

LOS CONTRATOS

De la Administración y la Ley de Modernización

Dr. Ernesto Velázquez Baquerizo.

El art. 10, reformado, de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en sus letras a; b; c; d; y, e, determina las atribuciones y deberes jurisdiccionales del Tribunal Distrital Contencioso Administrativo, que por disposición de la Ley están limitadas a los asuntos que en el texto de la norma citada se fijan, no hacen mención alguna a los contratos.

Con la reforma constitucional de diciembre de 1992, las disposiciones transitorias décimoquinta y décimosexta de la Constitución, asignaron a los Tribunales Distritales creados las facultades que tenían en la Ley de la Jurisdicción vigente, determinándoles una jurisdicción privativa, que a diferencia de la ordinaria tiene limitada su competencia en la enumeración taxativa que indicamos; a la misma que ahora, por efecto de las normas de la Ley de Modernización, se ha producido una reforma tácita que amplió los asuntos materia de la competencia al conocimiento de los contratos que suscriba el Estado y sus diferentes administraciones.

En el desarrollo de las diferencias de la justicia ordinaria y la justicia administrativa, elaboradas a través de la actividad del Estado, la primera fue privativamente responsable única de los procesos contractuales, en aplicación de las normas del cuarto libro del Código Civil, referente a Obligaciones y Contratos, las que tradicionalmente se mantuvieron como facultad del juez civil para conocer, como una extensión de la actividad contractual, el resolver las divergencias que en el proceso de contratación pública y de ejecución de la misma se producían.

La justicia administrativa estaba limitada a conocer y resolver sobre la legalidad de los reglamentos, actos y resoluciones de la

Administración. Con la Ley de Modernización, a partir de diciembre de 1993, se amplía el ámbito de la competencia que se mantenía desde 1973 en la justicia ordinaria. El contenido del art. 38, de la citada Ley estableció que los Tribunales Distritales eran competentes para conocer de los actos, hechos y contratos expedidos, producidos o suscritos por el Estado y otras entidades del sector público. Este precepto legal, que determina en forma imperativa que los contratos eran parte de los asuntos materia de conocimiento y resolución de los Tribunales Distritales, constituyó un avance sobre las formas tradicionales de tutela jurídica para resolver las divergencias contractuales de los particulares con el Estado, las cuales estaban reguladas por prescripciones de la Ley de Contratación Pública, que sustituyó a la Ley de Licitaciones.

ACTOS Y HECHOS

Hasta que se dictó la Ley de Modernización, con el extinto Tribunal Contencioso Administrativo, sus atribuciones jurisdiccionales fueron exclusivamente conocer y resolver las impugnaciones a los actos administrativos, determinando su legalidad o ilegalidad mas otras referentes a los servidores públicos. Es a partir de la vigencia de la Ley de Modernización que se precisan las facultades de los nuevos Tribunales Distritales, fijándoles jurisdicción y competencia que avanza a los hechos administrativos y abarca también, citado expresamente, los contratos de la Administración; por ello, en forma breve nos debemos referir a lo determinado en el art. 38 de la Ley de Modernización, que al usar la expresión "actos y hechos" nos obliga a mencionar que en la teoría contemporánea del derecho, el negocio jurídico como genérico cubre todos los actos volitivos que están dirigidos a producir efectos jurídicos deseados por el agente, provocados en forma razonada, sea un contrato o una resolución **administrativa.**

Se establece la diferencia entre acto y hecho en razón de que el primero; el acto jurídico, se define como acto voluntario del cual derivan también efectos jurídicos, independientes del querer del agente, por el sólo ministerio de las normas jurídicas como ocurre con la comisión de un delito, la firma de un contrato o la solicitud de una concesión estatal. El segundo, el hecho jurídico, lo determina el

simple hecho de la naturaleza física, tal como ocurre cuando se desplaza el lecho de un río, nace o muere una persona, etc..

Para nuestro antecedente jurisprudencial de tipo francés, ajeno a la doctrina del negocio jurídico, no existen sino actos y hechos jurídicos; los primeros comprenden toda manifestación de voluntad directamente encaminada a la producción de efectos jurídicos; los segundos, cobijan en su concepto tanto los hechos puramente físicos o materiales, jurídicamente relevantes, como también los actos voluntarios cuyos efectos, atribuidos en la ley, se producen independientemente del querer del agente como si fueran simples hechos físicos.

En nuestra legislación, acto administrativo y hecho administrativo, están mencionados en el art. 38 de la Ley de Modernización, distinguiendo las voces al decir que los primeros son expedidos, en tanto los segundos son producidos, por el Estado y otras entidades del sector público. Esto significa que por expedición se entiende el despacho de las decisiones de la Administración, que se extienden por escrito, con las formalidades acostumbradas tales como Acuerdos, Decretos, Ordenanzas, etc.; en tanto que, la voz producidos esta en directa relación con la situación de engendrar, provocada por la naturaleza del hecho, por la exhibición que presenta y pone a la vista razones, motivos o pruebas que apoyan la justicia o el derecho que tiene la Administración para su ejercicio de legalidad y pretensión de obediencia al hecho. Se encuentran definidos en el Estatuto Administrativo de la Función Ejecutiva, cuyo art. 64 define en forma general como acto administrativo a toda declaración unilateral efectuada en ejercicio **de la función administrativa que produce efectos** jurídicos individuales de forma directa, diferenciando en la especie el acto de simple administración, definido en el art. 70, del acto administrativo normativo conceptuado en el art. 80; estableciendo la diferencia en el efecto de los mismos, ya que mientras los primeros constituyen toda declaración que produce efectos jurídicos individuales, no ocurre igual con los segundos que causan efectos generales. Posteriormente el art. 78 del Estatuto Administrativo define como hecho administrativo a **toda actividad material, traducida en operaciones técnicas o actuaciones físicas, ejecutadas en ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos directos o indirectos, ya sea que medie o no una decisión o acto administrativo previo.** Es en este contexto del juicio

jurídico que deben entenderse las palabras acto y hecho administrativo, usadas como conceptos en el art. 38 de la Ley de Modernización, citadas junto a la voz contrato, descrito este último en el art. 75, del Estatuto Jurídico Administrativo, como un **acto o declaración multilateral o de voluntad común, productor de efectos jurídicos, entre dos o mas personas**, de las cuales una esta en ejercicio de la función administrativa, quien lo suscribe a nombre y representación del Organó de la Administración, de tal manera que pueden contenerse en él los negocios jurídicos sean estos resultado de un acto o hecho administrativo.

ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES DEL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Al dictarse la Ley de Modernización nuestro legislador terminó la situación ambigua que afectaba al particular en su relación contractual con el Estado, especialmente en los contratos de obra pública, que determinó varias jurisdicciones y jueces competentes para conocer y resolver las impugnaciones o controversias generadas por la ejecución de los contratos celebrados con las diferentes administraciones públicas. Obligado a concurrir una vez ante el juez ordinario, otras ante el Presidente de la Corte Suprema, luego a la Corte Suprema y de ésta a la Superior, se lesionaban sus derechos e intereses sin que pudiera recibir el amparo de la tutela judicial en los términos de aplicación de la justicia administrativa.

El extinguido Tribunal Contencioso Administrativo recibió y conoció de varias demandas presentadas por asuntos relativos a controversias contractuales con el Estado y sus órganos de acción; el resultado foral o inicial, cuando entró a conocerlas, fue siempre que la materia de contratos y convenciones pertenecía al ámbito del derecho civil, en consecuencia sólo el juez civil era competente para tramitar las demandas que por asuntos de esta índole se le sometían, inhibiéndose o declarándose incompetente, según el caso, el Tribunal Contencioso de esa época que declinaba su competencia en favor de la justicia ordinaria.

La posición descrita en el párrafo anterior esta expresada en sentencias que constituyen abundantes antecedentes jurisprudenciales

publicados en los Boletines Óficiales del desaparecido Tribunal y algunas de ellas citadas por el Dr. Galo Espinoza M., en su "Diccionario de jurisprudencia contencioso-administrativa" publicado en 1992. Entre otros mencionaremos algunos de esos fallos: el que fue dictado en el juicio seguido por el Banco Internacional S.A. contra la Municipalidad de Quito (pág. 261 del Diccionario), resuelto el 17 de septiembre de 1985 por la Segunda Sala del Tribunal; otro caso es la sentencia dictada el 28 de noviembre de 1988, también por la Segunda Sala, en el juicio seguido por Film Set K. Comercial Petrolera Internacional S.A. contra CEPE Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana (pág. 262 del Diccionario). Existen también fallos con el mismo pronunciamiento emitidos por la Primera Sala del extinto Tribunal, el que se publicó en el Boletín Oficial N. 7 (págs. 53 a 56) pronunciado el 9 de setiembre de 1985, en el proceso seguido por Braniff Airways Incorporated contra la Dirección de Aviación Civil; el que se dictó el 24 de marzo de 1981, en el juicio seguido por Del Monte Banana Company contra el Ministro de Agricultura y Ganadería, publicado en el Boletín Oficial N. 4 (págs. 55 a 56); o, la sentencia que se dictó el 4 de mayo de 1983 en el juicio propuesto por el Ing. Rodrigo Banda Hidalgo contra el BEV Banco Ecuatoriano de la Vivienda, consta en la pág. 265 del Diccionario del Dr. Espinoza.

La posición tradicional que expusimos en los párrafos anteriores fue tesis que mantuvo larga vigencia en Ecuador, fortalecida al dictarse la Ley Orgánica del Ministerio Público, cuyo art. 17 manda que las controversias que se suscitaren sobre los contratos celebrados por el Estado o las entidades del sector público con alguna persona natural o jurídica de derecho privado, que obre como actora en el proceso, deben ser conocidos en primera y segunda instancia por la Corte Suprema; lo que se modificó con el art. 113 de la Ley de Contratación Pública, dictada posteriormente a la ley antes citada, que determinó la competencia en primera instancia ante una Sala de la Corte Superior y la segunda ante una Sala de la Corte Suprema. Todo ello guardaba concordancia con la norma del numeral 9 del art. 13 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, que prescribía como atribución de la Corte Suprema el conocer, en primera y segunda instancia, de las controversias que se suscitaren sobre los contratos suscritos por el Presidente de la República o sus mandatarios con alguna persona natural o jurídica de derecho privado.

Esta posición se ha modificado con la aplicación de las normas de la Ley de Modernización, que saliendo de la actitud tradicional que describimos, adoptó el modelo francés y fijó legalmente en los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo la competencia en esta materia, que no admite controversia alguna cuando el *art. 66* determina que la Ley de Modernización tiene el carácter de especial y prevalece sobre cualquier otra que se le oponga, con lo que deroga y reforma en forma expresa o tácita, según el caso, toda norma que contrarie el espíritu de la reforma modernizadora.

ACTOS CONTRACTUALES DE LA ADMINISTRACION:

UNA CONTRADICCION DE LA NORMA MODERNIZADORA

Retomando el hilo del *art. 38* de la Ley de Modernización, en él se preceptúa que los Tribunales Distritales tiene facultad para conocer de los contratos que suscriba el Estado y las entidades de la Administración, atribuyendo a los nuevos órganos jurisdiccionales el conocer de los contratos que celebre la Administración Pública, novedad introducida en el proceso modernizador, conforme señalamos al hablar de las atribuciones y facultades de los Tribunales, quienes tradicionalmente habían desechado el conocer las divergencias que la contratación pública provocaba, lo que determinó una contradicción entre el *art. 38* y el *63* de la Ley de Modernización, puesto que mientras el primero determinaba la competencia de los Tribunales Distritales para conocer de las demandas por los contratos públicos, el segundo artículo dice que las controversias en relación a los procesos de modernización serán resueltas en primera instancia ante el Presidente de la Corte Superior del Distrito y en segunda y definitiva instancia ante una Sala de la Corte Superior, radicando así una competencia especial que se contrapone a la que se concedió a los Tribunales Distritales.

El conflicto anterior fue resuelto, inicialmente, al dictarse el Estatuto Administrativo de las Función Ejecutiva, en el *art. 77*, que establece la normatividad para la impugnación de los contratos administrativos, cuyo inciso segundo prescribe que el alcance del *art. 38*, de la Ley de **Modernización, otorga competencia privativa y exclusiva, a los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo para conocer y resolver judicialmente todos los aspectos derivados de y**

relacionados con todos los contratos administrativos; afirmación concluyente de la ley que no posibilita otra interpretación que la de establecer para los Tribunales Distritales Contencioso Administrativos el ejercer esta facultad, que no poseían antes de las reformas y que tácitamente modifica el art. 10 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, con un impacto trascendental en el ordenamiento jurídico administrativo del Ecuador, que incide en todo el proceso de la actividad pública y de la esfera privada.

Debemos señalar que entre el art. 38 y el 63, de la Ley de Modernización, existe una discrepancia, ya que el primero determina un alcance amplio y general de la competencia de los Tribunales Distritales frente a las Cortes Superiores en la resolución de controversias contractuales, sin embargo la norma última citada deja autorizadas a las Cortes Superiores para resolver en juicio verbal sumario las controversias que se suscitaren en relación a los procesos contemplados en la ley invocada. Contribuye a una mayor confusión la disposición general que al final de la Ley de Modernización determina la aplicación del art. 38 para las controversias derivadas de los contratos administrativos realizados antes de la vigencia de la citada ley; situación que genera una contradicción clara desde el punto de vista de la lógica jurídica, resuelta para el ámbito de la Función Ejecutiva con el Estatuto Administrativo, pero que incide en cuanto dice relación a las otras administraciones, de régimen autónomo.

El tercer inciso del art. 77 del Estatuto Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (R.O. Suplemento, No. 411 de 111-31-1994), se propone resolver en la órbita de su competencia el problema, con el contenido de la norma ,complementaria de lo que determinamos en el párrafo anterior, ella preceptúa que las Cortes Superiores limitan su competencia a **conocer y resolver las demandas derivadas de los procesos de contratación previstos en dicha ley**. En consecuencia, lo expresa la norma motivo de nuestra exégesis, concluido el proceso de contratación cobran competencia los Tribunales Distritales para resolver y conocer de cualquier **acción sobre la interpretación y ejecución de tales contratos**, reafirmando de inmediato el amplio sentido de la atribución que el art. 38 de la Ley de Modernización otorgó a los Tribunales Distritales que deben **conocer y resolver las demandas relacionadas o derivadas de 108 procesos de contratación**

administrativa que no correspondan a 108 previstos en la citada Ley de Modernización.

Lo analizado nos expone claramente que el proceso de modernización, al aplicarse en las áreas que el art. 5 de la Ley especial sobre la materia determina, generaría contratos cuyo procedimiento en la fase pre-contractual puede impugnarse ante las Cortes Superiores, en tanto que una vez suscrito el correspondiente instrumento contractual, los efectos jurídicos del mismo para las divergencias contractuales, esto es los problemas y desacuerdos entre las partes, deben demandarse ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo. Así lo han entendido varias Cortes Superiores, quienes han dictado autos inhibiéndose de conocer demandas por diferentes contratos, presentados ante ellas en aplicación de lo que determinaba el art. 113 y siguientes de la Ley de Contratación Pública. Tal el caso de la demanda en la causa de inquilinato de contratación pública, seguida por Patricio Martínez Alvear en contra del ingeniero Jorge García Torres, la Sexta Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, con fecha 24 de marzo de 1994 dictó auto inhibitorio de competencia, que textualmente dice: **"de conformidad con lo dispuesto en el Art. 38 de la Ley de Modernización, Privatizaciones y Prestaciones de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa privada, publicada en el Registro Oficial N. 349 del 31 de diciembre de 1993, corresponde a los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo el conocimiento y resolución del asunto planteado en la demanda propuesta por Patricio Martínez Alvear, por los derechos que representa de inmobiliaria Adosauno S.A., en contra del Ministerio de Industrias, Comercio, Integración y Pesca, lo cual está en concordancia con el mandato que trae el Art. 7, ordinal 20 del Código Civil, puesto que la referida Ley rige desde la fecha de su publicación en el Registro Oficial según la disposición final de la misma. Por estas consideraciones, la Sala se inhibe de conocer y resolver el asunto sometido a su consideración."**

Otro caso es la resolución de la Cuarta Sala de la Corte Superior de Guayaquil, que **el 15 de** noviembre de 1994, dictó un auto para resolver el recurso de apelación deducido por la Procuraduría General del Estado contra el fallo de primera instancia del juez inferior, en la demanda contra la Empresa Eléctrica del Ecuador Inc. EMELEC, **en torno a proponer la nulidad del laudo** arbitral, así como del auto aclaratorio **y** ampliatorio, conjuntamente con la nulidad del

compromiso arbitral. El fallo del juez de primera instancia acogió la excepción de falta de jurisdicción y competencia que propuso el demandado, determinando que la justicia civil ordinaria no podía conocer ni resolver, dada la calidad del contrato vinculado y sometido a la Ley de Régimen Administrativo, conflictos en torno a un contrato cuya naturaleza contencioso administrativa lo sujetaba a someter las divergencias originadas en su aplicación a los Tribunales Distritales de esa materia. En su fallo la Cuarta Sala considera que las divergencias doctrinarias han sido superadas en nuestra legislación con el art. 38 de la Ley de Modernización que se fortaleció con las normas del art. 77 del Estatuto Administrativo; por ello, en su parte pertinente dice: "La Sala insiste **en** que tal disposición impone que, concluidos los procesos de contratación, son los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo los competentes para conocer y resolver, sobre la interpretación y ejecución de tales contratos...". Por las consideraciones anotadas, la Sala, encontrando que efectivamente el inferior carece de competencia para resolver el asunto sometido **a su consideración, lo que comporta la procedencia de la excepción deducida por la parte demandada y que se ha analizado en líneas anteriores, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, desechando los recursos por los que ha llegado a su conocimiento el presente juicio, confirma en todas sus partes la sentencia venida en grado"**

La disposición a que hace referencia la sentencia antes citada, es la contenida en el art. 77 del Estatuto Administrativo concordada con el art. 38 de la Ley de Modernización, las que según expresan en el citado auto los Magistrados de la Corte Superior, al aplicarse puntualiza que **"son los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo los que tienen competencia privativa y exclusiva para conocer y resolver judicialmente todos los aspectos derivados y relacionados con todos contratos administrativos, limitando la competencia de las respectivas Salas de las Cortes Superiores, solamente para el conocimiento de las demandas derivadas de los procesos de contratación..."**, de igual forma la Corte Superior de Cuenca y la de Quito han expedido autos inhibitorios de conocer asuntos relativos a controversias sobre la ejecución y aplicación de los contratos administrativos celebrados por los diferentes órganos de la Administración Pública, cediendo a la aplicación de la norma legal que determina la competencia de los Tribunales Distritales para esta materia.

ARMONIZACION CON LA DOCTRINA Y LA LEY

Para finalizar este tema debemos hacer tres referencias sobre materias concordantes: la primera, relativa a la armonía que debe existir con el Código Civil; la segunda la que expresa puntos doctrinales de la materia; y, la tercera, los problemas derivados de la aplicación de la vigente Ley de Contratación Pública.

Relación con el Código Civil

El Contrato está definido en el Art. 1481 del Código Civil como "un **acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar**, hacer o no hacer alguna cosa." y por ello constituye fuente de obligación, según lo preceptúa el art. 1480, del cuerpo legal antes citado. El precepto legal establece que el origen de la obligación esta en el concurso real de las voluntades de dos o más personas; todo ello determina que el nacimiento de la obligación se encuentra en la voluntad de quienes se obligan, que deben hacerlo en los términos clásicos del Derecho Civil, esto es ser capaces para dar un consentimiento libre de los vicios de error, fuerza o dolo; además la declaración de voluntad debe tener un objeto y una causa real y lícitos.

El contrato administrativo aparece definido en el Estatuto Administrativo de la Función Ejecutiva, en el art. 75, explica que es tal "...todo acto o declaración multilateral **o de** voluntad común, productor de efectos jurídicos, **entre dos o más personas, de** las cuales una está **en** ejercicio **de la** función administrativa...", en el concepto expresado existe una diferencia básica con la definición del Código Civil, al fijar como elemento esencial que una de las partes se encuentre en ejercicio de la función administrativa, conservando en lo demás los elementos de voluntad que identifican la obligación contractual en el campo civil.

De esta manera nuestra legislación administrativa ha determinado en que consiste el contrato administrativo, nombrando tal al que celebra quien está en ejercicio de la función pública con los administrados; aclarando en forma expresa que la regulación contractual se regirá por las normas legales aplicables, normas de orden público entre las que

se encuentra el Código Civil. Esta la razón para que sus elementos deban ser los mismos del contrato civil; debe entonces distinguir las cosas que son de su esencia, las de su naturaleza y las puramente accidentales, como señala el art. 1487 del Código Civil. Aplicadas al caso es de esencia la legalidad que lleva por interés público a la Administración a contratar y la calidad de funcionario público que debe tener quien contrata; de aquí nace la diferencia sustancial entre los contratos administrativos y los contratos civiles; en el concurso de voluntades una de ellas, la Administración, ejerce una función administrativa que debe estar ceñida a los límites que la Ley impone para efectos de la contratación pública, razón que llevó a nuestros legisladores a fijar la competencia en los Tribunales Distritales Contencioso Administrativos para conocer de los contratos suscritos por el Estado y sus instituciones, cuyas controversias deben dirimirse, ahora, en el proceso de modernización, ante el juez administrativo como órgano jurisdiccional, de única y última instancia, que conoce y resuelve las divergencias que surgen al aplicar y ejecutar las obligaciones contractuales.

Con relación a este aspecto debemos establecer quien puede comprometer a la Administración; para ello debemos remitirnos a la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, LOAFYC, que en su art. 57 dice que la obligación se genera y produce afectación presupuestaria cuando se reciben de terceros obras, bienes o servicios adquiridos por autoridad competente, mediante acto administrativo válido. La misma ley determina, en su art. 304, que todo contrato que comprometa egresos del sector público precisa informe previo del Contralor General del Estado y debe cumplir el requisito del art. 58 de la LOAFYC, que somete la facultad de obligarse el funcionario. y por ende el órgano administrativo que representa, al hecho de que conste la partida presupuestaria asignada y exista disponibilidad de recursos para pagar la obligación; lo que impone que los contratos tengan además informe favorable del Ministro de Finanzas, en aplicación del art. 60 de la LOAFYC.

No pueden los contratos administrativos o de la Administración, ignorar las normas de capacidad que precisa la personería del representante de la Administración para efectos de evitar los vicios de consentimiento, tanto por el funcionario público como por el particular que contrata. En esta parte debe tenerse presente la personería única del Estado, observando los arts. 4 y 9 del Estatuto

Administrativo que hacen referencia a esta calidad. Debe cuidarse también de observar las normas de la Ley de Modernización, que en el art. 35 permite la delegación de atribuciones **en el sector** público, así como también la norma del art. 41 determina igual delegación a la iniciativa privada, bajo las modalidades del art. **43 de la Ley citada**, fijando prohibiciones en el art. **45 de la ley invocada que el Estado o sus órganos deben observar y** determinando las cláusulas necesarias en los contratos de concesión dispuestas **en el art. 46 de la ley** modernizadora.

Cumplido lo anterior deben aplicarse siempre las normas **del efecto** de las obligaciones en los términos del Código Civil, título **XII, en** especial el art. 1588, que establece que el contrato es ley para las partes. Las reglas de interpretación de los contratos, que se establecen en el título XIII, del cuarto libro del Código Civil, a partir del art. 1603, no pueden quedar al margen y deben cumplirse en concordancia con las normas legales especiales, aplicables a la entidad pública u órgano de la Administración que contrate.

Posición Doctrinaria

Según el profesor francés Georges Vedel (Derecho Administrativo, págs. 186-187), la Administración puede utilizar procedimientos de acción unilateral o consensual, estos últimos son los contratos. Cuando la Administración contrata con los particulares tiene la opción de utilizar el marco jurídico del Código Civil o colocarse bajo un régimen específico, lo que proviene a consecuencia del proceso histórico que en la etapa dominada por la doctrina del servicio público admitía la opción contractual para la Administración de satisfacer las necesidades de los servicios a través de contratar con el sector privado en instrumentos amparados por el Derecho Privado o el Derecho Público. Para la doctrina francesa el carácter privado o público de los contratos realizados por la Administración, aparte de los supuestos en que la ley lo imponía, dependía no de las formas del contrato sino de su contenido. Para este tratadista la distinción entre contrato administrativo y contrato privado arranca de las reglas de competencia contenciosa aplicables a uno y otro; puesto que, como señala el profesor Vedel, existe una completa interdependencia entre el régimen de derecho público aplicable a los contratos administrativos y la competencia del juez administrativo. Para Vedel

el juez del contrato administrativo es normalmente el Tribunal Administrativo, el doctrinario habla del contencioso contractual que reservado al juez del contrato se ha extendido para comprender todos los litigios relativos a la formación del contrato, su validez, su interpretación, su ejecución, su resolución o su período de vigencia; **todo ello produce dos** consecuencias, la primera que el recurso por **exceso de poder no es** admisible contra los contratos, a excepción de los **"actos separables"**; la segunda, otorga competencia, al **juez administrativo para pronunciarse por sí** mismo, sin necesidad de **reenvío, sobre** todas las cuestiones de legalidad que determinen la solución del litigio contractual que se le somete; en consecuencia, el juez del contrato es juez de plena jurisdicción, como juez de pleno contencioso, para conocer y resolver las demandas de anulación, rescisión o indemnización de los diferentes contratos.

Para los españoles Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández (Derecho administrativo. capítulo **XII, tomo I, págs. 643, 646 y siguientes**) en la actuación de la Administración se encuentra, como figura singular, unida a la declaración unilateral concretada en el acto administrativo, las declaraciones productoras de efectos jurídicos que no proceden de la sola voluntad de la Administración sino de la propia de otros sujetos. De la posición doctrinaria de los españoles citados, nace la diferencia básica entre contratos administrativos y contratos de derecho privado, ambos suponen la utilización por parte de la Administración de instrumentos contractuales dentro del ámbito específico de las relaciones patrimoniales comunes a todo sujeto de derecho, la Administración actúa como "cliente" de los empresarios privados pagando a cambio de servicios o bienes que recibe. Continúan los españoles para establecer que: **"...La distinción dentro de ese ámbito común de dos subespecies, contratos administrativos y contratos privados, es, según podremos ver más adelante, una distinción perfectamente ocasional, propia de nuestro derecho y del francés, pero desconocida, dentro de la propia familia jurídica del sistema francés, en el derecho italiano y, por supuesto, en los sistemas menos tributarios o independientes del derecho francés, como son los anglosajones y germánicos, todos los cuales incluyen los que aquí se llaman contratos administrativos dentro de la utilización por la Administración de los esquemas jurídico-privados..."**, pasando luego a resaltar que los contratos administrativos tienen una equivalencia estructural exacta y funcional en los módulos contractuales establecidos en el derecho privado; por

ejemplo, el contrato de obra pública con el de obra privada. La correspondencia establecida está afectada por el hecho de que uno de los contratistas es precisamente el Estado o la Administración y las peculiares características que se producen por las limitaciones de la legalidad del sistema que en el mismo inciden; no por ello los tratadistas españoles suponen una pérdida del fondo estructural común con el contrato privado.

Los administrativistas españoles, que citamos, proponen que el concierto entre Administración y administrado es una figura que no tiene paralelo en el derecho contractual privado, fundados en que **"...no suponen ningún ejemplo de colaboración patrimonial entre partes, un fenómeno económico de intercambio, sino, por el contrario, un simple acuerdo sobre la medida de una obligación, o de una ventaja, típicas de una relación de sumisión jurídico-pública previamente establecida entre la Administración y la persona con quien ella conviene..."**, para los estudiosos se trataría más de una técnica de administrar, en el sentido jurídico del vocablo, antes que en el de intercambiar prestaciones patrimoniales, puesto que en ellos la Administración no se provee de bienes o servicios sino que directamente administra, tal el caso de los convenios aduaneros, tributarios, de expropiación o de colaboración conjunta en ciertos asuntos de desarrollo social.

Los españoles que citamos en su posición doctrinaria, en forma expresa determinan que **"...La distinción contratos administrativos-contratos privados comienza siendo una distinción que juega exclusivamente en el plano procesal y que carece de toda trascendencia en el plano material o sustantivo. La distinción surge inicialmente como una excepción al esquema estructural actos de autoridad-actos de gestión, que ha sido justamente llamado la primera sistematización del Derecho Administrativo..."**, esta afirmación la hacen porque ella y la jurisdicción contencioso administrativa integran los actos dictados imperativamente por la Administración, cuando la misma prescinde del *imperium* y se somete a los modos de gestión del derecho privado, rige este último su actuación y se ubica entonces bajo la jurisdicción y competencia de los Tribunales ordinarios.

Finalmente debemos observar que la posición española considera al contrato como **"..el tipo mismo de los actos de gestión , es decir, de aquellas actuaciones que la Administración realiza despojada de *imperium*, descendiendo al mismo nivel de los particulares y en**

igualdad con ellos, no obstante lo cual, por razones pragmáticas, de simple utilidad (no por razones dogmáticas), se atribuye el conocimiento de alguno de los contratos que la Administración celebra (en Ecuador todos) a la jurisdicción contencioso administrativa...", se concluye entonces que la distinción entre contratos administrativos y contratos privados es, en su origen, una distinción a **efectos** jurisdiccionales y no sustantivos; puesto que constituyen una excepción, a la competencia de la justicia ordinaria, puramente pragmática y no de naturaleza en opinión de los tratadistas citados.

Jéze, creador de la teoría del contrato administrativo, expresa que el contrato administrativo se diferencia del civil en que mientras en el primero las partes se reconocen desiguales, en el segundo suponen una igualdad para ambas; la desigualdad de los contratantes en el contrato administrativo se justifica porque una de ellas representa el interés general, el servicio público, en tanto que la otra solamente busca su propio y particular interés; ello constituye la esencia para que existan, en el contrato administrativo, las cláusulas exorbitantes del derecho común que se recogen en las normas jurídicas especiales que rigen la contratación pública y son resultado del desarrollo del Estado y sus obligaciones para con la colectividad.

En la doctrina contemporánea la discusión se concentra en determinar la diferencia entre los contratos civiles y los administrativos, en el sentido de si los últimos son o no verdaderos contratos. El profesor español Sebastian Martín Retortillo refuta la objeción referente a la desigualdad de las partes que se ha producido en la doctrina, señalando que "el postulado de la igualdad en el contrato no se ha predicado nunca de la posición de las partes, sino de la articulación causal de las respectivas prestaciones, la cual es indudable que se produce en el seno de **estos** peculiares contratos, esencialmente configurados, como ya hemos notado, en base a la función de intercambio de bienes y servicios." (cita en la pág. 651 del tomo I del "Curso de derecho administrativo" de los profesores Eduardo García Enterría y Tomás Ramón Fernández).

La Contratación Pública

Para agotar los tres aspectos que señalamos anteriormente, pasaremos a revisar el esquema de la Contratación Pública, que en

Ecuador se guiaba por las normas comunes, usando el fuero especial del funcionario que suscribía el contrato a nombre y representación del Estado. Las controversias de la contratación con el gobierno o sus dependencias, o con los Municipios y entidades autónomas, estuvo bajo la competencia del juez especial el mismo que, según las diferentes etapas de la legislación aplicable en su vigencia a diferentes momentos históricos, correspondía a la Corte Suprema o Superior, o al respectivo presidente. Incluso en muchos casos obligaba a concurrir ante los jueces civiles ordinarios por no tener fuero alguno el funcionario demandado.

A medida que el Estado crecía, las necesidades eran mayores y se precisaba contratar las obras y servicios públicos, lo que provocó el requerimiento de regular la contratación pública más allá de lo que determinaba el Código Civil. La Ley Orgánica de Hacienda en el año 1937 sufrió una reforma, ella fue para incluir una disposición que prescribía que todo contrato del Estado y sus organismos se haga cumpliendo el requisito de licitación.

En el año 1948 se dictó el Reglamento para la Junta de Licitaciones, que fue reformado en 1955 y sirvió de marco jurídico a la contratación de obras por el Estado hasta que, en el Gobierno Militar de 1963 1966, se expidió el Decreto Supremo 2511, publicado en el Registro Oficial N^o. 364, de octubre 20 de 1964, el mismo que contenía la primera Ley de Licitaciones que se dictó en Ecuador.

La Ley de Licitaciones pasó una serie de reformas, la primera de ellas se produjo el 17 de diciembre de 1965, con el Decreto Supremo 2755, publicado en el Registro Oficial N^o. 656 de diciembre 28 de 1965, disposiciones que mantuvieron su vigencia por un lapso prolongado hasta que una nueva dictadura, el 30 de enero de 1974, dictó una Ley de Licitaciones que se publicó en el Registro Oficial N^o. 486 de febrero 4 de 1974, que derogó la anterior y que obedecía a los intereses y requerimientos que las expectativas del petróleo habían desatado en el país, donde se iniciaban obras gigantes como el oleoducto transecuatoriano.

Posteriormente se han dictado varias leyes y se ha reformado y reemplazado las normas de contratación pública, a gusto y sabor de cada gobierno, provocando una inseguridad en este campo que afecta a la contratación y no logra el propósito de procesos transparentes

que eliminen la inmoralidad que afecta la contratación por el sector público, desatando controversias que no permiten un desarrollo con obras de envergadura.

La secuencia de las reformas es la siguiente: el 27 de agosto de 1976, en el Registro Oficial N. 159, se publicó el Decreto Supremo número 679 que expidió la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas. Luego los Decretos Supremos 1633 y 2399, publicados en los Registros Oficiales número 386, de 25 de julio de 1977 el primero; y, número 596, de 30 de mayo de 1978, el segundo, constituyeron los primeros cambios a la ley.

En los períodos constitucionales del proceso democrático que vivimos, el Registro Oficial N. 762, de fecha junio 11 de 1984, contiene la Ley 165 que expide una nueva Ley de Licitaciones bajo el régimen del Dr. Oswaldo Hurtado Lama. Para reformarla se dictaron los Decretos Leyes números 15 y 22, publicados en los Registros Oficiales números 258, de agosto 27 de 1985 y, el 434, de fecha 13 de mayo de 1986, respectivamente, que permitieron mayor agilidad para la contratación pública, especialmente para la contratación entre gobiernos, estas reformas se dieron en el Gobierno del Ing. León Febres-Cordero Rivadeneyra. Durante el Gobierno del Dr. Rodrigo Borja Cevallos fueron emitidas una primera reforma al expedir la Ley 72, de Desarrollo Seccional, de Reformas a las Leyes de Régimen Municipal, Régimen Tributario Interno, Arancelaria, Orgánica de Administración Financiera y Control, y 006 de Control Tributario y Financiero, que en el art. 51 afectaba la Ley de Licitaciones, fue publicada en el Registro Oficial 441, de fecha 21 de mayo de 1990. Una segunda ley fue dictada con el número 95, cambiando la denominación de Ley de Licitaciones a nombrarla como Ley de Contratación Pública, la que se expidió en el Registro Oficial No. 501, de 16 de agosto de 1990.

Esta última es la ley vigente, con algunas reformas que han incidido en el manejo de las controversias derivadas de los contratos sometidos a la citada ley, para lo cual determina la normatividad en el Capítulo IX del Título VI, a partir del art. 113, que determina la competencia y procedimiento hasta el 116. Estas regulaciones fueron materia de una Resolución de la Corte Suprema, publicada en el Registro Oficial N.º 679 de mayo 8 de 1991, que reguló la transición entre la competencia anteriormente ejercida por el Presidente de la

Corte Suprema, en primera instancia, de la cual se recurría a una de las Salas del citado Tribunal, lo que se modificó para radicar la competencia en una de las Salas de la Corte Superior, de cuya resolución podía acudirse ante una de las Salas de la Corte Suprema.

Lo que dispone el art. 38, de la Ley de Modernización, al atorgar a los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo la competencia para conocer de los contratos que suscriba el Estado y sus organismos, modificó radicalmente el concepto tradicional que otorgaba a los contratos públicos igual tratamiento que a los contratos civiles privados; lo que ubicó las controversias que en torno a los mismos provoquen las partes bajo la competencia del juez administrativo. Esta situación pone a nuestro país a la vanguardia de la aplicación institucional de la nueva justicia administrativa.

PROBLEMAS PROCESALES RESULTANTES DE LA APLICACION LEGAL

Surge en la práctica una inquietud, las disposiciones de la Ley de Contratación Pública no fueron derogadas o reformadas, en consecuencia están en plena vigencia. ¿Está entonces el Tribunal Distrital, como juez competente, en obligación de sustanciar las demandas por incumplimiento o controversia sobre un contrato, suscrito por la Administración, facultado para aplicar el procedimiento conforme a las disposiciones de la Ley de Contratación Pública o a las de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa?. Si la norma del art. 38 de la Ley de Modernización imperativamente manda que "**..el procedimiento aplicable será el previsto en la Ley de la materia..**" no cabe interpretación alguna y nos remite a la competencia en razón de la materia; ésta constitucionalmente se encuentra fijada en la décimoquinta disposición transitoria de la Constitución vigente, la misma que preceptúa que los Tribunales Distritales tramitarán las demandas que se presenten ante ellos de acuerdo con las disposiciones de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Hasta aquí no existe duda y para sustanciar el juicio y tramitar las demandas la ley que se debe aplicar es la Ley de la Jurisdicción especial ordenada por la Norma Suprema.

La dinámica de la actividad pública y la demanda de servicios ha generado cada vez un mayor volumen de contratos entre la Administración y los particulares, tanto en la etapa pre-contractual como en la aplicación y ejecución de los contratos se producen controversias entre las partes, o surgen dudas en la ejecución, que precisan aplicar las normas especiales de la Ley de Contratación Pública que no ha sido reformada, provocando situaciones como la de no estar determinado con precisión el procedimiento a aplicar, si es el que fija el art. 114 o el 115 de la Ley de Contratación Pública, ambas están distantes del procedimiento establecido en el capítulo cuarto de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. De lo expresado nace la pregunta ¿de si el Tribunal Distrital debe o no convocar la audiencia oral que las normas citadas contienen?; así también como proceder para los casos de recepción presuntiva, parcial o definitiva, contemplada en los Arts. 86 y 87 de la Ley de Contratación Pública, que fijan un procedimiento especial regulado en el Reglamento de aplicación a la ley precitada, cuyo art. 125 dispone que previo a cualquier trámite el juez notifique a la institución contratante y en caso de oposición de ésta debe tramitar la diferencia por la vía verbal sumaria, a partir de la audiencia de conciliación. Complicándose el procedimiento si se aplica sólo la norma procesal de la Ley de la Jurisdicción como dispone la Constitución, ya que se afectaría el derecho del Estado y sus entidades a oponerse a la recepción presuntiva, generando una complicación en contra del administrado que tendría que seguir un procedimiento legal más complejo en el que requeriría una transacción, si tiene derecho a la recepción presuntiva y se lo reconoce la entidad contratante, que no podría obrarse sin cumplir lo dispuesto en el art. 21 de la Ley Orgánica del Ministerio Público que requiere autorización del Presidente de la República para transigir en juicio, lo que debe otorgarse por Decreto Ejecutivo; o deberá someterse al procedimiento establecido en el capítulo cuarto de la Ley de la Jurisdicción, que no prevé ni la notificación previa a la entidad contratante ni tampoco la audiencia.

Otro caso se produce con demandas contra las entidades públicas constituidas bajo el régimen de empresas estatales, con personería legal y constitucional, que cumplen actividades mercantiles para las que celebran contratos y las partes contraen obligaciones que posteriormente generan reclamos en la ejecución **contractual**, las mismas que deben sustanciarse al amparo de la norma procesal que

existe en el Código de Procedimiento Civil, cuyo art. 843 determina que **están sujetos al trámite verbal sumario** los asuntos comerciales **que no tuviesen procedimiento especial**, habiéndose producido ya juicios en que se pide esta vía en el Tribunal Distrital y al calificar la demanda ha sido concedida, sin que las partes aleguen nulidad por la vía procesal fijada por el Ministro de Sustanciación al calificar.

La preocupación surge con mayor fuerza porque si bien la Constitución al crear los Tribunales Distritales fijó la ley y el procedimiento que impone el marco normativo del juez administrativo, no puede dejarse de considerar el hecho de lo que se determina en la propia Ley-especial de la Jurisdicción, en el art. 6, que prescribe lo que no corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa.

Finalmente existe en el entender de muchos, la creencia de que la Ley de Modernización se refiere exclusivamente a las demandas que contra la Administración, nacional o seccional, hace el el ciudadano privado, pero nada señala para el caso en que sea la Administración la que demande al contratista incumplido, por lo que se están llevando estas demandas a los jueces ordinarios. En otras palabras se interpreta, en forma libre e impropia, que el art. 38 de la Ley de Modernización solo se aplica para el caso en que el administrado, la persona particular, es el actor; pero no ocurre lo mismo para el caso en que el Estado, sea la entidad pública del Gobierno Central o Seccional autónomo, obren como actores frente al particular, situación que no debe demandarse al administrado en los Tribunales Distritales sino ante un juez ordinario, lo que se justifica expresando que es correcto al interpretar el texto del art. 38, de la Ley de Modernización, que dice al final que el administrado demandará ante el Tribunal Distrital de su domicilio no que será demandado ante dicho órgano jurisdiccional. Esta posición ignora que el artículo invocado inicialmente fija la competencia para conocer de los contratos suscritos por el Estado y las entidades del sector público en los Tribunales Distritales, sin hacer discrimen alguno sobre quien será el actor en las demandas, lo que hace incompetente a todo otro órgano judicial para sustanciar procesos en esta materia, hacerlo significa una interpretación parcial que no observa la norma legal y burla la tutela jurídica que protege a los ciudadanos frente a la arbitrariedad y exceso de poder del Estado.