

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho

Mención Contratación Pública y Modernización del Estado

La recepción de pleno derecho y sus consecuencias jurídicas

Adriana Azucena Arias Arcentales

Tutor: Juan Francisco Díaz

Quito, 2018



Cesión de derechos

Yo, Adriana Azucena Arias Arcentales, autor de la tesis intitulada *La recepción de pleno derecho y sus consecuencias jurídicas*, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Contratación Pública y Modernización del Estado 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 se 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 responsabilidad frente a 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.

Fecha: 20 de marzo de 2018

Firma:

Resumen

El tema central de este estudio es la Recepción de Pleno Derecho en los contratos de obra administrativa, la cual tiene como base principal el contrato administrativo, instrumento este que acoge el consentimiento mutuo de las partes, de dar, hacer o no hacer, siendo una parte la Administración Pública que persigue el cumplimiento de los objetivos del Estado en beneficio del bien común; y otra parte un particular que busca un beneficio propio y es considerado como un colaborador de la Administración en la consecución de los objetivos estatales.

El contrato administrativo sin duda configura cláusulas exorbitantes que permiten garantizar a la Administración el cumplimiento eficaz del contratista, pero también es cierto que guarda cláusulas que permite al contratista aplicar en caso que sus derechos sean vulnerados; la recepción de pleno derecho es una de esas cláusulas que pretenden salvaguardar los intereses del particular; por tanto, dentro de este estudio inicialmente se revisara desde una perspectiva global el contrato administrativo sus definiciones, principios, elementos, características, cláusulas contractuales; se considera pertinente analizar el proceso de contratación pública y sus fases como antesala del contrato administrativo.

Seguidamente, en el segundo capítulo se analizará el Contrato de Obra, su concepto y las cláusulas que deben ser consideradas en este tipo de contratos, entre la que consta la Recepción que a mi criterio es de vital importancia, por cuanto permite la terminación la relación contractual existente entre la Administración y el particular.

En el capítulo tercero se abordará el tema central de este trabajo que es la Recepción de Pleno Derecho, con este trabajo se pretende aportar un mayor conocimiento en base a la experiencia laboral adquirida en la Administración Pública. Se analizará sus efectos jurídicos, los problemas que acarrea a su aplicación, se expondrá las posibles soluciones o cambios jurídicos que debe considerarse en torno a esta figura que permita salvaguardar los intereses de la Administración y evitar la vulneración de los derechos del contratista.

Palabras claves: contratación pública, contratos administrativos, recepción del objeto contractual, recepción de pleno derecho.

Dedicatoria

Este trabajo está dedicado a mi esposo e hijas,
por el apoyo y la comprensión en cada instante de mi
vida.

Agradecimiento

A la Universidad Andina Simón Bolívar y su cuerpo de docentes por promover, proporcionar y hacer extensivo sus conocimientos a profesionales que día a día requieren mantener actualizados sus conocimientos en beneficio de la sociedad.

Tabla de Contenidos

Introducción.....	7
Capítulo primero	9
Los contratos administrativos, su naturaleza y finalidad.....	9
1.1. Naturaleza Jurídica de los contratos administrativos:.....	9
1.2.Principios de los contratos administrativos	16
1.3. Concepto de contratos administrativos	25
1.4. Elementos de los contratos administrativos.....	27
1.5. Definición y alcance de la recepción contractual administrativa	34
1.6.Características y clases de recepción contractual administrativa	41
Capítulo segundo	47
Los contratos administrativos de obra y la recepción.....	47
2.1 Los Contratos Administrativos de obra	47
2.1.1. Obra Pública	47
2.1.2. Contrato de Obra Pública.....	49
2.1.3. Características del Contrato Administrativo de Obra Pública.....	53
2.1.4. Cláusulas contractuales del contrato administrativo de obra.....	55
2.2. La Recepción.....	61
2.2.1. Concepto	63
2.2.2. Clasificación de la Recepción.....	64
2.3. La recepción de pleno derecho o presunta en los contratos administrativos de obra	66
Capítulo tercero	72
Consecuencias jurídicas de la recepción.....	72
3.1.Consecuencias jurídicas de la recepción definitiva	72
3.2 Consecuencias jurídicas de la recepción de pleno derecho	78
3.3. La recepción de Pleno Derecho constituye acto jurisdiccional o acto administrativo.....	83
3.4. Diagnóstico problemático y posibles soluciones	88
Conclusiones	99
Recomendaciones	101
Bibliografía	103

Introducción

En los últimos años la contratación pública ha constituido uno de los ejes fundamentales del Estado por cuanto a esta se le atribuye como el proceso que ha permitido la colaboración de los particulares conjuntamente con la Administración para el cumplimiento de los objetivos del Estado, priorizando la construcción y renovación de infraestructura para los sectores donde se viabilizan derechos primordiales de los ciudadanos y que su atención en todos los niveles contribuyen al Buen Vivir de la sociedad.

Esta necesidad de cumplir con los objetivos estatales, ha provocado que se desarrollen nuevos procesos de contratación que permiten la participación de los ciudadanos de todos los niveles, priorizando la participación nacional de grandes, medianas y pequeñas empresa de origen ecuatoriano; como también la inclusión de los actores de la economía popular y solidaria, que luego de un proceso de selección, han convenido con el Estado mediante contratos administrativos la entrega de bienes, servicios y la ejecución de obras, cabe señalar que el contrato administrativo contiene prerrogativas que colocan a los particulares en desigualdad frente a la Administración, estas prerrogativas permiten a la Administración actuar de manera unilateral en caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del particular, pues la misión de la Administración es salvaguardar el interés común.

El contrato administrativo así como contiene prerrogativas a favor de la Administración, prevé cláusulas que protegen a los particulares ante la ineficiencia, descuido o el accionar burocrático propio de la Administración que limita la capacidad de respuesta inmediata, la recepción de pleno derecho opera a favor del contratista, su aplicación produce como efecto principal la terminación de la relación contractual, como la recepción del objeto contractual en las condiciones que considera el particular, que en cierta ocasiones no cumplen las condiciones determinadas en el contrato y la falta de un procedimiento que permita la verificación o comprobación dela obra ejecutada lo cual provoca una afectación a la Administración en el cumplimiento de sus objetivos institucionales.

Pero es importante señalar que el contratista acude a la utilización de esta figura ante la falta de respuesta oportuna de la Administración, pues el tiempo de espera le ha generado perjuicios económicos considerables, toda vez que al no

suscribirse la actas de recepción provisional o definitiva le conlleva la renovación constante de garantías, gastos para el mantenimiento de la obra, entre otros gastos considerables.

El presente estudio considera alternativas que solución en la problemática, involucrando a los intervinientes en el mejoramiento del proceso de recepción de forma eficiente, eficaz, como también la observancia en el cumplimiento de tiempos, gestión administrativa y condiciones técnicas que involucra no solo la ejecución de obras sino también la adquisición de los bienes, la prestación de servicios incluido consultoría; es decir sobre todos los objetos de contratación que requiera la Administración.

Capítulo primero:

Los contratos administrativos, su naturaleza y finalidad

El contrato administrativo ha ido evolucionando durante el tiempo, por cuanto han existido diversas concepciones, algunas de las cuales han perdido vigencia ante las situaciones diversas que presenta la realidad de ciertos sistemas jurídicos similares al nuestro; sin embargo, ciertas concepciones son tomadas en cuenta en la actualidad por cuanto contienen aproximaciones acertadas en lo que respecta a los contratos administrativos, señalando que el contrato administrativo va desde el sujeto, la jurisdicción, la forma, el objeto, hasta culminar con el criterio que abordan sus cláusulas.

1.1. Naturaleza Jurídica de los contratos administrativos:

Respecto de la figura jurídica del contrato Roberto Dromi indica: “La mayor parte de las figuras jurídicas son comunes a los distintos sectores del ordenamiento jurídico. No hay figuras jurídicas exclusivas de derecho privado o de derecho público. La propiedad, los contratos, la responsabilidad, las servidumbres, el derecho subjetivo, etc., son instituciones utilizadas comúnmente por ambos. Son sencillamente “figuras jurídicas”, “categorías generales del derecho”, cuya esencia permanece idéntica en cada supuesto”¹; seguidamente, habla del *contrato género*, que escapa del marco estricto del Código Civil, no es una institución jurídica exclusiva del derecho privado.

“Existen también los contratos de la Administración o en la actividad administrativa, con elementos comunes al contrato del derecho privado, pero con variantes que dependen de su contenido, de su fin, de los distintos intereses que afecta y de su régimen jurídico propio”.², es decir el contrato dependiendo de sus variantes se ajusta tanto al interés público, como al interés privado, sin perder su esencia principal; es así que el mismo Dromi define al contrato como “...una categoría abstracta y genérica, una figura jurídica que en sentido estricto significa “acuerdo de voluntades generador de obligaciones”.³, por tanto concibe al contrato

¹ José Roberto Dromi, *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo 1, (Buenos Aires: Astrea, 1987), 231.

² *Ibíd.*, 231-2.

³ *Ibíd.*, 231-3.

de la Administración “una de las formas jurídicas por las que se exterioriza la actividad administrativa, es una especie dentro del género contrato, cuya especificidad está dada por la singularidad de sus elementos, caracteres y efectos; en suma, por su régimen jurídico propio”.⁴; por tanto el Contrato es una figura jurídica que no corresponde al derecho público o privado, cuya especificidad se da por la singularidad de su régimen jurídico propio, en este caso a la Administración Pública.

Cassagne siguiendo en parte el criterio de Dromi, determina que existen diferencias entre los contratos de la administración con otros contratos señalando que el primero es una categoría del derecho público por cuanto “la administración procura la satisfacción de un interés público relevante (...) que se incorpora el fin u objeto del acuerdo”⁵.

Por su parte Agustín Gordillo, permite distinguir al menos tres tipos principales de regímenes jurídicos de contratos celebrados por la administración, a saber:

Contrato de derecho privado con rasgos administrativos: Considerados como “aquellos contratos que tienen una mayor dosis de derecho común.”⁶, como consecuencia inmediata igualdad entre las partes intervinientes y régimen legal diferente. Sin embargo, no por ello se convierten totalmente en contratos privados, la autonomía de la voluntad se encuentra restringida y además la administración pública siempre va a tener prerrogativas especiales. En definitiva, este tipo de contratos contienen mayores disposiciones de derecho privado aun cuando posean a su vez normas sustantivas de derecho público, las mismas que se apegan a la naturaleza de la administración pública.

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

⁴ *Ibíd.*, 231-5.

⁵ Juan Carlos Cassagne, *El Contrato Administrativo*, (Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1999)15.

⁶ Agustín Gordillo *Tratado de Derecho Administrativo* (Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2000), 18

Contratos de régimen intermedio: Este tipo de contratos se rigen por un derecho administrativo de coordinación o de cooperación entre la administración pública y el contratista. “Este tipo de relación contractual puede surgir de dos fuentes; ya sea por determinación expresa o implícita de la ley o, por la voluntad de las partes.”⁷.

En cuanto a la evolución de estos contratos, el mismo autor explica que “tomaron forma y crecieron al amparo del extendido sector público de la economía que existió hasta fines de la década del 80 del siglo XX.”⁸ Por lo tanto, esta contratación es de corriente moderna.

Contratos de derecho administrativo severo: La noción de derecho administrativo severo va dirigida a la amplitud de la contratación estatal, la misma que se restringe por la necesidad de tutelar el interés público. En este caso, el Estado es el que en general presta los servicios en condiciones monopólicas o de exclusividad. Esta contratación está sometida a un derecho administrativo estricto, de subordinación. Gordillo explica el tema y menciona que el mismo “emerge de la interpretación constitucional restrictiva del monopolio o privilegio de servicio público y de la consecuente necesidad de tutelar el derecho del usuario, privado de libertad de contratación.”⁹

Sus efectos ante los terceros son sustantivos, constantes y permanentes, situación que se configura como la causa a las limitaciones que jurídicamente se imponen a quien presta el servicio. El interés público sobrepasa los límites y llega a restringir al interés privado, de cierta manera afectándolo. Este tipo de contratación se observa en países con corriente política de izquierda, donde el Estado debe cumplir el papel de paternalista, ofreciendo monopólicamente todos los servicios básicos para el desarrollo de los administrados, es un régimen peligroso, que restringe libertades y capacidad de desarrollo.

Bajo este criterio se han considerado otros criterios, Rubén Flores Dapkevicius en su obra Manual de Derecho Público, Derecho Administrativo acoge el criterio de Roberto Dromi respecto de que el contrato es un acuerdo de voluntades, que son las circunstancias que lo definen de derecho público o derecho privado; sin embargo, menciona que otros autores niegan la existencia de los contratos

⁷ Ibíd., 18

⁸ Ibíd.

⁹ Ibíd.

administrativos fundando su tesis en aquella antigua expresión de Mayer: “ El Estado solo manda unilateralmente”, por ello no existiría igualdad entre las partes ni autonomía de la voluntad”, ante lo cual señala: “debe tenerse presente que, sin perjuicio de ser, en general, la parte más poderosa, el Estado se autolimita mediante la regulación que de él emana y que debe cumplir en virtud del Estado de Derecho”.¹⁰; es decir que el contrato administrativo no puede ir más allá de lo que determine el mismo, las normas legales y constitucionales, por lo tanto el control jurisdiccional es de vital importancia más aún si se trata de un Estado de Derecho.

Es así que define al contrato administrativo al “acto administrativo como toda manifestación de voluntad de la administración que produce efectos jurídicos. Dentro del concepto ingresan los contratos de la administración al no disponerse que la voluntad deba expresarse, necesariamente, en forma unilateral. De acuerdo con ello, los contratos administrativos son actos administrativos bilaterales. Ello es así por oposición a los actos administrativos unilaterales”¹¹, por tanto considera que son contratos administrativos cuando de los sujetos que intervienen, uno es la Administración.

El autor ecuatoriano Miguel Lima Endara quien fundamentándose en las definiciones de las enciclopedias jurídicas Omeba¹² y Cabanellas¹³, señala que el “Contrato Administrativo es toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos, entre dos personas, una que representa la función administrativa y otra que es un particular o también que puede representar a la misma función administrativa.

¹⁰ Rubén Flores Dapkevicius, *Manual de Derecho Público*, Tomo II, (Buenos Aires, Euros Editores, 2007), 262-3.

¹¹ *Ibíd.*

¹² Bibliográfica Omeba, *Enciclopedia Jurídica Omeba* (Buenos Aires, Editorial Driskill, 1979), 120. Que el contrato administrativo es el celebrado entre la administración, por, una parte, y un particular o empresa por otra, para realizar una obra pública, explotar un servicio público u obtener la concesión de alguna fuente de riqueza dependiente de la entidad del derecho público. Esta combinación de voluntades desiguales por su calidad pública y aun soberana a la una, y privada y aun sostenida en aspectos generales la otra, revela la flexibilidad de los vínculos contractuales, y anticipa la singularidad de esta contratación. Aun siendo teoría en la actualidad declinante, uno de los criterios para caracterizar los contratos administrativos consiste en recurrir a la doble personalidad de la administración. Con tal criterio, esta, como persona de Derecho Público, celebra tales contratos; mientras queda sujeta al derecho común cuando actúa como persona de Derecho Privado. La construcción de una carretera origina un contrato administrativo; la compra de un cuadro, para destinarlo a un museo, un contrato civil.

¹³ Guillermo Cabanellas de Torres, *Diccionario Jurídico Elemental*, (Buenos Aires, Editorial Heliasta SRL, 1993), 500 La administración pública, para su propia existencia y para satisfacer las necesidades colectivas, necesita la colaboración indispensable de los particulares, utilizando sus servicios personales o las cosas de que estos son propietarios.

El doctor Marco Idrobo Arciniega, en su obra *la Contratación Administrativa en el Ecuador*, acoge criterios de varios autores entre ellos Mayer quien afirma “que no existen propiamente contratos administrativos, puesto que la administración efectúa actos administrativos bilaterales”,¹⁴ en los cuales solo “basta la simple adhesión del particular”.¹⁵, es decir no hay autonomía de voluntad; es así que el tratadista Marco Idrobo define al contrato aquel “que entraña un acuerdo de voluntades distintas que confluyen para formar la voluntad común. El efecto de este acuerdo mutuo es el nacimiento de obligaciones y derechos correlativos de tipo jurídico, pues no se admite relaciones contractuales no jurídicas”¹⁶.

Jéze por su parte menciona que los contratos administrativos “son los celebrados por la administración con el fin de asegurar el funcionamiento de un servicios público, siempre que aparezca manifiesta la voluntad de las partes de someterse a normas especiales de derecho público”¹⁷, bajo estas consideraciones los autores antes mencionados definen claramente los contratos administrativos, mismos que a partir de su suscripción nacen derechos y obligaciones tanto para la administración como para el particular sea que lo haga con total voluntad o su voluntad sea sometida a las condiciones efectuadas por la administración.

Escola coincide con lo indicado y aporta señalando que son contratos administrativos “aquellos celebrados por la Administración con una finalidad de interés público en los cuales pueden existir cláusulas exorbitantes del Derecho Público o que coloquen al contratante de la Administración Pública en esa situación de subordinación respecto a éste”¹⁸,dejando en claro que la Administración al buscar el bien común, es una parte privilegiada; por cuanto, es quien en la fase de contratación previa la celebración del contrato prepara las bases o condiciones, señala el procedimiento a seguir, proyecta los términos del contrato, etc., determina los aspectos legales, técnicos y económicos a los que ha de sujetarse necesariamente el interesado particular.

Sin duda la administración puede mantener una desigualdad a su favor, frente al particular, sin embargo estos privilegios no pueden ir más allá de lo que

¹⁴ Marco Idrobo Arciniega, *La Contratación Administrativa en el Ecuador*, (Quito: Época, 1984), 34

¹⁵ *Ibíd.*, 34-5.

¹⁶ *Ibíd.*, 34-8.

¹⁷ Gastón Jéze, *Derecho Administrativo*, Mauricio Sarria (Bogotá, Publicaciones CEIDA, 1970), 313.

¹⁸ Héctor Jorge Escola, *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*, Tomo I (Buenos Aires, Depalma, 1977), 127

determine la Ley, pues la administración no puede actuar de forma arbitraria o ilimitada, así la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 226 determina: “Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”¹⁹.

El autor Rubén Flores Dapkevicius, concuerda al indicar que “la Administración, actúa en beneficio del interés general, puede tener determinadas prerrogativas exorbitantes de Derecho común, que deben surgir de texto expreso”²⁰, por tanto la administración no puede exceder más allá de los límites permitidos por la Constitución y la Ley.

Dentro de la legislación ecuatoriana las normas que definen al contrato administrativo son el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva que en su artículo 75 señala el contrato administrativo “Es todo acto o declaración multilateral o de voluntad común; productor de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa. Su regulación se regirá por las normas jurídicas aplicables.”²¹.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP), es la norma que específicamente aborda la contratación administrativa en su artículo 6 numeral 5 señala: “Contratación Pública: Se refiere a todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría...”²², vale indicar que el objeto y ámbito de la norma en mención es determinar “los principios y normas para regular los procedimientos de la contratación que realicen:” las instituciones del Estado mencionadas en el artículo 1 de la LOSNCP; seguidamente su artículo 60 de manera acertada señala que los contratos que celebran las “Entidades Contratantes” al amparo de la presente Ley son considerados “contratos administrativos.”, por tanto la

¹⁹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, en Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008, art. 226.

²⁰ Rubén Flores Dapkevicius, *Manual de Derecho Público*, Tomo II, (Buenos Aires, Euros Editores, 2007), 296.

²¹ Ecuador, *Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*, Registro Oficial 536, 18 de marzo de 2002, última modificación 08 de abril de 2015, art. 75.

²² Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, en Suplemento, Registro Oficial No. 395, 04 de agosto de 2008, última modificación 12 de septiembre de 2014, art. 6, numeral 5.

adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución o prestación de servicios incluido consultoría, que realicen las instituciones públicas o aquellas instituciones que cuenten con recursos públicos, se enmarcan dentro de la concepción del contrato administrativo.

En base de lo enunciado es importante entender que el contrato administrativo para ser considerado como tal conlleva ciertas características que lo diferencia de los celebrados dentro del Derecho Privado; inicialmente que una de las partes es la *Administración* que establece las reglas de participación, mismas que no pueden ir más allá de lo que la Constitución y Leyes lo permitan; y la otra parte la persona natural o jurídica; nacional o extranjera con plena capacidad para obligarse, que acepta las reglas establecidas por la Administración y declara su consentimiento legal o “*acuerdo de voluntades*” a través de la suscripción del contrato.

Otra característica del contrato administrativo es que su objeto es de *interés público*, es decir que a través de estos la Administración busca el cumplimiento de sus objetivos satisfacer las necesidades colectivas es el *bien común*.

Por último el contrato administrativo dentro de la legislación ecuatoriana se halla regulado por Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública donde se determina los principios, las normas que regulan los procedimientos de contratación precautelando los intereses públicos y su debida ejecución, igual que su Reglamento General y las Resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP).

En consecuencia, considerando los enunciados antes mencionados de forma integral se puede definir al contrato administrativo como la convención o relación bilateral o acuerdo de voluntades entre la Administración pública y una persona sea esta natural o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera cuya finalidad es la consecución de los objetivos del Estado en beneficio del bien común; por tanto, el contrato administrativo puede resumirse en los siguientes puntos esenciales:

- a) Al ser un acuerdo de voluntades es un generador de obligaciones y derechos.
- b) Una de las partes necesariamente debe ser la administración pública.
- c) El objeto del contrato y sus elementos le dan el carácter de administrativo vinculado al Derecho Público, por tanto su fin es satisfacer necesidades del bien común.

1.2.Principios de los contratos administrativos

De acuerdo a lo manifestado anteriormente es indudable que los principios aplicables en Derecho Civil son aplicables a la Contratación Pública; sin duda la misma ley materia de estudio considera como norma supletoria al Derecho Civil, “en ese orden de ideas, más allá de las particularidades propias y genéricas que emanan del Derecho Civil que resulten aplicables a toda fuente de obligaciones, ya sean contratos propiamente civiles o comerciales y públicos o estatales se aplicaran tanto las normas especiales de derecho administrativo así como los principios o categorías propias del derecho privado en forma supletoria”²³; por tanto, en base a lo expuesto en la ejecución de contratos públicos deberán considerarse los principios generales del Derecho Civil por cuanto estos funden la estructura de los contratos públicos, así: “buena fe”, “lex inter partes”, “pacta sunt servanda”, “rebus standibus”, entre otros”²⁴.

Jaramillo acogiendo lo manifestado por Marco Monroy que indica “los principios constituyen la capa más profunda de la dimensión normativa del derecho”²⁵, seguidamente Jaramillo señala “los contratos administrativos están sujetos a determinados principios de carácter universal. Estos principios brotan de la letra y espíritu de las leyes, los mismos que nacen de la naturaleza humana y de las cosas...”²⁶.

El Principio de “Buena Fe”, que según Correa “los contratos deben celebrarse, interpretarse, y ejecutarse de buena fe y de acuerdo a lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender obrando con cuidado y previsión”²⁷, por tanto este principio debe ser considerado no solo en los contratos de orden privado sino también en los de orden pública.

El principio “pacta sunt servanda”, esté “constituye uno de los pilares de nuestro derecho. Todo el edificio jurídico, construido sobre la base del poder de la voluntad para que los sujetos puedan darse sus propias reglas de conducta, descansa

²³ Ramón Huapaya Tapia, “Potestades y prerrogativas en los contratos públicos en el Derecho Peruano”, *En V Congreso Nacional de Derecho Administrativo* (Lima, Palestra- Asociación Peruana de Derecho Administrativo, 2012), 554,555.

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ Jaramillo Hernán, *Manual de Derecho Administrativo*, Cuarta Edición, (Loja, Editorial de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Loja, 1999), 218

²⁶ *Ibíd.*

²⁷ José Luis Correa, “Contratos Administrativos”. En Ismael Farrando, *Contratos Administrativos Versión Clásica*, Parte I (Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2002), 389

en la confianza de que se cumplirá aquello que se conviene libre y conscientemente. “Los pactos se celebran para cumplirlos”. “Todo aquel que compromete su palabra debe honrarla”. “Los compromisos asumidos no puede eludirse ni desconocerse”. Si todo ello no ocurre, será la coerción aportada por el Estado la llamada a imponer la ejecución forzada de la conducta convenida.”²⁸, los contratos administrativos se fundamentan en la voluntad común de las partes y las obligaciones que se generan para los contratantes, este principio aborda la concepción romana nacida en el derecho bizantino, la cual sostiene que no solo los contratos generan obligaciones sino también los pactos, entendiéndose estos como “acuerdos de voluntades sin solemnidades.”²⁹.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en su artículo 4 señala “Para la aplicación de esta Ley y de los contratos que de ella deriven, se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional”, mismos que han sido analizados por varios autores y que han sido plasmados en las normativas de otros países.

A través de la contratación administrativa la Administración busca satisfacer las necesidades del orden público; por tanto, esta al ser parte del Derecho Administrativo cuenta con principios y normas de regulación que deben considerarse para la celebración de los contratos, así:

Principio de concurrencia, “El principio jurídico de la concurrencia o no discriminación afianza la posibilidad de competencia y oposición entre los interesados en la futura contratación. A su vez implica la prohibición de la Administración de imponer condiciones restrictivas que impidan el acceso a este procedimiento.

Por ello, resulta inadmisibles la inclusión en los pliegos de bases y condiciones de cláusulas de carácter limitativo y restrictivo, pues conspiran contra la posibilidad de obtener la más amplia oportunidad de participación”³⁰, la Administración en ejercicio de sus funciones determina las reglas o condiciones

²⁸ Pablo Rodríguez, “Pacta Sunt Servanda”, *Revista Actual Jurídica No. 18*, Universidad del Desarrollo, julio 2008.

²⁹ Definición Legal, “Los contratos”, *Definición Jurídica*, pág. 1, accedido el 2 de enero de 2018, <http://definicionlegal.blogspot.com/2012>.

³⁰ José Roberto Dromi, *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo 1, (Buenos Aires: Astrea, 1987), 99.

para contratar servicios, adquirir bienes o ejecutar obras, pero estas reglas no deben limitar la participación de los proveedores, quienes a su vez para participar deben cumplir con lo determinado en la Ley, como encontrarse habilitados dentro del Sistema Nacional de Contratación Pública, no encontrarse inmerso dentro de las inhabilidades generales o especiales determinadas en los artículos 62 y 63 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, dependiendo del procedimiento los proveedores deben cumplir con ciertas exigencias.

Así dentro de un proceso de menor cuantía de obras los proveedores “que a la fecha de la publicación de un procedimiento mantuvieran vigentes contratos de ejecución de obra, adjudicados a través del procedimiento de menor cuantía, cuyos monto individuales o acumulados igualaren o superaren el coeficiente establecidos en el numeral 2 de este artículo, no podrán participar en procedimiento de menor cuantía de obra alguno hasta que hayan suscrito formalmente la recepción provisional de el o los contratos vigentes”³¹; por tanto, existen ciertos impedimentos que la ley misma exige para la participación en los procedimientos de contratación, los cuales deben ser de cumplimiento obligatorio, sin que esto signifique limitar la participación, en definitiva este principio “garantiza la participación del mayor número de oferentes, para que a través de una amplia selección, se puedan tener unas mejores condiciones que beneficien a los administrados”³².

Principio de Igualdad, el principio de igualdad consagrado por la Constitución en el artículo 11 “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios” numeral 2 “Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades” principio este que nace en los procesos de contratación pública a partir de que la administración convoca a los proveedores que se hallen habilitados a participar a concurso y se mantiene en todo el desarrollo del proceso de contratación, hasta la adjudicación.

Roberto Dromi al respecto indica “La adjudicación y la posterior formalización del contrato debe hacerse sobre las bases de la licitación, no pudiendo después de la adjudicación modificar condiciones o modalidad alguna de la oferta aceptada, ni del pliego de condiciones sobre el que se efectuó el procedimiento de

³¹ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial No. 395, Suplemento, 04 de agosto de 2008, última modificación 12 de septiembre de 2014, art. 51

³² José Luis Correa, “Contratos Administrativos”, en Ismael Farrando *Contratos Administrativos* Versión Clásica, Parte 1 (Buenos Aires, LexisAbeledoPerrot, 2002), 389.

selección. Si ello se hiciera, sería ilegal por quebrantar el principio de igualdad, favoreciendo al adjudicado o contratista”³³, este principio “coloca a todos los oferentes de la contratación administrativa, en un plano de completa igualdad, lo mismo para los derechos que para los deberes que haya lugar. Toda persona idónea puede concurrir a la convocatoria y formular su oferta con arreglo a las bases, adquiriendo un derecho pleno para que se considere su propuesta en la adjudicación”³⁴, cabe señalar que los proveedores que sintieran que sus derechos han sido vulnerados en cualquier etapa del proceso podrán presentar sus reclamaciones o interponer los recursos previstos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, como también acudir o solicitar procesos de mediación y arbitraje o emprender acciones en sede judicial (Arts. 102,103 y 104 LOSNCP).

Principio de Legalidad, “La jurisprudencia coincide plenamente con la estrictez de la observancia del principio de legalidad en la contratación administrativa, cuando expresa: “la rigurosa sujeción a las normas preinstituidas por el legislador para estos casos inviste de validez a los contratos entre particulares y el Fisco y, correlativamente, la omisión de este deber, despoja de legitimidad a tales convenios”³⁵, en base a lo señalado la Constitución determina la jerarquización de las normas, las cuales guardan estrecha relación con los preceptos constitucionales y que las normas que sean contrarias carecen de todo valor, por tanto las normas deben ser aplicadas de acuerdo a su jerarquización, siendo la norma suprema la Constitución, y que las normas que se hallan bajo esta deben estar en armonía total guardando sus preceptos.

Por tanto, el termino legalidad no hace referencia únicamente a la ley en sentido formal sino más bien a todo el aparataje jurídico encabezado por la Constitución a lo que Hauriou llamaba “el bloque de la legalidad”³⁶, la contratación administrativa se rige por el derecho público y subsidiariamente por el derecho privado, las normas deben aplicarse del acuerdo al orden jerárquico determinado por la Constitución, bajo este mismo ordenamiento la Administración respecto a la contratación administrativa debe aplicar inicialmente las normas específicas que para

³³ José Roberto Dromi, *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo 1, (Buenos Aires: Astrea, 1987, p.103

³⁴ Marco Idrobo Arciniega, *La Contratación Administrativa en el Ecuador*, (Quito: Época, 1984), 60.

³⁵ *Ibíd.* 56.

³⁶ Eduardo García de Enterría, Tomás Fernández, *Curso de Derecho Administrativo Tomo I* (Madrid, Editorial Civitas, 1997), 427.

contratación pública se hayan emitido, actualmente para este tema contamos con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General y las Resoluciones que emita el Servicio de Contratación Pública, sin dejar a un lado dependiendo la complejidad la aplicación de otras normas de carácter público, en conclusión el principio de legalidad pone límites al poder público y protege el interés general.

Principio de Publicidad, según Dromi el principio de publicidad se manifiesta en un doble sentido “ la publicidad significa la posibilidad de que el mayor número de interesados tome conocimiento del pedido de ofertas de la administración, ampliando así su concurrencia y competencia ...Durante el desarrollo del procedimiento, la publicidad implica que la licitación debe efectuarse en forma pública”³⁷, la publicidad es esencial dentro de un “sistema democrático” por cuanto permite que la colectividad obtenga información de las actividades que desarrollan las instituciones públicas como es la convocatoria a la participación dentro de los procesos de contratación pública y el pleno conocimiento del procedimiento de todo el proceso o desarrollo de las etapas precontractual, contractual y pos contractual.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su artículo 21 inciso segundo determina: “El portal de COMPRASPÚBLICAS contendrá, entre otras, el Registro Único de Proveedores (RUP), Catálogo Electrónico, el listado de las instituciones y contratistas del Sistema Nacional de Contratación Pública, informes de las Entidades Contratantes, estadísticas, contratistas incumplidos, la información sobre el estado de las contrataciones públicas y será el único medio empleado para realizar todo procedimiento electrónico relacionado con un proceso de contratación pública...”³⁸, es decir a través de este sistema cumple con el principio de publicidad, es obligación de las instituciones publicar a través del portal toda la información relevante de los procedimientos de contratación pública, en todas sus fases, en conclusión “El principio de publicidad posibilita a todo interesado en contratar con la

³⁷ Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, Tomo I, 6ª edición, (Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina, 1997).

³⁸ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial No. 395, Suplemento 04 de agosto de 2008, última modificación 12 de septiembre de 2014, art. 21

administración, conocer en tiempo y forma la voluntad de está en el mismo sentido”³⁹.

Principio de Transparencia, “Este principio, como los anteriores siempre busca que el actuar de la Administración no tenga procedimientos oscuros, dolosos y sin motivación al momento de resolver, ya que es el oferente quien coadyuva para que este proceder de la Administración se cumpla con las consideraciones que expresamos (dolo, aprovechamiento, abuso)”⁴⁰, según Flores “la transparencia en toda actuación pública es la esencia del Estado de Derecho y emana del magisterio del servicio al público y a la Nación”⁴¹, cabe señalar que el principio de transparencia y publicidad se encuentran íntimamente relacionados o vinculados siendo se finalidad dar claridad y apertura a los procesos de contratación administrativa.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, prevé que se realicen convocatorias públicas y se publiquen los hechos más relevantes de las contrataciones, por cuanto esto demuestra que los procesos se realizan con honestidad y en cualquier momento pueden ser cuestionados por sus participantes e incluso por las instituciones de control, de igual manera la imparcialidad de la administración al momento de escoger al contratista.

Principio de vigencia tecnológica, de acuerdo a lo que determina la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública dentro de las contrataciones se debe considerar el principio de vigencia tecnología el cual implica “la obligación de que la adquisición y arrendamiento de bienes, así como la prestación de servicios en los que se contempla el uso de bienes específicos de los mencionados en este decreto, reúnan las condiciones de calidad necesarias para cumplir de manera efectiva la finalidad requerida, desde el momento de su adquisición y hasta por un tiempo determinado y previsible de vida útil con la posibilidad de adecuarse, integrarse, repotenciarse y reponerse, según el caso de acuerdo a los avances científicos y tecnológicos”⁴², por tanto este principio debe ser aplicado en las

³⁹Rubén Flores Dapkevicius, *Manual de Derecho Público*, Tomo II, (Buenos Aires, Euros Editores, 2007).

⁴⁰ Miguel Lima Endara, “Los Contratos Administrativos”, en *Celebración de Contratos Administrativos*, Volumen 4, (Quito: Nacional, 2001),

⁴¹Rubén Flores Dapkevicius, *Manual de Derecho Público*, Tomo II, (Buenos Aires, Euros Editores, 2007).

⁴²Ecuador SERCOP, *RE-SERCOP-2016-0000072* Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el SERCOP, (Quito, SERCOP, 31/08/2016), art. 116.

contrataciones de bienes y servicios deben estar acorde a los avances tecnológicos, ser garantizados desde su primer uso hasta su vida útil y con la posibilidad de adecuarse o reutilizarse.

Principio de participación nacional, de acuerdo a la Constitución de la República el artículo 288 señala: “Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. *Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas*”⁴³, este principio viene a ser una excepción al de igualdad, pues privilegia e incentiva la producción nacional por sobre la extranjera, con márgenes de preferencia a tomarse en cuenta de acuerdo a lo establecido por la autoridad competente, el artículo 25.1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, determina: “Los pliegos contendrán criterios de valoración que incentiven, y promuevan las participación local y nacional mediante un margen de preferencia para los proveedores de obras, bienes y servicios, incluidos la consultoría, de origen local y nacional, de acuerdo a los parámetros determinados por la entidad encargada de la Contratación Pública”⁴⁴, seguidamente el artículo 25.2 señala: “En todos los procedimientos previstos en la presente ley, se preferirá al oferente de bienes, obras y servicios que incorpore mayor componente de origen ecuatoriano o a los actores de la Economía Popular y Solidaria y Micro, Pequeñas y Medianas Empresas, mediante la aplicación de mecanismos tales como: márgenes de preferencia proporcionales sobre las ofertas de otros proveedores, reserva de mercado, subcontratación preferentes”⁴⁵.

Principio de Mantenimiento del Equilibrio Económico Financiero, otro principio que debe considerarse dentro de la contratación administrativa es sin duda el equilibrio económico financiero, “la premisa es una vez que los contratos públicos quedan perfeccionados existe una adecuada equivalencia económica entre las prestaciones que el contratante particular se ha comprometido en satisfacer o por el precio o retribución que el Estado, actuando mediante Concedente o Contratante, se compromete a realizar”.

⁴³Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial No.449, 20 de octubre de 2008, última modificación 13 de julio de 2001, art.288.

⁴⁴Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*”, Registro Oficial No. 395, Suplemento, 04 de agosto de 2008, última modificación 12 de septiembre de 2014, art. 25.1.

⁴⁵ *Ibíd.*, art. 25.2

Cabe indicar que en la ejecución de los contratos administrativos suelen producirse varias circunstancias que pueden ocasionar un desequilibrio económico en menoscabo de las partes, el tratadista Peruano Huapaya describe cuales son estas circunstancias que deben afrontar las partes “i) Iusvariandi por parte del Estado, ii) Hecho del príncipe, iii) variación de costos que pueden originar la modificación de la onerosidad de las prestaciones, iv) Aplicación de la Teoría de la Imprevisión, la cual constituyen alteraciones provocadas por circunstancias ajenas a las partes y que resulten extraordinarias, imprevistas o sobrevinientes que tornen excesivamente en onerosas las prestaciones”⁴⁶.

Por tanto “La conservación del equilibrio financiero incide en todas las obligaciones de la entidad contratante que impacten en el aspecto patrimonial del contrato, como la entrega de anticipos, la disposición oportuna de planos, o equipos técnicos estipulados a favor del contratista, permisos de importación, terrenos para carreteras o edificios, derechos de vías, accesos a vías de materiales etc.”⁴⁷, cabe señalar que la entidad contratante antes de efectuar la contratación debe prever los recursos financieros necesarios, es decir contar con la respectiva certificación presupuestaria, que garantice el pago del objeto a contratarse; de igual manera es importante indicar que antes circunstancias imprevistas como la necesidad de generar nuevos rubros o incrementar los rubros contratados se deben aplicar los mecanismos exigidos por la ley, como es la elaboración de instrumentos que permitan la ejecución de estos rubros adicionales como: Contratos Complementarios, Ordenes de Trabajo y Ordenes de Cambio, con sus respectivas certificaciones presupuestarias.

Los principios de la contratación pública determinan bajo que consideraciones deben iniciarse los procedimientos de contratación, principios estos que protegen tanto las acciones de la Institución como también a los particulares, permitiendo que sus derechos sean respetados; si bien es cierto la Administración cuenta con ciertos privilegios (aplicación de cláusulas exorbitantes), por cuanto su accionar está orientado al cumplimiento de objetivos que desembocan en el interés común, también es cierto que los particulares de forma libre y espontánea aceptan

⁴⁶Ramón Huapaya Tapia, “Potestades y prerrogativas en los contratos públicos en el Derecho Peruano”, *En V Congreso Nacional de Derecho Administrativo* (Lima, Palestra- Asociación Peruana de Derecho Administrativo, 2012), 563

⁴⁷Marco Idrobo Arciniega, *La Contratación Administrativa en el Ecuador*, (Quito: Época, 1984), 66

someterse a las condiciones de la Administración, mismas que no pueden ir más allá de lo determinado en las normas legales, independientemente que estas sean justas e injustas, permitiéndole de igual manera iniciar las acciones necesarias a fin de evitar la vulneración de sus derechos frente a la inaplicabilidad de estos principios.

Ahora bien existen principios de ejecución en la contratación administrativa que lo diferencian de los contratos privados, aquellos que atienden al interés público, estos principios rigen a los contratos durante el proceso de ejecución o su desarrollo siendo estos la continuidad y la mutabilidad o flexibilidad.

Principio de Continuidad, lo podemos describir como una atribución de la administración para la ejecución del contrato administrativo de manera continua, es decir sin interrupciones, conservando la consecuencia lógica del contrato, como resultado de este principio, si el contratista en cualquier momento suspende la ejecución del contrato, la administración “tiene el deber de cumplir con la misma, quedando la Administración autorizada para que en caso de incumplimiento, ejecutar tal prestación por cuenta del contratista.”⁴⁸, no obstante, para la aplicación de este principio las actuaciones de la administración deben ser debidamente justificadas, motivadas y evaluadas, como es el caso de situaciones de fuerza mayor y caso fortuito es decir, donde la equivalencia económica del contrato se mantenga intacta.

Principio Mutabilidad o Flexibilidad, lo podemos definir como “la atribución de introducir modificaciones a las prestaciones de su contratista de manera unilateral”⁴⁹. Es una de las diferencias de carácter más notable con los contratos de naturaleza privada, pues deriva de una potestad estatal de naturaleza exorbitante. Sin embargo, esta potestad no carece de limitaciones pues la modificación del contrato no debe implicar un perjuicio al contratista y, se debe asegurar el equilibrio entre el interés del particular tanto como el interés público. En definitiva, se busca proteger al sujeto privado de cualquier clase de ejercicio de naturaleza abusiva de esta potestad, evitando arbitrariedades. Este principio se presenta ante la existencia de casos donde la administración ve la necesidad de introducir modificaciones a lo contenido en el convenio inicial por razones de interés público. Cabe resaltar, que la capacidad de flexibilidad de los contratos administrativos, debe hacerse en observancia de

⁴⁸ Daniel Gómez Sanchis, “Contratos Administrativos”. En Ismael Farrando, *Contratos Administrativos*, Versión Clásica, (Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2002), 423

⁴⁹ *Ibíd.*, 423

disposiciones que regulen la legalidad y la discrecionalidad de la actividad administrativa.

1.3. Concepto de contratos administrativos

Inicialmente se han expuesto ya algunos conceptos del contrato administrativo, sin embargo considero que hay otras concepciones respecto al contrato administrativo que aportan a esta investigación mayor entendimiento respecto al tema, Bercaitz, define al contrato administrativo “aquellos celebrados por la administración pública con un fin público o que, en su ejecución puede afectar la satisfacción de una necesidad pública colectiva, razón por la cual están sujetos a reglas de derecho público y cláusulas exorbitantes del derecho privado, que coloquen al contratante de administración pública en una situación de subordinación jurídica...”⁵⁰; se hace más latente el sometimiento de los particulares a los requerimientos efectuados por la administración.

Otro concepto, que difiere en poco de lo que se ha mencionado es el expuesto por Belaunde considera que el contrato administrativo “es uno de los medios más comunes por el cual, la Administración se relaciona con los particulares para hacer uso de su colaboración; por lo tanto, este contrato se origina debido a “la ineficiencia o imposibilidad de la Administración para desarrollar por sí misma una serie de actividades que competen a su función”⁵¹, Belaunde es claro en señalar que la ineficiencia de la administración en el cumplimiento de sus objetivos le obliga a solicitar la colaboración de particulares para hacer efectivo su accionar, es donde nace la relación de Estado- particulares.

Claudio Moraga Klenner, en su obra *Contratación Administrativa*, menciona “La institución del contrato siempre ha auxiliado al Estado en el cumplimiento de sus funciones. En este sentido, el *contrato* fue en la Edad Media la institución jurídica universal, desde el momento que las relaciones de fuerza se reemplazaron por relaciones jurídicas entre los privados y la administración, En este sentido, Expósito Vélez se refiere a esta época como una de *generalización de los pactos*”⁵², situación que según el autor fueron considerados por grandes pensadores para “asentar allí el

⁵⁰Miguel Ángel Bercaitz, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, 2da Edición (Depalma, 1980), 189

⁵¹Oscar Trelles de Belaunde, *El Contrato Administrativo* (Bogotá, Themis, 2012), 237.

⁵²Claudio Moraga Klenner, *Contratación Administrativa*(Santiago, Editorial jurídica de Chile, 2007), 25

Pacto Social”; seguidamente resalta ciertas definiciones de contratos administrativos, así menciona a Enrique Silva Cimma quien indica que el contrato administrativo “es el acto jurídico bilateral celebrado entre la Administración y un particular u otro órgano de aquella que persigue un fin público y se somete a las reglas del Derecho Público”, Spannowsky “el contrato administrativo es cualquier contrato que celebra la administración para el cumplimiento de sus tareas y cometidos, independientemente de su naturaleza jurídica”⁵³.

Para finalizar se ha considerado lo expuesto por los tratadistas Amado y Miranda quienes sostienen que un contrato “es administrativo por razón de su objeto, por sus partes, por las prerrogativas, por contener cláusulas exorbitantes y además de que un contrato conlleva a que la relación jurídica – patrimonial surgida de éste se rija por el Derecho Público”⁵⁴, este criterio coincide con el criterio de Dromi donde indica que en todo contrato cuando una de las partes es la Administración será denominado contrato administrativo, regido por las normas del Derecho Público, en este concepto aparece como nuevo aspecto la relación jurídica (facultad de exigir algo que el otro debe cumplir)– patrimonial (sobre bienes que pertenecen al Estado) , es decir implica nacimiento de obligaciones para las partes respecto a los recursos materiales pertenecientes al Estado.

En función de lo expuesto puedo manifestar que la doctrina se ha encargado en cierta medida de generar ciertas concepciones respecto al contrato administrativo diferenciando las diversas actuaciones de la administración con los particulares en las relaciones contractuales como también a la creación del régimen jurídico aplicable fundamentándose en las bases del Derecho Público, lo cual lo hace diferente a los contratos privados; seguidamente se cuestiona el accionar de la Administración respecto al cumplimiento de los objetivos, la necesidad de dar cumplimiento a lo asignado por la norma suprema, ha obligado a la administración a contar con la colaboración de los particulares, generando relaciones mutuas o convenios, cuyo finalidad es la consecución de sus fines orientados a la satisfacción de las necesidades del bien común.

⁵³Ibíd.

⁵⁴ José Daniel Amado y Luis Miranda, “Aplicabilidad de la cláusula pacta suntservanda del artículo 62 de la Constitución a los contratos regulados por el Derecho Público”, en *Revista de Derecho* (Lima, Editada por los alumnos de la Facultad de Derecho Puce del Perú, No. 40), 258.

Cabe señalar que estas relaciones se rigen por los principios antes mencionados, lo cual produce la confianza entre las partes, por su parte a la Administración en que el contratista cumplirá con sus obligaciones y responsabilidades asignadas; sin embargo, estas relaciones conllevan el sometimiento del particular a la Administración por cuanto al ser una parte privilegiada cuenta con cláusulas exorbitantes que en cierta medida coaccionan al particular para el cumplimiento de contrato.

Otra situación es que la Administración es responsable del patrimonio del Estado obligándose al manejo adecuado de los recursos cualesquiera sean estos, por tanto, la Administración con las cláusulas exorbitantes se blindó sobre cualquier acontecimiento que genere pérdida o mal uso del recurso administrativo haciendo esta responsabilidad extensiva al particular, condicionándole al particular a la determinación de responsabilidades ante el no acatamiento de las cláusulas contractuales; en conclusión, a mi criterio se puede señalar que el contrato administrativo surge de la necesidad del Estado por lograr el cumplimiento de sus objetivos siendo el fin la satisfacción de las necesidades del bien público, para lo cual requiere la colaboración de los particulares, quienes por mutuo acuerdo se someten a las condiciones determinadas por la administración.

1.4. Elementos de los contratos administrativos

Dentro de esta investigación es importante en función de lo señalado en líneas anteriores, resaltar los elementos del Contrato Administrativo, que si bien guardan relación con los del contrato privado, tiene ciertas diferencias, entre los cuales constan:

1.4.1. Los sujetos, Farrando señala: “Para que el contrato sea válido debe contar los dos sujetos con aptitud legal para realizar tal acto jurídico, correspondiendo distinguir entre el órgano de la Administración que debe obrar dentro de su competencia, y que se rige por el derecho público, y el particular que requiere capacidad regulada por el derecho privado, sin embargo hay que determinar que la capacidad en el particular es la regla mientras que en cuanto a la Administración es la excepción.

Además en el caso de la Administración el órgano-funcionario que interviene en la celebración del contrato siempre debe actuar en procura del interés de la

comunidad, mientras que el particular lo hace en búsqueda de su propio interés...”⁵⁵, por tanto una de las partes es la Administración, es el “órgano competente”⁵⁶, representado por la máxima autoridad de las entidades y organismos que forman parte del Sistema Nacional de Contratación Pública, cuyas facultades y atribuciones pueden ser delegadas.

Respecto a la otra parte, estas pueden ser personas naturales o jurídicas, públicas y privadas, nacionales o extranjeras, asociaciones o consorcios, como también otro órgano de la administración denominándose a estos contratos interadministrativos.

1.4.2. La Capacidad, Efraín Pérez, respecto a la capacidad menciona a Claro Solar quien considera a la capacidad “en la aptitud legal de las personas para el goce y el ejercicio de los derechos civiles”⁵⁷, según el Código Civil en su artículo 1461, “... la capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra...”⁵⁸, seguidamente el artículo 1462 determina que “toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces”, la capacidad concierne a la validez del contrato, las partes deben tener aptitud legal para celebrar el contrato, “...la capacidad de obrar en el sentido del Código Civil.

Así, por ejemplo, carece de valor jurídico el acto por un funcionario mentalmente enajenado...”⁵⁹, la capacidad habilita a las personas o instituciones particulares para que realice todos los actos que no están prohibidos por la Ley, la falta de capacidad acarrearía la nulidad del contrato; criterios que son considerados tanto en la celebración de los contratos civiles, como en los contratos administrativos.

Sin embargo “los particulares pueden verse impedidos de contratar con el Estado por causa de inhabilidades y de incompatibilidades”, que son claramente expuestas en la Ley Orgánica el Sistema Nacional de Contratación Pública en sus

⁵⁵ Ismael Farrando, *Contratos Administrativos*(Buenos Aires, Abeledo Parrot, 2002), 412.

⁵⁶ Rubén Flores Dapkevicius, *Manual de Derecho Público*, Tomo II, (Buenos Aires: Euros Editores, 2007), 265

⁵⁷ Efraín Pérez, *Derecho Administrativo*, tomo I, (Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009), 769.

⁵⁸ Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial No. 46, 24 de junio de 2005, art.1461-1462.

⁵⁹ Roberto Dromi, *Derecho Administrativo* (Bueno Aires, 7ma Edición, 1998), 440

artículos 62 y 63 siendo estas de dos clases inhabilidades generales y especiales, las cuales pueden desembocar en nulidad del contrato u acto.

Algunos autores hacen una división respecto a la capacidad, la dividen en capacidad legal y capacidad jurídica definiéndole inicialmente a la capacidad jurídica como a la “capacidad de goce, es decir a la aptitud que tiene toda persona para ser sujeto de derechos y obligaciones por su sola condición de ser persona”⁶⁰, en tanto que la capacidad legal se la considera como “ la capacidad de ejercicio de una persona en poder obligarse por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra”⁶¹, por tanto los sujetos o partes del contrato administrativo deben gozar plenamente de capacidad para contratar de acuerdo a la normas legales establecidas, siendo una regla principal el acreditar solvencia económica y técnica y no encontrarse inmerso en las causales de prohibición o incompatibilidad ejemplo cuando un contratista es declarado contratista incumplido, este no podrá volver a contratar con el Estado por un periodo de 5 años, en caso de suscribirse un contrato este puede ser nulo.

Cabe señalar que el Código Civil en su artículo 1463 ya determina quienes son incapaces absolutos “los dementes, los impúberes y los sordos mudos que no pueden darse a entender por escrito” son incapaces también los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas”, incapacidades no son absolutas pero que en el tiempo sus actuaciones pueden ser validas ejemplo el menor adulto que cumple la mayoría de edad (18 años), o cuando la Ley considere que sean válidos.

1.4.3. La Voluntad, “el acuerdo bilateral se forma con la coincidencia de dos voluntades idóneas”⁶², una de estas es la Administración siendo los “representantes legales competentes” encargados de expresar ese acuerdo; y otra parte, los particulares, “la autonomía de la voluntad está presente como condición de su validez, debido a la concurrencia libre y voluntaria de los particulares

⁶⁰ William López Arévalo, *Tratado de Contratación Pública*, Tomo I, (Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 2011), 88.

⁶¹ *Ibíd.*

⁶² Marco Idrobo Arciniega, *La Contratación Administrativa en el Ecuador*, (Quito: Época, 1984), 39

interesados, al procedimiento establecido, entre los cuales elige la administración al más conveniente para los intereses nacionales”⁶³.

Por tanto “en sentido jurídico es la aptitud o facultad humana manifestada con discernimiento, intención y libertad para hacer algo y obrar en un sentido determinado”⁶⁴, para la celebración de un contrato administrativo debe existir la concurrencia de dos voluntades libre de vicio, estas voluntades la representan por una parte la Administración y por otra el ciudadano o particular con plena capacidad, legal para contratar, en conclusión “la voluntad administrativa no es sino la intención razonada y expresa de la administración de concurrir a producir un acto determinado, voluntad que se exterioriza por una declaración o manifestación concreta del órgano correspondiente, adoptando las formas previstas para el caso”⁶⁵, en base a lo expuesto la voluntad es un requisito esencial para la celebración de un contrato, su inexistente lo invalida, conlleva su nulidad.

La voluntad puede adolecer de vicios como el error, fuerza y dolo, según Idrobo el error “afecta la voluntad de la administración si se refiere al objeto inmediato, en tanto que el error en la interpretación de las circunstancias de hecho que impulsaron la decisión, se vincula a la teoría de la causa, el error en el sujeto invalida la voluntad en los contratos *intuitu personae*, error puede haber también en el objeto; sobre la naturaleza del contrato; sobre la identidad de la cosa; y, finalmente, el error de derecho no cabe invocarse, en especial por parte de la administración; la fuerza en la entidad, no se comprende cómo podría ejercitarse, ya que mejor es la administración la que dispone de una posición ventajosa.

Más apropiado sería hablar de violencia contra los representantes de las entidades o funcionarios que intervengan en el proceso de contratación. Si existiera esa violencia, efectivamente viciaría la voluntad administrativa; el dolo, también invalida realmente la voluntad de las entidades del sector público, por vicio de sus representantes.”⁶⁶.

Por tanto en el contrato administrativo la voluntad de la Administración lo demuestra a través de la preparación de los pliegos o las bases de los procesos de

⁶³ Ibíd. 40

⁶⁴ Miguel Lima Endara, “Los Contratos Administrativos”, en *Celebración de Contratos Administrativos*, Volumen 4, (Quito: Nacional, 2001), 32

⁶⁵ Ibíd. 32

⁶⁶ Marco Idrobo Arciniega, *La Contratación Administrativa en el Ecuador*, (Quito: Época, 1984), 41

contratación, de la convocatoria o invitación a que presenten las ofertas para designar a un proveedor para adquirir determinado bien o servicio, se puede evidenciar su voluntad en los actos previos donde ya existe la voluntad de contratar; mientras que el particular lo demuestra aceptando los parámetros establecidos por la Administración en la presentación de la oferta para participar en determinado proceso contractual, somete a consideración su propuesta para que sea analizada por la administración y posteriormente con la suscripción espontánea del contrato en caso de ser el adjudicado.

1.4.4.El Objeto: del contrato, Rubén Flores señala “Debe ser cierto, determinado y lícito. Es decir debe ajustarse lo que dispone la Constitución, los principios generales de Derecho, la ley y los reglamentos aplicándose el principio de jerarquía formal de las fuentes”⁶⁷, que para el tratadista ecuatoriano Miguel Lima Endara estos conceptos en el ámbito administrativo adquieren mayor significación por estar vinculados al que hacer de la administración pública, sujeta a reglas propias orientadas a la gestión final del interés público.”⁶⁸, en conclusión “El objeto de la contratación administrativa será el cumplimiento de los fines estatales consagrados en la Constitución de la República, las leyes, los planes de ordenamiento territorial, los planes de desarrollo y los respectivos presupuestos, así como la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados”⁶⁹, por tanto se entendería que el objeto es el accionar colectivo, es la prestación de dar o hacer o no hacer entre las partes cuya consecuencia es el interés público.

El código civil señala que el objeto necesariamente debe ser “física y moralmente posible”, seguidamente determina que “hay objeto ilícito en todo lo que contraviere al Derecho Público Ecuatoriano”, corroborando con el contrato administrativo, que debe celebrarse considerando las normas jurídicas y todo lo que está fuera de la norma es nulo; en términos, generales el objeto del contrato es “la

⁶⁷Rubén Flores Dapkevicius, *Manual de Derecho Público*, Tomo II, (Buenos Aires: Euros Editores, 2007), 266

⁶⁸ Miguel Lima Endara, “Los Contratos Administrativos”, en *Celebración de Contratos Administrativos*, Volumen 4, (Quito: Nacional, 2001), 34

⁶⁹William López Arévalo, *Tratado de Contratación Pública*, Segunda Edición, Tomo I, (Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 2011), 83

obligación que por él se constituye”⁷⁰ y que podrá ser de dar, hacer, como nos enseña la teoría general de las obligaciones. La contratación administrativa comúnmente tiene como objeto la ejecución de una obra o la prestación de un servicio, así como cualquier otra prestación que busque la satisfacción del interés general.

1.4.5. La Causa, “Constituye el porqué del contrato y en sede juspublicista es el motivo del acto”⁷¹, Lima describe a la Causa “como razón determinante de la voluntad de quienes concurren al contrato, dirigida a la realización del acto, considerado como una totalidad, e incorporada a su régimen por mención expresa en su título, o por la común intención de los otorgantes, constituye como un elemento del contrato administrativo, con caracteres semejantes a los que ofrece como elementos componentes de los contratos de derecho privado.”⁷².

Otro punto importante que considera este autor respecto a la causa es que “la administración solo actúa y se justifica que actúe cuando procura el logro de finalidades administrativas de interés público, de modo que si ese interés o ese fin desaparece, y como consecuencia cesa la causa, no hay razón alguna que imponga que aquel siga manteniendo su eficacia y siga rigiendo”⁷³, la causa tiene una connotación más apegada en los contratos celebrados en derecho privado, sin embargo, en el derecho público es en si el motivo de la contratación administrativa, de acuerdo a lo manifestado por el código civil en su artículo 1483 “No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla.

La pura liberalidad o beneficencia es una causa suficiente. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y, por causa ilícita la prohibida por la Ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público”⁷⁴, por tanto la causa debe ser real y lícita es decir estar de acuerdo a las normas legales, a las buenas costumbres y acorde al orden público, en conclusión, en los contratos administrativos

⁷⁰Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, Décima Edición (Argentina, Ciudad Argentina, 2004), 481

⁷¹Rubén Flores Dapkevicius, *Manual de Derecho Público*, Tomo II, (Buenos Aires: Euros Editores, 2007), 266.

⁷² Miguel Lima Endara, “Los Contratos Administrativos”, en *Celebración de Contratos Administrativos*, Volumen 4, (Quito: Nacional, 2001), 34

⁷³ *Ibíd.* 35

⁷⁴Ecuador, *Codificación Código Civil*, Registro Oficial No. 46, Suplemento 24 de junio de 2017, última modificación 19 de junio de 2015, art. 1483

la causa es el fin, para el cumplimiento de los objetivos institucionales, debe ser cierta, lícita y necesaria.

“Actualmente se conserva la importancia de la causa en relación con la licitud del objeto en la contratación...la entidad contratante debe definir la necesidad (causa) de contratación a través del área requirente, la cual debe estar previamente establecido en el Plan Anual de Contrataciones y en la resolución de inicio.”⁷⁵, la causa de los contratos tendrá su antecedente más próximo en el Plan Anual de Contrataciones, el mismo que contendrá el detalle de las obras, bienes y servicios en atención a las metas institucionales y se vinculará al Plan Nacional de Desarrollo.

1.4.6. La forma y las formalidades, Marco Idrobo, menciona a Jéze, que en su obra Principios Generales del Derecho Administrativo señala “que en derecho público las formas son garantías automáticas creadas por las normas legales y reglamentarias para evitar las decisiones prematuras, irreflexivas, o carentes de suficiente estudio. Además protegen a los mismos funcionarios públicos de cualquier actitud imprudente negligente o incompleta, en beneficio de su responsabilidad individual”⁷⁶, la forma se refiere a la manera como se materializa la contratación, por ejemplo por escrito, por escritura pública, por orden de trabajo, liquidación de compras, etc., la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública determina que los contratos que deben celebrarse por escritura pública son únicamente aquellos que su naturaleza así lo requiera, por ejemplo la adquisición de un inmueble de conformidad al artículo 69.

Las formalidades en el contrato administrativo son de vital importancia por cuanto su inobservancia puede acarrear la invalidez del mismo, hacen relación a las circunstancias que deben darse o existir para la celebración del contrato, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en el artículo 69 determina que las formalidades deben ser consideradas en los contratos administrativos por ejemplo, en las contrataciones que se adquieren por el sistema de catálogo se formalizan con la orden de compra y el acta entrega, cabe señalar que dentro de este proceso no se suscribe contrato, sin embargo al existir la aceptación del proveedor al requerimiento propuesto por la Administración ya se configura un acuerdo de

⁷⁵ Pérez, Suárez Aguilar, *Manual de Contrataciones Pública*, (Quito, Corporaciones de Estudios y Publicaciones, 2011), 5

⁷⁶ Marco Idrobo Arciniega, *La Contratación Administrativa en el Ecuador*, (Quito: Época, 1984), 47

voluntades; en los procesos de menor cuantía se instrumentan con la factura correspondiente; en el resto de procesos se suscribirán por documento entre las partes sin necesidad de escritura pública, cabe señalar que aquellos contratos cuya cuantía es igual o superior al monto del proceso de licitación deben ser debidamente protocolizados con cargo al contratista. Otra de las formalidades que se exige previa la suscripción del contrato es la entrega de garantías estas son de fiel cumplimiento, buen uso del anticipo y técnicas.

1.5. Definición y alcance de la recepción contractual administrativa

1.5.1. El Proceso de Contratación Pública

Las instituciones del Estado para el cumplimiento de sus funciones que permitan la satisfacción de las necesidades colectivas, requiere la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obra, para lo cual deben considerar las normas, preceptos legales y principios que rigen la contratación pública, “la celebración de un Contrato Público implica la realización de una serie de acciones previas a su suscripción y posteriores al mismo...”⁷⁷, es decir implica tomar en cuenta la planificación, la aplicación del procedimiento adecuado y en instrumento jurídico que genera derechos y obligaciones, por tanto el proceso de contratación implica el cumplimiento de ciertas etapas, siendo su desarrollo de mucha responsabilidad, por cuanto estas etapas están “íntimamente relacionadas”, y deben ser cumplidas conforme a las normas legales establecidas, propendiendo el bienestar público, como también la correcta utilización de los recursos públicos; en este sentido la contratación se han dividido en fases, así:

1.5.1.1. Fase preparatoria, está constituida por la planificación, es decir sobre las bases de las necesidades colectivas las instituciones deben priorizar que contrataciones son de vital cumplimiento, aplicando los mecanismos que la norma ha contemplado, así el Plan Anual de Inversiones, Plan Operativo Anual, Plan Anual de Contrataciones, los cuales son determinantes para la ejecución del presupuesto que se entrega a las instituciones en el desarrollo del ejercicio fiscal.

⁷⁷William, López Arévalo, *Tratado de Contratación Pública*, Segunda edición, Tomo I, (Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 2011), 141

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su artículo 22 determina: “Las Entidades Contratantes, para cumplir con los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo, sus objetivos y necesidades institucionales, formularán el Plan Anual de Contratación con el presupuesto correspondiente, de conformidad a la planificación plurianual de la Institución, asociados al Plan Nacional de Desarrollo y a los presupuestos del Estado. El Plan será publicado obligatoriamente en la página Web de la Entidad Contratante dentro de los quince (15) días del mes de enero de cada año e interoperará con el portal de COMPRASPUBLICAS; y de existir reformas al Plan Anual de Contratación, éstas serán publicadas siguiendo los mismos mecanismos previstos en este inciso”⁷⁸.

De igual manera el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas en el artículo 5 dispone: “(...) La programación, formulación, aprobación, asignación, ejecución, evaluación del Presupuesto General del Estado, los demás presupuestos de las entidades públicas y todos los recursos públicos, se sujetarán a los lineamientos de la planificación del desarrollo de todos los niveles de gobierno, en observancia a lo dispuesto en los artículos 280 y 293 de la Constitución de la República (...)”⁷⁹, por tanto esta fase constituye la recopilación de necesidades institucionales priorizadas en cada ejercicio fiscal de acuerdo al presupuesto del Estado y en base a los planes del gobierno nacional.

Esta fase incluye “la elaboración y modificación del plan anual de contrataciones – PAC; la elaboración de estudios de mercado, elaboración de especificaciones técnicas y términos de referencia-TDR; elaboración del presupuesto referencial y emisión de certificación presupuestaria; elaboración de estudios, elaboración y aprobación de pliegos; conformación de la comisión técnica u otorgamiento de delegación; y, toda actividad hasta antes de la publicación del procedimiento en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública.”⁸⁰.

En función de lo expuesto, una vez priorizadas las necesidades y destinado el presupuesto, se deben preparar los documentos que determine las condiciones de los

⁷⁸Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial No. 395, Suplemento, 04 de agosto de 2008, última modificación 12 de septiembre de 2014, art. 22

⁷⁹Ecuador, *Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas*, Registro Oficial No. 306 Suplemento, 22 de octubre de 2010, última modificación 05 de julio de 2016, art. 5

⁸⁰Ecuador, SERCOP, *Resolución RE-SERCOP-2016-0000072*, “Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el SERCOP”, 31 de agosto de 2016, art. 20.

requerimientos a ser contratados, es decir los estudios, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su artículo 23 señala: “Antes de iniciar un procedimiento precontractual de acuerdo a la naturaleza de la contratación, la entidad deberá contar con los estudios y diseños completos, definitivos y actualizados, planos y cálculos, especificaciones técnicas, debidamente aprobados por las instancias correspondientes, vinculados al Plan Anual de Contratación de la entidad”⁸¹, cabe señalar que con esta información se realiza el levantamiento de los pliegos; en conclusión, esta fase es la preparación de documentación que determina las necesidades institucionales en base a la planificación y al presupuesto correspondiente, siendo responsabilidad exclusiva de la Administración.

William López Arévalo en su obra *Tratado de Contratación Pública* respecto a esta fase menciona al tratadista Jaime Santofimio quien señala: “La planeación se vincula estrechamente con el principio de legalidad, sobre todo en el procedimiento previo a la formación del contrato. Es aquí, en este periodo, donde el principio de legalidad se manifiesta de manera más intensa por actuar en forma de vinculación positiva a la ley, es decir, porque la exigencias del legislador son esencialmente expresas y claras para el operador”⁸²; finalmente añade “las omisiones que se cometan en esta etapa se reflejarán en el desarrollo del proceso de selección o durante la ejecución del contrato”, obteniendo como resultado la declaratoria de desierto o cancelación del proceso; nulidad del contrato, o “la necesidad de ajustar el contrato a la realidad del bien o servicio prestado o simplemente al quebrantamiento de la ecuación contractual, lo que acarreará sanciones civiles administrativas, civiles o penales para los responsables”⁸³.

En esta etapa se producen actos y hechos administrativos que son la base de la fase precontractual, así:

- a. La decisión de la máxima autoridad administrativa de determinada entidad para realizar un contrato sea su objeto: adquirir bienes o arrendarlos, servicios incluido el de consultoría, o el de ejecución de obra, reglados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

⁸¹ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial No. 395Suplemento, 04 de agosto de 2008, última modificación 12 de septiembre de 2014, art. 23

⁸² William López Arévalo, *Tratado de Contratación Pública*, Segunda edición, Tomo I, (Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 2011), 144.

⁸³ *Ibíd.*

- b. Constatación del certificado de disponibilidad presupuestaria.
- c. Que el proyecto que quiera ejecutarse (obras) o la adquisición de bienes o servicios se encuentren incluidos en el Plan Anual de Contratación.
- d. Estudios que deben realizarse para conocer la necesidad real de la colectividad, el presupuesto referencial, la factibilidad, prefactibilidad, y demás características de forma individualizada acerca del posible contrato a realizarse.
- e. Elección del procedimiento precontractual a realizarse en virtud del objeto y el presupuesto referencial.

1.5.1.2. Fase precontractual, Dromi, a esta fase la denominaba “pre contrato”, “esta etapa “se caracteriza por el contacto que se establece con los interesados en participar en calidad de oferentes, no obliga contractualmente a las partes, pero que establece ciertos compromisos mutuos”⁸⁴, la Administración en esta fase exterioriza su voluntad de contratar siendo su finalidad el cumplimiento de sus objetivos institucionales, esta fase se realiza la selección de los oferentes “en base a los pliegos de condiciones, en los que se han establecido el objeto del contrato, las condiciones del contrato a realizar y los criterios objetivos para la escogencia del contratista”⁸⁵.

La presente fase contempla la elaboración y aprobación de pliegos por parte de la entidad pública, estos constituyen un pilar fundamental para la contratación administrativa, pues estos contienen todas las condiciones generales y condiciones específicas de carácter legal, técnica y económica que la entidad requiere, contiene el objeto contractual, precio, plazo, garantías, forma de pago, proyecto de contrato, etc., este es el documento al cual las personas interesadas en participar dentro del proceso contractual deben acogerse y cumplir cada una de las condiciones determinadas en esté, en esta etapa se determina en base al objeto y presupuesto que procedimiento de contratación se va aplicar, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública prevé regímenes de contratación, así:

⁸⁴Efraín Pérez, *Derecho Administrativo*, tomo I, (Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009), 864

⁸⁵William, López Arévalo, *Tratado de Contratación Pública*, Segunda edición, Tomo I, (Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 2011), 168

Cuadro 1
Procedimientos de contratación pública

Procedimientos Dinámicos	Bienes y Servicios Normalizados	Catálogo Electrónico Subasta Inversa Electrónica
Régimen especial	Art. 2 LOSNCP	Situaciones de carácter excepcionales.
Régimen común	Bienes y Servicios No Normalizados Obras	Licitación Cotización Menor Cuantía Ínfima Cuantía Licitación Cotización Menor Cuantía Ínfima Cuantía (remodelación, reparación, readecuaciones, mantenimiento de una construcción o infraestructura existente)
Procedimientos especiales	Contratación Integral Precio Fijo Emergencia Adquisición de Inmuebles Arrendamiento Feria Inclusiva	En este procedimiento se aplica el procedimiento de Licitación para obras
Consultoría	Contratación Directa Lista Corta Concurso Público	
Contratación internacional	Art. 3 LOSNCP	

Fuente: LOSNCP.
Elaboración propia.

Esta fase “inicia con la publicación del procedimiento en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública; etapa de preguntas, respuestas y aclaraciones, modificaciones de condiciones contractuales o de pliegos; cancelación del procedimiento, etapa de recepción, apertura, convalidación de errores, verificación y calificación de ofertas; informe de la comisión técnica o del delegado; resolución y publicación de la adjudicación o decisión de procedimiento desierto; y todo acto que esté comprendido entre la convocatoria hasta la adjudicación o declaratoria de desierto del proceso de contratación.”⁸⁶.

⁸⁶Ecuador, SERCOP, *Resolución RE-SERCOP-2016-0000072*, “Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública”, 31 de agosto de 2016, art. 21.

Cabe señalar, dentro de esta etapa se desarrollan actos administrativos como son el llamamiento de oferentes a participar, o convocatoria que lo realiza la máxima autoridad, previo la emisión de la resolución respectiva, la aceptación y exclusión de participantes, como acto final es la adjudicación donde la autoridad competente luego del proceso de selección determina que proveedor cumple con las condiciones requeridas, cabe indicar que este es el primer acto donde se genera derechos y obligaciones; de igual manera dentro de esta etapa se producen simples actos de la administración como la recepción de las ofertas, recepción de convalidaciones, etc.

1.5.1.3. Fase Contractual, Efraín Pérez indica: “Después de la etapa que se denominó “previa”, se desarrolla la etapa de la contratación propiamente dicha que está constituida por: 1. La elección del co-contratante; 2. La adjudicación; y, 3. La notificación de la adjudicación y la suscripción del contrato”⁸⁷,

Cabe señalar que en esta etapa ya se cristaliza la voluntad de las partes, se generan los derechos y obligaciones de las partes, se produce la aceptación total de las condiciones y términos establecidos por la administración, por tanto una vez suscrito el contrato las partes se comprometen al cumplimiento de derechos y obligaciones derivados del mismo. “Las partes contratantes dan a conocer explícitamente su acuerdo en relación con los términos del contrato y lo suscriben, así la concurrencia de la voluntariedad tanto del contratante como del contratista dan origen a los derechos que se plasman en el texto contractual y que les corresponden recíprocamente a partir de la relación contractual.”⁸⁸, por tanto la voluntad de las partes se materializan en la firma o suscripción del contrato, sin embargo de ser un documento que guarda las voluntades de las partes, produce obligaciones y derechos para las partes.

De igual manera dentro de esta etapa se deben cumplir con ciertos requerimientos o formalidades establecidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, por ejemplo, a partir de la adjudicación el término para la suscripción del contrato de 15 días, dentro de este tiempo el contratista tiene la obligación de presentar las respectivas garantías sea esta de fiel cumplimiento, buen

⁸⁷Efraín Pérez, *Derecho Administrativo*, tomo I, (Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009), 867

⁸⁸William López Arévalo, *Tratado de Contratación Pública*, 2da Edición (Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 2011), 177

uso del anticipo y técnica; en caso de asociaciones o consorcio presentar la escritura pública de formalización(en este caso serán 30 días para la suscripción).Por su parte la Administración deberá viabilizar los trámites necesarios para la suscripción.

Cabe señalar que la falta de suscripción del contrato en el término señalado por parte del adjudicatario puede ser declarado adjudicatario fallido con todos sus efectos; para, el caso de la Administración la no suscripción del contrato dentro del plazo establecido habilitará para que el contratista solicite dejar sin efecto la adjudicación, debiendo la entidad reconocer los costos de preparación de la oferta y gastos financieros en que haya incurrido el adjudicatario incluso podrá demandar por daños y perjuicios. La institución podrá repetir sobre los funcionarios que hayan causado el perjuicio.

Posterior a la suscripción del contrato inicia la ejecución del objeto contractual, cabe señalar que la administración es la encargada de ejercer el control y supervisión hasta la ejecución total del objeto contractual; sin duda, esta es la etapa más controversial, lejos del cumplimiento el objeto contractual, está el cumplimiento de ciertas exigencias detalladas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, por ejemplo en el contrato de obras las garantías presentadas deben ser renovadas antes de los cinco días de su vencimiento y mantenerlas vigentes hasta la terminación total de la obra; para la ejecución de rubros adicionales o la celebración de contratos complementarios se exige el cumplimiento de ciertos requisitos, como contar con certificación presupuestaria e informes del fiscalizador y administrador, la suscripción de los documentos donde se plasma los nuevos acuerdos de las partes; las autorizaciones de la entidad respecto a la subcontratación; aplicación de multas, terminación de la obra por incumplimientos, etc.

1.5.1.4. Fase pos contractual, esta fase no está considerada en la normativa jurídica vigente; sin embargo, esta fase se encarga de la evaluación, resultados de la ejecución contractual, identificar las condiciones y términos en los que se ejecutó el contrato, como también se establecen las contraprestaciones que hayan quedado pendientes todas las manifestaciones, de acuerdos, reconocimientos o conciliaciones entre las partes con el propósito de solucionarlas; es decir, constituye “el conjunto de actuaciones posteriores a la terminación del contrato. Generalmente versa sobre

temas accesorios de la contratación misma”⁸⁹, esta etapa es susceptible de control, es donde ingresa la Contraloría General del Estado.

1.5.2. Definición de la recepción contractual administrativa:

La palabra recepción se deriva del latín “receptio”, mismo que se encuentra compuesto de tres partes el prefijo “re” que puede traducirse “hacia atrás” o “de nuevo”, del verbo “capere” que es sinónimo de “capturar”; y, el sufijo “ción”, que se emplea para indicar “acción y efecto”; por tanto la palabra recepción está vinculada a los verbos “recibir, obtener, aceptar, tomar algo”, según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, la Recepción es la “acción o efecto de recibir”⁹⁰, para William López la recepción es “el acto formal mediante el cual la Administración recibe el objeto contractual o parte de él. Es un acto administrativo dictado por órgano competente, que tiene por objeto declarar que la prestación del contratista ha sido realizada plenamente conforme a lo que se dispuso o comprometió en el contrato constatándose así el efectivo y satisfactorio cumplimiento de la obligación por parte del contratista”⁹¹ la recepción también es considerada como el “acto jurídico bilateral que consiste en la entrega-recepción de obras, bienes o servicios que realiza el contratista a una comisión técnica designada por la entidad contratante mediante la suscripción de actas”⁹², por tanto la recepción constituye como una forma de concluir un contrato, entendiéndose como el recibimiento a satisfacción del objeto contractual por parte de la administración.

1.6. Características y clases de recepción contractual administrativa

1.6.1. Características:

Los contratos administrativos terminan de forma normal o por circunstancias extraordinarias las cuales son determinadas en el mismo contrato o de acuerdo a lo señalado en la norma legal pertinente, Dromi manifiesta “el cumplimiento del objeto del contrato supone que las partes verificarán en la práctica que ello así ha ocurrido

⁸⁹William López Arévalo, *Tratado de Contratación Pública*, Segunda edición, Tomo I, (Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 2011), 227.

⁹⁰Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima edición, (octubre de 2014).

⁹¹William López Arévalo, *Tratado de Contratación Pública*, Segunda edición, Tomo I, (Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, 2011), 219

⁹² Hernán Jaramillo Ordoñez, *Manual de Derecho Administrativo*, Facultad de Jurisprudencia Universidad Nacional de Loja, Cuarta edición (Loja, Editorial de la Facultad, 1999), 253

en los términos contratados y que las obligaciones de ambas se encontrarán debidamente cumplidas”, únicamente cuando estas circunstancias hayan ocurrido se podrá iniciar el proceso de recepción y liquidación. “en otras palabras se puede afirmar que la terminación de un contrato administrativo es solemne y comprende una serie de actos materiales y jurídicos, cuyo objeto es verificar el exacto e íntegro cumplimiento de las obligaciones del contratante privado, haciendo desde ese momento de cargo de la Administración, los riesgos inherentes a la cosa o servicio respectivo”⁹³; sin embargo, de lo expuesto el contratista no se libera en su totalidad del compromiso adquirido con la administración, queda sujeto de las normas de Derecho Público, “El hecho de que una obra sea recibida a satisfacción en el acto de recepción oficial, no exime al constructor de su responsabilidad por vicios ocultos, si éstos afloran durante los 10 años posteriores a la fecha de la recepción definitiva”⁹⁴; por tanto, para que un contrato administrativo sea considerado concluido debe cumplir ciertas circunstancias como la suscripción de las actas de recepción y que se haya liquidado todas y cada una de las obligaciones contempladas en el contrato. Eduardo García de Enterría respecto al cumplimiento del contrato, hace mención al artículo 110 Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que contempla “cuando este haya realizado, de acuerdo con el término del mismo y a satisfacción de la administración, la totalidad de su objeto”⁹⁵. Seguidamente, fundamentándose en el precepto legal antes señalado, concluye “exige por parte de la administración un acto formal y positivo de recepción o conformidad con las obras, bienes o servicios entregados por el contratista dentro del mes siguiente a dicha entrega, previa constatación de que el objeto del contrato ha sido realizado de acuerdo con los términos o especificaciones del mismo”⁹⁶.

En el caso de nuestra legislación, el artículo 124 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, manifiesta: “Las actas de recepción provisional, parcial, total y definitivas serán suscritas por el contratista y los integrantes de la comisión designada por la máxima autoridad de la entidad

⁹³ Claudio Moraga Klenner, *Contratación Administrativa*, (Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007), 261-262

⁹⁴ Ecuador, Contraloría General del Estado, *Normas de Control Interno para las entidades, organismos del sector público y personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos*, Registro Oficial No. 87 Suplemento, 14 de diciembre de 2009, norma 408-29

⁹⁵ Eduardo, García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo 1, (Bogotá, Editorial TEMIS S.A., 2008), 736.

⁹⁶ *Ibíd.*, 736.

contratante o su delegado conformado por el administrador del contrato y un técnico que no haya intervenido en el proceso de ejecución del contrato”, esta Comisión previa la suscripción de las actas respectivas son los responsables de la constatación o verificación del cumplimiento a cabalidad del objeto contractual, dejando en claro que la actuación de los miembros de la comisión serán personal y pecuniariamente responsables, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar.

1.6.2. Clases de Recepción:

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, clasifica a la recepción en:

- a) **Recepción Única:** Esta recepción extingue la obligación de forma inmediata, el objeto contractual ha sido cumplido a satisfacción de acuerdo lo preceptuado en el contrato, esta se aplica en los contratos de adquisición de bienes y de prestación de servicios incluidos los de Consultoría, siendo sus efectos lo de recepción definitiva.
- b) **Recepción Provisional:** Esta ópera en los contratos de ejecución de obra y contratos integrales por precio fijo, en esta se recibe el objeto contractual provisionalmente, sujetándose a un periodo determinado de verificación, es decir dentro de este periodo se constatará la adecuada operación o funcionamiento del objeto del contrato, y en caso de presentarse novedades se dará la oportunidad al contratista de corregirlas.
- c) **Recepción Definitiva:** esta clase de recepción se produce cuando una vez concluido el objeto contractual, la administración no ha realizado observaciones al objeto entregado por parte del contratista dentro del plazo establecido, es decir el objeto del contrato ha sido recibido y aceptado a satisfacción, suscribiéndose al efecto las actas correspondientes. Cabe señalar que el contratista dentro del lapso de 10 años a partir de la suscripción del acta de recepción definitiva queda responsable de los vicios ocultos que pudieran presentarse en el objeto contractual.

- d) Recepción del Pleno Derecho: Esta se presenta cuando una vez concluido el objeto contractual, la Administración no ha emitido su aceptación o rechazo del objeto del contrato; es decir “se produce ante el silencio de la Administración respecto de la solicitud de recepción hecha por el contratista”⁹⁷, con lo cual “operará sin más trámite la recepción de pleno derecho, para lo cual el contratista notificará por intermedio de un juez de lo Civil o un Notario Público”⁹⁸.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en su artículo 24 inciso segundo refiriéndose a las actas que deben suscribirse para la entrega recepción del objeto contractual, señala: “Las actas contendrán los antecedentes, condiciones generales de ejecución, condiciones operativas, liquidación económica, liquidación de plazos, constancia de la recepción, cumplimiento de las obligaciones contractuales, reajuste de precios pagados, o pendientes de pago y cualquier otra circunstancia que se estime necesaria.

En las recepciones provisionales parciales, se hará constar como antecedente los datos relacionados con la recepción precedente. La última recepción provisional incluirá la información sumaria de todas las anteriores.”⁹⁹, en base a la norma legal expuesta la Recepción del objeto contractual se materializa con la elaboración de las actas las cuales deben contener todos los aspectos relevantes correspondientes a su ejecución.

Las actas de entrega recepción del objeto contractual sean estas provisionales o definitivas deben ser suscritas por los integrantes de la Comisión designada por la máxima autoridad, siendo parte de esta comisión los siguientes intervinientes:

Contratante: es la entidad pública que en base a su necesidad institucional adquiere bienes, contrata la ejecución de una obra o la prestación de un servicio, y es la responsable de la verificación y comprobación del objeto contractual a recibir; es el contratante quien a través de su representante legal o delegado suscribe el acta de

⁹⁷William López Arévalo, *Tratado de Contratación Pública*, Segunda edición, Tomo I, (Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 2011), 221

⁹⁸Ecuador, *Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, en Registro Oficial No.588, Suplemento 12 de mayo de 2009, última modificación 22 de enero de 2015, art. 122, inciso 2.

⁹⁹Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*”, en Registro Oficial No. 395, Suplemento, 04 de agosto de 2008, última modificación 12 de septiembre de 2014, art.124 inciso 2do.

recepción por medio de la cual se certifica que efectivamente el objeto contractual fue entregado a satisfacción de la institución.

Cabe señalar que como parte de la entidad también interviene a la suscripción del acta el administrador de contrato quien es el responsable de vigilar que el contrato se ejecute de acuerdo a las especificaciones técnicas determinadas en el contrato como también de velar por el cumplimiento estricto de las obligaciones contractuales por parte de contratista como también de la entidad.

Contratista: “es la persona natural o jurídica, nacional o extranjera, o asociación de estas , contratada por las entidades contratantes para proveer bienes, ejecutar obras, y prestar servicios incluidos los de consultoría”¹⁰⁰, que tiene a su cargo la realización del objeto contractual, está directamente vinculado a la ejecución y entrega del contrato, es responsable de cumplir con todas las cláusulas contractuales que le corresponda, en especial de entregar el objeto del contrato de acuerdo a las especificaciones técnicas, económicas determinadas en el contrato en óptimas condiciones y en pleno funcionamiento.

En los contratos de obras puede intervenir a la suscripción del acta el fiscalizador quien es el responsable directo de verificar y comprobar que efectivamente el contratista ejecute la obra fielmente de acuerdo a las especificaciones técnicas. Cabe señalar que tanto el fiscalizador como el administrador de contrato son los responsables de garantizar que el objeto contractual se cumpla de acuerdo a los requerimientos efectuados por la entidad y que se apliquen las normas técnicas que exige la naturaleza del objeto a ser entregado.

En este primer capítulo se ha logrado estudiar de manera general la estructura del contrato administrativo, desde su naturaleza, sus diferentes etapas, su ejecución, lo cual nos permitirá abordar con mayor entendimiento la figura jurídica de la recepción de pleno derecho, que a criterio de ciertos autores debería considerar como una forma anormal de terminación de los contratos, provocando una situación negativa para la Administración por cuanto el desentendimiento o falta de respuesta al contratista, conlleva la consecución de efectos entre estos la terminación de la relación contractual y la aceptación de obras, bienes o servicios que no se encuentren

¹⁰⁰Ibíd., art. 6 numeral 6

a satisfacción de la Administración, lo cual provocaría un desfase en el cumplimiento de sus objetivos institucionales, afectando el interés común.

En el segundo capítulo se estudiara el contrato de obra y sus características, por cuanto la recepción de pleno derecho ha tenido mayor incidencia en estos contratos.

Capítulo segundo

Los contratos administrativos de obra y la recepción

2.1 Los Contratos Administrativos de obra

Una vez que se ha revisado los aspectos generales del contrato administrativo, los cuales nacen del deseo de la Administración Pública de dar cumplimiento de los objetivos institucionales orientados a satisfacer las necesidades del bien común, ciertos autores han manifestado que por medio de la contratación administrativa la Administración puede solventar el cúmulo de actividades que por sí solo le resultaría difícil cumplirlas, es así que la intervención de un particular es de vital importancia para el desarrollo de las actividades administrativas, considerándole a este como un colaborador de la Administración, lógicamente esta colaboración está supeditada a condicionamientos que manifiestan la voluntad de la Administración para la consecución de sus fines de satisfacer las necesidades comunes. La Obra pública en cierta medida constituye un medio por el cual la Administración puede cumplir satisfactoriamente su fin. Para hacer efectivo el tema central de esta investigación es necesario revisar el contrato de obra dentro del cual se incluye la Recepción de la obra, la misma que sería utilizada por la Administración en beneficio común. Iniciaremos definiendo que es la Obra Pública.

2.1.1. Obra Pública

“Es obra pública toda construcción integral y reparación realizada sea por la administración pública directamente, sea por el contratista, o bien por concesionarios sobre cosas (inmuebles o muebles) directa e indirectamente afectadas al uso público”¹⁰¹, definición que coincide con Dromi al señalar “que es todo trabajo o construcción sobre bienes muebles inmuebles o servicios de industria, que se ejecutan con un fin de utilidad general, sea por el Estado directamente, sea por un particular”; seguidamente, señala que la Obra Pública conlleva tres aspectos siendo estos: objetivo, subjetivo y finalista; desde el punto de vista objetivo considera obra pública “los actos y operaciones relacionados con dicha obra, esto es todos los bienes muebles, inmuebles y objetos inmateriales, aun cuando hay obra pública por

¹⁰¹Pablo Dermizaky Peredo, *Derecho Administrativo*, 5ta Edición, (Cochabamba, Editora JV, 2001), 151.

accesoriedad”; en el aspecto subjetivo Dromi señala “la obra pública puede pertenecer a una persona pública estatal o no estatal, haciendo la diferenciación en cuanto a que no solo el Estado es propietario sino también los entes públicos no estatales, siempre que tengan atribuciones o competencias públicas por expreso mandato estatal”, y en el aspecto finalista obra pública es considerada como tal si tiene como último fin la satisfacción de un interés general o colectivo...”,¹⁰² por tanto, Dromi define obra pública “como un bien (cosa mueble o inmueble y objetos inmateriales) que pertenece a una entidad pública, estatal o no estatal, y tiene la finalidad de satisfacer un interés colectivo o general...”¹⁰³.

Agustín Gordillo en gran medida aporta al indicar que obra pública se “designa a un cierto tipo de muebles o inmuebles estatales afectados a fines de utilidad general. Son “obras públicas” en este sentido los puentes, caminos, edificios público, etc.”; a diferencia de Dromi, Gordillo determina cuatro elementos de Obra Pública, “...1) Se trata de un cosa inmueble, 2) de construcción artificial, es decir realizada por la mano del hombre (por oposición a los bienes que existen en el estado en que los ofrece la naturaleza), 3) de propiedad del estado, 4) afectada de fines de utilidad general,”¹⁰⁴, llegando a la conclusión de que Obra Pública “ es la cosa mueble o inmueble construida para utilidad o comodidad común, que pertenece a una entidad estatal”, por lo cual se puede entender que la obra pública implica el trabajo humano, para la creación de algo material, no proviene de la naturaleza, nace de la planificación efectuada por la Administración, cuyo finalidad es el cumplimiento de sus objetivos orientado a satisfacer el bien común o general; acogiendo los criterios antes mencionados se entendería que la obra pública “consiste ésta en aquel trabajo o construcción que se ejecuta sobre bienes muebles, inmuebles o servicios industriales, de parte de la Administración o de un particular, para el bien de la colectividad.”¹⁰⁵.

¹⁰²Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, 7 Edición, (Buenos Aires, Ciudad de Argentina, 1998), 440.

¹⁰³Ibídem.

¹⁰⁴Agustín Gordillo, *Obra Pública y Contrato de Obra Pública*, (WWW.gordillo.com/pdf_tomo11/se_cc6/ca2.pdf(1964) 822.

¹⁰⁵Nicolás Granja Galindo, *Práctica de Derecho Administrativo*, (Quito, Editorial Universitaria, 1994), 171-172.

2.1.2. Contrato de Obra Pública

La esencia del procedimiento contractual se encuentra fundamentalmente en lo siguiente:

“1. Por acuerdo de voluntades de la Administración y del particular, se crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas entre las partes; y, 2. Estas relaciones jurídicas son de carácter bilateral, las partes quedan ligadas recíprocamente.”¹⁰⁶, por tanto, el contrato constituye el acuerdo de voluntades que asumen obligaciones,

“El contrato administrativo porque versa sobre un objeto peculiar, el servicio público, y de aquí la justificación de su régimen especial (...) la cuestión está en saber si basta la referencia al servicio público, en cuanto posible objeto de un contrato celebrado por la Administración, para que dicho contrato sea calificado de administrativo. Mientras que para algunos es, desde luego tal referencia, otros entienden que debe ser completada mediante el criterio del régimen especial típico de los contratos administrativos y que se manifiesta en la existencia de cláusulas exorbitantes, que le configuran como algo totalmente distinto de un contrato civil (...). En efecto, estamos ante dos elementos distintos del contrato (el servicio público es el objeto, mientras que la cláusula exorbitante hace referencia al régimen jurídico) que cabalmente están ligados entre sí en relación de causa a efecto; las cláusulas exorbitantes son la consecuencia de que el contrato versa sobre un servicio público, y porque se contrata sobre un servicio público el régimen es exorbitante de Derecho Civil.”¹⁰⁷

En base a lo expuesto, el contrato administrativo adquiere un régimen especial al contar con elementos que los diferencian con los contratos civiles; esté canaliza sus actuaciones al servicio público agregado a esto la existencia de cláusulas exorbitantes.

Complementando lo antes escrito, “El contrato también puede ser administrativo por determinación expresa o implícita de las partes, aún en ausencia de un texto legal expreso que lo califique de administrativo. Se dice que ello ocurre cuando la administración contrata bajo un régimen de “cláusulas exorbitantes” al derecho común, esto es, régimen y/o cláusulas que están fuera de la órbita normal del derecho privado.”¹⁰⁸, la voluntad del particular se manifiesta en la aceptación de las condiciones impuestas por la administración con lo cual se demuestra el acuerdo de

¹⁰⁶ Fernando Garrido Falla, Alberto Palomar Olmedo y Herminio Losada González, *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol.2 (Madrid, Tecnos, 2012), 60

¹⁰⁷ *Ibíd.*, 65

¹⁰⁸ Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo* (Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2013), 489-490.

voluntades, convirtiéndole al contrato administrativo en acuerdo bilateral, Gordillo describe cuáles son esas cláusulas exorbitantes:

- “- Bajo un procedimiento de derecho público como es la licitación pública, con un pliego de bases y condiciones impuesto por la administración en forma unilateral;
- Incluye cláusulas por las que puede aplicar y ejecutar por sí ciertas penalidades (extinción unilateral por acto administrativo, multas por retardo, pérdida de la fianza, ejecución por terceros en caso de incumplimiento, etc.);
- Se exige asimismo de responsabilidad por falta de pago o mora en los pagos salvo el reconocimiento de intereses reducidos;
- Excluye la indemnización de lucro cesante si no cumple con el contrato;
- De carácter precario a los derechos del contratista, o subcontratistas en su caso (La provisión de bienes, obras o servicios a los concesionarios), etc.

En tales casos la conclusión es obvio: El contrato ha quedado sometido a un régimen de derecho público, siendo por lo tanto un contrato administrativo y no un contrato de derecho privado de la administración.”¹⁰⁹.

Por otra parte, son los contratos más importantes en el Derecho de la Contratación Pública, “no solo por ser una de las primeras expresiones de la actividad de la Administración Pública, si no también, por su cuantía que suele ser elevada por su frecuente realización, así como por haber sido de los primeros negocios contractuales que merecieron regularse mediante un régimen jurídico exorbitante del derecho Privado, por lo que suele considerarlos los contratos administrativos por antonomasia.”¹¹⁰

Entonces, el contrato administrativo es considerado como el medio o instrumento, “por el cual una persona, física, o jurídica, se encarga con relación al Estado de construir o conservar una obra pública en las condiciones que fueren establecidas y mediante un precio que debe abonar el Estado”¹¹¹, Dromi es claro al indicar “el contrato de obra pública es un procedimiento mediante el cual el estado, o entidades públicas no estatales, indirectamente, a través de terceros, llevan a cabo la mencionada obra...”, seguidamente señala que el contrato de obra pública no implica la “existencia de una obra pública, ya que puede que se realice a través de un contrato de obra pública una obra que no esté destinada a la utilidad general o colectiva...”¹¹²; por su parte el Dr. Boris Barrera Espín conforme al derecho público define al contrato de obras como “...un contrato formal porque para su

¹⁰⁹ *Ibíd.*, 65

¹¹⁰ Jorge Fernández, *Derecho Administrativo, Contratos* (México, Editorial Porrúa, 2000).

¹¹¹ Manuel Diez, *Manual de Derecho Administrativo*, 2da edición Tomo 1, Buenos Aires, Editorial Plus Ultra, 1980), 411.

¹¹² Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, 7 Edición, (Buenos Aires, 1998), 440.

perfeccionamiento se requiere de lleno los requerimientos señalados en la ley y sin los cuales el convenio no produce los efectos deseados”, se entendería, que el contrato administrativo de obra es un instrumento por medio del cual las partes acuerdan la construcción de una obra pública, pero para que esta tenga plena validez debe cumplir ciertas formalidades.

Gómez- Rincón señalan “que en el contrato de obra el contratista se obliga a la realización de una obra y a cambio, adquiere el derecho a percibir un precio”¹¹³, seguidamente los autores hacen mención al artículo de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público que definen al contrato de obra “(...) aquellos que tienen por objeto la realización de una obra o la ejecución de alguno de los trabajos (...) o la realización por cualquier medio de una obra que responda a las necesidades especificadas por la entidad del sector público contratante”¹¹⁴, a esta definición se agrega un aporte más, es que en el contrato de obra el contratista realiza la construcción de la obra a cambio de un beneficio económico, con lo cual se satisface un interés particular, por tanto en el contrato administrativo se conjuga dos intereses, el interés común que es parte de la Administración y el interés del particular, a decir de Sayagués indica “el contrato de obra pública: puede definirse como el contrato que la administración celebra para la ejecución de una obra pública, retribuyendo a la empresa contratista mediante un precio. Para que se configure este contrato debe existir necesariamente una administración pública como parte principal, la otra parte denominada contratista, toma a su cargo la ejecución de la obra, es generalmente una empresa particular. Para que exista obra pública se requiere un trabajo o labor de construcción, modificación, reparación, o mantenimiento de un bien inmueble. La obra ha de ser realizada por una entidad estatal. Se cumple el requisito cualquiera sea aquella, Estado, gobiernos departamentales, entes autónomos o servicios descentralizados y la obra ha de realizarse en cumplimiento de los fines propios de la entidad estatal.”¹¹⁵.

¹¹³Rafael Gómez y Ferrer Rincón , “El Contrato de Obras”, en *Cuadernos de Derecho para Ingenieros, Contratación Pública* (Madrid, Iberdrola , 2010), 221

¹¹⁴Ibíd., 221.

¹¹⁵ Enrique Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*, 7ma. Edición (Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2002), 75-77.

García de Enterría, respecto al contrato de obra señala “es un contrato de resultado, y de resultado total”¹¹⁶, por cuanto la responsabilidad del contratista es la entrega total de una obra terminada, es decir mientras esta no sea recibida y aceptada por la Administración, el contratista continua siendo *dueño* y por ende es quien debe soportar los riesgos de “perdida, destrucción o deterioro”; esto es lo que se entiende como “riesgo y ventura”.

“El contrato administrativo de obra pública es uno donde la potestad de dirección y control se pone de manifiesto con mayor intensidad. Esto es así porque, independientemente del riesgo asumido por el empresario, la obra es del Estado y se ejecuta para satisfacer una finalidad o interés público. En el ejercicio de esta potestad, en este contrato se ven claramente dos consecuencias de la finalidad estatal, la subordinación jurídica del particular y su carácter de colaborador de la Administración.”¹¹⁷

Finalmente, el autor William López, define al contrato de obra como el “típico celebrado entre la Administración que es la “entidad contratante” y una persona natural o jurídica, denominada “contratista”, mediante el cual está se compromete dentro de un plazo determinado y bajo la supervisión de la Administración, a ejecutar una obra pública que puede consistir en la construcción, mantenimiento, instalación y en general la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución o pago”¹¹⁸, con los enunciados antes señalados se puede entender que el contrato de obra pública es aquel que es celebrado por una entidad de la Administración Pública en su calidad de contratante y un particular considerado el contratista, es decir existe una relación bilateral, cuyo objetivo es la ejecución de una obra en beneficio del bien común; sin embargo, debe cumplir con los requerimientos determinados en la Ley para que surta efecto.

¹¹⁶ Eduardo García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo I*, Decima Quinta Edición (Madrid, Editorial Aranzadi SA., 2011), 784,785.

¹¹⁷ Andrea Lara, *La Dirección y Control, la Prerrogativa de Dirección y Control*, volumen 2(Bogotá, Tecnos,2012), 510

¹¹⁸ William López Arévalo, *Tratado de Contratación Pública*, Tomo I, Segunda Sección, (Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 2011), 137.

-2.1.3. Características del Contrato Administrativo de Obra Pública

Igual que el resto de contratos administrativos, el contrato de obra pública tiene como elementos esenciales la capacidad, el consentimiento, causa, objeto y solemnidades o formalidades, elementos estos que fueron analizados en el capítulo anterior.

El contrato de obra pública como lo indica el Dr. Boris Barrera Espín cuenta con ciertas características, lo describe como:

- Un contrato bilateral, porque tanto el Estado como el contratista se obligan recíprocamente.
- Es oneroso, porque tanto la administración como el empresario se gravan cada uno en beneficio del otro.
- Es conmutativo, porque cada una de las partes se obliga a una cosa que se mira como equivalente de la otra.
- Los contratos de obra pública es que su ejecución no es de forma inmediata, sino de tracto sucesivo o de ejecución que se sucede con varios actos en el tiempo.
- El contrato de obras públicas es un contrato de colaboración que lleva al factor “*intuitupersonae*”, en cuanto él se adjudica en razón de la persona (...)”¹¹⁹,

Otra característica que se puede agregar es que el contrato es sinalagmático porque las partes se han de someter a él de forma inalterable y obligatoria.

El profesor Jaime Vidal Perdomo, manifiesta:

“De esta noción de colaboración que envuelve al contrato de servicios emana la obligación de llevar a cabo el contrato en forma personal; este es un factor conocido en derecho con el nombre de contrato “*intuitupersonae*” ya que se adjudica teniendo en cuenta las cualidades de la persona seleccionada. Todo ello da lugar al principio que señala el tratadista francés André de Laubadere como de ejecución personal del contrato. Como consecuencia de él las cesiones o los subcontratos deben ser autorizados por el Estado”¹²⁰.

A estas características el tratadista Fernando Garrido, menciona otras, así:

“El contrato de obra es un arrendamiento, de resultado y no de actividad (es decir, da lugar no a una deuda de medios, sino de resultados) y la ejecución se realiza a riesgo y ventura del contratista.

El resultado de un bien inmueble (si fuera un mueble sería un suministro) o alguna de las actuaciones sobre inmuebles que señala la Ley. La prestación a cargo del contratista debe referirse necesariamente a una obra completa, entendiéndose por tal la que es susceptible de entregarse al uso o servicio correspondiente.

¹¹⁹ Boris Barrera Espín, “Los contratos de obras públicas”, en *Celebración de Contratos Administrativos*, Volumen 14 (Quito, Editorial Corporación Editora Nacional, Serie de Estudios Jurídicos, 2001), 59

¹²⁰ Jaime Vidal Perdomo, *El Contrato de Obras Públicas*, (Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1979), 21.

El contrato de obras como regla general, es un contrato de resultado pero por unidad de obra, lo que permite que en la liquidación de la obra se le abonen al contratista lo que se conoce con el nombre de “exceso de mediciones”¹²¹.

Con todos los argumentos expuestos la legislación ecuatoriana agrega una característica más señalando que la contratación pública debe ser considerada como “un elemento dinamizador de la economía local, nacional, identificando la capacidad nacional y promoviendo la generación de ofertas competitivas”, es decir, la Administración al ser la parte que condiciona es la encargada de determinar bajo qué condiciones el objeto contractual debe ser entregado; como también, luego de un proceso de selección determinar el particular que este apto para la ejecución de la obra, propendiendo que la participación nacional sea más competitiva, y por ende sea ese particular sea un verdadero colaborador que conjuntamente con la Administración logre la satisfacción del bien común.

En conclusión, los contratos administrativos tienen características que los hacen diferentes de los contratos civiles mientras en estos prevalece el interés particular, los primeros prima el interés público o general, así las características más relevantes en el contrato administrativo son:

- Contiene cláusulas exorbitantes, cuya aplicación permiten asegurar que se cumpla con la satisfacción del interés general, y que voluntariamente son aceptados por el particular, siendo estas “labores de control, fiscalización y supervigilancia; atribuciones sancionatorias y de mando; *iusvariandi*; y terminación del contrato”¹²².
- Son formales, la validez jurídica de los contratos administrativos están sujetos al cumplimiento de solemnidades previstas en la Ley; por ejemplo, para el pago de lo ejecutado requiere de un proceso de verificación y entrega formal del objeto contractual previa suscripción de actas de entrega recepción.
- Desigualdad jurídica, se evidencia en ciertos comportamientos que se presentan en la ejecución de la obra, por ejemplo la potestad de la administración por variar ciertos aspectos del contrato, la obligatoriedad del contratista de rendir garantías que avalicen el cumplimiento contractual, la

¹²¹ Fernando Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II (Madrid, Editorial TECNOS, Madrid, 2006), 83.

¹²² Claudio Moraga, *Contratación Administrativa*, (Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007), 223.

ejecución directa o por medio de otro contratista en caso de mora o incumplimiento.

- *Intuito Personae*, con lleva a la administración a seleccionar su contraparte contractual, produzca que los derechos y obligaciones sean personales, prohibidas de ser transferibles o cedidas.
- Jurisdicción Especial, pues la solución de controversias serán resueltas ante un Tribunal de lo Contencioso Administrativo, permite medios de resolución alternativas de controversias (arbitraje y mediación).

2.1.4. Cláusulas contractuales del contrato administrativo de obra

Cumplidos todo el procedimiento de selección y emitida la resolución de Adjudicación se determina el oferente seleccionado se procede a la elaboración del contrato el cual debe ser conforme o acorde con los pliegos y al acto administrativo de adjudicación, es decir no podrá incluir estipulaciones que establezcan derechos y obligaciones contrarios a los determinados en el pliego, las cláusulas deben ser claras, precisas y de fácil entendimiento para las partes, considero que cada una de las cláusulas son importantes sin embargo en los contratos cuyo objeto es la ejecución de una obra se debe considerar las siguientes:

- a. “La identificación de las partes, una parte es la Administración Pública y la otra el adjudicatario (persona natural, jurídica, extranjera, nacional, consorcio o asociación, incluso una entidad de la misma Administración Pública.
- b. La acreditación de la capacidad de los firmantes para suscribir los contratos, presentación de los nombramientos respectivos tanto de la Administración como de las personas jurídicas, asociaciones o consorcios.
- c. Definición del objeto del contrato, ejecución de una Obra, se determina el nombre de la obra a ejecutarse, por ejemplo Construcción de la Unidad Judicial Quitumbe.
- d. Referencia a la legislación aplicable, en el Ecuador los contratos administrativos se rigen principalmente por las normas establecidas en la Constitución, a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Reglamento, Resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP; y, demás normas de Derecho Público, adicionalmente de forma supletoria se acogerán a las normas de derecho privado Código Civil, Ley de Inquilinato, etc.

- e. La enumeración de los documentos que integran el contrato, de ser posible su enumeración se la realizara cronológicamente y según el orden de emisión. En esta cláusula se detallaran toda la documentación que servirá de base para la suscripción del contrato, así: Los pliegos donde se detallan todas las condiciones generales y específicas de la contratación, las especificaciones técnicas de la obra que se va a ejecutar, la resolución de adjudicación por medio del cual la máxima autoridad en base a los informes entregados por la comisión técnica, adjudica el contrato al oferente que cumplió con todas las condiciones de los pliegos y es idóneo para la ejecución de la obra, las garantías de fiel cumplimiento y del buen uso del anticipo entregadas por el contratista.
- f. El precio cierto, o el modo de determinarlo, las condiciones de pago, considerado como un derecho para el contratista y una obligación para la Administración, previo a efectuarse el pago debe verificarse el avance de obra. Debe constar en el contrato de forma clara. “El precio es un componente esencial en el contrato. Es un derecho del contratista y la obligación principal de la administración, quien exige como contraprestación la obra ejecutada. Previamente al pago del precio hay que proceder a medir y certificar la obra a la parte de ella que estuviera concluida o la etapa pertinente, según lo convenido en el contrato.¹²³”. “El precio del contrato podrá formularse tanto en términos de precios unitarios referidos a los distintos componentes de la prestación o a las unidades de la misma que se entreguen o ejecuten, como en términos de precios aplicables a tanto alzado a la totalidad o parte de las prestaciones del contrato”¹²⁴. Los pagos del contrato de obra en nuestra legislación se los realiza previa la presentación de planillas que demuestran el avance de obra, informe del fiscalizador quien indica que el contratista ha cumplido con el avance de obra de acuerdo al cronograma establecido, informe del administrador quien aprueba lo expuesto por el fiscalizador, seguidamente la máxima autoridad autoriza el pago al

¹²³ Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, 7 edición actualizada (Buenos Aires , Ciudad de Argentina, 1998), 450

¹²⁴ Rafael Gómez, Ferrer Rincón, “El Contrato de Obras”, en *Cuadernos de Derecho para Ingenieros, Contratación Pública*, (Madrid, Iberdrola, 2010), 230.

contratista. El retraso en la entrega de planilla por parte del contratista le genera multas.

- g. La duración del contrato o las fechas estimadas para el comienzo de su ejecución y para su finalización, se debe contemplar la prórroga o prórrogas y su procedimiento, si las hubiera. El inicio de la obra se efectuará de acuerdo a lo estipulado en el contrato, en todo caso a partir de que el administrador proceda con la orden respectiva, o a partir de que se haya efectivizado el anticipo en las cuentas del contratista, que para el efecto deben ser en una cuenta los bancos que pertenezcan al Estado.
- h. Las condiciones de recepción, entregas o admisiones de las prestaciones, el cumplimiento de las obligaciones conllevan un proceso de recepción que implica la entrega por parte del contratista del objeto contractual; y de verificación y aceptación por parte de la Administración a satisfacción, lo cual se materializa en las actas de recepción, cabe señalar que en la ejecución de obras existe dos tipos de recepción provisional y definitiva.
- i. El crédito presupuestario o el programa o rubrica contable con cargo al que se abonará el precio, en su caso”¹²⁵, para la suscripción del contrato se contará con la debida certificación presupuestaria la cual garantizará la existencia de fondos suficientes para cumplir las obligaciones asumidas, requisito *sine qua non*, el cual es obligatorio desde el nacimiento mismo de la necesidad, sin el cual no es posible iniciar un proceso de contratación.
- j. Las garantías otorgadas por el contratista, quien emitirá dos clases. Garantía de fiel cumplimiento del contrato que corresponde al 5% del monto del contrato; garantía del buen uso del anticipo que corresponde al 100% del valor que la Administración entregue al contratista en calidad de anticipo; de considerarse dentro del contrato la entrega de bienes, instalación de equipos, etc., fin de asegurar la calidad y buen funcionamiento, el contratista entregará una garantía técnica.

En términos generales, las garantías constituyen una obligación accesoría que garantiza el cabal cumplimiento de una obligación principal, y en consecuencia, aquella sigue la suerte de esta. En contratación pública, la

¹²⁵Ramón Parada, *Derecho Administrativo*, Parte General 1, Decimoctava Edición, (Madrid, Editorial Marcial Pons, 2010), 258.

finalidad de las garantías siempre será que se cumplan oportuna y cabalmente las obligaciones derivadas del contrato por parte del contratista, teniendo su fundamento en la posición de superioridad de la administración dentro del contrato, que se plasma en las cláusulas exorbitantes una de ellas, evidentemente la que impone la obligación de que se rindan garantías. La garantías buscan proteger los riesgos que eventualmente se busca tener cubierto el buen uso de anticipos, la calidad de los materiales, el cumplimiento hegemónico del contrato, el respaldo técnico, el cobro de mutas, las obligaciones con terceros, etc. El artículo 73 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública determina las formas de garantía.¹²⁶.

- k. Contratos Complementarios, órdenes de trabajo, diferencia de cantidades de obra, proceder cuando por causas imprevistas o técnicas se requiere ampliar, modificar o complementar las obras, al respecto el artículo 85 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública manifiesta: “Obras y Servicios Complementarios.- En el caso de que fuere necesario ampliar, modificar o complementar una obra o servicio determinado por causas imprevistas o técnicas, debidamente motivadas, presentadas con su ejecución, el Estado o la Entidad Contratante podrá celebrar con el mismo contratista, sin licitación o concurso, contratos complementarios que requiera la atención de las modificaciones antedichas, siempre que se mantengan los precios de los rubros del contrato original, reajustados a la fecha de celebración del respectivo contrato complementario”,¹²⁷ en el desarrollo normal de la obra se presentan o pueden presentarse situaciones imprevistas (o falencias que no

¹²⁶ Garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato, otorgada por un banco o institución financiera establecidos en el país o por intermedio de ellos; 2. Fianza instrumentada en una póliza de seguros, incondicional e irrevocable, de cobro inmediato, emitida por una compañía de seguros establecida en el país; 3. Primera hipoteca de bienes raíces, siempre que el monto de la garantía no exceda del sesenta (60%) por ciento del valor del inmueble hipotecado, según el correspondiente avalúo catastral correspondiente; 4. Depósitos de bonos del Estado, de las municipalidades y de otras instituciones del Estado, certificaciones de la Tesorería General de la Nación, cédulas hipotecarias, bonos de prenda, Notas de crédito otorgadas por el Servicio de Rentas Internas, o valores fiduciarios que hayan sido calificados por el Directorio del Banco Central del Ecuador. Su valor se computará de acuerdo con su cotización en las bolsas de valores del país, al momento de constituir la garantía. Los intereses que produzcan pertenecerán al proveedor; y, 5. Certificados de depósito a plazo, emitidos por una institución financiera establecida en el país, endosados por valor en garantía a la orden de la Entidad Contratante y cuyo plazo de vigencia sea mayor al estimado para la ejecución del contrato.

¹²⁷ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial No. 395, Suplemento, 04 de agosto de 2008, Última modificación 20 de marzo de 2017, 85

fueran consideradas por los funcionarios responsables de la elaboración de los estudios y/o especificaciones técnicas), que conllevan al incremento de rubros, los cuales pueden ser subsanados con la celebración de contratos complementarios hasta el 35% del monto total del contrato, con órdenes de trabajo hasta el 10% del monto total del contrato cuando se requiera la ejecución de rubros nuevos es decir rubros que no estuvieron considerados dentro de los rubros iniciales determinados en el contrato y que son de vital importancia en la ejecución de la obra; o, con órdenes de cambio (diferencias de cantidades), “(...) cuando al ejecutarse la obra de acuerdo con los planes y especificaciones del contrato se establecieron diferencias cantidades reales y las que constan en el cuadro de cantidades estimadas en el contrato (...)”¹²⁸ hasta un 25% del monto total del contrato.

Para la realización de los contratos complementarios, órdenes de cambio u órdenes de trabajo los funcionarios encargados de la ejecución del contrato deberán contar con los respectivos informes debidamente justificados de los rubros a incrementarse y la certificación de existencia de fondos para satisfacer tales obligaciones.¹²⁹

1. Reajuste de precios, la Ley dispone que en los pliegos y texto de contrato conste la fórmula o fórmulas de reajuste de precios que contienen sus equivalencias aritméticas precisas para los cálculos correspondiente. El artículo 82 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública contempla la posibilidad de que en los contratos de ejecución de obra, adquisición de bienes, prestación de servicios, cuya forma de pago corresponda al sistema de precios unitarios, y, además los contratos de consultoría, tengan un sistema de reajuste de precios, que no es más que un mecanismo que busca la preservación de la ecuación económica del contrato que se puede ver afectada durante su ejecución por diversas causas, entre éstas la inflación. El reajuste de precios se ejecutara a través de fórmulas, mecanismos y caracteres que se desarrollan de acuerdo a las disposiciones del Reglamento. Para la aplicación de las fórmulas de reajuste, los precios e

¹²⁸ *Ibíd.*, art. 88

¹²⁹ *Ibíd.*, art. 90

índices de precios serán los que entregue el Instituto Nacional de Estadísticas y Censo.

- m. Multas, cláusula obligatoria, se aplicaran en caso de retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales e incumplimiento de las cláusulas contractuales por el contratista. “La multa es una penalidad que aplica la administración por demoras e incumplimientos por parte del contratista. La aplicación de sanciones administrativas debe ejercerse dentro de la legalidad y razonabilidad que implica la comprobación del hecho y la correlativa sanción.”¹³⁰, cabe señalar que cuando la multa sobrepasa el 5%, del monto del valor total de contrato, es causal de terminación unilateral del contrato.”¹³¹.
- n. Administrador del contrato, “La administración no puede desentenderse de la marcha de las actividades que son de su competencia por mandato de la Ley, aun cuando la gestión de la administración misma haya sido encargada a un privado.”¹³², la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública determina “que el supervisor y el fiscalizador del contrato son responsables de tomar todas las medidas necesarias para su adecuada ejecución, con estricto cumplimiento de sus cláusulas, programas, cronogramas, plazos y costos previstos, responsabilidad que se extiende al ámbito administrativo, civil y penal, según corresponda”¹³³. Se les atribuye una responsabilidad conjunta en la administración del contrato. Los contratos de obra requiere los servicios de fiscalización, el administrador del contrato velará porque esté actué de acuerdo a las especificaciones constantes en los pliegos o en el propio contrato.
- o. Subcontratación, conforme al artículo 79 de la Ley, “el contratista podrá subcontratar con terceros, registrados y habilitados en el RUP, la parte de sus prestaciones, siempre y cuando la entidad contratante apruebe por escrito previamente la subcontratación. La aprobación será efectuada por la máxima

¹³⁰ Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, 7ma edición (Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998), 454.

¹³¹ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial No. 395, Suplemento, 04 de agosto de 2008, última modificación 20 de marzo de 2017, art. 94 numeral 3.

¹³² Claudio Moraga Klenner, *Contratación Administrativa* (Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007), 223.

¹³³ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial No. 395, Suplemento, 04 de agosto de 2008, última modificación 20 de marzo de 2017, art. 80.

autoridad, su delegado o por el funcionario que cuente con facultades suficientes para ello.”¹³⁴ La subcontratación se podrá efectuar hasta un 30% del monto total del contrato, por efecto de la subcontratación el contratista no pierde su responsabilidad respecto al cumplimiento de la obra, de igual manera la Administración no asume responsabilidad ni principal ni solidaria respecto de los subcontratista y su personal. Cabe señalar que la subcontratación es la excepción, por cuanto los contratos administrativos por su naturaleza son intransferibles, son *intuitu persona*. La subcontratación, para ser considerada como lícita, debe ser autorizada por la Administración Pública, sea en el o en los documentos que constituyan el texto del contrato o posteriormente por acto especial. Es frecuente que se autorice la subcontratación, pues suele ser indispensable para que el co-contratante cumpla su obligación, ya que resulta difícil que una misma persona disponga de todos los elementos requeridos para el cumplimiento íntegro o total del contrato.”¹³⁵, es importante resaltar que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, prohíbe la cesión del contrato.

Una vez que se analizado en términos generales el contrato administrativo de Obra, que servirá de base para iniciar con el tema de estudio la recepción de pleno derecho, pues sin esté resultaría difícil entender en qué momento se aplica esta figura, cabe señalar que la recepción es un acto de vital importancia en la ejecución de obra por cuanto a través de este se da por terminada las relaciones contractuales entre la Administración y el contratista, permitiendo la utilización de la obra en beneficio bien común.

2.2. La Recepción

La Recepción dentro del contrato administrativo nace con la solicitud del contratista a la Administración mediante el cual hace la entrega de la obra, “la administración romana daba el visto bueno, representada en obra por los duunviro, el censor, o posteriormente, el Curator expedía la certificación final de obra,

¹³⁴Ecuador, *Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial No. 588 Suplemento, 12 de mayo de 2009, última modificación 08 de noviembre de 2016, 120.

¹³⁵Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III, Cuarta Edición (Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1998), 319.

denominada “*opus obrae*” o “*in acceptrom refere.*”¹³⁶, esta certificación establecía que la obra se había realizado conforme a las condiciones establecidas en el contrato y que se podía proceder al pago, previa autorización expresa del senado o de los cónsules. Esto da la certeza que desde épocas antiguas la adquisición de bienes, la ejecución de obras y la prestación de servicios contaban con procedimientos que extinguían la relación contractual, en tiempo de los romanos la certificación era el aval de que la obra ha si terminada y entregada.

La Recepción o el proceso de recepción ha existido en el Ecuador a partir de la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas, posteriormente constaba en la Ley de Contratación Pública, actualmente la recepción es acogida en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en las normas antes dicha ya se contemplaba la figura de la recepción presunta únicamente aplicable en el contrato de obras, ahora concebida como recepción de pleno derecho y aplicable para todos los procesos de contratación administrativa, figura que se encuentra expresa en la ley pero que lamentablemente no se ha contemplado su procedimiento. Previo el estudio de esta figura es necesario saber qué es exactamente la recepción.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, determina cuales son las causales para la terminación de los contratos de la administración, entre estas “el cumplimiento de las obligaciones contractuales”, siendo esta “la forma más correcta y adecuada para que un contrato termine...”, lógicamente cuando las estipulaciones claramente establecidas en un contrato hayan sido cumplidas en debida forma, este cumplimiento conlleva la aceptación a satisfacción de la Administración, “la extinción normal de los contratos estriba, lisa y llanamente, en la ejecución y cumplimiento de lo estipulado en el modo, tiempo y forma que se hubiere convenido”¹³⁷, “lo normal es que las partes cumplan sus obligaciones en la forma estipulada en el contrato, Una vez cumplidas el contrato queda agotado en sus efectos. Se cierra, así, el ciclo normal de vida del vínculo contractual”¹³⁸; pero este cumplimiento de las obligaciones contractuales adicionalmente debe cumplir ciertos requisitos; por tanto,

¹³⁶ José De la Peña, “Alcance y Organización de las Obras Públicas en el Imperio Romano”; en *Revista Nuevos Elementos de la Ingeniería Romana*, (Madrid , 2006),

¹³⁷ Fernando Garrido, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, (Madrid, Editorial TECNOS, 2006), 134.

¹³⁸ Enrique Sayagués, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo II, 8va edición, (Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2002), 565.

“El contrato se entenderá cumplido por el contratista, dice el artículo 110 Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, cuando este haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la administración, la totalidad de su objeto. A estos efectos, el precepto legal citado exige por parte de la administración un acto formal y positivo de recepción o conformidad con la obra entregada por el contratista dentro del mes siguiente a dicha entrega, lo que requiere una previa constatación de que el objeto del contrato ha sido realizado de acuerdo con los términos del mismo”¹³⁹,

El acto formal que exige la norma en primera instancia es la suscripción de las respectivas actas de recepción, seguidamente la liquidación del contrato, Dromi, coincide en mencionar “el cumplimiento del objeto del contrato supone que las partes verificarán en la práctica que ello así ha ocurrido en los términos contratados y que las obligaciones de ambas se encuentran debidamente cumplidas”¹⁴⁰, por tanto una vez comprobado el cumplimiento se otorgará la recepción y liquidación final.

Las actas de recepción son los documentos materializados mediante el cual se determina previa una verificación total que el objeto contractual se ha cumplido a satisfacción, y sobre este resultado se realizará la liquidación total de plazos, entrega de garantías, pagos pendientes o devoluciones, en fin cierre total del contrato.

2.2.1. Concepto

El diccionario de la Real Academia Española de Lengua define a la recepción “acción o efecto de recibir”¹⁴¹ es decir el acto de “tomar lo que una persona se le da o se le envía”¹⁴², por su parte Cabanellas define “recepción, acción correlativa de la entrega, admisión, aceptación.”¹⁴³, Boris Barrera considerada “la aceptación expresa que hace el contratante de la obra materia del contrato. En el objeto del contrato la recepción equivale al pago o la prestación efectiva y por ende extingue la obligación”¹⁴⁴, la recepción, es la acción de recibir por parte de la Administración a satisfacción el objeto contractual, siendo su obligación entregar los valores acordados en el contrato.

¹³⁹ Eduardo, García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, (Bogotá, Editorial TEMIS, 2008), 736.

¹⁴⁰ Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, 7ma edición (Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998).

¹⁴¹ Océano, *Diccionario Enciclopédico* (Barcelona, Editorial Océano, 1997).

¹⁴² *Ibíd.*

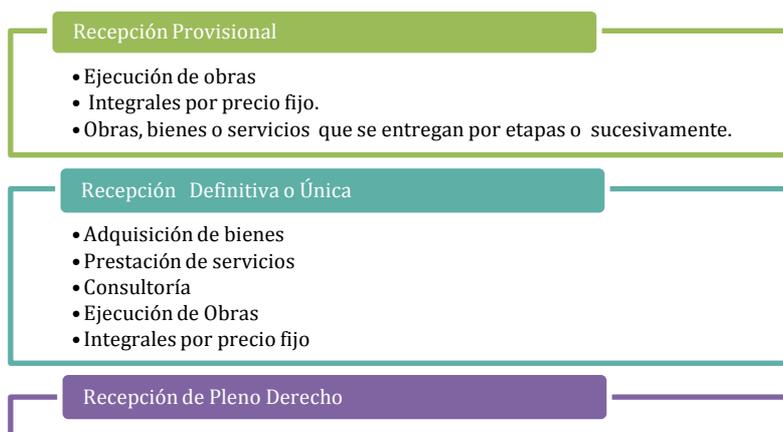
¹⁴³ Guillermo Cabanellas, *Diccionario Jurídico Elemental*, (Guatemala, Editorial Heliasta, 1979).

¹⁴⁴ Boris, Barrera Espín, “Los contratos de obras públicas”, en *Celebración de Contratos Administrativos*, Volumen 14 (Quito, Editorial Corporación Editora Nacional, Serie de Estudios Jurídicos, 2001), 78.

2.2.2. Clasificación de la Recepción

De acuerdo a la naturaleza de la contratación la recepción se clasifica en:

Cuadro 2
Clasificación de la recepción



Fuente: LOSNCP
Elaboración propia

El proceso de recepción de obra inicia cuando el contratista, llegado el plazo determinado en el contrato, informa a la Administración que la obra ha sido terminada y por tanto solicita se proceda a recibir la misma.

“En los contratos de ejecución de obras, quien recibe la obra no tiene los elementos suficientes para declarar cumplida la obligación, precisamente por la naturaleza del contrato es necesario que se realice de una manera singular, que consiste en hacer dos recepciones una provisional y una definitiva, entre una y otra debe haber un tiempo prudencial que haga evidente el cumplimiento del objeto del contrato”¹⁴⁵.

Recepción Provisional: “Es el acto formal mediante el cual la Entidad Contratante recibe el objeto materia del contrato provisionalmente, es decir, sujeto a verificación dentro de un término legal”¹⁴⁶, a partir de la solicitud de recepción de la obra efectuada por el contratista, la Administración dentro del plazo determinado en el contrato o en caso de no haberse contemplado el plazo, dentro de los 15 días posteriores a la solicitud del contratista se pronunciará, pudiendo la Administración por razones técnicas debidamente justificadas negarse a recibir la obra, debiendo el contratista dentro del término otorgado subsanar las observaciones efectuadas por la

¹⁴⁵ *Ibíd.*

¹⁴⁶ William López, *Tratado de Contratación Pública*, Tomo II, 2da edición, (Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 2011), 353

comisión responsable de la recepción, verificado el cumplimiento de las observaciones la Comisión conjuntamente con el contratista se procederá a suscribir el acta de recepción provisional. “Con esta recepción se puede habilitar al uso de la obra o proceder a su explotación, según proceda.¹⁴⁷, la Administración puede hacer uso de la obra, lógicamente la responsabilidad permanece en el contratista, sin embargo, los daños que se efectuaren por el uso inadecuado le corresponde al contratante.

Esta recepción también prevé recepciones parciales en la que se pueda receptor obras por etapas o se refieren a contratos de tracto sucesivo o de larga duración, en la que las obligaciones se generan y a su vez se extinguen en forma parcial o provisional, a medida que se va ejecutando el contrato, por ejemplo la construcción de un Complejo Judicial dentro del cual se construyen unidades judiciales de varias materias (civiles, penales, etc.) y se produce la entrega parcial de las unidades judiciales civiles, cabe indicar que las entregas provisionales parciales deben estar estipuladas en el contrato, indicándose el porcentaje de cumplimiento de la obligación principal en cuanto se refiere a las obligaciones totales que la conforman.

Recepción Definitiva: Transcurrido el plazo, que no podrá ser menor a 6 meses, dependiendo de la naturaleza de la obra el término puede ser menor, a partir de la suscripción del acta de recepción provisional, , procederá la suscripción del acta recepción definitiva, siempre y cuando no existan divergencias o reclamos entre las partes, será la Comisión designada para el efecto quien determine que no existen observaciones de carácter técnico, económico o legales y que durante el tiempo entre la recepción provisional y definitiva no se han presentado problemas que deban ser subsanados.

“La recepción definitiva de la obra, lo que se hace en la misma forma y con las mismas solemnidades de la provisional. Efectuada la recepción definitiva se procede a liquidar el contrato (...), y la autoridad que la aprueba ordenará la suscripción y protocolización por el contratista de la resolución de liquidación”¹⁴⁸.

Cabe señalar, que con la suscripción del acta de recepción definitiva da por terminada la relación contractual existente entre la Administración y el contratista,

¹⁴⁷ Claudio Moraga Klenner, *Contratación Administrativa* (Chile, Editorial Jurídica Chile, 2007), 263.

¹⁴⁸ *Ibíd.*

sin embargo el contratista no queda exento de responsabilidad, pues esté responderá por vicios o defectos que se presentaren del objeto contractual, sujetándose para el efecto a las normas supletorias del Código Civil.

Recepción Única: Es “acto formal mediante el cual la Entidad Contratante recibe del contratista el objeto del contrato por considerar que se ha cumplido a cabalidad”¹⁴⁹, esta recepción extingue la obligación de forma inmediata, habilitando al administrador del contrato a solicitar el pago respectivo ante la máxima autoridad de la Entidad Contratante o su delegado, este tipo de recepción, es aplicable en los contratos instantáneos, en los que existe una sola entrega por parte del contratista, con la que se extingue el cumplimiento de las obligaciones establecidas.

2.3. La recepción de pleno derecho o presunta en los contratos administrativos de obra

2.3.1. Favorable al Contratista

La primera norma que aborda la contratación pública en el Ecuador fue la Ley de Licitaciones o Concurso de Ofertas, la misma que es derogada por la Ley de Contratación Pública, en donde ya se considera a más de las recepciones provisional y definitiva, a la recepción definitiva presunta, que en su parte pertinente señalaba:

“Si la entidad no hiciere ningún pronunciamiento ni iniciare la recepción definitiva, una vez expirado el término señalado, se considerará que tal recepción definitiva se ha efectuado, para cuyos fines el contratista pedirá al Juez competente que se notifique a la entidad, indicando que ha operado la recepción definitiva presunta”, seguidamente el art. 84 indica: “Operada la recepción definitiva presunta, la entidad contratante tendrá el lapso previsto por el contrato, y, en defecto de ello, el término de treinta días, para efectuar la liquidación del contrato. Si no lo hiciere, el contratista podrá presentar su liquidación a la entidad. Si no se suscribe el acta de la liquidación técnico económico en un nuevo término de treinta días, el contratista notificará judicialmente con su liquidación a la entidad contratante.

Los funcionarios que por su acción u omisión dieran lugar a la reclamación administrativa o demanda judicial, por las causas establecidas en este artículo, serán responsables, administrativa, civil y penalmente”¹⁵⁰.

Esta recepción presunta operaba únicamente en los contratos de obra, siendo uno de sus efectos principal la devolución del fondo de garantía de contratación, que

¹⁴⁹ William López, *Tratado de Contratación Pública*, Tomo II, 2da. Edición (Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 2011), 354

¹⁵⁰ Ecuador, *Ley de Contratación Pública, Codificación*, Registro Oficial No. 272, 22 de febrero de 2001.

de una u otra manera subsanaba el retraso de la recepción y evitada que el contratista sufra mayores afectaciones económicas. La norma establecía los plazos en que se debían efectuar la liquidación. A criterio de ciertos funcionarios esta norma se operaba ante la negligencia administrativa del contratante, o también por desidia al contratista creyendo perjudicarlo cuando en realidad el Estado era quien ante su falta de acción u omisión daba lugar a la reclamación administrativa o demanda judicial por no haber recibido la obra, es decir era considerada más que un castigo para el contratista una sanción a la Administración por su falta de accionar, acarreando responsabilidades administrativas, civiles o penales en contra de los funcionarios que la provocaban. Actualmente se la denomina Recepción de Pleno de Derecho manteniendo la naturaleza de la recepción presunta, con ciertas diferencias por ejemplo es extensiva a bienes, servicios y obras, su efecto principal es la terminación del contrato.

La Recepción de Pleno Derecho, “Es una recepción tácita o presunta, que se produce ante el silencio de la Administración respecto de la solicitud de recepción hecha por el contratista”¹⁵¹, esta recepción procede únicamente a la falta de pronunciamiento de la Administración ante el pedido efectuado por el contratista, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, determina que ante el silencio de la administración respecto al proceso de recepción dentro de los plazos establecidos para el efecto, “...se considerará que tal recepción se ha efectuado de pleno derecho, para cuyo efecto un Juez de lo Civil o un Notario Público, a solicitud del contratista notificará obligatoriamente que dicha recepción se produjo; la negativa del funcionario será causal de sanción por parte del Consejo de la Judicatura. La recepción presunta definitiva producirá como único efecto la terminación del contrato, dejando a salvo los derechos de las partes a la liquidación técnico económica correspondiente”¹⁵². De acuerdo a lo expuesto por la norma se puede determinar tres situaciones:

Primera, la falta de respuesta por parte de la Administración, da la oportunidad al contratista de acudir ante un Juez o Notario para que sea él quien comunique a la Administración el deseo del contratista de entregar el objeto

¹⁵¹ *Ibíd.* 354

¹⁵² Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial No. 395, Suplemento, 04 de agosto de 2008, última modificación 12 de septiembre de 2014, art. 23 inciso 4to.

contractual, alertando a la Administración que su falta de accionar puede ocasionar perjuicios graves a la entidad como también acarrear responsabilidades sobre los funcionarios responsables toda vez que esta recepción tiene como única finalidad extinguir la relación contractual existente, restringiendo a la Administración la posibilidad de verificar si efectivamente el contratista ha cumplido a cabalidad con las condiciones y términos estipulados en el contrato, pues nada se dice respecto al cumplimiento del objeto contractual.

Si bien es cierto, la recepción de pleno derecho tiene como efecto la terminación del contrato, dejando a salvo la liquidación económica, la misma que no se concreta por cuanto la máxima autoridad a pesar de existir el pronunciamiento del Juez o Notario; y, la norma al no establecer el término que se requiere para formalizar la liquidación económica correspondiente, lo cual no permite que el contratista pueda hacer uso efectivo de esta recepción.

Segunda, la norma únicamente le concede al Juez o Notario la potestad de notificar a la Administración, sin establecer hasta dónde va su accionar y que procedimiento aplicar, quedando nuevamente en indefensión el contratista, por cuanto el Juez se limita únicamente a recordarle a través de la notificación a la administración que tiene la obligación de cerrar las relaciones contractuales asumidas.

Tercera, determina que en caso de que el funcionario se negare a realizar dicha diligencia será susceptible de sanción por parte del órgano competente, recordemos que en Derecho Administrativo Público únicamente se puede realizar lo que la Constitución y demás normas legales establecen, por tanto una vez efectuada la notificación por parte del Juez, será la Administración y el contratista quienes concluyan la relación contractual.

2.3.2 Favorable a la Administración

La Recepción de Pleno Derecho operaba únicamente a favor del Contratista, a partir de la reforma efectuada a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada el Registro Oficial Suplemento No. 100 de 14 de octubre de 2013, se otorga la facultad a la entidad contratante de exigir al contratista la suscripción de las actas de recepción, así:

“La entidad contratante declarará la recepción presunta a su favor, respecto de los contratistas de obras, adquisición de bienes o servicios, incluidos los de consultoría, en el caso de que éstos se negaren expresamente a suscribir las actas de entrega

recepción previstas, o si no las suscribieren en el término de diez días, contado desde el requerimiento formal de la entidad contratante. La recepción presunta por parte de la entidad contratante, la realizará la máxima autoridad o su delegado mediante resolución motivada, que será notificada al contratista de conformidad con el procedimiento establecido en el Reglamento de esta Ley”¹⁵³.

Aparece la posibilidad de que la Administración sea quien a su favor aplique la Recepción de Pleno Derecho, ante la falta de suscripción de las actas de recepción por parte del contratista, mediante la emisión de una resolución debidamente motivada.

De lo anotado, la Recepción de Pleno Derecho se exterioriza como consecuencia de una solicitud del contratista, iniciando un acto de notificación a la Administración, en donde se produce la voluntad de la administración y se origina efectos jurídicos de forma directa e inmediata sobre la entidad contratante que son obligatorios por efecto del cumplimiento de la disposición legal aplicada por la autoridad jurisdiccional, bajo esta perspectiva, la Recepción de Pleno Derecho se configura por una voluntad objetiva determinada en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y el Juez o Notario en aplicación a lo que manda la ley.

Las actuaciones del juez o notario respecto a la aplicación de la recepción de pleno derecho, deben ser debidamente motivadas determinando con exactitud cuáles fueron los motivos por el cual se suscitaron los hechos que obligaron al contratista a solicitar su aplicación, de igual manera la procedencia y forma de ejecutarse dicho acto, determinando sus consecuencias jurídicas. Cabe señalar que lo manifestado se configura en lo que determina la Constitución que dispone:

“En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados”¹⁵⁴.

¹⁵³Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial No. 395, Suplemento, 04 de agosto de 2008, última modificación 12 de septiembre de 2014, art. 81, inciso 2do.

¹⁵⁴Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008, última modificación 21 de diciembre de 2015, art. 76, numeral 7, literal l).

De las solicitudes de recepción de pleno derecho realizadas por los notarios, se puede observar que el Notario se limita únicamente a efectuar la notificación a la Administración, lo cual se puede evidenciar que existe una violación al principio de motivación consagrado en la constitución, lo que en estricto apego a la norma estas actuaciones podrían ser consideradas nulas; sin embargo, es importante resaltar que el notario al dar fe pública su acción es verificar y certificar sobre hechos verídicos y reales; por tanto se entendería que la motivación para la notificación es la constatación y verificación de los documentos o actos que se le exhiben.

Respecto a la notificación, “el acto que no ha sido notificado no produce efectos jurídicos inmediatos. No es acto administrativo en el concepto que hemos señalado. Por tanto la notificación es el elemento del acto, forma parte de él.”¹⁵⁵; por su parte Gordillo con relación a la notificación señala:

“Acto general o particular, productor de efectos jurídicos inmediatos. En los actos administrativos en sentido estricto, la forma de publicidad aplicable es la notificación, que importa un conocimiento cierto del acto por el destinatario, a diferencia de la publicación que supone un conocimiento ficto por los eventuales afectados. La notificación debe transcribir íntegramente el acto, incluyendo parte resolutive y motivación y la enunciación completa y fiel de los medios de impugnación. Cabe a su vez distinguir la notificación de actos administrativos en general y la de aquellos que cierran la vía administrativa y dejan abierta la judicial.”¹⁵⁶

Para que la Recepción de Pleno Derecho surta efecto es necesario que sea notificado al representante o máxima autoridad de la entidad contratante, la notificación como manifiestan los autores antes mencionados producen los efectos jurídicos cuando estos son notificados, este es un requisito *sine qua non*, para la efectividad de esta figura.

Otro punto que es importante indicar es que, el Notario al dar fe pública de los actos que le son solicitados, deben ser efectuados directamente por el notario en ejercicio de sus funciones, pues aquí no se admite delegación alguna; por tanto, la falta de presencia del notario puede acarrear nulidad de los actos, como también las sanciones que correspondan en su contra.

La Constitución, determina que todas las manifestaciones de poder serán susceptibles de impugnación, todo acto administrativo goza de la presunción de

¹⁵⁵ Roberto Dromi, *Elementos del Acto Administrativo, Derecho Administrativo* (Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1997), 242.

¹⁵⁶ Agustín Gordillo, *Notificación y Publicación*, http://www.gordillo.com/pdf_tomo4/capitulo5.pdf.

legalidad, pero la misma es relativa puesto que el administrado tiene todo el derecho a impugnar la validez del acto administrativo por vía administrativa y judicial.

Secaira al respecto señala:

“la persona física, titular del órgano público, en ejercicio de su cargo puede tomar una decisión ajena a derecho, sea por acción u omisión, o que esta no se compadezca con la verdad material del proceso administrativo. En este caso, el administrado tiene la facultad jurídica de reclamar, de impugnar las resoluciones que no le favorezcan. Este derecho es una protección jurídica tutelada por el Estado a través de la legislación. Dentro de esta protección está el derecho al debido proceso y sus garantías, relativas a las obligaciones de los servidores públicos de motivar sus resoluciones, cuando sus actos afecten a las personas (positiva o negativamente) cuyo caso es señalar puntualmente los hechos que causen la resolución, las normas jurídicas relativas a ellos y la pertinencia de aplicación al caso.”¹⁵⁷.

De acuerdo a lo expuesto todos los actos son susceptibles de impugnación, en especial aquellos actos que nacen del poder, la recepción de pleno derecho al no contar con un procedimiento, no cumple con los elementos del debido proceso, peor aún la norma no establece un mecanismo impugnatorio contra una Recepción de Pleno Derecho; sin embargo, al ser emitido por una autoridad y que afecte los derechos de la Administración o del contratista, este puede acudir a un proceso judicial para solucionar la controversia que se ha derivado de una Recepción del Pleno Derecho que ha sido practicada inapropiadamente.

De lo analizado, se puede evidenciar que la recepción de pleno derecho es una figura que presenta ciertas dificultades, y que su accionar está violentando ciertos principios consagrados en la Constitución, como el principio de motivación, la actividad del Juez o Notario se limita únicamente a efectuar la notificación a la máxima autoridad de la entidad contratante, cuando el accionar del juez y notario debería ir desde la verificación efectiva y real de los hechos procurando salvaguardar los derechos tanto de la Administración, como del contratista en el cumplimiento del objeto del contrato hasta la suscripción del acta de liquidación económica respectiva, al no existir un procedimiento no se está garantizando el debido proceso por ende se está violentando el principio de seguridad jurídica.

En el capítulo siguiente se expondrá los problemas que presenta la aplicación de esta figura, y se emitirán las posibles soluciones.

¹⁵⁷ Patricio Secaira Durango, *Curso de Derecho Administrativo*, (Quito, Editorial Universitaria, 2004), 230.

Capítulo tercero

Consecuencias jurídicas de la recepción

3.1 Consecuencias jurídicas de la recepción definitiva de los contratos de obra administrativa

Recapitulando lo visto en los capítulos anteriores, respecto a la recepción de los contratos administrativos de obra tenemos que los contratos culminan, con su total y oportuna ejecución, lográndose así el objetivo de la administración de satisfacer las necesidades colectivas y del contratista de obtener un beneficio económico por su trabajo.

Escola sostiene que el contrato administrativo, si bien es cierto contiene prerrogativas especiales a favor de la administración, las mismas no alcanzan para que pierda su naturaleza de constituir ley para las partes intervinientes en el mismo, ya que las obliga con idéntica fuerza con la que se obligan quienes concurren a celebrar un contrato privado, eso sí, destacando que la diferencia entre los contratos públicos y los privados radica en este aspecto en la flexibilidad y mutabilidad de los términos del contrato administrativo, la cual está dada principalmente por la finalidad de esa clase de contratos que es el interés público. Sin embargo, la mutabilidad señalada Escola “queda restringida a límites reducidos, ya que lo estipulado por las partes en el contrato administrativo debe respetarse en su esencia, de modo que no resulten alterados el objeto y el contenido de la convención celebrada”¹⁵⁸.

En el Ecuador la situación no es muy distinta al criterio expuesto por Escola; así, el artículo 1561 del Código Civil establece que “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”¹⁵⁹, norma que le da categoría de ley a los contratos entre las partes intervinientes en ellos, de manera concordante el número 2, del artículo 11 de la Constitución de la República pregona:

“Todas la personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

¹⁵⁸Héctor Escola, *Tratado Integral de los Contratos*, Volumen 1, Parte General, (Texas, Depalma, 1979), 374

¹⁵⁹Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial No. 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, última modificación 19 de junio de 2015, art. 1561.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad”¹⁶⁰.

Igualdad de las personas (incluyendo la igualdad ante la Ley), sin distinción alguna (un ente público o privado); por lo cual, si tenemos que los contratos son ley para las partes y todas las personas son iguales ante la ley, entonces los contratos administrativos en el Ecuador son una ley tanto para la administración como para el particular que concurren a celebrarlo, sin perjuicio de las prerrogativas especiales que tenga a su favor la administración.

Lo dicho no es más que el desarrollo del principio de Derecho Romano que se refiere al *contractus lex*, el cual estatuye que las estipulaciones de un contrato son ley para las partes y que estas pueden ser invalidadas por causas establecidas en el mismo contrato o en la Ley, lo que se armoniza con el principio de legalidad que rige al Derecho Público de forma general y a la contratación administrativa de forma particular. En tal virtud, la regla general es que el contrato al ser ley para las partes, no puede ser invalidado, salvo por causas legales que el ordenamiento jurídico prevé.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en su artículo 92 determina las formas de terminación de los contratos administrativos siendo una el “cumplimiento de las obligaciones contractuales”¹⁶¹, entendiéndose esta como la forma normal y correcta en la que deberían culminar los contratos, viéndose de este modo satisfechas las necesidades de parte y parte, “La obligación es un vínculo jurídico que coloca a una persona determinada en la necesidad de dar, hacer o no hacer alguna cosa, respecto de otra, también determinada.”¹⁶², bajo este esquema se entiende que las obligaciones cumplidas fueron la ejecución del objeto contractual en el plazo y forma prevista en el contrato por parte del contratista; y, el pago oportuno de acuerdo a la forma convenida en el contrato por parte de la

¹⁶⁰ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008, última modificación 21 de diciembre de 2015, art. 11, numeral 2.

¹⁶¹ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial No. 395, Suplemento, 04 de agosto de 2008, última modificación 12 de septiembre de 2014, art. 92.

¹⁶² Arturo Alessandri Rodríguez, *Derecho Civil, Teorías de las Obligaciones* (Bogotá, 1983), 9

entidad contratante, “(...) la entidad como el contratista tienen obligaciones recíprocas que cumplir. Estas obligaciones nacen de la ley y de los contratos. Un contrato administrativo termina cuando se han cumplido todas las obligaciones, se haya procedido a la recepción definitiva de las obras (...), y remitiendo las actas a la Contraloría General del Estado para efectos de control posterior.”¹⁶³, no habrá cumplimiento de obligaciones si una de las partes no ha ejecutado las que le corresponde, el cumplimiento de las obligaciones como lo vimos con anterioridad debe quedar plasmado en actas de entrega recepción que reflejen la realidad de la extinción de las obligaciones.

El Artículo 81 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública señala en los contratos de ejecución de obra, así como en los contratos integrales por precio fijo existirán una recepción provisional y una definitiva; sin perjuicio de lo señalado, en las contrataciones en que se pueda receptor las obras, bienes o servicios por etapas o de manera sucesiva podrán efectuarse recepciones parciales; de lo expuesto en la norma, se puede colegir que una vez cumplido el plazo y terminado el objeto contractual el contratista tiene la obligación de solicitar a la Administración se reciba el objeto contractual, debiendo la Administración en el tiempo otorgado por la ley la obligación de pronunciarse sea aceptando el objeto contractual “la obra” o exponiendo su negativa en caso de no estar conforme con dicha entrega; de igual manera, la falta de pronunciamiento del contratante da lugar a que éste recurra al auxilio de un juez o notario para que opere la recepción de pleno derecho produciéndose de esta forma la terminación del contrato.

Cuando se trata de ejecución de obras deben cumplirse ciertos parámetros, la cosa que se entrega es una obra debidamente ejecutada, que se la entregue dentro del tiempo y lugar que se haya contemplado en el contrato y cumplir con las especificaciones técnicas determinadas en el contrato, de no cumplirse con estos parámetros no dará lugar a la extinción de la obligación.

Ahora bien, la ejecución de obra contempla dos tipos de recepción una provisional y definitiva, cada una se perfecciona con la suscripción de las actas correspondientes; en el caso de la recepción provisional el contratista tiene la obligación de requerir a la Administración su recepción, esta notificación se la

¹⁶³ Hernán Jaramillo, *Manual de Derecho Administrativo* (Loja, Facultad de Jurisprudencia, Universidad Nacional de Loja, 1999), 248.

realizara dentro del plazo estipulado en el contrato de no haberse indicado en el contrato se realizará dentro del plazo de 15 días a partir de la comunicación que hiciera el contratista.

“A la recepción concurrirá un facultativo designado por la administración, el facultativo encargado de la dirección de las obras y el contratista. Si las obras se encuentran en buen estado, el funcionario designado por la Administración las dará por recibidas, levantándose la respectiva acta, comenzando entonces el plazo de garantía. En caso contrario, se hará constar así en el acta y el director de las obras señalará los defectos observados, fijando un plazo para remediarlos. Si transcurrido dicho plazo no lo hubiere efectuado podrá concederle otro nuevo plazo improrrogable o declara resuelto el contrato”¹⁶⁴;

Es decir, de no estar de acuerdo con la entrega la Administración deberá indicar de forma justificada los motivos por el cual se niega a recibirla, debiendo el contratista subsanar las observaciones efectuadas por la Administración dentro del plazo establecido, subsanadas las mismas se suscribirá el acta de recepción provisional, en la cual constará la liquidación provisional económica y de plazos.

Una vez transcurridos los seis meses, pudiendo este término ser menor o mayor dependiendo la naturaleza de la obra, a partir de la suscripción del acta de recepción provisional (García de Enterría y Fernández a este espacio de tiempo entre la recepción provisional y definitiva la denominan “periodo de garantía”), de no existir situaciones que afecte el normal funcionamiento de la obra y de estar a satisfacción por la Administración se suscribirá el acta de recepción definitiva extinguiéndose la obligación existente entre la administración y el contratista, debiendo la administración devolver las garantías respectivas.

“No obstante, las obras están sujetas también a un plazo de garantía por vicios ocultos durante el termino de quince años desde la recepción, tiempo en que el contratista responderá por los daños y perjuicios, transcurrido este plazo sin que se haya manifestado ningún daño o perjuicio, quedará totalmente extinguida su responsabilidad.”¹⁶⁵; por tanto, la recepción definitiva si bien extingue la obligación contractual entre las partes, no le exime de la responsabilidad al contratista por vicios ocultos que la obra presente, durante un periodo de “10 años”¹⁶⁶, de

¹⁶⁴Ramón Parada, *Derecho Administrativo I*, Parte General (Madrid, Editorial Marcial Pons, 2010), 327

¹⁶⁵Ibíd. 328

¹⁶⁶Ecuador, Contraloría General del Estado, *Normas de Control Interno para las entidades, organismos del sector público y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de*

presentarse observaciones dentro de este tiempo el contratista tiene la obligación de subsanarlas.

Lo descrito anteriormente constituye la terminación normal de un contrato, cabe resaltar que la suscripción de las actas es considerado un acto de voluntad entre las partes por tanto el contratista hace la entrega de lo contratado de acuerdo a las especificaciones técnicas, legales y económicas exigidas en el contrato y la administración acepta a satisfacción lo entregado por el contratista.

Con la recepción definitiva se producen efectos jurídicos tanto para el contratista como para la Administración, así:

- “la recepción definitiva pone fin al negocio y significa el agotamiento de la responsabilidad y obligaciones del empresario, excepto en los casos de ruina.”¹⁶⁷, se extingue la obligación contractual entre las partes; sin embargo, ante vicios ocultos que se presenten en la obra al paso del tiempo el contratista es responsable tanto civil y penalmente ante el Estado, Dromi al respecto indica “la amenaza de ruina es suficiente para generar la responsabilidad del contratista, aun después de la recepción definitiva. La amenaza o ruina puede obedecer a vicios de construcción, vicios de suelo o del plano o mala calidad de los materiales. La responsabilidad del contratista no se presume sino que debe probarse.”¹⁶⁸.
- Otro efecto es que “a partir de la recepción las obras se entregan al uso público o servicio correspondiente, quedando en consecuencia desde ese momento a cargo de la administración con el consiguiente desplazamiento a esta de los riesgos, incluida la fuerza mayor, sin más salvedades que las previstas en el contrato o establecidas por la ley.”¹⁶⁹, cabe indicar que a partir de la suscripción del acta de recepción provisional la Administración ya puede hacer uso de obra entregada, siendo responsable únicamente de los daños que puedan producirse por el uso inadecuado de la obra, por cuanto la responsabilidad de daños

recursos públicos, Registro Oficial No.87, Suplemento, de diciembre de 2009, última modificación 16 de diciembre de 2014, norma 408-29.

¹⁶⁷Roberto Dromi, *Derecho Administrativo* (Buenos Aires, Editorial de Ciencia y Cultura, 1998), 449.

¹⁶⁸Ibid, 449.

¹⁶⁹Eduardo García de Enterría, Tomás- Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo 1 (Bogota- Lima, Editorial Temis S.A, 2008), 737.

ocasionados por cuestiones propias de la obra, su conservación y mantenimiento es del contratista hasta la suscripción de la respectiva acta de recepción definitiva.

- Procede la devolución de las garantías por parte de la Administración al contratista, “la recepción definitiva habilita al reintegro de la garantía contractual, liberación del fondo de reparo y pago íntegro del precio por liquidaciones pendientes.”¹⁷⁰,
- Procede la liquidación económica definitiva del contrato, las partes una vez suscrita el acta de recepción definitiva determinan los valores a favor o en contra que resultare de está,

“A través de la liquidación de los contratos se busca en especial establecer el equilibrio final en las relaciones suscitadas entre la entidad estatal y el contratista, con el objeto de dejar niveladas las prestaciones y derechos surgidos del negocio jurídico. En este sentido el principio de la conmutatividad, entendido como la equivalencia obvia que debe existir entre lo que se da o hace por una parte y lo que se recibe por la otra, se torna en regla vinculante e imperativa, que debe ser restablecida al final de la relación jurídica, con el propósito de que el negocio finalmente sea equivalente entre las partes.”¹⁷¹,

la obligación de liquidar no está dispuesta únicamente para una de las partes, pues de estar de acuerdo las partes con los valores expuestos hablamos de un acuerdo bilateral; sin embargo, ocurre que una de las partes no puede estar conforme, desembocando en un liquidación unilateral donde necesariamente se tenga que acudir a la decisión arbitral o judicial; es necesario aclarar que la liquidación del contrato no constituye una decisión de la administración o del contratista, al contrario en la liquidación se debe reflejar la realidad de la ejecución del contrato, acto que por su propia naturaleza produce efectos jurídicos entre las partes.

Por otro lado la liquidación del contrato no debe ser considerado como un acto aislado de la recepción definitiva, pues esta es parte de la acta de recepción definitiva, la norma determina que la liquidación final será parte de la acta en la cual constará “los valores recibidos por el contratista, los pendientes de pago o los que deba deducírsele o deba devolver por cualquier concepto, aplicando los reajustes correspondientes. Podrá también procederse a las compensaciones a que hubiere

¹⁷⁰Roberto Dromi, *Derecho Administrativo* (Buenos Aires, Editorial de Ciencia y Cultura, 1998), 449.

¹⁷¹Jaime Santofimio, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV, (Bogotá, Sigma Editores, 2004), 388,389.

lugar.”¹⁷², de existir valores a ser cancelados estos deberán ser pagados dentro de los 10 días siguientes de efectuada la liquidación, de no pagarse causarán intereses legales como los daños y perjuicios que correspondan.

3.2 Consecuencias jurídicas de la recepción de pleno derecho de los contratos de obra administrativa

Muy poco se ha encontrado doctrina respecto a la recepción de pleno derecho, sin embargo existen algunos tratadistas que se refieren a esta figura, como “recepción tácita de la obra pública, Moraga acoge el criterio de la Corte de Puerto Mont que indica que la recepción tácita opera,

“en medida en que se ha procedido por la autoridad a inaugurarla sin que esté concluida o que no cuente con toda la documentación requerida por las bases administrativas o por determinadas disposiciones legales y siempre que haya sido, además entregado al uso público. En estos casos, la recepción tácita opera como sanción hacia la propia Administración por negligencia en no otorgar la recepción de la obra conforme a las formas legales o contractuales aplicables.”¹⁷³.

Igualmente, advierte el tratadista que los funcionarios que recibieron la obra sin considerar las normas y formalidades aplicables, incurren en inobservancia por tanto pueden ser responsables administrativamente; Dromi de igual manera, señala “el acto de recepción tiene que ser expreso, es decir, que en principio no se admite la recepción tácita; sin embargo puede ocurrir que la Administración ocupe y use la obra, mostrando conformidad con ella. Esta recepción tácita habilita a formalizar el acta de recibo pertinente (...), el contratista tiene derecho a intimarla para deslindar su responsabilidad y fijar el plazo para su recepción definitivamente.”¹⁷⁴, por tanto el solo hecho de que la administración utilice u ocupe la obra, está aceptando tácitamente la misma, lo cual el contratista puede disminuir su responsabilidad; cabe puntualizar que lo manifestado por los tratadistas suman otra situación que puede presentarse a la falta de respuesta al contratista, es el uso del bien por parte de la Administración lo cual se entendería aceptación de la obra.

Sin embargo, nuestra legislación determina para que opere la recepción de pleno derecho se deben configurar dos cuestiones la primera, que se confirme la falta

¹⁷²Ecuador, Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en Suplemento, Registro Oficial No.588 (12 de mayo de 2009), art. 125

¹⁷³ Claudio Moraga, *Contratación Administrativa* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007), 264.

¹⁷⁴ Roberto Dromi, *Derecho Administrativo* 7ma Edición (Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998), 448.

de respuesta por parte de la Administración estableciendo el tiempo transcurrido, la solicitud que el contratista realice al Juez o Notario y la notificación del juez o notario a la entidad contratante, así la Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia, en la causa No. 0224-2004, indica:

“En consecuencia para que opere la recepción provisional presunta no solo se requiere el transcurso del tiempo y el silencio de la entidad contratante, sino la notificación del juez competente, a pedido del contratista indicando que ha operado la recepción provisional presunta requisito *sine qua non* que no puede soslayárselo bajo ningún pretexto.”¹⁷⁵.

Bajo estas consideraciones, se podría determinar que el alcance de la recepción de pleno derecho, conlleva la terminación de la relación contractual como la aceptación del objeto contractual, con tan solo la notificación del juez o Notario de acuerdo a lo señalado en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, es decir, que esta forma de recepción surte efectos no solamente con el requerimiento que realiza el contratista al Juez o Notario sino con el accionar que efectúa el Juez o Notario teniendo como consecuencia la extinción total de las obligaciones determinadas en el contrato.

Es importante determinar que la norma, es insuficiente respecto a esta figura por cuanto no establece un procedimiento que permita la verificación del cumplimiento correcto del contrato por parte del contratista; debiendo la Administración ante su inactividad y al ordenamiento del Juez someterse al cierre forzoso del contrato aceptando lo entregado por el contratista sin realizar una inspección técnica que permita determinar el cumplimiento real del objeto contractual de conformidad a las especificaciones técnicas, pues el Juez o Notario únicamente considera el tiempo transcurrido en que la administración no ha dado respuesta; como resultado de lo expuesto, la falta de comprobación han ocasionado que recepciones de pleno derecho sean mal operadas, de la experiencia laboral se ha evidenciado efectivamente que el objeto contractual o la ejecución de la obra no se encuentra construida de acuerdo a las normas técnicas o especificaciones establecidas; por tanto estas recepciones quedan sin efecto o no son consideradas por

¹⁷⁵Ecuador, Ex Corte Suprema de Justicia, *Resolución, Sala de lo Contencioso Administrativo, Causa No. 0224-2004*, Registro Oficial No. 4 de 04 de enero del 2005,

la administración iniciando procesos de terminación unilateral de los contratos o acciones judiciales contra el contratista.

Respecto a las obras estas quedan inconclusas y hasta abandonadas lo cual provoca grandes afectaciones económicas y retraso en el cumplimiento de los objetivos institucionales, la conclusión de la obra implica generar nuevo presupuesto, iniciar proceso contractual, lo cual conlleva tiempo, erogación de recursos, etc.

Se entiende que producida la Recepción de Pleno Derecho pierde ventaja la administración por cuanto ha caducado su voluntad administrativa de generar derechos a favor del administrado, dando paso a la aplicación de esta figura únicamente por mandato de la Ley, con lo cual se podría determinar que la Recepción de Pleno Derecho al no nacer de la voluntad de la administración no puede estar considerada dentro del accionar administrativo.

A consecuencia de lo actuado por el Juez o Notario ante la omisión de la Administración genera efectos favorables para el contratista y obligaciones para la Administración ante su ineficiencia, claro está que esta falta de accionar genera el establecimiento de responsabilidades en contra del o los funcionarios encargados de la ejecución correcta del contrato, siendo el principal responsable el Administrador del Contrato.

La Recepción de Pleno Derecho al producirse por mandato de la Ley asume una posición jurídica determinante, esta figura se produce ante la necesidad del contratista de que sus derechos sean reconocidos ante el cumplimiento de sus obligaciones constantes en el contrato, siendo uno de estos derechos la seguridad jurídica que “supone ante todo que el titular tiene una situación jurídica garantizada, lo que significa que la pérdida o el menoscabo de su derecho no puedan producirse sin su voluntad.”¹⁷⁶, de igual manera el tratadista Fernández manifiesta:

“a las situaciones completas de los particulares dentro del orden del derecho. Este debe proporcionar seguridad al individuo en el sentido de que en todo momento sepa con entera claridad hasta donde llega su esfera de actuación jurídica y donde empieza la de los demás, que conozca con plena certeza a lo que le compromete una declaración de voluntad, y en general, las consecuencias de cualquier acto que él o los otros realicen en la órbita del derecho; que pueda prever con absoluta certidumbre los resultados de la aplicación de una norma, en fin, que en todo instante pueda contemplar deslindados con perfecta nitidez, los derechos propios y los ajenos.”¹⁷⁷.

¹⁷⁶Víctor Ehrenberg, *Seguridad Jurídica y Seguridad del Tráfico* (Madrid, J. San José S.A., 2003).

¹⁷⁷Antonio Fernández Galiano, “Introducción a la Filosofía del Derecho” en *Revista de Derecho Privado* (1963).

Cabe señalar que la seguridad jurídica es un derecho constitucional constante en el artículo 82 de la Constitución de la República que señala “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y a la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”¹⁷⁸, respecto al accionar de los jueces ante el principio de seguridad jurídica deben acogerse a lo estipulado en el artículo 25 del Código Orgánico de la Función Judicial “Las juezas y jueces tienen la obligación de velar por la constante, uniforme y fiel aplicación de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado y las leyes y demás normas jurídicas.”¹⁷⁹, de lo expuesto la seguridad jurídica se entiende que el Estado mediante el derecho de prever los efectos y consecuencias de los actos o de la celebración de los contratos para realizarlos en los términos prescritos en la norma, para que ellos surtan los efectos que deseamos o para tomar las medidas necesarias para evitar los efectos que no deseamos, y que podrían producirse según la ley.

De igual manera esta figura jurídica nace del principio de legalidad, por cuanto el contratista entrega la obra dentro de los tiempos y en las condiciones contractuales determinadas en el contrato, entonces la aplicación de esta figura exige proteger los derechos del contratista dentro de la relación contractual.

La Recepción de Pleno Derecho puede ser considerada como una prerrogativa del Contratista fundamentada en el retraso de la administración, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública determina que el efecto de la Recepción de Pleno Derecho es la terminación del vínculo contractual y la aceptación de la obra, pero al no existir un procedimiento adecuado respecto a su aplicación no permite efectuar la verificación o valoración correcta de la obra si está se construyó de acuerdo a las especificaciones técnicas, dejando a la voluntad o sana crítica del Juez o Notario el ordenar o no, efectuar la diligencia previa que permita la verificación del objeto contractual, atribuyendo únicamente el paso de tiempo en que la institución debió dar respuesta de la aceptación o negación de la obra.

¹⁷⁸Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial No.449, 20 de octubre de 2008, última modificación 21 de diciembre de 2015, art. 82

¹⁷⁹Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, Registro Oficial No. 544, Suplemento, 09 de marzo de 2009, última modificación 22 de mayo de 2015, art. 25.

De la revisión de un proceso de Recepción de Pleno Derecho efectuada por la Notaria Primera del Cantón Quito se puede evidenciar que el accionar del Notario se remite únicamente a generar el documento de notificación en el cual se detalla el contrato suscrito entre las partes, el pedido o pedidos que ha realizado el contratista a la institución, para luego concluir:

“Después de haber transcurrido más del tiempo legal establecido en la Ley, la entidad Contratante no ha contestado a la solicitud antes citada, ni ha formulado pronunciamiento alguno o iniciado la recepción correspondiente de la obra, por lo que ha operado la Recepción de Pleno Derecho, conforme lo dispuesto en el Artículo ochenta y uno tercer inciso de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. En tal virtud, Notifico a su autoridad con tal petición de recepción de Pleno Derecho de Obra Pública del contrato antes referido (...).”¹⁸⁰,

Seguidamente se levanta la correspondiente Acta Notarial, perfeccionando así el proceso, con lo cual se concluye que la Recepción de Pleno Derecho en cierta medida contribuye a salvaguardar los derechos del contratista produciendo efectos negativos hacia la Administración limitando su accionar y la posibilidad de dar un cumplimiento eficiente de sus objetivos considerando que estos están orientados a la satisfacción del bien común.

Otro efecto de la Recepción de Pleno Derecho es que concede al contratista la suscripción del acta de entrega recepción sin que la Administración pueda realizar observaciones u objetar la obra entregada por el contratista, cabe señalar que esta recepción de ninguna manera puede asimilarse a la recepción provisional o definitiva por cuanto la ley ha determinado que previa la suscripción de estas actas provisional o definitiva se inicia un proceso de recepción mismo que va desde la solicitud efectuada por el contratista, la conformación de la comisión respectiva y la verificación de la obra entregada constante en los respectivos informes técnicos-económicos del Fiscalizador y Administrador, contrario a la Recepción de Pleno Derecho que opera a la falta de respuesta de la Administración, provocando errores en el accionar en la Administración, que podrían afectar los derechos del contratista.

A partir de la reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se incorpora al artículo 81 el siguiente inciso:

“La entidad contratante declarará la recepción presunta a su favor, respecto de los contratistas de obras, adquisición de bienes o servicios, incluidos los de consultoría, en el caso de que éstos se negaren expresamente a suscribir las actas de entrega

¹⁸⁰Ecuador, Notaria Primera del Cantón Quito, *Oficio de Notificación de Recepción de Pleno Derecho y Acta Notarial* emitido por Dr. David Maldonado Viteri, Notario Suplente, 01 de agosto de 2012.

recepción previstas, o si no las suscribieren en el término de diez días, contado desde el requerimiento formal de la entidad contratante. La recepción presunta por parte de la entidad contratante, la realizará la máxima autoridad o su delegado mediante resolución motivada, que será notificada al contratista de conformidad con el procedimiento establecido en el Reglamento de esta Ley”¹⁸¹.

Con esta norma se posibilita a que la Administración mediante resolución declare la Recepción de Pleno Derecho en contra de los contratistas, ante la negativa de suscribir la respectiva acta de recepción, cabe señalar que la negativa por parte de los contratista se presentan principalmente ante la inconformidad de los valores a liquidarse, de la experiencia laboral se ha evidenciado que en la ejecución de los contratos de obra, el contratista a pedido verbal de la Administración ejecuta rubros que no fueron considerados inicialmente en el contrato, los cuales se lo realiza sin tomar en cuenta los requisitos que exige la Ley como el contar con el presupuesto necesario o se prescinde de los documentos como informes que determinen la necesidad de efectuar esos rubros adicionales (rubros nuevos o diferencia en cantidades de obra), ordenes de trabajo o de cambio, lo que conlleva que el pago por estos rubros se los realicen mediante convenios de pagos, lo cual no se evidencia en las actas, generando incertidumbre e inconformidad en los contratistas respecto a estos pagos, entre otro factores que afectan los intereses económicos de los contratistas.

La norma permite la aplicación de esta recepción en beneficio de la Administración; sin embargo, la Administración por su condición cuenta con cláusulas exorbitantes que obligan al contratista al cumplimiento de las obligaciones contractuales, en caso de incumplimiento esta puede declarar la terminación unilateral del contrato, por ende considerarlo al contratista incumplido e impedido de celebrar contratos con el Estado por el lapso 5 años, por tanto considero que el beneficio de la recepción de pleno derecho para la Administración está por demás.

3.3. La recepción de Pleno Derecho constituye acto jurisdiccional o acto administrativo

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, determina claramente que la recepción de pleno derecho procede cuando el Juez o Notario notifica a la entidad contratante que ha operado la recepción de pleno derecho, cuyos

¹⁸¹Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial No.395, Suplemento, 04 de agosto de 2008, última modificación 20 de marzo de 2017, art. 81

efectos produce la extinción de la relación contractual haciendo efectivo los derechos del contratista y generando obligaciones para la entidad.

La ley determina que el acto para que proceda la recepción de pleno derecho es efectuado por el Juez o Notario, con lo cual se entendería que el acto de recepción de pleno derecho tiene su connotación en el campo jurisdiccional o que contiene elementos del acto jurisdiccional, entendiéndose que la notificación efectuado por el Juez tiene fuerza de cosa juzgada que guarda relación con el *nobis inidem*, debiendo la Administración efectuar su aplicación de forma obligatoria e inmediata.

En este sentido considero necesario diferenciar el acto administrativo del acto jurisdiccional, así:

“Los actos administrativos emanan generalmente de autoridad administrativa, comportan un objeto lícito posible exento de vicios; buscan el cumplimiento de los fines estatales y tienen efectos de ejecutoriedad y ejecutividad; por su parte los actos jurisdiccionales son aquellos proferidos por una autoridad judicial en ejercicio de la función es decir en derecho, esto es de comprobar unos hechos he inferir la consecuencia jurídica, con fuerza de la cosa juzgada y cuando se hace tránsito a este estado, no puede ser modificado, ni retirado porque se tiene como una verdad legal.”¹⁸²

De lo anotado se puede entender, que los actos administrativos son emitidos por autoridad administrativa (poder ejecutivo) cuya misión es el cumplimiento de los objetivos estatales determinadas en la Ley, es espontáneo, contrario al jurisdiccional no adquiere fuerza de cosa juzgada ya que puede ser modificado cuando cambian las circunstancias, respetando los derechos patrimoniales y está sujeto a múltiples controles entre ellos el jurisdiccional por vía de recurso de protección o por vía directa contencioso.

En tanto, los actos jurisdiccionales tienen como finalidad juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, los actos jurisdiccionales emanan de un órgano jurisdiccional sujeto a la disciplina del poder judicial, conlleva un proceso judicial, donde se desarrolla una serie de actuaciones que finalizan con una sentencia o un auto definitivo que adquiere la fuerza de cosa juzgada, es normalmente un acto provocado en virtud del ejercicio de la acción procesal que es, el derecho de petición que se hace valer ante el órgano jurisdiccional, su control es ejercido por otro órgano jurisdiccional, la sentencia es intocable para los otros poderes del Estado, es

¹⁸²Gustavo Penagos, *Curso de Derecho Administrativo*, (Ediciones Librería profesional, Capítulo XXII).

particular y concreto, se refiere a una situación específica y alcanza a partes completamente identificadas.

La Constitución en su artículo 178 establece:

“Los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de otros órganos con iguales potestades reconocidos en la Constitución, son encargados de administrar justicia y serán los siguientes: 1. La Corte Nacional de Justicia. 2. Las cortes provinciales de justicia. 3. Los tribunales y juzgados que establezca la Ley. 4. Los juzgados de paz. (...). La Función Judicial tendrá como órganos auxiliares al servicio notarial, (...)”¹⁸³;

Por tanto se entendería que el Juez al pronunciarse respecto de la Recepción de Pleno Derecho está actuando en ejercicio de la potestad jurisdiccional, considerándose a la Recepción de Pleno Derecho como un acto jurisdiccional, por cuanto esta produce efectos a partir de la manifestación de voluntad de la administración pública con el pronunciamiento de un juez. Sin embargo la figura de la recepción de pleno no cumple con los elementos necesarios que lo constituya un acto jurisdiccional

Ahora bien, respecto a la intervención del Notario, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, faculta al notario actuar a pedido del contratista a realizar la notificación de Recepción de Pleno Derecho, de acuerdo a lo manifestado por la Constitución el servicio notarial es considerado un órgano auxiliar de la Función Judicial, la Ley Notarial por su parte señala los notarios “(...) son los funcionarios investidos de fe pública para autorizar, a requerimiento de parte, los actos, contratos y documentos determinados en las leyes”, es decir sus actuaciones se caracterizan por su “veracidad, confianza o autoridad legítima(...)”¹⁸⁴, pero que se entiende por fe es considerada como una actividad cautelar, autentica, seguridad que el Estado y la sociedad han entregado a los notarios para que legitimen ciertos actos y contratos hechos en su presencia, ya que están investidos de esa fe pública, situación que da a sus actos fuerza probatoria, autenticidad y legalidad, tanto es así, que existen ciertos actos o contratos que no tienen valor si no han sido previamente realizados por Notario; por tanto el notario es el profesional del derecho investido por el Estado de fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos en que intervenga por disposición de la ley o a

¹⁸³Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial No.449, 20 de octubre de 2008, art. 1,78

¹⁸⁴Ecuador, *Ley Notarial*, Registro Oficial No. 158, 11 de noviembre de 1966, última modificación (20 de mayo de 2014, art. 6

requerimiento de parte y tramitando la jurisdicción voluntaria, entonces se puede determinar que en el desempeño de las funciones el notario debe considerar:

- Desempeña una función pública, su servicio es público
- Da autenticidad a los hechos y actos ocurridos en su presencia, dentro del límite y acorde a los requisitos y potestades establecidas en la ley,
- Recibe e interpreta la voluntad de las partes dándoles forma legal, al confeccionar el instrumento público; y.
- La competencia del notario, es la potestad o medida, establecida para que los notarios puedan actuar, realizar su servicio público, dar fe pública, la competencia del notario es territorial, limitada al territorio Cantonal para el que fue designado, sin otra limitación adicional.

Los notarios en el ejercicio de sus funciones tienen responsabilidades, ya que el servicio que entregan a la sociedad es público, ejercicio que emana de la ley; al ser investidos de fe pública son responsables de los actos que emiten por cuanto estos cuentan con plena autenticidad, debidamente solemnizados acorde a lo determinado en la ley.

La responsabilidad de los notarios está dada por las atribuciones, deberes y prohibiciones expresamente señalados en la ley , en cuanto a que deben ser cumplidas, caso contrario pueden ser destituidos o removidos o suspendidos temporalmente, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil o penal que hubiere lugar.

De conversaciones mantenidas con los Doctores Rómulo Pallo y Jaime Acosta Holguín, Notarios Cuarto y Vigésimo Octavo del Cantón Quito respectivamente, coinciden en indicar que el “Servicio Notarial es un órgano auxiliar de la función judicial. Los Notarios se encuentran investidos de fe pública y están facultados para autorizar actos, contratos y documentos previstos en la ley así como dar fe de los actos o hechos que se manifieste en su presencia, y que actúan delegados en actos jurisdiccionales determinados por la Ley.”, por ejemplo la disolución del vínculo matrimonial por mutuo consentimiento con ciertas excepciones; con lo cual se puede señalar que el acto de Recepción de Pleno Derecho efectuado por los Notarios no puede ser considerado acto administrativo y

actos jurisdiccionales, únicamente son actos específicos delegados por la Ley; por tanto, es prudente indicar que la administración pública se maneja de diferentes formas dependiendo de las facultades y atribuciones que le han sido otorgadas por la Constitución y demás normas del ordenamiento jurídico.

De lo expuesto, se puede recalcar que los notarios están investidos de fe pública, entendiéndose a esta como la potestad que el Estado confiere al notario para que a requerimiento de parte y con sujeción a ciertas formalidades, asegure la verdad de los hechos y actos jurídicos que le consten, con el beneficio legal para sus afirmaciones al ser tenidas por auténticas, por tanto a través del notario la ley da valor jurídico o todo documento notarial; siendo el notario portador de la fe pública del Estado y tener las atribuciones para constituir derechos es necesario que su función este en el marco de los principios y valores éticos que garanticen la seguridad jurídica; en función de lo señalado, toda vez que la aplicación de la recepción de pleno genera efectos jurídicos que crean derechos es importante que el accionar del Notario contemple procesos de verificación y comprobación de lo solicitado a fin de que con conocimiento de causa confiera los derechos que con justa causa deben ser otorgados.

Concluyendo, puede considerarse que la Recepción de Pleno Derecho por su naturaleza y la forma como se opera puede ser considerada un acto jurisdiccional por cuanto cuenta con ciertos elementos jurisdiccionales; así, la Recepción de Pleno Derecho nace a solicitud de parte (contratista o particulares), inicia con la presentación de una solicitud al Juez; es procesada por funcionarios de la Función Judicial dentro del cual se encuentran los órganos auxiliares entre ellos el servicio notarial, ósea tanto el juez como el notario son parte de los órganos jurisdiccionales, estas características la configuran dentro de los actos jurisdiccionales; ahora a diferencia de los actos jurisdiccionales la recepción de pleno derecho no es susceptible de impugnación, no existe litigio, y la autoridad que resuelve lo hace únicamente por mandato de la ley, con lo cual se puede concluir que la actuación tanto del Juez como del Notario no es en ejercicio de la facultad jurisdiccional, sino en cumplimiento de una disposición legal determinada en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, por tanto su aplicación se remite única y exclusivamente al campo administrativo.

Otra situación que es importante resaltar, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, determina que son los jueces y notarios quienes deben efectuar el proceso de recepción de pleno derecho, se ha evidenciado que la mayor parte de estos procesos son efectuados en las notarías, los contratistas han preferido acudir a las notarías por cuanto consideran que el proceso es más ágil, no requiere de tantas formalidades, queda a libertad del contratista escoger ante que notaría lo puede efectuar; contrario al procedimiento que deben sujetarse al efectuarlo ante un juez, proceso que requiere someterse a un sorteo, calificación, entre otros pasos que llevan tiempo y que dependiendo de la magnitud de trabajo del Juez sea este considerado dentro de sus prioridades; en conclusión los contratistas no quieren correr el riesgo de esperar más del tiempo que la administración se ha tomado ante su falta de respuesta, por cuanto cada día les representan erogación de dinero, consideran que el accionar del Juez es demasiado engorroso.

3.4. Diagnóstico problemático y posibles soluciones

La recepción de pleno derecho es una figura jurídica que permite al contratista hacer efectivos sus derechos y conmina a la administración el cumplimiento de obligaciones determinadas en el contrato, por cuanto el silencio de la administración en cierta medida presume la vulnerabilidad de los derechos del contratista, con esta figura considero que el legislador pretende equilibrar las relaciones contractuales entre las partes, por cuanto el contrato administrativo posee ciertas cláusulas que han dejado en desventaja a los contratistas.

Esta figura en cierta medida constituye una acción de sanción a la administración pública ante su evidente descuido en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales asumidas, en este aspecto es importante resaltar el papel fundamental del Administrador del Contrato, teniendo en cuenta que es la persona a quien ha designado la administración para que en su representación vele por el cabal y oportuno cumplimiento del contrato es la persona encargada de desarrollar una relación de cooperación entre la Administración y el Contratista, encargado de viabilizar la gestión administrativa en la ejecución de la obra en el plazo y con las condiciones estipuladas.

Sus principales funciones: son cuidar la calidad de la obra, el costo y el plazo; cumplir las disposiciones legales, reglamentarias y técnicas dictadas por los órganos

y entidades de control, supervisar rigurosamente y estrictamente la obra con el propósito de vigilar las tareas de fiscalización, intervenir en el proceso de recepción provisional, total y definitiva, recibir las solicitudes de recepción efectuadas por el contratista así como de cualquier documentación o solicitud relacionada con el contrato; entre otras que involucren el buen desarrollo de contrato; por tanto su accionar inadecuado acarrea responsabilidades administrativas, civiles y penales según corresponda.

Cabe señalar que desde el momento en que el servidor público es designado como Administrador asume también obligaciones legales, cuyo incumplimiento conlleva responsabilidades como forma de precautelar el orden administrativo. La responsabilidad tiene origen en la acción u omisión, en el caso de la Recepción de Pleno Derecho se produce ante la inacción del Administrador del contrato a la falta de respuesta oportuna a la solicitud del contratista; por tanto la responsabilidad dependiendo del daño que se produzca a la Administración puede ser de carácter administrativo, civil y penal.

Pero también es cierto que el silencio de la administración ha generado daños inminentes tanto a los contratistas como a la propia entidad, respecto al contratista la demora en el procedimiento de la recepción a generado problemas de carácter económico así: la renovación constante de garantías, pago constante del personal para el cuidado y mantenimiento de la obra ejecutada que dependiendo de la magnitud de la obra estos gastos son considerables, afectando incluso el patrimonio de los contratistas; respecto a la Administración no ha permitido el eficaz y eficiente cumplimiento de sus objetivos institucionales afectando el interés común, en ciertas circunstancias el objeto contractual no ha sido concluido en su totalidad o no se ha efectuado la obra de acuerdo a las especificaciones técnicas determinadas en el contrato y demás documentos contractuales iniciando nuevos procesos de contratación para concluir la obra lo cual implica contar con nuevos recursos y el retraso de sus fines.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, si bien estipula esta alternativa favorable para los contratistas en caso de incumplimiento por parte de la Administración, es cierto también que no ha establecido un procedimiento que determine la forma o manera de proceder con su aplicación, provocando que esta figura sea aplicada de forma discrecional, dejando a libertad de los Notarios o Jueces

determinen un procedimiento que implica la presentación de la solicitud por parte del afectado en donde se demuestre que efectivamente la administración no ha respondido sus requerimientos, acto seguido la elaboración del oficio o providencia donde se adjunta la documentación presentada por el contratista, para luego ser notificado a la máxima autoridad de la entidad que no respondió los requerimientos, concluyendo con el levantamiento de la razón correspondiente.

Con lo expuesto, es evidente que la figura de Recepción de Pleno Derecho si bien evita la vulneración de los derechos del contratista, la falta de un procedimiento vulnera otros derechos consagrados en la Constitución como es el debido proceso, por cuanto sus efectos son de ejecución inmediata, la terminación de las relaciones contractuales, la aceptación del objeto contractual cumplan o no las condiciones; y, posteriormente su liquidación, la devolución de garantías; no hay lugar a la comprobación o verificación efectiva del cumplimiento del objeto y demás cláusulas contractuales; por tanto, es necesario replantear la aplicación de esta figura, para lo cual se ha realizado un diagnóstico que permita determinar la situación actual de recepción de pleno derecho.

Dentro del proceso de Recepción de Pleno Derecho se encuentran involucrados el contratista, la administración, el juez de lo Civil y los Notarios, produciéndose entre éstos una relación de dependencia que no afecte los derechos que cada uno mantiene respecto a su condición.

Respecto a la Administración, esta se sujeta a obedecer una disposición efectuada por una autoridad competente, que actúa en base a una petición efectuada por un particular en este caso es un contratista, quien deberá facilitar la labor del Juez o Notario para conseguir su fin. La administración ante tal imposición, limita su capacidad de accionar, no hay posibilidad de reclamo alguno, por cuanto la norma no ha establecido un medio de impugnación que permita el derecho a la defensa por parte de la Administración.

La falta de un procedimiento de la figura de Recepción de Pleno Derecho, ha ocasionado la aplicación discriminada por parte de los encargados Juez y Notario incluso de la misma Administración, es importante resaltar que esta figura está orientada a salvaguardar los derechos del contratista respecto al cumplimiento del objeto y obligaciones contractuales, la aceptación de los mismos y el pago de sus haberes respectivos; y de la Administración al recibimiento del objeto contractual de

acuerdo a las especificaciones y condiciones establecidas en el contrato y demás documentos contractuales, cabe señalar que la Administración es responsable de precautelar los recursos públicos asignados para la consecución de los objetivos institucionales, de allí la importancia de replantear la figura de Recepción de Pleno Derecho que conlleve un procedimiento que permita la verificación de la obra a entregar bajo los condicionamientos determinados en el contrato.

Respecto del contratista, de las muestras obtenidas se han evidenciado que los contratistas han considerado la utilización de esta figura ante la falta de atención de la Administración a los múltiples requerimientos efectuado por el contratista, espacio donde ya ha sufrido detrimentos económicos como renovación de garantías, pago por el mantenimiento de la obra ejecutada, sueldos del personal encargado del cuidado de la obra, entre otros; por tanto, la Recepción de Pleno Derecho resulta ineficaz, pues ya existe una afectación al contratista. Por otro lado, la demora considerable por parte del Juez y el Notario en efectuar la notificación, misma que va desde el ingreso de la solicitud hasta la ejecución o notificación a la Administración, periodo de tiempo que ha generado mayores gastos al contratista.

La falta de un procedimiento que permita la verificación o comprobación del objeto contractual en torno a la aplicación de la Recepción de Pleno Derecho ha provocado que ciertos contratistas inescrupulosos acudan al Notario y soliciten la aplicación de esta figura faltando a la verdad respecto al cumplimiento estricto de las condiciones determinadas en el contrato por parte del contratista, ocasionando que opere la Recepción de Pleno Derecho de forma indebida, de la experiencia laboral se ha evidenciado que las obras no han sido construidas bajo los parámetros de las normas técnicas pertinentes, en la ejecución de la obra no se ha contado con el personal técnico exigido en el contrato, la utilización de materiales de mala calidad, entre otras situaciones que han coincidido con los cambios frecuentes de administradores de contrato, falta de conocimiento de las gestiones administrativas por parte de los responsables provocando la inactividad e ineficiencia en la administración, por cuanto la Recepción de Pleno Derecho es de ejecución inmediata, y no contempla impugnación.

Respecto de la autoridad competente Juez – Notario, de conformidad a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública son responsables de la aplicación de la figura de Recepción de Pleno Derecho, mismos que son parte de la

Función Judicial encargada de la administración de justicia dentro del estado ecuatoriano; la actuación de los Jueces involucra la ejecución de un procedimiento debidamente expresado en la norma, por ejemplo el Código Orgánico General de Procesos contempla los pasos que se deben considerar en un proceso judicial así: Presentación de la demanda con la documentación respectiva (medios probatorios y aquellos requeridos por la ley para cada caso); calificación de la demanda; contestación y reconvención; la prueba (testimonial, documental y pericial); declaración de parte y declaración de testigos; formas extraordinarias de conclusión del proceso; audiencia; sentencia e impugnación.

Los notarios son funcionarios investidos de fe pública para autorizar a requerimiento de parte los actos, contratos y documentos determinados en la ley, por tanto su labor no solo implica cumplir las solicitudes efectuadas por los particulares, implica también verificar, comprobar que lo solicitado corresponda a la verdad.

Otra situación que se ha presentado, es el rechazo de efectuar este trámite por lo notarios ante el temor de ser sancionados; así, de las visitas efectuadas a las notarías 4ta, 28va, 40ma, 64ta, del cantón Quito se ha evidenciado que no realizan el trámite de Recepción de Pleno Derecho en algunos casos porque los contratistas no han acudido a estas notarías o simplemente no lo realizan porque consideran que es un acto que perjudica a la Administración y temen ser enjuiciados y sancionados, aduciendo “que no es prudente actuar en contra del Estado”; cabe señalar que actualmente el Servicio Notarial es un órgano auxiliar de la función judicial, sujeto a las normas del Código Orgánico de la Función Judicial, susceptible de sanciones.

De igual manera consideran que la ejecución de la Recepción de Pleno Derecho no es rentable el pago que realiza el contratista por el trámite frente a un juicio o sanciones que se emprendan en su contra incluso que les pueden conllevar a la destitución de sus cargos; de acuerdo a lo manifestado por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública la negativa a la aplicación de este figura por parte del funcionario será causal de sanción, sin embargo no existe un sistema que determine la negativa, por tanto esta norma es inaplicable.

La Recepción de Pleno Derecho no es una excepción a la regla, todos los actos que pretenden o vulneren los derechos de los ciudadanos, deben ser susceptibles de comprobación o verificación; por tanto, los funcionarios encargados de la aplicación de la Recepción de Pleno Derecho su accionar no solo debe

reducirse a la simple notificación, sino se debe efectuar un proceso que permita la comprobación efectiva y real del cumplimiento de las obligaciones contractuales en su totalidad tanto del contratista como de la Administración; de modo que estas actuaciones sean motivadas y sus consecuencias sean eficaces.

La Recepción de Pleno Derecho, al no tener normas que determinen claramente su aplicación, ha ocasionado que su aplicación sea diferente, su procedimiento ha quedado a criterio de las autoridades competentes de acuerdo a su conveniencia provocando confusión en cuanto a su alcance.

3.4.1. Principales causas que determinan la ineffectividad de la aplicación de la Recepción de Pleno Derecho.

Entre las principales causas que no permite una aplicación efectiva de la Recepción de Pleno Derecho y que no han permitido que esta figura cumpla con su verdadero espíritu de salvaguardar los derechos del contratista ante la falta de respuesta de la Administración, podemos considerar las siguientes:

La ausencia de definiciones legales referentes a la recepción de pleno derecho, ha ocasionado una interpretación equivocada de esta figura, de ciertas autoridades, entidades, incluso de los mismos contratistas que le han atribuido como silencio administrativo, cuando el silencio administrativo tiene connotaciones totalmente diferentes, por cuanto la Recepción de Pleno Derecho nace de una relación bilateral donde confluye la voluntad de las partes.

La ausencia de un procedimiento, ha ocasionado que las autoridades de acuerdo a su saber o criterio la apliquen, sin considerar el espíritu propio de esta figura, por otra parte se ha favorecido al contratista sin un acto probatorio que determine el real y oportuno cumplimiento del contratista respecto a las condiciones técnicas, económicas o legales establecidas del contrato.

Otro aspecto que debe considerarse, es que la norma no establece la forma como se efectuará la liquidación y en qué tiempo, así la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en el artículo 81 inciso 4to determina: "...dejando a salvo los derechos de las partes a la liquidación técnico económica correspondiente", cabe señalar que esto ha constituido otro tema de discusión por cuanto el contratista se ve afectado con los valores que establece la administración, que en ciertos casos involucra la devolución de valores por parte del contratista, no se considera los valores de aquellos rubros que han sido ejecutados sin estar

considerados en el contrato inicial, o se establecen multas las mismas que rebasan el valor del objeto del contrato; y, qué decir del tiempo que se toma la Administración para definir los valores definitivos de la liquidación, perjudicando enormemente al contratista.

La ausencia de mecanismos impugnatorios, presume la existencia de arbitrariedades dentro del proceso, dejando sin efecto la norma constitucional que determina “todas las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas”, las mismas que pueden ser impugnadas en sede administrativa y judicial, el ordenamiento jurídico ecuatoriano no contempla un mecanismo de impugnación a las notificaciones de Recepción de Pleno Derecho, lo cual no permite que la Administración pueda exponer las circunstancias que le impidieron dar respuesta oportuna al contratista, de igual manera se ha evidenciado que las obras no han sido entregadas a conformidad de la Administración existiendo deficiencias técnicas que a criterio del contratista son excusas de la Administración para no dar paso al cierre del contrato; por tanto, al no existir mecanismos de impugnación se deja a la indefensión a la Administración .

Otro inconveniente que se ha presentado es el desconocimiento de las normas jurídicas por parte de los administradores de contrato no solo en la figura de la Recepción de Pleno Derecho, sino en otras situaciones que se presentan en la ejecución de los contratos de obra, como por ejemplo el incumplimiento de requisitos para la ejecución de rubros adicionales, lo cual ha provocado que estos rubros sean tratados de forma aislada al contrato y cancelados mediante convenios de pagos figura que únicamente se aplica de forma excepcional en la instituciones públicas; cabe señalar que esta ha sido una de las causas principales por el cual los contratistas se han negado a suscribir las actas de entrega recepción solicitadas por la Administración.

Otra situación que se ha presentado en la Administración es el continuo cambio de autoridades y de funcionarios o servidores, entre ellos responsables de administrar contratos, de la experiencia laboral se ha constatado que algunos contratos de obra han sido administrados entre 4 a 5 funcionarios, lo cual ha representado cambio de criterios, demora en la ejecución del objeto contractual, suspensiones de los contratos, la falta de conocimiento y experiencia ha ocasionado que se produzcan errores de gran magnitud, que han afectado a los intereses de la

Administración; cabe señalar que esta situación ha provocado inseguridad e incertidumbre en los contratistas, quienes en ciertos casos han hecho efectivas las cláusulas que de una u otra manera su aplicación ha evitado que sufran perjuicios económicos de gran envergadura.

3.4.2. Posibles Soluciones

En base al estudio efectuado sobre esta figura, se antepone las posibles soluciones al ser una figura que su aplicación surte efectos inmediatos como es la terminación de las relaciones contractuales, aceptación de la obra y la liquidación total, no puede ejecutarse únicamente como una simple diligencia de notificación y con base únicamente de los argumentos de una de las partes; si bien, es cierto que la administración cuenta con prerrogativas que coloca en desventaja al contratista, es cierto también entender que la Administración utiliza a la contratación pública como un medio que le permite la consecución de sus fines siendo este el interés común; por tanto, considero que esta figura debe ser reformulada,

Primero, definiendo claramente su naturaleza, considerándole como un acto administrativo que nace de una relación bilateral donde una de las partes es la administración y otra un particular quien se sujeta a estipulaciones que contienen prerrogativas, que genera obligaciones y derechos; y, que ante el incumplimiento de una de sus cláusulas se somete a las cláusulas del contrato que aplican para el efecto o ante la ausencia a las normas que estipule la Ley;

Segundo que es necesario establecer un procedimiento para su aplicación, que contemple normas que garantice el debido proceso que permita la constatación efectiva de los hechos solicitados, la Recepción de Pleno Derecho conlleva la entrega inmediata del objeto contractual por parte del contratista, quien debe demostrar que el mismo cumple con todas las especificaciones técnicas, legales y económicas, por tanto es necesario que dentro del procedimiento se contemple un periodo de verificación que incluya de ser el caso informes técnicos realizados por peritos que determinen que la obra se encuentra ejecutada de acuerdo a las condiciones técnicas, y donde la administración pueda exponer sus argumentos justificando su falta de respuesta al contratista; elementos que permitirán al Juez o Notario emitir sus resoluciones, actos o sentencias debidamente motivados cuyos efectos o consecuencias sean de plena validez jurídica; cabe señalar, que los actos ejecutados por la autoridad competente que no son motivados constituyen un abuso de

autoridad y una arbitrariedad; y, según lo prescribe el mandato constitucional son nulos, existiendo además graves sanciones para los funcionarios públicos que los emitieron.

Otro aspecto que debe incorporarse a la norma son los tiempos y la forma como debe efectuarse la liquidación, a fin de evitar demoras y contratiempos tanto para el contratista como para la Administración, es importante señalar que los efectos de la aplicación de la Recepción de Pleno Derecho es inmediata por tanto debe existir un tiempo prudencial, en que la Administración y el contratista puedan suscribir el acta correspondiente, y que su inobservancia puede acarrear sanciones.

Tercero, es necesario establecer los mecanismos de impugnación, por cuanto estos permiten a los actos, sentencia o resoluciones emitidos por autoridad competente que causen menoscabo, puedan ser modificados, reemplazados, anulados o revocados, en este caso la Recepción de Pleno Derecho es un acto que afecta a la Administración, por cuanto su aplicación es inmediata, es decir obliga a la Administración a recibir el objeto contractual en las condiciones que el contratista considere y extinguir la relación contractual, se ha evidenciado que los contratistas no entregan las obras de acuerdo a las condiciones establecidas en el contrato o no han dado cumplimiento a las observaciones efectuadas por la administración, aplicando inadecuadamente la Recepción de Pleno Derecho, es por esta razón que este acto como todos los demás actos administrativos o jurisdiccionales, debe contar con fórmulas de impugnación a fin de evitar abusos que vulneren los derechos en este caso a la Administración.

Al considerarse a la Recepción de Pleno Derecho un acto administrativo, en su impugnación debería presentarse ante el Tribunal Contencioso Administrativo.

Otro punto que se debe considerar, es el hecho que los funcionarios designados por la máxima autoridad como administradores de contratos desconocen totalmente las normas jurídicas que deben aplicarse en el trámite administrativo que requiere la ejecución de los contratos, respecto a plazos, cumplimiento de cláusulas contractuales, presupuesto para la ejecución de rubros adicionales, contestación a los requerimientos del contratista, etc.; por tanto, es importante que las instituciones públicas generen espacios de capacitación y proporcionen material informativo que permita a los Administradores ilustrarse sobre la temática administrativa que debe considerarse en la ejecución de contratos.

Frente al cambio constante de funcionarios responsables de la administración de contratos, ya sea por nuevas oportunidades laborales o por la responsabilidad que con lleva esta designación, ha ocasionado el retraso de la ejecución de contratos o el incumplimiento de ciertas obligaciones o responsabilidades por parte de la Administración, a fin de evitar esta situación es importante que las instituciones estimulen a sus funcionarios, ya sea otorgándoles capacitación respecto a las funciones que van a desempeñar, como también retirándoles otras actividades ajenas a la administración de contratos, entre otras situaciones que permitan que el Administrador realice estas actividades con mucha responsabilidad y procura del cumplimiento de los objetivos institucionales es decir el bien común.

Propuesta:

Del estudio realizado, resulta importante efectuar una reformulación de la figura de la Recepción de Pleno Derecho constante en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública por cuanto su aplicación no ha logrado solventar los requerimiento efectuados por el contratista, resultando ineficiente su aplicación, por tanto considero que se debe modificar el texto que actualmente establece la Ley, así:

Definición:

Su definición debe determinar la naturaleza y el espíritu real de la Recepción de Pleno Derecho, evitando interpretaciones diferentes entre los actores que intervienen directa e indirectamente dentro del contrato, así:

“La Recepción de Pleno Derecho es el acto administrativo emitido por Juez o Notario mediante el cual se da por terminado el contrato, ante la falta de respuesta por parte de la entidad contratante al requerimiento del contratista en la recepción del objeto contractual, mismo que es emitido a solicitud del contratista y previa verificación y constatación de los requerimientos efectuados por el contratista a la entidad contratante y cumplimiento del objeto contractual por parte del solicitante. La aplicación de la Recepción de Pleno Derecho suspende la renovación de las garantías como el pago por parte del contratista de otras obligaciones derivadas del contrato.”

Procedimiento:

Se ha evidenciado que la falta de un procedimiento no ha permitido la aplicación correcta de esta figura violentado ciertos derechos constitucionales como el debido proceso, dejando en indefensión a la entidad contratante incluso al mismo

contratista; por tanto, considero que la Recepción de Pleno Derecho debe contemplar el siguiente procedimiento:

1. *Inicia con la presentación de la solicitud del contratista de la Recepción de Pleno Derecho ante el Juez o Notario.*
2. *El Juez o Notario conoce de la solicitud y corre traslado a la entidad contratante para que el término de 10 días presente los justificativos que considere.*
3. *Vencido el término señalado anteriormente, el Juez o Notario procederá a verificar y constatar que no hubo respuesta oportuna por parte de la entidad contratante ante los requerimientos del contratista como también el cumplimiento efectivo el objeto contractual de conformidad a los términos estipulados en el contrato por parte del contratista.*
4. *Una vez verificado el Juez o Notario emitirá el acto administrativo de Recepción de Pleno Derecho, dicho acto será notificado a la entidad contratante, a partir de lo cual surtirá como único efecto la terminación del contrato, dejando a salvo los derechos de las partes a la liquidación técnico- económica correspondiente.*

Respecto a la liquidación se debe incorporar el tiempo dentro de cual se debe ejecutar, al respecto propongo el siguiente texto:

“Una vez notificada la Recepción de Pleno Derecho, la entidad contratante dentro del término de 30 días notificará al contratista con la liquidación técnico- económica definitiva, debiendo el contratista dentro del mismo término antes señalado presentar su aceptación o rechazo a la liquidación emitida por la entidad.

En caso de que la entidad no notifique la liquidación técnico- económico respectivo, el contratista presentará la liquidación a la entidad, debiendo suscribirse la respectiva acta de liquidación dentro del término de 30 días; caso contrario, el contratista podrá solicitar la suscripción del acta de liquidación judicialmente.

De igual manera la falta de aceptación de la liquidación por parte del contratista, permitirá a la entidad contratante realizarlo vía judicial.”

Impugnación

“El acto administrativo de Recepción de Pleno Derecho podrá ser impugnado ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, dentro del término de 3 días a partir de la notificación realizada a la entidad contratante.

La resolución que dicte el Tribunal de lo Contencioso Administrativo no será susceptible de impugnación, salvo en el tema constitucional.”

Conclusiones

La Administración en procura el bien común, requiere de un colaborador que le ayude en el cumplimiento de los objetivos institucionales, permitiendo que este le dote de servicios, bienes u obras a fin de satisfacer las necesidades de los ciudadanos.

La Recepción de Pleno Derecho en el Ecuador, tiene sus orígenes en la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas denominada como recepción presunta, derogada por la Ley de Contratación Pública en la cual se mantiene como recepción presunta, posteriormente se cambia a la denominación actual en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública LOSNCP, manteniendo su definición y se hace extensiva a todos los procedimiento de contratación.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública no prevé un procedimiento para la aplicación de la Recepción de Pleno Derecho, dejando a discrecionalidad de las autoridades su aplicación, lo cual da apertura a que se lesione los derechos de la Administración como del contratista.

La recepción de pleno derecho está considerada como una forma forzada de dar por terminada la relación contractual la misma que es aplicada por mandato de la Ley, de la forma como está concebida no admite verificación, únicamente se aplica ante la falta de respuesta de la Administración a la recepción del objeto contractual, no se considera el cumplimiento real de las cláusulas contractuales referente a las condiciones técnicas o económicas.

La aplicación de la Recepción de Pleno Derecho produce efectos jurídicos de cumplimiento inmediato, se termina la relación contractual, la Administración acepta el objeto contractual y la liquidación económica que corresponda.

La falta de conocimiento de las normas administrativas respecto a la ejecución de los contratos por parte de los funcionarios públicos responsables de la administración de los contratos ha provocado que opere la Recepción de Pleno Derecho en contra de entidad contratante dejándola en la indefensión, procediendo a la aplicación de otras figuras jurídicas equivocadamente, lo cual ha originado observaciones por parte de la Contraloría General del Estado generando responsabilidades administrativas, civiles y penales para sus ejecutores.

La recepción de pleno derecho para que su aplicación sea efectiva, requiere el establecimiento de un procedimiento que garantice el derecho al debido proceso, en el cual las partes expongan sus argumentos, se verifique el cumplimiento del objeto contractual de ser necesario se incluya informes de peritos que avalen el cumplimiento real del objeto contractual, entre otras herramientas que prevé el debido proceso, que permitirán a la autoridad competente con conocimiento de causa emitir el acto administrativo.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública respecto a la figura de la Recepción de Pleno Derecho no contempla mecanismos de impugnación que permitan modificar, reemplazar, anular o revocar esta figura cuando su aplicación afecte o vulnere los derechos de las partes; al ser un acto administrativo que genera derechos y obligaciones deben ser susceptible de impugnación, a fin de evitar violación a los derechos de las partes.

Recomendaciones

Los contratistas del Estado que de una u otra forma deben tener claro que los intereses colectivos están por encima de los intereses individuales, y que si en determinada circunstancia la administración pública se encuentra ante la disyuntiva de afectar un derecho individual por hacer prevalecer el colectivo bajo motivaciones reales y verdaderamente sustentadas, deberá considerar la protección de los intereses y derechos de la colectividad.

Los funcionarios en especial los Administradores de Contrato deben tener presente que no por el poder *imperium* que tiene la Administración, se encuentran autorizados de actuar a su antojo dentro de una relación contractual, pues existen principios y valores jurídicos como normas legales que dentro de la ejecución de un contrato deben ser aplicadas obligatoriamente; y que frente al incumplimiento de estas existen otras normas que favorecen al contratista en caso de que sus derechos se encuentren amenazados, siendo una de estas la recepción de pleno derecho.

Las entidades públicas mediante resoluciones, instructivos, manuales deben determinar claramente cuáles son las funciones de los administradores de contrato, y demás funcionarios que intervienen en el proceso de ejecución de una obra, y las responsabilidades que acarrea la inobservancia de dichos instrumentos, por cuanto se puede considerar que la recepción de pleno derecho procede ante el descuido o negligencia administrativa lo cual puede afectar los intereses de la Administración, sin olvidar que los intereses que persigue es el bien común.

Es importante establecer un procedimiento que permitan la aplicación correcta del acto de recepción de pleno derecho, en virtud de los principios constitucionales del debido proceso, el juez de lo civil o notario público que tenga conocimiento de una solicitud de recepción de pleno derecho debe correr traslado de la misma a la Entidad Contratante involucrada, así como concederle un término prudencial para remitir sus argumentos de descargo y documentos probatorios que determinen que efectivamente la obra se está entregando de conformidad a las condiciones técnicas, legales y económicas establecidas en el contrato y se encuentran a satisfacción de la Administración; caso contrario, de existir una notificación sumaria se estaría dejando en indefensión a la Entidad Contratante.

La aplicación de un procedimiento ante la solicitud de la recepción de pleno derecho permitiría determinar efectivamente el cumplimiento el objeto contractual por parte del contratista; de igual manera, si se comprueba que la obra no ha cumplido los requerimientos determinados en el contrato, será el mismo Juez ante quien se presentó la solicitud que la deseche y conmine al contratista al cumplimiento efectivo del objeto contractual de inmediato determinando el plazo final e improrrogable de entrega, sin perjuicio de las acciones legales que iniciare la institución en contra del contratista.

Y como última recomendación, establecer un mecanismo de impugnación que permitan a la parte afectada oponerse a la decisión de Juez o Notario, pidiendo se revoque el acto de recepción de pleno derecho, en especial en aquellos casos en donde se demuestre que el objeto contractual no se ha ejecutado de acuerdo a las condiciones técnicas, sin perjuicio de las acciones judiciales que se emprendieren en contra del contratista respecto a esas recepciones de pleno derecho que se aplicaron de forma indebida.

A los contratistas la obligación de entregar el objeto contractual de conformidad a las condiciones específicas y generales de la contratación constates en los pliegos y obligaciones contractuales.

Bibliografía

- Aguilar, Pérez, Suárez. *Manual de Contrataciones Pública*, Corporaciones de Estudios y Publicaciones, Quito, 2011.
- Alessandri Rodríguez Arturo. *Derecho Civil, Teorías de las Obligaciones*, Bogotá, 1983.
- Amado José Daniel y Miranda Luis. “Aplicabilidad de la cláusula Pacta Sunt Servanda del artículo 62 de la Constitución a los contratos regulados por el Derecho Público”, *Revista de Derecho*, Lima, Editada por los alumnos de la Facultad de Derecho PUCE del Perú, No. 40.
- Barrera Espín Boris. “Los contratos de obras públicas”, en *Celebración de Contratos Administrativos*, Volumen 14, Quito, Editorial Corporación Editora Nacional, Serie de Estudios Jurídicos, 2001.
- Baldeón, Inés. *Sistema Nacional de Contratación Pública, análisis y comentarios*. Volumen I, 5ta Edición, Quito, CEAS, 2015.
- Bercaitz Miguel Ángel. *Teoría General de los Contratos Administrativos*, 2da Edición, Depalma, 1980.
- Bielsa Rafael. *Derecho Administrativo*, Tomo II, Sexta Edición.
- Cabanellas Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*, Guatemala, Editorial Heliasta.
- Cassagne, Juan Carlos. *El Contrato Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1999.
- Correa José Luis. “Contratos Administrativos” en Ismael Farrando, *Contratos Administrativos*, Versión Clásica, Parte I. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2002.
- Dapkevicius Rubén Flores. *Manual de Derecho Público, Derecho Administrativo*, Tomo II, Euros Editores, Buenos Aires, 2007.
- De la Peña José. “Alcance y Organización de las Obras Públicas en el Imperio Romano”; en *Revista Nuevos Elementos de la Ingeniería Romana*, Madrid, 2006.
- Dermizaky. Peredo Pablo. *Derecho Administrativo*, 5ta Edición, Cochabamba, Editora JV, 2001.

- Diez Manuel. *Manual de Derecho Administrativo*, 2da edición Tomo 1, Buenos Aires, Editorial Plus Ultra, 1980.
- Dromi José Roberto. *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo 1, Buenos Aires: Astrea, 1987.
- Dromi José Roberto. *Elementos del Acto Administrativo, Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1997.
- Dromi José Roberto. *Derecho Administrativo*, tomo I, 6ª edición, Ed. Ciudad Argentina, 1997.
- Dromi José Roberto. *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 7ma Edición, 1998.
- Dromi José Roberto. *Derecho Administrativo*, Décima Edición, Argentina, Ciudad Argentina, 2004.
- Ehrenberg Víctor. *Seguridad Jurídica y Seguridad del Tráfico*, Madrid, J. San José S.A., 2003.
- Escola Héctor Jorge. *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*, Tomo I, Buenos Aires, Depalma, 1977.
- Escola Héctor Jorge. *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*, Vol.1, Parte General, Texas, Depalma, 1979.
- Farrando Ismael. *Contratos Administrativos*, Buenos Aires, Abeledo Parrot, 2002.
- Fernández Galiano Antonio. "Introducción a la Filosofía del Derecho", *Revista de Derecho Privado*, 1963.
- Fernández, Jorge. *Derecho Administrativo, Contratos*, México, Editorial Porrúa, 2000.
- García de Enterría Eduardo y Fernández Tomás. *Curso de Derecho Administrativo Tomo I*, Madrid, Editorial Civitas, 1997.
- García de Enterría Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo*, tomo 1, Editorial TEMIS S.A., Bogotá, Colombia, 2008.
- García de Enterría Eduardo. *Cursode Derecho Administrativo I*, Decima Quinta Edición, Madrid, Editorial Aranzadi SA., 2011.
- Garrido Falla Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Madrid, Editorial TECNOS, Madrid, 2006.
- Garrido Falla Fernando Alberto; Olmedo Palomar y González Losada Herminio. *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol.2, Madrid, TECNOS, 2012.

- Gordillo Agustín. *Notificación* y *Publicación*, http://www.gordillo.com/pdf_tomo4/capitulo5.pdf.
- Gordillo Agustín. *Obra Pública y Contrato de Obra Pública* WWW.gordillo.com/pdf_tomo 11/se cc6/ca2. pdf, 1964.
- Gordillo Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2000.
- Gordillo Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2013.
- Gómez Sanchis Daniel. “Contratos Administrativos”, en Ismael Farrando. *Contratos Administrativos*, Versión Clásica, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2002.
- Gómez Rafael; Rincón Ferrer. “El Contrato de Obras”, en *Cuadernos de Derecho para Ingenieros, Contratación Pública*, Madrid, Iberdrola, 2010.
- Granja Galindo Nicolás. *Práctica de Derecho Administrativo*, Quito, Editorial Universitaria, 1994.
- Huapaya Tapia Ramón. “Potestades y Prerrogativas en los Contratos Públicos en el Derecho Peruano”, en *V Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Lima, Palestra Editores - Asociación Peruana de Derecho Administrativo.
- Idrobo Arciniega Marco. *La Contratación Administrativa en el Ecuador*, Quito: Época, 1984.
- Jaramillo Ordoñez Hernán. *Manual de Derecho Administrativo*, Cuarta Edición, Loja, Editorial de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Loja, 1999.
- Jeze Gastón. “*Derecho Administrativo*”, Mauricio Sarria, Bogotá, Publicaciones CEIDA, 1970.
- Lara Andrea. *La Dirección y Control, la Prerrogativa de Dirección y Control*, volumen 2, Bogotá, Tecnos, 2012.
- Lima Endara Miguel. “Los Contratos Administrativos”, en *Celebración de Contratos Administrativos*, Volumen 4, Quito: Nacional, 2001.
- López Arévalo William. *Tratado de Contratación Pública*, Segunda edición, Tomo I, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 2011.
- López Arévalo William. *Tratado de Contratación Pública*, Segunda edición, Tomo II, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, 2011.

- Marienhoff Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III, Cuarta Edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998.
- Océano, *Diccionario Enciclopédico*. Barcelona, Editorial Océano, 1997.
- Parada Ramón. *Derecho Administrativo*, Parte General 1, Decimoctava Edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2010.
- Penagos Gustavo. *Curso de Derecho Administrativo*, Ediciones Librería profesional, Capítulo XXII.
- Perdomo Jaime Vidal. *El Contrato de Obras Públicas*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1979.
- Pérez Efraín. *Derecho Administrativo*, tomo I, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009.
- Rodríguez Pablo. “Pacta Sunt Servanda”, *Revista Actual Jurídica* No. 18, julio 2008, Universidad del Desarrollo <http://definicionlegal.blogspot.com/2012>.
- Santofimio Jaime. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV, Bogotá, Sigma Editores, 2004.
- Sayagués Laso Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Montevideo, Editorial Fundación del Cultura Universitaria, 2002.
- Secaira Durango Patricio. *Curso de Derecho Administrativo*, Quito, Editorial Universitaria, 2004.
- Trelles de Belaunde Oscar. *El Contrato Administrativo, el contrato-ley y los contratos de concesión de servicios públicos*, Bogotá, Themis, 2012.

NORMATIVA CONSULTADA

- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008.
- Ecuador. *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Registro Oficial No. 395, Suplemento, 04 de agosto de 2008, última modificación, 12 de septiembre de 2014.
- Ecuador. *Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial No. 588, Suplemento, 12 de mayo de 2009. Última modificación, 19 de diciembre de 2013.

Ecuador Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP. *Resolución RE-SERCOP-2016-0000072*, Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el SERCOP, 31 de agosto de 2016.

Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial No. 46, 24 de junio de 2005.

Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, Registro Oficial No. 544, Suplemento, 09 de marzo de 2009, última modificación, 22 de mayo de 2015.

Ecuador, *Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas*, Registro Oficial No. 306, Suplemento, 22 de octubre de 2010, última modificación, 05 de julio de 2016.

Ecuador, *Ley Notarial*, Registro Oficial No. 158, 11 de noviembre de 1966, última modificación 20 de mayo de 2014.

Ecuador, Contraloría General del Estado, *Normas de Control Interno para las entidades, organismos del sector público y personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos*, Registro Oficial No. 87, Suplemento, 14 de diciembre de 2009.

Ecuador, *Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*, Registro Oficial 536, 18 de marzo de 2002, última modificación 08 de abril de 2015.

Ecuador, Ex Corte Suprema de Justicia, *Resolución, Sala de lo Contencioso Administrativo, Causa No. 0224-2004*, Registro Oficial No. 4 de 04 de enero del 2005.

Ecuador, Notaria Primera del Cantón Quito, *Oficio de Notificación de Recepción de Pleno Derecho y Acta Notarial* emitido por Dr. David Maldonado Viteri, Notario Suplente, 01 de agosto de 2012.