

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**El equilibrio en los contratos públicos en el Ecuador, a
través del silencio administrativo positivo**

Gabriela Carrasco Puyol

**Bárbara Terán Picconi, Ab.
Directora de Trabajo de Titulación**

Trabajo de titulación presentado como requisito
para la obtención del título de
Abogada

Quito, 26 de octubre de 2018

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

“El Equilibrio en los contratos públicos en el Ecuador, a través del silencio administrativo positivo.”

Gabriela Carrasco

Bárbara Terán
Directora del Trabajo de Titulación

Juan Pablo Aguilar
Lector del Trabajo de Titulación

Marco Morales
Lector del Trabajo de Titulación

Farith Simon
Decano del Colegio de Jurisprudencia



Quito, diciembre del 2018

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
EVALUACION DE DIRECTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN
TÍTULO DEL TRABAJO **El equilibrio en los contratos públicos
en el Ecuador, a través del silencio administrativo
positivo**

ESTUDIANTE **Gabriela Carrasco Puyol**

EVALUACIÓN

a) Importancia del problema presentado.

El problema planteado es importante primero porque la contratación pública en el Ecuador representa una fuente importante de inversión, habiendo influido enormemente en la última década en la Oferta Monetaria y en la capacidad productiva de los agentes económicos; en segundo lugar por cuanto se trata de una relación compleja en sentido jurídico pues existen fuentes de derecho diversas, que admiten interpretaciones variadas y aplicaciones no unívocas; y en tercer lugar por cuanto al ser una relación entre persona privada y entidad pública, existe siempre la alerta sobre vulneración de derechos y abuso de poder.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.

La hipótesis planteada por la estudiante es que la desigualdad entre el contratante y el contratista amerita para ciertos casos el uso del Silencio Administrativo Positivo dentro de una relación contractual pública. Esta hipótesis es absolutamente trascendente porque permitiría solucionar determinados problemas que tienen los contratistas públicos por la no respuesta de la entidad contratante, frente a cuestiones justificadas y trascendentes para el contratante y que si se mantienen sin respuesta, pueden causar graves daños.

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

La alumna ha revisado doctrina, jurisprudencia, absoluciones de consultas de las entidades públicas, así como derecho comparado. Considero suficientes las fuentes y los documentos empleados.

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

El desarrollo argumental del presente trabajo abarca tres capítulos más conclusiones. Lo primero que hace es explicar el derecho de petición y el silencio administrativo, así como su desarrollo histórico. En el segundo capítulo, define lo que es el contrato público, lo compara con un acto consensuado de la Administración y termina explicando qué es la potestad de imperio de la Administración Pública y por qué a juicio de la autora, en el Ecuador en materia contractual administrativa existe desigualdad entre las partes, pues una de ellas

actúa con Imperio frente a la otra. Por último, el tercer capítulo une los dos anteriores señalando como una solución para ciertos problemas que se derivan de la desigualdad entre contratante y contratista, el uso del silencio administrativo positivo. Para eso, analiza los casos previstos en Colombia, Perú y Chile. Por último, hace una propuesta de reforma normativa para incorporar a esta Institución Jurídica en materia de contratación pública en el Ecuador.

e) Cumplimiento de las tareas encomendadas a lo largo de la investigación.

El 10 de Junio de 2018 recibí el primer borrador que contenía la Introducción y un planteamiento general de cada uno de los capítulos. Paulatinamente fui recibiendo el trabajo más contenido. A cada entrega hice varias correcciones de fondo (conceptuales) y forma (sintaxis, ortografía, orden y organización). Muchos aspectos se han corregido y mejorado, aunque otros varios se quedaron sin alteración. Pese a que es un trabajo completo, organizado y pertinente, considero que hubiera sido muy útil tener más tiempo para dedicar a la investigación. Considero que la propuesta legislativa debería estar mejor formulada, para lo cual debía tener la alumna más tiempo.

FIRMA DIRECTOR:



Bárbara Terán-Picconi

Derechos de Autor

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

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

Firma del estudiante:

Nombres y apellidos: Gabriela Carrasco Puyol

Código: 00117003

Cédula de Identidad: 0104433776

Lugar y fecha: Quito, octubre de 2018

AGRADECIMIENTOS

Principalmente a mi familia, por todo su apoyo en esta etapa y ser mi soporte siempre. Agradezco también a mi directora Bárbara Terán, excelente profesional, por su paciencia, conocimiento, consejos, guianza y ayuda durante este proceso. Adicionalmente, agradezco a todos los excelentes profesores de la Universidad San Francisco de Quito por su enseñanza. Por último, un agradecimiento especial a Lexvalor Abogados por todo su apoyo.

RESUMEN

El Ecuador, en proporción a su PIB, ha sido catalogado como el país que más dinero gasta en Latinoamérica respecto a la adquisición de bienes, prestación de servicios y construcción de obras. Por lo tanto, es necesario encontrar una manera de atraer inversión y promover seguridad jurídica para los contratistas. Los contratos administrativos, en su estructura manifiestan evidentes desigualdades y cláusulas exorbitantes a favor de la Administración, lo cual demuestra que no estamos frente a una relación bilateral, voluntaria y equitativa. Consecuentemente, consideramos pertinente proponer el silencio administrativo positivo, como una alternativa para que esta relación contractual sea lo más justa posible.

ABSTRACT

Ecuador relies heavily on administrative contracts, being the country in Latin America that relative to GDP, spends the most money on the acquisition of goods, services and constructions. We therefore identify the need to attract investment and promote legal certainty for contractors. Due the structure of administrative contracts, they are made up of evident inequalities and exorbitant contractual clauses that reflect that we are not dealing with a bilateral, voluntary and equitable relationship. Consequently, throughout this analysis, we consider it pertinent to propose the application of positive administrative silence, as an alternative that creates a more equitable relationship.

Índice

Introducción.....	1
Capítulo I.....	3
1.1 Preámbulo.....	3
1.2 Derecho de petición.....	3
1.3 Silencio administrativo.....	4
Capítulo II.....	9
2.1 El contrato administrativo.....	9
2.2 Contrato administrativo: ¿Diferencia con un acto administrativo consensuado?.....	11
2.3 La potestad de imperio y las cláusulas exorbitantes.....	13
2.4 La desigualdad contractual.....	21
Capítulo III.....	23
El silencio administrativo en los contratos públicos.....	23
3.1 En el Ecuador.....	23
3.1.1 Absolución de consultas.....	25
3.1.2 Legislación de contratación pública ecuatoriana en donde se contempla el silencio administrativo.....	28
3.1.3 Jurisprudencia en Ecuador.....	30
3.2 Derecho comparado.....	31
3.2.1 Colombia.....	31
3.2.2 Perú.....	34
3.2.3 Chile.....	35
4. Conclusiones.....	37
4.1 Propuesta normativa.....	37
4.2 Reflexiones finales.....	38
5. Bibliografía:.....	42

Introducción

Un tratamiento justo partiendo de las desigualdades; esta frase encaja perfectamente dentro de este trabajo de investigación, en cuanto se propone el silencio administrativo positivo como una manera de equilibrar las evidentes desigualdades que tiene un contratista dentro de una relación contractual en el ámbito público.

Un momento importante en la historia, y digno de recalcar, es el estudio de la creación del Estado, su organización, sus funciones, sus privilegios, el análisis de la sociedad, y demás conceptos teóricos respecto al surgimiento de estas instituciones, por brillantes autores como Thomas Hobbes, John Locke, Jean Jacques Rousseau, entre muchos otros. Cada uno de ellos, desde sus perspectivas e ideas mencionan que somos los mismos seres humanos quienes hemos transferido, celebrado contratos sociales, otorgado poder a los órganos estatales; como una manera de protegernos, representarnos, estar seguros y principalmente organizarnos. Esta idea es importante porque somos nosotros mismos como miembros de una sociedad, quienes hemos dado al Estado las posibilidades de actuar bajo autotutela y una posición de poder, subordinándonos a las decisiones de la autoridad. Por ello, dentro de esta investigación, se propone el silencio administrativo positivo, como una herramienta que permita exigir al Estado que cumpla los fines para el que fue creado, en beneficio del interés general.

No cabe duda que el Estado en su actuación tiene potestades de imperio, es decir, la ley le permite imponer y hacer cumplir condiciones a su favor en beneficio de los intereses del mismo. En este trabajo, nos preguntamos, si esta potestad puede o debe ser utilizada por el Estado, cuando éste actúa dentro de una relación que supone ser contractual, bilateral, y sinalagmática.

En este trabajo se sostiene que la legislación ecuatoriana ha dotado al Estado de potestad de imperio en sus relaciones contractuales, generando una evidente desigualdad entre las partes, que en la práctica se ha traducido en abuso e injusticia hacia los contratistas, conforme se va a demostrar más adelante. Por esta posición desigual y sus consecuencias en las relaciones bilaterales contractuales en el ámbito público, se propone como solución utilizar al silencio administrativo positivo como herramienta para dotarle de equilibrio a esta relación. Sobre todo para los casos en que la autoridad pública es ineficiente y simplemente no emite ningún pronunciamiento,

causando perjuicios e indefensión al contratista. Es entonces, por ejemplo, ante solicitudes de ampliaciones, aclaraciones, suspensiones, prórrogas al contrato público, entre otras, su silencio se entendería como aceptación y así el contratista, tendría una herramienta jurídica eficaz y la propia ley le generaría seguridad en todas las relaciones contractuales públicas.

El presente trabajo se divide en tres partes fundamentales, primero una revisión del derecho de petición y el silencio administrativo, su naturaleza, su aplicabilidad y condiciones para su perfeccionamiento; segundo, un análisis de la naturaleza del contrato administrativo, que contiene potestades de imperio, cláusulas exorbitantes y desigualdades; tercero, una explicación del silencio administrativo dentro de los contratos públicos en general, mediante un estudio concreto del Ecuador, respecto del pronunciamiento del Procurador General del Estado en el Ecuador, del Consejo Provincial de Pichincha, y normas en donde se podrá evidenciar las contradicciones dentro del ordenamiento jurídico; para terminar con un acercamiento al derecho comparado en Colombia, Perú y Chile.

Por último, se terminará con un análisis de la viabilidad de la implementación del silencio administrativo positivo en los contratos públicos en el Ecuador, tomando en consideración un punto de vista legislativo, económico y beneficios. Por lo cual, será fundamental determinar cuáles son las potestades de imperio dentro de la ley ecuatoriana en las que se refleja el existente desequilibrio contractual, y si existe o no solución prevista por el legislador para los casos de falta de contestación por parte de la Administración dentro del desarrollo de un contrato público.

Para la realización de este trabajo, se han consultado algunas fuentes importantes que respaldan la tesis sostenida, las cuales, permitirán sintetizar las ideas manifestadas. Adicionalmente, se expondrá una propuesta legislativa que, a criterio de la autora de este trabajo, podrá establecer un sistema jurídico de contratación más justo, como sucede en otros países del mundo, teniendo una herramienta oportuna para dar una respuesta ágil, sin retrasos y no dejar a la libre disposición y arbitrariedad de las autoridades estatales la relación contractual.

Capítulo I

1.1 Preámbulo

En el presente capítulo, se analizará la naturaleza jurídica del silencio administrativo como figura del Derecho Administrativo, su estructura, funcionamiento y relación con el derecho de petición. De esta manera, podremos emitir una opinión respecto a si cabe o no dentro de los contratos públicos.

El Derecho Administrativo es una parte del Derecho Público. A través de esta rama del derecho se regula la actividad de la Administración Pública la cual “surgió como una manifestación de las concepciones jurídicas de la Revolución Francesa y como una reacción directa contra las técnicas de gobierno del absolutismo”¹. Mediante el “nacimiento de esta rama jurídica, [...] se consagró el principio consistente en que la actividad de la Administración debe regirse por normas y principios especiales diferentes de los aplicables a las relaciones entre los particulares, afirmación que constituye la base de la existencia del derecho administrativo”², de esta manera el régimen aplicable a los contratos administrativos, es especial y fuera del ámbito de lo privado. Como punto de partida la Revolución Francesa, otros países imitan y continúan el desarrollo del Derecho Administrativo, estableciendo algunos lineamientos generales.

1.2 Derecho de petición

Esta evolución jurídica devino en la formación de instituciones supremamente importantes y que van más allá de las personas que las dirigen u ocupa. Por ello el derecho de petición (realizar solicitudes, consultas, quejas, reclamos) de los administrados y la obligación de resolver de la Administración han parecido diluirse entre la negligencia del funcionario y la incapacidad de un aparato estatal anhelante de modernización, guardando silencio frente a peticiones, reclamaciones, solicitudes y recursos interpuestos para su conocimiento y resolución. Así, con el afán de proteger al ciudadano contra la Administración, al débil contra el fuerte, el legislador le ha dado efecto jurídico a esa falta de atención creando la institución del silencio administrativo.

¹ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo I*. 11ma. ed. Madrid: Civitas, 2002, p. 434

² Libardo Rodríguez. *La explicación histórica del derecho administrativo*. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1594/16.pdf> (acceso: 02/6/2018), p. 299.

En el Ecuador desde la Constitución de 1830 hasta la Constitución actual³ se ha reconocido el derecho de petición; sin embargo, a partir de la Constitución de 1878 se establece por primera vez, además del derecho de petición, la obligación del Estado de dar una respuesta⁴.

Este derecho de petición no se encuentra reconocido únicamente en Ecuador, sino también en Argentina, Chile, Colombia, Perú, Costa Rica, entre otros⁵. Todos estos, tienen la finalidad de la creación de la obligación legal de que el Estado deba necesariamente emitir un pronunciamiento ante las peticiones de los ciudadanos y protección de derechos constitucionales. Lo que se pretende, como lo menciona Patricio Cordero, con el derecho de petición, es que este derecho desarrolle su finalidad y ejercicio en los sistemas políticos basados en la igualdad⁶. Es por esto, que se propone que en Ecuador esa falta de actuar cause que se instaure el silencio administrativo como una consecuencia que genera derechos y obligaciones a favor del ciudadano ante la falta de respuesta.

1.3 Silencio administrativo

Años más tarde, en 1900 nace por primera vez el silencio administrativo igualmente en Francia⁷, con el fin de buscar que el administrado pueda plantear los recursos necesarios para obtener un pronunciamiento de la autoridad y que se respeten sus derechos.

En este sentido, el ciudadano moderno, logró restringir la actuación del Estado absolutista, encausándolo en un marco legal pre establecido. La autoridad

Ha pasado de ser ejercida por el poder de un solo hombre a constituirse en todo un enorme aparato burocrático pleno de órganos o entes públicos con algunas cabezas. Por ello el derecho de petición de los administrados y la obligación de resolver de la Administración han parecido diluirse entre la negligencia del funcionario y la incapacidad de un aparato estatal anhelante de modernización, guardando silencio frente a peticiones, reclamaciones, solicitudes y recursos interpuestos para su conocimiento y resolución. Así con el afán de proteger al ciudadano contra la

³ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 66 numeral 23. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

El derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas. No se podrá dirigir peticiones a nombre del pueblo

⁴ Patricio Cordero. *El Silencio Administrativo*. Quito: Editorial El Conejo, 2009, p. 32.

⁵ Base de Datos Políticos de las Américas. *Derecho de petición*.

<http://pdba.georgetown.edu/Comp/Derechos/petition.html> (acceso: 05/10/2018)

⁶ *Vid. Supra* nota 4, p. 22.

⁷ *Vid. Supra* nota 1, p. 596.

Administración, al débil contra el fuerte, el legislador le ha dado efecto jurídico a esa falta de atención creando la institución del Silencio Administrativo⁸

La institución del silencio administrativo ha sido instaurada con el fin de evitar o limitar autoritarismos y arbitrariedades del Estado frente a los ciudadanos al momento que este no contesta, haciéndose ineficiente e incapaz⁹. Es decir, se protege al ciudadano frente a la desidia de la Administración.

Es por esta razón que en el Ecuador hasta 1993, si la Administración Pública guardaba silencio frente a una solicitud hecha por un ciudadano, para evitar justamente la falta de respuesta, estas solicitudes luego de cumplidas un plazo, se entendían negadas, es decir, el silencio administrativo negativo. Ventajosamente y como un gran avance en materia de derechos frente al Estado, la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos cambió radicalmente el régimen estableciendo el silencio administrativo positivo como principio general para las demás normas del ordenamiento jurídico respecto al derecho administrativo, con lo siguiente:

Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto. En ningún órgano administrativo se suspenderá la tramitación ni se negará la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados. En todos los casos vencido el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta en favor del reclamante. [...] ¹⁰.

Afortunadamente, y a pesar de los intentos de regresar al silencio administrativo negativo por gobiernos anteriores, el nuevo Código Orgánico Administrativo vigente desde el 07 de julio de 2018¹¹, deroga la mencionada Ley de Modernización del Estado,

⁸ Adriana Duque. *El Silencio Administrativo Positivo y su Procedimiento de Aplicación, visto desde la Jurisprudencia Contencioso Administrativa*. Tesis de grado. Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Quito, 2012, p. 10

⁹ Gustavo Penagos. *El Silencio Administrativo*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 1997, pp. 6-7

¹⁰ Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada. Artículo 28. Registro Oficial No. 349 de 31 de diciembre de 1993.

¹¹ Código Orgánico Administrativo. Artículo 207. Registro Oficial Suplemento 31 de 07 de julio de 2017.

“Silencio administrativo. Los reclamos, solicitudes o pedidos dirigidos a las administraciones públicas deberán ser resueltos en el término de treinta días, vencido el cual, sin que se haya notificado la decisión que lo resuelva, se entenderá que es positiva. Para que se produzca el silencio administrativo, el acto administrativo presunto que surja de la petición, no debe incurrir en ninguna de las causales de nulidad prescritas por este Código. El acto administrativo presunto que resulte del silencio, será considerado como título de ejecución en la vía judicial. Al efecto, la persona interesada incluirá en su solicitud de ejecución una

pero mantiene la figura del silencio administrativo positivo en su artículo 207, únicamente aumentando el plazo de contestación:

Los reclamos, solicitudes o pedidos dirigidos a las administraciones públicas deberán ser resueltos en el término de treinta días, vencido el cual, sin que se haya notificado la decisión que lo resuelva, se entenderá que es positiva. [...] ¹².

Dentro del mismo Código Orgánico Administrativo, el artículo 32 reconoce el derecho de petición indicando que “las personas tienen derecho a formular peticiones, individual o colectivamente, ante las administraciones públicas y a recibir respuestas motivadas, de forma oportuna” ¹³.

Ambas leyes, tanto la derogada como la vigente son claras en cuanto a la aplicación y requisitos para la operatividad del silencio administrativo positivo. Sin embargo, es necesario mencionar que existen algunos problemas prácticos en cuanto a su ejecutoriedad frente a las autoridades administrativas, dificultando su eficacia con la petición de certificados, necesidad de apoyo jurisdiccional y requerimiento de resoluciones expresas, por lo que “causa la incorrecta aplicación del silencio positivo, generando inseguridad al ciudadano y que la Administración al no responder continúe en impunidad por su falta de cumplimiento a lo que la ley exige” ¹⁴. No obstante, los problemas prácticos que pueden surgir, no son el tema central de este trabajo de investigación.

En concordancia con lo mencionado, el silencio administrativo se convierte en “la respuesta al derecho a dirigir peticiones a las autoridades y recibir respuestas motivadas [...] la Administración Pública, tiene la obligación constitucional de absolver la petición” ¹⁵. Así el silencio administrativo, además de ser una institución del derecho administrativo, es también una figura de protección de derechos constitucionales como

declaración, bajo juramento, de que no le ha sido notificada la decisión dentro del término previsto. Además, acompañará el original de la petición en la que aparezca la fe de recepción. No serán ejecutables, los actos administrativos presuntos que contengan vicios inconvencionales, esto es, aquellos que incurren en las causales de nulidad del acto administrativo, previstas en este Código, en cuyo caso el juzgador declarará la inejecutabilidad del acto presunto y ordenará el archivo de la solicitud”.

¹² Código Orgánico Administrativo. Artículo 207. Registro Oficial Suplemento 31 de 07 de julio de 2017.

¹³ Código Orgánico Administrativo. Artículo 32. Registro Oficial Suplemento 31 de 07 de julio de 2017.

¹⁴ Daniela Estévez Chavez. *El silencio Administrativo Positivo y su desnaturalización en el Ecuador*. Tesis de grado. Universidad San Francisco de Quito. Quito, 2016.

¹⁵ Pablo Dávila. *Teoría General de la Contratación Pública Ecuatoriana*. Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2015.

el derecho de petición. Este derecho de petición no trata sobre todas las solicitudes realizadas por los ciudadanos, ni generar obligaciones sin fundamento. Siempre se deberá observar un procedimiento, un orden, por lo que se deberá observar en cada caso si cabe o no¹⁶.

En concordancia con lo manifestado, García de Enterría reflexiona y menciona que “ante la ausencia de voluntad administrativa expresa, la Ley sustituye por sí misma esa voluntad inexistente presumiendo que, a ciertos efectos, dicha voluntad se ha producido con un efecto negativo o positivo”¹⁷. Es por ello, que es fundamental, y como requisito indispensable, que sea la misma ley la que otorgue un efecto y que este sea positivo, Toda vez que implica el nacimiento de una manifestación de voluntad tácita con contenido favorable, “dando lugar a un derecho independiente y autónomo”¹⁸, que puede ser exigido ante la autoridad administrativa o judicial. La Administración Pública tiene la oportunidad de otorgar, negar, condicionar, reformar, lo requerido, en un tiempo prudente, pero si no lo hace se generan derechos a favor de las personas peticionarias.

En este mismo sentido, Javier Robalino ha indicado que el silencio administrativo es una “forma de manifestación o declaración tácita de la voluntad de la Administración Pública” y cuando es positivo supone que “aquello solicitado a la Administración ha sido concedido”¹⁹. Otros abogados como el catedrático Marco Morales Andrade, en el año 2017, en el Seminario sobre los Nuevos Procedimientos Administrativos, han expuesto que, el silencio administrativo se refiere a la “fuerza que da la ley a la no actuación de la Administración, no es el simple paso del tiempo, es necesario que la ley dé ese efecto”²⁰. Estos conceptos van estrechamente relacionados con la necesidad de que el Estado sea diligente y eficiente, y si el efecto de ese silencio es positivo, entonces consecuentemente se crean, conceden, reconocen, aceptan derechos y se generan obligaciones de cumplimiento hacia la autoridad pública.

Es importante mencionar que, para que el silencio administrativo positivo tenga validez, se deben cumplir ciertos requisitos. No se trata simplemente de que el ciudadano pueda obtener cualquier cosa. En ese sentido, tendrá que ser una petición razonable, posible, fundamentada y que no adolezca de ninguna nulidad que dispone el

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ *Vid. Supra* nota 1, pp. 590-596.

¹⁸ *Vid. Supra* nota 4, p. 12.

¹⁹ Javier Robalino. *El silencio administrativo positivo*. Iuris Dictio. Vol. 1. Núm 1 [2000], pp. 70-72

²⁰ Marco Morales, Seminario los Nuevos Procedimientos Administrativos. 10 de julio de 2017.

Código Orgánico Administrativo²¹, como por ejemplo: cuando sea contrario a la Constitución o la ley, cuando se dictó sin competencia, o cuando se origine en hechos que constituyen una infracción penal, entre otros. Así mismo, adicionalmente a los requisitos que debe cumplir para su perfeccionamiento y ejecutabilidad, debe tenerse en consideración que el silencio administrativo podría concederse siempre que se encuentre dentro de los límites determinados por la Ley y hasta donde ésta permite²².

Así, se podría concluir que el objetivo final del silencio administrativo, es limitar el imperio del Estado, dando seguridad jurídica al administrado cuando realice solicitudes legítimas y proteger derechos constitucionales. Sin embargo, la legislación ecuatoriana no contempla la posibilidad de utilizar al silencio administrativo positivo o negativo en las relaciones contractuales con el Estado.

²¹ Código Orgánico Administrativo. Artículo 105. Registro Oficial Suplemento 31 de 07 de julio de 2017.

²² *Vid. Supra* nota 1 pp. 589-590

Capítulo II

2.1 El contrato administrativo

En el Ecuador, la contratación pública ha sido esencial, pues el gasto público es el que ha mantenido la oferta monetaria en la economía. Así, Ecuador, según el Banco Interamericano de Desarrollo, “es el país que más gasta en compras públicas entre los 21 países de toda América Latina y el Caribe”²³, destinando a este rubro “casi cerca del 16% del Producto Interno Bruto, [...] más de 15.000 millones de dólares”²⁴. En vista de que, estas compras se realizan a través de contratación pública, esta rama del Derecho Administrativo es extremadamente relevante, y cada contrato debería ser lo más eficiente, eficaz, productivo y de calidad; es por ello que, mediante la figura del silencio administrativo, se podrá lograr aquello según la explicación a continuación.

Por la importancia económica de los contratos administrativos dentro del presupuesto del Estado, éste dentro de sus facultades y actuación tiene varias necesidades por cubrir a favor de los ciudadanos. Para poder lograr todos sus fines sociales y sobretodo económicos, como por ejemplo construcciones, proyectos, carreteras, entre otras, al momento que no tiene la posibilidad de hacerlo por cuenta propia, recurre a los particulares, los privados para que dentro de su giro de negocio y expertise, puedan prestar el servicio, realicen la obra, o lo que fuera mediante un contrato público.

En concordancia con lo anterior, se considera pertinente hacer referencia a algunos conceptos jurídicos relevantes. La ley define a la contratación pública, como “todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría [...]”²⁵. Es decir, la contratación incluye la regulación y legalidad de los procesos precontractuales, que normalmente es una etapa compleja y generalmente técnica. Es necesario aclarar que

²³ Manuel Gómez. *Gastar más y mal.* <https://www.eluniverso.com/opinion/2018/10/01/nota/6980087/gastar-mas-mal> (acceso: 2/10/2018)

²⁴ Sebastián Angulo. *Ecuador es el que más gasta en compras públicas.* <https://www.expreso.ec/economia/ecuador-gasto-banco-interamericano-desarrollo-pib-EA2389107> (27/9/2018).

²⁵ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 6 numeral 5. Registro Oficial Suplemento No. 395 de 22 de julio de 2008.

este trabajo se enfoca en los casos en los que ya se encuentre configurada la relación contractual y por ende la ejecución de las prestaciones mutuas.

Contratista, por su parte, es “la persona natural o jurídica, nacional o extranjera, o asociación de éstas, contratada por las Entidades Contratantes para proveer bienes, ejecutar obras y prestar servicios, incluidos los de consultoría”²⁶, de acuerdo con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Por otro lado, el contrato administrativo, de conformidad con el artículo 89 del Código Orgánico Administrativo, es una de las formas de actuación administrativa por parte del Estado, consistente en un “acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos, entre dos o más sujetos de derecho, de los cuales uno ejerce una función administrativa”²⁷. El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, define a los contratos administrativos 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. Su regulación se regirá por las normas jurídicas aplicables”²⁸. La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, determina que “los contratos a los que se refiere esta Ley celebrados por las Entidades Contratantes, son contratos administrativos”²⁹.

En concordancia con lo mencionado, de acuerdo con Pablo Dávila que cita a Roberto Dromi, quien manifiesta que el contrato administrativo es un instrumento que se caracteriza por implicar que “quien contrata con la Administración Pública no es un contratista ordinario, sino un colaborador que coopera en la ejecución de cometidos públicos, aun actuando en situaciones de subordinación económico-jurídica respecto de las personas públicas comitentes”³⁰. De esta interesante definición, se subraya que el contrato entre el Estado y un contratista no es un acuerdo de voluntades equitativas y semejantes, sino que se trata de una relación de subordinación, es decir existe una parte (el Estado) que es más poderoso, tiene más beneficios y ejerce imperio.

En el mismo sentido, Jorge Fernández Ruiz comenta que

²⁶ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 6 numeral 6. Registro Oficial Suplemento No. 395 de 22 de julio de 2008

²⁷ Código Orgánico Administrativo. Artículo 125. Registro Oficial Suplemento 31 de 07 de julio de 2017.

²⁸ Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva. Artículo 75. Decreto Ejecutivo 2428. Registro Oficial 536 de 18 de marzo de 2002.

²⁹ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 60. Registro Oficial Suplemento No. 395 de 22 de julio de 2008

³⁰ *Vid. Supra* nota 15.

Los contratos administrativos se caracterizan por ser celebrados por la Administración Pública, por lo general con un particular, con un fin público o relativo a la satisfacción de una necesidad pública, [...] con cláusulas exorbitantes, [...] en los que el particular queda en una situación de subordinación jurídica respecto de la Administración Pública”³¹.

En palabras del mismo autor citado, el contrato administrativo “es una forma de crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones, y sus correlativos derechos, como resultado de una relación plurilateral consensual, y frecuentemente caracterizada por la situación privilegiada que una de las partes (la Administración Pública) guarda respecto de la otra (un particular)”³².

2.2 Contrato administrativo vs. acto administrativo consensuado

Se debe distinguir si los contratos administrativos son actos administrativos acordados. Primero, corresponde conocer si hay diferencia entre los contratos generales y los contratos administrativos. La jurisprudencia ha determinado lo siguiente respecto a los contratos generales:

Siendo ley para los contratantes, sólo puede invalidarse por consentimiento mutuo o por causas legales. Siendo éste el régimen general de los contratos, hay que preguntarse si las partes podrían pactar una fórmula conforme a la cual una de las partes tiene la atribución discrecional de dar por terminado el contrato por su sola voluntad; es decir si es jurídicamente válido establecer a favor de ella una condición potestativa con este alcance. Aquí debe tomarse en cuenta la distinción que hace el artículo 1521 del Código Civil; si se la establece a favor del deudor. Ahora bien, si se trata de un contrato bilateral en que las partes contratantes se obligan recíprocamente (artículo 1482)³³.

Desde esta perspectiva, si es que en efecto se considera que existe una relación bilateral en los contratos públicos, no podrían existir cláusulas potestativas en beneficio de una de las partes. Lo básico de los contratos, es que las dos partes se encuentren en situaciones de igualdad, acepten y ratifiquen cláusulas del documento, cumplan ciertas solemnidades y en ninguna circunstancia podrían existir actuaciones unilaterales. Sin embargo, los contratos administrativos implican una subordinación y por ello no pueden ser enmarcados dentro de las normas generales de los contratos, mucho menos considerar que estos contratos necesitan de ambas voluntades para realizar cualquier

³¹ Jorge Fernández. *Derecho administrativo*. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4455/16.pdf> (acceso: 23/9/2018), pp. 164-165

³² *Ibíd.*, p. 180.

³³ Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Civil y Mercantil. Gaceta Judicial Año CII. Serie XVII. No. 7 de 26 de octubre de 2001.

acto, entonces se debe identificar que la ley aplicable es distinta, dado que se regulan dentro del ámbito público.

Por otro lado, Marienhoff, manifiesta que “todo contrato administrativo es, substancial y esencialmente, un acto administrativo bilateral. Esto es trascendente, pues de ello resulta en que las reglas que constituyen el régimen de los actos administrativos son, por principio, aplicables a los contratos administrativos”³⁴, entonces en concordancia con este autor, el silencio administrativo positivo sería plenamente aplicable.

Leonardo Moncayo, resalta un punto importante al mencionar que:

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. b) Otra tendencia considera que los actos administrativos son siempre unilaterales y que, por lo tanto, no existen contratos administrativos; pero admiten que la Administración celebra contratos regulados por el derecho privado, entre los cuales están los de obra pública, suministros, empréstitos, venta o arriendo de bienes, etc. [...] ³⁵

Tomando en consideración la primera parte explicación, se concuerda con que la Administración Pública, procede en la mayoría de los casos mediante actos unilaterales directos y mediante actos administrativos consensuados. En los unos se aplicaría lo dispuesto en el artículo 98 del Código Orgánico Administrativo, que determina que un acto administrativo es “la declaración unilateral de voluntad, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales o generales, siempre que se agote con su cumplimiento y de forma directa”³⁶. Debido a estas razones expuestas, podemos considerar que los contratos administrativos tienen una tendencia a asimilarse más a los actos administrativos, que a una relación jurídica en igualdad de condiciones y bilateral.

Es decir, una de las particularidades de los actos administrativos, según esta definición, es que sean unilaterales. Sin embargo, se considera que los contratos

³⁴ Miguel Marienhoff. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1983. Citado en Galo Torres Gallegos. *Terminación unilateral de los contratos administrativos*. Quito: TRAMA. Procuraduría del Distrito Metropolitano de Quito, 1995, p. 43

³⁵ Leonardo Moncayo. *Procesos administrativos previos a la ejecución de garantías en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Tesis de grado. Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Quito, 2014, p. 15.

³⁶ Código Orgánico Administrativo. Artículo 98. Registro Oficial Suplemento 31 de 07 de julio de 2017.

administrativos, se les podría definir como un conjunto de actos administrativos acordados/pactados, por lo que en consecuencia, el Estado como parte contratante, tendría potestades de imperio, ejercería autotutela, y en este sentido el contratista podría beneficiarse del silencio administrativo y garantizar el derecho de petición.

2.3 La potestad de imperio y las cláusulas exorbitantes

La potestad de imperio, (*ius imperium*), se entiende son las potestades o facultades que tiene el Estado frente a los administrados, que pueden obligar o someter. Esto lo corrobora Rebeca Ramírez, al mencionar que “las potestades de imperio son atribuciones que el ordenamiento jurídico le otorga a un determinado ente público, que implican un sometimiento del administrado hacia el ente”³⁷. Estas potestades son dadas, otorgadas y reguladas por el propio ordenamiento jurídico, el mismo que fija los lineamientos y el alcance de estas facultades con el fin de precautelar que el Estado, pueda actuar de manera directa e inmediata, en razón de la autotutela y el interés general. Es entonces, que de manera general el Estado ha sido investido de *imperium* para administrar todas las esferas que supongan su control monopólico a beneficio de los ciudadanos, tal es así que le han sido otorgados “poderes extraordinarios que no detentan otros sujetos que integran el ordenamiento”³⁸.

Específicamente en materia de contratos administrativos, las potestades de imperio permiten que el Estado actuando como parte contratante, se encuentre en una situación de superioridad y privilegio, mediante una justificación de interés público, en donde lo que busca es el cumplimiento de los objetivos de la Administración Pública. En su actuar de contratante, el Estado usa cláusulas exorbitantes, para reflejar su imperio frente al contratista.

Tal como cita Leonardo Suárez a Miguel Bercaitz, las cláusulas exorbitantes se definen como

Aquellas demostrativas del carácter de poder público con que interviene la Administración en los contratos administrativos, colocándose en una posición de superioridad jurídica, o invistiendo a su cocontratante frente a los terceros, de atribuciones que son propias del poder público³⁹.

³⁷ Rebeca Ramírez y Sergio Mena. *Recomendaciones para la elaboración de reglamentos*. <http://www.binasss.sa.cr/revistas/rjss/juridica9/art7.pdf> (acceso: 01/10/2018), p. 38

³⁸ *Vid. Supra* nota 35, p. 28.

³⁹ Miguel Bercaitz. *Teoría general de los contratos administrativos*. Buenos Aires, 1980. Citado en Leonardo Suárez. *La desacertada definición de las cláusulas del contrato administrativo como*

Se trata entonces de cláusulas que permiten la actuación arbitraria y autoritaria del Estado, bajo las disposiciones de la ley, dentro de una relación contractual. Su objetivo es una ejecución eficiente y ágil de la Administración Pública. En este sentido, Marienhoff indica que “los contratos administrativos, [...] tienen caracteres específicos que se traducen en prerrogativas especiales en favor de la Administración Pública”⁴⁰.

Es así que “estas cláusulas facultan de poder a la Administración sobre el contratista particular, para modificar unilateralmente las condiciones contractuales, controlar su ejecución contractual, imponer sanciones [...] y declarar terminada unilateralmente la relación contractual”⁴¹. Esta potestad de imperio se ve claramente recogida en las cláusulas exorbitantes y por lo tanto son parte esencial en los contratos administrativos. Así lo expresa Gaspar Ariño, dos criterios que tradicionalmente se utilizan para la definición de los contratos administrativos, “2) la presencia de «cláusulas exorbitantes» al Derecho común, que en la mayor parte de los casos serían ilícitas en un contrato privado” como por ejemplo la “potestad de interpretación o resolución unilateral, *ius variandi*, inaplicación de la *exceptio inadimpleti contractus* [...]”⁴². Específicamente en el Ecuador, se encuentra reconocida la existencia de las potestades exorbitantes dentro de los contratos administrativos, un ejemplo es el del artículo 76 numeral 4 del Código Orgánico Administrativo⁴³, que establece en su numeral cuarto “el ejercicio de las potestades exorbitantes de la administración se sujetará al régimen general en materia de contratos administrativos”.

El *ius imperium*, en el contrato público, puede manifestarse, de acuerdo al tratadista Alejandro Pérez Hualde⁴⁴, en la modificación unilateral de los contratos, en el establecimiento de los modos y control de cumplimiento de los contratos, en la

exorbitantes y sus efectos jurídicos. Tesis de maestría. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, 2015, pp. 30-31

⁴⁰ *Vid Supra* nota 34.

⁴¹ *Vid Supra* nota 39, p. 31.

⁴² Gaspar Ariño. *El enigma del contrato administrativo*. Universidad Autónoma de Madrid. Revista de Administración Pública, 2007.

⁴³ Código Orgánico Administrativo. Artículo 76. Registro Oficial Suplemento 31 de 07 de julio de 2017.

“Delegación de gestión por contrato. La gestión delegada mediante contrato se sujetará a las siguientes reglas: 4. El ejercicio de las potestades exorbitantes de la administración se sujetará al régimen general en materia de contratos administrativos”.

⁴⁴ Alejandro Pérez. *Exorbitancia de las prerrogativas de la administración de los contratos*. Asociación Internacional del Derecho Administrativo. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM, 2011. pp. 179-180.

interpretación unilateral de los contratos, en la terminación unilateral de los contratos bajo causales, en el modo específico como se realizarán las prestaciones del contratista: tiempo, forma, calificación de situaciones de incumplimiento, imposición de sanciones, responsabilidades, entre otros⁴⁵. Esto mediante una prerrogativa del principio de autotutela y con el objetivo de precautelar el interés general.

Como podemos observar, estas potestades de imperio pueden ser varias. Sin embargo, en este trabajo, se profundizará en tres que consideramos son trascendentales en la ejecución de un contrato público y que en efecto disponen la adopción de ciertas cuestiones que se consideran son en beneficio del Estado frente a los contratistas y les coloca a estos en una posición de clara desventaja: la interpretación unilateral, la mutabilidad o modificación y por último la terminación unilateral del contrato.

En primer lugar, García de Enterría señala que la potestad de imperio reflejada en las cláusulas exorbitantes, identificada como la interpretación unilateral de los contratos, se refiere a que “la ley reserva a la Administración la facultad de resolver en forma unilateral y ejecutoria cuantas incidencias surjan entre la Administración y el contratista en la ejecución de un contrato por diferencias en la interpretación de lo convenido”⁴⁶. Esto con la intención, de impedir que las diferencias y conflictos que puedan suscitar entre el contratante (Estado) y contratista (particular), devengan en un perjuicio principalmente para el interés público, de esta manera asegurar la ejecución y continuidad del contrato. Continuando con esta misma idea, Juan David Duque indica que respecto a la interpretación unilateral “se atribuye a la Administración la capacidad de determinar el alcance de las prerrogativas contractuales y los términos en los que estas deben cumplirse [...] pretende una mejor satisfacción del interés general, [...] busca solucionar un conflicto durante la ejecución del contrato [...]”⁴⁷.

En el Ecuador, esta potestad de interpretación unilateral se encuentra reconocida en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública mediante el cual se dispone que “los procedimientos y los contratos sometidos a esta Ley se interpretarán y ejecutarán [...] tomando en cuenta la necesidad de precautelar los

⁴⁵ Vid. *Supra* nota 1, pp. 691

⁴⁶ Vid. *Supra* nota 1, p. 735

⁴⁷ Juan David Duque. “*La contratación de la administración pública*” *Instituciones de derecho administrativo*. Hugo Arenas (ed.). Bogotá: Ibañez, 2016, pp. 166-170.

intereses públicos y la debida ejecución del contrato”⁴⁸. En este sentido, lo que se rescata es que el legislador ecuatoriano, pretende que se proteja al Estado ante conceptos que, en la práctica, pueden ser un poco ambiguos y sin una definición pertinente a lo que hacen referencia, tratando de proteger un fin social, adaptando a las necesidades que se presenten, en donde el Estado pueda actuar de manera directa e inequitativa. Estos conceptos jurídicos de interés superior, interés general, interés público, son indeterminados e indefinidos por lo que no tienen un límite y por ello pueden utilizarse como excusa para sustentar las arbitrariedades, tomándolo como un fundamento para la interpretación de lo previamente pactado, muchas veces sin una motivación adecuada.

En segundo lugar, la mutabilidad o modificación de los contratos públicos. Como lo comenta Benjamín Herrera, estas prerrogativas tratan acerca de que “en los contratos administrativos va implícita la cláusula *rebus sic stantibus*, [...] contrato puede modificarse [...]”⁴⁹, es decir, las cláusulas pueden adaptarse y acoplarse unilateralmente a nuevas circunstancias y como consecuencia transformarse, diferir de lo que en un inicio se había acordado, teniendo esta facultad única y exclusivamente la Administración Pública.

Para García de Enterría esta mutabilidad significa que el contrato administrativo no es “ley vinculante e irrevocable para una de las partes, para la Administración concretamente, la cual puede imponer [...] legítimamente en virtud de su poder exorbitante de *ius variandi* [hecho del príncipe], cuando los intereses superiores que representan así lo justifiquen”⁵⁰. El mismo autor, respecto a la mutabilidad, el *ius variandi* del contrato, asegura que estas modificaciones a las cláusulas contractuales, “apuntan directamente al *pacta sunt servanda*”, lo que quiere decir que si bien el contrato genera obligaciones y normalmente no podría cambiarse lo previamente pactado, en este caso puede modificarse y de manera unilateral, y estas “modificaciones impuestas son obligatorias para el contratista dentro de los límites de la ley, por interés público, necesidades nuevas o imprevistas”⁵¹.

⁴⁸ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 5. Registro Oficial Suplemento No. 395 de 22 de julio de 2008

⁴⁹ Benjamín Herrera. *Contratos públicos*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2003.

⁵⁰ *Vid. Supra* nota 1.

⁵¹ *Vid. Supra* nota 1, pp. 689-691.

Estas alteraciones, son utilizadas por la Administración Pública frente a los contratistas, y estos sin más remedio se encuentran en obligación de cumplir y aceptar los cambios de lo inicialmente pactado en la relación contractual. Se comparte la idea con Jimena Ayala, quien señala que “la mutabilidad del contrato es una potestad que tiene el Estado, expresión de la condición de subordinación jurídica en que se halla el contratista frente a la Administración, atribuyéndole así un carácter específico y propio a estos contratos”⁵². Esta potestad es absolutamente contraria a los principios y normas del derecho civil, en donde una vez que se ha llegado a un acuerdo, éste no puede transformarse por voluntad exclusiva de una de las partes.

Juan David Duque, en su análisis respecto a la Contratación de la Administración Pública, menciona que la modificación unilateral “será una excepción del principio de derecho privado *pacta sunt servanda*, dando prevalencia al interés público, y a la necesidad de dinamizar el contrato, por encima de los acuerdos que hayan efectuado las partes”⁵³. En concordancia, Jimena Ayala señala que

Al ser la mutabilidad una potestad del Estado, el contrato estatal coloca a las partes en condiciones desiguales jurídicamente y por ende genera una relación de subordinación y no de colaboración; es decir que, el contratista no está contratando con un igual, dado que el Estado le exige garantías que puede ejecutarlas, dirigir o ejecutar directamente el contrato, declarar la caducidad, terminación unilateral, modificar unilateralmente el contrato cuantas veces quiera y también ordenar su liquidación⁵⁴.

En el Ecuador, la figura de la modificación, se aplica principalmente dentro de las obras complementarias. El artículo 149 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, prescribe que las entidades contratantes deberán obligatoriamente informar al SERCOP entre otras, las modificaciones sobre contratos previamente suscritos⁵⁵.

Otros ejemplos, son primero, el artículo 72 que dispone que, dentro de los contratos modificatorios utilizados por la parte contratante, “para corregir errores manifiestos de hecho, de transcripción o de cálculo que se hubieren producido de buena fe en las cláusulas contractuales, las entidades podrán celebrar contratos modificatorios que

⁵² Jimena Ayala. *Modificación unilateral en los contratos públicos*. Tesis de maestría. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, 2007, pp. 15-16.

⁵³ *Vid. Supra* nota 47

⁵⁴ *Vid. Supra* nota 52, pp. 20-21

⁵⁵ Reglamento Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 149. Registro Oficial Suplemento No. 588 de 30 de abril de 2009.

enmienden los errores encontrados⁵⁶. Segundo, el artículo 138 del mismo Reglamento, determina que mediante los contratos complementarios, se pueden variar las cantidades o suprimir rubros⁵⁷, De esta manera se están modificando las condiciones previamente pactadas, es decir el contrato original (siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones previas).

En tercer lugar, otro punto importante dentro de las potestades de imperio del Estado, es la terminación del contrato de forma unilateral. En caso de terminación de un contrato, “la entidad contratante sólo necesita de una resolución motivada [...] sin tener que recurrir a mayores formalidades ni instancias”⁵⁸. Conviene subrayar lo dicho por Galo Torres: “toda la doctrina de la Contratación Administrativa, y particularmente la institución jurídica de la terminación unilateral, encuentran su fundamento en la prevalencia del interés público sobre el de los particulares, en el poder de imperio del que se reviste el Estado respecto de los particulares y en la subordinación de éstos a aquél”⁵⁹. El mismo autor citado, afirma que esta terminación unilateral se clasifica como una cláusula exorbitante por excelencia, “donde se evidencia la subordinación del particular contratista a la Administración”⁶⁰.

Es importante señalar que, para que se pueda llevar a cabo la terminación unilateral del contrato se deben cumplir ciertas condiciones o causales que permitan a la Administración concluir con la relación contractual, por lo que no podría ser una decisión sin un antecedente. Una de las principales causales entre otras, es el incumplimiento por parte del contratista por hecho u omisión⁶¹ de alguna cláusula del contrato, lo que genera como efecto legal un acto administrativo con todas sus características y efectos⁶².

El artículo 92 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública⁶³, primero reconoce la figura de la terminación unilateral del contrato y segundo indica que los contratos administrativos terminan entre otras causas “4. Por declaración

⁵⁶ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 72. Registro Oficial Suplemento No. 395 de 22 de julio de 2008

⁵⁷ Reglamento Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 138. Registro Oficial Suplemento No. 588 de 30 de abril de 2009.

⁵⁸ *Vid. Supra* nota 15.

⁵⁹ *Vid. Supra* nota 34

⁶⁰ *Id.*, p 80.

⁶¹ *Id.*, p157.

⁶² *Id.*, p 99.

⁶³ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 92. Registro Oficial Suplemento No. 395 de 22 de julio de 2008.

unilateral del contratante, en caso de incumplimiento del contratista”. Continuando con esta idea, el artículo 94 de la misma ley, advierte que “la Entidad Contratante podrá declarar terminada anticipada y unilateralmente los contratos a que se refiere esta Ley, en los siguientes casos [...]”⁶⁴.

En cuanto a la notificación, trámite y efectos, de manera muy concisa, se debe mencionar que el artículo 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dispone que:

Antes de proceder a la terminación unilateral, la Entidad Contratante notificará al contratista, con la anticipación de diez [10] días término, sobre su decisión de terminarlo unilateralmente [...]. La notificación señalará específicamente el incumplimiento o mora en que ha incurrido el contratista de acuerdo al artículo anterior. [...] La resolución de terminación unilateral no se suspenderá por la interposición de reclamos o recursos administrativos, demandas contencioso administrativas, arbitrales o de cualquier tipo o de acciones de amparo de parte del contratista. Tampoco se admitirá acciones constitucionales contra las resoluciones de terminación unilateral del contrato, porque se tienen mecanismos de defensas adecuados y eficaces para proteger los derechos derivados de tales resoluciones, previstos en la Ley. La declaración unilateral de terminación del contrato dará derecho a la Entidad Contratante a establecer el avance físico de las obras, bienes o servicios, su liquidación financiera y contable, a ejecutar las garantías de fiel cumplimiento⁶⁵.

A partir del análisis del artículo citado en el párrafo anterior, se demuestra que la relación contractual en los contratos administrativos es evidentemente desequilibrada. Primero porque el contratista no podrá suspender esta terminación, lo que significa que el Estado podrá, por ejemplo, ejecutar garantías, aún sin tener motivación suficiente. Por otra parte, el contratista no podrá interponer acciones constitucionales contra estas resoluciones de terminación unilateral, ya que la autoridad erróneamente supone que estos contratistas sí tienen las alternativas suficientes para su protección, vulnerando el derecho a la defensa, la seguridad jurídica, tutela efectiva, acceso a la administración de justicia, entre otros derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y tratados internacionales, indicando que el desequilibrio es indudablemente notable.

Así también, se debe mencionar que la relación contractual ante esta figura, resulta tan desigual, que para los casos en los que el contratista considere pertinente terminar el contrato deberá demandar su resolución mediante los órganos jurisdiccionales, y en

⁶⁴ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 94. Registro Oficial Suplemento No. 395 de 22 de julio de 2008.

⁶⁵ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 95. Registro Oficial Suplemento No. 395 de 22 de julio de 2008.

definitiva, iniciar un proceso, esperar tiempo, invertir dinero, esperar la resolución mediante una sentencia, etc. Así mismo lo expresa Galo Torres, quien menciona que “la Administración puede [...] declarar la terminación unilateral por sí y ante sí [...]. El contratista particular que desea poner fin al contrato sin el consentimiento de la Administración, debe recurrir a los jueces de derecho para que sean éstos quienes la declaren”⁶⁶.

Conforme lo anteriormente analizado respecto a los tres aspectos: interpretación, modificación y terminación unilateral, demuestran que en los contratos públicos existe la desigualdad entre las partes (que se explicará en detalle a continuación) puesto que el Estado manifiesta su *ius imperium*. Es así que todos estos cambios, modificaciones, ejecuciones directas, imposición de sanciones y demás condiciones por el Estado frente al contratista, exponen una relación de poder y subordinación trazando una evidente diferencia con los privados.

De acuerdo con Francisco Poveda, el fin de los contratos públicos en su generalidad es satisfacer “una necesidad de interés público”⁶⁷, y que para cumplir con este fin, se reconoce una superioridad que permite la “dirección, inspección y control; interpretación unilateral del contrato; el poder de modificar el objeto del contrato o *ius variandi*; y el privilegio de decisión unilateral, anticipada y ejecutoria”⁶⁸. Estas prerrogativas son de uso exclusivo para la Administración Pública y pueden llegar a ser tan trascendentales que se permite modificar y adaptar las obligaciones de los contratistas a necesidades públicas y únicamente otorgar el derecho de impugnación y establecimiento de recursos en una etapa a posteriori⁶⁹.

En efecto, es por lo mencionado que, desde nuestra perspectiva, y dadas las características implícitas y legalmente respaldadas del contrato público, podríamos aplicar el silencio administrativo positivo a favor de los contratistas como una manera de igualar, equilibrar y dar un tratamiento más justo a los contratos públicos.

⁶⁶ Vid. *Supra* nota 34.

⁶⁷ Francisco Poveda. *Instituciones de la contratación pública en el Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ Vid. *Supra* nota 15

2.4 La desigualdad contractual

Los contratos públicos al igual que los contratos generales, necesitan contemplar ciertos elementos como por ejemplo, una manifestación expresa de voluntad, sujetos, un objeto, una causa entre otras, pero se diferencia en que “es un acuerdo entre las partes que originan reacciones jurídicas, es decir, derechos y obligaciones, pero sin igualdad de condiciones entre los contratantes”⁷⁰. En cuanto a la desigualdad mencionada, esta nace a consecuencia de la potestad de imperio, es decir, surge a partir de esta superioridad que mantiene el Estado aún en esta relación bilateral.

García de Enterría indica que en los contratos administrativos existe “la desigualdad de las partes, la autoridad de la Administración [...] el poder de mando, la prerrogativa [...] la Administración siempre manda unilateralmente”⁷¹. Esta desigualdad emana de una concepción que el Estado “representa el interés general, el servicio público, y la otra solamente puede exhibir su propio y particular interés”⁷², por lo que se debe limitar su actuación y en efecto evitar perjuicios, incumplimientos, y demoras.

Galo Torres manifiesta que al definir los contratos administrativos, estos “se desenvuelven en un plano de desigualdad donde el particular se subordina a la Administración, en virtud de las prerrogativas que el orden jurídico le atribuye a aquélla”⁷³.

Por otra parte, Leonardo Suárez, indica que la desigualdad jurídica se ve manifestada cuando “la Administración Pública junto con los derechos y obligaciones que naturalmente surgen del contrato [...] es titular también de una serie de prerrogativas, atribuciones especiales, en atención al interés público en juego [...]”⁷⁴. Dentro de esta misma idea, y en concordancia con los autores citados, se podría identificar que la naturaleza jurídica de los contratos públicos, es una relación de subordinación y no de coordinación.

Igualmente, Jorge Fernández, señala entre las características del contrato administrativo “su juridicidad, su bilateralidad y contractualidad, la desigualdad de sus

⁷⁰ Rafael Bielsa, *Derecho Administrativo*, (Buenos Aires, La Ley, 1964, 6ta. Ed.), 39. Citado en Leonardo Suárez. *La desacertada definición de las cláusulas del contrato administrativo como exorbitantes y sus efectos jurídicos*. Tesis de maestría. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, 2015, p. 11.

⁷¹ García de Enterría. *La figura del contrato administrativo*. Revista de Administración Pública No 41. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1963, pp. 42-43

⁷² *Vid. Supra* nota 1

⁷³ *Vid. Supra* nota 34.

⁷⁴ *Vid. Supra* nota 39.

partes, su formalidad, su régimen jurídico exorbitante”⁷⁵. El mismo autor citado, propone que esta desigualdad “representa un carácter esencial de los contratos administrativos”⁷⁶.

Sobre este tema contractual, Pablo Dávila indica que una de las características importantes dentro de estos contratos es la “desigualdad de las partes, toda vez que, la entidad contratante que actúa a nombre de la Administración Pública, su poder es innato por mandato legal frente al contratista particular”⁷⁷. Más aún, Dávila interpreta y menciona que “quien actúa en representación de la Administración Pública [...] subordinará jurídicamente al sujeto que debe cumplir el objeto contractual [contratista]”.

En conclusión, en el Ecuador en la actualidad, existe un claro desequilibrio y desigualdades generadas por las potestades de imperio (explicadas anteriormente) que la misma ley otorga a una de las partes, el Estado. Sin embargo, de esta desigualdad y de las potestades de imperio, se observa que son idénticas a las permitidas al estado en sus declaraciones unilaterales de voluntad (actos administrativos) y el legislador no ha protegido al contratista desventajado en esta relación. Contrariamente, como sí lo ha hecho con el administrado, otorgando derechos positivos al silencio del Estado y en base al derecho de petición. Esta omisión normativa es injustificada, pues el contratista queda igual de desamparado que el administrado, pues el contrato administrativo no iguala a las partes y sigue estando uno sometido al otro en imperio.

⁷⁵ *Vid. Supra* nota 31, pp. 169-170

⁷⁶ *Vid. Supra* nota 31

⁷⁷ *Vid. Supra* nota 15.

Capítulo III

El silencio administrativo en los contratos públicos

3.1 En el Ecuador

Es muy importante hacer una breve explicación sobre la relación de otorgar el silencio administrativo positivo dentro de los contratos públicos, con los principios generales del derecho administrativo y de la contratación pública. La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dentro de su artículo cuatro, recoge algunos principios “de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional”⁷⁸. El Código Orgánico Administrativo determina, el principio de eficiencia indicando en su artículo cuatro, “las actuaciones administrativas aplicarán las medidas que faciliten el ejercicio de los derechos de las personas. Se prohíben las dilaciones o retardos injustificados”⁷⁹. El mismo Código establece entre otros principios, por ejemplo, de eficacia, y seguridad jurídica.

Por otro lado, la buena fe contractual también se puede observar que es un principio que, para el tema central, puede ser fundamental. Herrera lo define como “obrar con el ánimo de no causar daño al otro, es ser claro preciso, [...], *pronto*”⁸⁰, por lo que una representación de la buena fe por el Estado, podría radicar en favorecer a los contratistas al momento de falta de respuesta, dar origen a derechos y obligaciones que les beneficien.

Pero, ¿por qué estos principios son importantes en el tema en cuestión? Primero, porque la misma ley que regula las actuaciones de la Administración Pública y los contratos públicos, recoge estos preceptos y efectivamente deberían aplicarse. Segundo, porque estos principios permiten establecer los lineamientos, es decir una base, para el cumplimiento de las disposiciones de la ley, su correcta ejecución en observancia de estos conceptos fundamentales.

⁷⁸ Ley Orgánica del Sistema Nacional de la Contratación Pública. Artículo 4. Registro Oficial Suplemento No. 395 de 22 de julio de 2008

⁷⁹ Código Orgánico Administrativo. Artículo 4. Registro Oficial Suplemento 31 de 07 de julio de 2017

⁸⁰ *Vid. supra* nota 49.

Es entonces, que el silencio administrativo en los contratos públicos permite enmarcar la ejecución del contrato y la relación pactada, en concordancia con estos principios, especialmente establecer a las partes en un plano de mayor igualdad (dadas todas las potestades de imperio detalladas y la evidente desigualdad), como también mejorar la eficiencia citada anteriormente, evitando perjuicios innecesarios a los contratistas, y reflejar la buena fe contractual.

Justamente, dentro de esta misma idea, se debe recalcar que cualquier contratista o en efecto inversionista, busca seguridad en sus transacciones económicas y agilidad en el sistema contractual, en donde al momento de solicitar algo, se obtenga una respuesta. Si desde un inicio se entiende que no tiene ningún efecto jurídico el hecho de que la Administración no responda ¿igual contrataría?

Luego del análisis realizado en párrafos anteriores, una vez entendido el silencio administrativo, los contratos públicos con sus respectivas características, los principios legales, es importante profundizar respecto al tema en cuestión, primero desde una perspectiva local, y posteriormente una visión del derecho comparado.

De acuerdo con Pablo Dávila, en la actualidad⁸¹, en cuanto a la legislación ecuatoriana, se ha tratado y discutido respecto si podría aplicarse el silencio administrativo en los contratos públicos, pero sin embargo, se considera que no se ha desarrollado a profundidad.

Dentro del reciente Código Orgánico Administrativo, en vigencia desde el 07 de julio de 2018⁸², no hay ninguna disposición que contemple la figura del silencio administrativo positivo o negativo dentro de los contratos administrativos de manera expresa. En cuanto a la jurisprudencia ecuatoriana, se desprende por el razonamiento y

⁸¹ *Vid. Supra* nota 15.

⁸² Código Orgánico Administrativo. Artículo 207. Registro Oficial Suplemento 31 de 07 de julio de 2017.

“Silencio administrativo. Los reclamos, solicitudes o pedidos dirigidos a las administraciones públicas deberán ser resueltos en el término de treinta días, vencido el cual, sin que se haya notificado la decisión que lo resuelva, se entenderá que es positiva. Para que se produzca el silencio administrativo, el acto administrativo presunto que surja de la petición, no debe incurrir en ninguna de las causales de nulidad prescritas por este Código. El acto administrativo presunto que resulte del silencio, será considerado como título de ejecución en la vía judicial. Al efecto, la persona interesada incluirá en su solicitud de ejecución una declaración, bajo juramento, de que no le ha sido notificada la decisión dentro del término previsto. Además, acompañará el original de la petición en la que aparezca la fe de recepción. No serán ejecutables, los actos administrativos presuntos que contengan vicios invaliables, esto es, aquellos que incurrir en las causales de nulidad del acto administrativo, previstas en este Código, en cuyo caso el juzgador declarará la inejecutabilidad del acto presunto y ordenará el archivo de la solicitud”.

criterio común, “que por regla general en materia de contratación pública no aplica la figura del silencio administrativo, por tratarse de un acuerdo de voluntades”⁸³. Sin embargo, el derecho de petición en el artículo 66 numeral 23 de la Constitución de la República del Ecuador⁸⁴, se refiere al derecho de dirigir peticiones a las autoridades y recibir atención o respuestas, sin limitaciones ni especificaciones, por lo que no debería hacerse la diferencia en materia contractual.

3.1.2 Absolución de consultas

Frente a la falta de normativa expresa que permita o prohíba la implementación del silencio administrativo en los contratos administrativos, se encontraron dos absoluciones de consultas al respecto. Para realizar el análisis correspondiente es importante citar la normativa vigente al momento de las respuestas a estas consultas. Sobre el silencio administrativo, la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos Por Parte de la Iniciativa Privada (actualmente derogada) aplicable al momento de las consultas, disponía:

Art. 28.- Derecho de petición. - Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto. En ningún órgano administrativo se suspenderá la tramitación ni se negará la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados. En todos los casos vencido el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta en favor del reclamante. Para este efecto, el funcionario competente de la institución del Estado tendrá la obligación de entregar, a pedido del interesado, bajo pena de destitución, una certificación que indique el vencimiento del término antes mencionado, que servirá como instrumento público para demostrar que el reclamo, solicitud o pedido ha sido resuelto favorablemente por silencio administrativo, a fin de permitir al titular el ejercicio de los derechos que correspondan⁸⁵.

Por otro lado, la Ley de Contratación Pública de 1990⁸⁶ y su reforma en 2001⁸⁷, si bien no prevén nada respecto al silencio administrativo, determinan lo siguiente:

RECEPCION PROVISIONAL.- La recepción provisional se realizará cuando, terminada la obra, el contratista comunique por escrito a la entidad contratante tal hecho, y le solicite que se efectúe dicha recepción. Se iniciará dentro del plazo establecido en el contrato. [...] Dentro del plazo convenido o dentro del término

⁸³ Vid. *Supra* nota 15.

⁸⁴ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 66 numeral 23. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁸⁵ Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada. Artículo 28. Registro Oficial No. 349 de 31 de diciembre de 1993.

⁸⁶ Ley de Contratación Pública Registro Oficial No. 501 de 16 de agosto de 1990.

⁸⁷ Ley de contratación pública Registro Oficial No. 272 de 22 de febrero de 2001.

señalado en el inciso anterior, la entidad contratante podrá negarse a efectuar la recepción provisional, señalando concretamente las razones que tuviere para su negativa y justificándolas. Si la entidad contratante no formulare ningún pronunciamiento ni iniciare la recepción provisional dentro de los períodos determinados en el inciso anterior, se considerará que tal recepción provisional se ha efectuado, para cuyos fines el contratista pedirá al juez competente que se notifique a la entidad, indicando que ha operado la recepción provisional presunta.

RECEPCION DEFINITIVA.- La recepción definitiva se efectuará, previa solicitud del contratista, dentro del plazo previsto en el contrato, plazo que no será menor de seis meses contado desde la recepción provisional, real o presunta, de la totalidad de la obra. Será suscrita por las partes contratantes, siempre que no exista reclamaciones pendientes en relación con la obra materia del contrato. Dentro del término de quince días, contado desde la fecha de la indicada solicitud del contratista, la entidad podrá negarse a efectuar la recepción definitiva, señalando concretamente las razones que tuviere para ello y justificándolas. Si la entidad no hiciera ningún pronunciamiento ni iniciare la recepción definitiva, una vez expirado el término señalado, se considerará que tal recepción definitiva se ha efectuado, para cuyos fines el contratista pedirá al juez competente que se notifique a la entidad, indicando que ha operado la recepción definitiva presunta

Una vez mencionadas las normas aplicables a las consultas realizadas, analizaremos cada una. La primera absolución de consulta, de fecha 17 de febrero de 1995, es decir a escasos 2 años de vigencia de la Ley de Modernización del Estado que cambió el régimen del silencio de negativo a positivo, el Procurador General del Estado de Ecuador emitió un criterio, mediante oficio No. 20192, mediante el cual indica que, ante la petición de prórroga de plazo por parte del contratista, la ENFE debía resolver ya sea prorrogando el plazo o negando la petición. Sostuvo el Procurador, que el silencio administrativo no cabe dentro de los contratos administrativos, en consideración de las siguientes razones:

El Art. 28 de la Ley de Modernización regla el derecho de petición previsto en el Art. 19, numeral 10, de la Codificación de la Constitución Política, al establecer el deber jurídico de la autoridad pública de resolver "Todo reclamo, solicitud o pedido" de los administrados, pero no regula el ámbito del derecho obligacional normado por las diferentes leyes en materia de contratación pública y por el Código Civil. Lo contrario significaría que, en virtud del derecho de petición y el silencio administrativo [que implica una aprobación tácita al pedido o reclamo] se modifiquen unilateralmente los contratos, como en el caso de la referencia el plazo y el lugar de entrega de los bienes; lo cual contraviene lo dispuesto en el Art. 1610 del Código Civil que dispone que son partes en el contrato las que puedan extinguir en todo o en parte las obligaciones emanadas de él, y el principio de que en derecho las cosas se deshacen de la misma forma que se hacen.

Lo expuesto permite concluir a criterio de esta Procuraduría, que en la ejecución de los contratos administrativos no es aplicable la disposición del Art. 28 de la Ley de Modernización⁸⁸

Dentro de lo mencionado se pueden desprender algunos puntos importantes. Primero, la Constitución de la República del Ecuador reconoce y garantiza desde hace muchos años el derecho de petición, por lo que las autoridades deberían considerar, analizar y pronunciarse nuevamente a la fecha actual, respecto a la aplicación del silencio administrativo dentro de los contratos públicos.

Segundo, otra de las razones dadas por el Procurador para la inaplicabilidad del silencio administrativo, es que diferencia los reclamos, pedidos, solicitudes realizadas por los administrados, de los reclamos, pedidos y solicitudes realizados por los contratistas. Sin embargo, se considera que dentro de los vínculos contractuales igualmente pueden nacer dudas, pedidos dirigidos a la Administración que actúa como contratante, como es el caso en cuestión en donde el contratista está solicitando una prórroga del plazo del contrato y no es contestado. Por lo tanto, consideramos que la diferenciación no es pertinente.

Tercero, hace una distinción indicando que no podrían modificarse unilateralmente los contratos, omitiendo reconocer que el Estado dentro de sus potestades de imperio y cláusulas exorbitantes, como se ha demostrado en párrafos anteriores, sí puede adaptar y cambiar lo previamente pactado.

Por último, se puede observar que el Procurador utiliza justificaciones del derecho privado (el Código Civil), para una cuestión de derecho público que como mencionamos anteriormente, pueden tener algunos principios y elementos contractuales similares. No obstante, dadas las potestades adicionales explicadas anteriormente que tiene el Estado, no debería tener el mismo trato, sino se debería intentar equilibrar a las partes, y una forma de hacer esto, sería a través del silencio administrativo positivo.

La segunda absolución de consulta, fue la solicitada por el Consejo Provincial de Pichincha a la Procuraduría General del Estado al respecto del silencio administrativo dentro de la contratación pública, realizaron la siguiente pregunta:

⁸⁸ Procuraduría General del Estado. *Silencio Administrativo. No cabe en contratos administrativos.* Oficio no. 20192 de 17 de febrero de 1995.

9.- ¿Si se constatará que hay requerimientos de pago no contestados, opera el silencio administrativo sin ser declarado judicialmente, como interrupción natural tacita de la prescripción?

Y, la Procuraduría contestó lo siguiente:

9.- Era obligación del Fiscalizador, dentro de los plazos determinados en el contrato, objetar las planillas, si estas no se ajustaban a la realidad de las obras ejecutadas, o a los términos del contrato, a la tabla de cantidades o de precios o merecían cualquier otro tipo de observación o rectificación de conformidad con el contrato. En el caso de que el Fiscalizador no haya observado u objetado las planillas, estas *se entienden aceptadas y se genera el derecho al cobro*.

No procede referirse al efecto positivo del silencio administrativo, previsto en el Art. 28 de la Ley de Modernización, que opera cuando el administrado presenta un reclamo sobre un derecho determinado que aún no ha sido reconocido por la Administración, [...], como representante del Consejo Provincial de Pichincha, entidad contratante, por cuanto se trata de un contrato administrativo en el cual *las relaciones se rigen por lo estipulado en el contrato, sin que proceda considerar al contratista como administrado para estos efectos*⁸⁹.

Acercá de la respuesta a esta consulta, se puede observar en concordancia con el criterio del Procurador explicado en el párrafo anterior, se estipula que no aplica el silencio administrativo positivo, justificándolo en diferenciación entre administrado y contratista, pero como se explicó anteriormente, dado a las potestades exorbitantes que tiene el Estado dentro de una relación contractual, sí se podría considerar a los contratistas como administrados ya que no se trata de una relación puramente contractual y con igualdad de condiciones, puesto que los contratistas deben acotar órdenes, modificaciones, interpretación, terminaciones unilaterales, entre otras. Además, no se debería utilizar disposiciones del Código Civil, puesto que nos encontramos frente a una materia completamente distinta.

3.1.2 Legislación de contratación pública ecuatoriana en donde se contempla el silencio administrativo

A pesar de estas absoluciones de consulta del Procurador General del Estado, sobre la inaplicabilidad del silencio administrativo dentro de los contratos administrativos, encontramos normas dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, que podrían contradecir dichos criterios. Por ejemplo, el artículo 81 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que indica

⁸⁹ Procuraduría General del Estado. Consultante Consejo Provincial de Pichincha. *Terminación Unilateral De Contratos: Liquidación, Convenio, Silencio Administrativo, Prescripción, Pago De Planillas*. Registro Oficial No. 233 de 12 de julio de 2010.

En los contratos de adquisición de bienes y de prestación de servicios, [...], existirá una sola recepción, [...] Producida la recepción se devolverán las garantías otorgadas, a excepción de la garantía técnica. En los casos en los que ante la solicitud del contratista, la Entidad Contratante no formule ningún pronunciamiento ni iniciare la recepción dentro de los períodos determinados en el Reglamento de esta Ley, *se considerará que tal recepción se ha efectuado de pleno derecho*, para cuyo efecto un Juez de lo Civil o un Notario Público, a solicitud del contratista notificará obligatoriamente que dicha recepción se produjo; [...]⁹⁰

Y el Reglamento de la misma ley también menciona que

Art. 122.- Negativa a recibir.- La entidad contratante podrá, dentro del término de 10 días contados a partir de la solicitud de recepción del contratista, negarse a recibir la obra, bien o servicio, por razones justificadas, relacionadas con el cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por el contratista [...]. Vencido el término previsto en el inciso primero de este artículo *sin que la entidad contratante objetare la solicitud de recepción ni formule observaciones* al cumplimiento del contrato, *operará, sin más trámite, la recepción de pleno derecho*, para lo cual el contratista notificará por intermedio de un Juez de lo Civil o un Notario Público⁹¹.

Estas normas muestran como sí se utiliza el silencio administrativo positivo dentro de los contratos administrativos, al menos en estos casos concretos y como se citó anteriormente esta figura se utiliza desde hace muchos años en la Ley de Contratación Pública de 1990 y 2001. Por lo que, esta institución jurídica sí es compatible con la contratación pública, no como ha intentado dejar sentado el Procurador, y sí podría utilizarse para más supuestos.

Existen otros casos, en donde se otorga efectos positivos al silencio administrativo dentro del proceso de contratación pública. La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en su artículo 83 indica

Art. 83.- Indices.- Para la aplicación de las fórmulas, los precios e índices de precios serán proporcionados por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC), mensualmente, dentro de los diez (10) días del mes siguiente, de acuerdo con su propia reglamentación. Para estos efectos, la Servicio Nacional de Contratación Pública mantendrá permanente coordinación con el INEC. Si por la naturaleza del contrato, el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos no pudiere proporcionar los precios e índices de precios, la respectiva entidad, solicitará al INEC la calificación de aquellos, tomándolos de publicaciones especializadas. El INEC, en el término de cinco (5) días contado desde la recepción de la solicitud, calificará la idoneidad de los precios e índices de precios de dichas publicaciones especializadas propuestas. En caso de que dicho instituto no lo haga en el término señalado, se considerarán calificados tales

⁹⁰ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 81. Registro Oficial Suplemento No. 395 de 22 de julio de 2008

⁹¹ Reglamento Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 122. Registro Oficial Suplemento No. 588 de 30 de abril de 2009.

precios e índice de precios, para efectos de su inclusión en la fórmula polinómica, bajo la responsabilidad de la entidad⁹².

Es entonces, que si bien la ley ecuatoriana determina ciertos casos dentro de los cuáles sí podría aplicarse el silencio administrativo en los contratos públicos, Isabel Córdova menciona en su trabajo de investigación, la posibilidad, que dentro de la contratación pública, las partes contratantes por medio del acuerdo de voluntades, de manera expresa acuerden que la inactividad de una de ellas pueda generar un cierto efecto. Para demostrar lo mencionado Córdova manifiesta el ejemplo de contratos de Petroecuador, que establecen lo siguiente: “los contratos de participación celebrados entre Petroecuador y los inversionistas suelen incluir entre las obligaciones una que diga [...] Atender oportunamente las solicitudes, propuestas o requerimientos, dentro de los términos o plazos [...] y cuando no se les hubiere especificado, dentro del término establecido en el artículo 28 de la Ley de Modernización [...]”⁹³ dejando abierta la posibilidad a que opere el silencio administrativo positivo.

3.1.3 Jurisprudencia en Ecuador

El silencio administrativo ha sido tratado dentro de la jurisprudencia ecuatoriana. Por una parte, en la sentencia sobre silencio administrativo en relaciones contractuales⁹⁴, los jueces mencionan

Es evidente que tal institución del silencio positivo o negativo es ajena a la materia contractual que, dentro de los límites señalados por la ley en tratándose de contratación pública, se rige por lo acordado por las partes en el respectivo contrato, que constituye la norma jurídica de estricta observancia para su ejecución y aplicación, por lo cual, resulta extraño el pretender que mediante una falta de oportuna contestación se ha modificado la normatividad contractual establecida.

Segundo, la sentencia de la Corte Nacional de Justicia en la Sala de lo Contencioso Administrativo, respecto a la solicitud de prórroga de plazo, en su numeral quinto, explican que

Si bien, la imputación de indebida aplicación del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado no es aceptable, como se ha demostrado en el considerando anterior, la Sala considera que es necesario también referirse sucintamente al silencio

⁹² Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 83. Registro Oficial Suplemento No. 395 de 22 de julio de 2008

⁹³ Isabel Córdova. *El silencio administrativo en la legislación ecuatoriana*. Tesis de grado. Universidad de las Américas. Quito, 2005.

⁹⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Gaceta judicial 1. Serie XVIII. Quito, 4 de octubre de 2004

administrativo en materia contractual, como es el caso, a manera de información doctrinaria. Todos los tratadistas del derecho administrativo han considerado y han estudiado lo referente al silencio administrativo, llegando a la conclusión que la institución del silencio positivo o negativo (en nuestro sistema jurídico positivo) es ajeno a la materia contractual que, dentro de los límites señalados por la ley en tratándose de contratación pública, se rige por lo acordado por las partes en el respectivo contrato, que constituye la norma jurídica de estricta observancia para su ejecución y aplicación, por lo cual resulta extraño pretender que mediante una falta de oportuna contestación sea modificado la normatividad contractual establecida⁹⁵.

De estas dos sentencias, se puede determinar que el razonamiento erróneo de los jueces para la no aplicación del silencio administrativo, es que los contratos administrativos, se regulan estrictamente por lo estipulado en el contrato, siendo este acuerdo una ley inamovible para las partes y no se podrían alterar por falta de pronunciamiento. Pero, lo que no consideran es que estos contratos sí se transforman, se adaptan, se cambian, se terminan por una de las partes en la relación contractual (en este caso el Estado).

3.2 Derecho comparado

La tesis que se plantea en este trabajo: que se implemente el silencio administrativo positivo como forma de equilibrar las relaciones contractuales estatales, no es una novedad en otros países, principalmente en nuestra región. Si bien la aplicación de esta figura difiere en cada país, como por ejemplo en España se encuentra que para ciertos casos, se aplica el silencio administrativo negativo⁹⁶. Sin embargo, dentro de Latinoamérica, de lo que se puede observar, tenemos nociones muy similares y nos permiten realizar un análisis comparativo. Partimos la explicación, de que en otros países existen al igual que en Ecuador, la concepción de la existencia de cláusulas exorbitantes dentro del ordenamiento jurídico de contratos públicos.

3.2.1 Colombia

Dentro de la legislación colombiana, Aída Yolanda Sánchez, menciona que en el Estatuto General de la Contratación Pública de Colombia, se encuentran contenidas algunas cláusulas exorbitantes, “las cuales están contempladas en favor del Estado [...]”

⁹⁵ Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Expediente 20. Registro Oficial Edición Especial 174 de 27 de julio de 2011.

⁹⁶ Contratos del Sector Público. *Reclamaciones: silencio administrativo negativo*. <http://contratosdelsectorpublico.es/actualizaciones/130-abril-2016/2206-sts-8-2-2016-silencia-administrativo-negativo.html> (acceso: 19/10/2018).

En este sentido, se entiende que cuando se encuentra presente el interés general, deben existir estas potestades que tiene el Estado⁹⁷, como por ejemplo la terminación unilateral y liquidación del contrato, independiente del momento en el que se encuentre su ejecución⁹⁸, como también la interpretación unilateral⁹⁹, o la modificación del contrato al igual que en el Ecuador.

La tratadista Ayala, explica que esta facultad es “limitativa en la legislación colombiana, al establecer que, si el valor contratado se altera en un 20% o más, el contratista podrá renunciar a la ejecución del contrato, debiendo liquidarse el mismo, bajo un acto administrativo debidamente motivado [art. 16 de la Ley 80, Parágrafo 2] [...]”¹⁰⁰. Vale la pena agregar que, en Colombia al igual que en Ecuador, según Juan David Duque Botero

La Administración Pública ostenta una posición de privilegio frente al contratista al momento de resolver inconvenientes que puedan resultar durante la ejecución del contrato [...] Las cláusulas o facultades excepcionales de la Administración en los contratos estatales se recogen en los artículos 14 y siguientes de la ley 80, que otorgan a las entidades públicas la facultad de interpretación, modificación y terminación unilateral de los contratos¹⁰¹.

Dadas las particularidades del contrato administrativo, y como posible creación de equilibrio entre las partes, en Colombia, existe el silencio administrativo positivo dentro de la contratación pública.

El tratadista Benjamín Herrera, menciona que puede verse reflejado a través del principio de economía el hecho que se reconozca esta figura del derecho administrativo. Comenta que “en las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato, si la entidad estatal no se pronuncia dentro del término [...] se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante” y 41 del Código Contencioso Administrativo donde se dice que el silencio de la Administración frente a una petición del contratista, equivale a decisión positiva¹⁰².

⁹⁷ Aída Sánchez. “Contratación en la sociedad de economía mixta de carácter público Ecopetrol S.A.” *Instituciones de derecho administrativo*. Hugo Arenas (ed.). Bogotá: Ibañez, 2016, pp. 211-214.

⁹⁸ *Vid. Supra* nota 52.

⁹⁹ Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Artículo 15. *Interpretación unilateral del contrato estatal*. <https://vlex.com.co/vid/interpretacion-unilateral-contrato-estatal-590688010> (acceso: 9/10/18)

¹⁰⁰ *Vid. Supra* nota 52, pp. 25-26.

¹⁰¹ *Vid. Supra* nota 47.

¹⁰² *Vid. supra* nota 49.

Se ha encontrado que en Colombia, desde el Decreto Ley 150 de 1976 y el 222 de 1983, adoptan el silencio administrativo positivo dentro de la contratación pública, estableciendo lo siguiente:

a. Procede el derecho de petición al interior de la actividad precontractual, contractual y post contractual, porque la naturaleza y origen de ese derecho es constitucional – art. 45 de la Constitución Política de 1886; y Arts. 23 y 74 de la Constitución Política de 1991.

b. Por la razón anterior, las entidades públicas tenían el deber de responder las solicitudes, pero como no existía plazo especial el vacío lo cubría el CCA, es decir, era de 15 días hábiles.

c. Si pasado el término anterior la administración no contestaba, surgía la responsabilidad disciplinaria del funcionario, pero el contratista debía esperar la respuesta para controvertir la decisión que se notificara, si fuera necesario.

d. En caso de que transcurrieran 3 meses desde que se presentó la reclamación, sin que se notificara la respuesta, se entendía negada la petición, decisión ficta o presunta cuya naturaleza corresponde a la de un acto administrativo.

e. De otro lado, el régimen analizado no discriminaba entre las peticiones o reclamaciones presentadas durante las etapas: precontractual, de ejecución del contrato y post contractual, así que los términos de respuesta y de configuración del silencio eran los mismos en cualquiera de ellas¹⁰³.

La normativa vigente, indica que mediante la Ley 80 de 1993. Artículo 25. Numeral 16 y la Ley 1437 de 2011. Art. 2 “a. Estableció un supuesto especial de silencio administrativo positivo y b. La norma estableció unos requisitos especiales para que se configure el silencio administrativo positivo”¹⁰⁴, presentan con más claridad todos los requisitos que debe constar para que se configure el silencio administrativo positivo, como por ejemplo que la solicitud del contratista debe ser durante la ejecución del contrato, haber transcurrido 3 meses, entre otros. María Paula Peña indica que “en materia de contratación estatal [...], ordena la aplicabilidad del silencio administrativo positivo, cuando el contratista eleve cualquier solicitud a la Administración y ésta guarda silencio al respecto, se entenderá que lo pedido o solicitado, es resuelto de manera favorable para el contratista”¹⁰⁵. El Consejo de Estado de Colombia, el 21 de febrero de 2011, en la Sala de lo Contencioso Administrativo, determina que

Para que se configure este acto ficto positivo las normas trascritas establecieron varios requisitos: i) la solicitud la debe presentar el contratista, ii)

¹⁰³ Contratación. *Silencio administrativo en la contratación estatal*. <http://www.contratacionenlinea.co/index.php?section=183&module=navigationmodule> (acceso: 18/10/2018)

¹⁰⁴ *Ibíd.*

¹⁰⁵ María Peña. *Del silencio administrativo positivo en la contratación pública: Un estudio sobre los aspectos materiales para su validez y eficacia*. Universidad Católica de Colombia. 2016.

debe hacerlo ante la administración, iii) durante la ejecución del contrato y iv) la entidad ha debido guardar silencio frente a ella, por un lapso de tres meses.

Lo que dispone es que "las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato..." si la entidad no se pronuncia en 3 meses se configura el silencio positivo, y resulta que en esa etapa perfectamente pueden formular peticiones; relacionadas con el contrato¹⁰⁶.

Algo muy interesante que refleja la legislación colombiana es que en materia contractual se aplicaría el silencio administrativo negativo para casos de "solicitudes presentadas durante las etapas pre-contractual, de perfeccionamiento del contrato y de liquidación. En estos tres casos, el silencio que se configura ante una petición es el negativo"¹⁰⁷.

3.2.2 Perú

Otra legislación que nos ha llamado mucho la atención es Perú. Según lo que se ha encontrado, tanto la doctrina como la ley tratan el tema de la aplicabilidad del silencio administrativo en los contratos públicos para dos supuestos específicos: ampliaciones de plazo y liquidación de obra.

Respecto al primer punto, sobre las ampliaciones de plazo, Benavente y Sotelo manifiestan, que:

El artículo 201 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado en su segundo párrafo nos dice lo siguiente: El inspector o supervisor emitirá un informe expresando su opinión sobre la solicitud de ampliación de plazo y lo remitirá a la Entidad, en un plazo no mayor de siete [7] días, contados desde el día siguiente de presentada la solicitud. La Entidad resolverá sobre dicha ampliación y notificará su decisión al contratista en un plazo máximo de catorce [14] días, contados desde el día siguiente de la recepción del indicado informe. De no emitirse pronunciamiento alguno dentro del plazo señalado, se considerará ampliado el plazo, bajo responsabilidad de la Entidad¹⁰⁸

Sobre el segundo caso de liquidación de obra, entendiéndose la misma como finalización y entrega de la obra, con su respectiva acta:

En el artículo 211 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado señala lo siguiente respecto de la liquidación de Obra: El contratista presentará la liquidación debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, dentro de un plazo de sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo vigente de

¹⁰⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. *Acción contractual*. 21 de febrero de 2011. Número interno 17.555

¹⁰⁷ *Ibíd.*

¹⁰⁸ César Benavente y Eric Sotelo. *Reflexiones en torno a la aplicación del silencio administrativo positivo en los contratos de obra pública y su tratamiento en sede arbitral*. revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/download/16689/17019 (acceso: 5/10/18)

ejecución de obra, el que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra. Dentro del plazo máximo de sesenta (60) días de recibida, la Entidad deberá pronunciarse, ya sea observando la liquidación presentada por el contratista o, de considerarlo pertinente, elaborando otra, y notificará al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes. [...] De la lectura del artículo citado, tenemos que, para el caso en el que el contratista elabore la liquidación y la Entidad no se pronuncie al respecto [observándola o formulando una nueva liquidación], se entenderá que la liquidación ha quedado consentida. En este caso no se dice nada respecto del funcionario de la Entidad que no hizo observaciones a la liquidación elaborada por el contratista.¹⁰⁹

Dentro de esta misma idea, respecto al ordenamiento jurídico peruano, José Trelles puntualiza que dentro del marco legal de contratación estatal, se ha decretado que en casos en que el contratante no resuelva y notifique en el plazo determinado los pedidos de los contratistas, se deberá entender que esos pedidos han sido concedidos y de esta manera se aplicaría el silencio administrativo positivo¹¹⁰.

3.2.3 Chile

En relación a la aplicación del silencio administrativo en los contratos públicos, otro país de la región lo aplica. Como sabemos, Ecuador tiene un ordenamiento jurídico muy parecido al chileno. Se encontró que en este país, es claro al momento de determinar que para la culminación de los contratos la entregue la liquidación que corresponda, el Estado como Entidad Contratante debe pronunciarse y en caso de no hacerlo operará el silencio administrativo positivo a favor del contratista.

Es así que la Ley de Contrataciones de la República de Chile establece:

Artículo 42.- Culminación del contrato Los contratos de bienes y servicios culminan con la conformidad de recepción de la última prestación pactada y el pago correspondiente. Tratándose de contratos de ejecución o consultoría de obras, el contrato culmina con la liquidación y pago correspondiente, la misma que será elaborada y presentada a la Entidad por el contratista, según los plazos y requisitos señalados en el Reglamento, debiendo aquélla pronunciarse en un plazo máximo fijado también en el Reglamento bajo responsabilidad del funcionario correspondiente. De no emitirse resolución o acuerdo debidamente fundamentado en el plazo antes señalado, la liquidación presentada por el contratista se tendrá por aprobada para todos los efectos legales [...] en Chile, se configura abiertamente un

¹⁰⁹ *Ibíd.*

¹¹⁰ José Trelles. *¿Debe aplicarse el silencio administrativo positivo en el otorgamiento de ampliación de plazo en contratos administrativos?* <http://blog.pucp.edu.pe/blog/arbitraje/2011/11/07/debe-aplicarse-el-silencio-administrativo-positivo-en-el-otorgamiento-de-ampliacion-de-plazo-en-contratos-administrativos/> (acceso: 4/10/18)

silencio administrativo positivo cuando pasados los 15 días de recibida la obra sin que la Administración se pronuncie, se tiene por aprobada la liquidación presentada¹¹¹.

Esta es una disposición muy importante, ya que permite que, una vez terminada la obra o el servicio por el contratista, la Administración Pública debido a retrasos injustificados no reciba y se emita la correspondiente liquidación, se aplique el silencio administrativo positivo. Chile ha considerado que esta falta de respuesta y recepción, causa perjuicios y debe aplicarse el silencio administrativo como una manera de solución frente al no pronunciamiento de la entidad estatal.

Situación muy similar sucede en Ecuador, como se mencionó anteriormente, el artículo 81 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública determina la recepción de pleno derecho para circunstancias exactamente iguales. El caso en ambos países es que una vez terminada la obra o el servicio, se presenta una solicitud de recepción y la entidad estatal deberá emitir un pronunciamiento, ya sea de aceptación o negación. Sin embargo, la ley establece un término de 15 días en Chile o 10 días Ecuador, para que se entienda concedido lo solicitado.

En Ecuador, la única diferencia sería que a la falta de pronunciamiento de la Entidad contratante, se le considera recepción de pleno derecho. Sin embargo, se concuerda con Luis Jeria quien menciona que “la Recepción de Pleno Derecho contiene elementos estructurales de la institución del silencio administrativo positivo” y en consecuencia, “el silencio administrativo en este caso puntual permitiría al contratista recibir su pago producto de un contrato, sin necesidad de suscribir un acta entrega recepción, pues ésta es una figura autónoma”¹¹².

En el Ecuador, al no permitir el silencio administrativo en los contratos públicos, se genera esta figura de la recepción de pleno derecho, que a fin de cuentas es lo mismo, una manera de garantizar seguridad jurídica en la relación contractual, solo con otro nombre.

¹¹¹ Luis Jeria. *La naturaleza jurídica de la recepción de pleno derecho en el sistema nacional de contratación pública del Ecuador*. Tesis de grado. Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Quito, 2014.

¹¹² *Id.*, p. 50

4. Conclusiones

4.1 Propuesta normativa

Como se ha podido demostrar, es fundamental que para la implementación del silencio administrativo positivo en los contratos públicos en el Ecuador, se debe necesariamente implementar normas formales que permitan la adopción de esta figura y sus regulaciones, tomando en consideración que dentro del derecho público se puede hacer únicamente lo que expresamente esté permitido. Por ello, no se trata de conceder cualquier solicitud del contratista en la ejecución del contrato, sino indicar qué tipo de peticiones y en qué momento.

Es por ello que, este trabajo de investigación luego del análisis realizado, invita a los catedráticos, académicos, doctrinarios y principalmente legisladores a discutir el tema planteado, para poder encontrar una alternativa ante las evidentes desigualdades que existen hoy en día en materia de contratos administrativos.

Se propone una inclusión de un artículo dentro de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que reconozca la aplicación del silencio administrativo dentro de los contratos públicos, quedando de la siguiente manera:

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

Título V. De las reclamaciones y controversias

Capítulo I

De las reclamaciones, solicitudes o pedidos

Inclusión del artículo innumerado luego del artículo 102.- Aplicación del silencio administrativo positivo en los contratos administrativos.- Las solicitudes o pedidos dirigidos a las entidades contratantes, respecto a circunstancias contractuales que imposibiliten el cumplimiento de las obligaciones en los casos de solicitudes de prórroga de plazo; solicitudes de suspensión del contrato; solicitudes de recepción de obra o servicio con la liquidación del contrato; deberán ser resueltos en el término de sesenta días, vencido el cual, sin que se haya notificado la decisión al contratista que lo resuelva, se entenderá que es positiva.

4.2 Reflexiones finales

Para resumir, es importante mencionar nuevamente los datos respecto a cuánto representan los contratos administrativos en la economía ecuatoriana. Ecuador “es el país que más gasta en compras públicas entre los 21 países de toda América Latina y el Caribe”¹¹³. En este mismo sentido, El Expreso menciona que “en 2016 Ecuador destinó casi cerca del 16% del Producto Interno Bruto, [...] es decir, más de 15.000 millones de dólares”¹¹⁴. Con estas impactantes cifras, nos compete encontrar maneras y soluciones que permitan que la ejecución de dichos contratos se realice de la forma más óptima, sin retrasos, y poder otorgar seguridad jurídica a los contratistas.

Es importante resaltar que durante todo este trabajo, se ha logrado demostrar y determinar que, en el Ecuador, existe la evidente necesidad de la implementación del silencio administrativo positivo en los contratos públicos, por las siguientes razones. En primer lugar, generar un equilibrio económico dentro del contrato administrativo, segundo evitar daños y perjuicios a los contratistas, generados por el Estado. Tercero, dadas las potestades de imperio y desigualdades de las partes en estos contratos, el silencio administrativo positivo es una alternativa para poder generar un equilibrio y consecuentemente un tratamiento más justo, en aplicación del principio de igualdad reconocido por la propia ley.

Como lo menciona Benjamín Herrera “con el silencio administrativo positivo se corrige un vicio de la Administración Pública consistente en no decidir, avocando a los contratistas a costosos y demorados pleitos. El legislador quiso con esta medida, buscar una respuesta a los pequeños problemas de Administración [...]”¹¹⁵. Es por esto también que Javier Robalino comenta que al permitir el silencio administrativo positivo la Administración actúa con la debida diligencia, porque si no queda “vinculada en términos muy estrictos como si hubiera dictado una resolución favorable”¹¹⁶. En este sentido, se permite disminuir los riesgos e incertidumbres de los contratistas frente al Estado.

Una de las cuestiones y ventajas más importantes que emanan de la aplicación de esta figura del derecho administrativo, es que el derecho que nace como

¹¹³ *Vid. supra* nota 23.

¹¹⁴ *Vid. supra* nota 24.

¹¹⁵ *Vid. Supra* nota 49.

¹¹⁶ *Vid. Supra* nota 19.

consecuencia del silencio administrativo, se considera un “derecho autónomo [...] teniendo una acción de ejecución y no de conocimiento”¹¹⁷. Por esta razón es que Pablo Dávila manifiesta que, dentro del territorio ecuatoriano, no se podría “generalizar la idea de no aplicabilidad del silencio administrativo en materia de contratación pública puesto que sí se trata de una garantía al derecho de petición”¹¹⁸, derecho que se encuentra reconocido en la actualidad en la Constitución de la República del Ecuador.

La razón de los juzgadores y algunos doctrinarios a los que se ha hecho referencia en párrafos anteriores, que dan para la no aplicación del silencio administrativo positivo es que de esta manera se estaría modificando el acuerdo de voluntades suscrito por la entidad contratante y el contratista. Sin embargo, tal y como lo menciona Patricio Cordero, “la solicitud o pedido, con relación al cual opera el silencio administrativo, no pretende modificar lo acordado, sino precisamente lograr que lo acordado o convenido se cumpla”¹¹⁹. En este sentido, se cree que el derecho obligacional no sería afectado, todo lo contrario, se estaría incentivando que el Estado (como contratante) emita un pronunciamiento.

Las autoridades del Estado, se han pronunciado indicando que no puede aplicarse el silencio administrativo, sin embargo, compartimos la idea con Adriana Duque, quien menciona que:

Aun cuando el planteamiento de las dos instituciones tiene coherencia, en nuestra opinión no se ha considerado que los contratantes no están en igualdad de condiciones, ya que el Estado esta investido de facultades exorbitantes que lo ponen en superioridad de circunstancias por sobre el particular, además de que no hay la posibilidad de negociación o esta está muy limitada, ya que en esencia los contratos públicos son de adhesión.¹²⁰

La situación de desventaja e inferioridad, genera que los contratos administrativos puedan asimilarse más a los actos administrativos que a la naturaleza general de los contratos generales. Ante esta circunstancia, otros autores han reconocido las desigualdades y potestades de imperio que tiene un contratista en una relación contractual con el Estado, no existe la propuesta de implementar el silencio administrativo positivo como una solución ante dicho problema.

¹¹⁷ *Vid. Supra* nota 15.

¹¹⁸ *Vid. Supra* nota 15.

¹¹⁹ *Vid. Supra* nota 4

¹²⁰ *Vid. Supra* nota 8.

Una idea importante, es que no se trata de una discusión sobre sí el derecho administrativo debería asemejarse o ser igual al derecho privado, sino que se utilice una figura propia del Derecho Público para mejorar régimen y la ejecución de los contratos administrativos, igualando la relación que en un principio debería ser meramente contractual, pero al no serlo, tratar de equiparar desventajas, solucionar posibles inconvenientes.

En este sentido, consecuentemente se puede observar una clara diferencia y desventaja comparativa de Ecuador frente a los países que han acogido esta figura en su legislación, ya que éstas protegen los derechos de los contratistas, frente a posibles arbitrariedades del Estado, principalmente en el ámbito de contratos públicos.

Luego de lo mencionado, se debe reflexionar respecto a las siguientes preguntas, ¿se trata de una relación de *imperium*?, o ¿es realmente una relación entre iguales? Pues si estuviéramos en el primer caso, sí tendría que aplicarse el silencio administrativo positivo, pero en el segundo no existiría la necesidad. Aunque la teoría intenta equiparar las contraprestaciones, derechos y obligaciones entre los contratistas y el Estado con el fin que no existan relaciones de poder entre ellos, la legislación ecuatoriana ¿respeto, procura esa igualdad, y crea situaciones e instituciones para la protección del contratista? Es entonces que el silencio administrativo como presunción jurídica encaja como una solución a las relaciones contractuales entre desiguales, dado que la Administración Pública actúa con potestades de *imperium*, frente al contratista que tiene la obligación de someterse a ella.

Frente a estas circunstancias, se propone la creación normativa de la figura del silencio administrativo positivo a favor de los contratistas, figura que ya ha sido adoptada para otros casos dentro del derecho administrativo y en legislaciones comparadas. Se considera que, al adoptar el silencio administrativo positivo dentro de la contratación pública ecuatoriana, se podrían evitar problemas económicos, mejorar el sistema de contratación, dar seguridad a las personas que contratan con el Estado, agilidad en la Administración Pública, dar más importancia a los contratistas, evitar contradicciones dentro del ordenamiento jurídico y mayor atracción a inversión extranjera.

Para concluir, en caso de qué resulte inaplicable o ajena la idea de la implementación legal de la figura del silencio administrativo dentro de nuestra

legislación contractual pública, entonces se propone primero que sean las mismas partes contratantes quienes dentro de las cláusulas obligatorias del contrato, establezcan que en caso que la Entidad Contratante se demore en la emisión de resoluciones motivadas, se aplicará el silencio administrativo positivo. Como segunda alternativa, se debería establecer una penalización pecuniaria para el Estado, en caso de su falta de pronunciamiento en un término de tiempo determinado, es decir el silencio cuesta con intereses y recargos, un escenario en donde sea más costoso no responder, por lo que resuelvo, constituyo derechos y obligaciones.

5. Bibliografía:

- Angulo, Sebastián. *Ecuador es el que más gasta en compras públicas*. <https://www.expreso.ec/economia/ecuador-gasto-banco-interamericano-desarrollo-pib-EA2389107> (acceso: 27/9/2018).
- Ariño, Gaspar. *El enigma del contrato administrativo*. Universidad Autónoma de Madrid. Revista de Administración Pública, 2007.
- Ayala, Jimena. *Modificación unilateral en los contratos públicos*. Tesis de maestría. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, 2007.
- Base de Datos Políticos de las Américas. *Derecho de petición*. <http://pdba.georgetown.edu/Comp/Derechos/peticion.html> (acceso: 05/10/2018)
- Benavente, César y Sotelo, Eric. *Reflexiones en torno a la aplicación del silencio administrativo positivo en los contratos de obra pública y su tratamiento en sede arbitral*. revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/download/16689/17019 (acceso: 5/10/18)
- Contratación. *Silencio administrativo en la contratación estatal*. http://www.contratacionenlinea.co/index.php?section=183&module=navigation_module (acceso: 18/10/2018).
- Contratos del Sector Público. *Reclamaciones: silencio administrativo negativo*. <http://contratosdelsectorpublico.es/actualizaciones/130-abril-2016/2206-sts-8-2-2016-silencia-administrativo-negativo.html> (acceso: 19/10/2018).
- Córdova, Isabel. *El silencio administrativo en la legislación ecuatoriana*. Tesis de grado. Universidad de las Américas. Quito, 2005.
- Cordero, Patricio. *El Silencio Administrativo*. Quito: Editorial El Conejo, 2009.
- Dávila, Pablo. *Teoría General de la Contratación Pública Ecuatoriana*. Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2015
- Duque, Adriana. *El Silencio Administrativo Positivo y su Procedimiento de Aplicación, visto desde la Jurisprudencia Contencioso Administrativa*. Tesis de grado. Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Quito, 2012.
- Duque, Juan. “*La contratación de la Administración Pública*” *Instituciones de derecho administrativo*. Hugo Arenas (ed.). Bogotá: Ibañez, 2016
- Estévez, Daniela. *El silencio Administrativo Positivo y su desnaturalización en el Ecuador*. Tesis de grado. Universidad San Francisco de Quito. Quito, 2016.
- Fernández, Jorge. *Derecho administrativo*. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4455/16.pdf> (acceso: 23/9/2018)
- García de Enterría, Eduardo. *La figura del contrato administrativo*. Revista de Administración Pública No 41. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1963.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo I*. 11ma. ed. Madrid: Civitas, 2002.
- Gómez, Manuel. *Gastar más y mal*. <https://www.eluniverso.com/opinion/2018/10/01/nota/6980087/gastar-mas-mal> (acceso: 2/10/2018)
- Herrera, Benjamín. *Contratos públicos*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda. 2003.
- Jeria, Luis. *La naturaleza jurídica de la recepción de pleno derecho en el sistema nacional de contratación pública del Ecuador*. Tesis de grado. Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Quito, 2014.

- Moncayo, Leonardo. *Procesos administrativos previos a la ejecución de garantías en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Tesis de grado. Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Quito, 2014.
- Penagos, Gustavo. *El silencio administrativo, valor jurídico de sus efectos*. 2da ed. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda
- Peña, María. *Del silencio administrativo positivo en la contratación pública: Un estudio sobre los aspectos materiales para su validez y eficacia*. Universidad Católica de Colombia. 2016.
- Pérez, Alejandro. "Exorbitancia de las prerrogativas de la Administración de los contratos". Asociación Internacional del Derecho Administrativo. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM. [2011].
- Poveda, Francisco. *Instituciones de la contratación pública en el Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017.
- Procuraduría General del Estado. Consultante Consejo Provincial de Pichincha. *Terminación Unilateral De Contratos: Liquidación, Convenio, Silencio Administrativo, Prescripción, Pago De Planillas*. Registro Oficial No. 233 de 12 de julio de 2010.
- Procuraduría General del Estado. *Silencio Administrativo. No cabe en contratos administrativos*. Oficio no. 20192 de 17 de febrero de 1995.
- Ramírez, Rebeca y Mena, Sergio. *Recomendaciones para la elaboración de reglamentos*. <http://www.binasss.sa.cr/revistas/rjss/juridica9/art7.pdf> (acceso: 01/10/2018)
- Rivero, Ricardo. *Derecho administrativo económico*. 6ta ed. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- Robalino, Javier. *El silencio administrativo positivo*. Iuris Dictio. Vol. 1. Núm 1 [2000].
- Rodríguez, Libardo. La explicación histórica del derecho administrativo. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1594/16.pdf> (acceso: 02/6/2018).
- Sánchez, Aída. "Contratación en la sociedad de economía mixta de carácter público Ecopetrol S.A" *Instituciones de derecho administrativo*. Hugo Arenas (ed.). Bogotá: Ibañez, 2016
- Suárez, Leonardo. *La desacertada definición de las cláusulas del contrato administrativo como exorbitantes y sus efectos jurídicos*. Tesis de maestría. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, 2015.
- Trelles, Jorge. *¿Debe aplicarse el silencio administrativo positivo en el otorgamiento de ampliación de plazo en contratos administrativos?* <http://blog.pucp.edu.pe/blog/arbitraje/2011/11/07/debe-aplicarse-el-silencio-administrativo-positivo-en-el-otorgamiento-de-ampliacion-de-plazo-en-contratos-administrativos/> (acceso: 4/10/18)
- Torres, Galo. *Terminación unilateral de los contratos administrativos*. Quito: TRAMA. Procuraduría del Distrito Metropolitano de Quito, 1995.

Marco normativo:

- Código Orgánico Administrativo. Registro Oficial Suplemento 31 de 07 de julio de 2017.
- Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial no. 449 de 20 de octubre de 2008.

Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Artículo 15. Interpretación unilateral del contrato estatal. <https://vlex.com.co/vid/interpretacion-unilateral-contrato-estatal-590688010> (acceso: 9/10/18)

Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva. Decreto Ejecutivo 2428. Registro Oficial 536 de 18 de marzo de 2002.

Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada. Artículo 28. Registro Oficial No. 349 de 31 de diciembre de 1993.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de la Contratación Pública. Registro Oficial Suplemento No. 395 de 22 de julio de 2008.

Reglamento Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Registro Oficial Suplemento No. 588 de 30 de abril de 2009.

Ley de Contratación Pública Registro Oficial No. 501 de 16 de agosto de 1990.

Ley de contratación pública Registro Oficial No. 272 de 22 de febrero de 2001.

Jurisprudencia:

Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Civil y Mercantil. Gaceta Judicial Año CII. Serie XVII. No. 7 de 26 de octubre de 2001.

Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Gaceta judicial 1. Serie XVIII. Quito, 4 de octubre de 2004.

Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Expediente 20. Registro Oficial Edición Especial 174 de 27 de julio de 2011.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. *Acción contractual*. 21 de febrero de 2011. Número interno 17.555