

# EL CUASICONTRATO ADMINISTRATIVO

Ab. Danilo Icaza Ortiz<sup>1</sup>

## RESUMEN:

El cuasicontrato es una de las fuentes de las obligaciones. Se lo define como: “El acto lícito y voluntario que produce, aun sin mediar convención expresa, obligaciones, a veces recíprocas entre las partes; otras sólo respecto a uno de los interesados; y en ocasiones en beneficio de un tercero. Las obligaciones surgen de la ley, de los contratos, los cuasicontratos, delitos y cuasidelitos, dentro de la clasificación aceptada como norma por los códigos inspirados en el francés”<sup>2</sup>. El concepto jurídico de cuasicontrato se lo aplica sobre todo al ámbito civil, y así lo identifican los profesionales del derecho al hablar de cuasicontrato, siempre ligado al Derecho Civil y especialmente en materia de obligaciones. El presente trabajo busca estudiar el concepto del cuasicontrato dentro del Derecho Administrativo y aplicado a los procesos de Contratación Pública.

---

**Nota:** El presente ensayo jurídico es una sinopsis de la tesina presentada en la Universidad de Guayaquil para la obtención del título de Especialista en Contratación Pública y Control Gubernamental.

<sup>1</sup> Abogado. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Mejor graduado de la promoción. Junio 2006.

Especialista en Contratación Pública y Control Gubernamental. Universidad de Guayaquil. 2009.

Alumno de la II Promoción de la Especialidad en Propiedad Intelectual. UCSG 2008-2010. Seminarios internacionales de Derecho Administrativo en la Universidad Austral (Argentina).

Abogado de Asesoría Jurídica de la M. I. Municipalidad de Guayaquil desde el 2004.

Ayudante de cátedra en las materias: Introducción al Razonamiento Jurídico, Derecho Constitucional e Introducción a la Investigación Jurídica (UCSG).

Editorialista: Actualidad Política (GOBERNA & DERECHO) y Revista de Derecho Público (UCSG).

Correo electrónico: daniloicaza@hotmail.com

<sup>2</sup> CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*, pp. 102.

El presente trabajo ha buscado comprender en primer lugar el cuasicontrato en el Derecho Civil, explicando sus antecedentes históricos y su situación actual. Luego se ha desarrollado el cuasicontrato dentro del Derecho Administrativo, comprendiendo su definición y características, su relación con otras fuentes doctrinarias de las obligaciones como el enriquecimiento sin causa y el pago de lo no debido. Así mismo se ha hecho un breve análisis de la existencia de figuras jurídicas similares en la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control.

**PALABRAS CLAVES:**

Cuasicontrato, Obligación, Agencia oficiosa, Pago de lo no debido, Comunidad, Enriquecimiento sin causa, Derecho Civil, Derecho Administrativo, Obligaciones administrativas.

**SUMARIO:**

1.- Los cuasicontratos en el Derecho Civil.- 1.1.- Referencias del cuasicontrato en el Derecho Civil.- 1.2.- Naturaleza jurídica del cuasicontrato.- 1.3.- Teoría del enriquecimiento sin causa.- 2.- Los cuasicontratos en el Derecho Administrativo.- 2.1.- Definición y características.- 2.2.- Relación entre el cuasicontrato y el enriquecimiento sin causa dentro del Derecho Administrativo.- 2.3.- Gestión de negocios a favor de un ente administrativo.- 2.4.- El pago de lo no debido.- 2.5.- Análisis de las normas de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control.- 2.6.- Elementos y condiciones para la aplicación de las normas sobre recepción y pago de obra pública no contratada.- 2.6.1.- Comunicación inicial.- 2.6.2.- Partida presupuestaria.- 2.6.3.- Competencia de autoridad.- 2.7.- Viabilidad del pago.- 2.8.- Procedencia e improcedencia del Art. 57 de la LOAFYC.- 3.- El Convenio de Pago y su aplicación en los procedimientos de contratación pública.- 4.- Pronunciamiento del Procurador General del Estado.- 5.- Conclusión.-

## 1. Los cuasicontratos en el Derecho Civil.

### 1.1. Referencias del cuasicontrato en el Derecho Civil.

“En el Derecho Civil los antecedentes del llamado cuasicontrato y el enriquecimiento sin causa se remontan a Roma. Justiniano, siguiendo una simplificación de Gayo, considera que todo convenio obligacional es un “contrato”, por lo que distingue las obligaciones provenientes de un contrato de las que no entran en ninguno de los dos conceptos en cuasicontractuales o cuasidelictuales, según la mayor similitud con uno y otro grupo”<sup>3</sup>. Pothier define el “cuasicontrato” como el hecho de una persona, permitido por la ley, que le obliga para con otra u obliga a otra persona para con ella, sin que entre ambas intervenga convención alguna.<sup>4</sup> Estos criterios fueron recogidos por el código napoleónico y posteriormente por el Código Civil de Andrés Bello. Nuestro Código Civil, Art. 1453, dice: “Las obligaciones nacen... de un hecho voluntario de la persona que se obliga... como... en todos los cuasicontratos”.

Los cuasicontratos del Código Civil francés contemporáneo son: el pago de lo no debido y la gestión de negocios. La jurisprudencia de ese país ha recogido una tercera figura: el enriquecimiento sin causa. El código civil ecuatoriano, además de la agencia oficiosa o gestión de negocios ajenos y el pago de lo no debido, establece el cuasicontrato de comunidad. Pero se debe entender que esta enumeración no es taxativa y hay otros cuasicontratos, puesto que, en otra parte del Libro IV, el Art. 2143 dice que “El depósito necesario de que se hace cargo un adulto que no tiene la libre administración de sus bienes, pero que está en su sana razón, constituye un cuasicontrato...”.

“La doctrina moderna tiende a simplificar esas clasificaciones reduciendo la fuente de las obligaciones a la voluntad (contratos y, para quienes la admiten, la voluntad unilateral) y la ley (delitos, cuasidelitos, enriquecimiento sin causa y otras obligaciones que surgen de la ley). Se podría llegar a la ley como única fuente de todas las obligaciones, puesto que la convención de las partes no tiene fuerza obligatoria sino porque la

---

<sup>3</sup> Pérez cita a D Ors, Álvaro, Derecho Privado Romano. EUNSA. Pamplona, 1981. P. 419.

<sup>4</sup> Pothier, R. J., Tratado de las Obligaciones. Editorial Heliasta. Buenos Aires, 1978. P. 71.

ley le presta su apoyo. No se puede dejar de ver en la voluntad de las partes una fuente autónoma del Derecho.”<sup>5</sup>

Cuando la Contraloría y la Procuraduría General del Estado aluden en sus dictámenes al “enriquecimiento injustificado” lo sustentan en los principios de la ética, de la equidad y de la buena fe. Las características del “enriquecimiento sin causa” son:

- Empobrecimiento y enriquecimiento de las partes.
- Ausencia de falta en el empobrecido.
- Ausencia de interés personal en el empobrecido.
- Ausencia de causa.
- Ausencia de otra acción, lo que se manifiesta en el carácter subsidiario de la acción *in rem verso* (de restitución).

Con respecto a la clasificación tradicional, deja la duda sobre si la categoría del cuasicontrato es general, lo mismo que la del contrato, o si sólo comprende los tipos reglamentados por los Códigos Civiles, el nuestro, al decir que “hay tres principales cuasicontratos: la agencia oficiosa, el pago de lo no debido y la comunidad” (Art. 2185), no deja dudas de que el cuasicontrato es una categoría general; al hablar de principales reconoce que hay otros fuera de los que menciona y regula específicamente. Se debe reconocer, que la enumeración tradicional de las fuentes no es completa; falta el enriquecimiento sin causa y la declaración unilateral de voluntad, llamada también promesa unilateral.

### 1.2 Naturaleza jurídica del cuasicontrato.

De dos disposiciones del Código Civil ecuatoriano se desprende que para éste el cuasicontrato es un hecho voluntario, lícito y no convencional generador de obligaciones. De acuerdo con una definición más completa, los cuasicontratos son los hechos puramente voluntarios del hombre, lícitos, de los que resulta una obligación respecto de un tercero, y a veces una obligación recíproca de ambos interesados. “El nombre de cuasicontrato se debe al Derecho Romano. El Digesto afirma que el jurista Gayo observa que hay obligaciones que no nacen del contrato ni del

---

<sup>5</sup> BORDA. G. A. *Manual de Obligaciones*. Editorial Perrot. Buenos Aires. 1981. P. 35.

delito: las lícitas nacen *quasi ex contractu*, como si de un contrato: las ilícitas *quasi ex delicto*, como si de un delito (Libro 44, título 7, ley 1, *principium*)”<sup>6</sup>.

Nuestro Código Civil dice que hay 3 principales cuasicontratos: la agencia oficiosa, el pago de lo no debido y la comunidad (artículo 2185). No excluye la existencia de otros cuasicontratos, pues en esta disposición y en las siguientes sólo se refiere a los principales. Hay otros cuasicontratos, como, por ejemplo, el mencionado por el artículo 2143 del mismo cuerpo legal, que dice: “El depósito necesario de que se hace cargo un adulto que no tiene la libre administración de sus bienes, pero que está en su sana razón, constituye un cuasicontrato que obliga al depositario sin la autorización de su representante legal”.

Los que niegan a los cuasicontratos el carácter de fuente de obligaciones consideran que es la ley la fuente de las obligaciones que más comúnmente se hacen derivar de los cuasicontratos, mientras una minoría de autores afirma que “debe considerarse que, aun excluyéndose la analogía con los contratos, no hay razón para negar a los cuasicontratos el carácter de hechos jurídicos subjetivo”.

### 1.2 Teoría del enriquecimiento sin causa.

El enriquecimiento sin causa consiste en el desplazamiento de un valor pecuniario de un patrimonio a otro, con empobrecimiento del primero y enriquecimiento del segundo, sin que ello esté justificado por una operación jurídica (como la donación) o por la ley. Al empobrecido sin una causa legítima se le reconoce una acción para remover el perjuicio sufrido, llamada de enriquecimiento o de *in rem verso*. Procede cuando no hay otra acción que pueda restablecer el equilibrio patrimonial roto sin una justificación legítima.

En los códigos modernos del siglo XX se establece formalmente que el sujeto que sin causa legítima se ha enriquecido a expensas de otro, está obligado a la restitución. Este principio aparece en dichos códigos en los mismos términos señalados o en otros semejantes (Código Civil alemán,

---

<sup>6</sup> ALESSANDRI – SOMARRIVA – VODANOVICH, *Tratado de las obligaciones*, 2da. Ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, pp. 55-56.

artículo 812; Código Suizo de las Obligaciones, artículo 62, Código Civil mexicano, artículos 1882 y siguientes; Código Civil italiano de 1942, artículo 2041; Código Civil boliviano de 1975, artículo 961, Código Civil peruano, artículo 1954).”<sup>7</sup>

Nuestro Código Civil, al igual que el francés y otros dictados en el siglo XIX, no formula expresamente el principio de enriquecimiento sin causa; pero éste inspira varias disposiciones. Entre ellas se encuentran las que establecen las prestaciones que deben el reivindicante de una cosa y el poseedor vencido, tendientes a evitar el enriquecimiento injusto de aquél o de éste; por el mismo principio está animada la regla que obliga al incapaz, en caso de nulidad del acto o contrato, a restituir aquello en que se hubiere hecho más rico (Art. 1705).

La jurisprudencia chilena ha reconocido en forma amplia la reparación del enriquecimiento sin causa. Así, una sentencia declara que “nadie puede beneficiarse injustamente a costa de otro; en consecuencia, empleados en ciertas obras de desagües que estaban a cargo fiscal, materiales suministrados por un tercero, el Fisco debe su valor. En otra sentencia más explícita se dice: “La acción de in rem verso, o de enriquecimiento sin causa es aquella que tiene por objeto lograr que desaparezca el enriquecimiento injustificado que haya experimentado una persona en desmedro de otra. Los requisitos de esta acción son los siguientes:

- a) Que una persona experimente un enriquecimiento.
- b) Que la otra persona sufra un empobrecimiento.
- c) Que el enriquecimiento sea legítimo.

A estos requisitos se agregan dos condiciones: que la persona que sufre el empobrecimiento no tenga otro medio legal para obtener la reparación del perjuicio y que la acción no viole un texto legislativo expreso.

Si se declara legítimo el acto que ha sido la causa o motivo del pleito, no puede pretenderse que se habría producido un enriquecimiento injusto.”<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> *Ibíd.* Pp. 62.

<sup>8</sup> VODANOVICH, cita a Corte de Apelaciones de Santiago, 14 septiembre 1983, *Revista de Derecho y jurisprudencia*, tomo 80, sec. 2<sup>a</sup>, pp. 96.

## 2. Los cuasicontratos en el Derecho Administrativo.

### 2.1 Definición y características.

El Derecho Civil en Ecuador acepta los cuasicontratos de manera general. En Derecho Administrativo por motivos de equidad, su reconocimiento y su inclusión es estrictamente necesaria. Se definen como actos o procedimientos realizados por un sujeto de derecho que hace nacer obligaciones a su favor, sin que haya habido falta de la parte que es el acreedor de la actividad (o inacción), en las condiciones normales que podrían crear una obligación de reparar un daño o perjuicio. La gestión de negocios y el enriquecimiento sin causa son ejemplos típicos en el derecho común.

La ley procura a que el patrimonio que se ha enriquecido por el trabajo o gestión de otro, solvente una cierta prestación para mantener el equilibrio entre los dos. Razones de equidad o justicia son el fundamento moral, subyace como fuente de derecho. Esta teoría no es absolutamente aplicable en el Derecho Público. Sin embargo, se pueden citar casos que podrían dar lugar a la calificación de los cuasicontratos administrativos.

Ello es así en cuanto a trabajos efectuados por el Estado en una propiedad privada (enriquecimiento sin causa) o la hipótesis prevista en el artículo 33 del Código de la Administración comunal o municipal de Francia, que dice textualmente: "Todo contribuyente inscrito en la comuna tiene derecho de ejercer tanto demandando como defendiendo, a sus gastos y riesgos, con la autorización del tribunal administrativo, las acciones que él crea pertenecen a la comuna y que aquella previamente llamada a deliberar y realizar se ha negado o es negligente en ejercer"<sup>9</sup>.

Imaginemos un caso teórico, un menor huérfano o un niño abandonado es recogido, alimentado y educado por una institución del Estado (INNFA). Cuando ese menor tenga la mayoría de edad hereda una fortuna. ¿Podría el Estado solicitarle una indemnización por los gastos hechos en su persona? El ejemplo es interesante, ante el cual se plantean dos soluciones: algunos dirán que las instituciones sociales tienen una tarea social que cumplir en forma gratuita (con los impuestos

---

<sup>9</sup> Enrique Rojas Franco cita a Code de l'administration communale, Dalloz, París, p. 83.

que todos pagan se mantienen). Otros dirán que por razones de justicia social el menor pobre, pero ya mayor y rico, debería indemnizar al Estado, por haberlo provisto de educación y quizás haberle salvado la vida, y que por lo tanto debería ayudar económicamente para que la Fundación continúe ayudando a otros pequeños que podrían estar en tal situación. Sin embargo, el ordenamiento jurídico no da ningún fundamento al Estado para pretender la indemnización por medio de una acción jurisdiccional. Tendría que haber un texto expreso de la ley que estableciera esa posibilidad y en Ecuador no existe.

Aplicando la teoría del cuasicontrato administrativo se ha resuelto la situación del concesionario de servicios públicos que habiendo vencido el plazo de la concesión continúa de buena fe prestando a satisfacción el respectivo servicio. Y vemos que en la práctica se da mucho esta figura ya que el contratista continúa prestando el servicio y luego fundamentado en el cuasicontrato administrativo, la institución pública se ve obligada a cancelar los servicios fuera del plazo del contrato a través de un convenio de pago.

No obstante las críticas que en derecho privado recibió la teoría del cuasicontrato -que se considera como una categoría híbrida, desacreditada como fuente de obligaciones-, en derecho público, y especialmente en el administrativo, hay un incuestionable apogeo de la idea y aplicaciones del cuasicontrato, al extremo de que se propone resolver diversas situaciones por aplicación de esa figura jurídica.

El cuasicontrato no sólo comprende, como en años anteriores, las clásicas nociones del enriquecimiento sin causa y de la gestión de negocios ajenos, y eventualmente al funcionario de facto, sino otras como el concesionario de servicio público que, habiendo vencido el plazo de la concesión, continúa de buena fe proporcionando a satisfacción el respectivo servicio; con el cesionario o con el subcontratista a quienes, sin que el contrato lo autorizase, ni lo hubiere autorizado la Administración Pública, se les cedió o transfirió el contrato administrativo, y lo ejecutaron satisfactoriamente.

La aplicación de la teoría del cuasicontrato en el derecho administrativo es propiciada por un calificado sector doctrinal, especialmente de autores españoles. El cuasicontrato administrativo no tiene un régimen

jurídico orgánico, es decir que no está contemplada en una ley dentro del ordenamiento jurídico. Por ello, ante la falta de criterios o normas expresas, a dicho cuasicontrato deben aplicársele, en primer lugar, las reglas o normas administrativas referentes a los contratos administrativos, ya que el cuasicontrato es un reflejo de los mismos.

En segundo lugar corresponde aplicar los criterios principios generales del derecho que rigen el derecho privado. "El carácter administrativo del cuasicontrato siempre deriva del objeto del mismo, y no de la existencia de cláusulas exorbitantes expresas del derecho privado. Todo esto es obvio, pues no tratándose de un contrato, sino, precisamente, de un cuasicontrato, no cabe hablar de cláusulas exorbitantes expresas"<sup>10</sup>. Si estas existieren, habría contrato y no cuasicontrato.

Pero como un reflejo del contrato administrativo, el cuasicontrato administrativo si conlleva ciertas cláusulas exorbitantes virtuales del derecho privado en favor de la Administración pública. Dichas cláusulas son propias de las figuras convencionales administrativas. Esto produce que la persona vinculada a la Administración pública por una relación que implique un cuasicontrato administrativo, está supeditada a la aplicación de esas cláusulas exorbitantes virtuales, que han de ser compatibles con la relación jurídica de cada caso en particular.

## **2.2 Relación entre el cuasicontrato y el enriquecimiento sin causa dentro del Derecho Administrativo.**

Según Escola, las obligaciones administrativas son aquellas obligaciones que se establecen entre la administración pública y los particulares o administrados, o aun entre diferentes sujetos administrativos, y que están regidas, por su contenido y su finalidad de interés público, por el derecho administrativo, ya sea en forma total o parcial.<sup>11</sup>

Este suceso de que el Derecho Administrativo ha prestado figuras de otras ramas del derecho, principalmente el civil, ha producido alguna

---

<sup>10</sup> [http://tododeiure.atspace.com/diccionarios/juridico\\_c28.htm](http://tododeiure.atspace.com/diccionarios/juridico_c28.htm)

<sup>11</sup> ESCOLA, H. J. Compendio de Derecho Administrativo. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1984. P. 566.

polémica entre los tratadistas en temas tales como la contratación administrativa, donde todavía se discute si existe propiamente un contrato administrativo. Se sitúan en un extremo los que afirman que solo existen actos administrativos bilaterales<sup>12</sup> y en el otro los que afirman que “el contrato administrativo es sustancialmente un contrato igual al civil”<sup>13</sup>. Se debe seguir a Dromi en este punto, cuando afirma que “el contrato es un instituto jurídico al que se califica de civil, comercial, laboral, administrativo, etc., cuando se le suman a sus caracteres básicos y genéricos las notas que lo especifican dentro de género, en cuanto a su forma, sujeto, consentimiento, procedimiento de formación, etc. No es una institución jurídica exclusiva del Derecho Privado, existen también los contratos de la Administración o en la actividad administrativa, con elementos comunes al contrato de Derecho Privado, pero con variantes que derivan de su contenido, de su fin, de los distintos intereses que afecta y de su régimen jurídico propio.<sup>14</sup> Igual cosa puede decir de varias de las instituciones del Derecho Administrativo y específicamente del cuasicontrato y del enriquecimiento sin causa.

Fiorini considera que el cuasicontrato administrativo no tiene relación con el civil y va más allá que este, puesto que se encuadra en el principio más amplio del enriquecimiento sin causa, aplicable a situaciones tales como el funcionario de hecho, la obra pública no autorizada, la gestión urgente y necesaria, etc. Se basan en los principios de enriquecimiento sin causa, la buena fe y el error provocado.<sup>15</sup>

Así lo ha establecido la jurisprudencia comparada argentina para el empleado público de hecho, analizado en el caso Marchese Marcelo Daniel / Gobierno de la Provincia de Mendoza Fecha: 31/08/1992. Tribunal: Suprema Corte de Justicia. Expediente: 47821. Ubicación: S230-144, que estableció en su parte pertinente: “*La relación de hecho entre la Administración y el agente de facto se encuentra presidida por un cuasicontrato*

---

<sup>12</sup> MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, 1970. T. III-A. p. 20-22, 39-40.

<sup>13</sup> GONZÁLEZ-BERENGUER, J. L. *La Contratación Administrativa*. Municipalia. Madrid, 1966. P. 11.

<sup>14</sup> DROMI, J. R., Ob. Cit. (1995), p. 21-22.

<sup>15</sup> Citado por Escola. Ob. Cit. T. I. (1977). P. 279.

*administrativo, el que le otorga determinado derecho y le crea una cierta responsabilidad. La situación del funcionario de facto no puede ser equiparada a la del funcionario de iure, al que se le aplican las normas pertinentes del empleado público”<sup>16</sup>*

Similar cuestión ocurre para el caso de vencimiento del término de concesión en donde se ha dispuesto: “En el caso de Vencimiento del Término, por el cual fue otorgada la concesión del servicio público, y este continúa sin oposición del Estado, no hay tácita reconducción, pero puede continuar con la prestación con los mismos derechos y deberes, y ello hasta que el concedente recupere la concesión, en cualquier momento. Ello configuraría un cuasicontrato administrativo”<sup>17</sup>.

Sin embargo, Escola piensa que los cuasicontratos deben ser destruidos del ámbito del derecho administrativo y manifiesta: “como destaca la doctrina moderna, las obligaciones agrupadas bajo el rótulo de cuasicontratos no son sino obligaciones nacidas de la ley o de la voluntad unilateral, cuyo fundamento general reposa en el enriquecimiento sin causa, es decir, en la imposibilidad jurídica de admitir que un patrimonio se enriquezca o se mejore con detrimento de otro que correlativamente se empobrece, sin que haya una razón legal que lo justifique.”<sup>18</sup>

En el derecho administrativo, la calidad de cuasicontrato, desacreditada en el derecho privado, es reconocida por algunos autores. En derecho administrativo el concepto de cuasicontrato puede tener mayor aplicación que en el derecho civil, ya que la noción de cuasicontrato, cuando no existe un acto o un contrato administrativo, puede abarcar cualquier hecho jurídico subjetivo idóneo para producir alguno de los efectos que normalmente son propios del acto administrativo o del contrato en el derecho público. Entre los cuasicontratos pueden citarse: a) la gestión de negocios a favor de un ente administrativo y b) el pago de lo indebido.

---

<sup>16</sup> <http://www.caypm.com.ar/scripts/jp3.dll?IIOO=equipararse&IIOI=1&IOIO=000012>

<sup>17</sup> <http://www.newsmatic.e-pol.com.ar>

<sup>18</sup> ESCOLA. *Ob. Cit.* T. I. (1984). P. 583.

### 2.3 Gestión de negocios a favor de un ente administrativo.

La doctrina del Derecho Administrativo reconoce la aplicación de la figura del “cuasicontrato” en múltiples situaciones. Así, se mencionan los casos de la gestión de negocios y el empleo útil, la teoría de los funcionarios de hecho, etc. Los casos en que un particular gestiona, sin mandato, los asuntos de un tercero encuadran la figura jurídica de *negotiorum gestio*.<sup>19</sup> Puede suceder que el tercero beneficiado por la gestión sea una entidad administrativa. Ello plantea dos problemas fundamentales: el de los derechos de crédito que surgen a favor del actor en resarcimiento de su actividad y de los gastos que hubiere realizado.

Las gestiones realizadas a favor de una autoridad pública se conocieron también en el derecho romano. Naturalmente, el trabajo del particular a favor de la Administración no puede tener nunca por objeto una prestación de derecho público sino simplemente de negocios de naturaleza patrimonial. Evidentemente, si el servicio del tercero ha favorecido a la Administración, es decir si ha concurrido un lucro para el patrimonio del ente administrativo, el particular, apoyándose en el principio del enriquecimiento sin causa, puede ejercitar una acción in rem verso. Esta acción del particular solamente puede progresar si se demuestra el beneficio patrimonial experimentado por el ente administrativo.

### 2.4 El pago de lo no debido.

Si la Administración recibe una cantidad de dinero que no tenía derecho a recaudar y que por error ha sido indebidamente entregada, nace la obligación de reponerla. Éste principio se emplea en las relaciones en las que intervienen las entidades administrativas como parte beneficiada por el pago indebido. Si el pago indebido se efectúa de un ente administrativo a otro de la misma naturaleza incumbe solucionar administrativamente la diferencia y responsabilizar al empleado público que ha procedido por error. Si el pago indebido lo hizo un particular a la Administración, sin causa, le corresponde a la Administración la obligación de restituir.

---

<sup>19</sup> <http://www.todoelderecho.com/Apuntes/Administrativo/Apuntes/hechosyactosadministrativos.htm>

## **2.5 Análisis de las normas de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control.**

La norma que regula tangencialmente la doctrina del cuasicontrato administrativo y el enriquecimiento sin causa en materia de Derecho Administrativo en nuestro país, es según mi modesto criterio, la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control que al respecto dispone:

*Art. 57.- “Obligaciones.- La obligación se genera y produce afectación presupuestaria definitiva en los siguientes casos:*

*1. Cuando se reciban de terceros obras, bienes o servicios adquiridos por autoridad competente, mediante acto administrativo válido, haya habido o no compromiso previo”.*

El Art. 56 de la misma ley establece:

*“Requisitos para contraer compromisos y obligaciones.- Ninguna entidad u organismo del sector público ni funcionario o servidor de los mismos, contraerá compromisos, celebrará contratos, autorizará o contraerá obligaciones, respecto de recursos financieros, sin que conste la respectiva asignación presupuestaria y sin que haya disponible un saldo suficiente para el pago de la obligación correspondiente”.*

## **2.6 Elementos y condiciones para la aplicación de las normas sobre recepción y pago de obra pública no contratada.**

Los elementos y condiciones que se deben dar para la aplicación de las normas citadas anteriormente son:

- Comunicación inicial.
- Partida presupuestaria.
- Adquisición y recepción de la obra, bien o servicio satisfacción de la entidad pública.
- Competencia de autoridad.

### **2.6.1 Comunicación inicial.**

La disponibilidad presupuestaria se compromete, según el Art. 56 de la LOAFYC, en el momento en que la autoridad competente, mediante acto administrativo válido decida adquirir de terceros bienes o servicios, o les encargue la realización de la obra. Determinadas condiciones del

compromiso se establecen en el Art. 38 de la Ley Orgánica de Responsabilidad, Estabilización y Transparencia Fiscal y en el artículo 32 de la Ley de Presupuestos del Sector Público.

Puede ocurrir, según el Art. 57 que no haya compromiso previo. “La expresión haya habido o no compromiso previo no significa que se puede comprometer una asignación presupuestaria verbalmente, sino que en el acto administrativo puede no establecerse la obligación pecuniaria, señalándose únicamente el objeto del encargo.”<sup>20</sup>

### 2.6.2 Partida presupuestaria.

Las absoluciones de consulta de la Procuraduría han establecido dos etapas: acto administrativo válido y recepción de las obras, bienes o servicios.

Para los fines pertinentes puede o no haberse dado el compromiso previo:

- a) El compromiso previo pudo haber sido un contrato o una orden de la autoridad competente.
- b) Puede no existir un contrato o una orden previa. En este último caso, la obligación se produce por la recepción de las obras, bienes o servicios.

La Procuraduría alude al cumplimiento del Art. 57 de la LOAFYC, así ha dispuesto en uno de sus pronunciamientos lo siguiente:

*“Si se cumplen los supuestos previstos en el artículo 57 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, es pertinente que las entidades del sector público reconozcan el pago correspondiente por las obras, bienes o servicios por ellas recibidos”.*<sup>21</sup>

Otro informe de la misma institución dice: *“En el supuesto de que no exista un contrato, cuando se ha recibido a satisfacción de la entidad servicios adquiridos por autoridad competente, mediante un acto administrativo válido, éstos deben ser pagados haya o no compromiso previo”.*<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> PGE, Oficio 15907, enero de 1981 al Ministerio de Recursos Naturales y Energéticos.

<sup>21</sup> RO No. 402, 19 de agosto del 2004. Of. PGE 08933 del 18-05-2004.

<sup>22</sup> PGE. Ob. Cit. Oficio 28846 del 12 de julio de 1988, al Ministro de Gobierno y Policía, p. 465.

Por su parte la Contraloría ha opinado sobre el particular: “En cuanto al pago por las obras ejecutadas sin el correspondiente contrato, como simple comentario, y bajo el criterio general de que las instituciones de Derecho Público no deberían enriquecerse injustificadamente con el trabajo de particulares, es dable señalar que el Municipio no podría dejar de pagar a los contratistas los valores que, una vez hechas las respectivas liquidaciones, correspondan a los trabajos realmente realizados, con estricta sujeción a las especificaciones técnicas pactadas y a todas las obligaciones contraídas y después que el Municipio las hubiere recibido a plena satisfacción”.<sup>23</sup>

Cabe señalar que en la mayoría de los casos a los que se aplica el Art. 57 de la LOAFYC, la entidad pública está utilizando las obras, bienes o servicios adquiridos sin contrato y fundamenta que no puede pagarlos precisamente por inexistencia de compromiso previo. Por lo tanto, la “recepción” se debe concebir como el uso que el organismo público está dando al bien, obra o servicio, según su objeto. Por ejemplo un camino o una carretera que ha sido inaugurada, es decir, abierta al uso del público, está siendo “usado” o ha sido “recibido” por la institución pública encargada de contratar su construcción. No obstante, es obligación de la dependencia o entidad pagar “los valores que corresponda a los trabajos realmente realizados, con estricta sujeción a las especificaciones técnicas y a todas las obligaciones contraídas”.

### 2.6.3 Competencia de autoridad.

“Se entiende por autoridad competente para estos efectos la persona autorizada para contratar a nombre de un entidad, de conformidad con la ley respectiva”.<sup>24</sup> Sayagués Laso ha definido la competencia como la aptitud de obrar de los órganos públicos, especificándose así los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente.<sup>25</sup> Estos límites comportan básicamente dos ámbitos: en primer lugar, el de la institución

---

<sup>23</sup> CGE. *Control*. Revista de la Contraloría General del Estado. No. 6, Septiembre de 1984. Oficio del 20 de agosto de 1984 al Alcalde de Quito. P. 40.

<sup>24</sup> Pérez. E. *Ob. Cit.* (1984), Oficio 17104 del 14 de noviembre de 1981, al Ministerio de Recursos Naturales y Energéticos. P. 87.

<sup>25</sup> Citado por Escola. *Ob. Cit.* (1977). P. 200.

pública de que se trate. Además, para ejercer la competencia se requiere de personalidad jurídica, pero la ley puede otorgar competencia para la celebración de determinados contratos a órganos descentralizados burocráticamente que carecen, por tanto, de personalidad jurídica. Así el Art. 3 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva dispone: “La Administración Pública Central, tendrá personalidad jurídica única para el cumplimiento de sus fines. Sus órganos dependientes o adscritos tendrán sólo las respectivas competencias asignadas”. En segundo lugar, según el principio de la juridicidad la competencia sólo puede provenir de una norma legal que la establezca. Finalmente, el órgano debe tener capacidad subjetiva civil para celebrar el contrato.

### **2.7 Viabilidad del pago.**

Una vez comprobada la existencia de los supuestos del Art. 57 de la LOAFYC la Contraloría considera imperativo el pago a la persona natural o jurídica que haya entregado el bien, la obra o el servicio en cuestión: “En cuanto al pago de las obras ejecutadas sin el correspondiente contrato, como simple comentario, y bajo el criterio general de que las instituciones de Derecho Público no deberían enriquecerse injustificadamente con el trabajo de particulares, es dable señalar que ese Municipio no podría dejar de pagar a los contratistas los valores que, - una vez hechas las respectivas liquidaciones-, correspondan a los trabajos realmente realizados, con estricta sujeción a las especificaciones técnicas pactadas y a todas las obligaciones contraídas, y después que el Municipio los hubiere recibido a plena satisfacción”<sup>26</sup>.

Los dictámenes sobre este asunto, son reiterativos en lo referente a la responsabilidad del pago: ella corresponde a la autoridad que lo disponga. Es decir, las opiniones de la PGE y CGE se refieren a señalar la existencia del Art. 57 de la LOAFYC y las condiciones que se aplica, y que tal dictamen no constituye una autorización de pago que releve de sus responsabilidades a los funcionarios respectivos. La constatación de que esas condiciones del Art. 57 de la LOAFYC se cumplen y que no está ocasionando un perjuicio económico al Estado corresponden a la máxima autoridad de la entidad o dependencia de que se trate.

---

<sup>26</sup> *Ibíd.* Pp. 559.

“El Hecho de haberse ejecutado obras sin los correspondientes contratos, puede dar lugar al establecimiento de responsabilidades por el incumplimiento de expresas disposiciones legales, responsabilidades que se detectarán en el caso consultado por usted cuando la Contraloría realice el examen que corresponda”<sup>27</sup>.

A continuación se citarán algunos ejemplos en el que se analizan la aplicación del Art. 57 de la LOAFYC: “Jezé considera que “si a pesar de la falta de contrato válido, el particular, ante los pedidos urgentes de la Administración, hace gastos para la ejecución del contrato proyectado, puede reclamar una indemnización”. Lo mismo sucederá si las circunstancias ponen de manifiesto un enriquecimiento sin causa o cualquier otro motivo de resarcimiento... Cuando se trate de averiguar si la Administración dio instrucciones a un empresario para que comience la ejecución del contrato, sin esperar la firma del ministro, deberá determinarse atentamente de quién emana las instrucciones. Es evidente que la elevada posición del funcionario en la jerarquía administrativa, es un elemento decisivo. Si las instrucciones emanasen de agentes subalternos, no habría por qué tenerlas en cuenta. El empresario habría incurrido en falta, al no hacerse ratificar estas instrucciones por escrito, por un agente superior dentro de la jerarquía”<sup>28</sup>.

Este supuesto hace referencia más bien de los gastos en que hubiere podido incurrir un particular para satisfacer un requerimiento de la administración, aunque no haya existido entrega de un bien, construcción de una obra o prestación de un servicio. “Lo que se dice para inexistencia de contrato es igualmente aplicable a las circunstancias de contratos anulables o nulos. No cabría que la administración se abstenga de recibir el producto o efectuar el pago alegando la nulidad producida por su culpa, puesto que “nadie puede invocar a su favor el motivo de nulidad que él mismo haya originado”. El Tribunal Supremo de España ha dicho que no es lícito que la Administración invoque un motivo invalidatorio que derive de irregularidades cometidas por ella misma

---

<sup>27</sup> CGE. *Control*. Pp. 39.

<sup>28</sup> PÉREZ, Efraín, *Derecho Administrativo*, pp. 584.

frente al administrado, so pena de vulnerar el principio de buena fe y dar origen al enriquecimiento sin falta”<sup>29</sup>.

Cuando se produce la anulación de contratos irregulares, anulables o nulos, el Art. 47 del Reglamento General de Contratación de España, dispone que deberán “las partes restituirse recíprocamente las cosas que hubieran recibido en virtud del mismo, y si esto no fuese posible se devolverán su valor. La parte que haya sido culpable de la anulación, en su caso, deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido”.

## 2.8 Procedencia e improcedencia del Art. 57 de la LOAFYC.

El Art. 57 de la LOAFYC no es aplicable en los siguientes casos:

- Por falta del informe o de la certificación de disponibilidad presupuestaria correspondiente, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 58 de la misma ley, que prohíbe contraer compromisos, celebrar contratos, autorizar o contraer obligaciones, respecto de recursos financieros, sin que conste la respectiva asignación presupuestaria.
- Para el pago de obras adicionales ejecutadas dentro del objeto del contrato.
- Variaciones en los costos de los componentes de los precios unitarios estipulados en los contratos de ejecución de obras.- Este es el caso del Capítulo VII de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.
- Otras situaciones son las retenciones de los pagos o de no recepción de obras, que también tienen su normativa específica en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. La retención indebida de pagos está tratada en el Art. 101 de la LOSNCP. Cuando la institución pública no recibe las obras ejecutadas dentro del contrato, son aplicables los principios del capítulo VI del título IV de la LOSNCP, atinentes a las recepciones presuntas provisionales y definitivas.

---

<sup>29</sup> Moreno, O. *Contratos Administrativos*. (Legislación y Jurisprudencia). Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1978. p. 374.

“En consecuencia, un criterio adecuado es que para proceder en la aplicación del principio contenido en el Art. 57 de la LOAFYC resulta indispensable para recibir y pagar la obra, bien o servicio:

- Que haya existido algún tipo de comunicación previa entre la institución pública y el particular, de donde se desprenda el interés y la necesidad de la institución de recibir una obra, bien o servicio.
- Que la obra, bien o servicio se enmarque dentro de las necesidades de la institución pública beneficiada.
- Que las comunicaciones cursadas entre la institución pública y el particular hayan sido aprobadas por la máxima autoridad de la institución, previo informe de la Dirección correspondiente que ha recibido la obra, bien o servicio, y el respectivo informe jurídico.
- Que no se pueda aplicar otra norma legal o administrativa para realizar el pago.

Otro caso que se podría dar es cuando la entidad pública no quiere recibir, los bienes, las obras o los servicios. Aparentemente, cuando se trata de bienes muebles, bien puede el particular afectado retirarlos, sufriendo perjuicios inferiores a los provenientes de la falta de pago. Una recomendación en tal sentido ha hecho la Procuraduría General del Estado, para cuando el contrato celebrado resultó nulo por falta de partida presupuestaria, conforme al Art. 382, numeral 3 de la LOAFYC. La empresa vendedora insistió en el pago del valor de los equipos entregados o su devolución. En vista de que “un contrato con vicios que puedan ocasionar la nulidad absoluta es válido y debe ejecutarse en tales términos, en tanto no sea declarada judicialmente su nulidad” la Procuraduría recomendó la resciliación del contrato.

En cuanto a los bienes inmuebles, también se podría concebir la alternativa de que la institución pública en vez de pagarlos proceda a desocuparlos y restituirlos a su propietario. Es distinto el caso de la prestación de servicios o de la construcción de obras, donde no se ve como podría el particular resarcirse de los daños con el retiro de los materiales. Si la autoridad competente no recibiere la obra o servicio o no pagare o devolviera los bienes muebles o inmuebles de que se trate, el particular puede considerar vulnerado su derecho constitucional que manifiesta que “ninguna persona podrá ser obligada a realizar un trabajo gratuito o forzoso” (Art. 66, No. 17) y reclamar al Estado, no solo por el monto de las obras realizadas sino también por los perjuicios irrogados.

Para la aplicación del Art. 57 de la LOAFYC se requiere de la existencia de algún tipo de contacto previo, de comunicaciones, de negociaciones, entre la institución pública y el particular, que por lo menos permitan presumir que existió o se pudo entender que hubo una manifestación de interés por parte de la institución pública.

La única excepción a las exigencias de negociaciones previas, es la de ejecución o reparación de una obra pública urgente, por destrucción fortuita, reparación realizada por particulares que no han tenido relación previa con el Estado, ni han recibido de éste ninguna orden, pero por la urgencia de la obra han realizado una determinada actividad.

Tal es el suceso de que trata un fallo citado por CANASI: “Al construirse un edificio en el radio céntrico de la ciudad de Buenos Aires se descubrió una gran excavación que abarcando la acera y parte de la calzada, ponía en peligro las obras que se realizaban y la estabilidad de ellas. Los profesionales a cuyo cargo estaba la obra no tuvieron, ante la pasividad municipal, otro recurso que rellenar el foso utilizando materiales y obreros propios, no sin poner previamente el hecho en conocimiento de las autoridades respectivas y notificarlas para que efectuaran los trabajos correspondientes, ya que la deficiencia se hallaba en plena vía pública. Hecha la obra, ante la inercia municipal, los dueños de la obra demandaron judicialmente a la Municipalidad para el pago de los gastos efectuados<sup>30</sup>.

“La proliferación de conciertos económicos, contratos-programa, convenios fiscales, contratos o “cuasicontratos”, según la imprecisa y equívoca terminología francesa; aún imperfectamente manejados, acierta, pues, a expresar una necesidad real; la Administración, hecha para mandar, necesita imperiosamente negociar, una vez descubierto que con poder mandar no basta en muchos casos.”<sup>31</sup>

### **3. El Convenio de Pago y su aplicación en los procedimientos de contratación pública.**

“A los antiguos convenios de precios y acciones concertadas, por ejemplo, difícilmente podía aplicárseles, el mecanismo del negocio de

---

<sup>30</sup> CANASI. Op. Cit. VII. P. 717

<sup>31</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA – FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*. Pp. 682.

fijación, ya que las empresas que suscribían aquéllos y éstas no se obligan a ninguna prestación determinada respecto de la Administración o de un tercero. La doctrina francesa utilizó por ello el polémico concepto de acto-condición (aplicable a un sujeto de un status general y objetivo), y aún, como simple arbitrio de elusión del problema dogmático, el concepto del cuasicontrato, empleando el término no en su sentido técnico civil, sino en el de una mera referencia analógica a la del contrato en sentido preciso”<sup>32</sup>

#### 4. Pronunciamiento del Procurador General del Estado.

El Procurador General del Estado ha dictaminado en la absolución de consulta realizada por la Municipalidad del Cantón Palanda lo siguiente:

*Oficio No. 01853 del 20 de junio del 2003.*

Consulta: “¿Cuál es el procedimiento legal para el pago de la obra de apertura de la vía San Gabriel – La Independencia, Parroquia Valladolid, Cantón Palanda, Provincia de Zamora Chinchipe, además se hace notar que la planilla es realizada con precios de diciembre del año anterior (2002)”.

Pronunciamiento:

*Una vez que la Municipalidad proceda a la recepción liquidación de la obra “Apertura de la vía San Gabriel – La Independencia”, obra ejecutada sin respaldo contractual en aplicación de lo que dispone el numeral 17 del artículo 23 de la Constitución Política y artículos 57 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control y 549 de la Ley de Régimen Municipal, para efectos del pago, la Municipalidad debe instrumentar un convenio de pago que acredite la ejecución de la obra y su liquidación técnico – económica.*

*La opinión que antecede no significa autorización de pago alguno, sin perjuicio de la responsabilidad que este hecho genera.*

Cabe señalar lo que dispone el actual artículo 531 de la Codificación de la Ley de Régimen Municipal, al cual hace referencia el pronunciamiento del Procurador General del Estado:

---

<sup>32</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Op. Cit. Pp. 688.

Art. 531.- Las obligaciones correspondientes a servicios o bienes legalmente recibidos antes del cierre del ejercicio financiero, conservarán su validez en el próximo año presupuestario, debiendo imputarse a la partida de deudas pendientes de ejercicio anteriores del nuevo presupuesto.

La doctrina de la Procuraduría y de la Contraloría General del Estado, manifestada a través de sus dictámenes, hace referencia a los principios de la ética, el enriquecimiento injustificado, la equidad, y la buena fe en el desarrollo de la contratación pública, que no están expresadas en ninguna norma del Derecho Público de nuestro país, a pesar de que en algunos dictámenes empieza a citarse normas de la Constitución Política de la República, que garantiza “la libertad de contratación con sujeción a la ley”. Otra disposición constitucional citada por la Procuraduría es: “Ninguna persona podrá ser obligada a realizar un trabajo gratuito o forzoso”.

A falta de norma expresa en la legislación ecuatoriana se debe atribuir la interpretación que hacen la PGE y la CGE como sujeta al principio del Art. 18, ordinal 7mo del Código Civil, que manda: “A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del derecho universal”.

En general, aunque no siempre, la referencia a esos principios por parte de la Procuraduría y la Contraloría se manifiesta prácticamente con la recomendación de cumplir lo dispuesto en el Art. 57 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control (LOAFYC) que dispone:

*Art. 57.- Obligaciones.- La obligación se genera y produce afectación presupuestaria definitiva en los siguientes casos:*

- 1. Cuando se reciban de terceros obras, bienes o servicios adquiridos por autoridad competente, mediante acto administrativo válido, haya habido o no compromiso previo; y*
- 2. Cuando ineludiblemente deban realizarse pagos sin contraprestación, de acuerdo con lo que dispongan las normas técnicas de presupuesto que dicte el Ministro de Finanzas.*

La Procuraduría General del Estado ha señalado normas constitucionales y del Código Civil sobre la obligatoriedad del pago de prestaciones realizadas:

Pago de valores adeudados.

Consultante: *Ministerio de Comercio Exterior, Industrialización, Pesca y Competitividad.*

Consulta:

*Sobre el procedimiento para cancelar los valores adeudados a la Empresa Newslink, en virtud del contrato celebrado el 20 de marzo del 2001 para la publicación de un reportaje sobre Ecuador como una separata del periódico "The Miami Herald".*

Pronunciamiento:

*Sin perjuicio del establecimiento de las responsabilidades de los funcionarios del MICIP que no cumplieron con el referido Art. 58 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, el MICIP debe honrar la obligación contractual derivada de la ejecución del contrato de la referencia, en cumplimiento de las disposiciones legales dispuestas en los Arts. 1561 y 1562 del Código Civil y 23 número 17 de la Constitución Política, para lo cual deberá realizar las acciones pertinentes ante el Ministerio de Economía y Finanzas a efectos de determinar el mecanismo de pago de los valores adeudados.<sup>33</sup>*

## **5.- Conclusión.**

Introducir la figura del cuasicontrato administrativo en la gestión administrativa de los procesos de contratación pública, puede producir una mejoría en la prestación de los servicios públicos y facilidades en la planificación económica en los presupuestos de las instituciones del Estado, a través de la suscripción de convenios de pago cuando se han recibido obras, bienes o servicios y no ha habido un contrato administrativo con anterioridad.

*Deo omnes Gloria.*

---

<sup>33</sup> RO No. 272, 12 de febrero del 2004. Of. P. G. E. 05546 del 18-12-2003.