

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría Profesional en Derecho Administrativo y Contratación Pública

**Afectación al debido proceso y la seguridad jurídica en el
procedimiento de recepción presunta de los contratos administrativos**

Andrea Lizeth Guano Aguirre

Tutor: Juan Francisco Díaz Colmachi

Quito, 2020



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Andrea Lizeth Guano Aguirre, autora de la tesis intitulada “Afectación al debido proceso y la seguridad jurídica en el procedimiento de recepción presunta de los contratos administrativos”, 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 Derecho Administrativo y Contratación Pública 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 formato virtual, electrónico, digital u 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.

26 de octubre de 2020

Firma:

Resumen

Una de las figuras que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública recogió de la derogada Codificación de la Ley de Contratación Pública, vigente hasta el año 2008, es la recepción presunta o también denominada recepción de pleno derecho del contrato, la misma que opera cuando ante la solicitud de recepción practicada por el contratista, la entidad contratante no emite observación alguna a dicha petición, dicho silencio de la entidad le da al contratista el derecho a solicitar al notario público o al juez de lo civil la notificación a la entidad contratante que ha operado la recepción presunta del contrato.

Esta investigación se centrará en el análisis de la figura de recepción presunta o de pleno derecho del contrato administrativo y la forma en que su aplicación, tal como está prevista en la normativa ecuatoriana, afecta al debido proceso y la seguridad jurídica. Para el efecto, en el primer capítulo se aborda diferentes concepciones que los paradigmas del derecho otorgan al debido proceso y a la seguridad jurídica, para aterrizar en su aplicación y resaltar su importancia en las actuaciones de la Administración, dentro de las cuales se enfocará al contrato administrativo.

A continuación, en el segundo capítulo se disertará acerca de la figura legal de la recepción presunta o también denominada recepción de pleno derecho del contrato administrativo, la forma en que se encuentra establecida en la normativa ecuatoriana; para lo cual se analizará sus presupuestos normativos, naturaleza jurídica, elementos y requisitos, los sujetos intervinientes y efectos jurídicos; su uso de la práctica de la contratación pública a fin de identificar las afectaciones al debido proceso y la seguridad jurídica de los sujetos intervinientes en la aplicación de esta figura conforme se encuentra establecida en la norma, para finalmente realizar algunas propuestas prácticas de mejora de la recepción presunta de los contratos administrativos.

Palabras clave: recepción presunta, recepción de pleno derecho, debido proceso, seguridad jurídica, contrato administrativo

Tabla de contenido

Introducción	9
Capítulo Primero. El debido proceso y la seguridad jurídica	11
1.1 El debido proceso	12
1.1.1 Generalidades.....	12
1.1.2 Teorías y definiciones	14
1.1.3 Garantías del debido proceso aplicables al Derecho Administrativo	18
1.2 La seguridad jurídica.....	22
1.2.1 Generalidades.....	22
1.2.2 Definiciones	23
1.2.3 Elementos.....	28
Capítulo segundo: La recepción presunta del contrato administrativo en la normativa ecuatoriana de contratación pública.....	31
2.1 Principios que rigen la recepción presunta del contrato administrativo	31
2.1.1 Presupuestos normativos	34
2.1.2 Naturaleza jurídica.....	35
2.1.3 Elementos y requisitos	39
2.1.4 Sujetos intervinientes	50
2.1.5 Efectos jurídicos.....	70
2.2 De la afectación a la seguridad jurídica y el debido proceso hacia una propuesta de mejoramiento de la recepción presunta del contrato administrativo.....	75
2.2.1 De la afectación a la seguridad jurídica	76
2.2.2 De la afectación al debido proceso	79
2.2.3 Propuesta de mejora de la recepción presunta del contrato administrativo	81
Conclusiones	85
Bibliografía	87
Anexos.....	92

Introducción

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, promulgada en el Registro Oficial Suplemento 395 de 4 de agosto de 2008, significó una transformación sustancial en la Contratación Pública del Ecuador, dotando de reglas, procedimientos, un sistema informático para el desarrollo y publicidad de los procesos de contratación, así como la creación de un ente rector con competencias, entre otras, de control en la etapa precontractual de los procedimientos de contratación pública. Es decir, se ha puesto gran énfasis en el desarrollo normativo de la etapa precontractual del proceso de contratación; sin embargo, en lo que se refiere a la etapa de ejecución contractual en la normativa actual se mantiene una escasa regulación de la etapa de ejecución de los contratos administrativos.

Una de las figuras que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública recogió de la derogada Codificación de la Ley de Contratación Pública, vigente hasta el año 2008, es la recepción presunta o también denominada recepción de pleno derecho del contrato, la misma que opera cuando ante la solicitud de recepción practicada por el contratista, la entidad contratante no emite observación alguna a dicha petición, dicho silencio de la entidad le da al contratista el derecho a solicitar al notario público o al juez de lo civil la notificación a la entidad contratante que ha operado la recepción presunta del contrato.

La presente investigación tiene por objeto el análisis de la figura de recepción presunta de los contratos administrativos que se encuentra prevista en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

El efecto de la recepción del contrato es la terminación del contrato, es decir el cese de la relación contractual y de la ejecución de sus obligaciones como son la vigencia de garantías y el cumplimiento mismo del objeto contractual, pues a partir de que opera la recepción lo único que procede es la liquidación del contrato, dejando a salvo los derechos de las partes, aunque con dificultad de ejercerlos porque ya no existe

una relación obligacional vigente. Es así, que, ante la importancia de esta figura, por los efectos que produce, deriva en un problema para las partes contratantes la falta de un procedimiento claro para la activación y desarrollo de la recepción presunta, así como de sus formas de impugnación, lo que provoca incertidumbre y arbitrariedad en la aplicación de esta figura legal.

Por lo expuesto, esta investigación tiene relevancia académica y social ya que pretende analizar los distintos problemas que se están presentando en la casuística de la contratación pública ecuatoriana a fin de evaluar cómo se está afectando al debido proceso y a la seguridad jurídica en la aplicación actual de la recepción presunta de los contratos administrativos; y finalmente, como producto de esta investigación, proponer recomendaciones que sean de utilidad práctica a los diferentes actores y sujetos intervinientes en la recepción presunta, esclareciendo cuáles son las posibilidades de actuación que tanto las entidades, los contratistas y los servidores de la Función Judicial tienen frente a la falta de certidumbre que presenta la recepción presunta del contrato administrativo conforme se encuentra establecida en la normativa vigente; así como la elaboración de propuestas de mejora de esta figura legal.

Capítulo Primero. El debido proceso y la seguridad jurídica

El debido proceso constituye una de las expresiones jurídicas que mayor amplitud tiene, siendo su naturaleza jurídica diversa, desde el punto de vista de la doctrina, la normativa y la jurisprudencia; considerándose en principio como una institución jurídica que contemplaba un conjunto de garantías, hasta la actualidad, en la cual se lo ha considerado como un derecho humano. En lo que se refiere a la legislación ecuatoriana, la Constitución de la República lo contempla precisamente, como un derecho de todas las personas, que a su vez, contiene una serie de derechos, principios y garantías que tienen como finalidad garantizar la legalidad y correcta aplicación de las normas, dentro de un marco de respeto a la dignidad humana, buscando la materialización de la justicia.

Es así que en la actualidad, el debido proceso se constituye como un mecanismo de protección jurídica de las personas, en todos los procedimientos en los cuales se estén resolviendo derechos, de manera que se garantice la estricta aplicación de los principios constitucionales y normativos, en todos los ámbitos, incluido en el ámbito administrativo. Asimismo, se pretende explicar la estricta relación que existe entre el derecho al debido proceso y derecho a la seguridad jurídica, ya que este segundo implica el conocimiento y certeza del derecho positivo, la confianza de la sociedad en las instituciones del Estado y en el orden jurídico y la existencia de mecanismos jurídicos frente a las afectaciones que pudieren existir.

Es así que en este primer apartado de la investigación, se pretende analizar las generalidades, definiciones y contenido del debido proceso y la seguridad jurídica principalmente desde su aspecto procesal, centrándose posteriormente en su aplicación dentro del ámbito administrativo, y cómo estos derechos deben garantizarse dentro de los procesos de contratación pública, al ser parte del derecho administrativo.

1.1 El debido proceso

1.1.1 Generalidades

La expresión debido proceso constituye una de las más amplias dentro de la dogmática debido a que su naturaleza jurídica y contenido es aun ampliamente debatido. Según explica María Jara Vásquez, el origen del debido proceso está en el “common law – due process of law – y sus antecedentes se suelen ubicar en la Carta Magna inglesa de 1215” y posteriormente, se lo consagró dentro de la quinta y decimocuarta enmienda de la Constitución de Estados Unidos, y desde allí se ha extendido hacia otros países de distinta tradición jurídica como la europea.¹

Oswaldo Gozaíni considera que el debido proceso es un derecho complejo, que tiene al menos tres dimensiones: una procesal, una procedimental y una sustantiva, siendo la segunda la que se vincula con las garantías (como el juez natural, el derecho a la defensa, motivación, cosa juzgada, etc.)²

Desde esta perspectiva, el debido proceso implica que en todo proceso en el que se resuelvan derechos o intereses de las personas, se debe garantizar el derecho a la defensa, la presunción de inocencia, la motivación, la prohibición de doble juzgamiento, entre otras. En la actualidad, se puede comprender la naturaleza del debido proceso como un derecho innato de la persona, es decir, un derecho inherente a todo ser humano, de ahí que ha sido elevado a la categoría de derecho humano.

Desde 1948, la Declaración Universal de los Derechos Humanos³ consagra varias de las garantías del debido proceso, en particular su artículo 10 dispone que: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia

¹ María Jara Vásquez, *Tutela Arbitral Efectiva en Ecuador* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador y Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017) 53, 54.

² Oswaldo Gozaíni, *Derecho Procesal Constitucional: El debido Proceso* (Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2004), 21

³ ONU Asamblea General, “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, Organización de las Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948, art. 10, http://www.silec.com.ec/Webtools/LexisFinder/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=INTE-RNAC-DECLARACION_UNIVERSAL_DE_LOS_DERECHOS_HUMANOS&query=declaracion%20universa%20de%20derechos%20humanos

penal”. De la misma manera en el artículo 11 recoge el principio de presunción de inocencia y de tipicidad de la infracción y sanción.

El debido proceso, como se señala en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, tiene su alcance más allá de la materia penal, tal como lo dispone el artículo 10 antes transcrito, el derecho a ser oído por la autoridad juzgadora es requisito esencial y básico en todo tipo de procedimiento en el que se discutan y determinen derechos y obligaciones.

En 1977 el Ecuador ratificó la Convención Interamericana de Derechos Humanos,⁴ la misma que consagra en su artículo 8 las Garantías Judiciales que constituyen derecho de las personas, las cuales son parte de las garantías del debido proceso, pero como se analizará más adelante, el debido proceso es también aplicable a los procedimientos administrativos y en general a toda actuación de autoridades, sean públicas o privadas, que afecten derechos de personas.

Desde la doctrina el autor colombiano Carlos Bernal Pulido considera que el debido proceso “Comprende una serie de garantías con las cuales se busca sujetar a reglas mínimas sustantivas y procedimentales el desarrollo de las actuaciones adelantadas por las autoridades en el ámbito judicial o administrativo, con el fin de proteger los derechos e intereses de las personas vinculadas”.⁵

Esta concepción permite comprender la complejidad de la naturaleza jurídica del debido proceso, que comprende reglas mínimas que deben aplicarse en cualquier actuación en la que se afecten derechos o intereses de personas. De igual manera, el autor señala que estas reglas son de cumplimiento obligatorio por cualquier autoridad, sea judicial o administrativa, lo que permite observar que en la actuación de la Administración es plenamente aplicable el debido proceso con todas sus reglas, las mismas que deben ser acopladas a la naturaleza propia de la sede administrativa.

⁴ OEA Asamblea General, Convención Interamericana sobre los Derechos Humanos, Organización de las Naciones Unidas, 22 de noviembre de 1979, art. 8

⁵ Carlos Bernal Pulido, *El Derecho de los Derechos* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005), 338.

1.1.2 Teorías y definiciones

La comprensión del debido proceso como un derecho innato de la dignidad humana fue desarrollada por el pensador prusiano Immanuel Kant, conforme lo señalan las autoras María del Rosario Quintero Correa y Rosmery Velásquez Herrera⁶. El pensamiento Kantiano comprende a la persona por su naturaleza como “poseedor de una dignidad que lleva consigo otro principio natural, el debido proceso, que es indisoluble de aquella dignidad”⁷.

En este sentido, el autor Juan Manuel Bandrés, considera que el debido proceso constituye:

Aquel derecho fundamental que garantiza al ciudadano que su causa sea oída por un tribunal imparcial y a través de un proceso equitativo. El derecho al debido proceso agrupa y a la vez se desdobra en un haz de derechos filiales reconocidos a la vez todos ellos, como derechos fundamentales⁸.

En la definición presentada por el autor se comprende el carácter complejo que tiene el debido proceso, ya que engloba un conjunto de otros derechos a los cuales se considera fundamentales para que permitan la imparcialidad y la igualdad dentro de cualquier tipo de procedimiento en el cual se pretenda obtener justicia. En este mismo sentido define al debido proceso el autor Martín Agudelo Ramírez quien manifiesta que:

El debido proceso es un derecho fundamental complejo de carácter instrumental, continente de numerosas garantías de las personas, y constituido en la mayor expresión del derecho procesal. Se trata de una institución integrada a la Constitución y que posibilita la adhesión de unos sujetos que buscan una tutela clara de sus derechos. Es un derecho fundamental que se integra generalmente a las partes dogmáticas de las Constituciones escritas reconocido como un derecho de primera generación en cuanto hace parte del grupo de derechos denominados como individuales, civiles y políticos, considerados como los derechos fundamentales por excelencia. Precisamente estos derechos cuentan con unos mecanismos de protección y de efectividad muy concretos.⁹

Esta concepción del debido proceso como parte integrante de la dignidad humana y como tal se constituye en derecho fundamental de toda persona y obligación inmediata de toda autoridad, tiene su importancia en el análisis del funcionamiento del Estado y de las relaciones sociales, toda vez que el entender al debido proceso como

⁶ María Quintero y Rosmery Velásquez, *De la Constitución al proceso* (Bogotá: Leyer, 2002) 135.

⁷ *Ibíd.*, 136

⁸ Juan Manuel Bandrés, *Derecho Fundamental al Debido Proceso y el Tribunal Constitucional* (Pamplona: Arazandi, 1992), 194

⁹ Martín Agudelo Ramírez, “*El Debido Proceso*”, *Opinión Jurídica* 4, n° 7 (2005): 89-105

derecho humano implica que el mismo no nace del legislador, no requiere su reconocimiento en una norma secundaria, sino que por sí mismo obliga a todo funcionario, sea legislador, administrador público o juez, a su respeto y garantía.

Dentro del campo procesal existe gran desarrollo doctrinario respecto al debido proceso, en el caso del autor español Leonardo Pérez, quien es citado por el Dr. José García Falconí en el artículo “El derecho al debido proceso”¹⁰, lo define de la siguiente manera: “Es aquel juzgamiento que debe efectuarse conforme a las reglas y derechos establecidos por el constituyente en un Estado democrático, las cuales, acto seguido, deben ser recogidas y garantizadas eficazmente por el legislador procesal”.

Si bien la definición que da Leonardo Pérez tiene un enfoque directo hacia el proceso judicial, al tratarse de un principio del derecho general, cabe observar que el objeto mismo del debido proceso es garantizar el real ejercicio del derecho a la defensa, la igualdad ante la ley y la aplicación de las normas jurídicas a fin de garantizar justicia. En este sentido es importante que las autoridades administrativas y judiciales tomen real conciencia del rol que tienen al aplicar las normas constitucionales, convencionales y legales en los procesos que estén a su cargo. Por su parte, Carlos Prieto explica que:

Debido, en una primera acepción, es lo que se debe, lo que un sujeto debe a otro, en términos de prestación. Así pues, debido es lo que es adecuado para hacer algo, y, como adecuado es lo conforme con un principio, debido es el proceder conforme con un o unos principios. En este orden de ideas, Debido proceso es la actividad judicial ordenada a resolver pretensiones, la cual se desarrolla con arreglo y observancia a unos principios, reunidos en el concepto de justicia, y particularizados en las normas de procedimiento y las propias de cada proceso¹¹.

En la perspectiva del autor se comprende cómo el debido proceso se relaciona con la materialización de la justicia; es decir, con el derecho a la tutela efectiva en su totalidad, tanto en el acceso como en la resolución de la pretensión, cumpliendo con un conjunto de garantías o principios mínimos que se le conceden a la persona, y que se encuentran dispuestos en diversos instrumentos, según señala el autor Alfonso Zambrano:

¹⁰ Ecuador Revista Judicial derechoecuador.com, “El derecho al debido proceso”, *derechoecuador.com*, accedido el 11 de septiembre de 2017, párr. 12, <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/procedimientopenal/2010/11/26/el-derecho-al-debido-proceso>

¹¹ Carlos Prieto Monroy, “El proceso y el debido proceso”, *Vniversitas 106*, n°1 (2003): 811-823

Cuando nos referimos al debido proceso entendemos por tal, a aquel en el que se respeten las garantías y derechos fundamentales, previstos en la Constitución, en las leyes que rigen el ordenamiento legal del país, y en los pactos, tratados y convenios que han sido ratificados y que en consecuencia forman parte de la normativa interna del país y que son de forzoso e incuestionable cumplimiento¹².

Como puede apreciarse, de acuerdo a esta posición doctrinaria, la garantía al debido proceso empieza por su reconocimiento como derecho constitucional y en la convencionalidad, pero además para su efectivo cumplimiento es necesario que el legislador instaure reglas que deban observarse por las autoridades. En este sentido, el autor Luis Cueva Carrión explica que:

El debido proceso es un principio jurídico procesal o sustantivo, según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendiente a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, y a permitir tener oportunidad de ser oído y hacer valer sus pretensiones frente al Juez¹³.

En el criterio presentado por el autor se comprende cómo el debido proceso tiene una finalidad específica, que es alcanzar la protección de los derechos de las personas, para lo cual los principios más importantes a ser respetados son la igualdad en el proceso y el permitir ejercer el derecho a la defensa frente a la autoridad responsable de sustanciar el mismo. Si bien es cierto, el criterio del autor se refiere a los procesos de carácter jurisdiccional, en la actualidad no hay duda que el derecho al debido proceso se debe garantizar en todo procedimiento, sea judicial o administrativo, o de cualquier otra naturaleza jurídica, siempre que se refiera a asuntos que afecten derechos o intereses de una persona. Por esta razón, el autor Gregorio Peces-Barba concluye que el debido proceso:

Constituye el fundamento de la ética pública de la modernidad, se constituye, además, como un *prius* de los valores políticos y jurídicos, y de los principios y derechos que derivan de esos valores, tales como la libertad, la igualdad, la solidaridad y la seguridad que sólo alcanzan su plenitud cuando su contenido moral se positiviza en normas jurídicas de máximo nivel. Es fundamento del orden político y jurídico¹⁴.

De lo expresado por el autor se comprende cómo, en la actualidad, el debido proceso ha trascendido desde el aspecto estrictamente judicial, que al consagrarse dentro de la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos, el mismo se

¹² Alfonso Zambrano Pasquel, *Proceso Penal y Garantías Constitucionales* (Guayaquil: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2005), 48

¹³ Luis Cueva Carrión, *El debido proceso: teoría, práctica y jurisprudencia* (Quito: Ediciones Cueva Carrión, 2007) 61

¹⁴ Gregorio Peces-Barba, *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho* (Madrid, Dykinson, 2013), 67

convierte en un principio fundamental que rige la ética pública y las actuaciones gubernamentales, siendo ésta precisamente su labor en el ámbito administrativo; y en este sentido, el autor Jaime Chaves-Villada explica que:

El debido proceso en sede administrativa se edifica como un estándar que constituye una garantía formal para los particulares, pues deben cumplirse todos los actos o fases del procedimiento que la ley exige para que una decisión pueda calificarse con validez a la luz de un ordenamiento jurídico, como una garantía material, en cuanto otorga al administrado la certeza de que podrá hacer valer sus derechos en el escenario de la administración¹⁵.

Al igual que en el campo jurisdiccional, en el ámbito administrativo, el debido proceso se constituye como una garantía para los particulares, de que todas las decisiones administrativas deberán respetar los principios y derechos contemplados en la Constitución y en los instrumentos internacionales, así como que se aplicará de manera estricta la normativa que regula la expedición de dicha resolución, pues de lo contrario, la decisión no tendrá validez.

Consecuentemente, dentro de los principios que rigen el procedimiento administrativo se incluye al debido proceso. El autor Agustín Gordillo coincide en señalar que los grandes principios formadores del procedimiento administrativo “son de carácter constitucional, de justicia natural y de derecho supranacional”¹⁶. Dentro de estos principios generales que señala el autor se encuentra de manera principal el debido proceso, que se lo concibe como sinónimo de garantía de la defensa, principio general del derecho, parte de la justicia natural y es universal en los Estados de derecho.

El debido proceso en la actuación administrativa implica que el Estado está obligado a garantizar el respeto de los derechos de las personas, dentro de los cuales se encuentran los derechos propios del debido proceso, tales como la obligatoriedad de informar el inicio de un procedimiento en contra de una persona, necesidad de audiencia en el procedimiento, la oportunidad de aportar y rebatir pruebas, el presentar argumentos y que los mismos sean escuchados y considerados para la resolución, y la posibilidad de recurrir ante la resolución que afecte derechos.

¹⁵ Jaime Chaves-Villada, “El desarrollo del debido proceso en las actuaciones administrativas para la formación de contratos estatales” *Vniversitas* 130, n°1 (2015): 91-134

¹⁶ Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000) 282.

Una vez que se ha establecido que el debido proceso se aplica como un derecho humano dentro del campo administrativo, es necesario señalar que el mismo también debe aplicarse dentro de los procedimientos de contratación pública, pues teniendo esos una naturaleza jurídica administrativa, deben cumplir con el mismo. En este sentido, el autor Juan Santamaría-Pastor, afirma que:

La actuación formalizada de las Administraciones públicas no solo se realiza mediante la emisión de actos unilaterales (reglamentos, actos administrativos), sino también a través de acciones concertadas con otros sujetos de Derecho. Al igual que los sujetos privados, la Administración celebra habitualmente convenios o contratos¹⁷.

En lo afirmado por el autor se comprende que el contrato administrativo es una forma de actuación de la administración, ya que la misma no solo se expresa a través de actos de carácter unilateral, sino también de carácter bilateral; por lo tanto, pese a que en este tipo de actuación intervengan sujetos privados “Obligatoriamente, en el Estado Social de Derecho, la formación de voluntad para la celebración de contratos que celebre el Estado debe estar fundamentada en el debido proceso, el cual se desarrolla en los procedimientos que establezca el ordenamiento jurídico”¹⁸.

De esta manera se puede concluir que, todos los aspectos que se refieren a la contratación pública, como los distintos procesos y ejecución de las etapas contractuales dispuestas en la ley de la materia, deberán cumplir con la garantía del debido proceso. Es así que, el procedimiento de recepción presunta de los contratos administrativos, siendo parte de la ejecución de los procedimientos contractuales públicos, debe cumplir con la garantía del debido proceso.

1.1.3 Garantías del debido proceso aplicables al Derecho Administrativo

El debido proceso se presenta como un domo que cubre todo proceso y procedimiento en el que se afecte derechos o intereses. Su amplitud permite identificar varios elementos principales que lo conforman, pues no se trata de un derecho específico, sino que se vincula y recoge principios, garantías y derechos que tienen

¹⁷ Juan Santamaría-Pastor, *Principios de derecho administrativo*, (Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2002), 2: 185

¹⁸ Jaime Chaves-Villada, “El desarrollo del debido proceso en las actuaciones administrativas”

como elemento común el contar con un proceso integralmente justo o lo que Gordillo denomina “procedimiento leal (fair procedure)”.¹⁹

Gordillo identifica dentro de las garantías relacionadas al derecho a la defensa a los siguientes:

- Derecho a ser oído y a una decisión fundamentada, lo que requiere a su vez: Oportunidad de expresar las razones del interesado antes de la emisión del acto administrativo, consideración expresa de sus argumentos y de las cuestiones propuestas, obligación de decidir expresamente las peticiones, obligación de fundar las decisiones, derecho a ser patrocinado por un abogado, derecho a ofrecer y producir la prueba de descargo, derecho a que toda prueba razonablemente propuesta sea producida, que la producción de la prueba sea efectuada antes de que se adopte alguna decisión sobre el fondo de la cuestión, derecho a controlar la producción de la prueba.
- Razonabilidad
- Publicidad y transparencia de los actos y procedimientos
- Fundamentación de los actos²⁰

De esta manera, las autoridades deberían aplicar los derechos y garantías establecidos en el artículo 76 Constitución de la República²¹; sin embargo, los funcionarios y autoridades que deben actuar frente a una petición que no tiene desarrollado un procedimiento legal, suelen optar en unos casos por rechazar la petición, y en otros casos por actuar de manera arbitraria sin observar mínimas reglas que garanticen un debido proceso, pese a estar constitucionalmente establecidas. En ambos tipos de actuación se vulnera derechos.

Desde otra línea de pensamiento, regresando a la teoría de Kant, los elementos del debido proceso analizados por María del Rosario Quintero Correa y Rosmery

¹⁹ Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, 285.

²⁰ *Ibíd.*, 285,286

²¹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 11 numeral 3.

Velásquez Herrera²², que están relacionados a la actuación de la Administración, son los siguientes: La idoneidad del sujeto cognoscente, la competencia y los procedimientos.

Estos elementos son generales y refieren a las condiciones esenciales para la validez de una actuación de cualquier autoridad. Ahora bien, el primer elemento se refiere a la determinación de una autoridad competente para conocer la petición, entendiendo por competente “al sujeto cognoscente, idóneo, de aprehender determinados asuntos a los cuales esa legislación vigente se ha de aplicar”.²³ La concepción de competencia se refiere entonces a la potestad conferida legalmente a un sujeto para conocer un objeto específico.

La competencia está dada por ley, por lo tanto corresponde al legislador otorgar esta potestad a las autoridades más idóneas. De esta manera, pasamos al análisis del elemento referente a la idoneidad del sujeto cognoscente. Al respecto, cabe citar al autor ecuatoriano Juan Carlos Benalcázar²⁴ quien se refiere a la necesidad de contar con juzgadores especializados en materia administrativa, y cita al autor Félix Sarría, “«la especialización es siempre útil, pero aquí es indispensable»; y la verdad de esta apreciación surge de la sola reflexión sobre la particular complejidad de la función administrativa y de los fines que persigue, todos ellos tributarios del bien común.”.

En este sentido, es preciso contar con autoridades idóneas y especializadas para resolver los asuntos en sede administrativa. Puesto que, la idoneidad está ligada a la elección de las personas más aptas para desempeñar dicha competencia, dicha elección debe basarse en requisitos que garanticen que la autoridad que va a decidir sobre los derechos de las personas y sobre el interés común, en el caso de los actos y contratos administrativos, debe contar con la experiencia, preparación y conocimientos necesarios para desempeñar dichas funciones de manera apropiada.

El tercer elemento que la teoría Kantiana señala como parte de los pilares del debido proceso se refiere a los procedimientos. Las autoras María del Rosario Quintero Correa y Rosmery Velásquez Herrera²⁵ diferencian entre derecho procesal y procedimiento, y señalan que el derecho procesal “es la materialización del derecho

²² María Quintero y Rosmery Velásquez, *De la Constitución al proceso*, 187.

²³ *Ibíd.*, 187.

²⁴ Juan Benalcázar, *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*, (Quito, Fondo Editorial Andrade&Asociados, 2007), 173 - 183

²⁵ María Quintero y Rosmery Velásquez, *De la Constitución al proceso*, 192 – 193.

fundamental debido proceso” en tal virtud, la existencia del derecho procesal en las diferentes materias constituiría la garantía del debido proceso. Por lo que, la efectividad del debido proceso se traduce en la existencia de procedimientos, los cuales, señalan las autoras, van cambiando con las condiciones históricas, políticas, sociológicas, etc.

Finalmente, es importante incluir un aporte teórico que recoge una trilogía de elementos del debido proceso concebida por “acción, jurisdicción y proceso”,²⁶ lo cual se encuentra desarrollado por Luis Alberto Petit Guerra en su obra *Estudios sobre el debido proceso*, autor que recoge además las posiciones de Nieva Fenoll²⁷ quien sostiene que la acción no es parte del debido proceso sino únicamente la jurisdicción y el proceso; y, en contraposición, al autor Calvino quien sostiene que “el proceso no sólo es la especie del género procedimiento, sino también, su justificación. De allí que todo proceso contiene un procedimiento, pero no todo procedimiento constituye un proceso”.²⁸

Los aportes de estos autores sirven para ampliar la comprensión del debido proceso, refiriéndose al mismo no solo como el procedimiento que rige la actuación de la autoridad, sino que se agrega el elemento de la acción, ligada al proceso judicial, es decir la garantía de recurrir de las resoluciones y actos que afecten los derechos e intereses. Cabe anotar que dicha facultad de impugnación debe estar disponible tanto en sede administrativa cuanto en sede judicial, solo de esta manera se estaría garantizando efectivamente este derecho.

En lo que se refiere a la materia administrativa, el autor Jaime Chaves-Villada señala que las garantías que componen el debido proceso, son “i) el acceso a procesos justos y adecuados, ii) el principio de legalidad y las formas administrativas previamente establecidas, iii) los principios de contradicción e imparcialidad, y iv) los derechos fundamentales de los asociados”²⁹.

En síntesis y para concluir, el debido proceso se puede vulnerar en las actuaciones de la Administración, entre otras formas, mediante las siguientes circunstancias: Ausencia de una autoridad idónea y especializada con competencia para

²⁶ Luis Petit, *Estudios sobre el Debido Proceso*, 1ra edición (Caracas: Ediciones Paredes. 2011) 5.

²⁷ *Ibíd.*, 5

²⁸ *Ibíd.*, 6

²⁹ Jaime Chaves-Villada, “El desarrollo del debido proceso en las actuaciones administrativas”, 107, 108.

resolver el objeto específico de conocimiento, la actuación de la autoridad sin la existencia de requisitos previamente establecidos, falta de medios de contradicción a favor del administrado frente a la actuación de la autoridad, imparcialidad de la autoridad en sede administrativa que resuelve sobre su misma actuación.

1.2 La seguridad jurídica

1.2.1 Generalidades

A diferencia del derecho al debido proceso y sus garantías, la investigación de la seguridad jurídica presenta dificultades al momento de buscar suficiente y pertinente material doctrinario. Si bien existen varios textos, ensayos y libros que tratan sobre la seguridad jurídica, en los mismos se encuentra mayor diversidad de conceptos y enfoques, lo que demuestra que la teorización sobre seguridad jurídica se encuentra en desarrollo y que la seguridad jurídica es propiamente un concepto jurídico indeterminado.

Además de lo anotado, cabe señalar que de la exploración teórica sobre la naturaleza y concepto de la seguridad jurídica se obtiene la idea clara de su importancia. Una perspectiva resalta a la seguridad como una necesidad humana, entendiendo que:

La seguridad es, sobre todo y antes que nada, una radical necesidad antropológica humana y el «saber a qué atenerse» es el elemento constitutivo de la aspiración individual y social a la seguridad; raíz común de sus distintas manifestaciones en la vida y fundamento de su razón como valor jurídico.³⁰

Por lo tanto, la seguridad jurídica se configura como una necesidad natural del ser humano, y en ese sentido, la búsqueda de seguridad es la motivación para la creación del Estado de Derecho, aquel ente ficticio al que las personas de común acuerdo deciden dotarle de poderes para, en último fin, le provea a la sociedad en su conjunto y a las personas individualmente, de seguridad.

La definición de seguridad jurídica requiere una comprensión bastante amplia pues es transversal a las diferentes ramas del Derecho y requiere un entendimiento holístico incluso desde otras ramas del conocimiento como la Sociología, Filosofía del Derecho y la ciencia política.

³⁰ Humberto Ávila, *Teoría de la seguridad jurídica*, (Madrid: Cátedra de Cultura Jurídica Marcial Pons, 2012), 19, <https://www.marcialpons.es/static/pdf/9788497689724.pdf>

1.2.2 Definiciones

Un concepto integral es el que proporciona el autor brasileño Humberto Ávila, quien define a la seguridad jurídica como:

Norma – principio que exige de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial la adopción de comportamientos que contribuyan más a la existencia, en beneficio de los ciudadanos y desde su perspectiva, de un estado de confiabilidad y calculabilidad jurídica, con base en su cognoscibilidad, mediante la controlabilidad jurídico – racional de las estructuras argumentativas reconstructivas de normas generales e individuales, como instrumento garante del respeto a su capacidad de – sin engaño, frustración, sorpresa, ni arbitrariedad – plasmar de forma digna y responsable su presente y hacer una planificación estratégica jurídicamente informado sobre su futuro.³¹

El concepto construido por el autor Humberto Ávila aporta sin duda, con múltiples elementos de análisis. En primer lugar, la definición de la seguridad jurídica como norma – principio, lo que le da la característica de ser un mandato amplio y flexible, y que no significa de manera alguna que sea observado como un simple enunciado.

En este sentido, el autor Ramiro Ávila Santamaría realiza un análisis de la implicación que tiene la inclusión de principios en la Constitución de la República, para lo cual explica la definición de Robert Alexy quien señala que los principios son mandatos de optimización, al respecto el autor ecuatoriano explica “Al decir que son mandatos refuerza la idea de que los principios son normas jurídicas; y, como tales, deben ser aplicadas. Al manifestar que son de optimización quiere decir que su finalidad es alterar el sistema jurídico y también la realidad”³².

Entonces, existe una corriente doctrinaria que considera a la seguridad jurídica como un principio – norma, siendo de esta manera un mandato de cumplimiento obligatorio, y cuya finalidad es transformar la forma de aplicación de las normas existentes, dotando a la autoridad la facultad de actuar de manera amplia siempre que sea en favor de los derechos de las personas.

De otra parte, en la Constitución de la República, la seguridad jurídica se encuentra prevista en su artículo 82, reconociéndola como un derecho, mismo que se

³¹ Humberto Ávila, *Seguridad Jurídica y Democracia en Iberoamérica*, (Madrid: Marcial Pons, 2015), 211

³² Ramiro Ávila, *Los derechos y sus garantías*, (Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012), 63.

refiere al respeto y aplicación directa de la Constitución y las normas jurídicas, por parte de toda autoridad. Por consiguiente, el garantizar la seguridad jurídica en todo campo y aspecto de la sociedad, constituye una obligación del Estado ecuatoriano, con énfasis en el Derecho Administrativo que regula precisamente las relaciones de la Administración con los ciudadanos.

Es necesario entonces, que las autoridades comprendan el cambio de modelo constitucional, con el que deben dejar la posición estática y rigurosa de la ley, y observar que sus actuaciones no solo sean apegadas al texto legal, sino que cumplan los preceptos constitucionales, como es en este caso, el mandato de brindar seguridad jurídica en el desarrollo de sus funciones.

Otro de los elementos que cabe analizar de la definición del autor Humberto Ávila es la directa vinculación de la seguridad jurídica con todas las funciones del Estado, vinculación que además tiene como directriz el beneficio de los ciudadanos. Por lo tanto, la seguridad jurídica no constituye únicamente una obligación del legislador, que en gran medida permite su cumplimiento a través de la creación de normas claras, oportunas y efectivas, pero también debe constituir una preocupación para la Función Judicial y la Administración Pública, a quienes también les corresponde velar por la seguridad jurídica en sus actuaciones.

Finalmente, es interesante observar la finalidad que le da el autor Humberto Ávila a la seguridad jurídica, esto es un estado de confiabilidad en el que sea posible calcular las posibilidades jurídicas frente a una actuación. En tal virtud, la existencia de reglas claras permite a los ciudadanos y a las propias autoridades tener certezas respecto a los efectos que producirán determinadas actuaciones u omisiones. Además, con el conocimiento de las reglas que rigen su actuación, las personas están en capacidad de hacer una planificación estratégica; es decir, saber cuándo y cómo actuar, a fin de obtener determinados resultados.

De manera concordante con esta concepción se encuentra la posición de Riccardo Guastini quien señala que: “se entiende comúnmente la posibilidad de cada uno de prever de antemano las consecuencias jurídica de sus acciones. Esto a su vez,

supone evidentemente el conocimiento del derecho vigente”³³. Este autor se enfoca en la seguridad jurídica como la facultad de conocer la norma vigente. Esta es la concepción de mayor aceptación en la doctrina revisada.

De acuerdo a esta posición, la finalidad del derecho a la seguridad jurídica es dotar a las personas de la capacidad para actuar de manera informada y consiente sobre las consecuencias jurídicas de sus acciones. En consecuencia, la efectividad de la seguridad jurídica permite, a su vez, al Estado tener la legitimidad para reaccionar frente a una acción del ciudadano que lesione el ordenamiento jurídico, pues si el Estado no ha prevenido a sus ciudadanos de la existencia de actos prohibidos y de las consecuencias de dichos actos, mal podría sancionarlos por realizar esos actos proscritos.

Si bien esta concepción se apega a la garantía de derechos como el debido proceso, es limitado el considerar que la seguridad jurídica se garantiza con el solo conocimiento de la ley, más aun si el precepto de que la ley es conocida por todos, aunque sea restrictivo de derechos, continúa vigente en nuestro sistema jurídico. Es decir, el conocimiento del derecho vigente no es suficiente para dar por cumplido el derecho de la seguridad jurídica, ya que este derecho implica para el Estado la adopción de todo tipo de acciones y previsiones a fin de contar con reglas claras, ciudadanos consientes e informados de sus derechos y obligaciones, autoridades con competencias definidas y procedimientos establecidos.

Otra posición doctrinaria, más específica que la analizada previamente, es la que otorga el autor ecuatoriano Dr. Juan Carlos Riofrío Martínez – Villalba que define a la seguridad jurídica como “el derecho al conocimiento y al reconocimiento del derecho” y explica que:

En cuanto “conocimiento del derecho”, la seguridad jurídica vela por la certidumbre del Derecho objetivo y de los Derechos subjetivos; se manifiesta como un derecho a que las normas sean claras, puedan conocerse y en efecto sean conocidas. En cuanto “reconocimiento del derecho”, la seguridad jurídica ampara la estabilidad, respeto y vigencia del Derecho objetivo, de las instituciones jurídicas y de los Derechos subjetivos, evitando su desconocimiento o transgresión³⁴.

³³ Riccardo Guastini, *Seguridad Jurídica y Democracia en Iberoamérica*, (Madrid: Marcial Pons, 2015), 19

³⁴ Juan Riofrío, “*El contenido esencial del derecho fundamental a la seguridad jurídica*” en *Seguridad Jurídica*, 1ra edición (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2007) 8.

Una de las aristas que el autor ecuatoriano señala en su definición de seguridad jurídica es el reconocimiento del derecho, mismo que se relaciona ya no únicamente al derecho de conocer la norma y los derechos previstos en ella, sino que se enfoca a la obligación del Estado a través del legislador, de prever en la norma las acciones que permitan la exigibilidad de los derechos, pues no es suficiente con la inclusión de un derecho en el ordenamiento jurídico, sino que este reconocimiento debe estar acompañado de acciones claras, tanto ante la autoridad administrativa cuanto la autoridad judicial, para hacer efectivo el derecho reconocido; o a su vez, impugnar una actuación que restrinja su derecho.

Una definición más didáctica de seguridad jurídica es dada por la autora ecuatoriana Patricia Álvarez García quien considera que:

La Seguridad Jurídica se presenta entonces como una especie de garantía dada a cada individuo en el sentido de que su persona, sus bienes y derechos no serán objeto de ataques violentos o que, si éstos llegaran a producirse, le serán asegurados por la sociedad, protegidos y reparados. En otras palabras, es la certeza que tiene cada uno de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares, establecidos previamente.³⁵

El análisis que la autora realiza en su obra se enfoca a las relaciones entre particulares, sin embargo es totalmente oportuno el elemento que resalta esta definición respecto a la certeza, mismo que es el elemento característico común entre varios de los autores citados, certeza que se dirige hacia la no modificación de la situación actual o de aquella que la persona prevé que puede estar en el futuro, y que una modificación a dicha situación sea previsible por la persona ya que se da como consecuencia de un procedimiento previamente establecido en la norma.

Esta autora ecuatoriana agrega un elemento respecto a la seguridad jurídica que cabe analizar y es que además de su aplicación tradicional en el derecho privado, es importante también su utilización en el Derecho Administrativo en el cual es eficaz principalmente, de acuerdo a la autora, en la apreciación jurídica de los actos normativos³⁶.

³⁵ Patricia Álvarez, *Subcontratación e inseguridad jurídica en Seguridad Jurídica*, 1ra edición (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2007), 1 - 2

³⁶ *Ibíd.*, 4

Al respecto, cabe considerar que el principio de seguridad jurídica cobra gran relevancia en el ámbito del Derecho Administrativo dada la desigual relación entre Estado y ciudadano, en la que frente al enorme aparataje estatal y múltiples facultades exorbitantes de la Administración, el particular debe contar con un fuerte blindaje legal que lo proteja de cualquier arbitrariedad que se pudiera cometer en su contra.

Por lo tanto, la apreciación que realiza la autora referente a la importancia de la seguridad jurídica de manera principal en la emisión de actos normativos es limitada para efectos de esta investigación, pues además de la potestad reglamentaria, los actos y hechos de la Administración pueden ser más lesivos para los ciudadanos de manera inmediata a su emisión. En tal virtud, el principio de seguridad jurídica debe ser observado por la Administración en todo su actuar, no solamente en su facultad reglamentaria.

Finalmente, es importante anotar la reflexión que realiza la autora Patricia Álvarez García referente a que “la seguridad jurídica es el contexto dentro del cual se toman las decisiones individuales y las interacciones de los actores sociales”; en este sentido, señala la autora que una persona que propone una acción o realiza una petición ante una autoridad pública “tiene la expectativa de que el marco legal existente es y será confiable, estable, predecible” y que la actuación de la autoridad que conozca su pedido será dentro de los tiempos y procedimiento establecidos en la norma³⁷.

De lo anotado se tiene una concepción de la seguridad jurídica como la situación idónea del ordenamiento jurídico en la que deben realizarse los actos y en la que se desarrollen tanto las relaciones entre las personas cuanto las relaciones autoridad – particular. Esta situación se puede calificar de idónea cuando se cuenta con la estabilidad de la norma, la confianza en su aplicación, y la existencia de procedimientos para las acciones y peticiones que surjan de esas relaciones.

En suma, de las diferentes concepciones de seguridad jurídica antes analizadas, se puede construir un concepto enfocado en los elementos que aborda la presente investigación; por lo tanto, la seguridad jurídica debe entenderse como un derecho de los ciudadanos a tener un entorno legal confiable en el cual puedan planificar y ejecutar sus actos y contratos de manera estratégica; para lo cual, el Estado tiene la obligación de

³⁷ *Ibíd.*, 20

construir un ordenamiento jurídico sencillo de comprender por parte de los ciudadanos, en el que se establezcan además de los derechos, las acciones legales para su ejercicio y protección ante vulneraciones a los mismos.

Este concepto permite entender la problemática planteada en la presente investigación, dado que como se analizará en el siguiente capítulo de esta tesis, uno de los principales problemas que se presentan en la aplicación de la figura de la recepción presunta del contrato administrativo es la falta de previsión en la norma o en los contratos de un procedimiento claro para la efectividad de la recepción presunta, así como de sus formas de impugnación, lo que provoca incertidumbre en la aplicación de esta figura legal y arbitrariedad por parte de autoridades.

1.2.3 Elementos

Del concepto de seguridad jurídica que formula el autor ecuatoriano Juan Carlos Riofrío como el “derecho al conocimiento y al reconocimiento del derecho”³⁸ se pueden identificar los siguientes elementos conformadores de la seguridad jurídica:

Primero, la garantía del derecho subjetivo, la misma que a decir del autor “apunta principalmente al reconocimiento y respeto de los derechos adquiridos; su existencia condiciona y limita especialmente el actuar de la Administración, del Legislador y de todo órgano regulador”³⁹.

Para entender el alcance de esta garantía el autor cita la acepción que da la jurisprudencia ecuatoriana sobre la teoría de los derechos adquiridos y señala que se entiende por derechos adquiridos “los que han entrado a nuestro dominio y que no pueden ser modificados por normas posteriores porque se estaría aplicando retroactivamente”. En tal virtud, la seguridad jurídica como garantía del derecho subjetivo obliga a toda autoridad, pública o privada, y en general a toda persona, a respetar los derechos que han sido reconocidos a otra persona. Cabe anotar que los derechos pueden ser parte innata de la persona, como se analizó en la primera parte de este ensayo, que corresponden a los derechos humanos; y, también existen los derechos

³⁸ Juan Riofrío, “El contenido esencial del derecho fundamental a la seguridad jurídica” en *Seguridad Jurídica*, 8.

³⁹ *Ibíd.*, 9.

que nacen de la ley y de la voluntad de las personas, como es el caso de los derechos contractuales.

En todos los casos, cualquiera sea la forma en que se haya adquirido derechos, siempre que sea legal y legítima, éstos son inalterables por normas posteriores, a esto se refiere el principio de irretroactividad de la ley. Además, los derechos adquiridos también son intangibles, salvo que exista una disposición legal que prevea una alteración como es el caso del poder sancionador.

En este sentido, debe señalarse que en lo que se refiere a materia administrativa, los elementos de la seguridad jurídica deben ser aplicados en todo ámbito de actuación pública, lo que incluye los contratos administrativos, en cuya ejecución se debe cumplir con el derecho a la seguridad jurídica, que de acuerdo con la Constitución de la República, implica el respeto de las normas que regulan esta situación jurídica, pero además su aplicación por parte de la autoridad competente.

Sin embargo, como se expondrá en el siguiente capítulo de esta tesis, los derechos y obligaciones que nacen del contrato administrativo se ven trastocados por una eventual aplicación abusiva de la figura de la recepción presunta, ya que en este caso, existiría una actuación arbitraria de las autoridades, sin cumplirse el derecho a la seguridad jurídica, previsto dentro del artículo 82 de la Constitución ecuatoriana; y al contrario, se evidencia la ausencia de un entorno legal claro y confiable que desarrolle el procedimiento de recepción presunta del contrato administrativo.

El siguiente elemento que analiza el autor Riofrío es la certidumbre del Derecho⁴⁰, para lo cual, cita el concepto que da la jurisprudencia ecuatoriana:

Sobre la garantía constitucional a la seguridad jurídica, esta Sala ya se expresó en los fallos citados que comparte el criterio expresado por Alberto WRAY en el sentido de que el concepto de la seguridad jurídica alude al conjunto de condiciones necesarias para anticipar las consecuencias jurídicas de la conducta personal y de la de terceros; que propuesto como principio constitucional, significa que el orden jurídico proscriba cualquier práctica en el ejercicio del poder que conduzca a la incertidumbre, es decir, a la imposibilidad de anticipar o predecir las consecuencias jurídicas de la conducta⁴¹.

En tal virtud, la seguridad jurídica en las actuaciones de los poderes públicos se relaciona de manera directa con el derecho de motivación constitucionalmente

⁴⁰ *Ibíd.*, 10.

⁴¹ *Ibíd.*, 12

establecido, por el cual todo acto o decisión que afecte derechos e intereses debe contar con la motivación debida. Esta garantía permite además, la impugnación de dichos actos, con lo que se cierra el círculo de la seguridad jurídica. Es decir, primero contar con normas claras y procedimientos establecidos, después con actos y resoluciones de las autoridades que sean motivadas, y finalmente la posibilidad de impugnar los actos y resoluciones que la persona considera han vulnerado sus derechos o afectado injustamente sus intereses.

La motivación también se encuentra prevista como uno de los requisitos de la recepción presunta, ya que dentro del artículo 81 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se dispone que cuando sea la administración la que realice este tipo de recepción, la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, deberá realizarlo mediante resolución motivada que deberá ser notificada al contratista, con el objeto de que el mismo pueda hacer uso de los mecanismos jurídicos para ejercer su derecho a la defensa.

En resumen, en este capítulo se analizó en detalle los conceptos doctrinarios que permiten tener un panorama del deber ser de la actuación del Estado y sus diferentes funciones con relación al debido proceso y la seguridad jurídica. En este punto, se puede concluir que las relaciones derivadas del contrato administrativo están sometidas al cumplimiento de las garantías del debido proceso y el principio de seguridad jurídica, lo cual se justifica desde dos perspectivas: Primero, por la actuación de la Administración como expresión del Estado; y, desde la visión de la relación contractual existente al amparo de la ley, en virtud de la cual el Estado debe garantizar que las partes de dicha relación cuenten con el blindaje legal que les permita ejercer sus derechos y acciones derivados del contrato.

En el segundo capítulo analizaré la norma ecuatoriana vigente en lo relacionado con el contrato administrativo y específicamente a la figura de la recepción presunta, así como la forma de aplicación de la norma por parte de los diferentes sujetos que intervienen en la figura; y, de esta manera, contrastar con los aportes doctrinarios examinados en este primer capítulo y verificar cómo se cumple o vulnera el debido proceso y la seguridad jurídica en la figura de la recepción presunta de los contratos administrativos.

Capítulo segundo: La recepción presunta del contrato administrativo en la normativa ecuatoriana de contratación pública

El contrato administrativo es una de las formas de actuación de la Administración que tiene gran relevancia debido a su utilidad para el funcionamiento de la actividad de la Administración Pública, el uso de cuantiosos montos pertenecientes al presupuesto del Estado, así como la posibilidad que brinda la contratación pública de instrumentar políticas públicas de productividad, empleo, inclusión social, entre otras.

En el presente capítulo se disertará acerca de la figura legal de la recepción presunta o también denominada recepción de pleno derecho del contrato administrativo, la forma en que se encuentra establecida en la normativa ecuatoriana; es decir: Sus presupuestos normativos, naturaleza jurídica, elementos y requisitos, los sujetos intervinientes, efectos jurídicos; y, finalmente contrastar su uso en la práctica de la contratación pública con el cumplimiento o no de los preceptos doctrinarios del debido proceso y la seguridad jurídica analizados en el capítulo primero.

2.1 Principios que rigen la recepción presunta del contrato administrativo

Antes de analizar de manera específica la recepción del contrato administrativo, cabe anotar varios de los principios que rigen al contrato administrativo y que se encuentran establecidos en la normativa ecuatoriana de contratación pública, como son el principio de legalidad⁴², el mismo que es mandatorio tanto en la aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, cuanto en la aplicación de los contratos que de ella se deriven, así como el principio de la buena fe en la ejecución del contrato administrativo que se vincula al criterio de interpretación de los contratos administrativos señalado en el artículo 5 *ibídem*, que se refiere a la debida ejecución del contrato.

⁴² Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, Suplemento, 04 de agosto de 2008, art. 4

Respecto al principio de legalidad, éste es transversal a toda actuación de la Administración Pública, en este sentido la Constitución de la República dispone que los servidores públicos solo pueden hacer lo que está expresamente previsto en la Ley. Al respecto, en el campo de la contratación pública la normativa que la rige va desde la Constitución de la República, que dispone el cumplimiento de “criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social”, y la priorización de la producción nacional, la proveniente de la economía popular y solidaria y de los micro, pequeños y medianos productores⁴³, esto en lo concerniente a la etapa precontractual; y, en lo que tiene que ver con la ejecución contractual se debe observar el derecho al debido proceso en lo que sea aplicable al régimen sancionatorio derivado del contrato, esto es la aplicación de multas, terminación anticipada del contrato, y vale decir que en la recepción presunta también debe respetarse el debido proceso, pues indudablemente afecta derechos y obligaciones de las partes.

La siguiente norma que rige la contratación pública es la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en la que se establece también el principio de legalidad para su aplicación y la de los contratos sujetos a la misma, la norma que le sigue en jerarquía es el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el cual no ha sido reformado para guardar armonía con las reformas que la Ley ha tenido desde su expedición en el año 2008, por lo que este Reglamento cada vez más se vuelve inaplicable; y, en su lugar, la normativa secundaria que emite el Servicio Nacional de Contratación Pública ha ido supliendo su función reglamentaria, dada la facultad legal de la que goza y la facilidad que tiene este órgano para dictar gran cantidad de normativa.

La normativa ecuatoriana de contratación pública ha puesto énfasis en el desarrollo normativo de la etapa precontractual; sin embargo, en la normativa actual se mantiene una escasa regulación de la etapa de ejecución contractual; y, la recepción presunta, al ser una figura de esta etapa, sigue la misma suerte.

⁴³ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 288

Con relación al principio de legalidad, los autores Eduardo García de Enterría y Tomás – Ramón Fernández⁴⁴ señalan que lo esencial de la Administración Pública es que “toda acción singular del poder esté justificada en una ley previa”, esto aplicado al objeto de esta investigación se observa que la figura de la recepción presunta del contrato efectivamente se encuentra prevista en la ley de la materia.

Continuando con los principios que rigen el contrato administrativo y que son relevantes para este estudio, a continuación se analiza el principio de buena fe. Al respecto, es pertinente el aporte del autor Juan Carlos Cassagne quien señala que: “En materia contractual, la buena fe abona el cumplimiento de las obligaciones pactadas a través de varias soluciones que se fundan en la conducta que se espera de una persona normal que actúe con lealtad y sin malicia”⁴⁵.

En este sentido, el contrato es el producto de un procedimiento previo en el que las partes cumplieron con los requisitos legales, técnicos y legales requeridos para celebrar el contrato administrativo, entonces la consecuencia lógica de una relación que se encuentra debidamente originada en un procedimiento en el que se cumplieron los pasos y requisitos legales es el cumplimiento de las obligaciones por las partes, salvo situaciones de fuerza mayor o caso fortuito, para lo cual la ley y el contrato contemplan la terminación de la relación contractual por mutuo acuerdo.

De igual forma, el autor ecuatoriano Francisco Poveda Almeida sobre el principio de buena fe señala que sobre la base de éste se espera:

Que los comportamientos de la administración y los administrados serán recíprocamente coherentes, racionales y comprometidos en su cooperación y colaboración. Que no se registrará ningún abuso de derechos y poderes y que se mantendrá la proporcionalidad entre medios y fines⁴⁶.

Efectivamente, como lo afirma el autor citado, la relación entre entidad y contratista es de cooperación, en la que las dos partes resultan beneficiadas al concluir el contrato de manera natural, esto es por el cumplimiento de su objeto y demás obligaciones. La buena fe es un presupuesto con el que las partes cuentan al momento

⁴⁴ Eduardo García de Enterría y Tomás – Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo I*, (Madrid: Editorial Civitas, 2017), 439-40

⁴⁵ Juan Cassagne, *El contrato administrativo*, (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2005), 126-7.

⁴⁶ Francisco Poveda, *Instituciones de la Contratación Pública en el Ecuador*, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017), 152

de iniciar la relación contractual, se presume la buena fe de las partes contractuales y la norma que rige los contratos administrativos en el Ecuador así lo reconoce.

En caso de contrariarse este principio, es decir, cuando una de las partes actúa con dolo, esto daría derecho a la otra parte a reclamar judicialmente el pago de perjuicios ocasionados, conforme lo determina el artículo 1474 del Código Civil, para lo cual se debe demostrar la existencia de una actuación dolosa, pues como se señaló antes, la buena fe es una presunción que solo se desvanece con la prueba del dolo⁴⁷.

Por lo tanto, la recepción presunta que realiza una de las partes contractuales, al derivarse del contrato administrativo debe enmarcarse en los principios antes señalados, esto es, el de legalidad que le impide actuar fuera del marco normativo y contractual que rige la relación contractual administrativa; y, el principio general de la buena fe que se encamina a la actuación con lealtad frente a su contraparte y tendiente al cumplimiento cabal del objeto contractual.

2.1.1 Presupuestos normativos

La recepción presunta o de pleno derecho del contrato opera cuando ante la solicitud de recepción del objeto contractual realizada por una de las partes, no se emite observación alguna a dicha petición ni se procede a la entrega recepción, lo que da derecho a la parte solicitante a la recepción presunta del contrato.

Existen dos tipos de recepción presunta o de pleno derecho: La operada por solicitud del contratista y la declarada por la entidad contratante; pero en ambos casos el primer presupuesto que dispone la ley es el mismo, esto es que exista una solicitud de recepción realizada por una de las partes contractuales, mientras que el segundo presupuesto relacionado a la respuesta o acción de la otra parte frente a la solicitud de recepción, varía en cierto modo entre los dos tipos de recepción presunta.

Es así que, para el caso en que la recepción haya sido solicitada por el contratista, la ley determina como presupuesto para que opere la recepción presunta que la entidad contratante no formule ningún pronunciamiento ni inicie la recepción dentro

⁴⁷ Ecuador, *Codificación del Código Civil*, Registro Oficial 46 Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 722 y 1474

de los períodos determinados en el Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. De su parte, para el caso en que la recepción haya sido solicitada por la entidad contratante, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública señala que la entidad declarará la recepción presunta a su favor ante la negativa expresa del contratista a suscribir las actas de entrega recepción o si no las suscribiere en el término de 10 días.

Se puede esbozar una explicación inicial del porqué esta diferencia, que sería la disposición establecida en el artículo 66 de la Constitución de la República que determina el derecho de petición consagrado a los ciudadanos y a la vez la obligación de la autoridad pública de atender o responder motivadamente las quejas y peticiones de los ciudadanos.

Sin embargo, si se analiza la naturaleza de la disposición legal de la recepción presunta del contrato se evidencia que la misma es precisamente una disposición que regula la materia contractual, por tanto la relación existente entre contratista y entidad es una relación de colaboración y no una relación autoridad - administrado. Ante esta similitud que se observa a priori es necesario realizar un análisis de la naturaleza jurídica de la recepción presunta.

2.1.2 Naturaleza jurídica

La disposición del artículo 81 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública presenta a la recepción presunta o de pleno derecho del contrato como una figura similar al silencio administrativo positivo en virtud de sus presupuestos normativos: Primero, la solicitud por parte del contratista; y, segundo, la inactividad o falta de pronunciamiento por parte de la entidad. Respecto a la aplicación del silencio administrativo en materia de contratación pública el autor Patricio Secaira señala:

El efecto positivo o negativo del silencio administrativo, por tanto, es absolutamente contrario a la naturaleza jurídica de la contratación pública, ya que atenta precisamente a los principios de autonomía de la voluntad y al de igualdad en la contratación, por virtud de que a través de dicha institucionalidad jurídica, las partes estarían en capacidad de modificar los convenios o contratos, sin contar con la expresa voluntad del otro, generando de esta manera una desigualdad jurídica; todo lo cual es contrario a derecho.⁴⁸

⁴⁸ Patricio Secaira, *Curso breve de Derecho Administrativo*, (Quito: Editorial Universitaria, 2004), 217

En tal virtud, de acuerdo al autor ecuatoriano, el silencio administrativo y su efecto jurídico positivo o negativo no es aplicable a la relación contractual porque esta última tiene su origen en la autonomía de la voluntad que a su vez coloca a las partes contractuales en igualdad de condiciones, teniendo derechos y obligaciones mutuas en virtud de la suscripción libre y voluntaria del contrato, instrumento con el que se obligan a cumplir las estipulaciones previstas en él.

De la misma manera se ha pronunciado la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia:

Es evidente que tal institución del silencio positivo o negativo es ajena a la materia contractual que, dentro de los límites señalados por la ley en tratándose de contratación pública, se rige por lo acordado por las partes en el respectivo contrato, que constituye la norma jurídica de estricta observancia para su ejecución y aplicación, por lo cual, resulta extraño el pretender que mediante una falta de oportuna contestación se ha modificado la normatividad contractual establecida.⁴⁹

Es pertinente citar esta sentencia, ya que en la misma se comprende que en materia de contratación pública no es procedente solicitar el reconocimiento de un derecho dentro de la relación contractual alegando la aplicación del silencio administrativo, pues las partes contractuales deben estar a lo estipulado en el contrato, que es ley para las partes, sin que las cláusulas contractuales puedan ser modificadas por la falta de contestación de la entidad ante una solicitud del contratista.

Del análisis realizado a la norma que establece la recepción de pleno de derecho en el contrato administrativo y a la luz de la doctrina y la aplicación de la norma por los jueces, se puede observar que la naturaleza de esta figura no es de manera perfecta la del silencio administrativo, pues la norma no prevé que su reconocimiento se realice por un juez, sino que de manera inmediata le otorga el derecho al contratista a solicitar al Notario Público o al Juez de lo Civil que notifique a la entidad que ha operado la recepción presunta.

Además, tampoco podría hablarse de la aplicación del silencio administrativo en el caso que la entidad haya solicitado la recepción y el contratista no comparezca a realizar la entrega recepción, pues el sujeto activo o la persona a quién se dirige la petición no tiene naturaleza de Administración Pública. En este caso se evidencia que en

⁴⁹ Corte Nacional de Justicia del Ecuador, *Gaceta Judicial Año CV Serie XVIII No. 1*, (Quito, 2004)

la recepción presunta la relación existente no es de Administración – administrado, sino que se trata de una relación entre partes contractuales, tal es así que la norma ha establecido la recepción presunta o de pleno derecho tanto para contratista cuanto para entidad contratante.

Por lo tanto, se puede colegir que la recepción presunta establecida en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública no está dentro de la naturaleza jurídica del silencio administrativo, aunque guarde similitud en lo que respecta al efecto que prevé la norma por la falta de pronunciamiento ante una petición, efecto que es la aceptación tácita de lo solicitado, en este caso, la recepción del contrato.

Con relación a la naturaleza jurídica de la recepción presunta vale anotar lo que señala el autor Juan Cassagne respecto a la terminación del contrato administrativo:

Se puede advertir la presencia de tipos normales de extinción (cumplimiento contractual y vencimiento del plazo) en forma paralela a los supuestos de extinción del contrato, relacionados con su validez (revocación por ilegitimidad y anulación judicial, en su caso) y cumplimiento, entre los que cabe incluir desde los tipos de extinción *ex lege* hasta aquellos que se fundan sólo en el pacto⁵⁰.

En tal virtud, la figura de la recepción presunta se enmarca dentro de los tipos de extinción contractual *ex lege* debido a que se encuentra expresamente establecida en el artículo 81 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, norma en la cual se determina que su efecto es la terminación del contrato.

Si bien es cierto, la recepción presunta también se puede estipular dentro de los contratos celebrados por las entidades sujetas a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, como una facultad tanto para el contratista como para la entidad contratante, esto en virtud de que, conforme el artículo 27 de la LOSNCP, las entidades contratantes están obligadas a utilizar los modelos de pliegos y contratos elaborados por el Servicio Nacional de Contratación Pública – SERCOP⁵¹; esta disposición resulta complementaria, ya que ante la omisión de la misma dentro de los contratos públicos, la recepción presunta operaría por disposición legal, de allí que se considere que su naturaleza jurídica deriva de la extinción contractual *ex lege*.

⁵⁰ Juan Cassagne, *El contrato administrativo*, (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2005), 150.

⁵¹ El SERCOP, de acuerdo con la potestad otorgada en el numeral 8 del artículo 10 de la LOSNCP, tiene facultad para expedir modelos obligatorios de documentos precontractuales y contractuales.

En este sentido, los autores Daniel López, Antonio Pérez y Luis Aguilar afirman que con la reforma de la Ley Orgánica del de Sistema Nacional de Contratación Pública:

Se incorpora también la posibilidad de recepción presunta a favor de la entidad, lo cual en nuestro criterio no tiene mayor sentido, considerando que la figura de la recepción de pleno derecho, y en general al hablar de una aplicación del silencio administrativo, por concepto y principio es un castigo que debería recaer solamente sobre la Administración, no sobre cualquier contratista. Los defensores de esta figura argumentan que se trata de un mecanismo efectivo, para compensar o equiparar el derecho otorgado a favor de los contratistas, ante el silencio injustificado de la entidad contratante; sin embargo, sería positivo (aunque poco probable en la práctica) que ese argumento o intención de “equiparar” derechos y/o la posición de quienes suscriben el contrato, se aplique en todas las cláusulas de la relación contractual y no solo en esta figura⁵²

En la perspectiva planteada por los autores, se comprende que los mismos consideran que la naturaleza jurídica de la recepción presunta es de carácter legal, pues señalan que solo ha sido mediante la reforma a la Ley Orgánica del de Sistema Nacional de Contratación Pública del año 2013, cuando se incorpora una recepción presunta a favor de la entidad contratante; sin embargo, la relacionan con el efecto jurídico del silencio administrativo, y asimismo consideran que en lo que se refiere a las cláusulas dispuestas contractualmente que establecen la recepción de pleno derecho a favor de la entidad contratante, solo aparentemente pretenden reflejar una situación de igualdad entre las partes, algo que no consideran posible, debido a que no se aplica en ninguna otra cláusula del contrato, seguramente refiriéndose a la situación de desigualdad en la que el particular se encuentra frente a las facultades exorbitantes de las que goza la Entidad contratante.

Cabe señalar que la presunción legal de recepción no es nueva en la legislación así como tampoco es exclusiva del ámbito administrativo. Así por ejemplo encontramos que el Código Civil italiano desde 1942 incorporó este derecho a favor del contratista “La verificación debe ser hecha por el comitente apenas el empresario le pone en condiciones de poderla efectuar. Si, no obstante, haberse hecho la invitación por el empresario, el comitente retrasa el proceder a la verificación sin justo motivo, o bien no comunica el resultado dentro de un breve plazo, la obra se considera aceptada”⁵³, lo cual se constituye como una presunción legal de declaración de voluntad operada por el silencio de una de las partes contractuales.

⁵² Daniel López, Antonio Pérez y Luis Aguilar, *Manual de Contratación Pública* (Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016), 442

⁵³ Sánchez, Antonio Cabanillas. *La recepción de la obra*. Anuario de derecho civil No. 31, 1978.

Finalmente, respecto a la naturaleza jurídica de la figura de recepción presunta del contrato administrativo se puede observar acorde a lo analizado en este subtítulo que la misma es de naturaleza legal y contractual. La primera en razón de ser un contrato administrativo sometido a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, norma en la cual se prevé la facultad de las partes contractuales para terminar la relación contractual una vez cumplido su objeto, sin tener que estar obligados a permanecer en la misma de manera indefinida. Mientras que su naturaleza contractual está supeditada a su inclusión dentro del texto del instrumento contractual suscrito por las partes, lo cual debería ser obligatorio para todos los contratos administrativos sujetos a la LOSNCP.

2.1.3 Elementos y requisitos

Conforme los presupuestos normativos analizados en el subtítulo 2.1.2, el primer presupuesto de la recepción presunta es la solicitud realizada por una de las partes contractuales; y, el segundo presupuesto normativo es la negativa, falta de pronunciamiento, o falta de recepción por la parte requerida.

Para efectos de una mejor comprensión, el análisis de los elementos de la figura de la recepción presunta se realizará de manera separada: En primer lugar sobre la recepción practicada por el contratista y a continuación la recepción practicada por la entidad contratante.

El Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en su artículo 122 establece para el contratista el derecho de solicitar la notificación de la recepción presunta del contrato cuando se cumplan los siguientes elementos:

- 1ro. Existencia de solicitud de recepción parcial o definitiva del contrato por parte del contratista.

- 2do. Inactividad de la entidad contratante frente a dicha solicitud, la misma que se traduce a las siguientes cuestiones:

a) No formular pronunciamiento alguno sobre la recepción.

b) No iniciar la recepción en el tiempo determinado en la norma.

Además, se debe considerar que de acuerdo al Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el pronunciamiento de la entidad contratante ante la solicitud de recepción que realice el contratista se limita a:

- i. Objeciones a la solicitud de recepción.
- ii. Observaciones al cumplimiento del contrato.

El primer elemento es la existencia de solicitud de recepción parcial o definitiva del contrato por parte del contratista. Al respecto, la ley ha previsto que la figura de la recepción presunta del contrato pueda practicarse tanto en las entregas parciales cuanto en la recepción definitiva.

El Servicio Nacional de Contratación Pública en su página web ha emitido varias absoluciones a preguntas frecuentes dentro de las cuales consta una pestaña de recepción de pleno derecho. Es así que, frente a la pregunta: “¿En materia de contratación pública, cuál es la naturaleza de la recepción de pleno derecho?”, el SERCOP emite la siguiente respuesta:

Las recepciones de acuerdo a la naturaleza de cada contratación, se clasifican en recepción definitiva o única, recepción parcial y recepción de pleno derecho. Mediante la recepción definitiva la Entidad Contratante recibe el objeto del contrato por considerarlo cumplido a satisfacción, se extinguen las obligaciones contractuales de forma inmediata por lo que es aplicables (sic) para contratos instantáneos, cuya forma de pago (sic) contra-entrega. La recepción provisional aplica para contratos de tracto sucesivo, es decir, que se van ejecutando con el transcurso del tiempo, por el cual las obligaciones contractuales se extinguen de forma parcial o provisional. La recepción de pleno derecho es una clase de recepción en los contratos públicos, la cual opera como consecuencia del silencio de la Entidad Contratante ante el requerimiento expreso del contratista de efectuar la recepción definitiva del contrato⁵⁴.

De esta explicación que brinda el SERCOP sobre las clases de recepción en los contratos administrativos es necesario realizar algunas precisiones, para lo cual cabe señalar que en el artículo 81 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se puede distinguir las siguientes clases de recepción de contratos: recepción

⁵⁴ Ecuador. Servicio Nacional de Contratación Pública, *PREGUNTAS FRECUENTES DE CONTRATACIÓN PÚBLICA*, <http://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/2017/01/4.pdf>

definitiva, es aquella que de manera general se establece para todos los contratos; y recepciones parciales para los contratos en los que se requiera recibir el objeto por etapas, por partes o aquellos de tracto sucesivo. Es importante acotar que sin perjuicio de las recepciones parciales siempre se deberá realizar la recepción definitiva al finalizar el contrato.

De su parte, la recepción provisional es una figura que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública ha establecido para los contratos de obra, la misma que consiste en la recepción que realiza la entidad contratante una vez que el contratista ha concluido la obra, y a partir de esta recepción corre el plazo que se estipule en el contrato para realizar la recepción definitiva. Es así que la recepción provisional se hace en el lugar de la obra con una inspección para verificar el estado de la misma y en caso de haber observaciones por parte de la entidad contratante, el contratista debe corregir y cumplirlas; de esta manera, una vez cumplidas las correcciones dentro del tiempo estipulado en el contrato, procederá la recepción definitiva de la obra para lo cual es necesario suscribir la respectiva acta entrega recepción definitiva.

Por lo tanto, la explicación que realiza el SERCOP confunde las clases de recepción al señalar que la recepción de pleno derecho es una clase de recepción de acuerdo a la naturaleza del contrato, aseveración que es incorrecta, pues la recepción presunta o de pleno derecho es el efecto que se produce por la falta de respuesta de la entidad ante la solicitud de recepción realizada por el contratista; o, viceversa, la falta de recepción por parte del contratista ante la solicitud de la entidad, lo que puede operar en cualquier contrato, independientemente de la naturaleza del mismo. Es decir, la recepción presunta cabe en toda clase de contratos sean éstos de obras, bienes y servicios, incluida consultoría.

La segunda imprecisión que se observa en la respuesta del SERCOP es que confunde la recepción provisional con la recepción parcial al señalar que la recepción provisional cabe en los contratos de tracto sucesivo en los que “las obligaciones contractuales se extinguen de forma parcial o provisional”⁵⁵.

⁵⁵ *Ibíd.*

Al respecto es necesario señalar la diferencia entre la recepción parcial y la recepción provisional para lo cual cabe partir de la definición natural de las palabras, es así que el significado de la palabra parcial es: “Perteneiente o relativo a una parte del todo”⁵⁶; y, la palabra provisional significa: “Que se hace, se halla o se tiene temporalmente”⁵⁷.

Del sentido natural y obvio de las palabras se puede observar que no son sinónimos ni tienen un significado cercano. La palabra parcial se refiere a una parte del todo. La ley ha previsto que la calidad de recepción provisional se observe en los contratos de obra, lo cual obedece a la complejidad que conlleva establecer la conformidad de una obra y por tanto esto no puede ser verificado en el mismo acto de entrega, sino que es necesario que la entidad tenga un tiempo suficiente para revisar la obra y determinar si existen correcciones que realizar antes de recibir la misma a entera satisfacción y de manera definitiva, pues luego de la recepción definitiva solo cabe el reclamo por vicios ocultos en la obra. Por lo tanto, la recepción provisional no opera en los contratos de tracto sucesivo y la extinción de obligaciones de manera parcial no es sinónimo o equivalente a la entrega provisional como lo señala el SERCOP.

La tercera precisión que es necesario realizar a la respuesta publicada por el ente rector de la contratación pública se refiere a la aplicación de la recepción presunta, la misma que no se aplica solo ante la solicitud de recepción definitiva como lo señala el SERCOP, pues la norma prevé que la recepción presunta o de pleno derecho puede aplicarse tanto en las recepciones parciales, cuando las mismas hayan sido establecidas en el contrato; cuanto en la recepción definitiva, la misma que es obligatoria en todo tipo de contrato para adquisición de bienes, prestación de servicios incluidos los de consultoría, y ejecución de obra.

Continuando con el análisis del primer elemento de la recepción presunta solicitada por el contratista, es preciso señalar como requisito natural que la solicitud de recepción debe ser oportuna, esto es dentro de los tiempos estipulados en el contrato, así como debe ser legítima, es decir que el contratista debe tener el derecho para solicitar dicha recepción. El contratista adquiere el derecho para solicitar la recepción del

⁵⁶ España. Real Academia Española, “Diccionario de la lengua española”, accedido 13 de octubre de 2017, <http://dle.rae.es/?id=RtqUTs5>

⁵⁷ España. Real Academia Española, “Diccionario de la lengua española”, accedido 13 de octubre de 2017, <http://dle.rae.es/?id=UUUuOLG>

contrato cuando ha cumplido con sus obligaciones dentro del mismo. En tal virtud, la recepción presunta cabe únicamente cuando se han cumplido las estipulaciones contractuales, y de manera específica las obligaciones contraídas.

Por lo tanto, el contratista para solicitar la recepción del contrato, sea ésta parcial o definitiva, debe haber cumplido con sus obligaciones principales, las mismas que dependiendo del tipo de objeto contratado son: Entregar los bienes, prestar los servicios, entregar los productos resultado de la consultoría, o, entregar la obra, lo cual debe haber sido ejecutado conforme las especificaciones técnicas o las condiciones establecidas en los términos de referencia elaborados por la entidad contratante, además el contratista debe haber cumplido con las demás obligaciones estipuladas en el contrato tanto las que obedecen al modelo emitido por el SERCOP cuanto las establecidas por la entidad contratante de acuerdo a sus necesidades y que fueron conocidas por el contratista en la etapa precontractual a través del pliego que forma parte del contrato. Al respecto cabe anotar lo que el tratadista argentino Roberto Dromi señala:

El objeto de todos los contratos es la obligación que por ellos se constituye, obligación que tiene por contenido una prestación de dar, hacer o no hacer, querida por las partes. (...) la obligación es la consecuencia inmediata que persiguen las partes al celebrar un contrato, como factor determinante de su voluntad⁵⁸.

Entonces, desde la doctrina se refuerza la idea del cumplimiento de las obligaciones contractuales como elemento de la plena ejecución del mismo, lo que a su vez constituye el requisito que el contratista debe cumplir para solicitar la recepción del contrato. De tal manera que la ejecución plena de los contratos es un requisito legal para la recepción de los mismos. Lo anotado tiene estrecha relación con el principio de buena fe y obligación de cumplir con el objeto contractual, y al respecto la Codificación del Código Civil señala lo siguiente:

Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella⁵⁹.

Consecuentemente, la figura de la recepción presunta se desnaturaliza cuando ha nacido de una solicitud de recepción alejada del principio de buena fe, esto es que el

⁵⁸ Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, (Buenos Aires: Editorial de Ciencia y Cultura, 2009), 444.

⁵⁹ Ecuador, *Codificación del Código Civil*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 1562

contratista para evadir sus obligaciones adquiridas en el contrato solicite la recepción del mismo, conociendo que no ha ejecutado plenamente el instrumento contractual, y que por tanto no es procedente la recepción a satisfacción por parte de la entidad contratante.

El segundo elemento de la recepción presunta solicitada por el contratista es la inactividad de la entidad contratante frente a la solicitud de recepción.

En el desarrollo normal y previsto de la ejecución contractual se tiene previsto que ante la solicitud de recepción que realiza el contratista exista una verificación y aprobación de la recepción por parte del contratante.

En este sentido, la doctrina en el ámbito del derecho civil reconoce que la aprobación de la recepción del contrato puede ser expresa y tácita. La aprobación expresa se da mediante un acto declarativo de la conformidad de la recepción; mientras que la “aprobación es tácita cuando es deducida de actos o hechos que implican inequívocamente la conformidad del comitente con la obra construida”⁶⁰. Estos actos que presuponen la aceptación del objeto contractual pueden ser: La utilización de la obra, el silencio del contratante durante el decurso del plazo para emitir observaciones o solicitar correcciones, la demora injustificada en comunicar el resultado de la verificación de la obra entregada y el pago del precio sin reservas.⁶¹

Al respecto la norma ecuatoriana ha previsto la figura de la recepción presunta como una forma de garantizar los derechos de las partes ante la solicitud de recepción del contrato y la falta de respuesta a dicha solicitud, por cuanto esto afecta la debida ejecución y finalización del contrato, así como también impide a las partes cumplir los objetivos requeridos con la contratación. Por cuanto, sin recepción el contratista no puede obtener su derecho al pago y la entidad no puede utilizar el objeto contratado para cumplir sus fines de interés público.

Con relación a la recepción presunta practicada por el contratista, el artículo 81 de la LOSNCP y el artículo 122 de su Reglamento General disponen que operará la recepción presunta o de pleno derecho frente a la inactividad de la entidad contratante,

⁶⁰ Sánchez, Antonio Cabanillas. *La recepción de la obra*. Anuario de derecho civil No. 31, 1978. Pág. 293.

⁶¹ *Ibidem*, pág. 294 - 295

lo que se traduce en la falta de pronunciamiento frente a la solicitud del contratista y la falta de inicio de la recepción solicitada dentro del tiempo establecido en la norma.

Por lo tanto, la entidad una vez entregado el objeto de contratación por parte del contratista y solicitada la recepción del contrato, tiene 10 días para objetar o realizar observaciones al mismo, transcurrido este tiempo sin que la entidad haya realizado dicho análisis de la solicitud del contratista y en tal virtud sin que emita pronunciamiento al respecto, la norma le da el derecho al contratista para que practique la recepción de pleno derecho.

De su parte, el Reglamento a la Ley delimita el presupuesto legal establecido para la recepción presunta referente a “no formular pronunciamiento alguno” por parte de la entidad contratante. Es así que en el segundo inciso del artículo 122 del RGLOSNCNP se señalan dos escenarios: Primero, la no objeción a la solicitud de recepción; y, segundo, la no formulación de observaciones al cumplimiento del contrato.

Entonces si bien la ley deja abierto a que se pueda interrumpir el término para que opere la recepción presunta con cualquier tipo de pronunciamiento que la entidad realice respecto de la solicitud del contratista para la recepción del contrato; el Reglamento a la Ley delimita esta disposición al señalar que el pronunciamiento de la entidad debe versar sobre dos cuestiones:

- a) Objeciones a la solicitud de recepción; y,
- b) Observaciones al cumplimiento del contrato.

Como objeciones a la solicitud de recepción se podrían presentar, entre otras las siguientes:

- Improcedencia de la solicitud por no ser oportuna, es decir no encontrarse dentro de los tiempos estipulados en el contrato para la recepción parcial o definitiva. De igual forma, se considera que no es oportuna la solicitud de recepción en caso de encontrarse suspendido el contrato. Al respecto, la norma prevé que la suspensión del contrato por más de sesenta días, dispuesta por la entidad sin que medie fuerza mayor o

caso fortuito, es una causal para terminación del contrato imputable a la entidad, y le da el derecho al contratista de demandar la resolución del contrato⁶².

- Improcedencia de la solicitud por incompetencia de la autoridad ante la cual se dirigió la petición, como por ejemplo si el contratista dirige la petición a algún funcionario que no sea el Administrador del contrato o la Máxima Autoridad de la entidad contratante.

El segundo tipo de pronunciamiento que podría hacer la entidad es relacionado a observaciones al cumplimiento del contrato, entre las cuales se podría señalar los siguientes ejemplos:

- La inconformidad de los bienes, productos o servicios recibidos.

- La entrega incompleta del objeto contractual.

- La falta de justificación del cumplimiento de otras obligaciones que hubieren sido estipuladas en el contrato como el pago de las obligaciones patronales al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, la presentación de los roles de pago realizado al personal del contratista que trabajó en la ejecución del contrato, etc.

Respecto al cumplimiento oportuno en la entrega del objeto contractual, cabe analizar el escenario en el que el contratista solicite la recepción del contrato vencido el plazo de entrega, es decir durante el tiempo en que está corriendo multas para el contratista por retraso en la entrega del objeto contractual. En este caso, la entidad tiene la opción de declarar la terminación unilateral el contrato y declarar incumplido al contratista cuando el valor de las multas ha superado el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato, esto es el 5% de la cuantía total del contrato⁶³. Si la entidad no ve la conveniencia en declarar la terminación unilateral del contrato y decide aceptar la recepción con retraso deberá aplicar la sanción pecuniaria estipulada en el contrato.

Por consiguiente, si ante la solicitud de recepción que realice el contratista, la entidad no emite pronunciamiento, cabe la aplicación de la recepción presunta; pues precisamente el efecto que produce es la terminación del contrato y por lo tanto dejará

⁶² Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, Suplemento, 04 de agosto de 2008, art. 96, num. 2

⁶³ *Ibidem*, art. 94, num. 4

de correr el cálculo de multas. De esta manera, queda más clara la comprensión de las posibilidades que tienen tanto el contratista cuanto la entidad al momento de activarse la recepción presunta por parte del primero.

Finalmente, respecto al **tercer elemento** de la figura de recepción presunta, el tiempo que otorga la norma para que la entidad emita su pronunciamiento respecto a la solicitud de recepción, y por tanto para que analice el cumplimiento del objeto contractual a satisfacción de la entidad, puede resultar insuficiente en contratos de alta complejidad, por lo que es necesario que la entidad prevea esta situación desde la etapa preparatoria del proceso de contratación.

De tal forma, en la elaboración de los términos de referencia o de las especificaciones técnicas, la unidad requirente que conoce el alcance y complejidad del objeto a contratar, tiene la facultad de definir el procedimiento de entrega recepción; por ejemplo, puede establecer entregas parciales que sean posibles de revisar por parte de la entidad en tiempos cortos, o puede definir los tiempos que tiene la entidad para revisar los productos entregados y emitir observaciones, y de la misma manera definir los tiempos que tiene el contratista para corregir dichas observaciones, estableciendo un procedimiento en los Términos de Referencia o Especificaciones Técnicas que al trasladarse al contrato constituye ley para las partes.

Una vez que se ha analizado los elementos de la recepción presunta solicitada por el contratista, pasamos a estudiar lo que tiene relación a la **recepción presunta declarada por la entidad contratante**.

El primer elemento que debe cumplirse para que la entidad contratante pueda declarar la recepción presunta del contrato es la solicitud de suscripción del acta de entrega recepción realizada al contratista. Al respecto, vale recordar que la notificación que se realice al contratista para que surta los efectos legales correspondientes debe ser realizada por la máxima autoridad de la entidad contratante, o el funcionario expresamente delegado para el efecto. Previamente, la máxima autoridad o su delegado deben contar con el respectivo Informe Técnico y Financiero emitido por el Administrador del Contrato. Por tanto, para la recepción del contrato, la máxima autoridad aprobará la misma previo informe de cumplimiento del contrato emitido por el Administrador del Contrato.

La comunicación al contratista se realizará en la forma prevista en el mismo contrato, sea a su dirección física o electrónica, lo que el contratista haya establecido para efectos de recibir notificaciones por parte de la entidad contratante.

El segundo elemento para que opere la recepción presunta por parte de la entidad contratante tiene que ver con la respuesta a la solicitud de recepción realizada al contratista, y al respecto se puede encontrar dos posibilidades:

- Una respuesta negativa expresa de parte del contratista; y,
- La falta de suscripción del acta de entrega recepción respectiva, es decir la ausencia de respuesta por parte del contratista.

Al analizar de manera exhaustiva la forma en que se encuentra redactada la figura de la recepción presunta en los incisos cuarto y quinto del artículo 81 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se observa que no existe un criterio de igualdad para las partes contractuales. Así tenemos que la entidad contratante que es requerida por el contratista para celebrar la recepción del contrato tiene la posibilidad de realizar las observaciones que considere pertinentes respecto a la solicitud de recepción o el cumplimiento del contrato, con lo cual se suspende la configuración de la recepción presunta; y, solo ante la falta de pronunciamiento, una vez transcurrido el tiempo, el contratista puede practicar la recepción presunta del contrato.

De otra parte, el contratista que es requerido por la entidad contratante para celebrar la recepción del contrato, no tiene posibilidades de inhibir la configuración de la recepción presunta, puesto que la norma establece que ante la negativa del contratista la entidad puede declarar la recepción presunta; es decir, si el contratista emite observaciones sobre la recepción solicitada por la entidad y por tanto se niega a celebrar el acta entrega recepción por cualquier incumplimiento que hubiera incurrido la entidad, de todas formas la entidad podrá declarar la recepción presunta o de pleno derecho del contrato.

Finalmente, el **tercer elemento** de la figura de recepción presunta es el tiempo. De lo anotado se observa que el periodo otorgado por el Reglamento para que opere la recepción presunta a favor del contratista es de 10 días término, es decir un tiempo igual al establecido en la Ley para el caso de la recepción presunta a favor de la entidad

contratante. Por lo tanto en este elemento no existe desigualdad entre las partes contractuales.

De su parte, el SERCOP sí incorpora una diferencia en los plazos para que opere la recepción presunta en los diferentes tipos de objetos y procedimientos de contratación, esta diferencia se encuentra en los modelos de contratos que son de uso obligatorio para las entidades contratantes.

Además, en relación a este elemento, también se pudo observar en este capítulo, que los diez días establecidos en la norma para que la entidad emita sus observaciones o pronunciamiento sobre la petición de recepción del contratista, en los contratos de alta complejidad no es suficiente, por lo que una alternativa para las entidades es establecer en los Términos de Referencia o Especificaciones Técnicas y luego trasladar de manera expresa en el contrato el procedimiento y tiempo para la recepción presunta. Sin embargo, el contratista no tiene la opción de modificar este tiempo, únicamente podría sugerir a la entidad contratante en la etapa de preguntas y respuestas del procedimiento precontractual, que se amplíe el plazo.

Para concluir, este apartado en donde se ha analizado a detalle los elementos y requisitos de la recepción presunta, tanto aquella practicada por la entidad contratante, cuanto la recepción solicitada por el contratista, cabe resaltar que el principal requisito que debe cumplir la recepción de todo contrato es el cumplimiento del objeto contractual.

En la doctrina investigada, el cumplimiento del objeto del contrato requiere de un “acto expreso y formal que certifique la entrega recepción o la conformidad de la Administración con la obra, bien o prestación encomendada al contratista”⁶⁴, lo que se contrapone a la naturaleza de la figura de la recepción presunta establecida en la normativa ecuatoriana, en la que la entidad que al recibir el objeto contractual junto con la solicitud de recepción por parte del contratista, no emite pronunciamiento expreso y formal sobre el cumplimiento del contrato y sobre la petición de recepción, le da derecho al contratista a la presunción de haber entregado el objeto contractual.

⁶⁴ Juan Cassagne, *El contrato administrativo*, (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2005), 152

En esta línea de pensamiento se debe aclarar que no es lo mismo entregar que cumplir a satisfacción, pues en la figura de recepción presunta se deja a salvo los derechos de las partes a la liquidación correspondiente del contrato, en la que la entidad podrá descontar de los valores que le correspondan al contratista, las multas por incumplimientos contractuales.

2.1.4 Sujetos intervinientes

Una vez analizados los presupuestos normativos y los elementos derivados de los mismos, corresponde revisar de manera detallada los sujetos que intervienen en la figura de la recepción presunta y sus diferentes posibilidades de actuación entorno a esta figura.

En primer momento tenemos a los sujetos que intervienen como partes del contrato administrativo, el mismo que por ser un contrato bilateral, sus partes siempre serán: La entidad contratante, de naturaleza pública; y, el contratista, que generalmente es de naturaleza privada, existiendo la posibilidad de que sea una entidad o empresa pública, conforme lo faculta el numeral 8 del artículo 2 de la LOSNCP.

2.1.4.1 El contratista

El autor Humberto Gosálbez Pequeño explica el estatus de este sujeto contratante y señala que:

El status del contratista de la Administración tiene que partir del estatuto personal que el Derecho Privado atribuye al contratante, estatuto que sufrirá una notable modulación, debido tanto a la naturaleza jurídico-pública de la otra parte contratante como a la peculiar condición del contratista de colaborador de la Administración, sobre todo, en lo relativo a su capacidad contractual, dada la relevancia de la misión encomendada mediante el contrato (la gestión de una necesidad pública)⁶⁵

De lo anotado se colige que el estatus jurídico del contratista parte del Derecho Privado, es decir, se recoge las condiciones generales que establece el Código Civil; por lo que en sentido amplio el contratista es una de las partes que se obliga con la suscripción de un contrato bilateral a dar o hacer alguna cosa.⁶⁶ De igual forma, se debe

⁶⁵ Humberto Gosálbez, *El contratista de la Administración Pública*, 1ra edición (Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2000) 15-16

⁶⁶ Ecuador, *Codificación del Código Civil*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, arts. 1454

considerar las disposiciones del Código Civil respecto a la validez del contrato, esto es que la persona que celebra el mismo sea legalmente capaz, consienta en dicho acto y su consentimiento no adolezca de vicio; que el contrato recaiga sobre un objeto lícito; y, que tenga una causa lícita.⁶⁷

Entonces, las condiciones para ser contratista del Estado parten de las disposiciones generales para obligarse en el ámbito privado, esto es que sea capaz legalmente para obligarse, y que consienta libre y voluntariamente en hacerlo. Sin embargo, lo que le da la calidad de contratista es su contraparte, es decir la Administración Pública, que está desglosada en las entidades previstas en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, la última condición que caracteriza al contratista es su función como colaborador de la Administración en actividades que tienen como finalidad satisfacer necesidades de carácter público.

Una vez que el adjudicatario adquiere la calidad de contratista, esto es con la suscripción del contrato, se obliga a cumplir con todas las obligaciones previstas en el mismo y en los demás documentos que lo conforman, como son: Pliego y su Oferta. Durante la ejecución del contrato, el contratista tiene la obligación de brindar toda la información sobre el estado de la ejecución del contrato a la entidad, por lo que la entidad debería tener la posibilidad de ir midiendo el grado de cumplimiento del contrato.

Una vez concluido el plazo, sea parcial o total, y con el cumplimiento de las obligaciones contractuales, el contratista solicita al Administrador del contrato la recepción del mismo, solicitud que debe cursarse por escrito de conformidad a la cláusula contractual que estipula la forma en que se realizarán las comunicaciones entre las partes, que de acuerdo con los modelos de contrato emitidos por el SERCOP se harán por documentos escritos o por medios electrónicos⁶⁸.

Realizada la solicitud de recepción, conforme lo analizado en páginas anteriores, el contratista debe esperar la favorabilidad y convocatoria para suscribir el acta entrega

⁶⁷ *Ibíd*em, 1455

⁶⁸ Ecuador, Servicio Nacional de Contratación Pública, *CONDICIONES PARTICULARES DEL CONTRATO DE SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA*, 09 de junio de 2017, Cláusula Décima Tercera, https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/cat_normativas/subas_inversa_electronica_bs

recepción o las observaciones que realice la entidad a través del Administrador del contrato, para lo cual la entidad tiene el término de 10 días. Transcurrido ese término la ley faculta al contratista practicar la recepción presunta.

Cabe resaltar que la práctica de la recepción presunta es una facultad, y como tal, el contratista tiene la opción de hacer uso o no de la misma. En este sentido, de acuerdo a la experiencia del contratista de obra entrevistado para esta investigación⁶⁹, se tiene que la recepción presunta es el último recurso a ser considerado por un contratista, esto debido a que, según su criterio, se rompen las relaciones cordiales con la entidad, ya que los funcionarios de la entidad contratante consideran a esta actuación como una deslealtad del contratista al poner en evidencia la falta de eficiencia y de oportuna atención de parte del Administrador del contrato.

En este sentido, cabe aclarar que el contratista manifiesta su voluntad de entregar el objeto contractual mediante la solicitud formal de recepción que realiza al Administrador del contrato, ante esta petición la entidad tiene 10 días término para realizar sus observaciones o iniciar la recepción; sin embargo, en caso de que la entidad no inicie ninguna acción ni responda al contratista, esta inacción habilita al contratista la facultad de proceder a una recepción presunta.

De la información recaba en la entrevista al contratista en esta investigación⁷⁰, se conoce que, de acuerdo a su experiencia, el proceso de recepción de contratos puede tomar mayor tiempo del planificado; y, que pese a haber cumplido con las obligaciones contractuales, no puede deslindarse del contrato hasta no suscribir el acta entrega recepción definitiva, sabiendo que la Administración tiene facultades exorbitantes que le ponen en desventaja al contratista, llegando incluso a la potestad de la entidad para declararlo incumplido y consecuentemente ejecutar garantías y suspenderlo del RUP impidiéndole continuar trabajando con el Estado; ante lo cual, el contratista que se sienta afectado por esta decisión de la entidad tendrá que demandar ante la jurisdicción contencioso administrativa.

⁶⁹ Ing. José Ron, contratista del Estado, entrevistado por la autora, 1 de marzo de 2019. Para leer la entrevista completa, ver Anexo 1

⁷⁰ *Ibidem*

La demora en el proceso de recepción de un contrato puede darse por diferentes razones imputables tanto a la entidad cuanto al contratista.

De parte de la entidad, la demora en la recepción formal del objeto contractual y el cierre del mismo a través de la suscripción del acta entrega recepción definitiva puede darse debido a la complejidad del contrato, como es el caso de consultorías; o la falta de desconcentración de funciones al interior de la entidad que hace lento y engorroso el proceso de aprobación del cierre del contrato.

De parte del contratista las razones para la demora en la recepción del contrato tienen relación con la falta de cumplimiento a satisfacción de la entidad o la falta de entrega de requisitos formales, como es la documentación legal actualizada de la empresa, o la falta de justificativos del cumplimiento de obligaciones laborales y de seguridad social, etc.

Como se observa, existen múltiples factores que pueden incidir en una oportuna recepción formal o cierre del contrato; sin embargo, el contratista decide utilizar la figura de la recepción presunta cuando ha agotado todos los esfuerzos para obtener la respectiva acta entrega recepción.

Una vez que decide emplear esta figura legal, debe acudir al Notario Público o al Juez de lo Civil, conforme lo señala la ley; sin embargo, las solicitudes son más ágiles ante los notarios públicos que ante los jueces, pues los segundos conocen las peticiones después de un sorteo, y tendrán que emitir las providencias respectivas, las mismas que deberán ser notificadas, lo que implica mayor trámite y tiempo. De otra parte, el acceso al notario público es directo, ya que el usuario escoge la notaría a la que desea acudir y sin necesidad de sorteo, puede solicitar la práctica de la notificación de la recepción presunta.

Sobre los requisitos que debe cumplir para solicitar la notificación de la recepción presunta a la entidad contratante, éstos no se encuentran establecidos en la norma, por lo que en cada Notaría varían los mismos, lo que se analizará más adelante. En lo que respecta al contratista, es de resaltar que la práctica de la recepción presunta implica necesariamente costos adicionales, como es la asesoría legal y el pago de las tasas notariales y movilización del notario a la entidad.

Finalmente, una vez notificada la recepción presunta a la entidad contratante por parte del notario público, el contratista no tiene certeza del desenlace que va a tener; así por ejemplo, conforme la experiencia del contratista entrevistado⁷¹, después de realizar la recepción presunta a la entidad, ésta desconoció tácitamente la misma, puesto que, a razón de la liquidación del contrato, continuó revisando el objeto contractual durante un año después de haber sido notificada con la recepción presunta, lo que implicó para el contratista mantener sus recursos de mano de obra, tiempo, maquinaria y material durante ese tiempo adicional.

Otro caso que demuestra la falta de observancia de la entidad frente a la notificación de la recepción presunta es la Resolución No. SECOB-DG-2016-0011 de 2 de marzo de 2016⁷², suscrita por el Director General del Servicio de Contratación de Obras - SECOB, en cuyo vigésimo primer considerando consta que el contratista se niega a acudir a la convocatoria de la entidad para la firma del acta entrega recepción definitiva de la obra en virtud de que previamente, éste notificó, a través de la Notaria Primera el cantón Latacunga, con la recepción presunta a la entidad.

No obstante lo cual, conforme consta en el considerando décimo cuarto de la resolución referida, el SECOB calificó de inexistente la recepción de pleno derecho practicada por el contratista y continuó con la exigencia de obligaciones al mismo, so pena de declararlo incumplido. Finalmente, después de tres años de haberse realizado la recepción provisional del contrato, la entidad resolvió declarar la recepción definitiva presunta del contrato a favor del SECOB ante la negativa del contratista de suscribir el acta entrega recepción definitiva, misma que no correspondía por haberse previamente practicado por parte del contratista la recepción definitiva de pleno de derecho.

En esta situación de incertidumbre termina la actuación del contratista en la práctica de la recepción presunta del contrato. Finalmente, considerando lo analizado en este subtítulo, se puede concluir que la recepción presunta es un derecho que la ley otorga al contratista para obtener la recepción del objeto contractual; para lo cual, es

⁷¹ Ing. José Ron, contratista del Estado, entrevistado por la autora, 1 de marzo de 2019. Para leer la entrevista completa, ver Anexo 1

⁷² Ecuador SECOB, Resolución No. SECOB-DG-2016-0011, <http://www.contratacionobras.gob.ec/wp-content/uploads/2017/12/resolucion-SECOB-DG-2016-0011-recepcion-definitiva-mco-ico-002-2012-limpiopungo.pdf>

necesario que exista cumplimiento previo de las obligaciones contractuales por parte del contratista para optar por esta vía legal.

2.1.4.2 La entidad contratante

La LOSNCP no contempla una definición de entidad contratante, únicamente remite a la enunciación de las instituciones y funciones del Estado que se sujetan a dicha ley y que están contempladas en su artículo 1, que en resumen son todos los organismos, entidades y personas jurídicas que pertenecen al sector público de conformidad al artículo 225 de la Constitución de la República y se incluye en el ámbito de aplicación de esta ley y por ende se le da el nombre de entidad contratante a aquellas corporaciones, fundaciones, sociedades civiles o compañías mercantiles que sin ser de derecho público manejan recursos públicos.

La LOSNCP guarda armonía con las disposiciones constitucionales y legales de control sobre los recursos públicos, y precisamente una de las necesidades que esta ley llegó a suplir fue la de contar con una sola normativa que rija las contrataciones de todo el sector público; sin embargo considero que incluir en el ámbito general de aplicación de la ley a personas jurídicas de derecho privado no es preciso, pues esta ley además de normar los requisitos y los diferentes procedimientos de contratación, también reconoce prerrogativas propias de la Administración Pública.

Al respecto, el autor ecuatoriano William López Arévalo dentro del ámbito de los contratos públicos, expone lo siguiente:

La Administración posee una serie de prerrogativas que la colocan en una posición superior a la del administrado. Entre dichos poderes destacan:

La interpretación unilateral de los contratos;

La ejecutividad de los actos administrativos (por ejemplo el cobro de multas por el procedimiento de apremio). Es decir, los actos de la administración deben cumplirse, son obligatorios, y la administración está autorizada para imponerlos unilateralmente a los particulares; y,

El sometimiento a una jurisdicción especial, la jurisdicción Contencioso Administrativa.⁷³

Por consiguiente, si bien en la etapa precontractual, los requisitos y procedimientos de contratación establecidos en la LOSNCP son por igual aplicables a todas las entidades señaladas en el artículo 1 de la referida ley; las corporaciones, fundaciones y sociedades civiles señaladas en el numeral 7 del mismo artículo no gozan

⁷³ William López, *Tratado de Contratación Pública*, (Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2010)

de las prerrogativas de la Administración Pública, como es la declaración unilateral de terminación del contrato, presunción de legitimidad y ejecutoriedad de sus decisiones, entre otras; sin embargo la ley trata a las entidades contratantes de derecho público y a las de derecho privado como iguales.

Con estas consideraciones, pasemos a analizar la actuación de la entidad contratante dentro de la figura de recepción presunta. Cabe señalar que uno de los tipos de recepción presunta o de pleno derecho es aquella practicada por la entidad contratante, misma que fue incorporada a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su reforma del año 2013.

Para comprender la motivación del legislador para incorporar esta figura en el artículo 81 de la LOSNCP a continuación de la recepción presunta practicada por el contratista se puede esbozar una explicación en la coyuntura política y económica de la época, pues el Ecuador había experimentado varios años de bonanza económica que le permitió al Estado destinar un gran presupuesto a las compras públicas, dentro de lo cual se realizó múltiples contrataciones de obras.

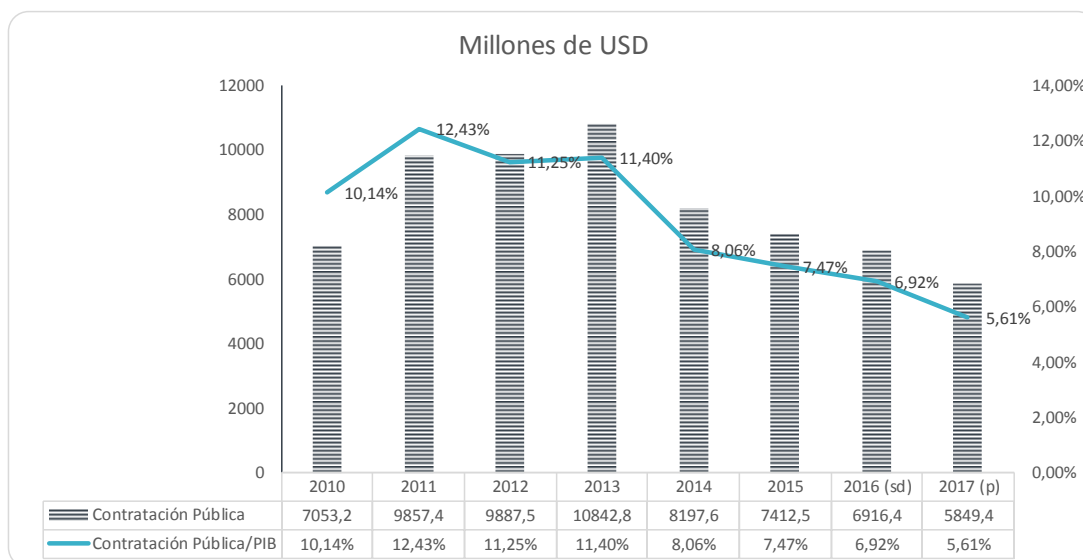
De hecho, se creó el Instituto de Contratación de Obras⁷⁴, posteriormente Servicio⁷⁵, que tenía por objetivo destinar su actividad específicamente a la contratación de obras, tales como: escuelas, guarderías, hospitales, canchas e infraestructura deportiva, unidades de policía comunitaria, universidades, centros de rehabilitación social, entre otras. En esta coyuntura es lógico pensar que el Estado se encontraba urgido de inaugurar y utilizar las obras que contrataba, y vio en la figura de recepción presunta una salida rápida para tomar posesión de las obras ante la negativa del contratista de entregarlas, por diferentes razones.

No obstante, los recursos del Estado destinados a la contratación pública han disminuido continuamente desde el año 2013, lo anterior se puede ver en valor en el siguiente gráfico, así como la relación frente al PIB que disminuye año a año hasta llegar desde el 10,14% en 2010 al 5,61% en el 2017; hasta donde existe disponibilidad de información que pueda ser comparable.

⁷⁴ Ecuador, *Decreto Ejecutivo 731*, Registro Oficial 430, 19 de abril de 2011, art. 1

⁷⁵ Ecuador, *Decreto Ejecutivo 49*, Registro Oficial 57, 22 de agosto de 2013, art. 1.

Gráfico 1
Recursos destinados a contratación pública en Ecuador y su relación con el PIB



Fuente: Banco Central del Ecuador

Elaboración: Autora

Este decrecimiento constante en el presupuesto destinado a contratación pública a partir del año 2013 puede explicar por qué la figura de la recepción presunta declarada por la entidad contratante en la actualidad es utilizada mínimamente.

Por estas consideraciones, la presente investigación se centra en el análisis de la recepción presunta solicitada por el contratista. Al respecto, la primera actuación que le corresponde a la entidad contratante realizar es frente a la solicitud de recepción, sea parcial o definitiva del contrato que realiza el contratista una vez que éste último considera que ha cumplido con el objeto contractual.

Cabe aclarar que una de las formas de terminación del contrato es el cumplimiento de su objeto, y no el mero transcurso del plazo. Al respecto, el aporte doctrinario del autor Juan Carlos Cassagne⁷⁶ diferencia dos tipos de contratos considerando el plazo, los primeros son aquellos que “tienen un plazo cierto y determinado de duración en los que generalmente las prestaciones son de tracto sucesivo” como por ejemplo un contrato de servicio de limpieza; y, otros contratos “en los que el plazo solo juega como el lapso en el que debe cumplirse la prestación principal o las prestaciones parciales”, como es el contrato de adquisición de bienes; de

⁷⁶ Juan Cassagne, *El contrato administrativo*, (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2005), 150-151

acuerdo al autor, en esta segunda clase de contratos “el vencimiento del término no provoca inmediatamente la cesación automática de los efectos del contrato hasta que se produzca la entrega de los bienes o la recepción de la obra”.

Si bien la legislación ecuatoriana no prevé diferencia alguna entre los contratos de tracto sucesivo y los contratos de suministro con relación a la forma de su terminación, este aporte permite entender que la obligación de la entidad al momento de recibir la solicitud de recepción del contrato es precisamente revisar si el contratista cumplió con el objeto contractual, puesto que el cumplimiento del contrato es el requisito para dar paso a la recepción; caso contrario, ante el incumplimiento del contratista no cabe esta figura.

Por ejemplo, si la entidad compra un bien a entregarse en un plazo de 30 días, y el contratista entrega en el plazo de 90 días, el contrato seguirá abierto hasta que se celebre el acta de entrega recepción definitiva o hasta que la entidad declare la terminación unilateral por incumplimiento, en ambos casos se calculará la multa por el tiempo transcurrido desde el vencimiento del plazo de entrega hasta la terminación del contrato, esto es la fecha del acta o la fecha de la resolución de terminación unilateral.

A continuación se analizará el papel del Administrador del contrato como rol principal dentro de la relación contractual.

El Administrador del contrato

El proceso de recepción del contrato no es sencillo y requiere la intervención de varios servidores y áreas de la entidad, siendo el Administrador del contrato el responsable principal, conforme lo determina la ley, es responsable de tomar todas las medidas necesarias para la adecuada ejecución del contrato, con estricto cumplimiento de sus cláusulas, programas, cronogramas, plazos y costos previstos⁷⁷. En tal virtud, el Administrador del contrato tiene como atribuciones las siguientes: “velará por el cabal y oportuno cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones derivadas del contrato.

⁷⁷ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, Suplemento, 04 de agosto de 2008, art. 81.

Adoptará las acciones que sean necesarias para evitar retrasos injustificados e impondrá las multas y sanciones a que hubiere lugar”⁷⁸.

Las Normas de Control emitidas por la Contraloría General del Estado también disponen varias atribuciones al Administrador del contrato, enfocado principalmente a obras, pero que de igual forma deben ser aplicadas en lo que corresponda a todos los contratos con fondos públicos, entre las cuales tenemos: Velar por la ejecución del contrato, establecer un sistema de medición de los objetivos definidos, realizar evaluaciones periódicas del proyecto, proporcionar el apoyo logístico requerido e Intervenir en las actas de entrega recepción⁷⁹.

De igual forma, el SERCOP a través de los modelos de contratos, que son de cumplimiento obligatorio para las entidades, ha incorporado varias atribuciones al Administrador del contrato, como por ejemplo: Cuando se ha acreditado valores a la cuenta bancaria del contratista por concepto de anticipo, el Administrador del contrato debe verificar que los movimientos de la cuenta correspondan estrictamente al proceso de ejecución contractual; aprobar el objeto contractual previo al pago al contratista; emitir los informes a la máxima autoridad de la entidad respecto a solicitudes de prórroga de plazo y suspensión del contrato⁸⁰.

Además de las atribuciones antes señaladas, cada entidad contratante debe incorporar en los Términos de Referencia o Especificaciones Técnicas de sus contrataciones, las atribuciones y responsabilidades que en cada caso específico va a tener el Administrador del contrato⁸¹.

Con estas consideraciones generales, respecto a las atribuciones y responsabilidades establecidas en la normativa ecuatoriana respecto al Administrador del contrato, a continuación se analiza paso a paso sus actuaciones en la figura de la recepción presunta.

Una vez que el contratista solicita por escrito al Administrador del Contrato la recepción del objeto contractual, o la parte del objeto que corresponda si se estipuló

⁷⁸ Ecuador, *Decreto Ejecutivo 1700*, Registro Oficial 588, Suplemento, 12 de mayo de 2009, art. 121

⁷⁹ Ecuador, *Acuerdo 039 CG*, Registro Oficial 78, 1 de diciembre de 2009, art. 408-17

⁸⁰ Ecuador. Servicio Nacional de Contratación Pública, “Condiciones Generales del contrato de Licitación”, 10 de febrero de 2018, https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/cat_normativas/licitacion

⁸¹ Ecuador, *Acuerdo 039 CG*, Registro Oficial 78, 1 de diciembre de 2009, art. 408-10

entregas parciales en el contrato, la entidad tiene el término de 10 días, o el plazo que se haya estipulado en el contrato, para responder dicha solicitud con sus objeciones a la solicitud de recepción u observaciones al cumplimiento del contrato, conforme se analizó en el subtítulo 2.1.3 de esta tesis.

Es importante resaltar que aparentemente el término de 10 días puede parecer suficiente para que la entidad responda; sin embargo, la dinámica del servicio público y de cada entidad puede resultar engorrosa, es así que, el documento que ingresa en la mañana por gestión documental de la entidad, con suerte pasará al destinatario en horas de la tarde o al siguiente día.

El Administrador del contrato deberá revisar el objeto contractual recibido y emitir su informe técnico del contrato. En caso de contratos de gran complejidad el Administrador puede solicitar el apoyo de equipos de personal, quienes le informarán sobre el cumplimiento de determinados aspectos del contrato, siendo siempre responsabilidad del Administrador la emisión del informe técnico del contrato que justifique la solicitud a la máxima autoridad de la conformación de la comisión de recepción del contrato, es decir el inicio del proceso de recepción formal del contrato.

Debido a las responsabilidades del Administrador del contrato, generalmente se designa como tal a un coordinador, subgerente u otro funcionario de nivel jerárquico superior de la entidad, quien por sus múltiples funciones y asuntos a cargo, suele delegar determinadas actividades a varios funcionarios de nivel jerárquico medio, quienes mantienen la comunicación directa y continua con el contratista; y, de igual forma, en este tipo de contratos grandes y de alta complejidad, los contratistas son empresas en las que el representante legal es el suscriptor del contrato pero son los ejecutivos y técnicos quienes mantienen el contacto directo con la entidad.

En tal virtud, las comunicaciones de asuntos relevantes y que puedan generar un impacto en el desarrollo del contrato, como es el caso de la emisión de observaciones por parte de la entidad al contratista, deben realizarse necesariamente a través de los representantes de las partes, esto es el Administrador del contrato por la entidad y representante legal por la contratista.

Hecha esta acotación, continuemos con el análisis del proceso de recepción por parte de la entidad. Una vez designada la comisión de recepción, que está conformada por el Administrador del contrato y un técnico que no ha intervenido en el proceso, esta comisión procederá a revisar y verificar el cumplimiento de todas las obligaciones. Es decir, adicional al informe técnico económico emitido por el Administrador del contrato, otro servidor independiente que no ha tenido relación con el proceso de ejecución del contrato, realizará una nueva revisión del cumplimiento de las obligaciones y de manera principal del objeto contractual. Con la conformidad de la comisión de recepción se procede a la suscripción del Acta Entrega Recepción Definitiva junto con el contratista.

Se ha revisado la actuación que le corresponde a la entidad frente a la solicitud de recepción del contrato por parte del contratista, todo lo cual en el escenario ideal que plantea la ley, debe ser realizada en el término de 10 días. Sin embargo, la ley no contempla los diferentes niveles de complejidad de las entidades y de los contratos, por lo que, en todos los contratos no se logra cumplir con el proceso antes descrito en el tiempo determinado.

En tal virtud, ante la falta de pronunciamiento de la entidad y su falta de acción para iniciar el proceso de recepción, el contratista tiene la facultad de solicitar a un notario público o a un juez de lo civil la notificación a la entidad de que ha operado la recepción presunta.

Conforme se analizó en las páginas precedentes, la responsabilidad principal por una recepción presunta recae sobre el Administrador del contrato, quien teniendo la responsabilidad de velar por el cumplimiento del contrato, no verificó dicha condición de manera oportuna. Por lo tanto, el Administrador del contrato, como servidor público a quien de manera expresa y personal la máxima autoridad de la entidad le designa para que desempeñe todas las atribuciones establecidas en la normativa y el contrato, es el responsable de supervisar el cumplimiento de todas las obligaciones contractuales y tomar todas las acciones necesarias para evitar perjuicios a la entidad dentro de la ejecución contractual.

En tal virtud, el Administrador del contrato al omitir atender la solicitud de recepción realizada por el contratista está incurso en culpa leve⁸² y dicha actuación puede eventualmente ser observada por el órgano de control, llegando a ser sancionada con responsabilidad administrativa, y en caso de haberse ocasionado algún perjuicio económico a la entidad con esta omisión, podría determinarse una responsabilidad civil y la correspondiente glosa.

Entonces, ante la falta de pronunciamiento de la entidad (Administrador del contrato) el contratista queda habilitado para practicar la recepción presunta, de lo cual la entidad tendrá conocimiento mediante la notificación que realiza el notario o el juez de lo civil, siendo el primero el más usual, notificación que la practica en persona el notario en la dirección de la entidad consignada en el contrato.

Ante esta notificación la entidad procederá a revisar al interno de la institución si el Administrador del contrato recibió la solicitud por parte del contratista, si se emitió o no una respuesta, y principalmente si hay o no conformidad con el cumplimiento del contrato es decir, revisará si se ha practicado de manera legal y legítima dicha recepción presunta.

En todo caso, con la notificación de la recepción presunta del contrato le corresponde a la entidad realizar la liquidación del contrato, al respecto la norma establece:

En la liquidación económico contable del contrato se dejará constancia de lo ejecutado, se determinarán los valores recibidos por el contratista, los pendientes de pago o los que deban deducírsele o deba devolver por cualquier concepto, aplicando los reajustes correspondientes. Podrá también procederse a las compensaciones a que hubiere lugar. La liquidación final será parte del acta de recepción definitiva. Los valores liquidados deberán pagarse dentro de los diez días siguientes a la liquidación; vencido el término causarán intereses legales y los daños y perjuicios que justificare la parte afectada⁸³.

En este sentido, se puede observar que en el caso ideal de una recepción presunta practicada en una condición contractual de cumplimiento a satisfacción de la entidad, procedería realizar la liquidación económica de manera inmediata; es así que el modelo de contrato expedido por el SERCOP establece en las condiciones generales del

⁸² Ecuador, *Codificación del Código Civil*, Registro Oficial 46 Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 29

⁸³ Ecuador, *Decreto Ejecutivo 1700*, Registro Oficial 588, Suplemento, 12 de mayo de 2009, art 125.

contrato de obra y de consultoría, que son de cumplimiento obligatorio para las entidades contratantes, la siguiente cláusula:

8.4 Operada la recepción definitiva presunta, a solicitud del consultor o declarada por la contratante, producirá como único efecto la terminación del contrato, dejando a salvo de los derechos de las partes a la liquidación técnico-económica correspondiente. Las partes buscarán en el plazo de treinta (30) días posteriores a la recepción definitiva presunta suscribir el acta de la liquidación técnico-económica del contrato, sin perjuicio de iniciar las acciones legales de las que se crean asistidas⁸⁴.

Esta estipulación contractual establecida por el SERCOP lejos de dar claridad respecto al procedimiento a seguir una vez practicada la recepción presunta, distorsiona esta figura, al disponer que las partes “buscarán suscribir el acta de liquidación técnico económica”, lo que produce confusión en las entidades contratantes y ocasiona que la controversia para la suscripción del acta entrega recepción definitiva se traslade al “acta de liquidación técnico económica”.

En tal virtud, lo que corresponde es que la entidad practique la liquidación y en caso que el contratista no esté conforme podrá recurrir a la cláusula de solución de controversias del contrato.

Respecto al tiempo que le tome a la entidad hacer la liquidación del contrato, el SERCOP ha definido treinta días; tiempo que resultaría suficiente en el escenario de recepción presunta en el que las partes se encuentren de acuerdo con el cumplimiento del contrato y puedan realizar la liquidación de manera inmediata, lo cual no siempre se cumple, generando una demora en el paso final que sigue después de la recepción presunta, esto es la liquidación del contrato.

Lo señalado puede obedecer a las siguientes razones: Primero, inconformidad de la entidad con la ejecución del contratista, ya que si la entidad no inició la recepción inmediata ante la solicitud realizada por el contratista significa que: Bien no ha revisado la ejecución del contrato y desconoce el estado del mismo; o, no está conforme con el objeto recibido y tiene observaciones al mismo. Cabe anotar que la recepción presunta no cambia el objeto entregado, es decir, un objeto incompleto no pasa a ser satisfactorio por el solo hecho de haberse realizado la recepción presunta. Por lo tanto, la controversia se traslada a la liquidación, pues si la entidad no está conforme con el

⁸⁴ Ecuador, Servicio Nacional de Contratación Pública, “*Condiciones Generales del contrato de Licitación*”, 10 de febrero de 2018, https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/cat_normativas/licitacion

objeto entregado por el contratista, se negará a pagar el mismo o aplicará las multas por incumplimiento.

Segundo, conforme la experiencia del contratista entrevistado⁸⁵, la notificación con la recepción presunta rompe la relación cordial con la entidad, pues los funcionarios de la entidad, especialmente el Administrador del contrato toman esta actuación del contratista como una descalificación a su trabajo y un daño a su persona, ya que implica que no cumplió con su trabajo de manera oportuna y no fue diligente en los asuntos de la entidad. En este escenario, después de practicada la recepción presunta, el contratista se encuentra con una mala predisposición del Administrador del contrato para realizar la liquidación, manteniendo la incertidumbre respecto al cierre definitivo del contrato, pues la entidad en la liquidación puede incluir, como se señaló antes, incumplimientos y sus correspondientes sanciones pecuniarias.

Entonces, se puede colegir que practicada la recepción presunta no existe plazo ni procedimiento alguno para que la entidad pueda revisar el cumplimiento de las obligaciones y determinar si existe o no conformidad y consecuentemente proceder a la liquidación y pago. Al respecto, se plantean múltiples dudas para la entidad, pues se entiende que el acta de recepción presunta que notifica el notario sustituiría al acta de entrega recepción definitiva, entonces se habría saltado el proceso de recepción, es decir la conformación de la respectiva comisión de recepción, ante lo cual sería responsabilidad únicamente del Administrador emitir el informe técnico y económico para proceder a la liquidación del contrato.

En la legislación comparada podemos encontrar que la demora de la Administración en la iniciación, recepción, liquidación y pago del contrato se encuentra sancionada por la norma, así por ejemplo en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de España analizada por el autor Santiago González – Varas Ibáñez⁸⁶ se definen de manera sencilla pero clara el procedimiento, plazos y consecuencias de la demora de la Administración en perjuicio del contratista. En la normativa señalada se establece el plazo de un mes para el acto formal o positivo de

⁸⁵ Ing. José Ron, contratista del Estado, entrevistado por la autora, 1 de marzo de 2019. Para leer la entrevista completa, ver Anexo 1

⁸⁶ González – Varas Ibáñez, Santiago, *Derechos y obligaciones de contratistas y Administración en la fase de ejecución del contrato administrativo*, Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica No. 285, 2011, <https://doi.org/10.24965/real.vi285.9100>

recepción por parte de la Administración a partir de la entrega por parte del Contratista, de igual forma el plazo de un mes para la liquidación del contrato a partir del acta de recepción, y se impone una sanción pecuniaria en caso de incumplimiento de estos plazos, determinando intereses a favor del contratista de 1,5 por 100, así como también el derecho a la reparación integral que conlleva una indemnización tanto del daño emergente como del lucro cesante o beneficio industrial a favor del contratista.

Otra alternativa de actuación de las entidades es intentar oponerse a la recepción presunta, debido a la falta de derecho por parte del contratista para solicitar la misma. Por ejemplo, si el contratista no realizó la solicitud de recepción al Administrador del contrato, si la entidad interrumpió el término para que opere la recepción presunta y emitió sus objeciones respecto de la solicitud de recepción u observaciones sobre el cumplimiento del contrato. Ante estas circunstancias la entidad se encuentra en una situación de indefensión, pues no tiene acciones inmediatas para oponerse a la recepción presunta que, sin derecho, ha sido notificada por parte del notario.

La norma ha previsto que la recepción presunta se perfeccione con la notificación que realiza el notario público, y conforme lo explican los autores Gonzalo Suarez y Roberto Laguado⁸⁷, la consecuencia que tiene la notificación es precisamente la oponibilidad del acto notificado; por lo tanto, el siguiente paso a seguir por parte de las entidades que han sido notificadas con la recepción presunta y que tengan motivos legales y contractuales para oponerse a la misma, deberá ser su impugnación como forma de oponibilidad.

El camino legal para impugnar una recepción presunta que las entidades han encontrado, es necesariamente el judicial, pese a que no se encuentra expresamente señalado el tipo de procedimiento en el Código Orgánico General por Procesos⁸⁸, el artículo 326 de dicha norma establece que se tramitará en procedimiento contencioso administrativo, como una acción especial, las controversias en materia de contratación pública; sin embargo de la experiencia de la servidora pública entrevistada, algunos jueces sostienen que el camino idóneo para la impugnación de la actuación del notario

⁸⁷ Gonzalo Suárez y Roberto Laguado, *Manual de contratación pública electrónica para América Latina*, (Santiago de Chile: Naciones Unidas, 2007), 46.

⁸⁸ Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, Registro Oficial 506, Suplemento, 22 de mayo de 2015, art. 326, literal d.

en la notificación de la recepción presunta sería ante un juez de lo civil⁸⁹, basados en el inciso final del artículo 18 de la Ley Notarial que dispone lo siguiente:

En estos casos y en el previsto en el artículo 81 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, de existir controversia, las y los interesados podrán demandar sus pretensiones por vía sumaria. Para el efecto, la o el notario a petición de parte, protocolizará y entregará en el plazo de tres días las copias de todo lo actuado⁹⁰.

Esta disposición legal señala que las controversias que surjan de la actuación de los notarios en la recepción presunta se deben demandar por vía sumaria. De su parte, el Código Orgánico General de Procesos establece que: “Todas las acciones contencioso-administrativas se tramitarán en procedimiento ordinario, salvo las de pago por consignación que se tramitarán en procedimiento sumario”⁹¹

Entonces, por tratarse de una controversia derivada de un contrato administrativo, la acción a seguirse deberá ser la contencioso-administrativa y el procedimiento ordinario, conforme lo determinan las normas específicas en esta materia del Código Orgánico General de Procesos; de su parte, la disposición de la Ley Notarial resulta inaplicable.

Lo expuesto denota la falta de determinación de una acción clara de impugnación de la figura de recepción presunta en la normativa ecuatoriana.

En caso de que la entidad inicie la acción en el procedimiento contencioso administrativo, las partes tendrán que hacer valer sus derechos ante la autoridad judicial, lo cual implica varios años de litigio para llegar a una sentencia ejecutoriada, luego de lo cual el contrato finalmente tendrá una liquidación.

2.1.4.3 El notario y el juez de lo civil

Adicional a los sujetos propios del contrato, la norma ha involucrado la actuación de un tercer interviniente para que se configure la recepción presunta practicada por el contratista. En tal virtud, la norma ha establecido que el contratista al

⁸⁹ Abg. Liliana Zúñiga, experta en contratación pública, servidora pública, entrevistada por la autora, 6 de marzo de 2019. Para leer la entrevista completa, ver Anexo 2.

⁹⁰ Ecuador, *Ley Notarial*, Registro Oficial 150, Suplemento, 28 de octubre de 1966, art. 18

⁹¹ Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, Registro Oficial 506, Suplemento, 22 de mayo de 2015, art. 327.

no gozar de las prerrogativas de la Administración Pública, requiere de un tercero perteneciente a la Función Judicial del Estado para hacer efectiva la notificación de que su derecho ha operado, pudiendo ser éste el Juez de lo Civil o el Notario Público.

Entonces, revisemos la definición de este tercer interviniente en la figura de la recepción presunta. Para este efecto, cabe señalar que la Constitución de la República reconoce a la Función Judicial la potestad de ejercer la administración de justicia en el Ecuador, además establece que los juzgados son órganos jurisdiccionales y el servicio notarial es órgano auxiliar de la Función Judicial⁹².

Respecto al Juez de lo Civil, se puede afirmar que su naturaleza y especialidad no guardan relación con la práctica de notificaciones a entidades públicas y menos aún con el conocimiento de asuntos derivados de contratos públicos. Pero por disposición expresa de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el juez de lo civil pueda realizar la notificación de la recepción presunta.

De su parte, respecto del notario público el Código Orgánico de la Función Judicial dispone que se trata de un órgano auxiliar de la Función Judicial, cuya función es la de dar fe de la existencia de los hechos que ocurran en su presencia; mientras que Juan Martínez Ortega señala que:

El Notario latino es el profesional del Derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de estos y expedir copias que den fe de su contenido⁹³.

De esta definición y con relación a la potestad que le atribuye la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se puede observar que la función del notario público en la práctica de la recepción presunta es intervenir en ejercicio de la fe pública de la que se encuentra investido. En este sentido, cabe señalar a qué se refiere la norma al hablar de fe pública, que es en última instancia la característica principal que goza el notario.

El autor Francisco Bernate Ochoa expone que en la actualidad se habla de dos posturas frente a la fe pública, la primera en sentido estricto que entiende a la fe pública

⁹² Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 167

⁹³ Juan Martínez Ortega, *Introducción al Derecho Notarial* (Madrid: UIPAN, 2016), 25.

como “confianza frente a los objetos creados por la autoridad”, y la segunda que entiende a la fe pública en sentido amplio como “confianza colectiva en determinados signos, valores u objetos independientemente de quien sea su creador”⁹⁴.

Relacionando este concepto con la función del notario frente a la recepción presunta podemos realizar las siguientes observaciones: La solicitud de recepción del contrato es realizada por el contratista, quien al no ser autoridad pública, requiere de un tercero que goce de calidad pública que certifique su actuación, en este caso el notario. Lo que implica que en nuestro ordenamiento jurídico se recoge la primera corriente respecto a la fe pública, es decir el sentido estricto que requiere la actuación de una autoridad (notario) para que el instrumento o acto goce de confianza.

De otra parte, la solicitud que el contratista realiza al notario implica una declaración frente a dicho funcionario público respecto a que su solicitud se apega a los presupuestos legales para la recepción presunta; sin embargo, estos presupuestos no conllevan únicamente la actuación del contratista, sino que también refieren a la actuación de la otra parte contractual, que en este caso es una entidad pública. Por lo que, mal podría el contratista declarar de manera unilateral respecto a la actuación de un tercero.

Una vez que de la revisión de la naturaleza jurídica del juez de lo civil y del notario público se detectan varias inconsistencias sobre la pertinencia de su intervención en la recepción presunta de contratos administrativos, pasemos a analizar la actuación de este tercero interviniente en la figura objeto de estudio de esta investigación. Cabe señalar que por facilidad de acceso y mayor agilidad, los contratistas que han decidido optar por la recepción presunta acuden ante los notarios y no ante los jueces, por lo que el análisis siguiente se centra en la actuación de los primeros.

Para empezar hay que señalar que no existe un procedimiento que los notarios deban seguir frente a las peticiones de contratistas del Estado para notificar a la entidad contratante que ha operado la recepción presunta, por lo que únicamente se está a lo señalado en el artículo 81 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

⁹⁴ Francisco Bernate, *Delitos contra la fe pública*, (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2010) 22 y 23

Este artículo se limita en disponer que los notarios y jueces de lo civil tienen la obligación de notificar la recepción presunta a solicitud del contratista e incorpora una infracción para dichos funcionarios dejando abierta cuál será la sanción, todo esto en una norma especial que no tiene como ámbito de aplicación la actuación de estos personeros de la Función Judicial. Es decir, se incorpora una obligación de hacer algo, sin determinar requisitos mínimos o un procedimiento para hacerlo, y finalmente se amenaza con una sanción que queda abierta al criterio del Consejo de la Judicatura. Por lo tanto, en esta disposición legal se observa una grave afectación a la seguridad jurídica de los notarios públicos.

Con relación a las actuaciones que corresponde realizar a los notarios públicos en aplicación de la figura en análisis, se puede señalar que en los casos que llegue a conocimiento de un notario la solicitud de notificación a la entidad contratante de que ha operado la recepción presunta solicitada por el contratista, este funcionario debería revisar por lo menos que la petición esté legalmente fundamentada, y que presente los documentos que justifican su petitorio. Estos serían: El contrato con la respectiva cláusula de recepción presunta y el plazo en el que opera; la solicitud de recepción del contratista con la constancia de recepción de la comunicación por parte de la entidad. Así por ejemplo, la Notaría Séptima de Riobamba señala los siguientes requisitos:

- 1.- Petición escrita con firma de abogado (adjuntar matrícula profesional del abogado y copia de la cédula de ciudadanía y certificado de votación del peticionario)
- 2.- Copia del contrato suscrito con el sector público.
- 3.- Solicitud de recepción efectuada por el contratista a la entidad contratante⁹⁵.

Se puede observar que los requisitos solicitados por esta Notaría son básicos; sin embargo, el contratista necesariamente deberá contratar los servicios de un abogado para realizar su petición, por cuanto la Ley Notarial exige este requisito para todas las peticiones a las notarías⁹⁶.

En relación a la falta de respuesta o actuación de la entidad, que es el requisito principal para que opere la recepción presunta, no se verifica que exista norma alguna que establezca la forma de validar este requisito por parte de los notarios. En este

⁹⁵ Ecuador Notaría Séptima de Riobamba, “Notificaciones de recepciones de pleno derecho en contratos del sector público”, *blogspot*, 26 de octubre de 2015, párr. 6, <http://notaria7riobamba.blogspot.com/2015/11/recepciones-de-pleno-derecho-en.html>.

⁹⁶ Ecuador, *Ley Notarial*, Registro Oficial 150, Suplemento, 28 de octubre de 1966, disposición general primera.

sentido, hay varios notarios que solicitan una declaración juramentada al contratista “mediante la cual establezca que ha cumplido con todas sus obligaciones del contrato y que ha transcurrido el término de diez días sin que la entidad contratante haya contestado el pedido de recepción”⁹⁷.

De igual forma, de la entrevista a contratista, servidora de entidad contratante y notario realizadas en esta investigación, se conoce que para garantizar la seguridad jurídica de sus actuaciones, otros notarios corren traslado a la entidad para que justifique únicamente si ha dado respuesta a la petición de recepción del contratista; también el notario al momento de comparecer a la entidad solicita que se certifique si la misma ha dado respuesta o no al contratista; y, finalmente, la actuación del notario más simple y común es notificar sin verificar ningún requisito, actuación que no es incorrecta porque no están obligados por ley a realizar verificación alguna; de hecho, si no realizan la notificación de recepción presunta pueden ser sancionados como lo analizamos en líneas anteriores y conforme lo señala el artículo 81 de la LOSNCP, que dispone al notario notificar únicamente contando con la solicitud del contratista.

Por lo tanto, se colige que la actuación de los diferentes notarios ante las solicitudes de recepción presunta de contratos administrativos no guarda uniformidad, incluso raya en la arbitrariedad, y esto se da no porque los notarios estén actuando de forma incorrecta sino porque simplemente no tienen un procedimiento que seguir y lo único que intentarán hacer es resguardar su actuación, porque están propensos a una queja, sumario administrativo y eventual sanción

2.1.5 Efectos jurídicos

La ley establece que el único efecto de la recepción presunta es la terminación del contrato,⁹⁸ lo que implica el cese de la relación contractual y de la ejecución de sus obligaciones como son la vigencia de garantías y el cumplimiento mismo del objeto contractual, pues a partir de que opera la recepción presunta lo único que procede es la liquidación del contrato, para lo cual la ley señala que con la recepción presunta se deja a salvo los derechos de las partes para realizar la liquidación

⁹⁷ Cecilia Calderón Jácome, “La recepción presunta notarial para los contratos públicos desde la función pública notarial” (tesis de maestría, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2018), 59, <http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/10816/1/T-UCSG-POS-DNR-24.pdf>.

⁹⁸ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, Suplemento, 04 de agosto de 2008, art. 81

técnico económica correspondiente, aunque con dificultad de ejercerlos porque ya no existe una relación obligacional vigente.

Al respecto cabe analizar el alcance de la recepción del contrato *per se* y compararla con la recepción presunta. Entonces vale anotar la explicación que realiza el autor ecuatoriano Antonio Pérez respecto de la recepción del contrato:

La entrega recepción ha sido considerado por los Organismos de control como el acto que pone fin a la relación contractual, lo cual implica que el vínculo entre entidad y contratista se mantiene vigente, mientras no se suscriba el acta respectiva, aunque de hecho se hubiera cumplido con las obligaciones contractuales. Esto porque es necesario que previo a la suscripción del acta entrega recepción se realice la inspección y verificación de que el contrato de obra. Bien o servicio fue cumplido a cabalidad, dando ejecución total a las disposiciones contractuales. La única obligación contractual que subsiste luego de la entrega recepción del contrato es la garantía técnica, cuando se ha previsto la misma en los contratos de adquisición de bienes.⁹⁹

Conforme lo señala el autor citado, el acto de entrega recepción se perfecciona con el acta suscrita por las partes contractuales, es decir, no basta con realizar la entrega de la obra, bien o servicio de manera física a la entidad, sino que para que surta los efectos legales y contractuales dicho cumplimiento debe ser registrado en el acta de entrega recepción, parcial o definitiva. Este no es un mero requisito formal; al contrario, es el acto que cierra el contrato, sin el cual las partes continúan obligadas en virtud del instrumento contractual.

En este sentido, “la doctrina más generalizada entiende que la entrega de la obra es cosa distinta de la recepción, la cual viene constituida por el acto o la manifestación del propietario, reconociendo que la obra ha sido ejecutada correctamente”¹⁰⁰; entonces el acto de entrega no es suficiente para cerrar el contrato sino que se requiere de la recepción, es decir la verificación del cumplimiento de todas las condiciones contratadas y la aceptación formal del objeto contractual.

La entrega recepción del contrato debe contar con la conformidad de las partes, específicamente de la entidad contratante, quien determinó las características del objeto

⁹⁹ Pérez, Antonio, *Manual de Contratación Pública*, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011) 385

¹⁰⁰ Sánchez, A. C. (1978). La recepción de la obra. *Anuario de derecho civil*, 31(2), 287-314.

de contratación que necesitaba. Para contar con esta conformidad es necesario que la entidad realice la respectiva inspección o verificación, para lo cual la ley ha establecido un tiempo definido, esto es el término de 10 días, luego de lo cual la entidad debe emitir sus observaciones para que el contratista corrija, y el tiempo que tome en realizar las correcciones y entregar a la entidad deberá ser considerado como mora contractual y acarreará la imposición de la sanción pecuniaria estipulada en el contrato; o, si luego de la inspección y verificación de objeto entregado, la entidad se encuentra conforme porque cumple con las estipulaciones contractuales y condiciones definidas en la etapa preparatoria de la contratación, la entidad debe iniciar el proceso de recepción, conforme el procedimiento que se analizó en páginas anteriores.

En esta primera aproximación a la recepción del contrato pura, encontramos ya una diferencia fundamental con la recepción presunta, pues, para la primera es requisito *sine qua non* la inspección o verificación previa del objeto contractual por parte de la entidad contratante. De su parte, la recepción presunta se practica sin la constancia de verificación del objeto contractual entregado por el contratista; incluso, se podría decir que precisamente la ausencia de esta verificación por parte de la entidad es el requisito que da paso a la recepción presunta, esto es la falta de actividad de la entidad contratante. Por lo tanto, la recepción presunta es el equivalente al acta entrega recepción definitiva, surte su efecto principal que es terminar el contrato.

A continuación revisemos los efectos de la recepción del contrato normal. Como se ha señalado, el efecto principal es la terminación de la relación contractual, esto es el cierre del contrato; por lo tanto, con la suscripción del acta de entrega recepción definitiva las partes aceptan el cumplimiento del contrato de acuerdo y por lo tanto renuncian a reclamar por el incumplimiento de las obligaciones contractuales de la otra parte, salvo el caso de vicios ocultos en el caso de obra.

De igual forma, al cerrarse el contrato y no tener que continuar garantizando su cumplimiento, con la suscripción del acta entrega recepción definitiva se procede a devolver las garantías al contratista, esto es la garantía de fiel cumplimiento del contrato, la garantía de buen uso del anticipo en caso que no se haya devuelto antes por haberse devengado el anticipo entregado; y, permanece vigente únicamente la garantía técnica en el caso de adquisición de bienes, la misma que es una obligación que prevalece por el plazo definido en la misma, aunque el contrato se encuentre cerrado.

Finalmente, respecto a la liquidación económica del contrato, en el acta de entrega recepción definitiva debe incluirse una cláusula que detalle la liquidación final¹⁰¹, en la que consten los valores que la entidad adeuda al contratista una vez realizada la entrega definitiva del contrato. Cabe señalar que en la forma de pago del contrato, la entidad contratante debe cuidar de establecer condiciones que resguarden los fondos públicos a erogarse, es decir, la totalidad de la cuantía del contrato se pagará con la totalidad del objeto recibido a satisfacción.

En tal virtud, una vez suscrita el acta entrega recepción definitiva en la que consta la liquidación final económica del contrato y los valores a pagar como contraprestación al contratista por el cumplimiento total de sus obligaciones, así como los valores que el contratista adeude a la entidad por concepto de multas o reajustes; la norma establece el un término de 10 días para el pago correspondiente, y su incumplimiento generará intereses y el derecho al reclamo de daños y perjuicios.

De su parte, la práctica de la recepción presunta, conforme se encuentra establecida en la norma, no tiene un alcance definido, pues la ley se limita a señalar que su único efecto es la terminación del contrato. Con esta somera disposición intentemos delinear el alcance de los efectos de la recepción normal antes analizados frente a la recepción presunta.

El primer efecto referido es la aceptación del cumplimiento de obligaciones y la renuncia a reclamos posteriores por esta causa, lo que en la recepción presunta no se aplica, pues como vimos antes, para que la entidad se encuentre a satisfacción con el objeto contractual entregado por el contratista requiere realizar una verificación o inspección al mismo y emitir el correspondiente informe por parte del Administrador del contrato, así como por parte del técnico que no intervino en la ejecución contractual, que conforman la comisión de recepción.

Entonces, con la notificación de la recepción presunta la entidad no podría emitir observaciones al objeto contratado, ni solicitar trabajos de corrección al contratista, pues la relación contractual ha terminado; y, lo que correspondería es que la entidad evalúe el grado o porcentaje de cumplimiento del contrato y pague por lo que ha recibido a conformidad, en caso que exista incumplimiento parcial o total del objeto contractual la

¹⁰¹ Ecuador, *Decreto Ejecutivo 1700*, Registro Oficial 588, Suplemento, 12 de mayo de 2009, art. 124

entidad no podrá pagar al contratista los valores estipulados, además que deberá analizar si deberá seguirle la acción por daños y perjuicios a los que haya lugar. Esto implica que la entidad podría pagar al contratista un valor menor del total de la cuantía del contrato, lo que no es conveniente para el contratista.

Otra visión de este punto controversial podría ser que el efecto de la recepción presunta es el cierre del contrato, pero al dejar a salvo los derechos de las partes a la liquidación técnico económica, si bien la entidad no puede calcular multas por incumplimiento a partir de dicha fecha, si solicita al contratista correcciones del objeto entregado para realizar la liquidación técnica económica del contrato. Este criterio le mantiene al contratista tácitamente obligado a continuar asignando recursos humanos, temporales, materiales, equipamiento, maquinaria, etc, al contrato, estos recursos son adicionales a los planificados e implican una merma al presupuesto asignado al proyecto por parte del contratista; y, a continuar esperando indefinidamente a que la entidad practique la liquidación técnico económica. Siendo la alternativa para el contratista, que él demande para que se practique la liquidación en la instancia judicial, con los costos en tiempo y dinero que esto implica.

Finalmente, respecto al efecto que estamos analizando, esto es la aceptación a conformidad del cumplimiento del contrato, con la recepción presunta el contratista no obtiene una constancia de la experiencia ganada en ese proyecto, pues para participar en otros procedimientos de contratación el documento que justifica y demuestra su experiencia es el acta de entrega recepción definitiva, lo cual no existe en la recepción presunta y en el acta notarial de recepción presunta no consta toda la información que requiere para demostrar la ejecución a conformidad del contrato.

Con relación al segundo efecto de la recepción *per se*, esto es la devolución de garantías al contratista, cabe anotar que una vez notificada la recepción presunta a la entidad contratante por parte del notario, el contratista solicita inmediatamente a la compañía emisora de las garantías que cancele las mismas por cuanto ha terminado el contrato, y por consiguiente las garantías se extinguen. Esta decisión es unilateral por parte del contratista; sin embargo, al estar señalado expresamente en la ley que el efecto de la recepción presunta del contrato es la terminación del mismo, las compañías aseguradoras proceden sin más trámite a cancelar las garantías que resguardan a la entidad contratante.

El último efecto que analizamos del acta entrega recepción definitiva y que vamos a comparar con la recepción presunta es la liquidación económica y el subsecuente pago de valores adeudados. Al respecto, conforme lo dispone el artículo 81 de la LOSNCP, la figura de la recepción presunta deja a salvo los derechos de las partes a la liquidación técnico económica correspondiente; en este punto se encuentra una contradicción entre lo que estipula la ley para la entrega recepción normal, esto es el estado de las obligaciones principales del contrato: Objeto contractual (técnico) y liquidación económica, y lo que estipula la ley para la recepción presunta, esto es dejar abierta la revisión de las obligaciones principales del contrato, esto es la liquidación técnico económica.

En conclusión, una vez analizado de manera detenida el efecto que establece la ley para la recepción presunta, se observa que la práctica de esta figura guarda contradicción con la naturaleza de la recepción como forma natural de terminar el contrato, pues se produce sin contar con la verificación del cumplimiento del contrato. Adicionalmente, se evidencia la falta de definición del alcance de la recepción presunta dejando a la incertidumbre cual puede ser la actuación de la entidad y del contratista después de su notificación.

Esta oscuridad en el alcance de la recepción presunta se observa en los siguientes efectos de la recepción: El cese de la obligación del contratista de corregir el objeto contractual, la liquidación técnico económica y pago de valores adeudados. Finalmente, los únicos efectos que parecen tener más claridad en la práctica de la recepción presunta son: La cesación de la obligación del contratista de mantener garantías vigentes y la no procedencia de calcular multas después de su notificación.

2.2 De la afectación a la seguridad jurídica y el debido proceso hacia una propuesta de mejoramiento de la recepción presunta del contrato administrativo

Una vez que en el título anterior se analizó de manera detallada la figura de la recepción presunta y su uso en la práctica de la contratación pública, en el presente apartado se va a identificar las afectaciones a derechos y principios de los sujetos intervinientes en la aplicación de esta figura conforme se encuentra establecida en la

norma, para finalmente esbozar algunas propuestas prácticas de mejora para su uso con mayor seguridad jurídica y respeto al debido proceso.

2.2.1 De la afectación a la seguridad jurídica

La inclusión de la figura de la recepción presunta en la normativa de contratación pública ecuatoriana tiene su justificación debido a la necesidad de precautelar un derecho del contratista, así lo confirma el autor Roberto Dromi, quien señala: “Cuando a juicio del contratista la obra está terminada, según lo contratado, tiene derecho a que la Administración se la reciba. Ésta, previamente, debe proceder a la verificación de la obra”¹⁰². En tal virtud, la recepción presunta es la respuesta a la necesidad de consagrar en la ley el derecho del contratista a que la entidad reciba el objeto contratado, resguardando la seguridad jurídica del contrato.

Sin embargo, el reconocimiento de un derecho en la norma jurídica requiere además que la norma contemple los medios efectivos para su ejercicio, caso contrario se estaría vulnerando la seguridad jurídica. Contrastando con el análisis doctrinario realizado en el capítulo uno de esta tesis, vale recordar lo que señala el autor ecuatoriano Dr. Juan Carlos Riofrío Martínez – Villalba¹⁰³ en relación a la seguridad jurídica, definiéndola como “el derecho al conocimiento y al reconocimiento del derecho”, manifiesta que parte de este derecho es que las normas sean claras, puedan conocerse y en efecto sean conocidas; en este sentido, es obligación del legislador además del reconocimiento de derechos en la norma, la creación de normas claras que sean fáciles de entender y bien elaboradas a fin de que no exista dificultad en su aplicación.

Conforme se ha analizado a lo largo de este capítulo, la inclusión de la recepción presunta en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública no contempla de manera clara el alcance de este derecho, lo que ocasiona que no exista certeza de las consecuencias legales y económicas que el contratista va a tener después de notificar a la entidad con la recepción presunta.

¹⁰² Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, Décima edición, (Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2004) 614.

¹⁰³ Juan Riofrío, “*El contenido esencial del derecho fundamental a la seguridad jurídica*” en *Seguridad Jurídica*, 1ra edición (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2007) pág. 8.

De su parte, otro aspecto que considera el autor citado dentro de la seguridad jurídica es el reconocimiento del derecho, el cual se enfoca en la obligación del Estado a través del legislador, de prever en la norma las acciones que permitan la exigibilidad de los derechos, pues no es suficiente con la inclusión de un derecho en el ordenamiento jurídico, en este caso, el derecho a la recepción presunta, sino que este reconocimiento debe estar acompañado de las acciones, tanto ante la autoridad administrativa cuanto la autoridad judicial, para hacer efectivo el derecho reconocido.

Es así que, en la normativa no se encuentra desarrollado de manera clara el procedimiento para hacer valer el derecho a la recepción presunta de manera efectiva y directa, así como tampoco medios claros y expeditos para su impugnación, en caso de considerar que la misma no es procedente y legal.

Adicionalmente, la seguridad jurídica es caracterizada por otros autores como el entorno confiable en el que las personas tienen derecho a desarrollarse. En este sentido, la autora Patricia Álvarez García señala que “la seguridad jurídica es el contexto dentro del cual se toman las decisiones individuales y las interacciones de los actores sociales”; en virtud de lo cual, una persona que propone una acción o realiza una petición ante una autoridad pública “tiene la expectativa de que el marco legal existente es y será confiable, estable, predecible” y que la actuación de la autoridad que conozca su pedido será dentro de los tiempos y procedimiento establecidos en la norma¹⁰⁴.

Como se ha observado a lo largo del análisis de la recepción presunta, el contratista toma un riesgo impredecible al optar por la práctica de esta figura legal, riesgo que además es aceptado por la desesperación producida por no tener resultados de parte de la entidad. Por ejemplo, en el caso del contratista entrevistado¹⁰⁵, la razón que motivó a su empresa a utilizar la recepción presunta fue el transcurso de aproximadamente seis meses desde que concluyó el plazo establecido en el contrato para realizar la recepción presunta, esto es seis meses desde la recepción provisional por tratarse de un contrato de obra; es decir, después de un año de haber entregado la obra todavía no se cerraba el contrato, esto debido a que el fiscalizador y la comisión de

¹⁰⁴ Patricia Álvarez, *Subcontratación e inseguridad jurídica en Seguridad Jurídica*, 1ra edición (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2007), pág. 1 – 2.

¹⁰⁵ Ing. José Ron, contratista del Estado, entrevistado por la autora, 1 de marzo de 2019. Para leer la entrevista completa, ver Anexo 1

recepción realizaban nuevas observaciones y solicitudes de correcciones cada vez que el contratista presentaba el informe de cumplimiento de las observaciones anteriores.

Consecuentemente, el resultado que esperó el contratista al aplicar la recepción presunta era el cierre del contrato; sin embargo, lo que sucedió fue que la entidad, a través de la Administradora del contrato, amparada en el mismo artículo 81 de la LOSNCP en lo que respecta a los derechos de las partes para la liquidación del contrato, continuó realizando nuevos y más requerimientos de correcciones, observaciones, solicitudes de mantenimiento de la obra, y en caso que el contratista no cumpla, la entidad amenazaba con descontar como rubros no ejecutados en la liquidación final del contrato.

Ante esta situación, el contratista se vio obligado a continuar accediendo a las solicitudes de la entidad, para lo cual tuvo que seguir manteniendo equipo, personal técnico y costos operativos por más tiempo del planificado, hasta que finalmente un año después de haber practicado la recepción presunta, la entidad le convocó a la suscripción del acta entrega recepción definitiva. Es decir, la entidad desconoció tácitamente la recepción presunta realizada por el contratista.

En este caso, para el contratista la recepción presunta no tuvo efecto jurídico alguno, no obtuvo el resultado que esperaba basado en la disposición existente en el ordenamiento jurídico, y tampoco pudo encontrar certeza en la normativa respecto al alcance de la recepción presunta a fin de que la entidad y el contratista tengan claridad sobre qué procedía o no hacer una vez notificada la recepción presunta.

En este sentido, debe recordarse además que con el objeto de proteger los derechos de los administrados, así como garantizar la eficiencia de la administración pública, en la doctrina se ha establecido que debe cumplirse con el derecho a la buena administración, que de acuerdo con el autor Joaquín Tornos¹⁰⁶ constituye un principio de la actuación pública y un derecho fundamental de los ciudadanos que contiene mandatos para la Administración que permiten regular su organización interna y externa, que comprenden: la correcta organización de los funcionarios de la administración, la ética de los mismos, la transparencia, y la aplicación de los principios

¹⁰⁶ Joaquín Tornos Mas, «El derecho a una buena administración», http://www.sindicadegreugesbcn.cat/pdf/monografics/administracio_es.pdf, 2007.16.

de eficacia y eficiencia administrativa, que incluye la administración participativa e imparcial, el derecho al debido proceso y la elección de la mejor decisión.

En conclusión, la forma en que está normada la recepción presunta afecta a la seguridad jurídica de las partes contractuales; debido a que la disposición legal no es clara en el alcance del derecho, además que únicamente se enuncia el derecho pero no se lo reconoce de manera efectiva, pues no existe un procedimiento ni acción ágil para su cumplimiento real; y, no existe un estado de certidumbre y confianza entorno a la práctica de la recepción presunta, ya que los resultados no están previstos en la norma y por tanto, resulta altamente riesgosa la aplicación de esta figura para el contratista.

2.2.2 De la afectación al debido proceso

Ahora revisemos el derecho al debido proceso dentro de la aplicación de la recepción presunta. Conforme se observó en la práctica de la recepción presunta por los diferentes sujetos intervinientes, la notificación a la entidad contratante por parte del notario de que ha operado la recepción presunta tiene efectos sobre la relación contractual que afectan a la entidad; sin embargo, se practica sin dar aviso a la entidad respecto a esta solicitud, sin escuchar las objeciones y verificar las constancias que tenga la entidad por lo menos sobre el cumplimiento formal de requisitos para que proceda la recepción presunta, los cuales son: La existencia de una solicitud de recepción por parte del contratista correctamente realizada; y, la falta de pronunciamiento de la entidad ante esta solicitud.

Por lo tanto, se concluye que en la práctica de la notificación de recepción presunta se incumplen varias garantías del debido proceso como son: Contar con una autoridad competente para conocer la petición, la obligatoriedad de informar el inicio de un procedimiento en contra de una persona natural o jurídica (si bien la notificación no constituye un procedimiento administrativo, si constituye un trámite notarial cuyos efectos producen una afectación a los intereses y derechos de la entidad), el derecho a ser escuchado previo a la afectación de sus derechos e intereses, la oportunidad de aportar y rebatir pruebas (constancias que tuviere la entidad sobre la no procedencia de la recepción presunta).

Estos elementos son generales y se refieren a las condiciones esenciales para la validez de una actuación de cualquier autoridad que afecte derechos e intereses. Cabe analizar la garantía del debido proceso de la competencia. En este sentido, la competencia del notario o del juez de lo civil para conocer las peticiones de notificación de recepción presunta realizadas por contratistas efectivamente se encuentra prevista en la ley.

Sin embargo, una de las características de la competencia debe ser la idoneidad, misma que está ligada a la elección de las personas más aptas para desempeñar una potestad y otorgarle una competencia, dicha elección debe basarse en requisitos que garanticen que la autoridad que va a decidir sobre los derechos de las personas y sobre el interés común.

Al respecto, cabe citar al autor ecuatoriano Juan Carlos Benalcázar quien refiriéndose a la materia administrativa señala: “la especialización es siempre útil, pero aquí es indispensable; y la verdad de esta apreciación surge de la sola reflexión sobre la particular complejidad de la función administrativa y de los fines que persigue, todos ellos tributarios del bien común”¹⁰⁷.

En el caso de los procedimientos administrativos, las autoridades que conozcan las peticiones relacionadas a las diferentes etapas de los mismos, deben contar con la experiencia, preparación y conocimientos necesarios para desempeñar dichas funciones de manera apropiada, entonces, vale cuestionar si el notario y el juez de lo civil gozan de especialización para conocer las peticiones relacionadas a los contratos administrativos, y ciertamente la respuesta es negativa. Por lo que, se puede colegir que si bien estos funcionarios judiciales tienen competencia otorgada por ley, no son idóneos para intervenir dentro de la recepción presunta de los contratos administrativos.

En conclusión, la práctica de la recepción presunta afecta el derecho al debido proceso, entre otras formas, mediante las siguientes circunstancias: Afectación de derechos e intereses de terceros sin ser oídos sus argumentos ni dar la oportunidad de rebatir los hechos y ausencia de una autoridad competente idónea y especializada.

¹⁰⁷ Juan Benalcázar, *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*, (Quito, Fondo Editorial Andrade & Asociados, 2007), 173 - 183

2.2.3 Propuesta de mejora de la recepción presunta del contrato administrativo

Conforme se analizó a lo largo de este trabajo, la figura de la recepción presunta, como se encuentra prevista actualmente, presenta múltiples inconvenientes a todos los sujetos que intervienen en ella, alejándose de su propósito que es garantizar el derecho del contratista a la recepción del objeto contractual ejecutado. En tal virtud, sobre la base de la presente investigación que ha buscado entender la figura estudiada a través de los diferentes enfoques teóricos que aporten a su comprensión, y también aterrizar su uso en la práctica de la contratación pública, se plantea la siguiente propuesta de mejora de la figura de recepción presunta que tiene como finalidad servir de ayuda a contratistas y servidores públicos que intentan entender la naturaleza, alcance y forma de utilizar esta figura legal.

En este sentido, la propuesta a plantearse es de implementación inmediata, para lo cual solo se requiere la decisión de las autoridades administrativas que se señalarán a continuación.

Partiendo del problema principal de la figura de la recepción presunta que se ha identificado, esto es la incertidumbre o falta de certeza respecto a su procedimiento de aplicación, requisitos y alcance, se propone la actuación de dos instituciones:

El Servicio Nacional de Contratación Pública, que en uso de su facultad de expedir modelos de documentos precontractuales y contractuales de aplicación obligatoria por parte de las entidades contratantes¹⁰⁸, incorpore en las condiciones generales del contrato de todos los procedimientos de contratación pública, una cláusula en la que se defina un procedimiento ágil y claro para la práctica de la recepción presunta, incluyendo requisitos formales, tiempos, y principalmente las acciones a seguir por parte de la entidad contratante y el contratista posterior a su notificación, estipulando un plazo máximo para su cumplimiento, caso contrario las partes puedan demandar el cumplimiento de esta cláusula mediante los mecanismos de solución de controversias estipulados en el contrato.

¹⁰⁸ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, Suplemento, 04 de agosto de 2008, art. 10, num. 8.

La cláusula debería ser incorporada en las condiciones generales de los contratos de obra, bienes y servicios incluidos los de consultoría, por cuanto estas condiciones son de cumplimiento obligatorio para las entidades y los contratistas. En tal virtud la propuesta de texto a incorporarse en la cláusula de recepción es el siguiente:

“Recepción presunta del contrato.- Cumplido el objeto contractual, el contratista solicitará por escrito al Administrador del contrato la recepción definitiva del contrato. En el caso que la entidad contratante no formule ningún pronunciamiento ni iniciare la recepción del contrato dentro del término de (10) días, el contratista tendrá el derecho de practicar la recepción presunta a su favor.

El contratista deberá solicitar al notario público o al juez de lo civil la notificación a la entidad de que ha operado la recepción presunta del contrato, para lo cual adjuntará los siguientes requisitos:

1.- Solicitud escrita con los fundamentos de hecho, que deberá contener como mínimo los datos del contrato, fecha de solicitud de recepción, tiempo transcurrido desde la solicitud, afirmación de no haber recibido respuesta alguna por parte de la entidad contratante, el fundamento de derecho (artículo 81 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública), la petición de notificación a la entidad, el lugar de notificación que debe coincidir con el domicilio señalado por la entidad en el contrato, firma del contratista y su abogado.

2.- Documentos que justifican la solicitud: Contrato, solicitud de recepción realizada por el contratista al Administrador del contrato con la razón y fecha de recepción de dicha comunicación.

El notario calificará el cumplimiento de estos requisitos y se trasladará a la entidad para notificar la recepción presunta, para lo cual previamente solicitará al Secretario/a General o titular del área de gestión documental de la entidad que certifique única y exclusivamente si se ha entregado respuesta a la solicitud de recepción realizada por el contratista que fundamenta la diligencia notarial, esta verificación también puede realizarse a través del documento de respuesta de la entidad publicado en el portal compras públicas. En caso de existir respuesta con la correspondiente razón de

recepción por parte del contratista o publicada en el portal compras públicas, el notario dará fe de lo actuado y no practicará la notificación de recepción presunta a la entidad.

La notificación de la recepción presunta tiene como único efecto la terminación del contrato y el acta notarial de recepción presunta reemplaza al acta de entrega recepción definitiva, por lo que la entidad no podrá disponer al contratista la ejecución de actividades, correcciones, etc, a partir de la fecha de notificación de la recepción presunta.

La entidad contratante devolverá las garantías rendidas por el contratista, excepto la garantía técnica, en el término de 8 días a partir de la notificación de recepción presunta.

La entidad realizará la liquidación técnico económica del contrato sobre la base de lo recibido hasta la fecha de notificación de la recepción presunta, de lo cual deberá notificar al contratista en el término de 20 días. Si el contratista no se encuentra conforme con la liquidación realizada por la entidad contratante podrá solicitar, por una sola vez, su corrección con sus argumentos y respaldos dentro del término de tres días de notificado con la liquidación. En caso que el contratista no esté conforme con la liquidación técnico – económica podrá demandar mediante acción contencioso administrativa en los plazos previstos en el Código Orgánico General de Procesos.”

De igual forma, otra propuesta de mejora que es de inmediata ejecución es que el SERCOP como administrador del portal de compras públicas, incorpore una pestaña en la etapa contractual de los procedimientos de contratación para la publicación de los documentos que se generen dentro de los procesos de recepción del contrato, sean parciales o definitivas. Estos documentos deben incluir la solicitud de recepción realizada por el contratista, la que debe ser publicada por el contratista de manera obligatoria, los informes técnicos y económicos generados por el Administrador del contrato, la respuesta al contratista publicada por la entidad. De esta manera se está cumpliendo con el principio de publicidad y se transparentan las actuaciones de las partes contractuales, lo cual puede ser un medio de verificación para el notario que va a practicar la notificación de la recepción presunta.

De su parte, el Consejo de la Judicatura como autoridad administrativa de la Función Judicial y en uso de su potestad normativa, emita un instructivo para uso obligatorio de los notarios y jueces de lo civil en el que se determinen los requisitos formales que deben cumplir los contratistas en las peticiones de notificación de recepción presunta, los documentos mínimos que deben acompañar para justificar la petición, la forma de verificación que debería ser la publicación en el portal de compras públicas conforme lo señalado en el párrafo anterior. De esta manera, la actuación de los notarios y jueces de lo civil estará reglada, brindándoles seguridad en sus actuaciones.

Conclusiones

1. La recepción presunta o de pleno derecho del contrato constituye una figura legal que opera cuando ante la solicitud de recepción del objeto contractual realizada por una de las partes, no se emite observación alguna a dicha petición ni se procede a la entrega recepción, lo que da derecho a la parte solicitante a la recepción presunta del contrato, pudiendo ser aplicada por cualquiera de las dos partes. La recepción presunta es la respuesta a la necesidad de consagrar en la norma el derecho del contratista a que la entidad reciba el objeto contratado, resguardando la seguridad jurídica del contrato. Sin embargo, el reconocimiento de este derecho en la ley requiere además que la norma o el contrato contemplen los medios efectivos para su ejercicio, caso contrario se vulnera la seguridad jurídica de los sujetos intervinientes.

2. La práctica de la recepción presunta es una facultad; y como tal, el contratista tiene la opción de hacer uso o no de la misma. Al respecto, la demora en el proceso de entrega recepción del contrato es una de las razones que motiva a los contratistas a optar por la recepción presunta, lo que puede obedecer a diferentes circunstancias imputables tanto a la entidad cuanto al contratista. De parte de la entidad, debido a la complejidad del contrato, como es el caso de consultorías u obras; o la falta de una actuación oportuna y eficiente por parte de los servidores públicos de la entidad contratante, de manera principal el Administrador del contrato. De parte del contratista, la demora en el proceso de recepción puede deberse a la falta de cumplimiento del objeto contractual a satisfacción de la entidad o la falta de entrega de requisitos formales, como es la documentación legal actualizada de la empresa, o la falta de justificativos del cumplimiento de obligaciones laborales y de seguridad social, entre otros.

3. La forma en que está normada la recepción presunta afecta a la seguridad jurídica de las partes contractuales debido a que la disposición legal no es clara en el alcance del derecho, además que únicamente se establece el derecho pero no se lo reconoce de manera efectiva, pues no existe un procedimiento ni acción ágil para su cumplimiento real; y, no existe un estado de certidumbre y confianza entorno a la práctica de la recepción presunta, ya que los resultados no están previstos en la norma y por tanto, resulta altamente riesgosa la aplicación de esta figura para el contratista.

4. También existe afectación a la seguridad jurídica en la aplicación de la recepción presunta porque existe oscuridad en los siguientes efectos de la recepción: El cese de la obligación del contratista de corregir el objeto contractual, la liquidación técnica económica y el pago de valores adeudados. Frente a lo cual, los únicos efectos que tienen más claridad en la práctica de la recepción presunta son: La cesación de la obligación del contratista de mantener garantías vigentes y la no procedencia de calcular multas después de su notificación.

5. La figura de la recepción presunta como está siendo aplicada en la actualidad afecta además el derecho al debido proceso, que es aplicable en los contratos administrativos; específicamente es la figura analizada por tratarse de una acción que afecta derechos e intereses de las partes; por lo que se concluye que las principales garantías de debido proceso afectadas son: El ser oído por una autoridad competente, la idoneidad de la autoridad, el tener la oportunidad de rebatir los hechos y presentar pruebas; así como el derecho a la defensa y el principio de contradicción.

Bibliografía

- Agudelo, Martín, “*El Debido Proceso*”, *Opinión Jurídica* 4, n° 7 (2005) 89-105
- Álvarez, Patricia, *Seguridad Jurídica*, Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2007
- Ávila, Humberto, *Seguridad Jurídica y Democracia en Iberoamérica*, Madrid: Marcial Pons, 2015.
- Ávila, Humberto, *Teoría de la seguridad jurídica*, Madrid: Cátedra de Cultura Jurídica Marcial Pons, 2012, <https://www.marcialpons.es/static/pdf/9788497689724.pdf>
- Ávila, Ramiro, *Constitución del 2008 en el contexto andino, Análisis de doctrina y derecho comparado*, Tomo 3, Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos, 2008,.
- Ávila, Ramiro, *Los derechos y sus garantías*, Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012
- Benalcázar, Juan, *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*, Quito: Fondo Editorial Andrade & Asociados, 2007.
- Bernal, Carlos, *El Derecho de los Derechos*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Bernate, Francisco, *Delitos contra la fe pública*, Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2010
- Cassagne, Juan, *El contrato administrativo*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2005.
- Calderón Jácome, Cecilia, “*La recepción presunta notarial para los contratos públicos desde la función pública notarial*”, Tesis de maestría, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2018, <http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/10816/1/T-UCSG-POS-DNR-24.pdf>

Cueva, Luis, *El debido proceso: teoría, práctica y jurisprudencia*, Quito: Ediciones Cueva Carrión, 2007.

Dromi, Roberto, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires: Editorial de Ciencia y Cultura, 2009.

Ecuador. *Codificación del Código Civil*, Registro Oficial 46 Suplemento, 24 de junio de 2005.

Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, Registro Oficial 544, Suplemento, 09 de marzo de 2009

Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, Registro Oficial 506, Suplemento, 22 de mayo de 2015

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

Ecuador, *Decreto Ejecutivo 1700*, Registro Oficial 588, Suplemento, 12 de mayo de 2009.

Ecuador, *Ley de comercio electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos*, Registro Oficial 557 Suplemento, 17 de abril de 2002

Ecuador, *Ley de Compañías*, Registro Oficial 312, 05 de noviembre de 1999.

Ecuador, *Ley Notarial*, Registro Oficial 150, Suplemento, 28 de octubre de 1966

Ecuador. *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, Suplemento, 04 de agosto de 2008.

Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, Registro Oficial 595, Suplemento, 12 de junio de 2002.

Ecuador, Notaría Séptima de Riobamba, “Notificaciones de recepciones de pleno derecho en contratos del sector público”, *blogspot*, 26 de octubre de 2015. <http://notaria7riobamba.blogspot.com/2015/11/recepciones-de-pleno-derecho-en.html>

Ecuador. Servicio Nacional de Contratación Pública, “*Condiciones Generales del contrato de Licitación*”, disponible en: https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/cat_normativas/licitacion

Ecuador. Servicio Nacional de Contratación Pública, *PREGUNTAS FRECUENTES DE CONTRATACIÓN PÚBLICA*, disponible en: <http://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/2017/01/4.pdf>

Ecuador, Servicio Nacional de Contratación Pública, *V. CONDICIONES GENERALES DE LOS CONTRATOS DE BIENES Y/O DE SERVICIOS*, disponible en: http://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/2017/06/5_condiciones_generales_del_contrato_de_subasta_inversa_electronica1.pdf

Ecuador, Servicio Nacional de Contratación Pública, *CONDICIONES PARTICULARES DEL CONTRATO DE SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA*, disponible en: https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/cat_normativas/subas_inversa_electronica_bs

Ecuador, Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072 de 31 de agosto de 2016, Registro Oficial 245, Edición Especial, 29 de enero de 2018

España. Real Academia Española, “*Diccionario de la lengua española*”, disponible en: <http://dle.rae.es/?id=RtqUTs5>.

España. Real Academia Española, “*Diccionario de la lengua española*”, disponible en: <http://dle.rae.es/?id=UUUuOLG>

García de Enterría, Eduardo y Tomás – Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo I*, Madrid: Editorial Civitas, 2017

González – Varas Ibáñez, Santiago, *Derechos y obligaciones de contratistas y Administración en la fase de ejecución del contrato administrativo*, Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica No. 285. 2011.

Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo VIII, 5ta ed, Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000.

Gosálbez Pequeño, Humberto, *El contratista de la Administración Pública*. 1ra edición (Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2000).

Gozaíni, Osvaldo, *Derecho Procesal Constitucional: El debido Proceso*, Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2004.

Guastini, Riccardo, *Seguridad Jurídica y Democracia en Iberoamérica*, Madrid: Marcial Pons, 2015.

Jara, María, *Tutela Arbitral Efectiva en Ecuador*, Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador y Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017.

López, William, *Tratado de Contratación Pública*, Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2010

López, Daniel; Pérez, Antonio; Aguilar, Luis, *Manual de Contratación Pública*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016.

Martínez, Juan, *Introducción al Derecho Notarial*, Madrid: UIPAN, 2016.

ONU Asamblea General, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, 10 de diciembre de 1948, disponible en: http://www.silec.com.ec/Webtools/LexisFinder/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=INTERNAC-DECLARACION_UNIVERSAL_DE_LOS_DERECHOS_HUMANOS&query=declaracion%20universal%20de%20derechos%20humanos

OEA Asamblea General, *Convención Interamericana sobre los Derechos Humanos*, 22 de noviembre de 1979, disponible en: http://www.silec.com.ec/Webtools/LexisFinder/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=INTERNAC-CONVENCION_INTERAMERICANA_SOBRE_DERECHOS_HUMANOS&query=convencion%20interamericana%20de%20derechos%20humanos

Peces-Barba, Gregorio *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*, Madrid, Dykinson, 2013.

Prieto, Carlos, “El proceso y el debido proceso”, *Vniversitas* 106, n°1 (2003): 811-823.

Pérez, Antonio, *Manual de Contratación Pública*, Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011.

- Petit, Luis, *Estudios sobre el Debido Proceso*, Caracas: Ediciones Paredes. 2011.
- Poveda, Francisco, *Instituciones de la Contratación Pública en el Ecuador*, Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017.
- Quintero, María, y Rosmery Velásquez, *De la Constitución al proceso*, Bogotá: Leyer, 2002.
- Revista Judicial derechoecuador.com, “*El derecho al debido proceso*”, *derechoecuador.com*, Ecuador, disponible en: <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/procedimientopenal/2010/11/26/el-derecho-al-debido-proceso>
- Riofrío, Juan, *Seguridad Jurídica*, Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2007.
- Sánchez, Antonio Cabanillas. La recepción de la obra. Anuario de derecho civil No. 31, 1978.
- Secaira, Patricio, *Curso breve de Derecho Administrativo*, Quito: Editorial Universitaria, 2004.
- Suárez, Gonzalo y Roberto Laguado. *Manual de contratación pública electrónica para América Latina*, (Santiago de Chile: Naciones Unidas, 2007
- Tornos, Joaquín, “*El derecho a una buena administración*”, disponible en: http://www.sindicadegreugesbcn.cat/pdf/monografics/administracio_es.pdf.
- Zambrano, Alfonso, *Proceso Penal y Garantías Constitucionales*, Guayaquil: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2005.

Anexos

Anexo 1.- Entrevista a contratista

1.- ¿Ha utilizado la figura de la recepción presunta en contratos con el Estado?

Sí, en un contrato de obra de infraestructura educativa para el Ministerio de Educación, a través del Servicio de Contratación de Obras que ejecutamos en la empresa en la que trabajo.

2.- ¿Cuáles fueron las razones que le motivaron a utilizar la recepción presunta?

Decidimos optar por la recepción presunta luego de haber realizado la recepción provisional de la obra, concluyó el plazo para realizar la recepción definitiva y requerimos a la entidad la suscripción del acta de entrega recepción definitiva; sin embargo, el Fiscalizador continuaba haciendo más observaciones, y una vez que concluíamos estas correcciones en cambio la comisión de recepción hacía otras observaciones, y así se volvió interminable el proceso de revisión y corrección porque cada vez hacían nuevas y diferentes observaciones, y estas observaciones eran temas de daños por el uso que ya estaban haciendo los estudiantes de la unidad educativa, pero como es nuestra responsabilidad el mantenimiento hasta la recepción definitiva, teníamos que seguir reparando los daños ocasionados por el uso de la obra. Ante esta situación que nos estaba afectando porque nosotros planificamos la ejecución de la obra por el tiempo de ejecución del contrato y consideramos un tiempo adicional por imprevistos; pero en este caso, había transcurrido seis meses desde que concluyó el plazo para realizar la recepción definitiva y seguíamos con el contrato abierto, con personal y maquinaria en la obra y garantías abiertas, entonces se volvió insostenible, por esta razón decidimos practicar la recepción presunta.

3.- ¿Qué nivel de dificultad considera que tiene el procedimiento de recepción presunta?

No hubo dificultad, pues solo fue ir a la notaria; pero después de eso ya nadie supo qué hacer, ni la Administradora del contrato, ni nosotros como contratistas, porque en la ley no hay un procedimiento,

4.- ¿Requirió contratar un asesor externo a su empresa para realizar el procedimiento?

Sí, ante los problemas que teníamos para conseguir el acta entrega recepción definitiva solicitamos la asesoría de nuestra abogada externa, quien nos dio la opción de la recepción presunta.

5.- Qué inconvenientes encontró al utilizar la recepción presunta?

Primero, el desconocimiento del trámite a seguir después de la notificación a la entidad; segundo la ruptura de relaciones con la entidad, ya que la Administradora del contrato se lo tomó como un tema personal que habíamos hecho en su contra, y no era así, pero las relaciones cordiales que habíamos mantenido hasta ese momento se rompieron; y, tercero, el desconocimiento del alcance de la recepción presunta, porque no está en la ley qué puede o no pedirnos la entidad después de la notificación de recepción presunta, lo que ocasionó que continúe solicitándonos mantenimiento, reparaciones y correcciones aludiendo que sin eso no podían realizar la liquidación final.

6.- ¿Qué resultados obtuvo?

Prácticamente la recepción presunta no sirvió para nada más que retirar las garantías, pero la entidad continuó solicitándonos correcciones, mantenimiento y reparaciones, porque según su interpretación si es que nosotros no hacíamos eso ellos nos descontarían de las planillas ya pagadas y nos ordenarían restituir los valores pagados en exceso, lo cual no sé si sea legal, pero la abogada nos recomendó que sigamos corrigiendo, y nosotros también no quisimos tener problemas con la entidad porque nos dedicamos a esto, así que seguimos con la predisposición de colaborar con la entidad para obtener la liquidación final y no tener que irnos a juicios. Finalmente, después de un año de la notificación de recepción presunta, tiempo en el que tuvimos que seguir trabajando y corrigiendo, la entidad nos convocó a la suscripción del acta de

entrega recepción definitiva, lo que nos llamó la atención porque entonces la recepción presunta para qué sirvió?

7.- ¿Recomendaría usted a otros contratistas realizar la recepción presunta?

De acuerdo a nuestra experiencia, no recomendaría, ya que no obtuvimos los resultados que se esperan, el cerrar el contrato. Además, para un constructor lo importante de realizar un proyecto es la experiencia que adquiere y sirve para participar en proyectos más grandes, pero al realizar la recepción presunta no obtenemos un documento que demuestre la experiencia porque el acta notarial de recepción presunta no contiene la información que se requiere para demostrar la experiencia en el proyecto, ya que la experiencia se demuestra con el acta de entrega recepción definitiva.

Anexo 2.- Entrevista a servidora pública de entidad contratante

1.- ¿En su experiencia como servidora pública en entidades contratantes, ha tenido algún caso de recepción presunta practicada a la entidad?

Si, en el año 2015, se efectuó en la entidad en la que laboraba la recepción presunta de un contrato de licitación de bienes y servicios.

2.- ¿Conoce usted si existe un procedimiento definido para la práctica de la notificación de la recepción presunta por parte de los notarios públicos o jueces de lo civil?

A más de lo prescrito en el penúltimo inciso del artículo 81 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que establece que, para que dicha actuación opere debe mediar únicamente la solicitud del contratista y la inactividad de la administración durante el término de 10 días, so pena de destitución del notario o juez, en caso de negativa, no existe en el ordenamiento jurídico nacional, un procedimiento, como tal, previsto para proceder con la notificación de una recepción presunta.

3.- ¿Durante el procedimiento de notificación de recepción presunta, su entidad tuvo la oportunidad de oponerse o justificar la no procedencia de la misma?

No, precisamente dentro del procedimiento de ejecución contractual existió comunicaciones permanentes entre la entidad contratante y el contratista, por lo que resultaba totalmente improcedente la notificación de la recepción de pleno derecho, sin embargo como ya se señaló el notario fundamentó su actuación únicamente en la petición del contratista sin hacer ningún tipo de validación de si esta era legal o legítima.

4.- ¿Puede impugnarse la notificación de la recepción presunta practicada por un Notario Público?

Si, pese a que no se encuentra expresamente señalado en el actual Código Orgánico General por Procesos el tipo de procedimiento, el artículo 326 de dicho instrumento establece que se tramitará en procedimiento contencioso administrativo, como una acción especial, las controversias en materia de contratación pública, sin

embargo algunos jueces sostienen que el camino idóneo para su impugnación sería ante un juez de lo civil, pese a no existir un sustento jurídico que lo ampare.

5.- ¿Cuáles fueron los efectos de la recepción presunta en su entidad?

Al operar la recepción presunta se imposibilitó a la entidad contratante el solicitar la renovación de las garantías y su ejecución, puesto que, la recepción de pleno derecho tiene como consecuencia jurídica la terminación de la relación contractual, en ese contexto, corresponde únicamente a la entidad proceder con la liquidación económica del contrato o en su defecto iniciar su impugnación ante el órgano competente.

6.- ¿Considera que existe afectación a los intereses públicos con la práctica de la recepción presunta?

No siempre, esto dependerá de si era procedente o no, pues en ocasiones el contratista en cuyo favor operó la recepción presunta, no cumplió con todas sus obligaciones contractuales por lo que a través de la referida recepción logra, ante el silencio de la administración, generar el cierre forzoso del contrato, lo que ocasiona un perjuicio para la entidad y, dependiendo del objeto de contratación, podría inclusive afectar el interés público, pues correspondería proceder con la liquidación de un contrato que no se ejecutó de forma satisfactoria, e inclusive, en el mejor de los casos, de iniciar un procedimiento judicial para dejarla sin efecto, esto traería aparejado consigo el incurrir en gastos de tipo operativo o administrativos para la entidad.

Anexo 3.- Entrevista a notario

1.- ¿Ha tenido casos de notificación de recepción presunta o de pleno derecho de un contrato público en su experiencia como Notario Público?

No, en mi experiencia como notario público no he tenido estas peticiones, y conozco que no es muy común.

2.- ¿Cuál es el procedimiento que realiza el Notario Público al recibir una solicitud de notificación de recepción presunta por parte de un contratista del Estado?

El notario únicamente debe dar fe de lo actuado, entonces el trámite es simple: Ante la solicitud escrita del contratista, se acude a la entidad y se notifica, después se elabora el acta de lo actuado y se entrega copias de todo al solicitante.

3.- ¿Existe algún procedimiento de notificación de recepción presunta para los notarios públicos?

No hay procedimiento, solo tenemos lo que dice la ley.

4.- ¿Cuáles son los requisitos que se solicitan al contratista para dar paso a la solicitud de notificación de recepción presunta?

No se solicita ningún requisito más allá de la solicitud por escrito con firma de abogado.

5.- Dentro del trámite de recepción presunta la entidad contratante puede oponerse o justificar la no procedencia de la misma?

El notario no es autoridad jurisdiccional para conocer las oposiciones o controversias de las partes, si la entidad presenta alguna objeción lo único que procede es agregar al trámite y nada más.

6.- ¿Puede impugnarse la notificación de la recepción presunta practicada por un Notario Público?

Las partes pueden reclamar sus derechos ante la autoridad competente, que la tratarse de controversias derivadas de un contrato administrativo, es el Tribunal Contencioso Administrativo.