

**Universidad Andina Simón Bolívar**

**Sede Ecuador**

**Área de Derecho**

Programa de Maestría en Derecho Administrativo

**De la teoría del cuasicontrato administrativo a la realidad  
jurídica del convenio de pago**

Autor: Francisco Manuel Silva Banderas

Tutora: Eddy De La Guerra Zúñiga

**Quito, 2017**



## **CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHOS DE PUBLICACIÓN TESIS**

Yo, Francisco Manuel Silva Banderas, autor de la tesis titulada “De la teoría del cuasicontrato administrativo a la realidad jurídica del convenio de pago”, mediante el presente documento dejo constancia que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Administrativo en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda la responsabilidad frente a los terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Quito, marzo del 2017

**Francisco Manuel Silva Banderas**

## Resumen

El trabajo de investigación, ha permitido desarrollar el análisis de las diversas posiciones doctrinarias representadas por diferentes autores, normativa comparadas, así como luego del recorrido realizado a través de la legislación ecuatoriana y principios del derecho administrativo, la naturaleza jurídica del convenio de pago. Figura que se ha erigido en la costumbre administrativa del Ecuador como instrumento para el pago de obligaciones cuasicontractuales, mismas que pueden tener su génesis en un contrato nulo, un contrato inexistente o en su defecto, prestaciones complementarias de una principal, que no han sido objeto de previa aprobación por el órgano de contratación o que han excedido los límites de incremento previstos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

En este sentido, a partir de los principios que informan a los cuasicontratos administrativos y posturas doctrinarias, se analiza si el denominado “convenio de pago”, se constituye como una forma de cuasicontrato administrativo, cuya existencia se soporta en la dinámica contractual no reflejada en la dinámica social, es decir, procedimientos constituidos en la norma que no atienden oportunamente situaciones de urgencia, estado de necesidad y emergencia.

Asimismo se analiza al convenio de pago instrumento que garantiza la posibilidad real de proscribir el enriquecimiento injusto de la administración pública, pues de su instrumentalización se hace efectivo el principio constitucional orientado en garantizar que en un Estado de Derecho, la administración pública no puede beneficiarse indebidamente o injustamente de terceros.

Finalmente, este trabajo revisa los requisitos constituidos a través de la casuística absuelta por la Procuraduría General del Estado, como mecanismo para controlar que la liquidación de obligaciones, sea apegada al principio de legalidad objetiva, así como se sustenten en la legitimidad, idoneidad y pertinencia, pues no solo basta la prestación del gestor, sino que tal prestación debe ser calificada como necesaria y aparente para ingresar al patrimonio público.

## **Dedicatoria**

Dedico este trabajo académico, al abogado que más admiro y respeto, mi padre, quien supo siempre hacerme entender el valor de una vida honesta y una profesión sincera, así como la importancia de la familia y la preparación continua del abogado, el valor de la justicia y la vocación de servicio. Gracias papá.

## **Agradecimiento**

A Dios, por permitirme la vida y enrumbar mi camino hacia el Derecho  
Administrativo.

A mis padres y hermanos, por ser mi núcleo originario y posibilitar mi formación  
como ser humano y como profesional.

A mi madre, quien con su vida hace frutos en sus hijos.

A mi esposa María Daniela, por incentivar siempre mi superación académica.

A mi hija Giggia Carmela, quien aun sin saberlo, es la motivación de cada día y  
de cada sueño.

A ti mi amada Memita, por lo que fuiste, eres y serás en vida, la felicidad.

Nuevamente tengo que agradecer a mi abuelo, Dr. Antonio Silva King, de cuyo  
recuerdo guardo orgullo y necesidad de emulación.

A la Doctora Eddy De la Guerra Zúñiga, maestra que me acogió en la senda del  
Derecho Público y de cuya sapiencia ha posibilitado este trabajo.

## Tabla de contenido

Introducción .....	8
Capítulo I .....	10
<b>El cuasicontrato administrativo.....</b>	<b>10</b>
1.1 Las fuentes de obligación en el derecho administrativo.....	10
1.1.1 El contrato .....	15
1.1.2 El cuasicontrato.....	16
1.1.3 La ley.....	17
1.2. Definición del cuasicontrato administrativo.....	19
1.3. Principios que informan al cuasicontrato administrativo .....	25
1.3.1 Principio de legalidad objetiva .....	26
1.3.2 Principio de equidad .....	32
1.3.3 Principio de continuidad de los contratos administrativos .....	35
1.3.4. Principio de enriquecimiento sin causa y el “ <i>actio in rem verso</i> ” .....	37
1.4. Teoría del cuasicontrato administrativo como fuente de obligaciones.....	43
1.4.1. El agente oficioso o gestión de negocios ajenos.....	47
1.4.2. El empleo útil.....	50
Capítulo II.....	53
<b>El convenio de pago y su aplicación en la costumbre administrativa ecuatoriana</b> <b>.....</b>	<b>53</b>
2.1. El convenio de pago en la costumbre administrativa ecuatoriana.....	54
2.1.1. La Ley Orgánica de Administración Financiera y Control.....	56
2.1.2. El Código de Planificación y Finanzas Públicas.....	59
2.2. Análisis de absoluciones de consulta de la Procuraduría General del Estado... 62	
2.3. Análisis de los requisitos expuesto en los criterios de la Procuraduría General del Estado .....	65
2.3.1. Acto administrativo válido.....	66
2.3.2. Entrega y Recepción de bienes, obras o servicios a satisfacción.....	69
2.3.3. Precios de mercado .....	71
2.3.4. Soporte presupuestario.....	76
2.4. Responsabilidad de los funcionarios públicos en el nacimiento de un convenio de pago.....	77

Capítulo III.....	91
<b>Efectos de la inclusión de la figura del cuasicontrato administrativo en la legislación ecuatoriana.....</b>	<b>91</b>
3.1. Mecanismos de control en el nacimiento del cuasicontrato administrativo .....	91
3.2. Régimen de excepcionalidad.....	98
3.3. El surgimiento de la teoría del convenio de pago como cuasicontrato administrativo .....	105
Capítulo IV .....	109
<b>Conclusiones .....</b>	<b>109</b>
4.1. Conclusión general .....	109
4.2. Conclusiones específicas .....	110
Bibliografía .....	117
<b>Publicaciones .....</b>	<b>117</b>
<b>Normativa .....</b>	<b>120</b>
<b>Jurisprudencia.....</b>	<b>121</b>
<b>Respuestas de Información.....</b>	<b>122</b>

## **Introducción**

La legislación ecuatoriana en el artículo 2184 del Código Civil, recoge al cuasicontrato como fuente de obligaciones que se contraen sin convención, cuando el objeto de dichas obligaciones es lícito. Sin embargo de ello, en el marco del derecho público no obra entre su articulado una disposición que regule al cuasicontrato administrativo como una fuente de obligaciones contraídas por la administración pública.

En la dinámica contractual del Estado, es decir, existen obligaciones que se generan para la administración pública, cuyo asiento legal no siempre se ajustan a las disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General.

Bajo el esquema metodológico de la investigación, en primera instancia se abordará al cuasicontrato administrativo como fuente de obligaciones. En ese sentido se revisan las fuentes tradicionales de obligación, desde la esfera civil y la esfera administrativa; de igual modo, se buscará ejercer una aproximación hacia calificada doctrina administrativa que ha tratado la naturaleza del cuasicontrato administrativo, así como los principios que lo informan, es decir, aquellos fundamentos que han dado sustento para que la teoría de cuasicontrato administrativo sea discutida por la academia y utilizada por la administración pública como un elemento que permita restituir el egreso o gasto de quien ha ejercido de manera útil la gestión de negocios ajenos en procura del bien común y la satisfacción de necesidades públicas urgentes.

En segunda instancia, nos referiremos al acto convencional denominado convenio de pago, mismo que se ha introducido en la costumbre administrativa como un mecanismo “anormal” de extinción de obligaciones semejantes a las contractuales.

Ésta figura tiene un asiento fáctico en numerosos pronunciamientos del Procurador General del Estado, y que se encasilla como una figura excepcional, cuando por circunstancias ajenas a la voluntad de la administración pública, debidamente justificadas, no hubiere sido posible celebrar un contrato, bajo los procedimientos que exige la contratación pública.

La Procuraduría General del Estado, en un intento de regular la emisión de este tipo de actos convencionales, ha intervenido en la producción de requisitos mínimos

para conformar la viabilidad de un convenio de pago, estos son: 1.- la necesidad institucional previa; 2.- precios de mercado o precios justos; 3.- constancia documentada de que las obras, bienes y servicios fueron recibidos a entera satisfacción por los funcionarios responsables de la entidad estatal; y, 4.- bienes adquiridos, obras ejecutadas y los servicios prestados fueron utilizados en actividades y funciones inherentes a las que ejerce la entidad pública.

Es justamente a través del desarrollo de los subtemas propuestos, que analizaremos, dentro de la legalidad objetiva, cuales son los requisitos normativos que asientan y solventan al convenio de pago como un mecanismo de extinción de obligaciones, similar al contrato público.

Finalmente, en el tercer capítulo de texto investigativo se trataran los efectos de la inclusión de la figura del cuasicontrato administrativo en la legislación ecuatoriana, con la finalidad de llegar a determinar si el cuasicontrato administrativo surte efecto en el mundo jurídico bajo el principio de legalidad objetiva, o si al contrario, es una figura que permite rebasar el límite de la discrecionalidad para ser una herramienta arbitraria, que coloca a la administración pública bajo la órbita del desgobierno.

Para ello subsumiremos los principios que informan al cuasicontrato administrativo, así como postulados doctrinarios encabezados por el profesor Miguel Santiago Marienhoff, quien informa que pese a los ataques que en derecho privado recibió la teoría de cuasicontrato, mismo que se considera una categoría híbrida, desacreditada como fuente de obligaciones, en derecho público hay un ineludible auge de la idea y aplicaciones del cuasicontrato público, el cual no solo comprende las clásicas nociones de antaño del “enriquecimiento sin causa”; y, “la gestión de negocios ajenos”.<sup>1</sup>

El objeto del presente trabajo, se resume en la necesidad de encontrar asiento normativo que resguarde una práctica consuetudinaria-administrativa que ha permitido la liquidación de obligaciones de la administración pública frente a terceros, bajo el esquema inspirador de la contratación pública.

---

<sup>1</sup> Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. 3B, *Cuasi-contratos Administrativos* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983), 692.

## **Capítulo I**

### **El cuasicontrato administrativo**

En el presente capítulo, se abordarán varias temáticas que pretenden constituir una concepción clara de la vigencia del cuasicontrato administrativo como fuente legítima de obligaciones no convencionales. En ese sentido serán revisadas las fuentes tradicionales de obligación, desde la esfera civil y la esfera administrativa; de igual modo, se ejercerá una aproximación doctrinaria que revisa la naturaleza del cuasicontrato administrativo, así como los principios que lo informan, es decir, aquellos fundamentos que han dado sustento para que la teoría de cuasicontrato administrativo sea discutida por la academia y utilizada por la administración pública como un elemento que permita restituir el gasto de quien ha ejercido de manera útil la gestión de negocios ajenos en procura del bien común y la satisfacción de necesidades públicas urgentes.

#### **1.1 Las fuentes de obligación en el derecho administrativo**

Expuestas las circunstancias académicas que fundamentan el estudio de cuasicontrato administrativo, es necesario delimitar la estructura y organización del Estado, así como delinear y exponer las relaciones jurídicas que surgen entre los particulares, con la finalidad de asegurar un sistema jurídico que garantice el respeto a los derechos del individuo, con la creación de un sistema de pesos y contrapesos que evite prácticas arbitrarias de los agentes públicos.

Prudente resulta mencionar que el tratamiento de este subtema no profundizará en la descripción de las fuentes de obligación en su contenido individual, pues para efectos y necesidad de la presente investigación, es únicamente el cuasicontrato como fuente de obligación, aquel que será desarrollado en todas sus especificidades.

Justamente por ello es que toda estructura jurídica de organización, está jerárquicamente compuesta, es decir, existe una estructura piramidal que otorga una distinción y una carga preferente a las diferentes fuentes de obligación, a fin de que exista un sistema de valoración gradual del ordenamiento jurídico, en la que una fuente es superior a otra sí el ordenamiento le ha atribuido una fuerza superior, es decir, es el

establecimiento de una condición de validez que permite que existan normas jurídicas subordinadas que el momento de entrar en contradicción con normas jerárquicamente superiores, quedan inválidas y sin efecto alguno.

Al revisar las fuentes del derecho, es preciso traer a colocación lo expuesto por la autora Eddy de La Guerra<sup>2</sup>, quien en su obra titulada “Introducción al derecho” considera que el sistema jurídico ecuatoriano, no es sino, una derivación de la Familia Germánico-Romana, pues de este sistema se deriva la clasificación de las fuentes formales y materiales.

La doctrina más tradicional, asegura que para comprender el surgimiento de las fuentes de obligación, es propio referirse a las fuentes que nutren el derecho. En este sentido, se debe en primer lugar distinguir a las fuentes formales y las fuentes materiales del derecho<sup>3</sup>. Las fuentes formales son aquellas que directamente pasan a constituir el derecho aplicable; y, las fuentes materiales, son aquellas que nacen u originan dentro de un espectro social y político originado por las fuentes formales, es decir, nacen de la dialéctica social y del pensamiento político temporal. Es así que se puede informar que fuentes en sentido formal son la Constitución, la ley, los reglamentos y la jurisprudencia; y, reflejo de ello, las fuentes en sentido material son los hechos políticos, sociales, la doctrina y la costumbre.

Para varios autores no existe distinción entre formales y materiales, pronunciando que las fuentes del derecho administrativo son la ley en aquel sentido amplio, la doctrina y la costumbre.

Abordado propiamente las fuentes de obligación, en primera instancia tenemos que remitirnos a lo que dispuesto en el ordenamiento civil, donde se señala que “las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los

---

<sup>2</sup> Eddy de La Guerra, “*Introducción al derecho*”, primera edición, (Quito: Estudios y Publicaciones, 2013), 88.

<sup>3</sup> Agustín Gordillo, “*Tratado de derecho administrativo y obras selectas*”, (Buenos Aires: Fundación Derecho Administrativo, 2004), IADA-V-1

delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia”<sup>4</sup>.

Conceptualmente, se denomina fuente de la obligación al hecho dotado de virtualidad suficiente para generarla. Se puede considerar que fuentes de las obligaciones son todos aquellos supuestos de hecho a los que el ordenamiento jurídico les da la idoneidad para generar relaciones obligatorias.<sup>5</sup>

Bajo esta premisa, la doctrina llega a manifestar que existe una fuente de obligación única, denominada “hecho jurídico”, toda vez que su existencia, genera efectos jurídicos válidos, capaces de producir el génesis de una relación obligacional real. Relación a la cual, el ordenamiento jurídico positivo, le atribuye la capacidad de producir una obligación o el advenimiento de un derecho, consistente en el deber de realizar, por parte del sujeto pasivo, una conducta debida en favor del sujeto activo, quien tendrá la facultad de exigir el cumplimiento de la prestación como acreedor.

Por otra parte, descrito el hecho jurídico, como fuente de la obligación, tiene características esenciales que lo revisten de legitimidad, la más importante es la voluntad, es decir, las partes que intervienen en el surgimiento de la relación jurídica tienen que actuar en acuerdo de voluntad, sin que para ello pueda mediar la fuerza o presión. Empero de lo expuesto, el hecho jurídico también puede nacer de manera involuntaria, única y exclusivamente cuando surge por mandato expreso de la ley.

Remontándonos nuevamente a la familia romano-germánica, existen fuentes clásicas o tradicionales de obligaciones, estas son: los contratos, los delitos, los cuasicontratos, los cuasidelitos o delitos culposos (contravenciones) y la ley en su sentido más amplio. Fuentes que se insertan en el ordenamiento civil ecuatoriano como herencia románico-francesa.

Para el derecho administrativo, las fuentes de obligación están delimitadas por el derecho positivo, en primer lugar es importante aclarar que al referirnos al régimen obligacional de la administración pública, no se lo realiza en el sentido de verificar todas aquellas actuaciones que el ordenamiento jurídico impone a los agentes públicos, tales

---

<sup>4</sup> Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial Suplemento N° 46 (Quito, 24 de junio del 2005), art. 1453.

<sup>5</sup> Raúl Ferrero Costa, *Curso de Derecho de Obligaciones*, Tercera Edición, (Lima: Editorial Jurídica Grijley, 2004), 12.

como prestación de servicios de educación, asistencia sanitaria y de salud pública, defensa interna y externa; sino abordar el tópico de las obligaciones de la administración en el seno de una relación jurídica obligatoria, sea puramente unilateral, de ésta para con el acreedor (contratista y/o proveedor), o sea recíproca, esto es, un acto de consuno que conlleve el cumplimiento de obligaciones mutuas, obligaciones que pueden nacer en ejercicio del deber ser de la administración pública para la satisfacción de necesidades colectivas, a través de mecanismos de contratación estatal.

Para el autor español José Monedero, respecto a la naturaleza de las obligaciones de la administración pública, señala que:

“es necesario distinguir en el ámbito público entre las obligaciones o fines competenciales de los distintos órganos del Estado y las Administraciones locales y la obligación propiamente dicha. Por lo que se refiere a la primera acepción del término, en las leyes, se contienen enunciados descriptivos de las funciones atribuidas a la Administración, a sus distintos órganos y a las unidades dependientes de aquélla. Estos cuadros competenciales definen un “poder hacer”, o un “deber hacer” de los entes públicos, y no pueden confundirse con la obligación auténtica aun cuando aquéllos enunciados sean antecedente remoto; les falta el dato típico del vínculo obligacional, que es la exigibilidad de su cumplimiento por las personas interesadas en el mismo. Son más bien facultades o deberes funcionales que emanan directamente de la norma, no de una previa relación jurídica intersubjetiva. Las obligaciones para que se puedan calificar como tales, se deben corresponder con derechos ejercitables por el que resulta acreedor de la prestación; la interdependencia entre débito y crédito, entre deudor y acreedor, es lo que da vida a la relación jurídica típica obligacional”.<sup>6</sup>

En definitiva, se debe entender que las obligaciones de la administración pública están perfectamente diferenciadas entre aquellas que la revisten en el marco de su acto constitutivo como ente público, es decir, aquellas que nacen a partir de su naturaleza u objeto; y, aquellas que adquieren ejercicio de sus atribuciones, deberes y facultades, pues existen obligaciones que nacen por efectos del ejercicio de competencias, como los actos convencionales.

Para el derecho administrativo, las fuentes de obligación son aquellas que se encuentran desarrolladas en la legislación y doctrina civil, toda vez que, analizando el vínculo jurídico que asume y sus elementos, la aplicación en la esfera pública es procedente. La relación obligatoria reconoce tres elementos que la constituyen: a) el

---

<sup>6</sup> José Monedero Gil, “*Doctrina del Contrato del Estado*”, Primera Edición, (Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1977), 241 y ss.

vínculo jurídico que liga al acreedor con el deudor de un modo previsto por el ordenamiento jurídico; b) la existencia ineludible de dos sujetos, uno activo y otro pasivo, situación en la que puede encontrarse la administración pública; y, c) la prestación, o aquello que se constituye como objeto de la obligación.<sup>7</sup>

El vínculo jurídico está particularizado en primer lugar por un vínculo abstracto, que relaciona a dos personas, deudor y acreedor, es así que en el derecho romano, se patentizaba de una manera visible y material. El derecho se constituye como otro vínculo jurídico porque la obligación está reconocida por el ordenamiento jurídico, el cual lo tutela impidiendo que el deudor pueda eludir su obligación. Finalmente existe un vínculo de gravamen personal dirigido contra el deudor, quien por la obligación limita su libertad patrimonial e individual en favor del acreedor.<sup>8</sup>

Refiriéndonos a los sujetos de la relación obligatoria u obligacional, cada uno de ellos tiene asignado un comportamiento en sí definido, conexo e interdependiente en la relación, es decir, no existe acreedor sin deudor y viceversa.

En esta relación jurídica, los elementos subjetivos son esencialmente dos, sin embargo pueden existir obligaciones pluripersonales, con pluralidad de deudores y acreedores. Estas obligaciones pueden ser disyuntivas, simplemente conjuntas o mancomunadas simples, solidarias e indivisibles.<sup>9</sup>

En la teoría obligacional del derecho público, es fundamental que exista la prestación del servicio, la entrega del bien o de la obra, es decir, se constituye en obligación cuando el proveedor de Estado presta un servicio, entrega el bien o la obra en favor de la administración pública, pues con este hecho se perfecciona el vínculo por efectos de la entrega y recepción a satisfacción.

Teniendo delimitada en esencia la teoría obligatoria y los elementos que constituyen la obligación, para el derecho administrativo las fuentes de obligación son sin duda, el contrato, el cuasicontrato, la ley, el delito y los cuasidelitos. En ese sentido nos referiremos brevemente al primero, tercero, cuarto y quinto, a fin de desarrollar de manera integral al cuasicontrato administrativo en un siguiente apartado de este capítulo.

---

<sup>7</sup> Pascual Marín Pérez, “Introducción a la ciencia del derecho”, cuarta edición, (Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1979), 327.

<sup>8</sup> Fernando Fueyo Laneri, “*Derecho Civil De las Obligaciones*”, Primera Edición, (Valparaíso: Editorial Imp. y Lito Universo S.A., 1958), 35.

<sup>9</sup> *Ibidem*, 37.

### 1.1.1 El contrato

Sin lugar a duda, la fuente más fecunda de obligaciones es el contrato, en razón de que esta fuente es la más común de nacimiento y fenecimiento de las obligaciones. Existen doctrinarios que afirman que el contrato como fuente de obligaciones es perfecto, normal y único.

En términos civilistas, el contrato o convención es: “un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”.<sup>10</sup>

A lo largo de los años y gracias a esta definición legal de contrato y su analogía con la convención, ha existido una constante crítica entre el término contrato con convención, siendo el primero en su sentido específico, tan solo una especie del segundo como acto convencional o de acuerdo de voluntades.

Así mismo, la diferencia palpable entre el uno y el otro radica en dos situaciones fundamentales, en primer lugar el contrato tiene como principal fin la creación de derechos y obligaciones exigibles civilmente, y por lo general, tiene mayores solemnidades que una convención en su sentido lato, mismas que dependerán del tipo de contrato. El acto convencional general, crea, modifica o extingue derechos y obligaciones, sin mayores formalidades; en otras palabras, en su aspecto positivo la convención crea derechos, y en su sentido negativo los extingue o modifica.

Por otra parte, se afirma que el contrato administrativo es la principal fuente de obligación de la administración pública, toda vez que, a través de él, se crean, complementan, modifican y extinguen. Situación que se encuentra tipificada en el derecho positivo y en los principios que informan a la contratación estatal.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, se define al contrato administrativo como “todo acto o declaración multilateral o de voluntad común; productor de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa. Su regulación se regirá por las normas jurídicas aplicables”.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial Suplemento N° 46 (Quito, 24 de junio del 2005), art. 1443.

<sup>11</sup> Ecuador, *Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*, Registro Oficial Suplemento No. 536 (Quito, 18 de marzo de 2002), art. 75. En adelante se cita como ERJAFE.

Es incontrovertible catalogar a los contratos administrativos, como parte del derecho público, como el medio formal, sujeto a solemnidades, que es regulado por el Estado en búsqueda de cumplir las expectativas y necesidades públicas y colectivas en la prestación de los servicios públicos.

El doctrinario argentino Miguel Marienhoff, define al contrato administrativo como “el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones y derechos, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer finalidades públicas”.<sup>12</sup>

En definitiva, es verificable que el contrato, se asienta como un mecanismo convencional productor de efectos jurídicos, efectos que generan obligaciones y derechos, asimismo, se torna en el mecanismo convencional tradicional, a través del cual la administración pública traslada o delega a particulares la prestación de un servicio, provisión bienes, y, la ejecución de una obra de infraestructura.

### **1.1.2 El cuasicontrato**

Para el Derecho romano, como fuentes de obligación existía en primer término el contrato y el delito, sin embargo se observó que existen algunas obligaciones que no nacen ni de los contrato, ni de los delitos. Es así que correspondió a los compiladores bizantinos, fundamentándose en la semejanzas y generalidades, enunciar las fuentes que hoy conocemos, entre las cuales se encuentra el cuasicontrato, reconociéndole concepto sustantivo como una institución del derecho civil.

El cuasicontrato es un hecho jurídico, lícito y no convencional, capaz de originar obligaciones a quien lo ejecuta o a un tercero ajeno a su constitución. Es un hecho jurídico porque es capaz de producir efectos reconocidos en el ordenamiento. Es lícito porque está autorizado por la ley e inclusive es reglamentado en algunas formas específicas.

Las obligaciones que puede generar, pueden ser para ejecutarse o crearse un acto, como el agente oficioso que incurre en la responsabilidad por su gestión, o bien para un

---

<sup>12</sup> Miguel Marienhoff, “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Tomo III A, Cuarta Edición, (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983), 34.

tercero. En el caso del agente oficioso o agencia oficiosa, su efecto es el reembolso de lo gastado en la gestión del negocio ajeno. Situación a la que nos referiremos las líneas posteriores. Quedando en este apartado únicamente delimitado en términos generales el cuasicontrato como fuente de obligación.

### 1.1.3 La ley

Las obligaciones pueden tener por fuente la sola ley, misma que genera obligaciones de manera directa, al imponer la prestación de un servicio cualquiera, requerido por el derecho natural o impuesto por la necesidad y la convivencia social.

En este caso, la voluntad, a la que no referimos en líneas precedentes, no invierte para la formación de la obligación, toda vez, que resulta que de la sola autoridad o imperio de la ley se generan las obligaciones de “*dare*”, “*facere*”, “*prestare*”. Es tan fuerte el imperio de la ley en el derecho obligatorio que aun cuando, la voluntad particular podría ser adversa a la disposición de la ley creadora de la obligación, nacerá ineludiblemente la obligación legal.

Para Omar Cancela, la conceptualización de la ley como fuente de obligaciones, se deriva de las fuentes jurídicas que regulan la conducta en general, y no se limitan a un caso en particular y concreto.<sup>13</sup>

Dentro de esta conceptualización, no únicamente entran aquellas normas que se generan a través de la función legislativa, sino que engloba aquellas que nacen desde el ejecutivo central y seccional, pues todo el andamiaje administrativo coopera para que las relaciones del individuo en sociedad sean armónicas, regladas, objetivas y justas.

Asimismo, la ley es fuente de obligación porque de su contenido podemos extraer normas de conducta, que llevan el peso coercitivo de la comunidad, a través de los órganos legisladores, es decir, el marco jurídico que rige a una colectividad es un reflejo de los principios, moralidad e idiosincrasia que gobierna a tal colectivo. Es justamente por ello que la ley no puede guardar una armonía o generalidad absoluta entre países, pues resulta que la sociedad mira con diferente óptica y ética ciertos

---

<sup>13</sup> Omar Cancela, *Instituciones de derecho privado*, Primera edición, (Buenos Aires: Editorial Astrea, 1988), 53.

acontecimientos o fenómenos sociales, que en unos casos pueden causar alarma social, pero en otros es una práctica común y aceptada.

#### 1.1.4 El delito y cuasi delito

Si bien es cierto, que desarrollar este tema podría confundirse con derecho penal puro, no es menos cierto que en la esfera del derecho público, el delito como fuente de obligación, tiene una acepción naturalmente sancionadora.

En la conceptualización románica, se refiere a que delito es un acto ilícito del cual derivan obligaciones que se sancionan con una pena o reprimenda. En el Imperio Romano, se concebía al delito como un acto que atenta a la colectividad y que debía ser reprimido para el mantenimiento de las relaciones colectivas.

Los romanos distinguían dos instituciones que tenían por objeto determinar la consecuencia jurídica del hecho, las cuales son: a) “*delicta*”, es una acción que busca resarcir los perjuicios causados a una persona en su patrimonio mediante una pena pecuniaria o en dinero; y, b) “*crimina*”, es una acción que busca imputar una determinada sanción o pena a una persona que por un hecho suyo ha causado un daño contra el orden público.

Por su parte se define como un acto o hecho ilícito no convencional que genera obligaciones. Efectivamente produce una obligación entre el actor del hecho y la persona que ha sido directamente afectada por los hechos.

En conclusión en Roma todos los actos que eran realizados sin la intención de producir un daño a otra persona, se consideraban un cuasidelito. Esta situación no fue reglada, y le correspondía al juzgador catalogar si la conducta ilícita constituía en delito o cuasidelito.

Finalmente, los delitos y cuasidelitos son fuentes de la obligación cuya razón de ser es indemnizar a la víctima que ha recibido el daño, con la finalidad de repararlo, es decir, que su razón de ser es generar obligaciones de reparación y subsanación de un daño o perjuicio cometido, todo ello para otorgar a la sociedad una herramienta que equilibre la idea de justicia.<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> Fernando Fueyo Laneri, *Derecho Civil De las Obligaciones*, Primera Edición, (Valparaíso: Editorial Imp. y Lito Universo S.A., 1958), 50

## 1.2. Definición del cuasicontrato administrativo

El cuasicontrato ha sido brevemente definido en líneas anteriores, utilizando para ello la concepción civil de esta institución jurídica. Institución civil que generalmente tiene detractores en su ideario, como fuente de obligación. Ésta realidad no cambia trascendentemente en el derecho público, toda vez, que las posiciones doctrinarias se encuentran evidentemente divididas en favor y en contra. Sin embargo, para el derecho público, el cuasicontrato es una manifestación palpable de los principios de justicia y equidad, poniendo un contrapeso jurídico a la teoría del enriquecimiento público sin causa. Existiendo en la actualidad un indudable auge de idea y aplicaciones del cuasicontrato, al extremo de que diversas situaciones se sugieren resolverlas por aplicación de esa figura jurídica.

Para Roberto Dromi, en su concepción subjetiva de las relaciones jurídicas que nacen entre la administración pública con los particulares, se pronuncia informando que las mismas tienen entre otras causas, un título que los enlaza, el mismo que puede ser: en primer término: estatutario o normativo, como la Constitución, leyes, reglamentos, decretos, etcétera, por medio de actos unilaterales generales; y segundo escenario, de carácter voluntario, como, el contrato, el cuasicontrato, el acto unilateral, que son originados por el acuerdo creador de derechos y obligaciones o por actos unilaterales de administración pública.<sup>15</sup>

La contribución doctrinaria que realiza el profesor Miguel Marienhoff, es oportuna de ser tomada en consideración en el presente trabajo, toda vez que es el autor que más se acerca al contraste ideal ente las tesis que abonan al nacimiento del cuasicontrato administrativo como fuente de obligación, así como quienes critican dicha teoría como un intento forzado de emular la esfera privada con la pública.

En este sentido Miguel Marienhoff considera que el cuasicontrato administrativo es el “hecho o acto voluntario lícito, que produce efectos semejantes a los contratos, sin

---

<sup>15</sup> José Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, Quinta Edición, (Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996),

existir acuerdo de voluntades ni consentimiento sobre lo que es materia concreta de tal hecho o acto.”<sup>16</sup>

Marienhoff, al acercarse a la teoría del cuasicontrato administrativo, cita al autor italiano, Guido Zanobini, quien considera que:

“No existe razón para negarles a los cuasicontratos el carácter de hechos jurídicos, y precisamente de hechos jurídicos subjetivos; por lo que entonces es de tales hechos, y no directamente de la ley, de donde derivan las respectivas obligaciones. Por otra parte, agrega, en derecho administrativo el concepto de cuasicontrato podría tener mayor aplicación que en derecho civil, dado que la noción de cuasicontrato, cuando no existan un acto o un contrato administrativos, puede comprender cualquier hecho jurídico subjetivo idóneo para producir algunos de los efectos que, son propios del acto administrativo o del contrato de derecho público.”.<sup>17</sup>

Precisamente, es bajo esta premisa que la teoría del cuasicontrato administrativo tiene una aplicación un tanto genérica y dúctil respecto a determinar una explicación jurídica de las relaciones patrimoniales surgidas entre la administración pública y los ciudadanos, por ejemplo, como consecuencia de la declaratoria de emergencia, la intervención de un particular en la provisión y prestación de servicios públicos.

Es importante hacer notar que no existe un régimen orgánico que determine reglas o normas expresas, para que sean aplicadas en los cuasicontratos administrativos. En este sentido por regla general debe aplicarse toda norma que regule a los contratos administrativos, a fin de que sea acojina por el cuasicontrato y se revista de legalidad y legitimidad.

Ahora bien, es menester referirnos a las características que configuran de “administrativo” al cuasicontrato que nace en la administración pública. Este carácter lo reviste de manera indudable el objeto, es decir, de la naturaleza propia del hecho jurídico, como por ejemplo, la provisión de obras, bienes y servicios en favor del Estado. La relación causal entre el sujeto activo y pasivo, siempre determinará la naturaleza del cuasicontrato, en sentido civil y administrativo.

Es importante hacer notar que si bien es cierto, en los contratos administrativos existe un régimen inserto de derecho privado, denominado cláusulas exorbitantes, no es menos cierto que en los cuasicontratos, cuando son administrativos, éste régimen

---

<sup>16</sup> Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. 3B, *Cuasi-contratos Administrativos* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983), 693.

<sup>17</sup> *Ibidem*, 695.

también está presente, toda vez que las cláusulas son ínsitas a las figuras convencionales administrativas, como resultado que la persona que se vincula a la administración pública por una relación que implique el nacimiento de un cuasicontrato administrativo, está supeditada a la aplicación de esas cláusulas exorbitantes virtuales, mismas que han de ser compatibles con la relación jurídica de que se trate.

Para Roberto Dromi, el cuasicontrato administrativo, se entiende al hecho o acto voluntario lícito que produce efectos semejantes a los contratos, sin existir acuerdo de voluntades ni consentimiento sobre lo que es materia concreta de tal hecho o acto, y cita como ejemplo a la gestión de negocio ajenos, el empleo útil y el pago indebido<sup>18</sup>.

Pese a lo expuesto por Dromi, es oportuno mencionar que no es del todo cierta su apreciación respecto a manifestar como una característica del cuasicontrato administrativo, la ausencia de la voluntad y consentimiento en su formación, toda vez que si bien es cierto, no existe un régimen orgánico, los efectos son similares a los de los contratos, es decir, que puede operar la voluntad y el consentimiento en la formación de un cuasicontrato administrativo, sin que esto signifique que hablamos de un contrato administrativo propiamente dicho.

Corroborado lo expuesto, se presenta la tesis del francés André de Laubadère, quien expone con toda solvencia que la necesidad de planificación estatal abrió un campo nuevo en las modalidades de contraer obligaciones, exponiendo además que la idea del cuasicontrato es un mecanismo que establece un acuerdo implícito y flexible, mediante el cual el Estado solventar las necesidades públicas de manera urgente.<sup>19</sup>

Por otra parte, Roberto Dromi, se refiere a la vigencia actual y relevancia que ha tomado la figura del cuasicontrato, como manifestación de respeto por la justicia y la equidad compensatoria<sup>20</sup>. De entenderse, que al no estar sujeta a un régimen orgánico, el espectro de aplicación es bastante amplio, puesto que el cuasicontrato, no sólo comprende las nociones del enriquecimiento sin causa, gestión de negocios ajenos al acto convencional, sino también se ajusta a la concesión de servicio público para el caso

---

<sup>18</sup> José Roberto Dromi, “*Derecho Administrativo*”, Quinta Edición, (Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996), 425

<sup>19</sup> André de Laubadère, “*Traité théorique et pratique contrats administratifs*”, (París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1956), 18

<sup>20</sup> *Ibidem*, 425

de que el concesionario, vencido el plazo de la concesión, continúe prestando el servicio, con la finalidad de precautelar el interés público.

Procede ahora traer a colación que es el enriquecimiento sin causa uno de los fundamentos que se esgrimen para sostener la responsabilidad del Estado por actos legislativos en los casos de implantación de monopolios; por ejemplo, la ley que prohíbe una actividad hasta entonces lícita ejercida por particulares, para reservarla exclusivamente al Estado, supone un enriquecimiento injusto en favor de éste.

Los requisitos específicos del enriquecimiento sin causa ya sea como un cuasicontrato administrativo, o como fundamento y explicación de los cuasicontratos de la Administración, son: a) utilidad o servicio destacado; b) inexistencia compensatoria; c) falta de una causa jurídica; d) inexistencia de una expresa norma prohibitiva, y e) necesidad del servicio o acto realizado que produce el beneficio.

Es de observar que si los cuasicontratos que se encuentran en el derecho administrativo son los mismos que en el derecho privado, no están necesariamente regidos por las mismas normas, sino que tienen sus reglas propias, inspiradas en las exigencias del derecho público. Específicamente en lo referido a las fuentes obligacionales de la Administración, el derecho administrativo se presenta claramente autónomo. La Administración no compromete su responsabilidad en iguales condiciones que los particulares.

Al igual que en los contratos, la administración puede ser deudora o acreedora en la obligación cuasicontractual. Como ejemplo del caso en que el Estado puede ser acreedor, en la obligación cuasicontractual se menciona el supuesto de que, después de extinguir un incendio, con lo cual cesa la función de policía, los bomberos remueven escombros y salvan o mejoran las cosas del patrimonio de un particular; como esto último no es función propia de la administración, ésta puede ejercer la pertinente acción de resarcimiento contra el particular.

Bajo esta misma premisa, se ha pronunciado el doctrinario francés André de Laubadère, quien en su obra titulada *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*<sup>21</sup>, destaca que el estudio realizado hacia lo denominado como

---

<sup>21</sup> André de Laubadère, "*Traité théorique et pratique des contrats administratifs*", (París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1956), 15

intervencionismo económico, dentro del cual resalta a dos categorías diferentes, éstas son: la de medidas unilateral y la de acuerdos convencionales.

En lo que respecta a los acuerdos convencionales, Laubadère realiza una distinción entre aquellos que nacen con el objeto de colaboración en tareas intervencionistas; y, los de la administración económica, denominándolos inclusive, a los cuasicontratos administrativos, dentro de la categoría de acuerdos convencionales de incitación, es decir, como aquellos actos en los que el Estado, a través de particulares, provee de obras, bienes y servicios como mecanismo de satisfacción de necesidades pública.

Como se ha podido apreciar en los anteriores apartados, la conceptualización doctrinaria del cuasicontrato administrativo, ha sido impulsada por varios jurisconsultos de gran valía y vigencia, es así que para Rafael Bielsa, al momento de revisar en retrospectiva las actividades de la administración pública, se observa que ésta pueda dar lugar a situaciones en las que se pueden aplicar los principios propios del derecho común, cuyo objeto se vierte en sostener la tesis de la gestión de negocios ajenos, para lo cual se requiere que el gestor tenga capacidad para contraer obligaciones. Siendo obligación del Estado, el indemnizar al gestor todo gasto útil o necesario, así como liberarlo de las obligaciones asumidas como gestor.<sup>22</sup>

En la opinión vertida por Bielsa, tanto la gestión de negocios ajenos, como el empleo útil no pueden ser sujetos de tratamiento en la esfera administrativa, de acuerdo con el enfoque dado por el derecho civil, toda vez que, la administración pública está sujeta ineludiblemente a la aplicación de principios y reglas distintas a las que informan al derecho privado; además existen situaciones reglamentarias en las que siempre están inmersos los órganos de la administración pública, cuya competencia se refiere al texto de ley.

Es claro el profesor Rafael Bielsa en manifestar que lo dicho en el párrafo anterior, no extraña una observancia inobjetable por parte de la administración pública, en razón de que existen ciertos principios como el de justicia y equidad, en los que se encuentran subsumidos la proscripción del enriquecimiento sin causa y el perjuicio ajeno. En definitiva, si por un lado, existen principios y reglas propias del derecho

---

<sup>22</sup> Rafael Bielsa, "*Derecho Administrativo*", Sexta Edición, (Buenos Aires: La Ley, Sociedad Anónima Editora e Impresora, 1964), 476

privado a las que los órganos estatales, per se no están sujetos, existen valores y principios supremos de los cuales se reviste todo el derecho para generar justicia, equidad, así como un contrapeso al abuso del agente público. De estos principios, normas y reglas se alimenta la teoría del cuasicontrato administrativo.

Propio del desarrollo de este apartado, donde se pretende definir al cuasicontrato administrativo, es no omitir los postulados emitidos por el profesor Enrique Sayagués Laso, quien opina que el cuasicontrato administrativo, es un mecanismo a través del cual, el Estado puede llegar a compensar al particular, con limitaciones y excepciones, sin que para el efecto se puedan aplicar de manera lisa y llanamente las reglas propias del derecho civil, pues las condiciones para que surja la obligación de compensar, tienen que ajustarse a las particularidades del derecho administrativo.<sup>23</sup>

De la misma manera que el cuasicontrato administrativo, como teoría, ha tenido los adherentes citados, existen otros valorados doctrinarios que discrepan respecto a la conformación conceptual del cuasicontrato administrativo, en este sentido tenemos que para Héctor Escola<sup>24</sup>, en un ejercicio de adherencia, coincide con el criterio vertido inicialmente por Josserand, en la idea privatista o civilista del cuasicontrato, catalogándolo como una ficción inútil que debería suprimirse del vocabulario jurídico, por no atender necesidad alguna, ser estéril en su conformación, además porque la problemática que pretende subsanar con su celebración, puede ser atendida a la luz de los principios doctrinales del derecho público, todo ello sin recurrir al despropósito de elevar al cuasicontrato a la categoría de contrato administrativo, por carecer el elemento esencial denominado consentimiento.

Finalmente, y haciendo uso de los postulados revisados, es propio que el autor del presente trabajo argumente y defina al cuasicontrato administrativo, sin embargo de ello, es importante que en primer lugar separemos la definición propia de contrato administrativo, pues las dos figuras jurídicas suelen ser confundidas por pertenecer a la raíz convencional.

Como resulta evidente, el contrato administrativo, es un acto convencional que reconoce el acuerdo de voluntades dentro de las obligaciones de dar, hacer o no hacer,

---

<sup>23</sup> Enrique Sayagués Laso, *“Tratado de derecho administrativo”*, (Montevideo: Talleres Gráficos Barreiro y Ramos, 1963 ), 579

<sup>24</sup> Héctor Escola, *“Tratado Integral de los contratos administrativos”*, (Buenos Aire: Depalma, 1977), 238

dichas obligaciones son reales y exigibles desde un inicio entre sí, como por ejemplo, al momento de ejecutar una obra pública, el contratista tiene la obligación de cumplir con el plazo, mientras que la administración pública debe cumplir con la obligación de pago.

Dentro de los cuasicontratos administrativos, es evidente que es un acto convencional en donde se perfecciona el acuerdo de voluntades, dicho de otro modo, a través del cuasicontrato administrativo se regula el derecho real que nació *ex lege*, siempre y cuando, este acuerdo sea parte del objeto y causa lícita.

Con lo dicho, se puede colegir que cuasicontrato administrativo es un acto convencional, cuya conformación se sostiene en los principios de justicia y equidad, con el afán rectificador de justicia conmutativa, con el deseo de reestablecer el equilibrio entre dos patrimonios, de los cuales el uno se enriqueció por efecto del empobrecimiento del otro, sin ninguna causa jurídica aceptable que los pueda justificar. Sin embargo, mencionando, y adhiriéndome a lo expuesto por Sayagués Laso, este cuasicontrato administrativo debe tener limitaciones y excepciones que no permitan su uso discrecional arbitrario, es decir, debe constituirse en un régimen de excepcional que se ampare en la norma.

### **1.3. Principios que informan al cuasicontrato administrativo**

Una vez que se ha alcanzado una definición bastante clara de la institución jurídica denominada cuasicontrato administrativo, es necesario determinar cuáles son los principales principios jurídicos que informan y nutren la tesis del cuasicontrato.

Empero de lo expuesto, a sabiendas de que los principales postulados que nutren la idea del cuasicontrato son la justicia y equidad, existen otros tantos que logran moldear y revestir de especificidad dicha conceptualización doctrinaria, con la finalidad de otorgar características propias, genuinas y auténticas, como son la proscripción de la arbitrariedad, el enriquecimiento sin causa, justicia conmutativa, etc.

Con lo manifestado, haciendo un ejercicio de clasificación y gradación, se presentan los principales principios que informan al cuasicontrato administrativo, pues de ellos podremos sostener o no, la pertinencia doctrinaria y postular la teoría jurídica.

### 1.3.1 Principio de legalidad objetiva

Respecto al principio de legalidad objetiva existen varios postulados doctrinarios que lo exhiben como una máxima inmutable del derecho público, sin embargo existen otros tantos tesis solventes y calificados que sostienen como derivación dúctil del principio de legalidad objetiva, a aquella denominada juridicidad, sin embargo, la tesis de la juridicidad, no se abordará de manera profunda, pues su vigencia en la doctrina es altamente cuestionada por obedecer a subjetividades. Empero de ello, el objeto del presente trabajo es verificar si el convenio de pago se califica como cuasicontrato administrativo, así que es prudente en un primer intento clarificarlo dentro de la esfera de la legalidad pura y llana, a fin de revisar elementos de convicción no controversiales que brinden seguridad jurídica al momento de aplicarlos por parte del agente estatal.

Juan Carlos Cassagne al citar al profesor Bidart Campos, expresa que si bien originalmente tal principio apareció como derivación del dogma que postulaba la primacía de la voluntad general, expresión del naturalismo que impuso la filosofía iluminista, lo cierto es, que el principio tiene un antecedente aristotélico, como sumisión de la actuación administrativa al texto normativo.<sup>25</sup>

La legalidad objetiva, en palabras del profesor Jorge Fernández Ruiz<sup>26</sup>, se lo califica como fundamental en el Estado de derecho y por ende en cada uno de los órganos de la administración pública, en razón de que sólo puede hacerse lo que la ley expresamente permite, en la forma y términos en que la misma determina.

Dentro de una terminología más general, el principio de legalidad objetiva, en el Estado de derecho, propugna una forma especial de vinculación de las autoridades e instituciones públicas al ordenamiento jurídico formal, a partir de su definición básica según la cual toda autoridad, funcionario o institución pública, solamente puede actuar en la medida en que se encuentre apoderada para hacerlo por el mismo ordenamiento y todo lo que no les esté autorizado les está proscrito.

---

<sup>25</sup> Juan Carlos Cassagne, *“Derecho Administrativo”*, Tomo II, Séptima edición, (Bueno Aires: Abeledo-Perrot, 2002), 27

<sup>26</sup> Jorge Fernández Ruiz, *“Derecho Administrativo-Contratos”*, Tercera Edición, (México: Editorial Porrúa, 2009), 87

Para el profesor ecuatoriano Álvaro Mejía Salazar<sup>27</sup>, el principio de legalidad ofrece diversas modalidades o matices, debido al tratamiento diferenciado que imponen el estudio de las diversas ramas del derecho, sin embargo de ello el núcleo o la idea matriz que erige a este principio es la sumisión a la norma. Igual tratamiento tiene éste principio en el nacimiento de norma o creación legislativa, pues, de la legalidad nacen todas las normas que rigen al sistema jurídico, quedando en completo desuso la teoría de la crisis de la legalidad, toda vez que, toda actuación debe constreñirse al imperio de la ley para proscribir el margen arbitrario que pudiere dar la discrecionalidad.

El autor Efraín Pérez, sostiene, al referirse a la legalidad, que los actos administrativos no pueden contradecir, normas constitucionales, legales y reglamentarias, es decir, la ley formal, y por ende los órganos públicos, no pueden ejercer sus competencias más allá del espectro que la ley faculta.<sup>28</sup> Es decir, que dentro de la muestra doctrinaria básica, legalidad significa, hacer lo que la ley permite, sin embargo, existen varios matices que nacen de la propia actividad administrativa que deben ser valorados.

Como se ha manifestado en el génesis de este trabajo, la actividad administrativa es investida de la dinámica social, pues como resulta evidente, la razón de ser de los órganos de la administración pública, es la organización del Estado, a fin de cubrir las necesidades del colectivo, a través de la provisión de obras, bienes y servicios. Lo que pretendo indicar con lo anotado, es que la legalidad objetiva siempre debe ser observada por el agente público, sin embargo existen situaciones claras, determinadas y excepcionales que podrían permitir, con base generalísima y constitucional, que los agentes estatales recurran a actuaciones no normadas que no alteren la seguridad jurídica y recurran a la satisfacción de necesidades colectivas.

El principio de legalidad objetiva supone el respeto de la ley, sin embargo de ello, tal como quedo consignado, es posible excepcionalmente que se presenten a la

---

<sup>27</sup> Álvaro Mejía, “Propuesta de adecuación de los principios de legalidad y reserva de ley a las conceptualizaciones tributarias”, (2003, octubre 20). Recuperado de <http://www.webicdt.net:8080/sitios/principal/centrodeinvestigacion/Lists/Articulos%20Revistas/Attachments/27/ALVARO%20MEJIA.pdf>

<sup>28</sup> Efraín Pérez, “*Derecho Administrativo*”, Tomo I, Primera Edición, (Quito: Corporación Estudios y Publicaciones, 2009), 121.

administración pública situaciones no previstas, no necesariamente emergentes, o que las previstas exijan actuaciones o decisiones distintas a las autorizadas inicialmente.

Esta problemática ha despertado el volcamiento hacia una reestructuración de la doctrina administrativa, a fin de llegar a informar, dentro de la legalidad, que la autoridad administrativa tiene potestad para actuar en casos no previstos o haciendo uso de medios diversos de los previstos, cuando existe un estado de necesidad pública evidente y notorio, que exige la actuación urgente de la administración, a fin de atender las necesidades sociales. Esta urgencia en la actuación, cuando opera debidamente motivada, podría llegar a justificar la actuación de la administración pública cuando exista ausencia de ley, e inclusive, cuando se actúe en contra de ley existente.

Ahora bien, cómo llegar a determinar que la actuación de la administración pública, cuyo fin es atender una urgencia o una circunstancia no prevista o modificada, opera dentro del bloque de la legalidad o en su defecto se torna en una actuación reprochable y arbitraria. Para este efecto, el legislador ha constituido dentro del ordenamiento jurídico el denominado Reglamento para el Control de la Discrecionalidad<sup>29</sup>, cuya finalidad es normar la denominada potestad discrecional, bajo el paraguas del control de legalidad, manifestando que en todo acto concurren elementos reglados y discrecionales y que no existen los actos discrecionales puros, por lo que si bien la elección discrecional se basa en criterios extrajurídicos de decisión, a ella concurren elementos predeterminados por el derecho, que son básicamente delimitados por la propia potestad atribuida al órgano, es decir, que esta “libertad” de actuar se configura dentro de la norma, sin dejar espacio a una actividad arbitraria.

Es de considerar que si podríamos constituir a la administración pública como una persona física y palpable, poseedora de derechos, la discrecionalidad sería uno de los más importantes, pues la administración pública tiene esta potestad, en razón o medida en que la actuación pública no es rutinaria y estática, pues cada hecho o acto de poder, está revestido de un margen discrecional que le permite decidir dentro de la legalidad objetiva y su abanico de posibilidades.

La razonabilidad es uno de los aspectos esenciales dentro de la aplicación de la potestad discrecional en las decisiones de la administración pública, pues de este criterio

---

<sup>29</sup> Ecuador, “Reglamento para el Control de la Discrecionalidad”, Registro Oficial N° 686, (Quito, 18 de octubre de 2002)

racional se fundan las actuaciones públicas en base a los hechos que las constituyen, fundamentos lógicos, jurídicos y técnicos, así como la multiplicidad de vías aplicables para el caso concreto y la elección de la más idónea y viable para el interés común.

Por otra parte, la discrecionalidad no constituye un concepto opuesto a lo reglado, porque, aunque en principio parezca contradictorio, toda potestad discrecional debe observar ciertos elementos esenciales para que se considere como tal, dichos elementos son: la existencia misma de la potestad, su ejercicio dentro de una determinada extensión; la competencia de un órgano determinado; y, el fin, caracterizado porque toda potestad pública está conferida para la consecución de finalidades públicas.

Otro aspecto a considerar dentro del control de legalidad de las actuaciones discrecionales, es la finalidad, entendiéndose ésta como la característica que defiende que el acto discrecional sea cierto y jurídicamente posible, es decir que exista certeza que lo que motivó la actuación discrecional tenga una finalidad prevista en las normas que otorgan las facultades pertinentes del órgano emisor sin poder perseguir encubiertamente otros fines públicos o privados distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto.

La proporcionalidad debe ser considerada como aquel elemento que brinda la equivalencia en derecho, de aquello que es valorado por la administración pública para proceder a actuar frente a los conceptos jurídicos indeterminados tales como bien público e interés público.

En virtud de estos parámetros, la decisión tomada debe ser aquella que logre mediante los medios más adecuados, la consecución del fin público previsto. Estas premisas obligan a la administración pública a hacer un análisis de la legitimación, idoneidad, necesidad, oportunidad y proporcionalidad en sentido estricto de la medida o disposición adoptada para la satisfacción de necesidades o cumplimiento de objetivos.

En definitiva, la administración pública puede en ocasiones, actuar bajo la potestad discrecional, amparada en el principio de legalidad, cuando existan circunstancias que la norma taxativamente no se refiera, pero que sin embargo de ello sea una situación que se deba resolver en búsqueda del bien común, es decir, una

situación no regalada que pueda ser atendida bajo el principio de equidad y justicia; y, bajo la reglas de oportunidad y buena administración.

Un caso palpable de lo expuesto resulta de la dinámica propia de la contratación pública de infraestructura, en donde existen parámetros legales que en nada se consolidan con el comportamiento técnico de las ingenierías intervinientes en la edificación, es decir, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, pone como techo de incremento presupuestario el setenta por ciento del presupuesto inicial, pues ese porcentaje amplio, podría suplir cualquier deficiencia en el diseño y orientación, sin embargo de ello en la práctica se observa que no siempre es posible prever todos los posibles escenarios durante la ejecución, y ante ello, agotado el porcentaje de incremento autorizado por la ley, y ante la falta de oportunidad y conveniencia de realizar un nuevo procedimiento de contratación pública, pudiere nacer la autorización expresa y válida (actuación discrecional pero racional) que configure la continuidad del contrato administrativo en aras de satisfacer la necesidad colectiva en el menor tiempo posible. Situación que podría originar el nacimiento de un instrumento que viabilice la cancelación de obligaciones pecuniarias.

Dicho lo anterior, es justo que sin alejarnos de la conceptualización de la legalidad objetiva, y como este principio se aplica al actuar de la administración pública, es decir, referimos a la legalidad administrativa como el criterio que reviste de legitimidad a la actividad administrativa.

La primera fuente de la legitimidad es la validez, de la norma o del acto administrativo, que equivale a su existencia jurídica por efectos de la producción el órgano administrativo competente, a través de un procedimiento reglado. La segunda fuente de legitimidad de la actividad administrativa es la justicia de la norma o del acto administrativo. Finalmente, es la eficacia de la norma o del acto que se refiere a su cumplimiento en la práctica y su vigencia real en la vida social.<sup>30</sup>

La legitimidad del accionar de la administración pública refleja el principio de legalidad administrativa, tanto al interno de su estructura orgánica, es decir, en las relaciones interadministrativas; como en la eterización de la voluntad administrativa.

---

<sup>30</sup> David Blanquer, “*Derecho Administrativo*”, Vol.2, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), 1203.

Es así que la gran cantidad de dificultades para la explicación del principio de legalidad administrativa proviene de no distinguir las dos esferas o ámbitos a las que se aplica la potestad de la administración, esto es, interno o doméstico y externo o vinculado.

La administración es una estructura organizativa que se manifiesta en un doble sentido, en primer lugar, hacia adentro, como un reflejo de las relaciones internas u orgánicas domésticas del ente administrativo; y, hacia afuera, en su potestad relacional con los administrados, como la exteriorización de la voluntad. Este doble aspecto en su actuación es aludido a la distinta clase de sujeción del individuo frente a la administración pública, pues por una parte el administrado se encuentra ante la norma en sujeción general; y, cuando la norma compone una calificación singular del administrado, esta sujeción es especial<sup>31</sup>.

Esto lleva a que la noción de potestad de la administración traduzca en su aspecto activo esta dualidad, distinguiéndose la relación general de potestad y la relación especial, es así que se ha puesto de manifiesto la dualidad fundamental del orden jurídico que parte de la doctrina que niega el carácter jurídico al acto interno, y que explica esta doble noción de potestad que en la actualidad es aceptada. Esta distinción entre potestad doméstica y potestad relacional es importante en cuanto se quiera llegar a la conclusión de que la primera no está netamente dominada por el principio de legalidad.

Sin embargo, hoy se reconoce que no se trata de ámbitos, uno sujeto a la ley y el otro no, sino de aspectos sometidos al control derivado de la finalidad que persigue la administración. Toda actuación administrativa se encuentra sometida a la ley y constituye el ejercicio de una potestad atribuida por la misma. Esta atribución podrá ser explícita o implícita, para aquellos aspectos que son asuntos corrientes de carácter público.

Finalmente podemos decir que la potestad al interno o doméstica se rige por el principio “de que aquello que no se encuentra prohibido está permitido”, sin perjuicio de la vinculación en todo momento a la finalidad de la potestad. De este modo, para actuar no se requiere de un apoderamiento legal expreso. Esto explica el grado de autonomía de

---

<sup>31</sup> Osvaldo Oelckers Camus, “*El principio de legalidad como supuesto de la potestad administrativa*”, (1977, octubre 10), Recuperado de: <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewArticle/10>

las normas internas de la administración y sus reglamentaciones, mismas que singularizan o regulan asuntos por el grado de especificidad, así como la falta de tipicidad de las infracciones disciplinarias, que se configuran en razón del resultado de la actuación administrativa.

Por otra parte la potestad relacionada responde al principio contrario, “lo que no está permitido, está prohibido”. El apoderamiento ha de ser expreso en la Ley, la actividad administrativa es más ejecución legal que propiamente decisión autónoma, pues no puede sobrepasar el marco normativo. La administración no puede iniciar ninguna acción material que venga a limitar los derechos de los particulares sin que se encuentre respaldada por un fundamento jurídico expreso.

Es en este sentido que la legalidad ocupa en la administración pública, dos campos, por un lado, se conduce como el mecanismo que posibilita la dinámica al interno del órgano público, es decir, como posibilitador para que la administración pública pueda cumplir sus fines; y, por otra parte, la legalidad al externo, resulta en la manifestación propia de la voluntad administrativa, misma que por mandato legal, es un ejecutor de la ley, pues no puede crear ningún hecho jurídico que no esté habilitado por la norma.

### **1.3.2 Principio de equidad**

El principio de equidad en el derecho administrativo se traduce en justicia, misma que se escapa de las rígidas normas del derecho positivado, en otras palabras y parafraseando al Caballero de la Triste Figura, quien al aconsejar a su noble escudero, respecto a los cánones de vida que debe manejar en el gobierno de la ínsula Barataria, le menciona: “Si acaso doblares la vara de la justicia, no sea con el peso de la dádiva sino con el peso de la misericordia.”<sup>32</sup>. Es decir que el principio de equidad se podría interpretar como el dar a cada persona lo que legítimamente le corresponde.

Para David Blanquer, la equidad solventa la idea de lo justo y por ende de justicia; la equidad es un correctivo a los excesos del formalismo que crean una situación injusta en el caso específico. La equidad entonces, no es algo distinto a la

---

<sup>32</sup> Miguel de Cervantes, “*El Ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha*”, Parte segunda, (Zaragoza: Imprenta Polo y Monje, 1831), 372.

justicia, sino un cierto modo de ser justo. Es así que en la época clásica, la equidad se consideraba una dulcificación del rigor de la justicia fundada en la misericordia.<sup>33</sup>

En este contexto, siendo la equidad una expresión de la justicia, ésta no se preocupa de definir las causas que derivaron en la injusticia, sino que la equidad lo que busca es el camino jurídico que persigue resanar o evitar resultados no equívocos, a fin de no apropiarse el Estado del patrimonio ajeno sin causa legal y justa.

A diferencia de “*ius strictum*”, o rigidez normativa, la equidad se caracteriza por su perfil elástico, moldeable y dúctil como concepción de un criterio abierto y difuso denominado justicia.

Para el profesor Blanquer, la justicia del caso concreto debilita la seguridad jurídica que proporcionan las normas generales y abstractas. La equidad abre un portillo a la desigualdad, pues aunque las particulares circunstancias sean parecidas o similares, pueden éstas ser objeto de valoraciones distintas y conducir a resultados diferentes. Es decir, se salvaguarda la equidad pero se diluye la seguridad de la igual aplicación de la ley. En la medida de que la equidad intenta dar a cada quien lo que le corresponde, y como cada individuo busca diferentes pretensiones, la justicia equitativa implica el establecimiento de distinciones y limitaciones que justifiquen el tratamiento subjetivo de cada caso.

Otra singularidad de la equidad es el control que se puede ejercer sobre ella, pues su característica de ductilidad y elasticidad en la aplicación, la podría tornar en discrecional arbitraria, plagada de interpretaciones subjetivas que afecten a la legalidad en las actuaciones de la administración pública. Es por este motivo que se esgrime doctrinariamente que pretenda la instrucción en los cuerpos normativos de un articulado que permita que la decisión administrativa o judicial pueda tener en la equidad su único y exclusivo argumento jurídico o un catalizador de justicia en el sentido material.

Dicho esto, resulta pertinente poner algún ejemplo que ilustre la función de la equidad en el ámbito del derecho administrativo. En una línea general vemos que si dentro de un contrato de concesión, una vez que se ha vencido el plazo del mismo, el prestador del servicio, lo continúa ejecutando de manera interrumpida y bajo los mismos parámetros contractuales, es justo que el Estado compense ese tiempo extraordinario en

---

<sup>33</sup> David Blanquer, “*Derecho Administrativo*”, Vol.2, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), 1330.

la prestación del servicio, aunque no existe figura contractual vigente en el plazo, es decir, el Estado debe resarcir al entonces concesionario por los gastos incurridos, bajo el criterio de equidad y buena fe.

La equidad es un principio que está estrechamente ligado al enriquecimiento injusto o sin causa, en este sentido, la equidad se torna en un freno a los actos arbitrarios y antojadizos de la administración pública, toda vez que en aquellos supuestos de restitución de prestaciones contractuales, la obligación de restituir no deriva de la ley, tampoco del contrato, sino de la interpretación de unos hechos y sus resultados desde el punto de vista de la equidad y el valor de la justicia. La justicia conmutativa que debe caracterizar las contraprestaciones de las contrataciones administrativas, impide que el ordenamiento jurídico admita un resultado inadecuado y desproporcionado que carece de justificación legítima, impidiendo con ello un enriquecimiento desproporcionado, al pretender beneficiarse de un particular, es decir, no se puede eludir la obligación de pago, so pretexto de autorización verbal o contratación nula de pleno derecho.<sup>34</sup>

Esta figura desde la perspectiva de la administración pública serviría entonces para convalidar ilegalidades o vicios jurídicos cometidos en la contratación administrativa. Sin embargo de ello, el utilizar al principio de equidad como un mecanismo que proscribe el enriquecimiento sin causa, no excluye a la administración de las responsabilidades que generan su actuaciones anómalas, toda vez que viviendo en un Estado de derechos, no se puede inobservar el texto normativo que regula el procedimiento de contratación administrativa, así como los principios de publicidad y transparencia que lo revisten. En definitiva, aunque exista el acto de “adjudicación” en esencia, nulo e ilegal, la prohibición de enriquecimiento injusto, permite exigir el cumplimiento de la obligación de pago que deriva de aquella contratación anormal. Es contrario a la justicia conmutativa y a la equivalencia de las recíprocas prestaciones que se pudiera marginar la obligación de pago cuando sobreviene de una actuación no reglada de la administración pública. En ese caso, la prohibición de lucro indebido cumple una función interpretativa de las normas reguladoras de los efectos propios del incumplimiento de trámite formal.

---

<sup>34</sup> *Ibidem*, 1335.

Como corolario a lo expuesto respecto a este principio, es preciso mencionar que la colisión entre las medidas orientadas a aportar seguridad jurídica, es decir, la regulación y producción de normas que orientan el quehacer administrativo y el manejo de la cosa pública; y la exigencias de la justicia material en el enfoque de la equidad. La seguridad jurídica supone el respeto al formalismo exigible dispuesto en la legalidad objetiva; y la justicia exige conservar algunos efectos de una contratación normal, el pago de obligaciones, aun cuando no se haya celebrado regularmente, es decir que lo que produce esta colisión es un enfrentamiento entre la legalidad objetiva y el enfoque contemporáneo de la juridicidad.

La proscripción del enriquecimiento injusto o sin causa, se torna en una herramienta para la reclamación de la restitución del patrimonio mermado por el Estado a causa de la prestación de un servicio, la provisión de un bien o la ejecución de un obra, siempre y cuando la obligación sea exigible y tenga casusa y objeto lícito, aun cuando la administración pública no ha ejecutado los procedimientos propios de contratación pública.

### **1.3.3 Principio de continuidad de los contratos administrativos**

Este principio hace referencia a la continuidad del contrato administrativo, así como al derecho de la administración pública a exigir al contratista la continuidad o la no interrupción en la ejecución del negocio contractual, pudiendo recurrir, en caso de interrumpirse, a la ejecución por cuenta del contratante, lo cual representa una visible diferencia con el contrato en el derecho privado, en donde las partes carecen de la posibilidad de exigirse mutuamente un cumplimiento incondicionado, por regir en él ampliamente la “*excetio non adimpleti contractus*” o excepción de inexecución contractual. Existe esta diferencia entre el derecho público y privado, pues los contratos administrativos nacen al mundo jurídico para la satisfacción de una necesidad pública y por ende en su régimen opera el principio de continuidad.

Tradicionalmente ha sido expresado por la doctrina que el principio de continuidad se sostiene sobre los siguientes fundamentos: a) el cumplimiento y satisfacción del interés público, presente en todo contrato administrativo; b) la subordinación jurídica en que se encuentra el contratista frente a la administración

pública; c) el rol de colaborador que asume el contratista particular en este tipo de contrataciones.<sup>35</sup>

En cuanto al denominado papel colaborador del contratista, ha sido aseverado que éste, al momento de contratar con el Estado, está sujeto a aportar en todo su esfuerzo para que obtenga la finalidad del contrato, alcanzando su objeto y participando del interés que tiene la administración pública en asegurar sus actividades, la prestación de los servicios y que los intereses generales estén comprometidos con su ejecución. Es decir, que el principio de continuidad no hace referencia únicamente al documento denominado contrato administrativo, sino a aquello que lo sustenta, su objeto, pues en este caso el contratista no podría interrumpir la ejecución del contrato hasta el cumplimiento del objeto, aun cuando las obligaciones suscritas se hayan perfeccionado. Un claro ejemplo de ello es la autorización administrativa para la continuidad en prestación de un servicio o la ejecución de una obra, toda vez que, aun cuando la ejecución de un rubro no estuviere prevista en el contrato, si el mismo se adhiere al objeto para su perfeccionamiento, el contratista estaría obligado a no interrumpir la ejecución.

El profesor Ismael Farrando, al referirse al principio de continuidad de los contratos de la administración, menciona lo siguiente:

“Podemos caracterizar a este principio como la atribución con que cuenta la Administración para exigir el cumplimiento de la prestación debida por la contraparte de manera continuada, sin interrupciones, cualesquiera sean las circunstancias por las cuales atraviesa el contrato, pudiendo llegar a utilizar las vías de hecho para mantener la continuidad en el caso de los servicios públicos.”<sup>36</sup>

Por otra parte el autor, al observar que existe la posibilidad de que el gestor o contratista suspenda la ejecución de obras o de la prestación de servicios, manifiesta lo siguiente:

“Consecuencia de este principio es que si el contratista, por determinadas circunstancias, suspende la ejecución de su prestación y la Administración le exige la continuidad tiene el deber de cumplir con la misma quedando autorizada la

---

<sup>35</sup> Armando H. Martínez, “¿Continuidad o suspensión de la ejecución en Contratos Administrativos?”, primera edición; (Buenos Aires: Lexis-Nexis Argentina, S.A., 2002), 460.

<sup>36</sup> Ismael Farrando, “Contratos Administrativos”, (Buenos Aires: Lexis Nexis-Abeledo Perrot, 2002), 422.

administración para el caso de incumplimiento a ejecutar tal prestación por cuenta del contratista atribución que consideramos guarda una estrecha vinculación con el principio de ejecutividad (y eventual ejecutoriedad) del acto administrativo. Las excepciones a tal obligación del contratista son de carácter excepcional y su existencia debe ser evaluada e interpretada de manera restrictiva.”<sup>37</sup>

Con el aporte de Ismael Farrando, podríamos concluir que la continuidad se resume en la imposibilidad manifiesta del contratista para poder interrumpir la ejecución del contrato público, así como la facultad de la administración de ejercer la fuerza de imperio para exigir la continuidad del mismo. Sin embargo de lo manifestado, podemos concluir que, en el caso que nos ocupa, este principio tiene un carácter excepcional y su aplicación debe ser realizada para cada caso concreto, previo el análisis técnico y legal para valorar su conveniencia.

Finalmente, podemos construir un criterio respecto al régimen naciente a través de la continuidad de los contratos administrativos, es decir, si el contrato formal y suscrito se agota por efectos del tiempo o presupuesto, de requerir la administración pública la no interrupción del servicio o ejecución de las obras, con su autorización expresa, podría configurar un nuevo régimen obligacional que permita la cancelación o resarcimiento de gastos, esto sería, el perfeccionamiento de un cuasicontrato.

#### **1.3.4. Principio de enriquecimiento sin causa y el “*actio in rem verso*”**

El principio jurídico de enriquecimiento sin causa y el *actio in rem verso* tienen un tratamiento inicial en materia civil y mercantil, constituyéndose como un mecanismo conducente al reclamo de la compensación o restitución que se deriva de la aplicación de la fuente de obligaciones, o en otros términos, del principio del derecho doctrinario denominado enriquecimiento sin causa o injustificado, mismo que es aplicado para resolver situaciones referentes a la prestación de un servicio; el provisión de bienes; o, la edificación de alguna obra, en beneficio del ente público, sin que medie contrato o sin que se haya formalizado el mismo, produciéndose en consecuencia, un empobrecimiento para el prestador de tales servicios, proveedor de bienes o constructor de la obra pública; y, un enriquecimiento correlativo a favor de la entidad pública, puesto que, al no estar definido el instrumento contractual, no se perfecciona de manera inmediata y

---

<sup>37</sup> *Ibidem*, 423.

conmutativa la compensación equitativa que obliga el intercambio de obras, bienes y servicios.

En lo que corresponde al derecho público, de igual forma, es importante señalar que, para que prospere la *actio in rem verso*, es necesario definir y comprobar el perjuicio patrimonial del prestador y el nexo causal, entre la omisión estatal y el servicio prestado, la obra ejecutada o la provisión entregada, pues su finalidad es la restitución o reparación del daño patrimonial causado, cuya razón jurídica no está contemplada en una norma positiva, sino en el principio general de la equidad, cuyo tratamiento ya fue resuelto en este trabajo. Ejemplificando con el caso colombiano, se tiene vasta jurisprudencia debidamente desarrollada, donde se reconoce que la acción in rem verso es el medio más adecuado para solventar los conflictos que devienen de aquellas relaciones sin el sustento procedimental que exige la normativa en contratación pública, pero sobre todo, para reparar el desequilibrio patrimonial que se ha presentado, se determinan de manera fehaciente las condiciones que motivan el uso de la acción y se resuelve la controversia.

Empero de ello, señala Alfonso Oramas<sup>38</sup>, que el *actio in rem verso*, debe cumplir con ciertos parámetros valorativos para su aplicación, en este sentido tenemos que considerar lo siguiente: a) la *actio in rem verso* en el campo de los contratos administrativos, está sujeta a determinados elementos y condiciones, de las cuales dependerán su reconocimiento, pues debe ser reconocido que su régimen aplicativo es excepcional, en cuanto la administración pública debe propender siempre a cumplir con todos los formalismos y rigurosidades de la norma, a fin de garantizar procedimientos transparentes y competitivos; b) cuando se señala que es un instrumento procesal, debe ser entendido a todas aquellas vías ante las cuales es posible acudir para su reconocimiento, esto es, vía reclamo directo, en vía contenciosa administrativa, y mediante los procedimientos de mediación, es decir, que para la aplicación del *actio in rem verso*, existen varios mecanismos para su aplicación.

Mediante reclamación directa ante la administración pública, de existir el reconocimiento y valoración técnica y económica, se puede aplicar el denominado convenio de pago, a fin de cumplir con las obligaciones ex lege. Los medios alternativos

---

<sup>38</sup> Alfonso Oramas, “El enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones”, (Guayaquil: Editorial Edino, 1988), 96.

para la solución de conflictos, esto es, mediación y arbitraje, también son coadyuvantes al advenimiento de las partes a reconocer obligaciones recíprocas, mismas que se plasman a través de un acuerdo a laudo. Finalmente la acción jurisdiccional, faculta no únicamente el reconocimiento de la obligación, sino que inclusive el resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados por el atentado patrimonial; y, c) la actio de in rem verso, no tiene la calidad indemnizatoria sino es de carácter compensatoria o restitutoria. Dicho en otras palabras, no se busca el reconocimiento de un daño y perjuicio porque se entiende que el fin de la administración no fue nunca el irrugar un detrimento al contratista o prestador, sino la satisfacción del interés común, sin embargo de no perfeccionarse ese reconocimiento o resarcimiento o de hacerlo de manera dilatada e imperfecta, facultaría al agraviado, exigir indemnización.

Dentro del enfoque expuesto, es necesario traer a colación el desarrollo jurisprudencial en España, pues que a través del Tribunal Supremo de Justicia, Sala de lo Contencioso con sede en Valladolid, en su Resolución N° 707/2015 de fecha 24 de abril de 2015<sup>39</sup>, dictamen en donde se recoge el reclamo efectuado por un ejecutor de obras a favor del Ayuntamiento de Chozas de Abajo (León), interponiéndose como excepción por parte de la administración municipal, que, las obras cuyo pago se exige, no están respaldadas por los respectivos procedimientos y expedientes de contratación, así como, tampoco consta que las mismas hayan sido presupuestadas, salvo una única obra que se acepta ha sido ejecutada previa autorización.

Este caso, es muy común en el Ecuador, sin embargo de existir procedimientos de contratación pública, los Entes Estatales, no siempre actúan por imperio de la ley, sino por imperio de la necesidad pública. Continuando con el análisis del caso español, en la parte motiva del fallo, el Honorable Tribunal concluye categóricamente que, aplicando el criterio ya consolidado en España, de que si bien, no se ha efectuado el procedimiento que la ley dispone para la conformación de un contrato administrativo, ello no es una limitante para que se desestime el reclamo efectuado contra la entidad pública, pues la más calificada doctrina y jurisprudencia española al referirse al

---

<sup>39</sup> España. Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Contencioso con sede en Valladolid. [Resolución N° 707/2015 del 24 de abril de 2015, Ayuntamiento de Chozas de Abajo]. Consejo General del Poder Judicial.

enriquecimiento injusto o sin causa, determina que la administración pública no puede escudarse en su propia inobservancia normativa para alegar inexistencia de una relación obligacional recíproca, razón por la cual, mediante sentencia se reconoce el derecho al resarcimiento de lo gastado.

Por otra parte, mediante fallo emitido por el Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Contencioso con sede en Valladolid, mediante Resolución N° 939/2014 del 7 de mayo de 2014, auto donde se analiza la reclamación efectuada por otro ciudadano ejecutor de obras a favor del Ayuntamiento de Tordesillas, en el que se analiza la pretensión de un ejecutor de una obra artística para que la entidad pública municipal le reconozca la prestación dada, y en la que se esgrimió, de parte del organismo estatal la inexistencia de un contrato, en razón de haberse omitido el procedimiento de contratación. Situación recurrente en los fallos referidos.

El Tribunal ejecuta un análisis respecto de la teoría obligacional y expresa que, el haberse omitido el procedimiento administrativo para la formación del contrato, no supone que no exista una obligación pendiente de pago, resultando por ello procedente la acción de restitución por enriquecimiento sin causa, y que está destinada a “corregir situaciones de total desequilibrio, en relaciones que, carentes de ropaje jurídico, materialmente han existido produciendo beneficios concretos en una de las partes, a costa de la otra. Con ello se originan unos efectos sin causa - enriquecimiento y empobrecimiento- al no venir respaldados por las formas exigidas en el régimen administrativo. Mas estos efectos, sin causa, por la forma, se convierten en determinantes de la causa que los corrige y repara”<sup>40</sup>, concluyendo el Tribunal que los defectos formales en la contratación tienen que ceder ante las exigencias del principio que prohíbe el enriquecimiento injusto o sin causa, toda vez que se superpone al error procedimental.

En la revisión de jurisprudencia española, podemos concluir que, en el ámbito del derecho administrativo en España, aquellas obligaciones que han sido realizadas sin el procedimiento exigido por la norma para su conformación y celebración, no constituyen un impedimento o causa de excusa para que sean reconocidas bajo el

---

<sup>40</sup> España. Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Contencioso con sede en Valladolid. [Resolución N° 939/2014 del 7 de mayo de 2014, Ayuntamiento de Tordesillas]. Consejo General del Poder Judicial.

principio del enriquecimiento sin causa, mediante la restitución o *in rem verso*, siempre y cuando se configuren los requerimientos que la jurisprudencia ha establecido para su reconocimiento, a fin de no generar inseguridad jurídica y apreciaciones subjetivísimas, para lo cual, obviamente, se deberá hacer un estudio pormenorizado y objetivo de cada caso, necesitándose adicionalmente un acto administrativo que valide y autorice las prestación de los servicios, ejecución de obra o suministro de bienes.

El Consejo de Estado colombiano realiza un aporte sustantivo al momento de referirse al *actio rem in verso*, pues mediante sentencia N° 73001-23-31-000-2000-03075 01(24897), del 19 de noviembre, la Sala de lo Contencioso Administrativo, dentro del caso planteado en contra del Municipio de Melgar, asunto que tiene como finalidad, unificar la jurisprudencia respecto del enriquecimiento sin causa y de *actio de in rem verso*, por haberse celebrado contratos verbales para la ejecución de tres obras viales. En el fallo se hace un estudio doctrinario respecto a los elementos que se deben considerar para la aplicabilidad de *actio rem in verso*. Por una parte la *actio rem in verso* es una institución jurídica independiente y autónoma, por tanto para su aplicación no debía contarse con otra acción destinada a obtener la restitución o reposición patrimonial. Situación que se corresponde con la jurisprudencia española.

En esta misma línea, la legislación colombiana, a través del Consejo de Estado, determina que para que prospere la acción de *actio rem in verso*, es necesario que exista un enriquecimiento y correlativamente un empobrecimiento; debe existir una causa que justifique el desequilibrio patrimonial; en la normativa debe haber carencia de una acción específica que permitiera la restitución; y, la acción es estéril cuando con ella se pretende eludir una disposición imperativa de la ley, cuyo sustento está en el principio de legalidad que implica que, nadie puede aspirar obtener más de lo que la ley permite.

En el fallo, al referirse al ámbito de la contratación pública, se indica que el enriquecimiento sin causa y la *actio de in rem verso*, no podrían ser invocados para el reclamo por la ejecución de obras, prestación de servicios o suministro de bienes, si tales prestaciones no devienen de un contrato debidamente celebrado, en consideración de la solemnidad que la ley exige para su formación y perfeccionamiento, siendo esta una condición que no se puede omitir, salvo aquellos de urgencia o emergencia que sean debidamente acreditadas. Es decir, que contrario al caso español, en Colombia se

pretende poner un límite que racionalice el espectro de aplicación, sin embargo este límite no coopera con el principio de equidad, toda vez que el particular no puede ser víctima de los actos emanados por la administración pública, lo que en el Ecuador se conoce como “actos propios”, pues el particular no puede verse vulnerado por las decisiones contradictorias de la administración.

Se revisa en el fallo que la buena fe contractual no debe ser de índole subjetiva, es decir, no puede ser base de la actio de in rem verso, una perspectiva o mera presunción de las partes de que su actuar está apegado a derecho, sino por el contrario, esta buena fe debe ser objetiva, es decir, integrar a la actuación administrativa todas las normas imperativas correspondientes.

Contrario a lo verificado en España, en Colombia se señala que el enriquecimiento sin causa, no procede cuando con él se pretende evadir una norma positiva, como es la obligación de que los contratos públicos deben ser el resultado de un procedimiento previo de contratación, siendo improcedente que se exija el cumplimiento de pago, con sustento en la ley y sus principios, cuando se han omitido otros semejantes. Situación que implicaría que prevalezca el interés particular sobre el general, sin embargo de ello el criterio emitido es un tanto limitado porque no se analiza que la razón de ser de la contratación administrativa, es la satisfacción de una necesidad pública, sin que para ello fuere imprescindible el cumplimiento de un procedimiento específico. Además cuando hablamos de actio rem in verso, es una reclamación por actos consumados y exigibles, motivo por el cual, pretender eludir una responsabilidad patrimonial resulta absurdo e ilegítimo, más aun cuando se podría aportar pruebas suficientes que demuestren que la administración pública obligó al prestatario la ejecución de una obra, un servicio o suministro de bienes.

Se verifica en el fallo en tratamiento que, una vez analizadas las consideraciones expuestas y reclamadas en nuestro texto, se revocó la sentencia que previamente había sido favorable a quien sufrió empobrecimiento de su patrimonio, pues ligeramente se estimó que el enriquecimiento sin causa, no puede pretenderse cuando se han desconocido o eludido normas exigibles y obligatorias.

La jurisprudencia ecuatoriana, hace un aporte significativo en el desarrollo del actio rem in verso, toda vez que mediante fallo emitido por la entonces Corte Suprema

de Justicia y que se encuentra publicado en la Gaceta Judicial. Año XCII., de fecha 22 de octubre de 1991, se pronuncia manifestando que acción de enriquecimiento incausado, indebido o injusto, es un concepto que comprende o envuelve la idea de un daño patrimonial resultante del desplazamiento ilegítimo, injusto, sin sustento jurídico, de un bien en provecho de una persona y en perjuicio o desmedro de otra.<sup>41</sup>

Asimismo, la Corte menciona que quien por una prestación o de otro modo obtenga una cosa, sin causa jurídica y a costa de otra persona, está obligada a restituírsela. Dicha obligación existirá aunque la causa jurídica existente en un principio desaparezca después, o aunque el resultado perseguido según el tenor del acto jurídico por medio de la prestación no llegue a realizarse.

Es precisamente en este sentido que concordamos con la postura jurisprudencial nacional, puesto que no es factible que exista un empobrecimiento indebido de un ciudadano por efectos de prestar un servicio, ejecutar una obra o proveer de un bien hacia el Estado, y sea el Estado quien en base a un vacío normativo, incremente su patrimonio de manera incorrecta e indebida.

#### **1.4. Teoría del cuasicontrato administrativo como fuente de obligaciones**

Una vez que hemos abordado de manera transversal, tanto las fuentes de obligación, características propias del cuasicontrato, así como los principios que conforman, tenemos los elementos suficientes para configurar la teoría del cuasicontrato administrativo desde el derecho obligacional.

En las primera líneas de este trabajo, nos hemos referido al artículo 1453 del Código Civil, el cual enlista como una de las fuentes de las obligaciones a aquellas que nacen, sea del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; o de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos, y que según el artículo 2184 *Ibidem*, informa que las obligaciones que se contraen sin convención, pero que provienen de un hecho lícito, constituyen un cuasicontrato.

---

<sup>41</sup> Ecuador, Corte Suprema de Justicia, [Sentencia en caso de enriquecimiento sin causa], en Gaceta Judicial. Año XCII. Serie XV, 22 de octubre de 1991.

Es en este sentido que a lo largo de nuestro desarrollo se ha verificado cómo se constituye un cuasicontrato administrativo y por ende cómo nace el régimen de obligaciones recíprocas entre la administración pública y los particulares.

Por una parte y a sabiendas que conceptualmente cuasicontrato se lo denomina a aquel instrumento o mecanismo, a través del cual, el Estado puede llegar a compensar al particular, con limitaciones y excepcionalidades, sin que para el efecto se puedan aplicar de manera lisa y llanamente las reglas propias del derecho civil, pues las condiciones para que surja la obligación de compensar, tienen que ajustarse a las particularidades del derecho administrativo y de la contratación estatal.

De igual manera, se ha revisado la doctrina más calificada que concluye que, de las fuentes de las obligaciones, el cuasicontrato es la que más polaridades tiene, pues, en boca de varios autores, sólo existen dos circunstancias de las cuales emanaban obligaciones, el contrato y la ley. Situación que se contrapone a otros doctrinarios, quienes afirman que el cuasicontrato se sujeta a las normas propias del derecho público y por ende es una fuente idónea para el cumplimiento de obligaciones.

Al revisar el principio de enriquecimiento sin causa, se puede colegir que el cuasicontrato, es capaz de ser fuente de obligaciones, quedando evidenciado que se trata de una institución jurídica basada en el principio jurídico universal de equidad, cuya finalidad es solventar aquellas obligaciones enlistadas o definidas en el ordenamiento jurídico formal, buscando siempre el equilibrio entre las prestaciones efectuadas y los pagos que deben hacer por tales circunstancias, sin que esté permitido a las personas beneficiarse indebidamente a expensas de terceros.

Por otro lado, se ha definido que existe suficiente evidencia doctrinaria que afirma categóricamente la utilidad que prestaba el cuasicontrato y sus consecuencias dentro del derecho administrativo, en donde se apreciaba su verdadera trascendencia, al solventar los inconvenientes que se presentaban cuando las entidades estatales o el Estado como generalidad, se proveía de bienes, requerían servicios u ordenaban la ejecución de obras sin el respaldo de un proceso de contratación previo o sin el contrato respectivo, todo ello con la finalidad de satisfacer una necesidad colectiva y por ende cumplir sus obligaciones para con los ciudadanos.

Al referirnos al principio de equidad, hemos podido constituir elementos que nutren la vigencia de la teoría del cuasicontrato administrativo, es así que para el profesor Juan Carlos Cassagne, se “constituye un principio de interpretación de las leyes o un principio general del derecho que traduce la interpretación objetiva del derecho natural”; y, aun cuando no sea fuente del ordenamiento jurídico, en la aplicación del derecho la equidad acuerda un sentido valorativo o de justicia a las normas, a fin de evitar que la igualdad abstracta de la ley, en su aplicación al caso concreto, se traduzca en desigualdad o injusticia.”<sup>42</sup> Es decir, que existen suficientes medios doctrinarios, líneas jurisprudenciales y normas de carácter general, que alimentan la posibilidad de no alterar el ordenamiento jurídico, pero si permiten hacer un ejercicio valorativo que faculte ejecutar en justicia lo que la ley no prevé.

Por otra parte, al analizar el principio de continuidad de los contratos administrativos, podemos visualizar que para la contratación administrativa, el fin máximo es la satisfacción de la necesidad colectiva que se puede ver afectada por un óbice jurídico de carácter procedimental propio de los cuerpos legales que tratan a la contratación pública.

La contratación administrativa debe cumplir los siguientes parámetros, esto es: a) el cumplimiento y satisfacción del interés público, presente en todo contrato administrativo; b) la subordinación jurídica en que se encuentra el contratista frente a la administración pública; c) el rol de colaborador que asume el contratista particular en este tipo de contrataciones. Es decir que para la continuidad en la ejecución contractual lo que impera es la satisfacción de necesidades. Sin embargo de ello la dinámica contractual, en ocasiones no permite que la administración pública pueda solventar la parte procedimental de la contratación o autorización de incremento presupuestario, es ahí donde puede hacer uso de la proporcionalidad y racionalidad que revisten a la discrecionalidad administrativa, para sopesar entre el cumplimiento de normas procedimentales versus la entrega y uso de la obra y bien público, así como la prestación de un servicio que por su naturaleza no puede ser interrumpido.

Otro elemento analizado y que compone a la teoría de las obligaciones cuasicontractuales es la denominada legalidad objetiva, principio del derecho que no es

---

<sup>42</sup> Juan Carlos Cassagne, “*Derecho Administrativo*”, Tomo I, Séptima Edición, (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998), 168.

divisible en el sentido de aplicación preferente o excluyente, salvo el caso de aplicar la jerarquía normativa a la que Kelsen se remite.

La legalidad objetiva, entendida como el cumplimiento irrestricto de la ley expresa a través del texto normativo, no supone una limitante en el actuar de la administración pública, sino una vía que legitima su actuar en base a la norma. Es por ello que, al hablar de las potestades estatales no referirnos a dos clases de potestades, por una parte, aquellas que son regladas; y, aquellas que son discrecionales, es decir, que el propio legislador avizoró que el administrador de la cosa pública, en el cumplimiento de sus deberes, atribuciones y obligaciones, en ocasiones ante la ausencia de norma, puede utilizar su sano juicio en pos de la satisfacción de la necesidad social, pues de su actuar medido bajo la proporcionalidad y racionalidad, puede ejecutar decisiones que tiendan a cumplir un objetivo superior. Es precisamente en estos casos, que por excepcionalidad y urgencia, podría configurarse una relación cuasicontractual que origine obligaciones recíprocas sin acto convencional anterior o previo, es decir, que nacería un instrumento, que luego de cumplir con varios requisitos y solemnidades, liquide la relación emergente y excepcional.

Algo que es importante aclarar es que la discrecionalidad, a la que nos hemos referido como un elemento que podría legitimar la orden administrativa que da origen al cuasicontrato administrativo, no se constituye en un espacio de decisión abierto; hay apertura, pero limitada por efecto de la ley y los márgenes de la realidad fáctica y su apreciación racional y razonable. La libertad administrativa no es una planicie sin fronteras, sino un anillo con ribetes elásticos y relativos, pues hay zonas en las que la decisión conforme a Derecho está abierta a distintas opiniones y valoraciones, pero hay ribetes que perfilan el margen de la discrecionalidad.<sup>43</sup>

Es preciso insistir que en la idea de que no hay potestades absolutamente discrecionales, pues siempre están confinadas por un margen que las acota, de ahí que el espacio de libre discrecionalidad pueda ser comparado con un anillo, toda vez que siempre hay un elemento reglado que regula la discrecionalidad.

Los elementos que se configuran como reglados dentro de la potestad discrecional son: a) la atribución de la potestad por una norma; b) el supuesto hecho

---

<sup>43</sup> David Blanquer, “*Derecho Administrativo*”, Vol.1, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), 192.

tipificado en la norma para habilitar el ejercicio de la potestad; c) el fin público perseguido a través del ejercicio de la potestad; y, la exigencia motiva de las potestades discrecionales.

Por otra parte, la doctrina, al referirse al cuasicontrato administrativo, hace bastante énfasis en la existencia de tres figuras que ensamblan la teoría y permiten delimitar las particularidades de la contratación administrativa, a través del cuasicontrato, esta son: el agente oficioso o la gestión de negocios ajenos y el empleo útil.

Atendiendo estas particularidades originarias de un cuasicontrato administrativo, nos permitiremos desarrollar cada una, pues resulta imperioso configurar la teoría del cuasicontrato administrativo.

#### **1.4.1. El agente oficioso o gestión de negocios ajenos**

La agencia oficiosa, es una institución justiniana, contemplada como una fuente de obligaciones. Obligaciones que eran divididas en cuatro, según la fuente de donde procedían, tomando en cuenta su origen: las que nacían de un contrato, de un delito, como de un delito o como de un contrato; siendo esta última la que nos interesa para nuestro estudio de los cuasicontratos.<sup>44</sup>

La división informada, al parecer fue tomada de los postulados de Gayo, pues en el libro “*secundo aureorum*”, menciona que las obligaciones derivan de los contratos, de los delitos y de otros hechos diversos; de igual manera, en el libro “*tertio aureorum*”, se utiliza con frecuencia la expresión “*quasi ex contractu*”, es decir, “como de un contrato”. Siendo ésta la base tomada por Justiniano para segregar la institución de agencia oficiosa en las características mencionadas.<sup>45</sup>

En la doctrina romana, las partes en la gestión de negocios ajenos, se nombraban como gestor, aquél que voluntaria y espontáneamente se hacía cargo de los negocios de otro; y, el dueño del negocio. De igual manera se establecían las obligaciones de ambas

---

<sup>44</sup> Jaime Berdaguer, “*Cuasicontratos*”, (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2009), 209.

<sup>45</sup> Jorge Alfredo Domínguez Martínez, “*Derecho Civil, parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*”, décimo primera edición, (México: Porrúa, México, 2008), 501.

partes, mismas que han perdurado a través del tiempo y han sido adoptadas por las doctrinas posteriores.

En este sentido para Biondo Biondi, en el derecho romano, salvo excepciones, no admitía la gestión representativa, es decir, el gestor solo actuaba por cuenta del dueño, pero no en nombre del dueño, sino en su propio nombre, aunque al igual que ahora, el gestor tras iniciar su gestión debía continuarla hasta su culminación, debiendo luego restituir al dueño todas las adquisiciones y utilidades que hubiere obtenido. El dueño a su vez, debía resarcir al gestor por los gastos incurridos y liberarlo de obligaciones con terceros.<sup>46</sup>

Con lo expuesto, la gestión de negocios ajenos o también denominada como agencia oficiosa, es una especie de cuasicontrato por el cual el que administra sin mandato previo, los negocios de alguna persona, se obliga para con ésta y la obliga en ciertos casos.

La definición expresada y constante en el ordenamiento civil, menciona claramente que la gestión de negocios ajenos o agencia oficiosa es un cuasicontrato dado que presupone que quien administra los negocios de una persona, lo hace sin mandato expreso, es decir, es la intromisión intencional de una persona que carece de mandato y de obligación legal, en los asuntos de otra, con el propósito lícito de evitarle daños o de producirle beneficios.

Esta administración sin mandato es elemento principal que lo diferencia del mandato propiamente dicho, pues en la gestión de negocios ajenos o agencia oficiosa se actúa sin existir un acto convencional previo entre las partes. Un claro ejemplo de ello es la gestión que pudiere hacer un particular, cuando finalizado un contrato de concesión, éste continua prestando el servicio sin instrumento contractual, bajo el principio de no interrupción de los servicios públicos, En este caso es la administración pública quien debe prestar el servicio, pero por ausencia, conveniencia u otro factor, permite que lo ejecute un tercero en su ausencia.

---

<sup>46</sup> Biondo Biondi, "*Gestioni di affari altrui. Diritto Romano*", (Milano: Novissimo Digesto Italiano, 1946), 812

Para el profesor Iván Escobar Fornos<sup>47</sup>, la agencia oficio se constituye de los siguientes elementos: a) debe existir la participación voluntaria respecto de negocios ajenos, pues, si proviene de la ley estaríamos frente a la guarda, y si proviene del encargo hecho por el interesado sería un mandato; b) debe referirse a la administración de bienes ajenos, que impliquen actos jurídicos o materiales, por ejemplo, contratar a un tercero para que efectúe reparaciones sobre un bien que no le pertenece; sin que se pueda considerar como agencia oficiosa los actos realizados en negocios propios, creyéndose ajenos. En el caso de que las gestiones se hubiesen hecho sobre bienes propios, creyéndose ajenos, le quedaría al gestor el derecho de interponer la *actio in rem verso*, para buscar la restitución de lo invertido. Distinto es el caso, de quien, siendo únicamente depositario de un bien ajeno, lo enajena o dispone sin autorización, lo cual generaría a más de una posible responsabilidad penal, el pago de daños y perjuicios. Para finalizar, el error en la persona, para este caso no tiene importancia.

Otros elementos que define el autor son: c) debe existir en el gestor la intención o ánimo de obligar al propietario del bien, con el propósito de que este le reponga los gastos incurridos, situación que deberá ser comprobada; d) no debe preceder de un mandato u obligación legal; es decir, proviene de un acto voluntario de quien efectúa la gestión de negocios, debiendo considerarse que, de existir aceptación de la agencia oficiosa, produce los efectos del mandato; y, e) la gestión oficiosa no procede cuando por medio existe prohibición del propietario del bien y la intromisión es forzada contra negativa expresa.

Con lo expuesto podemos observar que para que pueda constituirse la gestión de negocios ajenos o denominados también como agencia oficiosa, es necesario que la participación sea voluntaria respecto de la administración o gestión de los bienes ajenos. Negocios que no se los realizan necesariamente por un espíritu altruista o desinteresado, toda vez que el gestor busca siempre el cumplimiento de la obligación del dueño en restituir lo gastado.

Al respecto, la Corte Nacional de Justicia, se ha pronunciado sobre la naturaleza jurídica de la agencia oficiosa manifestando que; “El agente oficioso debe emplear en la gestión los cuidados de un buen padre de familia, sin embargo, si se ha hecho cargo de la

---

<sup>47</sup> Iván Escobar Fornos, “*Derecho de Obligaciones*”, Segunda Edición, (Bogotá: Editorial Hispamer, 1997), 136-138.

gestión para salvar de un peligro inminente los intereses ajenos, sólo es responsable del dolo o de la culpa grave, si la ha tomado voluntariamente, es responsable hasta de culpa leve, salvo que se haya ofrecido a tomarla impidiendo que otros la tomasen, pues en este caso responderá de toda culpa”<sup>48</sup>.

Tratándose de un cuasicontrato, y por ende una fuente de obligaciones, la misma debe perfeccionarse enteramente, pues no sería lógico que la gestión de oficio, se la genere de manera imperfecta o inclusive ilegal, y aun así se persiga el reconocimiento de lo gastado, es decir, por una parte el gestor está obligado a que su intervención se la realice bajo el principio de continuidad, el cual proscribela suspensión arbitraria de la ejecución de obras, provisión de bienes o prestación de servicios; por otra parte, el gestor tiene la obligación de responsabilizarse por todos los posibles perjuicios que por su culpa o negligencia le resulten al dueño, en el caso que nos ocupa, a la administración pública.

Las obligaciones que se le generan hacia la administración estatal por efectos de la relación interina, son el pago o reconociendo de todo lo gastado en la ejecución de obras, provisión de bienes o prestación de servicios; la eventual indemnización por los perjuicios que se pudieren ocasionar hacia el gestor por culpa de la administración pública, situación que se puede originar en la dilación indebida de pago; en tercer lugar, el dueño tiene la obligación de recibir los productos generados por la gestión, cuando los mismos se encuentren a entera satisfacción y su valoración sea justa y verificable; y, finalmente la administración pública libera al gestor de su responsabilidad frente a terceros desde el momento de recibir los productos de la gestión efectuada.

#### **1.4.2. El empleo útil**

Conceptualmente empleo útil, es siempre una inversión y nunca un acto de administración, salvo que se administren sólo los bienes propios y, por razones circunstanciales, naciera la necesidad de hacer algún gasto en beneficio de otra persona. Dicho en otras palabras, el empleo útil, se produce por actos circunstanciales y aislados, que no llevan en sí la intención de administrar o gestionar, ni mucho menos el propósito

---

<sup>48</sup> Ecuador, Corte Suprema de Justicia, [Sentencia N° 379-2007], Registro Oficial 4, 14 de Agosto del 2009.

de crear obligaciones entre el titular del patrimonio y terceras personas, conceptualización que obedece a la naturaleza civilista de la institución.

El tratadista Rafael Bielsa hace notar que cuando alguien efectúa un gasto o empleo útil para otro, resulta justo y equitativo que el beneficiario indemnice si dicho gasto le produjo utilidad, además señala que para acreditar el empleo útil en los términos del ordenamiento civil, se requieren tres elementos, el primero consiste en un gasto realizado por el demandante, lo que implica la disminución en su patrimonio; el segundo estriba en una utilidad para el demandado, que le genere un enriquecimiento o beneficio; y, como último elemento viene a ser la ausencia de causa jurídica en dicho beneficio.<sup>49</sup>

Como lo tratamos en líneas anteriores, la acción para ejercer en el caso del empleo útil, es la *actio in rem verso*, no fundamentándose en un contrato o acto jurídico cualquiera, sino en el hecho provechoso, para lo que no es necesaria la capacidad jurídica, ella se da a favor, y frecuentemente, en contra de los incapaces.

Para Fiorini, la figura cuasicontractual, denominada empleo útil, se despoja de las formalidades propias del derecho privado, para dejar al descubierto sus bases jurídicas que no son otras que el enriquecimiento sin causa, la buena fe y el error provocado, cuya concepción civilista en el cuasicontrato administrativo por las normas del derecho público relativas a la organización administrativa, así como los principios de juridicidad y legalidad objetiva.

En definitiva, encontramos que el empleo útil debe considerarse válido y obligatorio para la administración pública cuando éste se ha ejecutado en su beneficio exclusivo, y cuando se justifica la necesidad urgente y emergente de asegurar la continuidad de un servicio público, edificación de infraestructura pública o provisión de bienes, con la finalidad de evitar un perjuicio más grave hacia la administración.

Con lo revisado a lo largo de este capítulo, hemos podido dilucidar que el cuasicontrato administrativo, es una teoría que se soporta solventemente en la doctrina administrativa, pues de los párrafos precedentes se puede observar que los principios que informan al cuasicontrato administrativo, son parte de las máximas de Derecho administrativo e informan a la conformación de los actos, hechos y contratos

---

<sup>49</sup> Rafael Bielsa, "*Derecho Administrativo*", Sexta Edición, (Buenos Aires: La Ley, Sociedad Anónima Editora e Impresora, 1964), 477

administrativos. Un ejemplo de ello es el principio de legalidad objetiva, mismo que al confrontarlo con la discrecionalidad podemos concluir que dentro de la dinámica estatal se presentan varias posibilidades jurídicas para encaminar, siempre dentro de la legalidad, las actuaciones de la administración pública. Es en este punto que con mucha cautela podemos decir que la conformación ideológica del principio de juridicidad, se debería entender como la alternativa de legalidad por la que opta la administración pública en la conducción y toma de decisiones, pues esta ductilidad que otorga el derecho, permitiría que el cuasicontrato sea un mecanismo indiscutible y solvente para la satisfacción de necesidades colectivas.

Finalizada esta etapa investigativa, es oportuno aterrizar esta teoría obligacional al campo de la costumbre administrativa en el Ecuador, toda vez que, su uso es frecuente y a la vez se torna en una situación timorata, propiciada por el agente estatal, quien al no tener definido en la ley, la figura jurídica, opta por una costumbre, perdiendo la brújula de la legalidad objetiva.

## Capítulo II

### El convenio de pago y su aplicación en la costumbre administrativa ecuatoriana

En los siguientes apartados nos referiremos al acto convencional denominado convenio de pago, mismo que se ha introducido en la costumbre administrativa como un mecanismo anormal de extinción de obligaciones semejantes a las contractuales.

Esta figura tiene un asiento fáctico en numerosos pronunciamientos del Procurador General del Estado, y que se encasilla como una figura excepcional, cuando por circunstancias ajenas a la voluntad de la administración pública, debidamente justificadas, no hubiere sido posible celebrar un contrato, bajo los procedimientos que exige la contratación pública.

Es en este sentido, que en un intento de sistematizar o normar administrativamente, la Procuraduría General del Estado, interviene en la producción de requisitos mínimos para conformar la viabilidad de un convenio de pago, estos son: 1.- Que existió la necesidad institucional previa de acuerdo con la certificación que otorgue el Director del área requirente de conformidad con los planes operativos; 2.- Que los precios que fueron pactados son los del mercado a la fecha de prestación de los servicios y de adquisición de bienes; 3.- Que hay constancia documentada de que las obras, bienes y servicios fueron recibidos a entera satisfacción por los funcionarios responsables de la entidad estatal; y, 4.- Que los bienes adquiridos, obras ejecutadas y los servicios prestados fueron utilizados en actividades y funciones inherentes a las que ejerce la entidad pública<sup>50</sup>.

Es justamente a través del desarrollo de los subtemas propuestos, que analizaremos, dentro de la legalidad objetiva, cuáles son los requisitos normativos que asientan y solventan al convenio de pago como un mecanismo de extinción de obligaciones, similar al contrato público<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> Procuraduría General del Estado, oficio N° 16330 de fecha 03 de septiembre del 2010.

<sup>51</sup> Procuraduría General del Estado, oficio N° 15839 de fecha 12 de agosto del 2010.

## 2.1. El convenio de pago en la costumbre administrativa ecuatoriana

Imperioso resulta conceptualizar lo que se denomina “convenio de pago”, dentro de los instrumentos convencionales en materia de derecho público, al efecto, es oportuno traer a colación lo expuesto por el profesor Jorge Fernández Ruiz, quien describe al acto convencional como una manifestación de imperio de la voluntad humana en todo lo que las relaciones jurídicas están sujetas a ella, por ello podrá generarlas, moldearlas, matizarlas y extinguirlas<sup>52</sup>. En definitiva, para conceptualizar al denominado “convenio de pago”, bastaría con referirnos a lo informado el mentado autor, ampliando en el sentido que esta clase de actos convencionales no interfiere la voluntad previa, siendo su naturaleza meramente extintora de obligaciones pecuniarias.

El concepto de convenio de la administración ha sido objeto de un desarrollo bastante amplio y completo por un sector de la doctrina especializada en derecho público, teniendo como punto de partida que el convenio es un negocio jurídico de colaboración.

Los convenios que pudiere suscribir o celebrar la administración pública, a diferencia del contrato administrativo, parten del supuesto de que los intereses de las partes son coincidentes. En ese sentido, las partes del convenio unen esfuerzos para sacar adelante un cometido común. Ahora bien, este acuerdo de voluntades crea obligaciones para las partes, al igual que el contrato de sociedad.

Es decir, no se trata de meras manifestaciones de buena voluntad. Aunque de acuerdo a lo expuesto por el profesor Santofimio Gamboa<sup>53</sup>, los convenios no tienen un carácter obligacional. En definitiva de acuerdo con la doctrina, el convenio de la administración o convenio administrativo se define como el vínculo jurídico en el que la administración pública, se una con otra u otras personas mediante un acuerdo de voluntades, para la realización de fines de interés mutuo en el marco de la ejecución de funciones administrativas o satisfacción de necesidades colectivas, a través de la entrega de obras, bienes o servicios.

---

<sup>52</sup> Jorge Fernández Ruiz, “*Derecho Administrativo-Contratos*”, Tercera Edición, (México: Editorial Porrúa, 2009), 38.

<sup>53</sup> Jaime Orlando Santofimio Gamboa, “*Tratado de derecho administrativo*”, Tomo IV, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004), 247.

Paralelamente a lo expuesto, el convenio tiene tres elementos que vale la pena destacar: en primer lugar, es celebrado por la administración pública, “por una Administración Nacional y una Administración Territorial. Dicha Administración Pública se compone de un conjunto de personas jurídicas previstas en las Constitución y en la ley (...)”<sup>54</sup>.

En segundo lugar, en nuestra opinión, es un acuerdo que parte de intereses comunes entre la administración pública y la persona con quien se celebre el acuerdo. Es así que no nace de una contraposición de intereses.

Finalmente, opinamos que es un acuerdo que crea o extingue obligaciones entre las partes, vínculos jurídicos en virtud de los cuales las partes se comprometen a realizar prestaciones o cancelar por aquellas que ya se ejecutaron. No obstante, es de aclarar que dichas prestaciones no están encaminadas a lograr la satisfacción de un interés de la contraparte, sino a la realización del interés común de ambas partes. Situación que se materializa inclusive con la entrega y recepción de las obras, bienes y servicios. Así entonces, se está en presencia de un verdadero negocio jurídico, sólo que el convenio no sería un negocio de contraprestación, sino de colaboración, similar a lo que soporta la tesis del contrato administrativo, en lo que respecta a los negocios de colaboración.

En lo que corresponde a la costumbre administrativa, la figura del convenio de pago, se ha ido materializando con una base constitucional, toda vez que no existe norma de derecho público que admita la cancelación de obligaciones pecuniarias, fuera de la órbita contractual formal.

La norma constitucional referida, se encuentra redactada en el artículo 66 de la Constitución de la República, misma que en resumen afirma que el Estado no puede lucrar de terceros y que no existe trabajo gratuito, es decir, el Estado no puede aprovecharse del patrimonio de terceros para incrementar el propio, situación que ha sido analizada en este trabajo al referirnos al enriquecimiento sin causa y a la agencia oficiosa, así como en la conceptualización del cuasicontrato administrativo.

Esta costumbre administrativa, nace por la necesidad de materializar las obligaciones de pago que mantiene la administración pública en favor de terceros, pues es de entender que la dinámica, a la que está sujeta el Estado y sus instituciones, no

---

<sup>54</sup> Jorge Enrique Ibáñez Najar, “Estudios de derecho constitucional y administrativo”, (Bogotá: Editorial LEGIS, Justicia y Desarrollo Sostenible y la Universidad Sergio Arboleda, 2007), 207.

siempre permite el cumplimiento de formalidades o procedimientos previos, sea por situaciones de emergencia, planificación deficiente o inexistente, imprevistos, etc., es así que el Estado obvia ciertos procedimientos y requiere de terceros la provisión de obras, bienes y servicios, es decir, al referirnos a la marginación de formalidades, nos referimos a aquella carga procedimental que nutre a la contratación, misma que es validada a través de un contrato administrativo, sin embargo, ante el escenario de un convenio de pago, éste se valida con elementos procedimentales diferentes pero que desembocan en el mismo resultado, satisfacción del interés público.

Sin embargo de lo dicho, no se pretende relativizar el incumplimiento procedimental normativo como causal de exoneración de la responsabilidad administrativa o en su defecto, la utilización de conceptos jurídicos indeterminados, como el bien común, para realizar prácticas perniciosas y deshonestas que busquen contrataciones con valores exorbitantes, direccionamiento o exclusividad, así como beneficios propios del agente estatal.

Lo que se sugiere con este trabajo es que no siempre se puede solventar los requerimientos colectivos, en la medida temporal y oportuna en la que son demandados, pues de hacerlo, la intervención estatal sería tardía, incompleta y susceptible de escrutinio público por ineficaz.

Es así que se justifica consuetudinariamente en el Ecuador, la tesis del convenio de pago, figura que faculta a la administración pública la cancelación de obligaciones, sin la exoneración de las responsabilidades que en ejercicio de sus atribuciones cometiere un funcionario público. Tesis que ha sido sostenida desde hace varias décadas por la Procuraduría General del Estado, entidad consultora que ha materializado al convenio de pago como el instrumento idóneo para la cancelación de obligaciones “*ex lege*”.

### **2.1.1. La Ley Orgánica de Administración Financiera y Control**

La Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, se publicó en el Registro Oficial 337, de fecha 16 de mayo de 1977, y fuere derogada en fecha 22 de octubre del 2010, es decir, fuere el cuerpo normativo que regía la política financiera del

país por treinta y tres años. Cuerpo normativo que otorgaba el ambiente presupuestario que reviste a la obligación de pago contenida en el acto convencional.

Es así que en la parte motiva de la ley, se puede observar que la misma se halló concebida bajo un enfoque sistemático, aparejado a la necesidad de que este cuerpo legal confluya hacia la prestación de los servicios públicos y el desarrollo socio económico de manera eficiente, efectiva y económica.

Revisando el enfoque sistémico de la ley, puede apreciarse que la misma se parametriza a través de sistemas, la descripción, finalidad, objetivos, componentes, ámbito, personal y facultades normativas. Así resultaba posible conocer exactamente cuál es el marco conceptual dentro del que debe desenvolverse la actividad financiera del sector público; en otras palabras, se establecerían como parámetros generales a fin de que los administradores de la cosa pública sepan cómo y hacia donde apuntar su actividad.

Al referirnos a la figura consuetudinaria denominada convenio de pago y su concepción dentro de la normativa que regula la administración financiera del Estado, podemos conceptualizar que dentro del régimen obligacional de la administración pública, el artículo 57 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, reconoce la existencia de obligaciones que se adquieren sin compromiso previo:

“Art. 57.- Obligaciones.- La obligación se genera y produce afectación presupuestaria definitiva en los siguientes casos: 1. Cuando se reciban de terceros obras, bienes o servicios adquiridos por autoridad competente, mediante acto administrativo válido, haya habido o no compromiso previo; y 2. Cuando ineludiblemente deban realizarse pagos sin contraprestación, de acuerdo con lo que dispongan las normas técnicas de presupuesto que dicte el Ministro de Finanzas”.

Como se puede apreciar del texto normativo, vemos que el legislador ha previsto, desde el año 1977, la posibilidad de que la administración estatal pueda adquirir obligaciones que produzcan afectación presupuestaria sin que exista un compromiso previo formal, pues al producir afectación presupuestaria se entiende que la obligación generada sin la existencia de compromiso es registrada de manera simultánea a través del clasificador. La obligación causará la afectación definitiva de la asignación presupuestaria y del compromiso en el mismo monto.

Asimismo en el artículo 58 *Ibídem*, se informa por parte del legislador que la administración pública no contraerá compromisos, celebrará contratos, autorizará o contraerá obligaciones, respecto de recursos financieros, sin que conste la respectiva asignación presupuestaria y sin que haya disponible un saldo suficiente para el pago completo de la obligación correspondiente, es decir, que el escollo donde el convenio de pago halló su legitimidad para ser utilizado por parte de la administración pública está en el momento en que la obligación genera afectación presupuestaria, pues, en tanto la administración pública no reciba a satisfacción la obra, bien o servicio, ejecutado a través de la agencia oficiosa, empleo útil e inclusive el principio de continuidad y no interrupción de los contratos públicos, ésta no entra en el patrimonio estatal y por tanto no podría estar presupuestada con anterioridad.

A sabiendas de que en la doctrina no se ha desarrollado de manera explícita y suficiente la teoría del cuasicontrato administrativo, es oportuno que nos refiramos a las tesis que se desprenden del contrato administrativo, pues siendo que su finalidad es la misma y las normas, principios y reglas que las amparan tienen un mismo génesis.

Para el profesor David Blanquer<sup>55</sup>, al referirse a la recepción de obra pública, manifiesta que si las obras se encuentran en buen estado y con arreglo a las prescripciones previstas en la orden, el funcionario técnico designado por la administración pública las dará por recibidas y levantará el acta que corresponda, a fin de documentar tal recepción.

Cuando dichas obras se reciban por parte de la administración pública y las mismas hubieren sido debidamente probadas en su idoneidad, se afectan al uso público o a la prestación del servicio público correspondiente, es decir, entran al patrocinio estatal y se tornan los bienes públicos en su sentido más general, para luego ser clasificados en bienes de uso público y bienes públicos, según su naturaleza y fin.

Finalmente, se puede advertir que para la configuración del convenio de pago, teniendo como base la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, la Procuraduría General del Estado, promueve su excepcionalidad y valor extraordinario, en el cumplimiento de requisitos previos, que por una parte lo revisten de legitimidad, como pago de obra pública no contratada.

---

<sup>55</sup> David Blanquer, “*Derecho Administrativo*”, Vol.1, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), 643.

### **2.1.2. El Código de Planificación y Finanzas Públicas**

Como es de entender, la dinámica de la administración pública, ha llevado a que la actividad planificadora del Estado se encuentre en estrecha vinculación con la actividad financiera, pues lo que se pretende regular el ejercicio de las competencias de planificación y el ejercicio de la política pública en todos los niveles de gobierno, el Plan Nacional de Desarrollo, los planes de desarrollo y de ordenamiento territorial de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, la programación presupuestaria del sector público, el presupuesto general del Estado, los presupuestos de las entidades públicas; y, todos los recursos públicos y demás instrumentos aplicables a la Planificación y las Finanzas Públicas. Todo ello con la finalidad de que el Estado planifique técnicamente el gasto para cada ejercicio fiscal, lleve control sobre la presupuestación, niveles de endeudamiento, así como control sobre la eficacia y eficiencia del gasto público.

Al igual que su normativa predecesora, el Código de Planificación y Finanzas Públicas, advierte en su artículo 117, lo siguiente:

“Art. 117.- Obligaciones.- La obligación se genera y produce afectación presupuestaria definitiva en los siguientes casos: 1. Cuando ineludiblemente por excepción deban realizarse pagos sin contraprestación, de acuerdo con lo que dispongan las normas técnicas de presupuesto que dicte el ente rector de las finanzas públicas; y, 2. Cuando se reciban de terceros obras, bienes o servicios adquiridos por autoridad competente, mediante acto administrativo válido, haya habido o no compromiso previo. El registro de obligaciones deberá ser justificado para el numeral 1 y además comprobado para el numeral 2 con los documentos auténticos respectivos. Para estos efectos, se entenderá por documentos justificativos, los que determinan un compromiso presupuestario y, por documentos comprobatorios, los que demuestren la entrega de las obras, los bienes o servicios contratados.”

Como se puede verificar, la redacción de este texto normativo, reconoce que para efectos de afectación presupuestaria, cuando exista recepción de obras, bienes o servicios por parte de terceros y adquiridos por autoridad competente, mediante acto administrativo válido, haya habido o no compromiso previo, se requiere la documentación que refleje la entrega de obra bienes y servicios, sin embargo no hace, el texto transcrito, énfasis en la recepción, pues podría tratarse de un descuido normativo o en su efecto podría entenderse que en la entrega está implícita la recepción.

Empero de lo expuesto, no es de olvidar que el convenio de pago es sin lugar a duda un acto convencional, en donde interviene el concurso de voluntades, es decir, por un lado existe el denominado “tercero” que entrega las obras, bienes y servicios; y, por otra parte la administración pública que las recibe a satisfacción. Siendo obligaciones semejantes a las que nacen por fuerza de un contrato administrativo, éstas no pueden estar alejadas de las normas que rigen el derecho público, así como aquellas que regulan el patrimonio estatal y su dinámica. En este sentido al crearse la afectación presupuestaria, se entiende que la administración estatal, ha recibido a satisfacción las obras, bienes y servicios y por ende la erogación de recursos es justa y procedente.

Por otra parte, al revisar el artículo 116 del Código de Planificación y Finanzas Públicas, en su segundo párrafo manifiesta que el compromiso subsistirá hasta que las obras se realicen, los bienes se entreguen o los servicios se presten. Como se puede verificar existe una dicotomía, pues en el mismo texto normativo se expone que los créditos presupuestarios quedarán comprometidos en el momento en que la autoridad competente, mediante acto administrativo expreso, decida la realización de los gastos, con o sin contraprestación cumplida o por cumplir y siempre que exista la respectiva certificación presupuestaria. Al hablar por una parte de que el compromiso subsistirá hasta que las obras se realicen, deja cerrado el camino para cancelar obligaciones generadas y que no contaron con acuerdo previo, es decir, cómo se podría calificar a un compromiso presupuestario que financie obra pública, bienes y servicios que han sido ejecutados con anterioridad.

Por otra parte el texto hace referencia a que se puede adquirir compromiso presupuestario ante una obligación con o sin contraprestación cumplida, pues el Estado en este caso podría generar la afectación en su presupuesto ante la entrega de obras, bienes y servicios que concluyeron, como un mecanismo de extinción de obligaciones pendientes de pago.

En definitiva, el actual del Código de Planificación y Finanzas Públicas, no deja del todo claro cuál es el nexo entre la planificación y la presupuestación, toda vez que existen obras, bienes y servicios debidamente planificados y que reflejen una necesidad pública de ser ejecutados, sin embargo la planificación no siempre reconoce todos los elementos que comportan la satisfacción del interés colectivo, pues existe necesidad que

nace de manera imprevista y sin el concurso de voluntad, teniendo la administración pública la obligación competencial de intervenir, aun cuando las normas que rigen la contratación pública se vean obviadas. Obligaciones que aun cuando no sean planificadas, obligatoriamente deberán ser reconocidas y presupuestadas.

El Código de Planificación y Finanzas Públicas, obedece a la línea de pensamiento que propende articular y coordinar la planificación nacional con la planificación de los distintos niveles de gobierno y entre éstos, pues de ello se podrá reducir el mínimo la duplicidad en la ejecución del gasto, la colaboración interinstitucional, así como el régimen de competencias. Sin embargo, la vigencia de la norma no llega a plasmar de manera eficaz la dinámica propia de la administración pública, así como su intromisión en la satisfacción del interés colectivo, que aun cuando lo conceptualicemos como concepto jurídico indeterminado, siempre será de urgente atención.

Es justamente por la desconexión normativa, que se observa entre la norma que regula la contratación pública y la norma que regula la planificación, presupuestación, ejecución y control del gasto público, que el convenio de pago orbita en el campo de la discrecionalidad de la administración pública, pues por un lado el Código de Planificación y Finanzas Pública, contempla la posibilidad de que se genere una afectación presupuestaria, exista o no compromiso previo, por otra parte la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, no reconoce figura alguna que permita reconocer, al menos no imperativamente, la cancelación de obligaciones que si bien devienen de la contratación pública, no se las procedimiento conforme se dispone en su articulado.

Lo expuesto en el párrafo anterior denota el insipiente proceso legislativo en la creación de la norma, pues por un lado debe existir interconexión normativa, es decir, aquella técnica legislativa que propende que las normas se emanen en armonía y concordancia debida, por otro lado la producción legislativa sufre un serio retroceso con la dinámica social y por ende la dinámica contractual, reflejando el apartamiento del Estado con la sociedad.

## **2.2. Análisis de absoluciones de consulta de la Procuraduría General del Estado**

La Procuraduría General de Estado, amparados en lo expuesto en el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, se encuentra en la obligación de absolver, consultar y asesorar a los organismos y entidades del sector público, así como a las personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública, sobre la inteligencia o aplicación de las normas, legales o de otro orden jurídico.

En este sentido y como resulta lógico, la administración pública en todos sus niveles y competencias, ha requerido a este órgano, la absolución de consultas, respecto de la adquisición de obligaciones sin contrato, pues al estar el criterio de Procurador inmerso bajo el denominado estricto cumplimiento o criterio vinculante, se ha pretendido la subsanación de los yerros por parte de los agentes públicos, así como la autorización para la suscripción de los denominados convenios de pago.

Es importante la redacción y análisis de este subtema, pues es precisamente de la costumbre administrativa que se ha generado a través de las absoluciones de consulta, que el convenio de pago se vaya regularizando en nuestro quehacer administrativo.

Ahora bien, resulta apropiado analizar la naturaleza jurídica del pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado, a fin de determinar que incidencia representa en el universo jurídico.

Para Rafael Oyarte<sup>56</sup>, el pronunciamiento del Procurador General del Estado se emite con ocasión del ejercicio de la denominada administración consultiva. Esta administración consultiva tiene relevancia por la especialidad de los diversos aspectos que, en el Derecho contemporáneo, son objeto de resolución por parte de la administración pública. Esas decisiones administrativas pueden variar, naturalmente, por la diversa aplicación de las normas jurídicas y de los principios que informan cada institución jurídica, siendo la consulta una herramienta indispensable para la administración, pues a través de aquella se ejerce o se aplica debidamente la autotutela administrativa de modo previo a la decisión, resguardando su legitimidad y garantizando el derecho al debido proceso reconocido por la Constitución a los administrados, lo que

---

<sup>56</sup> Rafael Oyarte Martínez, “*Mecanismos de impugnación de los dictámenes del Procurador General del Estado*”, Foro: revista de derecho, N° 6, (II Semestre, 2006): 187-225.

hace efectivo el principio de seguridad jurídica del que depende, en grado sumo, de un eficiente sistema consultivo.

Es en este sentido que la absolución de una consulta no implica, entonces, la emisi3n de una decisi3n administrativa, sino una enunciaci3n de juicios de valor, opiniones sobre aspectos determinados, semejantes a los actos de simple administraci3n, y siempre con anterioridad a que la administraci3n consultante exteriorice su voluntad p3blica, en calidad de un acto previo, pues solo a la consultante le compete tomar la resoluci3n que cada caso amerite y as3 emitir el acto que corresponda, aunque, en el caso del dictamen del Procurador General del Estado, al ser vinculante, se liga a la decisi3n administrativa en su parte motiva, pero no decisoria per se.

En el an3lisis expuesto Rafael Oyarte, se pretende ubicar al dictamen del Procurador General del Estado, dentro del derecho p3blico, a trav3s de la categorizaci3n como acto normativo, acto administrativo, acto de simple administraci3n, acto complejo. Ahora bien, por una parte podemos verificar que el dictamen o absolución de consulta comparte de las caracter3sticas de cada uno de ellos, tiene elementos que lo excluyen de tales definiciones, pues si lo asemejamos a un acto normativo, tenemos como variable excluyente que el dictamen no contiene una norma, sino la forma que 3ste funcionario estima que debe ser aplicada, es decir, existe una decisi3n, pero que se debe referir a la norma sobre cuya inteligencia existe duda respecto de su aplicaci3n, es decir, no regula sino que orienta la v3a jur3dica a seguir.

Por otra parte al pretender subsumirlo a las caracter3sticas de acto administrativo, se puede determinar que sus efectos no corresponden a los de un acto administrativo, toda vez que el dictamen no tiene eficacia jur3dica directa, es decir, no es la decisi3n del Procurador General del Estado, la que afecta directamente al administrado, sino la decisi3n del 3rgano consultante, el que, en virtud de ese pronunciamiento, dictar3 el acto administrativo que ocasionar3 los efectos jur3dicos de forma inmediata y directa, tal como obra en derecho positivo p3blico.

Como acto de simple administraci3n, a nuestro criterio, es el que m3s se asemeja a la naturaleza jur3dica del dictamen, en raz3n de su car3cter consultivo y preparatorio, sin embargo el efecto vinculante del dictamen lo excluye de dicha categorizaci3n, pues no solo que no es de tr3mite, es decir, no se limita a influir en la decisi3n final sino,

prácticamente, a determinarla en el sentido de adherirse de manera trascendental a la expresión de la voluntad administrativa, reflejada en el acto administrativo.

Al revisar las características del acto complejo, podemos informar que el mismo se constituye de una serie de aprobaciones y dictámenes que permiten su ingreso al mundo jurídico. Empero de lo expuesto, al vincular el pronunciamiento o dictamen del Procurador hacia toda la administración pública, lo descompone en su singularidad, razón por la cual no podría ser considerado como un acto expreso para el caso consultado y por ende vinculante exclusivo, pues creer lo contrario significaría afirmar que el dictamen será una fuente o fundamento de un acto administrativo distinto al consultado, no conformándose en este caso el acto complejo en su real dimensión.

De lo que se ha expuesto, se puede determinar que el dictamen de la Procuraduría General del Estado, está inmerso dentro de las características de la administración consultiva<sup>57</sup>, sin que se pueda definir con claridad su naturaleza, razón por la cual se lo calificaría como un acto consultivo sui generis, pero legítimo en su emanación, pues la Procuraduría General de Estado, cumple con el rol de asesorar a la administración pública respecto a la inteligencia de norma, sin que pueda considerarse que dicho dictamen está sobre la norma positivada o que su contenido inserta o genera normativa. En este sentido, el pronunciamiento aporta elementos de convicción para que la actuación de la administración sea apegada al principio de legalidad objetiva.

Respecto al tema central de nuestro trabajo, el dictamen de la Procuraduría General de Estado, en lo que refiere al convenio de pago, ha motivado sus absoluciones teniendo como base la norma constitucional, en el sentido de que ningún trabajo es gratuito o forzoso, así como la proscripción del enriquecimiento público sin causa. Asimismo ha conceptualizado una serie de requisitos mínimos, a través de los cuales, podría proceder una liquidación de obligaciones pecuniarias.

Estos requisitos, no suplen a la normativa propia de la contratación estatal, sin embargo su uso, cada día más frecuente y aceptado, toda vez que lo que pretende es el no permitir que la discrecionalidad se torne en un arma para que campee la arbitrariedad y el destino subjetivo de los recursos estatales.

---

<sup>57</sup> Ramón Parada, “*Derecho Administrativo*”, Tomo I, segunda edición, (Madrid: Open Ediciones Universitarias S.L., 2014), 400.

### **2.3. Análisis de los requisitos expuesto en los criterios de la Procuraduría General del Estado**

Como ha quedado redactado en líneas precedentes, la Procuraduría General del Estado, se ha ocupado de delimitar las condicionalidades, a través de la cuales, se pueda liquidar obligaciones con terceros por la entrega de obras, bienes y servicios. La base constitucional utilizada por el órgano consultor es el artículo de la Constitución de la República, mismo que proscribe el trabajo gratuito, pues se entiende que todo trabajo ejecutado debe ser debidamente remunerado.

Como resulta lógico, es bastante delicado para el Procurador, el delimitar requisitos de procedencia de un convenio de pago, motivo por el cual, tales requisitos tienen que orbitar en aquellos que se exigen para la firma de un contrato administrativo, pues se entiende que por factores ajenos a la voluntad, el administrador público, prescindió de elementos formales y propios del contrato público, esto es, actividades administrativas que permitan la configuración del instrumento público mas no se podría creer que el acuerdo de pago pueda estar al margen de la norma, o en su defecto no se puede pretender que a través de un dictamen se legalicen actividades ejecutadas con anterioridad.

Las condiciones para que proceda un convenio de pago, han sido un paliativo, de cierta manera, que ha permitido la liquidación de obligaciones pendientes, es así que se han delimitado los siguientes requisitos mínimos: 1.- Que existió la necesidad institucional previa, así como la certificación presupuestaria correspondiente de conformidad con los planes operativos; 2.- Que los precios que fueron pactados son los del mercado a la fecha de prestación de los servicios y de adquisición de bienes; 3.- Que hay constancia documentada de que las obras, bienes y servicios fueron recibidos a entera satisfacción por los funcionarios responsables de la entidad estatal; y, 4.- Que las obras, bienes adquiridos y los servicios prestados fueron utilizados en actividades y funciones inherentes a las que ejerce la entidad pública.

Como se puede colegir, los requisitos no son sino aquellos que revisten de legitimidad al derecho de cobro por parte del gestor, sin embargo no generan un andamiaje jurídico que nutra de legalidad con los límites de la excepcionalidad.

Compete ahora, el analizar desde el derecho público, el fundamento legal y doctrinario que soportan cada uno de los requisitos enumerados por la Procuraduría General del Estado, con la finalidad de verificar la aplicación del principio de legalidad objetiva en la dinámica contractual del Estado.

### **2.3.1. Acto administrativo válido**

En palabras de Ramón Martín Mateo<sup>58</sup>, el acto administrativo es una conquista del estado de Derecho, y no es concebible su existencia en un Estado no sometido al Derecho al presuponer una jerarquía de normas cuyos mandatos desembocan en relaciones concretas, pues todo acto administrativo se motiva con la norma, razón por la cual su surgimiento se reviste de la presunción de legitimidad y de ejecutoriedad.

Cuando decimos que los actos administrativos presumen de legitimidad, nos referimos a que tal presunción se deriva la obligatoriedad o exigibilidad del acto, lo que hace que los destinatarios del mismo tengan el deber jurídico de cumplirlo.

Cuando el autor ecuatoriano, Efraín Pérez Chávez, aborda el tema de la recepción de obra pública no contratada, se refiere al acto administrativo válido expuesto en los dictámenes de la Procuraduría General del Estado, como una comunicación escrita de autoridad competente que contenga con claridad el objeto de lo que se requiera, esto en base a lo dispuesto en el artículo 1726 del Código Civil.

Este requerimiento expuesto en los dictámenes, refleja que el requisito de documento expreso, no es para calificar la validez del acto, sino la aptitud para constituirse en prueba de las obligaciones que se contraigan, es decir, este documento es necesario para demostrar la voluntad positiva de solicitar la obra, bienes y servicios.

Es acto administrativo válido y puede construirse en cualquier documento que denote la intensión positiva de la administración pública de requerir la ejecución de la obra, la provisión de bienes o la prestación de servicios, bajo esta premisa, en el caso de la ejecución de la obra pública, podría probarse la voluntad administrativa en el momento de permitir la ejecución de obra dentro de predios públicos, o en su defecto cuando exista constancia de la recepción o valoración de los rubros a ejecutar. En

---

<sup>58</sup> Ramón Martín Mateo, *“Manual de derecho administrativo”*, (Madrid: Instituto de estudios de administración local, 1985), 301.

definitiva, el acto administrativo se constituye en cualquier documento de prueba la adquisición de la obligación por parte de la administración estatal.

Ahora bien, para que la obligación se constituya en verdadera y por ende el acto administrativo en válido, debe ser emanado de autoridad competente, pues no podría pensarse que esta facultad recae sobre cualquier funcionario, más aun cuando de esta potestad va a devenir una afectación presupuestaria definitiva.

Al mencionar de que el acto debe emanar de autoridad competente, me permitiré singularizar en el caso de la contratación de obra pública en los términos de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, pues existen varios cuerpos normativos que norman y regulan la contratación estatal en todos sus niveles y competencias, sin embargo de ello, lo que se expondrá puede ser utilizado en analogía, observando sus particularidades.

Para el autor uruguayo Ernesto Sayagués Laso<sup>59</sup>, la competencia es la aptitud de obrar de los órganos públicos, especificándose así los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente. Límites que se generan en dos ámbitos: en primer término, el de la institución o ente estatal de que se trate, es decir que la limitación nace de las competencias que el ente público posee en su acto constitutivo, toda vez que no puede adquirir compromisos o emitir actos administrativos que no nazcan de sus objetivos y finalidades. Por ejemplo, no puede el Ministerio de Turismo, adquirir obligaciones para la provisión de medicamentos dentro del sistema de salud pública, pues dicha competencia es privativa del Ministerio de Salud Público o del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

En segundo término, en cuanto al funcionario o servidor público, por el principio de legalidad objetiva, la competencia solo puede provenir de una norma que la reconozca, adjudique y limite. En este escenario tenemos que existen competencias que se ejercen por delegación, para tales efectos se entiende que existen funcionarios que pueden atribuirse una competencia por mandato, sin embargo para que la competencia pueda ser delegada, ésta debe estar atribuida al delegante, caso contrario podría existir arrogación o usurpación de funciones.

---

<sup>59</sup> Enrique Sayagués Laso, “*Tratado de derecho administrativo*”, (Montevideo: Talleres Gráficos Barreiro y Ramos, 1963), 600.

El Código Civil, en su artículo 1463, al referirse a las inhabilidades para adquirir obligaciones contractuales, configura que para que el acto administrativo sea válido, debe existir capacidad subjetiva por parte del órgano, es decir, el funcionario público que adolece de incapacidad legal, estaría inhabilitado para girar cualquier documento en el que se pretenda adquirir obligaciones.

En el caso de ejecución de obra pública, existe la posibilidad, que por la dinámica y finalidad, se requiera al contratista su gestión en la intervención de rubros que no fueron pactados en el contrato. En estos casos la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública ha previsto la celebración de contratos complementarios, hasta un 35% del presupuesto contractual, asimismo, en caso de rubros contractuales, se crea la figura de orden de cambio o aumento de cantidades hasta un 25%, teniendo como base los rubros contractuales; y finalmente para la creación de rubros nuevos se prevé la posibilidad de crearlo a través del costo más porcentaje u orden de trabajo hasta un 10% del presupuesto del contrato.

Esta intervención en algunos casos no se llega a formalizar o reflejar en un contrato o en la emisión de una orden de trabajo o de cambio, esto se debe a que la dinámica constructiva no siempre puede estar acorde con el nivel de burocratización de la administración pública, lo que resulta en que existen autorizaciones de funcionarios competentes que se reflejan en la ejecución de obra pública sin compromiso previo.

De igual manera, existe la posibilidad que los porcentajes de ley, para incremento presupuestario, se agoten y aun así el objeto contractual no se cumpla, y por ende, la obra pública no satisfaga la necesidad colectiva. En este escenario, la Procuraduría General de Estado, ha emitido dictámenes que orientan a la administración pública hacia la celebración de un nuevo procedimiento precontractual para la terminación de la obra pública. Sin embargo por efectos de oportunidad, eficacia y eficiencia, se emiten actos administrativos que autorizan la ejecución de rubros para cumplir con el objeto, estos rubros no se soportan en contrato y por ende son susceptibles de ser pagados por intermedio de un convenio de pago, mismo que como prueba de la adquisición de obligaciones, se soporta en la autorizaciones efectuadas.

Es decir, que el acto administrativo válido se puede inclusive configurar en los documentos que sirvieron de soporte para la pretendida suscripción del contrato

complementario, ordenes de trabajo y cambio, mismas que por factores ajenos a la voluntad no se suscribieron pero los trabajos se ejecutaron y cumplieron.

En definitiva, el acto administrativo válido al que hace mención el Procurador General de Estado, no es sino la constatación documentada de la voluntad positiva de la administración pública para contraer obligaciones. Esta voluntad se puede reflejar en cualquier acto de la administración pública, sin que para el efecto se pueda pretender un estándar, formato o texto específico.

### **2.3.2. Entrega y Recepción de bienes, obras o servicios a satisfacción**

En los dictámenes de la Procuraduría General del Estado, se reflexiona respecto a la entrega-recepción de obras, bienes y servicios, la base normativa es el artículo 57 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, mismo que se replica en el Código de Planificación y Finanzas Públicas vigente, en su artículo 117. Los textos normativos han sido revisados con anterioridad, sin embargo de ello, subsumiendo su contenido podemos observar que la norma dispone que la obligación produce afectación presupuestaria definitiva cuando se reciban de terceros obras, bienes o servicios adquiridos por la autoridad competente, mediante acto administrativo válido, existiendo o no compromiso previo.

En este sentido, se entendería que únicamente con el acto de entrega-recepción se podría configurar un eventual convenio de pago, toda vez que la administración pública puede permitir el ingreso de tal obra, bienes y servicios a su patrimonio, cuando éstas se encuentran ejecutadas a satisfacción.

Nuevamente con este requisito, la Procuraduría General del estado, pretende legitimar la pertinencia de un convenio de pago como instrumento para la liquidación de obligaciones, a través de una actividad propia de la contratación estatal regular. Para los profesores David Blanquer<sup>60</sup> y Jorge Fernández Ruiz<sup>61</sup>, una vez terminadas las obras, éstas deben ser entregadas a la administración, y ésta debe recibirlas si están correctamente ejecutadas con arreglo a lo convenido. Cuando las obras se encuentren en

---

<sup>60</sup> David Blanquer, *“Derecho Administrativo”*, Vol.1, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), 643.

<sup>61</sup> Jorge Fernández Ruiz, *“Derecho Administrativo-Contratos”*, Tercera Edición, (México: Editorial Porrúa, 2009), 299.

estado de ser recibidas se hace constar tales hechos en un acta, documento en donde se podrá señalar los defectos observados y el tiempo que determine la administración para su subsanación. En caso de existir defectos constructivos subsanables y que el gestor no los resuelva, la administración puede declarar como obra no ejecutada y no recibirla, por ende, los trabajos jamás se afectarán al uso público o a la prestación del servicio público.

Es importante aclarar que aunque la obligación de pago no se genere por contrato administrativo expreso, las obligaciones que devienen de la ejecución de obra pública, prestación de servicios y provisión de bienes, son las mismas que si el contrato se hubiere celebrado de manera formal; por ejemplo, la norma, en el caso de obra pública, otorga una obligación que sobrepasa el plazo del contrato y se mantiene vigente diez años después de la recepción definitiva, esto es, la responsabilidad por vicios ocultos, así lo dispone el Código Civil en su artículo 1937.

El profesor Efraín Pérez Chávez<sup>62</sup>, respecto de la recepción a la que hemos hecho mención, luego de su análisis concluye que las recepciones dispuestas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, no aplican a la obra pública no contratada, pues éste instrumento jurídico resulta de un contrato administrativo debidamente celebrado, argumentado además que la entonces Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, en su artículo 57, se aplica a obra pública que está siendo utilizada, servicios y bienes adquiridos sin contrato, alegando únicamente la falta de instrumento para liquidar el pago.

Bajo esta lógica, Efraín Pérez Chávez<sup>63</sup>, manifiesta también que: *“la recepción” se debe entender como el uso que la institución pública esté dando al bien, obra o servicio, según su objeto*”. Es decir, que la recepción no se constituye necesariamente en un documento, sino en el simple hecho del uso que realice la administración pública de las obras, bienes y servicios.

Ahora bien, por una parte el autor citado, al no existir norma que regule el surgimiento del convenio de pago, olvida que para revestir de legitimidad a tal convenio, éste debe estar nutrido de los mismos componentes que legitiman a los contratos administrativos, es decir, no es posible que ingrese al patrimonio público obras, bien y

---

<sup>62</sup> Efraín Pérez, *Derecho Administrativo, La recepción y pago de la obra pública no contratada* (Quito: Corporación de estudios y Publicaciones, 2009), 916-917.

<sup>63</sup> *Ibíd*em, 917.

servicios, por el simple hecho del uso, pues al tratarse de recursos públicos, éstos deben ser debidamente afectados al uso público, a fin de garantizar su calidad, idoneidad, permanencia y vigencia en el tiempo. Por este motivo sostengo que la entrega-recepción de obras bienes y servicios, debe ser un documento regular para la liquidación de cualquier tipo de obligación de la administración pública, entender lo contrario significaría un atentado mayor a la seguridad jurídica, toda vez que no solo se siguió en procedimiento normal de contratación, sino que ingresó al patrimonio público obras, bienes y servicios, no probados y posiblemente lesivos para la colectividad.

### **2.3.3. Precios de mercado**

Resulta evidente que el convenio de pago posee un alto margen de discrecionalidad en su concepto inicial, pues para la configuración de precios no existió la pugna en un procedimiento licitatorio, situación que reduciría el margen de arbitrariedad en el presupuesto y que el mismo sea desmedido o irreal.

Miguel Marienhoff<sup>64</sup>, define el precio como un derecho fundamental del contratista que se manifiesta en la entrega que haga la administración pública de aquello a que expresa o implícitamente se obligó a hacer o a dar, por ejemplo, el pago del precio de las cosas o producto objeto de un contrato de suministro; o en un contrato de obra, en que la administración ponga a su disposición los terrenos, materiales, planos, moldes o diseños, etc.; derecho al “sueldo” de los trabajadores y demás ventajas. En fin, ese derecho se traduce en la posibilidad que tiene el contratista de percibir el precio correspondiente o sea una suma de dinero estipulada a su favor.

Al insertar el Procurador General del Estado, la revisión de precios de mercado como un requisito de procedencia, le permite a la administración pública tener un control respecto al nivel de gasto que se compromete.

Tomando como referencia la contratación administrativa de la obra pública, podemos verificar que en el Ecuador el mecanismo más común para determinar presupuesto contractual es el contrato de obra pública por precios unitarios o también conocido como sistema de unidad de medida, es decir, esta modalidad determina el

---

<sup>64</sup> Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. 3A, (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983), 64.

precio del contrato de acuerdo a los precios por unidad de medida asignados a los diferentes conceptos de trabajos de obra.

Como lo hemos informado, el precio unitario es el costo por cada unidad de medida de cierto producto o rubro. La composición de un precio unitario está delimitada por el conjunto de costos directos, costos indirectos, costos por financiamiento, los cargos adicionales y por utilidad, los cuales a su vez están integrados por otros factores o partes fundamentales, las cuales en base a su concepto y fórmulas, permiten el importe de cada rubro.

En este sentido vemos que al generar la consultoría de diseño, se determina por parte de la institución pública los presupuestos referenciales en base de los cuales los distintos oferentes realizarán sus análisis de precios unitarios y verificaran la composición de cada rubro, a fin de presentar sus propuestas técnicas y económicas.

Este procedimiento o actividad garantizaría al ente estatal que la oferta que resulte adjudicada presenta un mejor precio y por ende una propuesta económica que beneficia al Estado.

Para el ecuatoriano Juan Francisco Díaz, el presupuesto referencial, dentro de los procesos de contratación pública, es uno de los elementos trascendentales e inclusive el más importante, dentro de los cuales consideramos a los términos de referencia constantes en los pliegos, la oferta, la adjudicación y el contrato.<sup>65</sup>

Bajo lo línea de las exposiciones doctrinales mentadas, podemos informar que dentro de la contratación estatal, el presupuesto referencial es una herramienta que faculta a la administración pública realizar un efectivo y responsable gasto público, pues pertenece a una correcta conformación de presupuesto, el éxito o el fracaso del proceso de contratación, toda vez que de un error en éste provocaría que el Estado gaste de manera indeterminada en la adquisición de obras, bienes y servicios, siendo otra consecuencia lesiva de un presupuesto irreal el incremento desproporcionado del presupuesto e inclusive, la causa de sobrepasar los porcentajes de incremento que faculta de ley; y, la causa primordial del surgimiento del denominado convenio de pago.

---

<sup>65</sup> Juan Francisco Díaz, *“La determinación del presupuesto referencial de los procedimientos dinámicos de contratación pública y su afectación en el gasto del Estado ecuatoriano”*, (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2014), 32.

Cuando nos referimos al convenio de pago, vemos que el procedimiento de revisión de precios o de puja, no siempre se lo realiza, situación que podría encontrar un escollo para que a través de un mal uso de la potestad discrecional, se generen costos arbitrarios y no técnicos en contra de la administración pública. Es precisamente por esto que el Procurador General del Estado ha insertado en sus dictámenes, la figura de “precios de mercado” o “precio justo”.

Los precios de mercado o precio justo no es sino el valor que nace del resultado arrojado por el estudio de mercado realizado con antelación al inicio de la contratación a celebrar, previa consulta de las diferentes variables del mercado para un determinado servicio o producto, así como de la utilización de mecanismos requeridos al evaluar las propuestas durante el proceso de selección contractual.

Al revisar los postulados expuestos el autor Ricardo Rivero<sup>66</sup>, quien hace un análisis respecto del precio en la contratación estatal, llegando a definir que en la contratación pública existe un triple dogma, esto es, el precio cierto; el precio de mercado; y, precio justo. El autor citado para explicar estos dogmas, se enfoca en la concepción y manejo del precio dentro del Derecho privado, así como en sus principios sustentadores en los distintos ordenamientos, para posteriormente realizar un ejercicio comparativo con las reglas que definen al precio en materia de Derecho público.

En materia de Derecho privado, según Ricardo Rivero, la libre autonomía de la voluntad de los intervinientes y el principio de libertad de pactos, deja al arbitrio de los contratantes la estipulación del valor o precio del contrato, pues en todos los elementos, la libertad es la regla, siendo los límites, en materia de precios, barreras externas a la autonomía privada de las partes, mientras que en los contratos públicos los límites son internos y sujetos al control estatal.

En materia de Derecho público el respeto irrestricto de la administración pública al principio de legalidad objetiva, supone particulares exigencias a sus actores al momento de contraer obligaciones contractuales, exigencias que se proyectan sobre la fijación del precio y su inmutabilidad durante la ejecución del contrato. Como lo expresamos en líneas anteriores y coincidiendo con el autor en referencia, los principios

---

<sup>66</sup> Ricardo Rivero, “*La Contratación Pública*”. Tomo II, Primera edición, (Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2006), 893-906.

de la buena administración, conminan a los entes estatales a buscar el mejor precio posible en sus contrataciones, lo que no puede exigirse a los sujetos privados cuando gestionan su propio patrimonio, pues esa esfera es de su exclusivo arbitrio.

Cuando el autor abordado se refiere al triple dogma, conceptualiza y defiende tanto al precio cierto, de mercado como al precio justo, con criterios coincidentes ente sí, esto, pues al referirse al precio cierto, escala al criterio propio del Derecho privado, donde resulta perfectamente admisible que numerosas relaciones contractuales estén marcadas por cierta informalidad, es decir que el particular no está obligado a consultar de la ejecución de una obra o la realización de un servicio, pues no lo limita a contratar tal escenario. Sin embargo es una muestra de diligencia, de buena administración privada, saber con anticipación los precios de las obras, bienes y servicios, pero si no se lo hace, no se invalida per se el negocio jurídico.

Como contraposición, en la esfera del Derecho público, para la administración estatal, resulta imposible obrar así de manera informal, pues por norma regular no puede encargar un servicio o un producto desconociendo el precio del mismo. Sin embargo de ello, este principio o regla tiene un carácter relativo; por ejemplo, en los contratos de obra tanto en la legislación española, colombiana y ecuatoriana, se admiten modificaciones, a través de instrumentos formales, que varían el precio del contrato, así como también, en los casos de urgencia o emergencia manifiesta, en los cuales por razones de necesidad colectiva no se cuenta con tiempo de convocar a una licitación, así como tampoco, tener la puja de oferentes.

En términos presupuestarios, la principal razón para determinar el precio cierto en la contratación es la necesidad de anticipar el gasto derivado de un determinado contrato, así como de ajustar este desembolso en la medida de lo posible, es decir, al tener el precio cierto, se compromete esos recursos económicos de manera exclusiva y se lleva un control del gasto estatal, así como los niveles de gestión y eficacia.

Trayendo nuevamente a colación lo manifestado por Juan Francisco Díaz<sup>67</sup>, la naturaleza jurídica del presupuesto referencial, o en su defecto, la constitución del precio justo y cierto, atraviesa varios momentos o etapas administrativas, estas son: 1.- al

---

<sup>67</sup> Juan Francisco Díaz, *“La determinación del presupuesto referencial de los procedimientos dinámicos de contratación pública y su afectación en el gasto del Estado ecuatoriano”*, (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2014), 54.

constituirse como informe, podríamos referir a que es un acto de simple administración o de trámite, en tanto y cuanto es un producto que surge luego de valorar la necesidad y contrastar valores de mercado. Quedando en la categoría de acto de simple administración inclusive en la emisión de la certificación presupuestaria; y, 2.- Al reflejar la presupuestación dentro de la planificación de contrataciones, el presupuesto se transforma en un acto administrativo, pues se reviste, la presupuestación de las características del acto administrativo al crear unilateralmente efectos jurídicos.

Finalmente, el precio cierto garantiza la protección de la competencia y la igualdad de los contratistas en el proceso licitatorio y de ejecución, potencialmente objeto de fraude mediante modificaciones antojadizas o direccionadas de precios imprevisibles para que los proponentes presenten sus ofertas, es decir, se proscribire la práctica desleal en la contratación pública.

Cuando nos referimos a los precios de mercado, en materia de contratos estatales la legislación aplicable ordena a la administración pública procurar que el precio de los contratos sea el adecuado al mercado, estableciendo así una prohibición de sobreprecio, bajo un régimen de sanción y resarcimiento en caso de incumplir la norma.

En el ordenamiento civil, por el principio de libertad de acuerdo o de libertad de contratos, la estipulación del precio no tiene restricción, mientras que en los contratos administrativos desaparece el criterio subjetivo, hacia un criterio técnico.

Ahora bien, al hablar de precio justo, nos remitimos al principio de equidad, mismo que como se ha estudiado en ese trabajo, supone entregar en justicia lo que a cada individuo le corresponde.

Si analizamos, la teoría de la equivalencia económica expuesta por Rivero Ortega, sabemos en toda contratación estatal debe existir equidad en la compensación del contratista. Por otra parte, en la teoría del enriquecimiento sin justa causa, puede suponer un principio contrario a precios claramente inequitativos, pues el Estado no puede beneficiarse en todo o en parte de un tercero, es decir, no puede pagar un valor inferior al justo, y excusarse en el cumplimiento de la obligación por haber efectuado cualquier pago.

Notablemente el autor Ricardo Rivero, hace un aporte a la concepción del precio en la contratación estatal, indicando en su ensayo que:

“...la cifra final del precio de los contratos administrativos debe ser previsible y venir marcada por el procedimiento selectivo, que debe garantizar su adecuación al mercado y su carácter equitativo. Es así como la realización de los principios de determinación, adecuación al mercado y equidad, revisten gran importancia en la fijación del precio, especialmente cuando hay competencia en la licitación y ésta afecta el precio final del contrato, así mismo, la licitación o procedimiento de selección se convierte en garantía del cumplimiento de los principios básicos del precio, tales como; los principios de publicidad, concurrencia, transparencia e igualdad, que vienen a ser aportes instrumentales de la búsqueda del mejor precio posible”.<sup>68</sup>

A la conclusión que lleva el análisis del precio de mercado o precio justo, es que en la contratación estatal debe procurarse reducir el margen de libre albedrío o discrecional, con la finalidad de garantizar el concurso público de ofertas que permita a la administración pública seleccionar al mejor costo y beneficio.

Como resulta claro, luego de lo expuesto, al insertar el Procurador General del Estado esta figura del precio justo, lo que permite es que se apliquen los mismos criterios que llevan a la suscripción de un contrato administrativo, pues como celador de la seguridad jurídica, lo que pretende es que pese a no estar configurado el contrato, se legitime la obligación de pago, asegurando que no existe sobre precio o un beneficio indebido o una acción colusoria.

#### **2.3.4. Soporte presupuestario**

La Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, así como el actual Código de Planificación y Finanzas Públicas, establecen como requisito indispensable, para contraer compromisos y obligaciones, la emisión de la correspondiente partida asignación o certificación presupuestaria, es decir, que exista la constancia documental que existen los recursos suficientes para poder honrar la obligación pecuniaria en determinado ejercicio fiscal.

Este criterio insertado por el Procurador General del Estado, no es materia de mayor análisis, toda vez que resulta evidente que la administración pública debe poseer los recursos que compromete o se obliga a cancelar. En el caso del convenio de pago, esta exigencia nace de manera particular, pues el gasto no es planificado, razón por la

---

<sup>68</sup> Ricardo Rivera, “*La Contratación Pública*”. Tomo II, Primera edición, (Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2006), 893-908.

cual la certificación presupuestaria se genera con el único fin de liquidar obligaciones convencionales adquiridas sin instrumento previo.

Para el italiano Luigi Einaudi<sup>69</sup>, la hacienda ordinaria que mantienen los Estados descansa sobre la hipótesis de que los gastos públicos son una cantidad relativamente constante, lo que conocemos como gasto ordinario. Sin embargo, a menudo sucede que los gastos públicos crecen de manera momentánea en medida extraordinaria, porque las necesidades públicas así lo demanda, lo que podría denominar como gasto de inversión.

Es en este sentido el Estado, no puede prever con certeza, cuáles van a ser las exigencias que demande la ciudadanía o el surgimiento de un fenómeno de urgencia y emergencia a satisfacer, a lo que pretendo llegar con este enunciado es que por un lado debe planificarse el gasto, la dinámica social y las obligaciones a enfrentar por parte de la administración pública, son en muchos casos imprevisibles, motivo por el cual, preparar una asignación de recurso por obligaciones ya ejecutadas, es factible, legal y viable.

Empero de lo expuesto, en los dictámenes analizados, existe de manera repetitiva un texto que aclara el nivel de responsabilidad al generar un convenio de pago, siendo que la Procuraduría General del Estado, otorga la carga de responsabilidad a la administración consultante. Es así que opera analizar cuál es el grado de responsabilidad para el servidor público por la necesidad de suscribir un convenio de pago.

#### **2.4. Responsabilidad de los funcionarios públicos en el nacimiento de un convenio de pago**

En el análisis de este apartado, nos concentraremos en analizar la responsabilidad del funcionario público que por su acción u omisión incumple los deberes u obligaciones a los que se encuentra llamado; pues resulta extenso y no propio de nuestro tópico el detenernos a revisar la responsabilidad del Estado en su total dimensión, sin embargo, se abordará esta temática en su sentido más amplio y general.

---

<sup>69</sup> Luigi Einaudi, “*La hacienda pública*”, Sexta edición, (Madrid: Editorial Aguilar, 1962), 287.

El término responsabilidad, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua<sup>70</sup>, es la capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente. En este sentido, todo funcionario público, al momento de ejercer la titularidad de una competencia, atribución, obligación o potestad estatal, le son atribuibles las consecuencias que emanen de tales acciones.

Es necesario hacer un breve ejercicio de separación entre dos términos que frecuentemente son confundidos y objeto de mal uso, estos son, la obligación y la responsabilidad; conviene por lo tanto, hacer una precisión conceptual para separar y diferenciar el significado de cada uno, en razón de su distinta connotación jurídica.

Tal como lo reconoce el ordenamiento civil, la obligación constituye el deber a cumplirse, en tanto que la responsabilidad, para efectos del presente análisis, es la desviación ocasionada por la acción u omisión en la que incurren los ciudadanos al ocupar un cargo en una entidad pública determinada, sea que se encuentren en su desempeño o hayan cesado en sus funciones.

Esta determinación de responsabilidades hacia los funcionarios públicos por el ejercicio de sus actividades burocráticas, le corresponde ejercer a la Contraloría General del Estado, ente de la administración pública cuyo objeto es la dirección del sistema de control, fiscalización y auditoría del Estado, y regular su funcionamiento con la finalidad de examinar, verificar y evaluar el cumplimiento de la visión, misión y objetivos de las instituciones del Estado y la utilización de recursos, administración y custodia de bienes públicos<sup>71</sup>.

La responsabilidad se origina en las acciones u omisiones que ejecuta el funcionario público. La acción es la actividad positiva realizada por tal funcionario. Se puede identificar a uno o más sujetos de responsabilidad por acción, cuando se determina que un hecho o acto administrativo es imputable por la Ley o por las circunstancias que rodean al mismo. De la misma manera, la omisión consiste en dejar de hacer algo que el funcionario público está obligado por la Ley, la distribución de

---

<sup>70</sup> Real Academia de la Lengua Española, “Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española”, <<http://dle.rae.es/?id=WCqQQIf>>. Consulta de 11 de enero del 2017.

<sup>71</sup> Ecuador, “*Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*”, Registro Oficial Suplemento N° 595 (Quito, 12 de junio del 2002), art. 1. En adelante LOCGE.

funciones, las estipulaciones contractuales o cometidos asignados de manera expresa o estatutaria.

Ahora bien, la omisión puede ser intencional cuando existe el designio de obtener un resultado dañoso; y, culposa cuando la omisión es equiparable con la culpa leve a la que se refiere el Código Civil, es decir, consiste en la falta de diligencia y cuidado que los hombres emplean en sus negocios propios.

A juicio de Ramón Parada<sup>72</sup>, la responsabilidad de los funcionarios públicos es un tema de capital sometimiento de la administración a la legalidad para garantizar una protección efectiva del administrado contra el abuso administrativo o también es un mecanismo para recomponer el orden quebrantado por una conducta antijurídica.

En nuestro ordenamiento jurídico, la determinación de responsabilidad busca en esencia, orientar y restablecer el orden resarciendo el perjuicio. Dicho propósito, conlleva al cumplimiento de los siguientes objetivos: 1.- La sanción de la conducta antijurídica, como aplicación de la justicia conmutativa, cuyo precepto es, a tal falta corresponde tal sanción. 2.- La disuasión y prevención, dirigidas a los potenciales o eventuales infractores, objetivo que cumple un mayor efecto que la sanción, pues al disuadir, se reprime la conducta antijurídica. 3.- La indemnización o reparación económica por los daños y perjuicios ocasionados al erario nacional. La pérdida o falta de conservación de los recursos en una entidad, obliga a la restitución inmediata de los mismos a su estado normal. Ciertos daños y perjuicios, por ser irreparables, tienen que solucionarse económicamente, al no haber otro mecanismo de reparación. 4.- La corrección, tanto de la desviación administrativa como de las personas que incurren en la misma. Pues resulta estéril sancionar cuando la conducta no se reorienta hacia la legalidad<sup>73</sup>.

Acorde como lo expuesto en el párrafo anterior, en palabras de Julio Altamira Gigena<sup>74</sup>, “aunque esté declarado el incumplimiento objetivo del deber profesional,

---

<sup>72</sup> Ramón Parada, “*Derecho Administrativo*”, Tomo I, segunda edición, (Madrid: Open Ediciones Universitarias S.L., 2014), 643.

<sup>73</sup> Contraloría General del Estado, “*Manual General de Auditoría Gubernamental*”, <<https://www.contraloria.gob.ec/documentos/normatividad/MGAG-Cap-VIII.pdf>>. Consulta de 12 de enero del 2017.

<sup>74</sup> Julio Altamira Gigena, “*Responsabilidad del Estado*”, (Buenos Aires: Editorial Astrea, 1974), 60.

habrá obligación de indemnizar si ha sido originado por falta subjetiva del funcionario, ya sea por mala fe o negligencia”.

En el mismo tópico, la opinión vertida por Agustín Gordillo, aclara el nivel subjetivo y objetivo de la responsabilidad, pues debe tomarse en consideración el momento en el que surge la responsabilidad de funcionario público, y lo describe así:

“debe tenerse en cuenta que esta responsabilidad se establece para el funcionario solamente en cuanto actúa como órgano del Estado, es decir, “en el ejercicio de sus funciones;” para determinar cuándo ha actuado en el ejercicio de sus funciones no basta una mera relación de tiempo y lugar, y hay dos posibles criterios a seguir para establecerlo: a) Un criterio subjetivo, de acuerdo con el cual habría que analizar la voluntad o la intención del agente, a fin de averiguar si éste actuó con motivo de la función, o con la finalidad de cumplir la función, y b) un criterio objetivo, según el cual lo que hay que analizar es la reconocibilidad externa, la apariencia, los caracteres con que se presenta objetivamente el acto o hecho”.

Corresponde, en base a nuestra legislación revisar la clasificación de las responsabilidades, pues las mismas pueden ser diferenciadas tanto por sus sujetos como por su objeto. Por sus sujetos, la responsabilidad se divide en: a) responsabilidad principal, entendida la misma aquella en la que el sujeto de la misma está obligado, en primer término, a dar, hacer o no hacer una cosa; y, subsidiaria, donde al responsable subsidiario solamente se le exigirá el cumplimiento de la obligación en el caso de que no lo haga el responsable principal, pudiendo, cuando haya pagado por él, requerir su restitución al obligado principal, por la vía ejecutiva; y, b) responsabilidad directa y solidaria. La responsabilidad individual o directa, se refiere a aquella que recae inmediatamente o en primer término sobre la persona que, por razones de su cargo, incumple determinada obligación; y, la responsabilidad es solidaria cuando son varias las personas que han actuado en determinada toma de decisión que ha producido un perjuicio o irregularidad.<sup>75</sup>

Por otra parte, el nivel de responsabilidad se puede clasificar por el objeto, es decir, en responsabilidad administrativa, civil y penal. Éstas reflejan el funcionamiento irregular, antijurídico, perjudicial o doloso de los entes de la administración pública.

---

<sup>75</sup> Ecuador, “*Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*”, Registro Oficial Suplemento N° 595 (Quito, 12 de junio del 2002), arts. 42, 43 y 44. En adelante LOCGE.

La responsabilidad administrativa, es aquella en la que incurre el funcionario público cuando incumple sus obligaciones administrativas y esta infracción se encuentra, a su vez, tipificada como sancionable.

En la legislación española se la conoce como responsabilidad disciplinaria, es así que Ramón Parada<sup>76</sup> se refiere a ésta como aquella que se desarrolla en el interior de la relación de servicio y en garantía del cumplimiento de los deberes y obligaciones del servidor público, con sanciones que inciden sobre sus derechos.

En este sentido, la sanción administrativa se justifica en la especial relación de poder en la que se encuentra sometido de manera voluntaria el funcionario público, no tiene un alcance represivo mayor que el que privación de los derechos de la relación de servicios o la imposición de una multa progresiva y regulada por criterio de proporcionalidad, siendo por ello la sanción máxima, la pérdida de la condición de servidor estatal bajo la figura de la destitución.

Para la legislación ecuatoriana, la graduación de las sanciones administrativas guarda los siguientes parámetros de revisión: 1.- La gravedad de la violación de la norma, y la importancia del interés protegido por ella; 2.- El volumen e importancia de los recursos comprometidos en el hecho materia de la responsabilidad; 3.- El desorden o desviación administrativa que haya producido el hecho; 4.- La circunstancia de haber realizado el hecho por primera vez, o en forma reiterada; 5.-La jerarquía del funcionario implicado; y, 6.- Otros elementos de juicio que, a criterio de la autoridad competente, deban tomarse en cuenta en cada caso<sup>77</sup>.

El autor Jairo Ramos Acevedo<sup>78</sup>, desde el derecho colombiano, justifica a la sanción disciplinaria como el mecanismo a través del cual la administración pública procura que lo servidores públicos cumplan los objetivos trazados, asimismo tienen la obligación los agentes públicos de salvaguardar la moralidad pública, la transparencia, la objetividad, la legalidad, la honradez, la lealtad, neutralidad, economía en el desempeño

---

<sup>76</sup> Ramón Parada, *“Derecho Administrativo”*, Tomo I, segunda edición, (Madrid: Open Ediciones Universitarias S.L., 2014), 650.

<sup>77</sup> Contraloría General del Estado, *“Manual General de Auditoría Gubernamental”*, <<https://www.contraloria.gob.ec/documentos/normatividad/MGAG-Cap-VIII.pdf>>. Consulta de 16 de enero del 2017.

<sup>78</sup> Jairo Ramos Acevedo, *“Cátedra de Derecho Administrativo”*, Primera edición, (Medellín: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003), 818.

de su empleo para lo cual estará sometido al régimen disciplinario que corresponda por la trasgresión de sus funciones.

Refiriéndonos a la responsabilidad civil, tenemos que se califica como tal a aquella que se funda en el perjuicio económico causado a la entidad u organismo estatal, por la acción u omisión de los servidores públicos o de terceros, previo estudio del movimiento financiero o del proceso de contratación y la ejecución de estudios o proyectos de obras públicas.

Ésta responsabilidad, también conocida como responsabilidad patrimonial, supone que el funcionario público, al ejercer una potestad estatal, es responsable con el eventual perjuicio económico que le puede acarrear al Estado, es decir, esta responsabilidad nace cuando existe un derecho susceptible de reparación. Por ende, se requiere como elemento axiológico la exigencia al funcionario público de un obrar diligente y racional, no únicamente respecto a terceros sino también frente al Estado mismo, por estar representados los intereses de toda la colectividad. Este ejercicio contribuye a revalorizar la función pública, la cual, protagonista de cambios y adaptaciones, debe ejercerse siempre en el marco del principio de legalidad objetiva.

Es importante considerar que la responsabilidad civil, fiscal o patrimonial es totalmente separable o escindible de la potestad administrativa disciplinaria, protegen distintos bienes jurídicos, sin embargo pueden tener el mismo hecho generador, es decir, la aplicación de una no implica necesariamente la aplicación de la otra, ya que pueden concurrir con total independencia, pudiendo inclusive concurrir ambas de manera simultánea ante la misma infracción, pues la acción u omisión que da origen a la responsabilidad a más de ser una falta al ordenamiento jurídico, esta falta puede generar un perjuicio al Estado, mismo que debe ser resarcido por el funcionario público hasta por culpa leve.

Es importante que para poder calificar a una conducta administrativa como susceptible de responsabilidad civil o patrimonial, la concurrencia de varios elementos, pues de ellos se configurará el nivel de responsabilidad y la imputación de la misma. Es así que en el aspecto económico se consideran los siguientes: 1.- El daño emergente del hecho, acto u omisión sujetos a examen, esto es, el monto del perjuicio, cuando éste se manifiesta en forma obvia, clara y cuantificable; 2.- El lucro cesante, cuando éste

realmente pueda existir y no constituya una mera especulación, de acuerdo con la naturaleza de la entidad y la posibilidad de cuantificación, pues es la privación de la ganancia que el acreedor habría obtenido si la obligación se hubiera constituido de manera perfecta; 3.- Computación de intereses al máximo tipo de interés convencional, de conformidad con las disposiciones legales pertinentes<sup>79</sup>.

De los elementos descritos, sin lugar a dudas, el primordial es el daño emergente, por cuanto supone una pérdida efectiva, real y manifiesta en el patrimonio del acreedor. De ello deviene que en ninguna indemnización de daños y perjuicios puede abstraerse, pues constituye en esencia una pérdida real, manifiesta y efectiva, fácil de probarla y establecerla. No acontece lo mismo al referirnos al lucro cesante, que es algo hipotético y se halla en el campo de las suposiciones; de ahí la gran dificultad para establecerlo en la práctica.

En la legislación ecuatoriana de la responsabilidad civil se desprenden dos tipos de consecuencias jurídicas, la primera denominada glosa, que no es sino la observación que formula el órgano de control, en contra de un servidor público, tercero involucrado o beneficiario, cuando se ha detectado un hecho que cause perjuicio económico y disminuya los recursos de la entidad u organismo, debido al incumplimiento de sus obligaciones y de procedimientos previstos en la ley, a efecto de que justifique suficientemente tal imputación; y, la segunda consecuencia denominada orden de reintegro, que es el requerimiento de pago inmediato que realiza el órgano de control por un desembolso indebido de recursos financieros, efectuados sin fundamento legal ni contractual, y por error<sup>80</sup>.

Finalmente para que la imputación de responsabilidad pueda ser efectiva, ésta debe cumplir con un daño cierto, imputación jurídica del daño; y, relación de causalidad entre los hechos generados y la sanción debidamente tipificada.

El daño, debe ser cierto, es decir, real, efectivo, de forma tal que de no existir acción u omisión del funcionario público, el erario nacional no hubiere sido afectado. La denominación común del daño en este tipo de responsabilidad es la de perjuicio fiscal.

---

<sup>79</sup>Contraloría General del Estado, “Manual General de Auditoría Gubernamental”, <<https://www.contraloria.gob.ec/documentos/normatividad/MGAG-Cap-VIII.pdf>>. Consulta de 16 de enero del 2017.

<sup>80</sup> Ecuador, “Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado”, Registro Oficial Suplemento N° 595 (Quito, 12 de junio del 2002), art. 53. En adelante LOCGE.

Imputación jurídica del daño, la imputación es un fenómeno jurídico consistente en la atribución a un sujeto determinado del deber de reparar un daño, en base a la relación existente entre aquél y éste, la “imputación de responsabilidad, en cuanto fenómeno jurídico, se produce automáticamente una vez que se prueba la relación de causalidad existente entre la actividad del sujeto productor del daño y el perjuicio producido”<sup>81</sup>.

El nexo causal es el elemento que vincula el daño directamente con el hecho e indirectamente con el factor de imputabilidad subjetiva o de atribución objetiva del daño. La existencia de una relación de causalidad entre el hecho y el daño es una condición indispensable para atribuir el deber de resarcir ese daño o responsabilidad a quien lo generó. La aplicación de la teoría de la causalidad adecuada, para calificar que un hecho es la causa de un determinado evento dañoso, es preciso efectuar un juicio de probabilidad o previsibilidad, y preguntarse si el comportamiento del presunto agente era por sí mismo apto según la experiencia común para desencadenar el perjuicio. Sólo deben valorarse aquellas condiciones que según el curso normal y ordinario de las cosas han sido idóneas para producir per se el daño<sup>82</sup>.

Como lo hemos mencionado, el control de gasto público y por ende la auditoría de los recursos estatales, es ejercido privativamente por la Contraloría General del Estado, ente que vela por la gestión fiscal de Estado e incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales.<sup>83</sup>

La responsabilidad fiscal, se la ejerce a través del control de forma posterior y selectiva conforme los procedimientos, sistemas y principios que establece tanto el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, como la Ley Orgánica de la Contraloría y normativa conexas. Dicho análisis tiende a evaluar la ejecución presupuestaria y el nivel de gasto que ha comprometido el Estado y si tal gasto se

---

<sup>81</sup> García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, “*Curso de Derecho Administrativo*”, Tomo I, Duodécima Edición, (Madrid: Civitas Ediciones, 2011), 383.

<sup>82</sup> Pablo Perrino, “*La responsabilidad del estado por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia*”, <<http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2013/10/Perrino-La-responsabilidad-del-estado-por-la-omision-del-ejercicio-de-sus-funciones-de-vigilancia.pdf>>. Consulta de 17 de enero del 2017.

<sup>83</sup> Jairo Ramos Acevedo, “*Cátedra de Derecho Administrativo*”, Primera edición, (Medellín: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003), 818.

ejecutó efectivamente para aquello que se planificó, es decir, la gestión fiscal comprende un grupo de operaciones, administrativas, financieras, de explotación y disposición de recursos públicos que integran el patrimonio del Estado.

Es bajo esta óptica que a la administración pública le corresponde el deber de responsabilizarse de que la gestión de los fondos públicos se conjugue con la aplicación de los principios básicos de estabilidad presupuestaria como son los de eficiencia, eficacia y economía, junto con el de legalidad, empleando para ello instrumentos adecuados para la gestión y sometándose al control de la sociedad para obtener su legitimación.<sup>84</sup>

Ahora bien, la responsabilidad fiscal no es antagonista o contraria a lo que en nuestra legislación conocemos como responsabilidad civil, pues su origen se sustenta en el mismo principio y concepción del patrimonio público. Su especificidad, se ha desarrollado notablemente en la doctrina colombiana y española como un nivel de auditoría de control de gasto público, es decir, una veeduría técnica que las finalidades u objetivos últimos e intermedios a los que van a ser dirigidos los recursos públicos, los medios disponibles y diferentes alternativas para la obtención de resultados idóneos, razonables y oportunos.

Se trata de saber con precisión para qué se gasta, de cuántos recursos disponibles cuenta el Estado, cómo se podría ejecutar el gasto, en qué medida se aleja lo previsto y lo deseable de lo realizado, es decir, la planificación versus el resultado final, pues resulta conocido que no siempre se ejecuta lo que se presupuestó, debido a causas internas y externas denominadas imprevistos, casos fortuitos o fuerza mayor. Situaciones que pueden incidir directamente en el patrimonio público.

Por su parte, si bien el régimen de responsabilidad fiscal desde la visión colombiana, no establece de forma expresa qué conductas se consideran como lesivas al erario público, quedando su actividad auditora, en el análisis singularizado de defraudaciones al erario nacional. Situación similar acontece en el Ecuador, pues desde la óptica de la responsabilidad civil, la afectación al erario nacional, se puede determinar únicamente cuando existe perjuicio o afectación al patrimonio público, es por ello que las responsabilidades de los servidores público son separables y a su vez confluyentes,

---

<sup>84</sup> María Contín Trillo-Figueroa, *“La gestión de los fondos públicos: control y responsabilidades”*, primera edición, (Navarra: Thomson Reuters Limited, 2013), 547.

pues no toda responsabilidad por inobservancia u omisión de norma deviene en una afectación patrimonial al Estado.

Para ejemplificar lo expuesto es importante traer a colación el denominado convenio de pago, mismo que podría ser catalogado como un transgresión al procedimiento de contratación pública y por ende susceptible de responsabilidad administrativa, sin embargo, la prestación de servicios, provisión de bienes o ejecución de obra pública, sin instrumento contractual formal, no siempre es causa para la generación de una responsabilidad civil, pues justificado y valorado el gasto, estas obras, bienes y servicios, entran de manera legítima al patrimonio público y por ende el Estado no ha sido violentado en su tesoro.

Al revisar los estudios de los autores colombianos, Eugenia Correa Gómez; y, Héctor Pinzón Maldonado<sup>85</sup>, se puede evidenciar que en la legislación colombiana, los asuntos que son susceptibles de responsabilidad fiscal son: 1.- los procesos contractuales generadores de sobrecostos y favorecimientos ilegales que lesionan los intereses patrimoniales del Estado; 2.- El pago de multas e intereses moratorios ocasionados por demoras injustificadas en la cancelación o pago de compromisos; y, 3.- el no aseguramiento de bienes al omitirse el deber de constituir pólizas de garantía de bienes o actividades, cuando así lo exija la ley, en caso de ocurrencia de un siniestro.

De la misma manera, los precitados autores analizan como actitudes y hechos de responsabilidad fiscal a los siguientes: 4.- la falta de controles, inadecuado soporte lógico y falta de confiabilidad y oportunidad en los sistemas de cómputo; 5.- la violación a las normas sobre austeridad del gasto como la adquisición de bienes suntuosos o innecesarios; y, 6.- Contraer obligaciones a nombre de las entidades públicas no autorizadas en el presupuesto de las mismas o autorizar el giro para su pago. Igualmente, contabilizar obligaciones contra expresa prohibición o emitir giros para el pago de las mismas; 7.- Contratación injustificada de personal o servidores públicos; y, 8.- Comprar o vender títulos valores a una tasa superior o inferior, según el caso, al registrado en el mercado financiero a la fecha de la operación, o dar lugar a su pérdida, lesionando con ello el patrimonio público.

---

<sup>85</sup> Eugenia Correa Gómez; y, Héctor Pinzón Maldonado, “La responsabilidad fiscal en Colombia”, (2012, enero 16). Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4279027.pdf>

En definitiva, tanto la responsabilidad civil como la fiscal, comportan el nivel de auditoría que genera el Estado para el control eficaz de los recursos públicos, no únicamente desde la justificación del gasto, sino todo lo que conlleva a la presupuestación, esto es, la planificación, disposición y ejecución del gasto público, pues no solo refleja en qué gasta la administración pública, sino en cómo gasta el erario nacional.

La responsabilidad penal se constituye en la más grave desde la óptica doctrinaria y normativa, pues su nivel de afectación repercute directamente sobre la persona, en sus derechos a la libertad y buen nombre, al contrario de los demás tipos de responsabilidad que perjudican la esfera económica o patrimonial. Sin embargo el establecimiento de la responsabilidad penal en contra de un funcionario público, no excluye la determinación de las correspondientes responsabilidades administrativas o civiles que hubiere lugar.

En nuestra normativa nacional, la responsabilidad penal se configura cuando luego de la acción de control ejecutada por la auditoría gubernamental, se observa serios indicios de haberse cometido un hecho tipificado como delito. En la esfera pública, los delitos más comunes son el peculado, la concusión, enriquecimiento ilícito, cohecho falsificación y adulteración de documentos, apropiación de recursos financieros que se encontraban bajo responsabilidad del custodio, utilización dolosa de dineros públicos, y, abuso de fondos y bienes públicos o efectos que lo representen.

El órgano de control, al analizar los hechos que devienen de la acción de control podrá determinar los indicios de responsabilidad penal, mismos que no son otra cosa que el fundamento a través del cual se verifica el dolo, concebido como la intensión o deseo de inferir daño u obtener ventajas ilícitas para sí o para otro, originando de esta manera un delito.

Ahondando en la naturaleza de la responsabilidad penal, es oportuno destacar que toda persona responsable de un delito lo es también civilmente de los perjuicios o daños que se deriven con la consiguiente obligación de restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización de los perjuicios. Es por este motivo que tanto en la legislación española como en la ecuatoriana, se utiliza el termino de reparación integral, pues del quebrantamiento de la norma y la imputación penal, devienen necesariamente

los daños y perjuicios a los que el Estado tiene legítimo derecho, en razón de que al delinquir se afecta al erario nacional y por ende éste debe ser restituido a su estado normal y reglado.

Como se ha mencionado, en el artículo 121 del Código Penal español<sup>86</sup>, las administraciones públicas responden subsidiariamente de los delitos dolosos o culposos causados por autoridades, agentes, contratados y funcionarios de cada Administración en el ejercicio de sus cargos o funciones, siempre que la lesión causada sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieran confiados.

Según el “Manual General de Auditoría Gubernamental”, editado por la Contraloría General del Estado, la responsabilidad penal, debe constituirse en los elementos que conforman el delito, esto es: 1.- la tipicidad, es decir que la infracción cometida esté al tiempo constituida en el ordenamiento jurídico como conducta sancionable; 2.- La antijuridicidad, significa que la acción ejecutada por el servidor público es contraria a las normas legales que mandan, prohíben o permiten hacer algo, no pudiendo aducir la ignorancia o desconocimiento de las mismas; 3.- La imputabilidad, es necesario que al enfrentar un informe de indicio de responsabilidad penal, la conducta sancionable sea posible de atribuirle en contra de alguien, pues se requiere la titularidad de la infracción; y, 4.- El dolo, esto es la intención positiva de causar daño cuando el actor ha violado la ley consciente y voluntariamente, este criterio es, a nuestro juicio, el más difícil de probar, pues no siempre el servidor público aborda una actividad aparentemente tipificada como ilícita, de manera consiente o con el ánimo comprobado de afectar a un tercero.<sup>87</sup>

El informe de indicios de responsabilidad penal, es un documento indispensable para el inicio de la actividad fiscal investigativa, pues la Fiscalía General del Estado, no puede iniciar investigaciones, respecto al cometimiento de un ilícito por parte de un funcionario público, por razones de prejudicialidad administrativa.

En los apartados que anteceden, se ha clarificado el nivel de responsabilidad al que está sujeto un funcionario público en ejercicio de sus actividades como agente

---

<sup>86</sup> España, “Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal”, Boletín Oficial del Estado N° 281, (Madrid, 24 de noviembre de 1995), art. 121.

<sup>87</sup> Contraloría General del Estado, “Manual General de Auditoría Gubernamental”, <<https://www.contraloria.gob.ec/documentos/normatividad/MGAG-Cap-VIII.pdf>>. Consulta de 16 de enero del 2017.

estatal, toda vez que la responsabilidad administrativa, civil o penal, son posibles consecuencias de una actividad administrativa indebida, incompleta, imperfecta, negligente e inclusive, ilegal.

Cuando revisamos el texto normativo inserto en el artículo 178 del Código de Planificación y Finanzas Públicas, esto es:

“Ninguna entidad u organismo público podrán contraer compromisos, celebrar contratos ni autorizar o contraer obligaciones, sin que conste la respectiva certificación presupuestaria. Los funcionarios responsables que hubieren contraído compromisos, celebrado contratos o autorizado o contraído obligaciones sin que conste la respectiva certificación presupuestaria serán destituidos del puesto y serán responsables personal y pecuniariamente.”

Lo transcrito significa que la norma prevé para quien genera obligaciones hacia el Estado sin el respectivo certificado presupuestario, una responsabilidad, al menos administrativa, pues como hemos revisado, la sanción de destitución es el acto gravamen administrativo más riguroso que se emite por incumplimiento normativo.

Esta norma podría llegar a sancionar al funcionario público por cuya gestión se hubiere generado una obligación no contractual del Estado, en favor de un tercero. Sin embargo hay que entender que, cuando analizamos la naturaleza jurídica del Código de Planificación y Finanzas Públicas, así como su antecesor, la norma propende que el gasto público sea planificado, es decir, que los recursos estén comprometidos antes de la ejecución de la obra pública, la prestación del servicio o la entrega de bienes, con la finalidad de garantizar los recursos estatales suficientes para cubrir tales compromisos.

Ahora bien, en el caso del convenio de pago que fundado en las razones de urgencia, emergencia, eficiencia y oportunidad, y no en flagrante evasión de procedimientos de contratación pública, genera obligaciones que eluden la función planificadora, para garantizar un derecho superior y colectivo, es decir, la satisfacción de necesidades, pues creer lo contrario supondría que el convenio de pago es una herramienta para el ejercicio de la arbitrariedad. Siendo que su aplicación se restringe a excepciones debidamente calificadas.

Cuando se genera un convenio de pago, se requiere la certificación presupuestaria que demuestre la solvencia de recursos para cubrir la deuda, lo que significaría que no existe un perjuicio económico hacia el Estado y por ende no existiría

conducta delictual tipificada alguna, lo que evade la esfera de responsabilidad penal y al verificar el precio de la cosa, bajo la óptica del precio justo, no habría lugar a la glosa u orden de reintegro. Finalmente, al honrar el artículo 117 del Código de Planificación y Finanza Pública, esto es, generar compromiso presupuestario previo, el cumplimiento de la obligación de pago, se perfecciona con recursos suficientes y solventes.

La responsabilidad administrativa es la más común que se genera al suscribir un convenio de pago, toda vez que la misma se funda en un aparente incumplimiento normativo, pues al entender el órgano de control, el agente público habría obviado normas de contratación pública. Ante esto, como reflexión final debo anotar que la norma obviada o evadida es procedimental, es decir, aquella que le permite al Estado garantizar que las adquisiciones públicas se generen bajo criterio de mejor precio, entendido como, la oferta que ofrezca a la entidad las mejores condiciones presentes y futuras en los aspectos técnicos, financieros y legales, sin que el precio más bajo sea el único parámetro de selección.

Lo expuesto supone que cuando se aplica un convenio de pago, bajo la premisa de emergencia, urgencia, oportunidad y conveniencia demostrada, debe respetarse los parámetros que inspiran la contratación pública. Situación que tornaría al convenio en una herramienta lícita, factible y viable para el cumplimiento y liquidación de obligaciones.

### **Capítulo III**

#### **Efectos de la inclusión de la figura del cuasicontrato administrativo en la legislación ecuatoriana**

Analizados en capítulos precedentes, los aspectos que comportan el observar que la figura ecuatoriana conocida como convenio de pago, en la doctrina y legislación comparada se conoce como cuasicontrato administrativo. Así se procederá en estudiar sobre los efectos jurídicos y la pertinencia legal de incluir al cuasicontrato administrativo como una figura válida e idónea para el cumplimiento de obligaciones, siempre desde el principio de legalidad objetiva, bajo un régimen de control y excepcionalidad, o si al contrario, es una figura que permite rebasar el límite de la discrecionalidad para ser una herramienta arbitraria, que coloca a la administración pública bajo la órbita del desgobierno.

##### **3.1. Mecanismos de control en el nacimiento del cuasicontrato administrativo**

Todo acto que ejecute la administración pública está sujeto al control y auditoría por parte de la Contraloría General del Estado, así como de los Tribunales de los Contencioso Administrativo, en su esfera competencial, sin embargo, el objeto de este subtema, es resaltar las herramientas de control que posee la administración pública para reducir el margen de discrecionalidad, evidente en el cuasicontrato administrativo, pues así resultare una figura perfectamente legal, ésta no puede atribuirse como regla general, como el instrumento de derecho público idóneo para la contratación pública.

El control que el Estado ejerce a la actividad discrecional de la administración pública es el un mecanismo apropiado para delimitar el margen o resquicio normativo donde el cuasicontrato administrativo se nutre de legitimidad, pues la actividad discrecional no se aparta nunca del principio de legalidad objetiva, y por el contrario busca en la denominada juridicidad orientadora, mecanismo propio de legalidad, la unicidad, coherencia y plenitud del bloque de derecho.

Esta denominada juridicidad pone en marcha la relación dialéctica entre la autoridad y la libertad, donde se enfrentan el ejercicio de la potestad pública con el círculo de intereses administrativos en todas las áreas en donde existen restricciones o límites.<sup>88</sup> Es en este contexto que la discrecionalidad orientadora, se apega más a las reglas de contenido que de manera detallada establecen el comportamiento de la administración pública.

Como lo hemos referido anteriormente, la discrecionalidad queda delimitada dentro de la juridicidad orientadora de donde surge en forma expresa o implícita. Es decir que su desarrollo no se genera fuera del derecho, tampoco deviene únicamente de la norma legal, sino que actúa en los niveles administrativos más diversos, y en mayor o menor proporción en toda la estructura jerárquica normada, es decir, no se aparta de la legalidad en ningún momento, pues no es generadora de norma, sino ponderadora de derecho. En otras palabras, el andamiaje jurídico presente en un Estado de Derecho, jamás se abstrae de la legalidad, siendo la denominada juridicidad, un conductor de la justicia basada en la interconexión normativa, la jerarquía de la norma y la ponderación de derechos.

Continuando con las orientaciones doctrinarias, en mi opinión la discrecionalidad puede definirse como un mecanismo o una modalidad del ejercicio de la legalidad objetiva que le confiere el orden jurídico de manera expresa a quien desempeña la función administrativa para que, mediante la razonabilidad, ponderación y oportunidad, seleccione una alternativa, entre varias igualmente válidas para el derecho, para la concreción práctica del interés público.

Para Julio Comadira<sup>89</sup> la discrecionalidad nace cuando una norma jurídica confiere a la administración pública, como gestora directa e inmediata del bien común, la potestad para determinar con libertad, el supuesto de hecho o antecedente normativo, así como para elegir, de manera libre, la posibilidad de actuar, o no, como de fijar, en su caso, el contenido de su accionar, todo dentro de los límites impuestos por los principios generales del derecho. De lo expuesto se puede ampliar que la actividad discrecional, no

---

<sup>88</sup> Domingo Sesín, “*Administración Pública*”, segunda edición, (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2004), 70.

<sup>89</sup> Julio Rodolfo Comadira, “*Derecho Administrativo: acto administrativo, procedimiento administrativo, otros estudios*”, segunda edición, (Buenos Aires: Lexis Nexis – Abeledo Perrot, 2003), 507.

sólo permite a la administración pública la elección de la norma jurídica a aplicar en un caso concreto, sino la posibilidad de decidir, en virtud del bien común, su accionar frente a la toma de decisiones, misma que encuentran su límite en los principios generales del derecho.

Entendida que la juridicidad no es más que un mecanismo mediante el cual se hace efectiva la vigencia del principio de legalidad objetiva, a través del desarrollo de procedimientos eficientes, ágiles, económicos y sencillos que permitan a la administración pública el cumplimiento de sus deberes en la satisfacción de las demandas colectivas. Así mismo, éste mecanismo no implica un vacío normativo producto de imperfecciones legislativas, sino que el marco normativo, en ocasiones deja espacios de libertad acordados por el derecho para el actuar oportuno y coherente de la administración, es así que resulta ilógico creer que la juridicidad, supone un libre albedrío de la administración pública.

La discrecionalidad en la que orbitan los cuasicontratos administrativos, requiere ser controlada por parte del Estado, pues de lo contrario, resultaría ser un instrumento que se motiva en la arbitrariedad, misma que es fuente de la ilicitud. Es decir, los cuasicontratos administrativos, con fuente de obligaciones tanto para el gestor como para la administración pública, no pueden apelar a la subjetividad con la que analice el funcionario público el caso concreto, sino a la objetividad con la que se califica su idoneidad, esto es, las particularidades excepcionales que permiten que el cuasicontrato, sea el instrumento eficaz para cumplir con obligaciones que satisfacen o satisficieron necesidades públicas.

El control de la discrecionalidad, y por ende el control al que está sujeto el cuasicontrato administrativo, se constituye de elementos reglados, hechos determinantes, el fin de la potestad y los principios generales del derecho<sup>90</sup>.

En todo acto de poder público existen elementos reglados, por ejemplo la competencia para ejercitar o emanar dicho acto, es decir, no existe potestad de ninguna índole sin que una norma previamente la atribuya, en tal virtud, éste es el primer elemento que controla o limita una actuación discrecional.

---

<sup>90</sup> Eduardo García de Enterría, “*Lucha contra las inmunidades en el derecho administrativo, poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos*”, (1962, Revista de administración pública N° 38). Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2112627.pdf>

Los autores Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández<sup>91</sup>, informan que los poderes administrativos no pueden ser considerados como abstractos y utilizables para cualquier finalidad, pues tales poderes funcionales son otorgados por la norma para un fin específico, razón por la cual, el apartarse de dicho fin, les resta legitimidad, es decir, sin un acto administrativo nace abstraído de competencia, deberá ser anulado.

Esta técnica de control, por entrar a considerar las verdaderas intenciones de la administración pública al ejercitar las potestades que el ordenamiento jurídico le concede, necesariamente deberá ser fiscalizada o auditada, pues debe verificarse la real ponderación de derechos, así como el uso justificado de la razonabilidad y oportunidad en aras de satisfacer una necesidad colectiva, de lo contrario recae en arbitrariedad como quiebre de la norma y por ende en responsabilidad de agente público.

Por otra parte, como control de la discrecionalidad, existen los denominados hechos determinantes, pues resulta que toda actividad discrecional se soporta en una realidad de hecho, asimismo existen mecanismos legales para controlar la actividad discrecional de la administración, pues resulta que la potestad discrecional se encuentra limitada por las normas procedimentales y por los principios inspiradores del ordenamiento, es decir, la potestad discrecional, puede y debe ejercerse válidamente en defensa del interés público, si fue otorgada por la norma, ha de llevarse a la práctica en el marco de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, garantizando que la decisión pueda ser calificada, de racional y razonable<sup>92</sup>. En definitiva, el control funciona como un supuesto de hecho y forma de cuya aplicación se trata, pues la valorización política de la realidad podrá acaso ser objeto de una facultad discrecional, pero la realidad como tal, si se ha producido el hecho o no se ha producido, esto no puede ser objeto de una facultad discrecional, pues es una realidad palpable y no sujeta a valoración subjetiva. Es decir, la discrecionalidad se sustenta siempre en norma expresa que la viabiliza y tiene límites que proscriben la arbitrariedad.

---

<sup>91</sup> Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, “*Curso de Derecho Administrativo*”, Tomo I, Duodécima Edición, (Madrid: Civitas Ediciones, 2011), 492.

<sup>92</sup> Ecuador, *Reglamento de Control de la Discrecionalidad*, Registro Oficial N° 686 (Quito, 18 de octubre del 2002), art. 2

Lo dicho trae a colación lo expuesto por García de Enterría<sup>93</sup>, quien al referirse a los hechos relevantes concluye que “el milagro no tiene cabida en el derecho administrativo, la realidad es siempre una y solo una: no puede ser y no ser al mismo tiempo o ser simultáneamente de una manera y de otra”.

Como lo mencionamos al inicio de este capítulo, el órgano jurisdiccional controla la actividad discrecional y por ende la puntualización de los hechos determinantes de la correcta y concretada actuación administrativa, pues ante la existencia de un error sobre los hechos que la motivan, invalidaría el ejercicio de la potestad.

Es en este sentido, que cuando nos referimos a los elementos que configuran un cuasicontrato administrativo, los hechos que califican jurídicamente su existencia, deben ser los correctos y probados, es decir, calificados, no bastando la simple verificación de su existencia, pues de limitarse a la sola verificación, permitiría un ejercicio arbitrario y una violación flagrante a la norma, pues no sería una decisión tomada en razón del interés público por albergar la urgencia o emergencia, sino el criterio subjetivo y oculto del agente público.

Otro elemento que controla la actividad discrecional, que opera en los cuasicontratos administrativos, es sin lugar a duda, el fin de la potestad. En nuestro criterio la motivación que encontró el legislador para otorgar a la administración pública, la facultad de obrar en razón de razonabilidad y proporcionalidad cuando las circunstancias jurídicas adviertan su necesidad calificada, es decir, la potestad no puede ser objeto de un uso irracional, pues su naturaleza jurídica deviene en otorgar a la administración pública un margen de libertad en su obrar, holgura que permite la toma de decisiones, siempre apegadas al principio de legalidad objetiva. En el caso que nos ocupa, para que un cuasicontrato administrativo, se torne en una herramienta idónea, que supere la traba procedimental en la celebración de un contrato administrativo, debe probarse de manera fehaciente su razonabilidad y oportunidad por razones de urgencia y emergencia, es decir, demostrar que era la vía expedita que permite la satisfacción de la necesidad pública.

---

<sup>93</sup> Eduardo García de Enterría, “*Lucha contra las inmunidades en el derecho administrativo, poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos*”, (1962, Revista de administración pública N° 38). Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2112627.pdf>

Continuando con el análisis de los mecanismos de control que tienen los cuasicontratos, dentro de la esfera de la discrecionalidad, compete revisar el control a través de los principios generales del Derecho, para ello es oportuno acotar que son aquellos donde se desarrolla la vida, pues son la atmósfera que se nutre del oxígeno normativo, pues no consisten en la invocación indeterminada y abstracta de la idea de justicia o de la conciencia moral, ni mucho menos de la hermenéutica del juez, sino en la expresión de una justicia material solventada técnicamente en función de los problemas jurídicos concretos y propios de la administración estatal. En este punto, le corresponde al juzgador, verificar el cumplimiento de los principios del derecho, tales como, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, buena fe, legítima confianza, igualdad, etc.; principios a los que nos hemos referido solventemente a lo largo del presente trabajo y denotan las características que deben informar a los cuasicontratos administrativos.

Es importante distinguir el concepto de legítima discrecionalidad y la ilegítima arbitrariedad, en lo que respecta a los cuasicontratos administrativos, todo ello bajo la lógica de lo racional y lo razonable. Para ello compete hacer una aproximación ideológica que permita distinguir qué es arbitrario y qué es discrecional, qué está proscrito por la norma y qué está permitido y considerado como legítimo y necesario para el bien común.

La discrecionalidad, como lo hemos informado, existe cuando se combinan ciertos límites jurídicos con un espacio de indiferencia jurídica dentro de la cual la administración estatal puede elegir libremente, entre opciones legalmente válidas, aras de ofrecer a la colectividad la atención inmediata a sus necesidades.

Por su parte la arbitrariedad existe cuando la administración pública, actúa en forma despótica o tiránica y hay abuso de poder.<sup>94</sup> Asimismo, existe arbitrariedad cuando la decisión tomada es ilógica, absurda o caprichosa; cuando el acto se dicta por pura y simple intuición, y no hay fundamento objetivo, motivado, racional, razonable y justificado que avale la decisión tomada.

El denominado principio de interdicción de la arbitrariedad, es la herramienta jurídica que permite generar un contrapeso para determinar los límites legales en los que

---

<sup>94</sup> David Blanquer, “*Derecho Administrativo*”, Vol.2, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), 1308.

orbita la discrecionalidad, pues la discrecionalidad se sustenta en dos parámetros matrices, estos son la razonabilidad y la racionalidad. De ellos podremos generar la frontera legal que permite a la administración pública la toma de decisiones a fin de que la potestad discrecional no sea arbitraria, ni sea utilizada para producir una desviación de poder sino, antes al contrario, ha de fundarse en una situación fáctica probada, valorada a través de previos informes que la norma jurídica de aplicación determine, e interpretarlos y valorarlos dentro de la racionalidad del fin que aquella persigue, tal como lo expone el citado Reglamento de Control de la Discrecionalidad.

La racionalidad y la razonabilidad son rasgos consustanciales al Derecho, pues carece de sentido lógico el hablar de irracionalidad jurídica. En este sentido, lo racional desde la perspectiva del Derecho es una presuposición fundamental de nuestra forma de vida, en este sentido es importante manifestar que si por una parte, la sociedad requiere que los ordenamientos legales y toda la arquitectura jurídica, congruentes por reunir la debida técnica y requisitos de forma y fondo, es necesario que sean también admitidas por aquellos sujetos a los que van dirigidas, para lo cual se precisa que sean concordantes con conductas verificadas y aceptadas por la sociedad en determinada temporalidad.

Por su parte la razonabilidad puede manifestarse desde distintas lógicas, ya sean normativas, descriptivas o explícitas, pues no solamente se trata de establecer lo que se debería creer, hacer o qué fines deberían tenerse con la elección de un camino jurídico u otro, es decir, el razonamiento puede distinguir cuál es el mejor medio para llegar a ese objetivo. David Blanquer concluye manifestando que lo racional se sitúa en la lógica individual, es decir, la racionalización que ejerce el ser humano en la toma de decisiones, mientras que lo razonable es una lógica colectiva, pues son las razones que comparte la sociedad y que son públicamente aceptadas como fundamentales<sup>95</sup>.

Como hemos analizado, la administración pública, en la esfera de la contratación estatal, tiene dos mecanismos legítimos para adquirir obligaciones, estos son, los contratos administrativos y los cuasicontratos administrativos, cada uno con su régimen normativo y procedimental. Sin embargo de ello, es notorio que el contrato administrativo, por sus etapas de conformación restringe a la mínima expresión la

---

<sup>95</sup> *Ibíd.*, 1308-9.

actividad discrecional, por su naturaleza licitatoria. Por su parte el cuasicontrato administrativo, recoge una dinámica más ágil en el procedimiento de contratación, pues permite celeridad por urgencia y emergencia, así como la toma de decisiones políticas inmediatas para satisfacer necesidades colectivas. Empero de ello, el cuasicontrato jamás podrá abstraerse de los principios que lo informan, como mecanismos que garantizan que la actividad discrecional no sea vulnerada por la arbitrariedad, pudiendo ser utilizado por la administración pública bajo el régimen de la excepcionalidad.

### **3.2. Régimen de excepcionalidad**

Durante el desarrollo del presente trabajo investigativo, se ha mencionado categóricamente que es el contrato administrativo el instrumento más idóneo para la contratación estatal, pues en tal instrumento y en sus actos previos se solventan e introducen todos los principios que regulan y precautelan el egreso público debidamente planificado, presupuestado y gastado. Empero de ello, existe dentro de la dinámica estatal, así como del surgimiento de obligaciones emergentes y urgentes, obligaciones que no necesariamente se pueden llegar a pactar en un contrato administrativo, es allí donde surge la figura excepcional denominada convenio de pago, misma que por su naturaleza, no puede abstraerse diametralmente de los principios que informan a la contratación estatal, y cuyo uso de resume a la extinción de obligaciones de pago perfectamente constituidas.

Para comprender la naturaleza jurídica de la excepcionalidad presente en el derecho administrativo, es oportuno entender que el Derecho Administrativo es concebido, en primer término, como un verdadero ordenamiento jurídico, es decir, como un sistema jurídico de normas, reglas y principios capaces de resolver por sí solos las inevitables lagunas, vaguedades y contradicciones que puedan producirse en el desarrollo de actividades de la administración pública. Por ello no puede ser considerado como una mera colección ocasional de normas jurídicas, y menos aún de normas sociales o morales, sino como un verdadero sistema que permite resolver el interés colectivo.

Por otra parte, el Derecho Administrativo, debe acompañar a la sociedad en su evolución, dialéctica y dinámica, pues no puede entenderse que las normas, principios y

reglas que recoge el ordenamiento jurídico público, estén apartadas de la realidad y fenómenos sociales, así como de situaciones de emergencia y urgencia, en las cuales no puede sacrificarse la atención inmediata de necesidades y los principio de conveniencia estatal, eficacia, eficiencia y celeridad, por normas que regularmente se resumen en tramitaciones y procedimientos tardíos.

El régimen de excepcionalidad en la contratación estatal, lo podemos ver reconocido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, cuerpo normativo que como regla general propugna los procedimientos de licitación pública, con concurso de oferentes nacionales y extranjeros, a fin de garantizar las mejores condiciones y precio para el Estado, sin embargo, al referirse a la contratación por emergencia, posibilita la contratación directa, es decir, sin procedimiento licitatorio previo. Asimismo se verifica la posibilidad de contratar bajo la figura de proveedor único, régimen especial con oferente estatal y contratación directa por giro específico de negocio, es decir que la norma contempla excepciones en la contratación pública, que permiten no la arbitrariedad sino un dinamismo procedimental legítimo que permita la obtención de las mejores condiciones en la contratación de obras, bienes y servicios.

Lo manifestado, permite entrever que el ordenamiento jurídico reconoce mecanismos de contratación estatal que no necesariamente nacen en un procedimiento licitatorio, siendo que su conformación se traslada hacia la potestad discrecional de la administración pública en la elección del proveedor que suscribirá el contrato administrativo, es decir, por un lado la norma permite un procedimiento excepcional para la conformación de la contratación, por otra parte no reconoce otro instrumento que no sea el contrato administrativo para el pacto, convención o acuerdo de obligaciones.

Lo que no recoge o prevé la norma de contratación pública es que si la normalidad prevista en la regulación se ve enrarecida por una situación emergente o urgente que no puede ser encuadrada en la situación prescrita en el derecho para casos comunes o previsibles, es decir, si el conflicto que se presenta no puede ser resuelto de conformidad con la norma, por la ruptura de la lógica común<sup>96</sup>, debe la administración pública generar un régimen de excepción para que su actividad sea revestida de legalidad y marginar la arbitrariedad.

---

<sup>96</sup> Roberto Dromi, *“Renegociación de contratos públicos en emergencia”*, primera edición, (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2003), 15.

En el caso que nos ocupa, existe la posibilidad de que la administración pública, requiera de terceros, la ejecución de obra pública, prestación de servicios o la provisión de bienes. Requerimiento que no necesariamente se puede ver reflejado en un contrato administrativo formal, sino en expresiones verbales y actos administrativos que no se constituyen en contrato, pero si en ordenes emitidas con la fuerza necesaria para convertirse en adquisición de obligaciones similares a las contractuales.

Justamente por existir la posibilidad latente de ejecutar obra, prestar servicios o proveer bienes para la administración pública sin contrato previo, el derecho ha constituido debidamente la figura del cuasicontrato, mismo que siendo similar al contrato administrativo, nace bajo un régimen de excepcionalidad y de manera *ex post*, es decir, una vez que las obligaciones de pago se ha perfeccionado, bajo los requerimientos expuestos en el apartado 2.3, capítulo segundo del presente trabajo, es decir, cuando las obras, bienes y servicios, están aptos para ingresar al patrimonio público.

Este régimen de excepciones debe ampararse en dos premisas, la emergencia y la urgencia, mismas que deben ser claramente definidas, pues ambas pueden responder a diversas causas económicas, físicas, políticas, naturales, etc. La emergencia por su lado resulta ser definida como aquellas situaciones de necesidad o de hecho, originadas por acontecimientos inesperados, repentinos, extraordinarios y no perennes, cuyo peligro o amenaza supera cualquier situación previsible, tales como: terremoto, inundación, erupción volcánica, entre otros; y aquellos casos vinculados con la seguridad nacional como la inminente agresión externa.

Ante la verificación de tales circunstancias, la administración pública podrá ordenar la contratación directa de obras, bienes o servicios con el único fin de superar o mitigar dichas situaciones, motivo por el cual el resto de la actividad requerida para completar el objetivo propuesto por la administración, no tendría la particularidad de emergente y debería sujetarse a los procedimientos comunes, criterio que es expuesto por el autor William López<sup>97</sup>, quien manifiesta que:

“(…) en las situaciones de emergencia, de lo único que se exonera a las Entidades Contratantes, es de los procesos de selección establecidos en la Ley, es decir,

---

<sup>97</sup> William López Arévalo, “*Tratado de Contratación Pública*”, Tomo I, (Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2010), 56.

de la fase o etapa precontractual, por tanto se deberá cumplir con la etapa de planeación o preparatoria en lo que corresponda e indefectiblemente con las etapas contractual, de ejecución y pos contractual”.

Es así que la administración pública no puede utilizar la situación de emergencia como un mecanismo arbitrario de la contratación pública, a manera de ejemplo traeremos a colación el terremoto que sufrió en Ecuador en el mes de abril del 2016, mismo que afectó a las provincias de Manabí y Esmeraldas. Fenómeno natural que afectó gravemente a la infraestructura pública y puso en situación de riesgo a la población, por colapso de estructuras. Ante esta eventualidad, la administración pública estaba franquzada y avocada a intervenir inmediatamente en la zona del epicentro, bajo procedimientos especiales de contratación por emergencia, única y exclusivamente para superar o mitigar los daños sufridos por el terremoto, quedando proscrita la utilización de la emergencia para la contratación de obras, bienes y servicios ajenos a esta particularidad.

En este caso, la intervención del Estado debe ser inmediata y no retardarse por procedimientos de contratación pública o por la suscripción de un contrato administrativo previo a la ejecución de obras. Es aquí donde el Estado puede hacer uso de la figura del convenio de pago para que una vez verificada la idoneidad de los rubros ejecutados, proceda a la extinción de obligaciones de pago y permita que las obras, bienes y servicios entren a formar parte del patrimonio público.

Al referirnos a la urgencia como otra de las excepcionalidades que permitiría la celebración de un convenio de pago, es propio meditar qué constituye urgencia para los fines de la administración pública, es así que podemos manifestar que gran parte de la contratación pública se sustenta en la calificada urgencia, pues se entiende que el Estado encarga a terceros la ejecución de obra, prisión de bienes y prestación de servicios para poder satisfacer una necesidad colectiva. Por ejemplo, el Ministerio de Salud, contrata la ejecución de infraestructura hospitalaria en la parroquia de Puellaró, cantón Quito, con la finalidad de brindar servicios hospitalarios y médicos a la población de dicha parroquia, pues se ha verificado la urgencia de dotar de tales servicios y así asistir al ciudadano en la atención médica.

Agustín Gordillo, al referirse a la urgencia administrativa, manifiesta que en la mayoría de los casos la urgencia implica la sustitución de un derecho normal por un

derecho excepcional, merece destacarse también este uso tan frecuente de dichas instituciones por lo que pudiera evidenciar en la ineficacia o crisis de las instituciones administrativas normales, pues las mismas no compartirían la dinámica de la sociedad. Criterio al que nos hemos referido constantemente a lo largo del desarrollo de la presente investigación.<sup>98</sup>

Continuando con el criterio de Gordillo, éste advierte que, en la legislación brasileña no es meramente la urgencia lo que permite prescindir de la licitación, sino el estado de necesidad pública, que se configura legalmente a través de los perjuicios que pueda ocasionar la demora, es decir, las consecuencias lesivas para el interés público por efecto de la dilación procedimental de una licitación. Asimismo comenta que en el derecho español y argentino se admite la contratación directa en las obras de reconocida urgencia, surgida como consecuencia de necesidades apremiantes que demandaran una pronta ejecución. Siendo que en la Argentina, la urgencia franquea también la contratación directa, exigiendo la costumbre administrativa que dicha urgencia sea concreta e inmediata, y esté suficientemente acreditada en el expediente, permitiendo además contratar directamente adicionales a la obra en curso de ejecución, en lo que si bien no está expresamente puntualizada la urgencia por la norma, se advierte de todos modos que es una razón de premura en el tiempo la que lleva a adoptar tal solución permisiva del contrato directo.

Para abordar la problemática desde la visión ecuatoriana, nos permitiremos singularizar en la contratación de obra pública, pues de este tipo de contratación es donde mayores dificultades se presentan para la administración pública al momento de cumplir con obligaciones de pago.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, una vez suscrito el contrato administrativo permite tres mecanismos para el incremento presupuestario, a saber, orden de trabajo o costo más porcentajes (10%); orden de cambio o incremento de cantidades (25%); y, contrato complementario para ampliar, modificar o complementar el objeto (35%). Es decir, existe la posibilidad de incrementar el presupuesto del

---

<sup>98</sup> Agustín Gordillo, *“Tratado de derecho administrativo y obras selectas”*, (Buenos Aires: Fundación Derecho Administrativo, 2004), IADA-V-1

contrato hasta en un setenta por ciento (70%), haciendo uso racional de las figuras mencionadas<sup>99</sup>.

Ahora bien, qué hacer si las necesidades públicas, superan los parámetros de ley por una planificación incompleta o variada en el tiempo, planos y diseños reacondicionados o incremento de la necesidad colectiva. Ante esta posibilidad existe una absolución de consulta de la Procuraduría General del Estado<sup>100</sup>, misma que manifiesta que si se requiere la ejecución de nuevos rubros que excedan dicho límite del 70%, ello deberá ser objeto de un procedimiento precontractual y un contrato independiente.

Es decir para la Procuraduría General de Estado en el evento de que, en la ejecución de un contrato sobrevinieren otras obras que no estuvieron considerados en el estudio inicial, y sobrepasan el límite del 35%<sup>101</sup> dispuesto por el artículo 87 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, para los contratos complementarios, las obras que se realicen deberán ser objeto de un contrato independiente, sin perjuicio de que pudieran existir eventuales responsabilidades por la falta de previsión en los estudios técnicos que sirvieron de base para la ejecución de la obra que motiva su consulta, puesto que el artículo 23 de Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dispone que antes de iniciar un procedimiento precontractual, la entidad contratante tiene la obligación de contar con los estudios y diseños completos, definitivos y actualizados, planos y cálculos, especificaciones técnicas en los que deben constar los detalles y características de la obra objeto de la futura contratación.

Este criterio, resulta bastante lógico desde una espera objetiva y tomando en consideración que para el Procurador, el Estado es un ente estático, inmune a la dinámica social y ajeno a la administración humana, pues no considera que existen mecanismos que por una parte no evaden las responsabilidades por falta de previsión en la contratación, que no sacrifican el interés público y permiten que la obra pública se entregue en el menor tiempo posible y asista a la ciudadanía.

---

<sup>99</sup> Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial Suplemento N° 395, (Quito, 4 de agosto del 2008), arts. 87, 88 y 89.

<sup>100</sup> Procuraduría General del Estado, oficio N° 07730 de 10 de mayo del 2012.

<sup>101</sup> Procuraduría General del Estado, oficio N° 17705, de 30 de noviembre del 2010.

Es así que podemos evaluar que, generar una nueva contratación cuando se ha superado los límites de ley para incrementos, no siempre es el camino más expedito e idóneo para los fines estatales, pues se deben por lo menos analizar los siguientes aspectos: 1.- el incremento inflacionario que sufre la contratación en cada cambio de ejercicio fiscal, es decir, generar una nueva contratación para cumplir con el objeto contractual, podría resultar el costos mayores a los posibles; 2.- la entrega de la obra pública se suspende en el tiempo por efecto del nuevo procedimiento de contratación pública, es decir, la obra no puede entrar al servicio de la ciudadanía hasta definir el nuevo gestor; 3.- problemática de ingeniería y logística, pues existen rubros ejecutados por el contratista inicial que podrían verse comprometidos por intervención del nuevo gestor, en definitiva, la administración pública compromete las garantías técnicas, al permitir el empate entre ambas ejecuciones. Asimismo el nuevo gesto deberá montar toda una nueva infraestructura para la intervención de rubros, misma que podría generar conflicto y mayor costo.

Lo descrito en el párrafo anterior, no es una realidad ajena a la contratación pública en el Ecuador, y por el contrario, es una realidad frecuente por ende una problemática que día a día tiene que superar la administración pública.

Ante este escenario, la costumbre administrativa ha constituido un mecanismo cuasicontractual que solventa el régimen de obligaciones generados sin instrumento previo, esto es, el convenio de pago, pues resulta lógico, oportuno e idóneo y por la urgencia, que el Estado, ante la realidad descrita, permita al contratista inicial cumplir con el objeto del contrato a cabalidad, aunque ello signifique sobrepasar el porcentaje de ley para incrementos, pues de esta manera se asegura el Estado, la estabilidad de los costos, al tomar como referencia a los precios de mercado vigentes a la celebración del contrato. De igual manera se garantiza que la responsabilidad por la integridad de la obra pública recaiga en un solo gestor, evitando con ello la excusa, disparidad de criterios de ingeniería y la arbitrariedad. Finalmente, este mecanismo similar al contrato administrativo, permite que la obra contratada entre al patrimonio público de manera más expedita, oportuna y eficaz, pues evita la paralización y suspensión de trabajos, así como la vulnerabilidad de la obra pública por efecto de quedar incompleta.

En definitiva, sea por la vía de la emergencia o de la urgencia, la administración pública puede habilitar competencias o autorizar modos de comportamiento administrativo, de manera excepcional, a fin de solventar una adquisición de obligaciones que tiendan a garantizar el interés público por un estado de necesidad, emergencia y urgencia.

Empero de lo manifestado, el comportamiento administrativo, no puede jamás abstraerse del principio de legalidad objetiva, pues no basta con enunciar la causa de emergencia o de urgencia para habilitar la conducta administrativa, sino la demostración fehaciente, oportuna y meditada que la justifique y la aparte de la arbitrariedad<sup>102</sup>.

### **3.3. El surgimiento de la teoría del convenio de pago como cuasicontrato administrativo**

La teoría del cuasicontrato administrativo ha sido argumentada en apartados anteriores, así como cada uno de los principios jurídicos que la informan y por ende generan idoneidad en su planteamiento. Asimismo, hemos comentado las tesis contrarias a la existencia de un cuasicontrato administrativo, las cuales lo catalogan como una ficción inútil que debería suprimirse del vocabulario jurídico, por no atender necesidad alguna, ser estéril en su conformación, además porque la problemática que pretende subsanar con su celebración, puede ser atendida a la luz de los principios doctrinales del derecho público, todo ello sin recurrir al despropósito de elevar al cuasicontrato a la categoría de contrato administrativo, por carecer el elemento esencial denominado consentimiento<sup>103</sup>.

Por otra parte hemos revisado las características que comporta aquel instrumento jurídico denominado en la costumbre administrativa ecuatoriana como convenio de pago. Instrumento que sin lugar a dudas es un acto convencional que extingue obligaciones pecuniarias de la administración pública hacia un gestor. Sin embargo la categoría jurídica de tal instrumento no se encuentra reconocida en el ordenamiento jurídico público del Ecuador, motivo por el cual es oportuno resumir las características

---

<sup>102</sup> Felipe Solarte, “*Contratos estatales atípicos*”, segunda edición, (Bogotá D.C.: Ediciones Nueva Jurídica, 2010), 293.

<sup>103</sup> Héctor Escola, “*Tratado Integral de los contratos administrativos*”, (Buenos Aire: Depalma, 1977), 238.

del cuasicontrato administrativo y del convenio de pago, a fin de determinar si existe en la práctica de la administración pública nacional, obligaciones que se extingue con un instrumento similar al contrato estatal.

Marcel Waline<sup>104</sup>, sostiene que el cuasicontrato se da cuando, en ausencia de un contrato administrativo, surgen una o varias obligaciones, no necesariamente encaminadas a reparar un perjuicio, que no son producto de responsabilidad o de inactividad imputable a la persona del obligado.

Lo argumentado por Marcel Waline, encaja de manera apropiada en aquellas obligaciones que se extinguen a través de la figura denominada convenio de pago, pues ambas son actos jurídicos que liquidan obligaciones que surgieron en ausencia de un contrato administrativo, con la finalidad de proscribir el enriquecimiento público sin causa.

El cuasicontrato administrativo, es una figura del derecho público que se traduce en un hecho voluntario, lícito y no convencional generador o extintor de obligaciones, tales obligaciones son similares a las que se adquieren a través de un contrato administrativo, pues nacen de la misma fuente, esto es, la contratación estatal para la satisfacción de necesidades colectiva. Por su parte, el convenio de pago, es una figura que se aplica de manera excepcional para el pago de obligaciones adquiridas por la administración pública sin que medie la celebración de un contrato administrativo, en base al principio constitucional de que nadie será obligado a realizar un trabajo forzoso<sup>105</sup>. Con lo expuesto podemos verificar que el convenio de pago y el cuasicontrato, comparten la teoría de obligaciones surgentes en ausencia del contrato administrativo.

Ahora bien, una de las características de la contratación estatal es la existencia de las cláusulas exorbitantes de derecho privado. Miguel Marienhoff<sup>106</sup> estima que el acento administrativo del cuasicontrato, no se nutre de la exorbitancia, sino de su propio objeto, toda vez que al tratarse de un cuasicontrato y no de un contrato propiamente dicho, resulta improcedente referirse a cláusulas exorbitantes “expresas”, aun cuando a

---

<sup>104</sup> Marcel Waline, *“Droit administratif”*, novena edición, (París: Sirey, 1963), 634.

<sup>105</sup> Procuraduría General del Estado, oficio N° 16330 de fecha 03 de septiembre del 2010.

<sup>106</sup> Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. 3B, *Cuasi-contratos Administrativos* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983), 691.

semejanza del contrato, el cuasicontrato de esta índole también conlleva cláusulas “virtuales” exorbitantes del derecho privado, en beneficio de la administración pública, las cuales son connaturales a las figuras convencionales administrativas. Es decir, el cuasicontrato administrativo, no puede apartarse de los principios que sustentan la contratación estatal, así como del régimen de garantías y precauciones que salvaguarden el interés público, pues creer lo contrario, resultaría argumentar que el cuasicontrato administrativo es una figura anárquica que no responde a la norma, cautela de recursos públicos y del interés común.

Lo dicho en el párrafo anterior, se aprecia en las tesis administrativas que de alguna manera han pretendido sostener la figura del convenio de pago en la práctica ecuatoriana, pues, a pesar de no tener normativa expresa, la Procuraduría General del Estado, ha buscado reglar el ejercicio de esta potestad bajo la premisa que inspiran a los contratos públicos. Es decir, se reconoce, dentro de este régimen obligacional, la exorbitancia como prerrogativa estatal, toda vez que es la administración pública la que inserta en el instrumento, los denominados precios de mercado; garantías elementales para que los bienes, obras y servicios ingresen al patrimonio estatal; responsabilidad del gestor por vicios ocultos, etc.

La teoría de convenio de pago como un verdadero cuasicontrato administrativo, se sostiene en los principios que informan al cuasicontrato, pues de ellos podemos ver reflejada que ambos cumplen con la finalidad de extinguir obligaciones adquiridas por mecanismos similares al contrato público, es decir, su naturaleza jurídica es la misma, pues su afán es solucionar el problema del enriquecimiento público sin causa, cuando las entidades públicas han recibido prestaciones sin el respaldo de un contrato.

Tanto en el cuasicontrato administrativo, como en el denominado convenio de pago, se evidencia un sistema jurídico que resguarda y proscribire la discrecionalidad irregular, esto es, la arbitrariedad, toda vez que son herramientas jurídicas que manejan un régimen de excepcionalidad ante casos de emergencia, estado de necesidad y urgencia, pues de no existir estas contingencias, lo idóneo es el procedimiento licitatorio que concluye en contrato público.

Como corolario de lo expuesto a lo largo de este capítulo, respecto a la idea del convenio de pago como un cuasicontrato administrativo, es decir, pesar de la teoría

jurídica hacia la realidad fáctica y natural del instrumento aplicado en la casuística ecuatoriana, podemos entrever que comparten la naturaleza liquidadora de obligaciones, se informan de los principios generales de legalidad, proscripción de la arbitrariedad, celeridad, eficacia, eficiencia e interdicción del enriquecimiento sin causa. En definitiva la forma de cuasicontrato administrativo denominada como “convenio de pago”, devela una necesidad pública de dimensionar la naturaleza jurídica del instrumento utilizado, pues de ello depende revestir de legalidad la adquisición de obligaciones por parte de la administración pública para el cumplimiento de sus fines y la satisfacción de necesidades colectivas.

## **Capítulo IV**

### **Conclusiones**

Con la finalidad de culminar con el trabajo investigativo, corresponde establecer, en base al estudio doctrinario, normativo y jurisprudencial, las conclusiones que se han podido determinar en razón de la teoría del cuasicontrato administrativo, hacia la realidad jurídica del convenio de pago, mismas que las consigno en los siguientes apartados:

#### **4.1. Conclusión general**

El ordenamiento jurídico que regula la actividad administrativa y la contratación pública en el Ecuador, se erige fundamentalmente como un sistema racional y meditado que permite a la administración pública satisfacer necesidades de la colectividad, mismas que se traducen en la ejecución de obras, provisión de bienes y prestación de servicios. Sin embargo, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, no prevé dentro de su articulado un mecanismo que posibilite de manera expresa la liquidación de obligaciones cuasicontractuales, mismas que pudieren tener un génesis independiente o devenir de una relación contractual propiamente dicha. Es por este motivo que dentro de la costumbre administrativa, desarrollada a través de la casuística emitida por la Procuraduría General del Estado, se ha constituido la figura del convenio de pago como el instrumento cuasicontractual que permite la liquidación de obligaciones de pago. Lo denominamos como cuasicontractual, pues se informa de los principios generales que inspiran la contratación estatal, es legítimo en su concepción doctrinaria mas no se constituyó a través de los procedimientos regulares de licitación que prevé la norma. Sin embargo de ello, el cuasicontrato administrativo no puede constituirse como una herramienta de uso ligero y poco razonado, pues éste debe constituirse dentro del régimen excepcional y ser revisado por las instancias administrativas para nutrirlo de legitimidad y pertinencia.

## 4.2. Conclusiones específicas

El cuasicontrato administrativo, genera la posibilidad real de proscribir el enriquecimiento injusto de la administración pública, pues en su instrumentalización se garantiza el principio constitucional orientado en reconocer que en un Estado de Derecho, la administración pública no puede beneficiarse indebidamente o injustamente del patrimonio del gestor.

No resulta difícil encontrar, en las actividades que desarrolla la administración pública, requerimientos de pago por la ejecución de alguna clase de prestación que no tiene soporte en documentos precontractuales o contractuales, e inclusive en muchos casos ninguna referencia documental que demuestre que la encomienda fue solicitada por parte de la administración pública. Luego de nuestra investigación hemos podido identificar prestaciones que cuyo pago se requiere, pueden originarse de manera general, al menos en tres situaciones.

En primer lugar la contratación puede surgir por el hecho de existir un incumplimiento sustancial, o incluso total, de los requisitos formales materializados en cuanto al procedimiento a seguir para la selección del contratista, o que inclusive se adjudique la ejecución de una obra, previsión de un bien o prestación de un servicio por parte de una persona con incapacidad de contraer obligaciones con la administración pública, todo ello asociado generalmente con formalizaciones verbales del contrato; pero en todo caso, teniendo como base a tales requisitos se han efectuado determinadas prestaciones que se han integrado en el patrimonio estatal y por ende se reclama el pago o liquidación de la obra, bien o servicio realizado.

Asimismo cuando el contrato se encuentra con vicio de nulidad, por existir un incumplimiento de los requisitos sustanciales establecidos en las normas reguladoras de la actuación administrativa o por la inexistencia de requisitos presupuestarios que permitan o habiliten su concertación, pero la prestación, en parte o en su totalidad se ha realizado y por ende genera afectación presupuestaria. Mas la obligación de pago no puede declararse como inexistente y debe ser honrada por la administración pública, pues no podría el ente Estatal obtener beneficio de su propio dolo o inobservancia de formalidades.

Finalmente existen casos en los que las prestaciones cuya liquidación se reclama se enmarcan dentro de un contrato válidamente celebrado, pero exceden de las contratadas, y tal modificación no ha sido instrumentalizada formalmente por la entidad a la que se reclama el pago, es decir, nos encontramos con la regularización de excedentes contractuales, mismos que pueden nacer de fuente contractual como es el incremento de cantidades; o en su defecto, podrían erigirse como rubros nuevos, productos nuevos necesarios para el cumplimiento del objeto contractual.

Lo expuesto fue extensamente tratado en nuestra investigación y hemos sido categóricos en señalar que en los casos en que el contrato administrativo, no sea el originador de la obligación pecuniaria que se reclama, es preciso buscar fuera del mismo la fuente que la origina, habiéndose propuesto como posibles mecanismos liquidadores los cuasicontratos, pues la responsabilidad patrimonial de la administración pública no puede ser eludida, so pena de caer en la figura del enriquecimiento son causa. Mas, sin embargo, es propicio generar un régimen de excepcionalidades que franqueen la contratación estatal a través de cuasicontratos.

Abordando en las conclusiones, la excepcionalidad que marca el surgimiento de los cuasicontratos administrativos como fuente de obligaciones, se debe señalar que es oportuno entender que la contratación pública tiene una dinámica que va acorde con la necesidad colectiva; necesidad que no siempre puede ser planificada o en caso de ser planificada, la misma puede variar por efectos de la misma demanda pública. Es así que en este trabajo se ha comentado sobre el estado de emergencia y de urgencia, diferenciándolos y conceptualizándolos, sin embargo de ello, no podemos categorizar al cuasicontrato administrativo como la herramienta “ideal” para la contratación estatal, pues evidentemente el procedimiento licitatorio que prepara al contrato administrativo, permite a la administración pública un concurso de ofertas que garantice la mejor propuesta técnica y económica.

Pese a lo comentado en el párrafo anterior, existen situaciones en las que la administración pública debe tomar decisiones, de manera emergente y urgente, motivo por el cual debe ejercer una actitud de racionalidad y razonabilidad, toda vez que, de la ponderación y evaluación, la potestad discrecional configurará la opción más conveniente para el Estado. Decisión que puede ser instrumentalizada a través de un

cuasicontrato administrativo, una vez que se evalúen los requisitos que integran una configuración de la voluntad administrativa apegada a la legalidad y legitimidad. Cerrado los escollos que pudieren permitir la desviación de poder, la arbitrariedad y el direccionamiento.

Es apropiado mencionar que para que este régimen obligacional, denominado cuasicontrato administrativo, se desarrolle dentro de la esfera de legalidad, sean reconocidos como figuras integradoras de la voluntad administrativa, tanto el informe jurídico, como el técnico-económico, pues así se podrá delimitar el camino para la revisión, idoneidad y procedencia.

La Procuraduría General del Estado, en las absoluciones de consulta referidas en el presente trabajo, al considerar al convenio de pago como herramienta de cancelación de obligaciones, evade la calificación de idoneidad y legalidad del mismo, pues considera que el mecanismo a adoptar para cumplir con las obligaciones de pago, le corresponde únicamente a la Entidad Estatal consultante. Al respecto es necesario aclarar que si bien es cierto, el dictamen se lo emite con ocasión del ejercicio de la denominada administración consultiva. Esta administración consultiva tiene relevancia por la especialidad de los diversos aspectos que, en el Derecho contemporáneo, son objeto de resolución por parte de la administración pública. Esas decisiones administrativas pueden variar, naturalmente, por la diversa aplicación de las normas jurídicas y de los principios que informan cada institución jurídica, siendo la consulta una herramienta indispensable para la administración, toda vez que, a través de aquella se ejerce o se aplica debidamente la autotutela administrativa de modo previo a la decisión, resguardando su legitimidad y garantizando el derecho al debido proceso reconocido por la Constitución.

Es en este sentido que la absolución de una consulta no implica, entonces, la emisión de una decisión administrativa, sino una enunciación de juicios de valor, opiniones sobre aspectos determinados, semejantes a los actos de simple administración, y siempre con anterioridad a que la administración consultante exteriorice su voluntad pública, en calidad de un acto previo, pues solo a la consultante le compete tomar la resolución que cada caso amerite y así emitir el acto que corresponda, aunque, en el caso

del dictamen del Procurador General del Estado, al ser vinculante, se liga a la decisión administrativa en su parte motiva, pero no decisoria per se.

Es así que previa a la exteriorización de un cuasicontrato administrativo, al estar inmerso dentro de la potestad discrecional de la administración pública, éste debe entrar en revisión de la Procuraduría General del Estado, a fin de que se cumpla cabalmente lo dispuesto en el artículo 237 de la Constitución de la República, y emita su dictamen vinculante de idoneidad y pertinencia.

Por otra parte, resulta prudente aclarar que, sin embargo de hacer referencia durante el presente trabajo a tres figuras de la contratación estatal, como son: la prestación de servicios, provisión de bienes y ejecución de obras, éstas se componen de peculiaridades que podrían entregar mayor o menor idoneidad al cuasicontrato administrativo como instrumento de liquidación de obligaciones.

La provisión de bienes para entes estatales, es una actividad contractual común y que está sujeta a varias restricciones, mismas que se encuentran referidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, tales como la proscripción o prohibición de contratos complementarios, toda vez que se entendería que los bienes a recibir son sujetos a una planificación oportuna y solvente de la administración pública, así como se propende a evitar la discrecionalidad y la elusión de procedimientos de licitación.

Los contratos de servicios, son aquellos que tienen por objeto prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o provisión. Siendo incluida dentro de esta categorización de contratación pública, la consultoría.

Esta clase de contratación lleva consigo una carga mayor en lo intelectual, puesto que así lo reconocemos en su naturaleza jurídica. Asimismo es más susceptible a la informalidad y a la retardada adopción de los procedimientos de contratación pública, a la dinámica o necesidad social. Por ejemplo, existe el fenómeno en las universidades públicas, de contratación de profesorado o de profesionales para el desarrollo de determinado servicio, cuyo objeto es cumplido antes de la formalización del instrumento contractual. Sin embargo, no puede eludirse la relación obligacional y tampoco puede suscribirse un contrato administrativo, cuando el trabajo fue cumplido o desarrollado.

Ante esta problemática, la figura del cuasicontrato administrativo, sería una herramienta idónea y eficaz para el perfeccionamiento de las obligaciones pago y garantizar que el Estado no se beneficie indebidamente de terceros, puesto que la obligación de instrumentalizar el procedimiento administrativo para la contratación de servicios, le corresponde a la administración pública. Ahora bien, si ésta no atiende al texto normativo, y por razones de urgencia, necesidad y emergencia procede a contratar servicio de profesionales, para cubrir la necesidad de contratación de profesorado, debe por lo menos cumplir con la recepción de los servicios, es decir, la constancia formal y expresa de que la labor intelectual fue ejecutada, de conformidad a los requerimientos de la administración pública; debe existir el correspondiente espacio presupuestario para cancelar la obligación; la valoración justa y debida del valor a cancelar, para ello la administración pública debe ejecutar un ejercicio de valoración y presupuestación en base de precios y estudio de mercado, con la finalidad de no permitir escollos procedimentales que sean fecundados con la arbitrariedad, el precio irreal y el direccionamiento indebido; y, de existir el acto administrativo que valide el inicio de la prestación del servicio, pues de este documento nace la relación cuasicontractual.

Por otra parte, y a sabiendas del alto grado de conflictividad y discusión que puede generar este postulado. Durante del desarrollo del trabajo investigativo, he verificado que la figura del cuasicontrato aplicada a la contratación de obra pública, es plenamente factible. No se desconoce el alto grado de discrecionalidad que puede generar sin un debido régimen de excepcionalidad.

Sin embargo de ello, el cuasicontrato tiene como fin perfeccionar obligaciones adquiridas sin contrato, es decir, que pretender eludir el pago por falta de norma, es materialmente imposible. Ahora bien, tenemos varias figuras de contratación pública que comportan de un alto grado de discrecionalidad, tales como el régimen de emergencia o el giro específico de negocio. Estos regímenes excepcionales, en su naturaleza, no contravienen ninguno de los principios que nutren a la contratación pública, y por el contrario otorgan a la administración una herramienta que permite la oportuna intervención y satisfacción de necesidades.

Manifestar que en esta clase de regímenes no han aportado al desarrollo de prácticas corruptas o desviadas de poder, es difícil, puesto que en los tiempos que

vivimos es connatural al hombre la pérdida del horizonte moral. Pese a ello no es factible desmontar de nuestro universo jurídico tales excepcionalidades en la contratación. En situación similar se encuentran los cuasicontratos administrativos, figura que naturalmente es un mecanismo legítimo para la administración pública y no puede ser desacreditado por el comportamiento humano.

Finalmente concluiremos que la actividad contractual de la administración pública debe realizarse a través de los procedimientos formales constituidos previamente en la norma. Sin embargo se puede verificar la aparición de reclamaciones dirigidas a la administración estatal por concepto de prestaciones realizadas sin antecedente contractual, cuyo origen es generalmente un contrato nulo, un contrato inexistente o en su defecto, prestaciones complementarias de una principal, que no han sido objeto de previa aprobación por el órgano de contratación o que han excedido los límites de incremento previstos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

A sabiendas que la institución del cuasicontrato tiene su génesis en el la legislación civil, la preparación y formalización de los contratos administrativos demandan un procedimiento precontractual previo; no obstante, la costumbre administrativa, la casuista y la jurisprudencia han informado que inclusive en los casos más evidentes de incumplimiento de los requisitos formales y materiales, de la contratación administrativa, se ha reconocido el derecho del gestor al pago por la prestación realizada.

La base para ejecutar el pago por las prestaciones realizadas sin contrato, se sustentan en la existencia de un enriquecimiento injusto de la administración como aquella fuente de obligación que justifica dicha prestación no previamente concertada, o ejecutada bajo contrato nulo. Asimismo la acreditación de una orden verbal de ejecución, la utilización o recepción de los trabajos prestados o en su defecto, la concurrencia de una actitud pasiva de la administración ante la prestación que se realiza sin antecedente contractual, o siendo que tal prestación se configure en nula, predeterminan la presunción de ejecución de la prestación bajo la disposición, beneficio y por encargo de la administración pública, es decir, se da origen a la obligación.

La actuación o reclamo sea a petición del gestor o de oficio para el reconocimiento de las obligaciones derivadas de un enriquecimiento sin causa, requiere

de la previa tramitación de un expediente donde se acredite la realidad de las prestaciones, su valor y su necesidad, así como la determinación de las fuentes de financiación de las mismas, es decir, se requiere sean verificados los hechos que generaron la obligación, así como la disposición de recursos para el pago, tal como lo absuelve la Procuraduría General del Estado. Esta tramitación develará el nivel de responsabilidad de los funcionarios públicos intervinientes y se instrumentalizará a través de un cuasicontrato administrativo denominado convenio de pago.

## Bibliografía

### Publicaciones

- Berçaitz, Miguel Ángel. *Teoría general de los contratos administrativos*, segunda edición. Buenos Aires: Depalma, 1988.
- Berdaguer, Jaime. *Cuasicontratos*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2009.
- Bielsa, Rafael. *Derecho Administrativo*. Sexta Edición. Buenos Aires: La Ley Sociedad Anónima Editora e Impresora, 1964.
- Biondi, Biondo, *Gestioni di affari altrui. Diritto Romano*. Milano: Novissimo Digesto Italiano, 1946.
- Blanquer, David. *Derecho Administrativo*, Vol.1 y 2. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- Cassagne, Juan. *El acto administrativo*. Bogotá: Editorial Temis, 2013.
- Comadira, Julio Rodolfo. *Derecho Administrativo: acto administrativo, procedimiento administrativo, otros estudios*. Segunda edición. Buenos Aires: Lexis Nexis – Abeledo Perrot, 2003.
- Comadira, Julio. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003.
- Contín Trillo-Figueroa, María. *La gestión de los fondos públicos: control y responsabilidades*. Primera edición. Navarra: Thomson Reuters Limited, 2013.
- Correa Gómez, Eugenia; y, Pinzón Maldonado, Héctor. *La responsabilidad fiscal en Colombia*. (2012). Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4279027.pdf>
- De Cervantes, Miguel. *El Ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha*, Parte segunda. Zaragoza: Imprenta Polo y Monje, 1831.
- De La Guerra, Eddy. *Introducción al derecho*, primera edición, Quito: Estudios y Publicaciones, 2013.
- De Laubadère, André. *Traité théorique et pratique contrats administratifs*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1956.
- Díaz, Juan Francisco. *La determinación del presupuesto referencial de los procedimientos dinámicos de contratación pública y su afectación en el gasto del*

- Estado ecuatoriano*. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2014.
- Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. *Derecho Civil, parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*. Décimo primera edición. México: Porrúa, México, 2008.
- Dromi José, Roberto. *Derecho Administrativo*. Quinta Edición. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996.
- Einaudi, Luigi. *La hacienda pública*. Sexta edición. Madrid: Editorial Aguilar, 1962.
- Escobar Fornos, Iván. *Derecho de Obligaciones*. Segunda Edición. Bogotá: Editorial Hispamer, 1997.
- Escola, Héctor. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989.
- Escola, Héctor. *Tratado Integral de los contratos administrativos*. Buenos Aires: Depalma, 1977.
- Farrando, Ismael. *Contratos Administrativos*. Buenos Aires: Lexis Nexis-Abeledo Perrot, 2002.
- Fernández Ruiz, Jorge. *Derecho Administrativo Contratos*. México: Editorial Porrúa, 2009.
- Ferrero Costa, Raúl. *Curso de Derecho de Obligaciones*. Tercera Edición. Lima: Editorial Jurídica Grijley, 2004.
- García de Enterría, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Duodécima Edición. Madrid: Civitas Ediciones, 2005.
- Granja Galindo, Nicolás. *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Quito: Universidad Central, 1992.
- López Arévalo, William. *Tratado de Contratación Pública*. Tomo I. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2010.
- Marienhoff, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. II y IIIB. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006.
- Martínez, Armando H. *¿Continuidad o suspensión de la ejecución en Contratos Administrativos?*. Primera edición. Buenos Aires: Lexis-Nexis Argentina, S.A., 2002.

- Mateo, Martín. *Manuel de Derecho Administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1985.
- Mayer, Otto. *Derecho Administrativo alemán*, traducción Horacio Heredia y Ernesto Krotoschin, Buenos Aires: Ediciones Arayú, 1954.
- Mejía, Álvaro. “*Propuesta de adecuación de los principios de legalidad y reserva de ley a las conceptualizaciones tributarias*”. (2003). Recuperado de <http://www.webicdt.net:8080/sitios/principal/centrodeinvestigacion/Lists/Articulos%20Revistas/Attachments/27/ALVARO%20MEJIA.pdf>.
- Monedero Gil, José. *Doctrina del Contrato del Estado*. Primera Edición. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1977.
- Morales Tobar, Marco. *Manual de derecho procesal administrativo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010.
- Moreno Molina, J.A. *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*. Albacete: Bomarzo, 2006.
- Oramas, Alfonso. *El enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones*. Guayaquil: Editorial Edino, 1988.
- Oyarte Martínez, Rafael. *Mecanismos de impugnación de los dictámenes del Procurador General del Estado*. Foro: revista de derecho, N° 6, II Semestre, 2006.
- Parada, Ramón. *Derecho Administrativo*. Tomo I. Segunda edición. Madrid: Open Ediciones Universitarias S.L., 2014.
- Pardo, Esteve. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- Pérez, Efraín. *Derecho Administrativo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009.
- Perrino, Pablo. *La responsabilidad del estado por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia*. <<http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2013/10/Perrino-La-responsabilidad-del-estado-por-la-omision-del-ejercicio-de-sus-funciones-de-vigilancia.pdf>>. Consulta de 17 de enero del 2017.
- Ramos Acevedo, Jairo. *Cátedra de Derecho Administrativo*. Primera edición. Medellín: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003.

- Ramos, Jairo. *Cátedra de Derecho Administrativo General y colombiano*. Medellín: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., 2003.
- Rivera, Ricardo. *La Contratación Pública*. Tomo II. Primera edición. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2006.
- Rodríguez, Libardo. *Derecho Administrativo General y colombiano*. Bogotá: Editorial Temis, 1998.
- Rombolá, Darío y Lucio Martín Reboiras. *Diccionario Ruy Díaz de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Buenos Aires: Editorial Ruy Díaz, 2005.
- Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *Tratado de derecho administrativo*. Tomo IV. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.
- Sayagués Laso, Enrique. *Tratado de derecho administrativo*. Montevideo: Talleres Gráficos Barreiro y Ramos, 1963.
- Sesín, Domingo. *Administración Pública*. Segunda edición. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2004.
- Solarte, Felipe. *Contratos estatales atípicos*. Segunda edición. Bogotá D.C.: Ediciones Nueva Jurídica, 2010.
- Vedel, Georges. *Derecho Administrativo, traducción Juan Rincón Jurado*. Madrid: Editorial Aguilar, 1980.
- Villar Palasi, José. *Apuntes de Derecho Administrativo*. Segundo Tomo. Madrid: 1977.
- Waline, Marcel. *Droit administratif*. Novena edición. París: Sirey, 1963.

## **Normativa**

- Constitución de la República del Ecuador [2008].
- Ecuador, Código Civil, en Suplemento del Registro Oficial N° 46 (24 de junio del 2005).
- Ecuador, Código de Planificación y Finanzas Públicas, en Suplemento del Registro Oficial N° 306 (22 de octubre del 2010).
- Ecuador, Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Última reforma mediante Decreto Ejecutivo N° 618, en Registro Oficial N° 475 (08 de abril del 2015).

Ecuador, Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada, en Registro Oficial N° 349 (31 de diciembre de 1993).

Ecuador, Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, en Registro Oficial N° 337 (16 de mayo de 1977).

Ecuador, Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, en Suplemento del Registro Oficial N° 595 (12 de junio del 2002).

Ecuador, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en Suplemento del Registro Oficial N° 395 (4 de agosto del 2008).

Ecuador, Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en Suplemento del Registro Oficial N° 588 (12 de mayo del 2009).

España, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, Boletín Oficial del Estado N° 281, (24 de noviembre de 1995).

### **Jurisprudencia**

Colombia, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia N° 73001-23-31-000-2000-03075 01(24897), del 19 de noviembre del 2000, dentro del caso planteado en contra del Municipio de Melgar.

Ecuador, Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Civil, Sentencia N° 379-2007, Registro Oficial 4, 14 de Agosto del 2009

Ecuador, Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Civil. Año XCII. Serie XV, 22 de octubre de 1991.

Ecuador, Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Civil. Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 10 de 30 de mayo de 2002.

España, Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso con sede en Valladolid. Resolución N° 939/2014 del 7 de mayo de 2014, Ayuntamiento de Tordesillas. Consejo General del Poder Judicial.

España, Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso con sede en Valladolid. Resolución N° 707/2015 del 24 de abril de 2015, Ayuntamiento de Chozas de Abajo. Consejo General del Poder Judicial.

## **Respuestas de Información**

Ecuador, Procuraduría General del Estado, oficio N° 07730 de 10 de mayo del 2012.

Ecuador, Procuraduría General del Estado, oficio N° 15839 de 12 de agosto del 2010.

Ecuador, Procuraduría General del Estado, oficio N° 16330 de 03 de septiembre del 2010.

Ecuador, Procuraduría General del Estado, oficio N° 17705, de 30 de noviembre del 2010.