 306 de 22 de octubre de 2010.

¹⁵⁸ Código de Planificación y Finanzas Públicas. Segundo párrafo artículo 15. Registro Oficial Suplemento 306 de 22 de octubre de 2010.

En el caso práctico que se observó de INMOBILIAR en el capítulo anterior, bastó la voluntad escrita de las instituciones de hacer la solicitud y poner a disposición bienes para ser permutados, su avalúo y, por el ser el objeto materia de la permuta un bien inmueble, su celebración mediante escritura pública.

Obviamente, el contrato de permuta debería evidenciar la formación de la voluntad administrativa y un procedimiento administrativo oportuno y ágil, como se referirá este trabajo adelante.

3. Al ser bilateral, satisface necesidades específicas a las dos partes.

El contrato de permuta por ser un contrato de naturaleza bilateral, sinalagmático que genera contraprestaciones recíprocas, lo que permite que exista una compensación para cada una de las partes, y a su vez la satisfacción de las dos partes. La posibilidad de una entidad o institución del sector público de intercambiar bienes permite que la otra parte también satisfaga sus necesidades específicas y no se genere un aprovechamiento de una de ellas.

4. Permitiría aprovechar de mejor manera el uso de bienes institucionales.

Como consecuencia de lo dicho en el punto anterior, las entidades pueden tener dentro de sus bienes algunos que no sean de interés de uso en determinado momento, por diversas razones, estos bienes podrían ser aprovechados por otros. En estos casos se puede utilizar la figura de permuta a fin de adquirir un bien que realmente sea útil o necesario para la entidad, y a su vez permitir esa misma posibilidad a la otra parte de evitar la subutilización de bienes, la generación de bienes obsoletos, satisfacer otras necesidades y generar beneficios mutuos.

3.2 Procedimiento administrativo para instrumentar la permuta en el sector público.

Durante el desarrollo del presente trabajo se evidenció que el contrato administrativo es una forma de manifestación de la voluntad de la administración y por lo tanto, requiere seguir un procedimiento administrativo adecuado a fin de cumplir los fines de interés público.

La actividad administrativa se manifiesta de distintas formas que generan efectos jurídicos. Como lo dice Sayagués en su libro *Tratado de Derecho Administrativo*:

el contenido de la actividad administrativa es doble, por un lado, declaraciones de voluntad destinadas a producir efectos jurídicos: por otro lado, realización de hechos. Unas y otros originan relaciones jurídicas administrativas, es decir, vínculos jurídicos en los cuales la administración es una de las partes.¹⁵⁹

Para Sayagués la actividad administrativa en forma general está constituida por actos y hechos, de los actos se encuentran los unilaterales como el mismo acto administrativo y plurilateral como los contratos administrativos.

La actividad administrativa es muy diversa no homogénea, sino más bien compleja debido a que el Estado tiene distintas tareas de administración, lo cual se ha podido observar en el segundo capítulo del presente trabajo que incluso parece ser que a veces la administración actúa como una persona privada, lo cual debe estar reglado.

Dado que la voluntad de la función administrativa del Estado se manifiesta a través de hechos y actos administrativos, actuaciones de la administración, contratos de administración, reglamentos administrativos, todos ellos emanados de la esfera de sus atribuciones y competencias atribuidas por la Constitución y la Ley, su producción debe subordinarse a determinados procedimientos reglados por derecho.¹⁶⁰

Es así que resulta importante analizar las disposiciones normativas general sobre el actuar de la administración:

La Constitución de la República del Ecuador, a respecto manifiesta que:

¹⁵⁹ Enrique Sayagués Laso. *Tratado de Derecho Administrativo*. Uruguay: Fundación Cultural Universitaria, 2002, p. 381.

¹⁶⁰ Marco Morales Tobar. *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011, p.49.

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.¹⁶¹

En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes [...] 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: [...] 1) 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 consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.¹⁶²

El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.¹⁶³

El Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, determina:

Los órganos y entidades que comprenden la Función Ejecutiva deberán servir al interés general de la sociedad y someterán sus actuaciones a los principios de legalidad, jerarquía, tutela, cooperación y coordinación, según el caso, bajo los sistemas de descentralización y desconcentración administrativa. Las máximas autoridades de cada órgano y entidad serán responsables de la aplicación de estos principios.¹⁶⁴

En el afán de manifestar su voluntad la administración pública genera actos enlazados para conseguir su fin, lo que forma un procedimiento administrativo de acuerdo a las disposiciones normativas existentes.

Según Marco Morales Tobar, el procedimiento administrativo es un “conjunto de actos concatenados y yuxtapuestos, que de manera coordinada se orientan a garantizar al

¹⁶¹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 226. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

¹⁶² Constitución de la República del Ecuador. Artículo 76. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

¹⁶³ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 82. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

¹⁶⁴ Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva. Artículo 4. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

ciudadano la vigencia de sus derechos subjetivos o intereses legítimos”.¹⁶⁵ Lo denomina también justicia administrativa.

De acuerdo a Roberto Dromi, el procedimiento administrativo tiene dos etapas: “La primera, de formación de la voluntad administrativa, tanto de origen unilateral o bilateral, como de efectos individuales o generales; y la otra de fiscalización, control o impugnación, que comienza cuando la primera concluye”.¹⁶⁶

La importancia de delimitar las etapas anteriores es identificar la etapa de formación de la voluntad de la administración que se realiza en un contrato administrativo y especialmente para este estudio de la permuta.

No es tarea fácil identificar un procedimiento administrativo común para la formación de los contratos administrativos en la legislación ecuatoriana, se torna complejo, como dice Marco Morales:

el procedimiento administrativo [...] no se encuentra rigurosamente reglado dados sus aspectos particulares derivados de la complejidad de la organización de los poderes públicos, del sistema de control y de la intervención estatal sobre la actividad de los entes jurídicos menores, además del recíproco sistema de consultas ente los distintos entes dispuestas por el ordenamiento jurídico, en el caso ecuatoriano basta con mirar que no tenemos una norma jurídica, que regule a nivel de la administración del Estado los procedimientos administrativos; debiendo anotarse que, en muchas ocasiones a nivel de la administración centralizada, que se entiende ésta regulada por el Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE, existen su propio procedimiento [...]¹⁶⁷

Evidentemente la administración no cuenta con una normativa uniforme sobre el actuar de la administración en cuanto a la formación, ejecución e impugnación de actuaciones administrativas, sin embargo, nos referiremos a los actos, formalidades y trámites que debe acatar la administración en ejercicio de sus funciones propias con el fin de expresar su voluntad para cumplir sus fines públicos.

En este punto debido a que en el contrato de permuta el sector público no cuenta con un procedimiento específico para poder formarlo y ejecutarlo, en necesario determinar

¹⁶⁵ Marco Morales Tobar. *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. Óp. cit., p.49.

¹⁶⁶ Roberto Dromi. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: 2001, p. 160.

¹⁶⁷ Marco Morales Tobar. *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. Óp. cit., p.86

las acciones que la Administración Pública, atendiendo la normativa existente, realiza a fin de manifestar su voluntad mediante un contrato de permuta.

De acuerdo a criterio de Dromi mencionado anteriormente, el artículo 76 del ERJAFE especifica para la formación de los contratos administrativos, dos fases: la precontractual y la contractual o de ejecución, en donde concurre también todo potencial contratista que desarrolla determinadas actividades jurídicas.

Además se manifiesta que los actos realizados en un procedimiento de formación de un contrato se consideran incorporados unitariamente, aunque de manera separable, al procedimiento administrativo y que les son aplicables, en consecuencia, las normas de procedimiento administrativo tanto para la formación de la voluntad administrativa como su impugnación.

Conforme al ERJAFE, para celebrar contratos administrativos se debe observar lo siguiente:

1. La Administración Pública está facultada, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, a celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin.
2. Los citados instrumentos deberán establecer como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes, el ámbito personal, funcional y territorial, y el plazo de vigencia, debiendo publicarse o no según su naturaleza y las personas a las que estuvieran destinados.
3. Requerirán, de ser el caso, la aprobación expresa del Procurador General del Estado, los acuerdos que requieran su aprobación en los términos de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.
4. Los acuerdos que se suscriban no supondrán alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos ni de las responsabilidades que correspondan a las autoridades y funcionarios relativas al funcionamiento de los servicios públicos.¹⁶⁸

¹⁶⁸ Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva. Artículo 155. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

Además, los contratos administrativos deben cumplir con los elementos esenciales de todo contrato, como son: sujetos con capacidad y competencia, voluntad, objeto, causa y forma.

Así lo determina Miguel Lima Endara, cuando dice:

En el contrato administrativo es posible distinguir dos elementos esenciales básicos: el consentimiento y el objeto; cuatro elementos esenciales propuestos que son los sujetos, la competencia y la capacidad, la causa y la finalidad y un elemento esencial complementario, la forma.¹⁶⁹

Se analizará sucintamente cada uno de estos, así:

Respecto a los *sujetos*, que son los órganos administrativos, por una parte; y por otra, personas de derecho privado o también órganos administrativos, en este caso se habla de contratos interadministrativos.

La *capacidad*, que se refiere a la aptitud legal para adquirir derechos y contraer obligaciones que tienen las partes. En el caso de permuta, no existen inhabilidades especiales, pero se podría remitir a las establecidas en la Constitución de la República del Ecuador y en la LOSNCP para contratar con el Estado.¹⁷⁰

La *competencia*, se entiende como el límite que permite actuar a un servidor público en los órganos administrativos, el cual está determinado en la normativa correspondiente.

Respecto a la *voluntad*, se refiere a las actuaciones que realiza la administración a fin de exteriorizar su intención con los contratos administrativos, generalmente se lo hace por escrito porque por naturaleza la administración pública es formal.

El *objeto*, es en sí la obligación principal del contrato, el fin en sí mismo, el cual debe cumplir la característica de ser lícito.

¹⁶⁹ Miguel Lima Endara et al. *Celebración de Contratos Administrativos*. Primera Edición. Quito: Corporación Editora Nacional Universidad Simón Bolívar, 2001. Pg. 30.

¹⁷⁰ La Constitución de la República del Ecuador en el artículo 152, prohíbe a los ministros/as contratar con el Estado una vez que hayan salido de sus cargos hasta por dos años. Además, los artículos 62, 63 y 64 de la LOSNCP determina las inhabilidades generales y particulares para contratar con el Estado. De igual manera lo hace el RLOSNCPE en los artículos 110 y 111.

La *causa*, es el motivo que impulsa a la administración a realizar un contrato, la cual debe ser lícita y determinada. En el caso de la administración, se habla también de una finalidad del contrato que será siempre la satisfacción de intereses públicos generales y los objetivos del Estado.

Finalmente, la *forma* es la manera material de exteriorizar la voluntad de la administración, como se dijo anteriormente, la administración pública es usualmente formal por lo que suele reducirse toda actuación por escrito, aunque se permite también utilizar tecnología informática que pueda mantener dichas actuaciones de manera digital.

Por otro lado, existen formalidades que en la práctica, se ejecutan en el procedimiento administrativo, que responden a disposiciones de Derecho Público. Al respecto, se realizará una esquematización del procedimiento administrativo para la formación del contrato administrativo de permuta, de acuerdo a las siguientes actuaciones de la administración pública:

1. Planificación Institucional:

La formación de un contrato administrativo según lo dispuesto por el ordenamiento jurídico actual, debe constar en la planificación institucional, lo determina el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, cuando dice:

Para la aplicación de las disposiciones contenidas en el presente código, se observarán los siguientes principios: 1. Sujeción a la planificación.- La programación, formulación, aprobación, asignación, ejecución, seguimiento y evaluación del Presupuesto General del Estado, los demás presupuestos de las entidades públicas y todos los recursos públicos, se sujetarán a los lineamientos de la planificación del desarrollo de todos los niveles de gobierno, en observancia a lo dispuesto en los artículos 280 y 293 de la Constitución de la República.¹⁷¹

Las instituciones sujetas al ámbito de este código, excluyendo los Gobiernos Autónomos Descentralizados, reportarán a la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo sus instrumentos de planificación institucionales, para verificar que las propuestas de acciones, programas y proyectos correspondan a las competencias institucionales y los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo.

¹⁷¹ Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas. Artículo 5. Registro Oficial Suplemento No. 306 de 22 de octubre de 2010.

La Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo definirá el instrumento de reporte. Mediante normativa técnica se establecerán las metodologías, procedimientos, plazos e instrumentos necesarios, que serán de obligatorio cumplimiento.¹⁷²

Lo que determina que la ejecución del Presupuesto General de Estado se refleja en la planificación del Estado y que deberá ser reflejado en la planificación de cada una de sus instituciones. Por lo tanto, todo compromiso, gasto, egreso que se quiere realizar debe estar planificado.

2. Disponibilidad presupuestaria.

Como se ha mencionado anteriormente, la permuta en principio no debería requerir certificación presupuestaria previa para su ejecución, cuestión que es de obligatorio cumplimiento en los casos de contratos administrativos determinados en la LOSNCP, como lo dispone el artículo 24, así: “Las entidades previamente a la convocatoria, deberán certificar la disponibilidad presupuestaria y la existencia presente o futura de recursos suficientes para cubrir las obligaciones derivadas de la contratación [...]”,¹⁷³ esto en virtud de que en caso de que se realice una permuta de bienes estos deben ser compensables entre sí.

Sin embargo, existe la posibilidad de que se realice un contrato de permuta y una de las partes compensen total o parcialmente en dinero la obligación, en este caso, sin duda se requerirá disponibilidad presupuestaria previa a la suscripción del contrato. En dicho caso, el fundamento legal no es el artículo 24 de la LOSNCP sino las disposiciones del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas que determinan lo siguiente:

Fase del ciclo presupuestario que comprende el conjunto de acciones destinadas a la utilización óptima del talento humano, y los recursos materiales y financieros asignados en el presupuesto con el propósito de obtener los bienes, servicios y obras en la cantidad, calidad y oportunidad previstos en el mismo.

¹⁷² Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas. Artículo 54. Registro Oficial Suplemento No. 306 de 22 de octubre de 2010.

¹⁷³ Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas. Artículo 113. Registro Oficial Suplemento No. 306 de 22 de octubre de 2010.

Las disposiciones sobre la programación de la ejecución, modificaciones, establecimiento de compromisos, devengamientos y pago de obligaciones serán dictadas por el ente rector de las finanzas públicas y tendrán el carácter de obligatorio para las entidades y organismos del Sector Público no Financiero.

Ninguna entidad u organismo público podrán contraer compromisos, celebrar contratos, ni autorizar o contraer obligaciones, sin la emisión de la respectiva certificación presupuestaria.

Los créditos presupuestarios quedarán comprometidos en el momento en que la autoridad competente, mediante *acto administrativo expreso*, decida la realización de los gastos, con o sin contraprestación cumplida o por cumplir y siempre que exista la respectiva certificación presupuestaria. En ningún caso se adquirirán compromisos para una finalidad distinta a la prevista en el respectivo presupuesto. El compromiso subsistirá hasta que las obras se realicen, los bienes se entreguen o los servicios se presten. En tanto no sea exigible la obligación para adquisiciones nacionales e internacionales, se podrá anular total o parcialmente el compromiso.¹⁷⁴

La obligación se genera y produce afectación presupuestaria definitiva en los siguientes casos:

1. Cuando ineludiblemente por excepción deban realizarse pagos sin contraprestación, de acuerdo con lo que dispongan las normas técnicas de presupuesto que dicte el ente rector de las finanzas públicas; y,
2. Cuando se reciban de terceros obras, bienes o servicios adquiridos por autoridad competente, mediante acto administrativo válido, haya habido o no compromiso previo.

El registro de obligaciones deberá ser justificado para el numeral 1 y además comprobado para el numeral 2 con los documentos auténticos respectivos. Para estos efectos, se entenderá por documentos justificativos, los que determinan un compromiso presupuestario y, por documentos comprobatorios, los que demuestren la entrega de las obras, los bienes o servicios contratados.¹⁷⁵

3. Avalúo de los bienes e informes y dictámenes previos.

Conforme al artículo Reglamento General Sustitutivo de Manejo y Administración de Bienes del Sector Público¹⁷⁶, previo a la realización del contrato de permuta, se debe realizar los avalúos de los bienes, en caso de ser bienes muebles, se lo realizarán por servidores designados por la máxima autoridad considerando el valor comercial actual del

¹⁷⁴ Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas. Artículo 116. Registro Oficial Suplemento No. 306 de 22 de octubre de 2010.

¹⁷⁵ Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas. Artículo 117. Registro Oficial Suplemento No. 306 de 22 de octubre de 2010.

¹⁷⁶ Reglamento General Sustitutivo de Bienes del Sector Público. Acuerdo de la Contraloría General del Estado No. 25. Artículo 52. Registro Oficial No. 378 de 17 de octubre de 2006.

bien, el precio de adquisición, el estado actual, el valor de bienes similares en el mercado de forma general con criterios que permitan determinarlo.

Mientras que el avalúo de los bienes inmuebles será el realizado por el gobierno autónomo descentralizado de la zona, en caso de que no exista dirección de avalúos y catastros se realiza en la Dirección Nacional de Avalúos y Catastros considerando el valor del terreno, de las edificaciones y de todos los bienes que vayan a incluirse en la enajenación con sus valores comerciales.

A fin de mantener un fundamento técnico o un criterio técnico para manifestar la voluntad de la administración, puede requerir realizar informes o dictámenes previos a la suscripción de un contrato, lo que le permitirá a la institución tener un criterio real y objetivo de las especies o cuerpos ciertos que va entregar o recibir por permuta.

Los informes y dictámenes son actos de simple administración, que se los conceptualiza de la siguiente manera:

Son toda declaración unilateral interna o interorgánica, realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma indirecta en vista de que solo afectan a los administrados a través de los actos, reglamentos y hechos administrativos, dictados o ejecutados en su consecuencia.¹⁷⁷

Se requerirá de dictámenes e informes cuando ello sea obligatorio en virtud de las normas de procedimiento administrativo.

El dictamen tiene el propósito de facilitar elementos de opinión o juicio, para la formación de la voluntad administrativa y forma parte de los actos previos a la emisión de dicha voluntad.

El dictamen o informe se integra como otra etapa de carácter consultivo - deliberativo en el procedimiento administrativo de conformar la voluntad administrativa.¹⁷⁸

Los dictámenes contendrán:

- a) Resumen de la cuestión objeto de la consulta;
- b) Relación de los antecedentes que sirvan de elementos de juicio para resolver; y,
- c) Opinión concreta y fundada en normas jurídicas o técnicas aplicables a la cuestión consultada.

¹⁷⁷ Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva. Artículo 70. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

¹⁷⁸ Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva. Artículo 71. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

d) Los informes, por su parte, referirán concretamente los antecedentes y circunstancias que hayan sido requeridos.¹⁷⁹

En los casos citados en el capítulo II del presente trabajo, se puede revisar que en caso de la Administración Pública Central, Institucional que depende de la Función Ejecutiva, se requiere dictamen previo del Servicio de Gestión Inmobiliaria del Sector Público para la asignación, compra, venta, comodato, permuta, donación y arrendamiento de inmuebles de las entidades¹⁸⁰.

De igual manera, cualquier autoridad administrativa puede requerir informes o dictámenes técnicos necesarios a fin de consolidar su manifestación de voluntad mediante un contrato administrativo.

En caso de transferencia bienes entre entidades del sector público, se requiere resolución motivada de las máximas autoridades de acuerdo a lo determinado en el artículo 61 de la LOSNCP.

Mientras que según el Código Orgánico de Organización Territorial (COOTAD), se requiere previo a acordar la permuta de bienes inmuebles y muebles, autorización de los consejos, concejos o juntas para con el voto de los dos tercios de sus integrantes.¹⁸¹

4. Formalización del Contrato de Permuta.

Una vez realizados los avalúos y obtenido los dictámenes necesarios se procederá a la celebración del contrato respectivo. El Reglamento General Sustitutivo de Bienes del Sector Público, determina que debe ser por escrito, y en casos determinados, por escritura pública. Aquí encontramos una diferencia específica con el procedimiento de compraventa establecido en el Código Civil, debido a que la naturaleza del contrato tanto de permuta

¹⁷⁹ Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva. Artículo 72. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

¹⁸⁰ Decreto Ejecutivo No. 798 de 22 de junio de 2011, publicado en el Registro Oficial No. 485 de 6 de julio de 2011.

¹⁸¹ Código Orgánico de Organización Territorial. Artículo 438. Registro Oficial Suplemento No. 303 de 19 de octubre de 2010.

como de compraventa en Derecho Común es un contrato consensual, ciertos casos específicos que están determinados como es el caso de inmuebles.

En el Sector Público, este contrato siempre es formal debido a que en todos los casos debe ser otorgado por escrito, por más que la naturaleza del contrato de permuta sea consensual.

Lo cual ratifica Miguel Lima, cuando dice:

En realidad, si el derecho administrativo es esencialmente formal, es decir, sujeto a la observancia de las formas, como regla infranqueable, y si la forma administrativa común, por múltiples razones es la escrita, de suyo los contratos administrativos también deben ser celebrados bajo la forma escrita, como razonable garantía y mínima exigencia.¹⁸²

Código Orgánico de Organización Territorial (COOTAD) respecto a la forma de los contratos, dice que: “Todo contrato que tenga por objeto la venta, donación, permuta [...] de bienes raíces de los gobiernos autónomos descentralizados se realizará a través de escritura pública, y los de venta, trueque o prenda de bienes muebles, podrán realizarse por contrato privado [...]”¹⁸³

5. Recepción de bienes, inscripción en los registros respectivos

Finalmente, los contratos de permuta, en caso de que se requieran, se inscribirán en los registros respectivos. En caso de los inmuebles en el Registro de la Propiedad. Además, deben ser entregados e ingresados en los registros y asientos contables institucionales.

Del análisis realizado en este punto, es importante verificar que se requiere que exista un procedimiento administrativo homogéneo para la realización de contratos de permuta en el sector público, que respete principios de contratación pública, identifique los actos de la etapa precontractual y contractual administrativa, observe las disposiciones constitucionales y legales generales establecidas para la actuación administrativa y sobre todo, evidencie

¹⁸² Miguel Lima Endara et al. *Celebración de Contratos Administrativos. Óp. cit.*, p. 36.

¹⁸³ Código Orgánico de Organización Territorial. Artículo 460. Registro Oficial Suplemento No. 303 de 19 de octubre de 2010.

una agilidad y eficiencia para adquirir bienes necesarios para el sector público y potencialice a la permuta como un contrato tan viable como la compra.

Este procedimiento podría formar parte de los procedimientos especiales que tiene la LOSNCP como lo son, entre otros, los procedimientos de adquisición y arrendamiento de bienes inmuebles, debido a que esta ley ya mantiene una estructura organizada y moderna tecnológicamente.

3.3 Permuta pública – privada

Como lo hemos revisado, la LOSNCP, su Reglamento así como algunas consultas realizadas a la Procuraduría General de Estado determina que el contrato de permuta se realiza a fin de hacer la transferencia de bienes inmuebles entre entidades del sector público. No obstante del análisis realizado a lo largo de este trabajo, se evidencia que la permuta puede ser realizada entre entidades del sector público así como entre entidades del sector público y sector privado.

Las remisiones normativas que se generan respecto a disposiciones y procedimiento de la permuta no dejan claro si la permuta se puede realizar entre entidades del sector público o también entre particulares. Sin embargo, de los casos prácticos analizados, podemos observar que en efecto la Administración Pública si realiza permutas con personas naturales o jurídicas privadas. Así se observa en la permuta publicitaria, en donde una empresa pública realiza canje con medios de comunicación privados a fin de obtener beneficios mutuos. Principalmente esto se da en empresas públicas ya que como se ha revisado en este trabajo, estas tienen ciertas prerrogativas de contratación por su giro de negocio que principalmente atiende a las condiciones y negocios de mercado.

Ahora, lo importante es ver si entidades del sector público que no son precisamente empresas públicas pueden realizar permutas para obtener beneficios propios. Al respecto, es interesante lo que dispone el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en cuanto a la permuta, ya que determina la procedencia de la permuta sobre bienes de dominio privado en los siguientes casos: “a) Cuando con una operación de

esta clase el patrimonio del gobierno autónomo descentralizado aumente de valor o pueda ser aplicado con mejor provecho en favor de los intereses institucionales; y, b) Cuando deba tomarse todo o parte del inmueble ajeno para aumentar las áreas de predios destinados a servicios públicos, para la construcción, ensanche o prolongación de plazas, avenidas, calles, entre otros; o, para proyectos de interés social y contemplado en el plan de desarrollo, de acuerdo al ámbito de competencia de cada gobierno autónomo descentralizado.¹⁸⁴

Estas disposiciones dispersas, sin duda, sí permiten que se realice la permuta con personas naturales o jurídicas privadas pero de una manera limitada para un cierto nivel de gobierno como es el caso de los Gobiernos Autónomos Descentralizados. Mientras que los problemas y ambigüedades, persiste para los otros niveles de gobierno. Lo que una vez más evidencia que la falta de un procedimiento general establecido para la contratación de permuta, genera ambigüedades.

Ahora bien es importante determinar algunos beneficios que significaría para la Administración Pública realizar contratos de permuta con el sector privado:

1. Puede optimizarse el uso de los bienes de la administración pública, sobre bienes que no son utilizados en el sector público por otros de mejor y mayor diversidad que se encuentre en manos de personas privadas.
2. Puede facilitar la adquisición de bienes sin que se realice una declaratoria de utilidad pública.
3. Puede facilitar la ejecución de proyectos del Estado de diversos sectores que requieran bienes específicos que no se encuentren en el sector público.

Sin duda, puede resultar beneficioso para el Estado tener regulación clara sobre este punto en el sector público a fin de que se evite que la ejecución de contratos de permuta se reduzca a un pronunciamiento de un órgano de control o diversos procedimientos administrativos y que la compra no sea la única opción para la adquisición de bienes en el sector público.

¹⁸⁴ Código Orgánico de Organización Territorial. Artículo 438-439. Registro Oficial Suplemento No. 303 de 19 de octubre de 2010.

3.4 Administración, control e impugnación de los contratos de permuta

En nuestro país, la administraciones pública manifiesta su voluntad jurídica de derecho público a través de actos administrativos, actos de simple administración, hechos administrativos, contratos administrativos y reglamentos, sin perjuicio de recurrir a otras categorías de derecho privado cuando tales administraciones actúen dentro de dicho campo.

En este sentido, corresponde recordar la definición que el artículo 75 del ERJAFE establece respecto de los contratos administrativos: “Es todo acto o declaración multilateral o de voluntad común; productor de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa. Su regulación se regirá por las normas jurídicas aplicables”.¹⁸⁵

De manera general, se debe mencionar los siguientes aspectos básicos que el artículo 76 del propio ERJAFE establece para la formación de los contratos administrativos, a saber:¹⁸⁶

- a) En la formación de los contratos administrativos existen dos fases: la precontractual y la contractual o de ejecución.
- b) Los actos, los hechos, los reglamentos y los actos de simple administración, producidos, dictados o ejecutados en la preparación de la voluntad administrativa contractual se consideran incorporados unitariamente, aunque de manera separable, al procedimiento administrativo de conformación de dicha voluntad.
- c) Al procedimiento administrativo de formación de los contratos administrativos, les son aplicables en consecuencia las normas de procedimiento administrativo tanto para la formación de la voluntad administrativa como su impugnación.

Si bien, los contratos de permuta no se rigen por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública sino por las normas previstas en el Reglamento General de Bienes del Sector Público y el Código Civil, es importante, para efectos de determinar la responsabilidad en la administración de este tipo de contratos, considerar que de acuerdo al

¹⁸⁵ Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva. Artículo 75. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

¹⁸⁶ Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva. Artículo 76. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

artículo 233 de la Constitución de la República, ninguna servidora ni servidor público está exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.¹⁸⁷

Sobre la responsabilidad administrativa, el artículo 41 de la Ley Orgánica del Servicio Público determina que los servidores públicos que incumplieren sus obligaciones o contravinieren las disposiciones de esta Ley, sus reglamentos, así como las leyes y normativa conexas, incurrirán en responsabilidad administrativa que será sancionada disciplinariamente, sin perjuicio de la acción civil o penal que pudiere originar el mismo hecho.

En los contratos administrativos tutelados bajo el régimen del sistema nacional de contratación pública, se harán constar estipulaciones específicas relacionadas con las funciones y deberes de los administradores del contrato, así como de quienes ejercerán la supervisión o fiscalización.

De acuerdo al artículo 121 de Reglamento General a la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, en todo contrato, la entidad contratante designará de manera expresa un administrador del mismo, quien velará por el cabal y oportuno cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones derivadas del contrato adoptando las acciones que sean necesarias para evitar retrasos injustificados e imponiendo las multas y sanciones a que hubiere lugar.

Por todas las consideraciones realizadas en el presente trabajo, los contratos de permuta no se registrarán por dicha Ley, sin perjuicio de lo referido en el párrafo anterior, por regla general, en los contratos de permuta se debe determinar la servidora o el servidor público responsable del seguimiento, ejecución y/o supervisión de los contratos de permuta.

¹⁸⁷ Constitución de la República de Ecuador. Artículo 233. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Respecto a la impugnación de los contratos administrativos, el artículo 77 del ERJAFE dispone que todas las manifestaciones jurídicas que han intervenido en la formación y ejecución de un contrato administrativo son susceptibles de ser impugnadas en sede administrativa o judicial. Señala además que los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo tienen competencia privativa y exclusiva para conocer y resolver judicialmente todos los aspectos relacionados con todos los contratos administrativos

Es decir, es procedente impugnar los actos, los hechos, los reglamentos y los actos de simple administración, producidos, dictados o ejecutados en la preparación de la voluntad administrativa contractual, toda vez que se consideran incorporados unitariamente, aunque de manera separable, al procedimiento administrativo de conformación de la voluntad de la entidad que celebra el contrato administrativo de permuta.

Para tal efecto, debemos considerar que tanto el ERJAFE como la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, establecen normas procedimentales para la impugnación de dichos actos a través de recursos horizontales y verticales tanto en sede administrativa como jurisdiccional. Así por ejemplo, los actos administrativos que expidan los órganos y entidades sometidos al ERJAFE se extinguen o reforman en sede administrativa de oficio o a petición del administrado, ya sea por el cumplimiento de alguna modalidad accidental a ellos, tales como plazo o condición, o como consecuencia de decisiones de otros poderes públicos que incidan en las instituciones u órganos administrativos sujetos al ERJAFE.

La Contraloría General del Estado es un organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos, así el artículo 54 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, en relación a la responsabilidad en los procesos de estudio, contratación y ejecución de las entidades bajo su control, dispone lo siguiente:

Las autoridades, dignatarios, funcionarios y servidores que tengan a su cargo la dirección de los estudios y procesos previos a la celebración de los contratos públicos, tales como de

construcción, provisión, asesoría, servicios, arrendamiento, concesiones, delegaciones, comodato y permuta, serán responsables por su legal y correcta celebración; y aquellos a quienes correspondan las funciones de supervisión, control, calificación o dirección de la ejecución de los contratos, serán responsables de tomar todas las medidas necesarias para que sean ejecutadas con estricto cumplimiento de las estipulaciones contractuales, los programas, costos y plazos previstos. La Contraloría General del Estado establecerá las responsabilidades a que hubiere lugar en esta materia.¹⁸⁸

En consecuencia, el control del procedimiento de las fases precontractual y contractual para la celebración de los contratos de permuta le corresponde a la Contraloría General del Estado, sin perjuicio del derecho ciudadano de vigilar y fiscalizar los actos del poder público consagrado en el artículo 50-B del ERJAFE en concordancia con el artículo 61 número 5 de la Constitución de la República, que determina que es una obligación de los ciudadanos fiscalizar los actos del poder público.

Finalmente, después de todo el análisis realizado y en respuesta a la hipótesis planteada al inicio del presente trabajo, la cual es *El contrato de permuta como figura civil para transferencia de dominio de bienes del sector público carece de regulación, es inejecutable y poco efectivo como está actualmente establecido en la normativa vigente*. Se puede afirmar que la figura de transferencia de dominio de bienes del sector público en efecto carece de una regulación específica en la legislación ecuatoriana debido a que no se encuentra un procedimiento precontractual y contractual específico para su formación y ejecución, sino que se encuentran remisiones legales y disposiciones generales y dispersas en diferentes normas de derecho público, además, no están claros los bienes que pueden ser permutados y si la permuta puede realizarse con el sector privado.

3.5 Conclusiones

Las conclusiones del presenta trabajo son las siguientes:

¹⁸⁸ Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Artículo 54. Registro Oficial Suplemento 595 de 12 de junio de 2002.

1. La permuta es un contrato de naturaleza civil, que está regulado por el Derecho Común, el Derecho Civil y está excluido del ámbito de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, por disposición expresa de la misma Ley.
2. El contrato de permuta se regula por las normas determinadas para el contrato civil de compraventa, como consecuencia de varias remisiones legales realizadas en ciertas normas de Derecho Público, por lo tanto no cuenta con un procedimiento específico en el sector público que no permite determinar con claridad que bienes son susceptibles de permutar, cómo se debe realizar y con quién, en algunas ocasiones, se recurre a consultas a organismos de control para definir la posibilidad de realizar un contrato de permuta o no de ciertos bienes. La realidad del contrato de permuta en el sector público es la de muchos contratos administrativos que tienen su regulación en normas especiales diferentes a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.
3. A pesar de ser de naturaleza civil y no tener un procedimiento específico legal en el sector público, el contrato de permuta es un contrato administrativo de acuerdo a la disposición del artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada que determina que el Tribunal Contencioso Administrativo es competente de resolver toda demanda recursos derivados de los contratos suscritos o producidos por las entidades del sector público, que recoge el criterio de jurisdicción para identificar a los contratos administrativos con los contratos civiles o privados de la administración.
4. La permuta que ha sido subvalorada a partir de la aparición de la moneda y desde la emisión de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contracción Pública perdió más aun protagonismo. Sin embargo, tiene beneficios intrínsecos que pueden servir útilmente a la administración pública, como son: no requerir afectación presupuestaria; permitir una ágil y oportuna disponibilidad de bienes sin involucrar mayores recursos; satisfacer necesidades específicas para dos partes; así como permitir aprovechar de mejor manera los bienes institucionales.

5. Existen algunos casos en los cuales se ha utilizado el contrato de permuta en el sector público, el más usual es la transferencia de dominio de bienes inmuebles entre entidades públicas, sin embargo su uso puede potencializarse si se adecúa un procedimiento más claro y a medida del derecho público como se han hecho con varios contratos de adquisición de bienes obras y servicios.
6. La permuta debe ser utilizada no solo para cambiar bienes entre las entidades del sector público también se debe hacer, como de hecho se hace, en ciertos casos para cambiar bienes con el sector privado, como es el caso del canje publicitario o en el caso de los Gobierno Autónomos Descentralizados. Es decir, cabe perfectamente el contrato de permuta entre el sector público y el sector privado, esto genera los siguientes beneficios: optimización del uso de los bienes de la administración pública sobre los bienes que no son utilizados en el sector público por otros de mejor y mayor diversidad del sector privado, facilitar la adquisición de bienes sin realizar la declaración de utilidad pública de los mismos, facilitar la ejecución de proyectos del Estado que requieran bienes específicos que no se encuentran en el sector público.
7. La normativa más clara y desarrollada respecto al contrato de permuta en el sector pública es la que consta en el Código Orgánico de Organización Territorial (COOTAD) y cuyo ámbito de aplicación son los Gobiernos Autónomos Descentralizados y no toda la Administración Pública.

3.6 Recomendaciones

1. Establecer normas y un procedimiento precontractual y contractual claro para el contrato de permuta, el cual puede ser incluido o no dentro de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento, como un procedimiento especial como se encuentra actualmente la adquisición y arrendamiento de bienes inmuebles que permita al sector público utilizar de manera

homogénea y práctica la permuta, fundamentado en el contrato civil de permuta pero con las especialidades que este tiene al ser administrativo.

2. Determinar en las disposiciones que rijan el contrato de permuta, no sólo su procedimiento, sino los bienes sujetos de ser permutados por el sector público y los sujetos que pueden realizarlo. Esta fundamentación puede ser con base a lo estipulado actualmente por el Código Orgánico de Organización Territorial, que es la norma más amplia en Derecho Público sobre este tema.
3. Determinar en las disposiciones que regulen el contrato de permuta en el sector público, que se pueda permutar no solo entre entidades del sector público sino también con el sector privado. Esta fundamentación puede ser con base a lo estipulado actualmente por el Código Orgánico de Organización Territorial, que es la norma más amplia en derecho público sobre este tema.
4. Incluir dentro de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, específicamente, en la sección de procedimientos especiales, a la permuta de bienes del sector público, al igual que se encuentra la adquisición y arrendamiento de bienes inmuebles.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

Aguilar, Juan Pablo. *Tesis La Naturaleza de los Contratos Administrativos*, Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Quito. 2002.

Alessandri Rodríguez, Arturo. *Derecho Civil de los Contratos*. Santiago de Chile: Editorial Zamorano y eran, 1976.

Álvarez Faggioni, Alejandro. *Estudio de las Obligaciones en el Derecho Civil Ecuatoriano*, Quito: Editorial de la Universidad de Guayaquil, 1982.

Borda, Guillermo A. *Manual de Contratos*. Buenos Aires: Editorial Emilio Perrot, 1999.

Cabanelas De Las Cuevas, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Madrid: Editorial Heliasta, 1998.

Cassagne, Juan Carlos. Jornadas organizadas por la Universidad Austral. *Contratos Administrativos*. Buenos Aires: Ediciones Rap, 2010.

Cevallos, Víctor Vásquez. *Contratos Civiles y Mercantiles*. Tomo I. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2005.

Cevallos, Víctor Vásquez. *Contratos Civiles y Mercantiles*. Tomo II. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2005.

Omeba, Enciclopedia Jurídica, Tomo XXII, Editorial Driskill S.A., Buenos Aires, 1979.

Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. Ed. Ciudad Argentina. Buenos Aires 2001.

García De Enterría, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás- Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Décimo Sexta Edición. Buenos Aires: La Ley, 2013.

García Gómez De Mercado, Francisco. *Manual de Contratación del Sector Público*. Granada: Editorial Comares S.L., 2011.

Garrido Falla, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Volumen I. 14va Edición. Madrid: Tecnos, 2005.

Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013.

Idrobo Arciniega, Marco. *La Contratación Administrativa en el Ecuador*. Quito: Editorial Época, 1994.

- Jeze, Gastón. *Servicios Públicos y contratos administrativos*. México: Editorial Jurídica Universitaria, 2007.
- Larrea Holguín, Juan. *Derecho Civil del Ecuador*. Cuarta Edición. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2000.
- Lima Endara, Miguel. *Celebración de Contratos Administrativos*. Primera Edición. Quito: Corporación Editora Nacional Universidad Simón Bolívar, 2001.
- Lorenzetti, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2007.
- Morales Tobar, Marco. *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011.
- Osorio, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Argentina: Editorial Heliasta, 2012.
- Pérez, Antonio José, PÉREZ SUAREZ, Daniel y AGUILAR, José Luis. *Manual de Contratación Pública*, Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011.
- Pérez, Efraín. *Derecho Administrativo*. Tomo I. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009, p. 795
- Pérez, Efraín. *Derecho Administrativo*. Tomo II. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009, p. 795
- Planiol y Ripert. *Tratado Práctico de Derecho Civil*, Tomo X.
- Puig Peña, Federico. *Compendio de Derecho Civil Español*. Tomo III. Pamplona, 1972.
- Rodríguez, Alberto G. Spota. *Instituciones del Derecho Civil Contratos*. Buenos Aires: La Ley, 2009.
- Rodríguez, Arturo Alessandri. *Derecho Civil de los Contratos*. Santiago de Chile: Editorial Zamorano y Caperan, 1976.
- Sayagés Laso, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*. 8va. Edición. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2002.

JURISPRUDENCIA

- Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Civil y Mercantil. Gaceta Judicial No. 13, Año XCVIII, Serie XVI de 15 de septiembre de 1998.

Corte Suprema de Justicia. Sala de los Civil y Mercantil. Gaceta Judicial No. 4, Año LXI. Serie IX de 14 de marzo de 1959.

Tribunal Constitucional. Segunda Sala. Resolución No. 412. Registro Oficial 315 de 16 de abril de 2004.

LEGISLACIÓN

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

Códigos Orgánicos

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. Registro Oficial Suplemento No. 303 de 19 de octubre de 2010.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas. Artículo 15. Registro Oficial Suplemento 306 de 22 de octubre de 2010.

Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones. Registro Oficial Suplemento 351 de 29 de diciembre de 2010.

Leyes Orgánicas

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Registro Oficial Suplemento No. 395 de 4 de agosto de 2008.

Ley Orgánica de Comunicación. Registro Oficial Suplemento 22 de 25 junio de 2013.

Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica. Registro Oficial Suplemento 418 de 16 de ene de 2015.

Códigos

Código de Comercio. Registro Oficial Suplemento No. 1202 de 20 de agosto de 1960.

Codificación de la Ley de Contratación Pública. Registro Oficial 272 de 22 de febrero del 2001.

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

Leyes Ordinarias

Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada. Registro Oficial No. 349 de 31 de diciembre de 1993.

Ley de Aviación Civil. Registro Oficial Suplemento 435 de 11 enero 2007.

Ley de Minería. Registro Oficial Suplemento 517 de 29 de enero de 2009.

Reglamentos Generales de Ley

Reglamento a la Ley Orgánica del Servicio Público. Decreto Ejecutivo No. 710. Registro Oficial No. 418 de 01 de abril de 2011.

Decretos Ejecutivos

Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

Decreto 798 publicado en el Registro Oficial No. 485 de 6 de julio de 2011.

Resoluciones Administrativas

Resolución INCOP No. 051- 2011 de 16 de septiembre de 2011. Registro Oficial No. 612 de 6 de enero de 2012.

PÁGINAS DE INTERNET

Gimeno Feliu, José María. *El contrato público de permuta por obra futura y su problemática jurídica ¿Contrato de permuta o precio de obra?.*
www.larioja.org/upload/documents/686793.RUE_N-15.2003.El_contrato-publico-de-permuta-por-obra.pdf.

OFICIOS/ DISPOSICIONES

Absolución de Consulta. Oficio de la Procuraduría General del Estado No.: 00645 de 25 de febrero de 2011.

Absolución de Consulta. Oficio de la Procuraduría General del Estado No.: 31400 de 12 Febrero de 2007.

Absolución de Consulta. Oficio de la Procuraduría General del Estado No.: 01704 de 08 de julio de 2008.

Absolución de Consulta. Oficio de la Procuraduría General del Estado No.: 21696 de 26 de diciembre de 2005.

Absolución de Consulta. Oficio de la Procuraduría General del Estado No.: 01224 de 21 de mayo de 2003.

Absolución de Consulta. Oficio de la Procuraduría General del Estado NO.: 14651 de 4 de febrero de 2005.

Absolución de Consulta. Oficio de la Procuraduría General del Estado Nro.: 09123, de 01 de agosto de 2012.

Absolución de Consulta. Oficio de la Procuraduría General del Estado No.: 140 de 17 de marzo de 2003.

Absolución de Consulta. Oficio de la Procuraduría General del Estado No.: 01224 de 21 de mayo de 2003.

Absolución de Consulta. Oficio de la Procuraduría General del Estado NO.: 14651 de 4 de febrero de 2005.

Oficio No. SERCOP-SDG-2014-0694-0F de 14 de julio de 2014.