

**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

SISTEMA DE POSGRADO

**MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO
NOTARIAL Y REGISTRAL**

TEMA:

La recepción de pleno derecho prevista en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y el debido proceso. Propuesta para la determinación de un procedimiento adecuado.

AUTOR:

Ab. Aguayo Zapata Simón Julián

Componente práctico de examen complejo previo a la obtención del Grado de Magister en Derecho Mención Derecho Notarial y Registral

**Guayaquil – Ecuador
2022**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN NOTARIAL Y REGISTRAL**

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por el **Ab. Simón Julián Aguayo Zapata**, como requerimiento parcial para la obtención del Grado Académico de **Magister en Derecho Mención Derecho Notarial y Registral**.

REVISORES

Ab. Ricky Benavides Verdesoto, Mgs
Revisor

DIRECTOR DEL PROGRAMA

Ab. Ricky Benavides Verdesoto, Mgs

Guayaquil, a los 11 días del mes de noviembre de 2022



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN NOTARIAL Y REGISTRAL**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, Abg. **Simón Julián Aguayo Zapata**

DECLARO QUE:

El trabajo de examen complejo titulado: **LA RECEPCIÓN DE PLENO DERECHO PREVISTA EN LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y EL DEBIDO PROCESO. PROPUESTA PARA LA DETERMINACIÓN DE UN PROCEDIMIENTO ADECUADO**, previo la obtención del **Grado Académico de Magister en Derecho Mención Derecho Notarial y Registral**, ha sido desarrollado en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

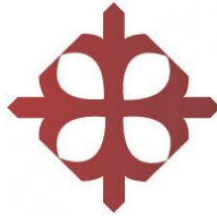
En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico del proyecto de investigación del Grado Académico en mención.

Guayaquil, 11 de noviembre del 2022

**SIMON
AGUAYO
ZAPATA**

Firmado digitalmente por SIMON
AGUAYO ZAPATA
DN: cn=SIMON AGUAYO ZAPATA,
sn=SIMON AGUAYO ZAPATA,
c=Andorra I=AD,
e=simonaguayo@hotmail.com
Motivo: Soy el autor de este
documento
Ubicación:
Fecha: 2022.11.15 21:41:10.00

**Ab. Simón Julián Aguayo Zapata
AUTOR**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN NOTARIAL Y REGISTRAL**

AUTORIZACIÓN

Yo, Abg. Simón Julián Aguayo Zapata,

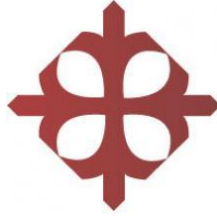
Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la publicación en la biblioteca de la Institución del examen complexivo: **LA RECEPCIÓN DE PLENO DERECHO PREVISTA EN LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y EL DEBIDO PROCESO. PROPUESTA PARA LA DETERMINACIÓN DE UN PROCEDIMIENTO ADECUADO**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y autoría.

Guayaquil, 11 de noviembre de 2022

**SIMON
AGUAYO
ZAPATA**

Firmado digitalmente porSIMON
AGUAYO ZAPATA
DN: cn=SIMON AGUAYO ZAPATA,
gn=SIMON AGUAYO ZAPATA,
c=Andorra I=AD,
e=simonaguayo@hotmail.com,
Motivo:Soy el autor de este
documento
Ubicación:
Fecha:2022.11.15 21:41-10:00

**Abg. Simón Julián Aguayo Zapata
AUTOR**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN NOTARIAL Y REGISTRAL**

INFORME DE URKUND

The screenshot displays the URKUND interface. On the left, document details are shown: 'Documento: AB SIMON AGUAYO.docx (D97381821)', 'Presentado: 2021-03-05 14:38 (-05:00)', 'Presentado por: mariuxiblum@gmail.com', and 'Recibido: teresa.nuques.ucsg@analysis.urkund.com'. A progress indicator shows '0%' completion. The main area contains a list of sources under the 'Lista de fuentes' tab, with columns for 'Categoría' and 'Enlace/nombre de archivo'. The list includes items like 'TESIS (ANTONIO JARA MIELES) terminada.docx', a repository link, a DSpace link, 'Tesis.docx', another DSpace link, and a library document link. The bottom part of the screenshot shows the start of a report text in English and Spanish, including keywords and a section titled '1.1. EL PROBLEMA'.

the notarial activity, for this a bibliographic analysis is developed, doctrinal and legal, which is strengthened with the opinions of notaries and lawyers. All the information collected allows the end of the work to present conclusions, recommendations and a proposal.

Keywords: Notary public, full reception, due process, notarial principles CAPITULO I INTRODUCCIÓN

1.1. EL PROBLEMA

La función notarial traducida en el servicio que se presta en las notarias, mediante el ejercicio de las atribuciones y competencias que han sido atribuidas a los notarios, es considerada en el ordenamiento constitucional y legal ecuatoriano, como un órgano auxiliar de la función judicial, es decir de la actividad que es desarrollada por los jueces y tribunales instituidos para la administración de justicia en el Ecuador.

Las actividades que están facultados para desarrollar los notarios, se relacionan de una forma directa con las atribuciones exclusivas que les confiere la Ley Notarial, LN CITATION Ley19 (n° 1) (1229) (2019), que en detalle enumera los actos, contratos, declaraciones de voluntad y negocios jurídicos en los que pueden intervenir estos funcionarios investidos de fe pública. Por eso se puede decir que se trata de una actividad delimitada por la potestad legal, que nace de las atribuciones específicas señaladas en este cuerpo legal, promulgado exclusivamente para regir la actividad notarial.

Sin embargo, existen algunas otras atribuciones especiales, o concurrentes, que nacen de la normativa prevista en otras leyes de la República, las que el notario debe acatar por tratarse de preceptos jurídicos vigentes, que están relacionados directamente con la actividad que cumple.

Para esta investigación se ha escogido una de esas competencias especiales, que es la contenida en la Ley del

AGRADECIMIENTO

A los catedráticos de la Maestría en Derecho Notarial y Registral del Sistema de Posgrados de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, por haber compartido conmigo sus sabios conocimientos y experiencias, en el ámbito del derecho notarial y enriquecerme con su sabiduría, para ponerla al servicio de la sociedad.

A mis compañeros que, en el transcurso del proceso de formación, compartieron cada jornada con optimismo y solidaridad, haciendo que el esfuerzo que demandó el desarrollo de la Maestría, sea forjador de un imperecedero recuerdo de amistad y de compartir académico.

DEDICATORIA

Por animarme, acompañarme y motivarme siempre, a mi Familia con todo mi amor.

Tabla de Contenidos

RESUMEN	XII
ABSTRACT.....	XIII
CAPÍTULO I	1
INTRODUCCIÓN.....	1
1.1. OBJETO DE ESTUDIO.....	1
1.2. CAMPO DE ACCIÓN.....	2
1.3. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA.....	2
1.4. JUSTIFICACIÓN DE LA PROPUESTA.....	3
1.5. OBJETIVOS.....	5
1.5.1. Objetivo General	5
1.5.2. Objetivos Específicos	5
1.6. FORMULACIÓN DE LA PREMISA.....	5
1.7. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	6
1.8. PREGUNTA PRINCIPAL DE LA INVESTIGACIÓN	7
1.9. PREGUNTAS COMPLEMENTARIAS	7
1.10. BREVE DESCRIPCIÓN CONCEPTUAL.....	8
CAPÍTULO 2	9
DESARROLLO.....	9
2.1. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA.....	9
2.1.1. El derecho notarial.....	9
2.1.1.1. El notario.....	10
2.1.1.2. El instrumento público.....	13
2.1.1.3. Principios del derecho notarial.....	14
2.1.2. Los Contratos Administrativos.....	18
2.1.2.1. Concepto.....	18
2.1.2.2. Características.....	20
2.1.2.3. Sujetos.....	23

2.1.2.4. Capacidad.	24
2.1.2.5. Competencia.....	26
2.1.2.6. Inhabilidades.	27
2.1.2.7. Voluntad.....	28
2.1.2.8. Consentimiento.	29
2.1.2.9. Objeto.....	30
2.1.2.10. Causa.....	31
2.1.2.11. Forma.....	31
2.1.3. La recepción del contrato.	32
2.1.3.1. Recepción provisional.....	34
2.1.3.2. Recepción definitiva.	35
2.1.3.3. Recepción parcial.....	36
2.1.3.4. Recepción presunta o recepción de pleno derecho.....	37
2.1.3.4.1. Revisión doctrinaria acerca de la recepción de pleno derecho.....	39
2.1.3.4.2. La recepción de pleno derecho en la legislación comparada.....	40
2.1.3.4.2.1. En Argentina.	40
2.1.3.4.2.2. En Venezuela.	41
2.1.3.4.2.3. En Perú.	41
2.1.3.4.3. Actuación del notario en la recepción de pleno derecho.	42
2.1.4. El debido proceso.	42
2.1.5. Análisis de la recepción de pleno derecho prevista en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública desde la perspectiva del debido proceso y los principios del derecho notarial.	43
2.1.6. Análisis para sustentar la solución en relación al problema planteado.	44
2.2. METODOLOGÍA.....	46
2.2.1. Modalidad	46
2.2.2. Población y Muestra	47
2.2.3. Métodos de Investigación	48
2.2.4. Procedimiento	49
CAPÍTULO 3	50

CONCLUSIONES	50
3.1. ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN	50
3.2. CONCLUSIONES	55
3.3. RECOMENDACIONES.	56
3.4. PROPUESTA	58
BIBLIOGRAFÍA.....	63

Abreviaturas y Siglas

Art.	Artículo
CC	Código Civil
COFJ	Código Orgánico de la Función Judicial
COGEP	Código Orgánico General de Procesos
CRE	Constitución de la República
LN	Ley Notarial
LOSNC	Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

RESUMEN

En el Ecuador, la actividad de los notarios está regida por la Ley Notarial, que establece las atribuciones que pueden cumplir como órganos auxiliares de la función Judicial, pues el Art. 18 de la referida Ley determina cuales son las atribuciones exclusivas de estos funcionarios. Sin embargo, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, les da facultad para que puedan intervenir en el proceso de recepción de los contratos administrativos, notificando a la entidad contratante o al contratista, cuando existe silencio respecto de la solicitud para que cumpla con la recepción del contrato, en estos casos el notario interviene a petición de parte, realizando una notificación, para que opere de esta forma la recepción del contrato, generándose una recepción de pleno derecho. En este trabajo interesa determinar si el régimen previsto en la legislación ecuatoriana es suficiente para regular la recepción de pleno derecho o si existen limitaciones que ponen en riesgo el debido proceso y los principios que rigen la actividad notarial, para esto se desarrolla un análisis bibliográfico, doctrinal y jurídico, que se afianza con las opiniones de notarios y abogados. Toda la información recopilada permite al final del trabajo presentar conclusiones, recomendaciones y una propuesta.

Palabras clave: Notario, recepción de pleno derecho, debido proceso, principios notariales

ABSTRACT

In Ecuador, the activity of notaries is governed by the Notarial Law, which establishes the powers that can be fulfilled as auxiliary bodies of the Judicial function, since Article 18 of the aforementioned Law determines which are the exclusive attributions of these officials. However, the Organic Law of the National System of Public Procurement, gives them the power to intervene in the process of receiving administrative contracts, notifying the contracting entity or the contractor, when there is silence about the request to comply with the reception of the contract, in these cases the notary intervenes at the request of the party, making a notification, so that it operates in this way the reception of the contract, generating a reception in full right. In this work, it is important to determine whether the regime established in Ecuadorian legislation is sufficient to regulate the reception of full rights or if there are limitations that put at risk the due process and the principles that govern the notarial activity, for this a bibliographic analysis is developed, doctrinal and legal, which is strengthened with the opinions of notaries and lawyers. All the information collected allows the end of the work to present conclusions, recommendations and a proposal.

Keywords: Notary public, full reception, due process, notarial principales

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

1.1. OBJETO DE ESTUDIO.

El trabajo investigativo está relacionado de una forma directa con el derecho notarial, disciplina que se encarga de regular las actividades que pueden ejecutar los notarios, que en el caso del Ecuador están delimitadas por la LN.

Sin embargo, el objeto principal de la investigación, es el análisis de la recepción de pleno derecho prevista en la legislación ecuatoriana, recepción que se produce por efecto de la notificación que realiza el notario, cuando a requerimiento de parte debe proceder a notificar a una de las partes intervinientes en el contrato administrativo o contrato público, de que se ha producido la recepción del contrato.

No se aborda en este trabajo el análisis de la potestad del notario para realizar la notificación, pues respecto de eso no existe mayor inconveniente, ya que se trata de una competencia especial que otorga la LOSNCP y su Reglamento General, y que está dentro de los parámetros que rigen la actividad notarial.

Por lo tanto, aclarando el objeto de estudio de la investigación, se debe establecer que la misma tiene por propósito determinar si la forma en que se encuentra regulada la recepción de pleno derecho, en que interviene el notario realizando la notificación que solicita la parte interesada en que se cumpla con el procedimiento de recepción del contrato, se ajusta a los preceptos que se establecen en el ordenamiento constitucional para que se cumpla con el debido proceso, como garantía esencial de todos los sujetos cuyos derechos están sometidos a un procedimiento judicial o administrativo, y si además permite que se cumplan efectivamente en este acto, los principios que se aplican en el derecho notarial.

1.2. CAMPO DE ACCIÓN.

El campo de acción de la investigación está relacionado con los contratos administrativos pues es respecto a ellos que tiene una influencia directa la recepción de pleno derecho cuando no se ha producido la recepción del contrato en la forma en que se encuentra contemplada en la ley y por eso es necesario solicitar la participación del notario con la finalidad de que cumpla con el acto de notificación a la parte que se niega a la recepción del contrato.

1.3. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA.

La función notarial traducida en el servicio que se presta en las notarías, mediante el ejercicio de las atribuciones y competencias que han sido atribuidas a los notarios, es considerada en el ordenamiento constitucional y legal ecuatoriano, como un órgano auxiliar de la función judicial, es decir de la actividad que es desarrollada por los jueces y tribunales instituidos para la administración de justicia en el Ecuador.

Las actividades que están facultados para desarrollar los notarios, se relacionan de una forma directa con las atribuciones exclusivas que les confiere la Ley Notarial, LN (2019), que en detalle enumera los actos, contratos, declaraciones de voluntad y negocios jurídicos en los que pueden intervenir estos funcionarios investidos de fe pública. Por eso se puede decir que se trata de una actividad delimitada por la potestad legal, que nace de las atribuciones específicas señaladas en este cuerpo legal, promulgado exclusivamente para regir la actividad notarial.

Sin embargo, existen algunas otras atribuciones especiales, o concurrentes, que nacen de la normativa prevista en otras leyes de la República, las que el notario debe acatar por tratarse de preceptos jurídicos vigentes, que están relacionados directamente con la actividad que cumple.

Para esta investigación se ha escogido una de esas competencias especiales, que es la contenida en la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, LOSNCP (2019) que le confiere al notario a potestad para intervenir, notificando a la entidad contratante o al contratista, en aquellos casos en que existe silencio o falta de respuesta respecto de la solicitud

de recepción del contrato. Esta potestad que se aplica de manera específica, en relación con los contratos administrativos, está regulada en un solo artículo, cuyo texto es demasiado limitado.

El procedimiento en la actualidad se limita al hecho de que el notario recepte la petición realizada de parte interesada, y proceda con la notificación. No existen, por lo tanto, preceptos que permitan que la entidad contratante o el contratista, puedan ejercer mecanismos de defensa o elementos probatorios, con la finalidad de que la recepción de pleno derecho no se convierta en un medio para obtener propósitos ilegales.

La limitación existente en la LOSNCP y en su Reglamento General, provocan un riesgo de vulneración de garantías del debido proceso, como por ejemplo el derecho a la defensa, la contradicción, el derecho a presentar prueba, y por supuesto la seguridad jurídica. Además, se pone en riesgo el cumplimiento de principios que rigen el derecho notarial, como la propia seguridad jurídica y la legalidad, además de la inmediación que debe existir con la finalidad de que el notario pueda cerciorarse de que las partes, tienen pleno conocimiento de la actuación que se está ejecutando con su intervención.

Conforme a la descripción señalada, se evidencia la existencia de una problemática, que está relacionada con la regulación de la recepción de pleno derecho, y la vigencia del debido proceso y los derechos notariales, este problema se abordará en este trabajo con la finalidad de llegar a conclusiones, que permitan presentar recomendaciones y una posible propuesta o alternativa de solución.

Por lo tanto, en el presente trabajo se pretende dar respuesta a la pregunta científica ¿La regulación de la recepción de pleno derecho como atribución de los notarios, garantiza la vigencia del debido proceso en los procesos de contratación pública?

1.4. JUSTIFICACIÓN DE LA PROPUESTA.

Toda investigación jurídica que pretende aportar a la mejor construcción del marco legal aplicable dentro de la sociedad, tiene justificativos suficientes para su desarrollo, en el presente

caso la justificación del presente trabajo y de la propuesta que será el resultado final del mismo, está basada en los elementos que a continuación se mencionan.

El estudio se justifica, porque tiene como objeto una problemática que está vigente en la práctica jurídica relacionada con la recepción de los contratos administrativos en los que intervienen las entidades del Estado, y siendo la recepción un elemento esencial del proceso contractual es necesario que sea regulada de forma tal que se garanticen los derechos de las personas particulares que intervienen como contratistas y de las instituciones contratantes, así como también es fundamental el cumplimiento de las garantías del debido proceso establecidas en la CRE.

Es necesario ejecutar la presente investigación, para determinar las características conceptuales, jurídicas y doctrinarias de la recepción de pleno derecho y establecer que el régimen contenido actualmente en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, no es suficiente para garantizar el debido proceso, por cuanto existen limitaciones que no permiten garantizar eficientemente los derechos de las partes que intervienen en los procesos contractuales.

La utilidad principal de la investigación y especialmente de la propuesta que se presentará al finalizar la misma, está en el hecho de garantizar que los procesos de contratación pública, especialmente en cuanto se refiere a la recepción de los contratos, se realice cumpliendo adecuadamente las garantías del debido proceso y garantizando de manera efectiva los derechos de las partes contratantes, esto favorecerá también los intereses del Estado y de los particulares, al permitir que los procesos contractuales culminen de manera adecuada y que la recepción de pleno derecho sea un acto en donde se observen todas las normas constitucionales y legales así como las cláusulas contractuales acordadas, a objeto de que aplique un criterio de seguridad jurídica para quienes intervienen en los contratos administrativos.

Socialmente la investigación y la propuesta que es resultado de la misma, tienen una evidente relevancia, por cuanto los contratos administrativos son especies contractuales que permiten el cumplimiento de los fines del Estado en cuanto a la atención de las necesidades y requerimientos de la ciudadanía, ya que se aplican para la contratación de obras y servicios a través de los cuales se cumple ese propósito estatal, además son un mecanismo mediante el cual

los particulares en calidad de contratistas pueden obtener recursos y dinamizar la economía nacional.

Por las consideraciones manifestadas anteriormente, la presente investigación y la propuesta que se plantea como resultado de la misma se justifican plenamente, desde la perspectiva jurídica y social, ya que se refiere a una problemática que está vigente actualmente en el Ecuador y que debe ser afrontada con una propuesta jurídica que permita que la recepción de pleno derecho sea un mecanismo a través del cual se garanticen los derechos de las partes contractuales y también el cumplimiento de las finalidades del contrato administrativo, otorgando seguridad jurídica para las entidades contratantes y también para la ciudadanía en general.

1.5. OBJETIVOS.

1.5.1. Objetivo General

- Estudiar la actuación del notario en la recepción de pleno derecho.

1.5.2. Objetivos Específicos

- Fundamentar los presupuestos teóricos del debido proceso y la recepción de pleno derecho.
- Analizar la normativa constitucional, notarial y de contratación pública, el criterio de notarios y expertos en contratación pública en cuanto a la recepción de pleno derecho.
- Proponer la elaboración de un procedimiento para la aplicación de la recepción de pleno derecho.

1.6. FORMULACIÓN DE LA PREMISA.

La premisa que se formula en la presente investigación es la siguiente, sobre la base del análisis jurídico, teórico y doctrinario de la recepción de pleno derecho como atribución de los Notarios en el Ecuador, se reúnen los elementos para la fundamentación de una propuesta jurídica de reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que

garantice el cumplimiento del debido proceso, en los procesos de contratación pública que se realizan en el país.

1.7. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Desde el surgimiento del Estado, se hizo indispensable que el ente público requiera la colaboración de las personas naturales y más adelante de personas jurídicas o empresas y de las entidades estatales entre sí, con la finalidad de poder ejecutar obras, adquirir o arrendar bienes o recibir la prestación de un servicio, que les permita cumplir adecuadamente sus funciones, y atender al interés público y a la utilidad social.

Para facilitar las relaciones entre la administración pública y los particulares y entre las instituciones que integran los diferentes niveles de la administración del Estado, surgió una figura contractual que se denomina como contrato administrativo o contrato público. Estos contratos en la actualidad están regulados en el Ecuador por la LOSNCP y su Reglamento General.

Por disposición expresa contenida en el Art. 81 de la referida Ley y en el Art. 122 del mencionado reglamento, se incorpora en el régimen de la contratación pública, una especie de recepción del contrato denominada recepción de pleno derecho.

El notario interviene en la recepción de pleno derecho, cuando al ser requerido por una de las partes que intervino en el contrato administrativo, y a requerimiento de ella, notifica a la otra que se ha producido la recepción del contrato. Esta especie de recepción, presenta un problema jurídico, derivado del hecho de que los preceptos legal y reglamentario que se ocupan de ella, son demasiado limitados en su redacción.

La limitación jurídica que actualmente existe en la limitación de pleno derecho, puede generar una vulneración de derechos y garantías relacionadas con el debido proceso, en especial el hecho de que no pueda ejercerse eficientemente un mecanismo de contradicción o de defensa frente a la parte que solicitó la recepción, lo que podría perjudicar significativamente los derechos del otro sujeto que intervino en la celebración del contrato, tanto en contra de la empresa como del contratista, según el caso.

Además, las limitaciones legales que afectan al régimen jurídico de la recepción de pleno derecho en la actualidad, afectan el adecuado cumplimiento de algunos de los principios que tienen vigencia en el ámbito del derecho notarial, como por ejemplo la seguridad jurídica, la legalidad, y la intermediación.

Existe por lo tanto un problema jurídico que está delimitado por la posible vulneración de algunas garantías del debido proceso, y de los principios del derecho notarial, a consecuencia de la limitada regulación de la recepción de pleno derecho en la LOSNCP y su Reglamento General de Aplicación.

1.8. PREGUNTA PRINCIPAL DE LA INVESTIGACIÓN

¿La recepción de pleno derecho de los contratos públicos debe ajustarse a las garantías del debido proceso y a los principios del derecho notarial?

Variable: Recepción de pleno derecho

Indicadores: Garantías del debido proceso, principios de derecho notarial.

1.9. PREGUNTAS COMPLEMENTARIAS

¿La regulación de la recepción de pleno derecho se ajusta a las garantías del debido proceso?

¿La recepción de pleno derecho en la forma en que se encuentra regulada actualmente se ajusta a los principios del derecho notarial?

¿La actuación del notario en la recepción de pleno derecho, garantiza los derechos de las partes contratantes?

¿Sería conveniente realizar una reforma al régimen jurídico de la recepción de pleno derecho contemplado en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General?

1.10. BREVE DESCRIPCIÓN CONCEPTUAL

Para presentar algunos criterios de orden conceptual relacionados con la problemática que se aborda en la presente investigación, es necesario empezar precisando que el notario es un profesional del derecho que ha recibido de parte del Estado, la potestad pública de dar forma legal a las voluntades expresadas por las partes que intervienen en la celebración de un instrumento jurídico, elaborando el correspondiente instrumento público y dando fe de su autenticidad. El notario es un funcionario que actúa siempre por instancia de parte ya que la función notarial no puede ser ejercida de oficio (Martínez J. , 2016, pág. 25).

El notario, actúa en la celebración de los diferentes instrumentos públicos, a través de los cuales se solemnizan las declaraciones de voluntad realizadas para llevar a cabo un negocio jurídico, que queda expresado en lo que jurídicamente se concibe como un contrato. Entre los contratos en los cuales puede intervenir el notario tenemos los contratos administrativos, que constituyen una especie particular de contrato, cuya particularidad está en el hecho de que en su celebración interviene como una de las partes una entidad estatal, y que su celebración tiene como objeto el cumplimiento de una finalidad administrativa o jurídica que está relacionada con las facultades que puede ejercer la institución contratante (Correa, 2002, pág. 383).

La participación de los notarios, en relación con los contratos administrativos, que reciben también el nombre de contratos públicos, nace de una atribución conferida por la LOSNCP y su Reglamento General de Aplicación, y se pone en práctica cuando la institución contratante o el contratista, no atienden el pedido de la contraparte para que se produzca la recepción del contrato, en estos casos el notario requerido por la parte interesada, notificará a la otra produciéndose de esta forma lo que se denomina jurídicamente lo que se conoce como recepción de pleno derecho.

La actuación del notario se circunscribe en la recepción de pleno derecho, a notificar a la otra parte. El régimen jurídico actual, no va más allá de eso, por lo que la disposición legal y la reglamentaria, que rigen este tipo de recepción, están afectadas por una limitación que puede provocar que se lesione los derechos de la contraparte y que se produzca una indefensión que ocasione perjuicios para el Estado si es la institución contratante la afectada, o para los contratistas.

Es la recepción de pleno derecho en la forma que está concebida actualmente en la legislación ecuatoriana, un procedimiento que por no estar adecuadamente regulado puede representar una vulneración de las garantías del derecho al debido proceso que están previstas en la normativa constitucional y también un incumplimiento o inobservancia de los principios que conforme a la doctrina deben aplicarse en el derecho notarial.

CAPÍTULO 2

DESARROLLO

2.1. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

2.1.1. El derecho notarial.

El problema que constituye el objeto de estudio en el desarrollo de la presente investigación, sin duda alguna se enmarca en la disciplina del Derecho Notarial, pues aborda una de las facultades que con el carácter de concurrente es otorgada a los notarios de la República del Ecuador, respecto de la recepción de pleno derecho de los contratos celebrados con las instituciones del sector público, por eso es indispensable plantear algunos criterios generales acerca de esta ciencia.

El Derecho Notarial es de acuerdo con Muñoz (2014, págs. 70-99), es la disciplina que comprende las normas previstas en las leyes y reglamentos, así como las decisiones de los tribunales de justicia y los criterios elaborados por la doctrina, e incluso los usos, que se han establecido para regular la función del notario, y los instrumentos públicos en los que interviene.

En el plano estrictamente jurídico, el Derecho Notarial es entendido como el conjunto de preceptos legales, a través de los cuales se regula todo lo relacionado con la actividad del notario y la escrituración o elaboración de instrumentos públicos, tanto en lo concerniente al fondo y a la forma (Castillo, 2000).

Asumiendo la realidad de la práctica notarial, el derecho aplicado a esta actividad, no rige sólo la actividad del notario, sino las formalidades y solemnidades, así como los requisitos de fondo que deben ser observados por este funcionario, al momento de proceder a la elaboración de las escrituras o instrumentos públicos, respecto de cuya celebración debe dar fe.

Considerando la génesis de la actividad notarial, se debe manifestar que la función notarial estuvo presente desde las más antiguas civilizaciones humanas, y que prácticamente ha evolucionado con la sociedad misma, puesto que desde las más primigenias organizaciones sociales, la expresión de voluntad de las personas ha sido el modo de establecer relaciones entre ellas, siendo en los primeros tiempos un acto humano que no requería mayor solemnidad y que posteriormente por la complejidad de los negocios jurídicos, requirió la participación de un personaje investido de fe pública, el notario que es el encargado de resguardar la legalidad de los vínculos jurídicos derivados de la celebración de un acuerdo de voluntades, por lo tanto resultaba indispensable instituir una disciplina jurídica que se encargue de regularla, surgiendo de esta forma el Derecho Notarial.

Sobre la base de los elementos que se concretan en las líneas que preceden, se puede establecer que el Derecho Notarial es una disciplina cuyo objeto de estudio es la actividad notarial y el instrumento público notarial, en cuyo ámbito engloba todo lo relacionado con la normativa legal, el desarrollo jurisprudencial y el análisis doctrinario que en el contexto nacional e internacional se ha elaborado sobre el quehacer de las notarías. En cuanto se refiere específicamente al instrumento público, esta rama jurídica se ocupa de regular los aspectos de fondo y de forma que deben cumplirse de forma fiel y estricta en su elaboración y solemnidad.

En el caso del Ecuador, el Derecho Notarial, adquiere autonomía plena de otras disciplinas como el derecho civil, procesal civil y mercantil, a partir de la promulgación de la LN, que aparece publicada por primera vez en el Registro Oficial Nro. 150 del 28 de octubre de 1996, en el gobierno del Presidente Clemente Yerovi Indaburu, quien ante la necesidad de una Ley que regule la función notarial y el instrumento público y sirva de base para la jerarquización del notario ecuatoriano, decreta el referido cuerpo normativo en la fecha ya señalada (Ley Notarial, 1966).

2.1.1.1. El notario.

Se estableció antes que el Derecho Notarial estudia la actividad del notario, quien entre una de sus competencias concurrentes, tiene aquella que es motivo del presente esfuerzo investigativo, por eso resulta importante entender desde la doctrina y la ley este concepto.

Según Lara (2010, pág. 15), recibe la denominación de notario, aquella persona que tiene una formación profesional en derecho, y la categoría de servidor público, designado por la autoridad competente del Estado, para que cumpla la función de conferir autenticidad, a los actos y negocios jurídicos, celebrados mediante la formalización de documentos que son redactados en una notaría, y para dentro de este ámbito proporcionar a los usuarios del servicio notarial, toda la asesoría profesional necesaria para la tutela de sus derechos.

El notario tiene la condición de servidor público, al él le ha conferido el Estado la potestad para dar fe, de aquellos documentos en los cuales interviene como autor, de manera que pueda garantizar el cumplimiento de la voluntad de los otorgantes, la fuerza probatoria del documento notarial, y la adecuada ejecución de los acuerdos contenidos en el mismo. La actividad que ejerce el notario, es independiente, por lo tanto, es competente para ejecutar todas aquellas funciones que se le ha asignado en la ley, que tienen la característica de estar relacionadas con hechos o actos de repercusión jurídica, pero de naturaleza no contenciosa. Su intervención además otorga seguridad jurídica a las partes, la cual se afianza en el hecho de que el notario tiene la condición de profesional del derecho con amplios conocimientos en el ámbito del derecho y en que la actividad del notario está sometida al control y vigilancia permanente de las autoridades públicas. El notario ejerce una actividad muy importante, para la administración de una buena justicia, ya que es el funcionario capacitado y con competencia, para poder dar fe de todas aquellas declaraciones de voluntad y celebraciones de actos, que no requieren indispensablemente la intervención de los órganos administradores y operadores de justicia ordinaria (Arenas & Merlano, 1996, pág. 1).

Conforme al ordenamiento jurídico ecuatoriano, de acuerdo con la Constitución de la República, CRE (2008), el servicio notarial es un órgano auxiliar de la función judicial, y los notarios son depositarios de la fe pública, que previo un concurso de oposición y méritos, que debe cumplir con todos los criterios de impugnación y control propios de estos procedimientos de selección, son designados por el máximo órgano jurisdiccional del Ecuador, que es el Consejo Nacional de la Judicatura.

De acuerdo a lo establecido en el Código Orgánico de la Función Judicial, COFJ (2018), se ratifica que el notariado constituye un órgano que brinda auxilio a la Función Judicial, a través del ejercicio del servicio notarial, que radica en el desempeño de una función pública cumplida por los notarios, que por estar investidos de fe pública, tienen la potestad para

autorizar, conforme a la petición de las personas que requieran sus servicios, los actos, contratos e instrumentos establecidos en las normas legales, dando fe acerca del cumplimiento y verificación de los hechos que le constan por haberlos verificados personalmente. Además, están facultados para que, ejerciendo la fe pública, puedan intervenir en aquellas situaciones no contenciosas previstas en la ley, autorizando, concediendo, aprobando, declarando, extinguiendo, cancelando y solemnizando situaciones jurídicas, para las cuales están expresamente facultados por normas contenidas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano vigente. La función notarial debe ser ejercida de manera persona exclusiva, imparcial y autónoma.

El régimen legal al que está sometido el notario en el Ecuador, se encuentra determinado de forma específica en la CRE, el COFJ y la LN, así como por disposiciones legales y reglamentarias que se encuentran previstas en otros cuerpos legales, como es el caso que nos ocupa en que, por disposición de la LOSNCP, el notario tiene potestad para notificar con la recepción de pleno derecho a las entidades que intervienen dentro de los procesos de contratación pública.

La LN (2019), en su Art. 6, de igual forma determina que los notarios, son aquellos funcionarios, que han sido investidos de fe pública, para poder autorizar por pedido de parte, aquellos documentos, contratos y actos que se encuentran previstos en las normas legales.

En el caso ecuatoriano, la función de notario la cumplen aquellos ciudadanos que hayan sido declarados ganadores de los concursos públicos de oposición y méritos que se convoquen para el efecto. Para desempeñar esta función se deben cumplir algunos requisitos previstos en el ordenamiento constitucional y legal, entre los que están: la nacionalidad ecuatoriana, la formación específica en derecho y el título de abogado legalmente reconocido en el Ecuador, haber ejercido la profesión de abogado por un lapso no menor a tres años con probidad notoria. La función para la que son designados durará seis años existiendo la posibilidad de que puedan ser reelegidos por una sola vez. El servicio prestado por los notarios es permanente, para ello están facultados a autorizar y solemnizar actos y contratos incluso fuera del despacho notarial. Cada notario titular contará con un notario suplente, quien tendrá que cubrir los mismos requisitos para su designación, y reemplazará al titular en caso de ausencia temporal.

2.1.1.2. El instrumento público.

Los documentos que se celebran ante un notario y que son solemnizados y legalizados mediante la firma de este funcionario, tienen la condición de instrumento público, que como se observó con anterioridad constituyen el objeto principal de la disciplina del derecho notarial, que los regula tanto respecto en su fondo como en su forma.

Pérez (2003, pág. 81) aporta con algunos criterios generales para poder entender el concepto de instrumento público, partiendo desde su derivación etimológica que la ubica en el verbo latino *instruere*, señala que el instrumento tiene como finalidad dar constancia respecto de un acontecimiento. Cuando el instrumento, se plasma a través de signos escritos recibe el nombre de documento.

Los instrumentos públicos son aquellos conferidos o autorizados por personas que tienen la condición de servidores públicos, y que se expiden acatando la competencia a ellos atribuida en el ejercicio de sus funciones, se trata de documentos con una mayor validez en el ámbito jurídico, por cuanto son otorgados por servidores a los cuales el Estado les confía el ejercicio de la fe pública -los notarios- o por autoridades y funcionarios, que están compelidos por la observancia de principios y normas por los cuales difícilmente, podrían permitir la alteración de la información constante en los documentos que autorizan y solemnizan a través de su firma (Lasarte, 2004, pág. 50).

En el ámbito notarial, se considera como instrumento público, a las escritura pública auténtica, que cumple con las formalidades contemplada en las normas legales, la firma de los otorgantes, del notario, de los testigos, y que emana del funcionario investido de la potestad para dar fe pública, en consecuencia es el instrumento que garantizar seguridad jurídica respecto del acto y de las partes que intervienen en su celebración (Steremberg, 1999, págs. 1-11).

El instrumento público se denomina así porque su solemnidad proviene del poder público, representado por la intervención del funcionario que lo legaliza. Dentro de esta categoría se encuentra el instrumento público notarial, que recibe esa denominación porque se celebra conforme a lo estipulado en las normas legales, está solemnizado por la firma y sello de un notario, y que se registra en un protocolo, por lo cual tiene el carácter de fehaciente (Beltrán, 2015, pág. 22).

En la legislación ecuatoriana el Código Orgánico General de Procesos, COGEP (2018), en su Art. 205, señala que instrumento público es aquel documento que cumple con todas las solemnidades previstas en la Ley, en caso de que se otorgue ante un notario y se incorpore como parte de un protocolo o de un registro público, recibe el nombre de escritura pública.

2.1.1.3. Principios del derecho notarial.

Toda disciplina jurídica está delimitada y fundamentada en principios específicos que sustentan su autonomía y permiten la aplicación de sus preceptos y normas. El Derecho Notarial, no escapa a esta regla general y en consecuencia está basado en algunos principios, de entre los cuales se abordará en el presente subtema aquellos que tienen una relación más directa con el problema de estudio.

El principio de veracidad. Es el principio básico en el que se fundamenta la actividad notarial, pues está relacionado directamente con la fe pública, ya que implica que lo que se plasma en el documento solemnizado por el notario, corresponde exacta e íntegramente a la verdad, respecto del negocio jurídico que se formaliza a través del instrumento, siendo requisito indispensable para ello que el notario indague de forma suficiente acerca de la voluntad libre y espontánea de los intervinientes, para lo cual deberá poner en práctica toda su experiencia y sabiduría jurídica, además de ejercer plenamente la autoridad moral de la que está investido (Rodríguez, 2007).

En el caso de la recepción de pleno derecho, el notario debe cerciorarse de que lo aseverado por el contratista, se ajusta de manera irrestricta a la verdad, situación que resulta bastante compleja, por cuanto la actual regulación de este tipo de recepción no establece un procedimiento específico, que le permita determinar que efectivamente no ha existido por parte de la entidad contratante ningún pronunciamiento relacionado con la recepción del contrato, ese procedimiento debería implicar la entidad sea notificada, con la finalidad de que en caso de que exista falsedad o mala fe de parte del contratista, pueda oponer elementos de descargo y aportar medios probatorios, para de esta forma evitar efectos perjudiciales que pueden surgir para la institución a consecuencia de la recepción presunta que opera a partir de la notificación.

El principio rogativo o de requerimiento. Este principio tiene vigencia tanto para el notario como para el usuario o solicitante; el notario actúa y presta el servicio notarial únicamente por requerimiento o ruego de la persona (León, 2008, pág. 6). Se trata de un principio por el cual el notario no puede actuar de oficio. En el caso de la legislación ecuatoriana el principio rogativo o de requerimiento se encuentra establecido dentro del texto del Art. 6 de la LN (2019) , que señala que el notario interviene a requerimiento de parte.

El principio rogativo es trascendental dentro de la actividad notarial pues son muy limitadas las atribuciones que el notario debe ejercer por exclusivo mandato legal, casi la generalidad de sus facultades, pueden cumplirse únicamente a instancia de la parte interesada, en que el notario de fe de algún acto o contrato, y proceda a su instrumentalización en una escritura pública.

En el caso de la recepción de pleno derecho, se pone en práctica el principio rogativo, por cuanto el notario actúa a instancia o solicitud del contratista, cuando este acude señalando que la entidad contratante no ha emitido ningún pronunciamiento ni ha iniciado ningún trámite destinado a cumplir con la recepción del contrato. En ningún caso, la notificación se cumple por la mera iniciativa del notario.

El principio dispositivo. Aplicable en distintas materias y disciplinas jurídicas, especialmente de naturaleza procesal. En el campo del derecho notarial se refiere a que el notario debe actuar únicamente de acuerdo con lo planteado como objeto del acto o contrato por parte de los contratantes, y a la voluntad expresada por ellos. Por el principio dispositivo al notario le está vedado extralimitarse y plasmar en el instrumento público o escritura, una manifestación de voluntad no expresada o no requerida por los usuarios. Este principio tiene una relación directa con el principio rogatorio, por cuanto al concurrir ante el notario son las partes las que originan un negocio jurídico o una relación entre ellas y las que determinan y expresan su voluntad de manera libre y en base a su propia determinación, quedando el quehacer del notario limitado exclusivamente a plasmar en el documento con la mayor precisión y fidelidad posible, el acuerdo al que han arribado las partes (Aramburo, 2000, pág. 49).

Se pone en práctica el principio dispositivo en la recepción de pleno derecho, por cuanto es el contratista, quien ante la inacción de la entidad contratante y ante la falta de ejecución de actos relacionados con la recepción, acude ante el notario y formaliza una solicitud o pedido de que se realice la correspondiente notificación. El notario, no puede per se, realizar la

notificación a la entidad contratante, tiene que esperar el requerimiento de la parte y en base al mismo proceder con el cumplimiento de la facultad que le otorga la LOSNCP y su Reglamento General de Aplicación.

El principio de seguridad. En el ámbito notarial este principio demanda que existan normas legales relacionadas con la celebración de los actos o contratos, que sean de pleno conocimiento por parte de los otorgantes y del notario, y preceptos específicos destinados a sancionar el incumplimiento de dichas normas. La actuación notarial debe regirse a disposiciones legales que estén previamente promulgadas, que sus contenidos sean comprensibles y no existan ambigüedades que provoquen confusión al momento de aplicarlas, y que el incumplimiento de las mismas implique una sanción por parte del Estado.

Se garantiza también la seguridad jurídica, cuando existen mecanismos legales para garantizar que quien ejerce un derecho mediante la celebración de un acto o contrato ante el notario, sea realmente el titular del mismo, y que cuente con todas las cualidades necesarias para poder disponer del mismo. Por lo tanto, la vigencia de la seguridad jurídica en el ámbito notarial, tiene un carácter trascendental, debido a los actos jurídicos que se realizan ante un notario, y a la seriedad que deben caracterizar los mismos, la cual se ve avalada por la existencia de una legislación clara, perfectamente conocida por los usuarios, y adecuadamente aplicada por el notario (Muñoz I. , 2010, págs. 14-23).

En lo relacionado con la actividad del notario respecto de la recepción de pleno derecho, la seguridad jurídica está dada por el hecho de que actúa con fundamento en lo dispuesto en la LOSNCP y en su Reglamento General de Aplicación. No obstante, existe una posibilidad de vulnerar la seguridad jurídica como principio constitucional vigente en el Estado ecuatoriano, ya que el régimen jurídico para la recepción de pleno derecho es bastante limitado, por lo tanto, no se cumple con el criterio de claridad normativa que es elemento esencial de este principio. Existe una sola disposición legal y una reglamentaria que se refieren a la recepción de pleno derecho y sus preceptos son escuetos y no permiten que el notario pueda actuar con la certeza absoluta de que no se vulnerará los derechos de la entidad contratante y consecuentemente del Estado especialmente por el hecho de que al realizarse la notificación de pleno derecho, se cumple con una recepción presunta que genera efectos que implican el reconocimiento de todos los derechos del contratista, quien en algunos casos puede recurrir a este mecanismo, con la finalidad de evitar el cumplimiento de las exigencias de la entidad contratante para proceder a

la recepción definitiva. Por lo tanto, resulta indispensable a objeto de que exista la suficiente seguridad jurídica que el marco normativo para que se notifique la recepción de pleno derecho a la entidad contratante, sea más amplio y explícito.

Principio de legalidad. Respecto de este principio Carvajal (2007, pág. 85) puntualiza que es en base al cual el notario, está obligado a ejecutar actos o dar fe pública de lo que le está explícitamente permitido en las normas legales, así como en los preceptos constitucionales. La obligación que se plasma en el servicio notarial es la de darle legalidad al acuerdo celebrado entre los contratantes, previo al análisis del acto que se pretende solemnizar y la manera en que se ha realizado, para ello es indispensable el conocimiento de las normas legales que rigen la actividad del notario, y la verificación de los requisitos establecidos en ella.

Por el principio de legalidad el notario deja de ser un simple partícipe en la celebración de un acto, contrato o instrumento, y se convierte en un fiscalizador del mismo, no únicamente respecto del negocio jurídico que se celebra, sino del cumplimiento de las formalidades que exige la ley para su validez. Por lo tanto, está facultado en base a este principio, para poder manifestar a los otorgantes las contradicciones o irregularidades que detecte, y que podrían afectar la validez del acto o negocio o producir su ineficacia por constituir vicios legales que deben ser corregidos en base a la aplicación y observancia estricta de la ley (González, 2001, pág. 473).

La legalidad como principio del derecho notarial, aplicada a la recepción de pleno derecho, está relacionada con el cumplimiento de las formalidades que hoy contempla la LOSNCP y su reglamento general de aplicación.

Sin embargo, es indispensable indicar que, por las razones manifestadas al analizar el principio de seguridad jurídica, el sustento legal para la actuación del notario podría redundar en el desconocimiento de derechos de la entidad contratante, lo que convertiría en ilegal la recepción de pleno derecho, por contravenir principios relacionados con el debido proceso, situación que será analizada y puesta en discusión más ampliamente en el avance del desarrollo de la investigación.

Principio de inmediación. Contemplado en la CRE, que impone la obligación de que todos los procedimientos judiciales se basen en la inmediación entre el juzgador y las partes.

En el ámbito del derecho notarial, implica que, en la celebración de los actos de jurisdicción voluntaria, debe existir la concurrencia directa del notario y de las partes involucradas en el acto, contrato o negocio jurídico (Carvajal, 2007).

En la recepción de pleno derecho este principio no tiene un cumplimiento cabal, porque únicamente acude ante el notario el contratista, más no la empresa contratante ni un representante de la entidad. Es sólo el contratista, quien pide al notario que se haga la notificación respectiva, esto obedece a que como ya se ha mencionado en ocasiones anteriores, las limitantes existentes en el texto normativo, no permiten que el notario aplique mecanismos para que la entidad pueda comparecer a hacer valer sus derechos antes de extender la correspondiente notificación.

2.1.2. Los Contratos Administrativos.

La potestad de recepción de pleno derecho que la LOSNCP otorga a los notarios, es aplicable únicamente respecto de los contratos administrativos, esto de acuerdo con el Art. 81 del referido cuerpo de leyes, por eso resulta indispensable hacer un análisis amplio de este tipo de contrato.

2.1.2.1. Concepto.

Debe partirse abordando al contrato como una categoría general del derecho civil, de profunda implicación en el derecho notarial, respecto de la cual Díaz (2013, pág. 19) ha planteado que se constituye en la fuente principal de las obligaciones, ya que produce efectos jurídicos, pues constituye la materialización de voluntades provenientes de la celebración de actos que sustentados en la ley, recogen la expresión bilateral de acuerdos respecto de una determinada situación, generando una relación jurídica que implica deberes y obligaciones recíprocas para los celebrantes. El principal elemento que concurre en la celebración de un contrato es la voluntad, que debe ser exteriorizada de manera verbal o escrita, si se hace de la segunda forma, quedará materializado en un documento que al cumplir las formalidades que la ley exige y estar solemnizado por un servidor público competente, adquiere la categoría de instrumento público.

Lo manifestado en el párrafo que precede guarda relación directa con lo establecido en el Art. 1454 del Código Civil ecuatoriano, CC (2019), que define al contrato como un acto jurídico, por el cual una parte adquiere para con otra la obligación, de entregar, ejecutar o no ejecutar una cosa. Las partes pueden ser una o varias personas.

Altamira (2003, págs. 51-78), se refiere a la clase de contrato analizado, manifestando que se trata de aquellos convenios que son celebrados por la administración pública –sus instituciones- con personas particulares, con la finalidad de llevar a cabo la ejecución de una obra, o la prestación de un servicio, cuyo propósito es la utilidad social o pública. Constituyen contratos denominados administrativos, porque una de las partes contratantes es la administración pública, y tiene características que los distinguen de los contratos civiles o comunes entre las cuales se destacan la ejecutoriedad, la coactividad y la unilateralidad.

El rasgo característico principal del contrato administrativo, está dado por la intervención de la administración pública como una de las partes o sujetos contractuales (Encarnación, 2017, pág. 3).

Dromi (2001, pág. 355), ha puntualizado que en el contrato administrativo, existe una concurrencia de la voluntad contractual de la administración pública, con la voluntad del contratista, que puede ser una persona jurídica, una persona natural, que en ámbito público o privado, realiza una actividad requerida por el Estado, por lo tanto el vínculo jurídico surge a través de la celebración el contrato, que produce una relación entre las partes, la celebración de este tipo de contratos debe cumplir con el procedimiento establecido en la ley y con cada una de las fases que deben verificarse tanto para la celebración como para la ejecución del contrato.

Concluyendo, se establece que ante la necesidad de la administración pública, de atender a los requerimientos institucionales, y sobre todo de prestar atención oportuna y efectiva a las necesidades sociales de la población, es imprescindible que las instituciones requieran la ejecución de obras, la adquisición de bienes o la prestación de servicios, ante lo cual el mecanismo más idóneo es la celebración del contrato, que por la intervención de una entidad estatal, recibe el nombre de contrato administrativo, y que está regulado por las normas específicas que con esa finalidad están previstas en la ley.

2.1.2.2. Características.

Por ser una especie particular de contrato, el contrato administrativo reúne conceptual y jurídicamente algunas características propias, que son analizadas a continuación.

Juridicidad. Como todo contrato, el contrato administrativo está basado en la ley, y por lo tanto tiene la característica esencial de ser un acto jurídico. Los contratos en los que intervienen las instituciones del Estado, no están basados sólo en las normas que rigen la contratación pública, sino que deben cumplir en el fondo y en la forma con los preceptos jurídicos básicos para garantizar su legalidad y enmarcarse de manera estricta dentro de los principios constitucionales y legales que rigen a la administración pública (Arévalo, 2006, pág. 7).

Bilateralidad. El contrato desde su concepción general, requiere la participación de dos partes, pues es el acuerdo de voluntades dentro de la celebración de un negocio jurídico que impone derechos y obligaciones en favor de ambos contratantes.

El contrato administrativo no es una excepción a esta regla, pues para su celebración requiere la concurrencia de dos partes, una de ellas la administración representada por una institución pública y otra la persona natural o jurídica que es contratada para el cumplimiento del objeto del contrato.

El interés público. En el caso de los contratos civiles, es característica esencial el interés privado de las partes que intervienen, que generalmente se traduce en la obtención de algún tipo de beneficio, apreciable desde el punto de vista económico y patrimonial.

En la celebración de los contratos administrativos, se procura un interés público, pues este tipo de convenios generalmente persigue la ejecución de una obra, la prestación de un servicio o la dotación de algún bien, que sirve para atender las necesidades de la colectividad, sea mediante acciones de la institución en favor de la población, o mediante la prestación de servicios eficientes a quienes tienen la condición de usuarios de la entidad contratante.

Formalismo. Todos los contratos siguen formas establecidas en los preceptos legales que los regulan, y se documentan a través de instrumentos que deben cumplir formalidades de orden legal, como es el caso de la escritura pública.

En el caso de los contratos administrativos, éstos en su aspecto formal poseen características particulares, que se encuentran puntualmente delimitadas en las normas legales y reglamentarias que son aplicables en este tipo de contratación, las cuales forman parte del derecho público, y son de cumplimiento obligatorio en materia contractual, pues la omisión de algunos de los requisitos previstos en la norma legal, provocaría la invalidez o nulidad del contrato, ya que cuando se incurre en este tipo de omisiones, es imposible en la mayoría de los casos que las mismas puedan ser subsanadas (Farrando, 2002, pág. 428).

La validez de los contratos en los que interviene la administración pública está condicionada por el cumplimiento de los requisitos que la norma impone tanto en el aspecto formal del contrato como en el procedimiento que se sigue en el proceso de contratación que está debidamente regulado y que determina que el contrato tendrá que cumplirse en las condiciones más ventajosas para la entidad y para el cumplimiento del propósito de este tipo de convenios que está en la satisfacción de las necesidades de la comunidad.

Intuito personae. Tiene esta característica el contrato administrativo, por cuanto el contratista debe cumplir ciertas cualidades en favor de las cuales es seleccionado por la administración; el proceso de selección se cumple generalmente en una fase precontractual en donde se determinan las condiciones y requisitos que deben cubrir los postulantes para justificar su idoneidad para el cumplimiento del objeto del contrato.

El principio analizado prohíbe que el contratista una vez seleccionado para ejecutar el contrato, pueda ceder o subcontratar a una tercera persona, sin que cuente para ello con la autorización de la administración, que está impedida de permitir que participen personas o empresas que hayan sido sancionadas.

En definitiva, por la vigencia de este principio, el contrato administrativo tiene un carácter personalísimo, que impide al contratista particular, que ceda o subcontrate la ejecución de la prestación principal a la que se ha comprometido, salvo que obtenga autorización específica de parte de la entidad contratante (Muñoz S. , 2011, pág. 455).

Este principio está incorporado expresamente en el Art. 78 de la LOSNCP, que establece la prohibición al contratista para que pueda ceder los derechos y obligaciones que provienen de la celebración del contrato, sin embargo el Art. 79 de la misma Ley, permite que el contratista pueda subcontratar parcialmente la ejecución del contrato, con personas naturales o empresas que estén registradas en el Registro Único de Proveedores, siendo de su absoluta y exclusiva responsabilidad el asumir los riesgos que de esta decisión provengan, en ningún caso se podrá contratar a personas inhabilitadas por alguna de las causas previstas en la Ley.

Preferencia a favor de la administración. Se trata de una característica que proviene del poder que ejerce el Estado, es decir del poder público, del que está dotada la administración estatal, y que le da la potestad a la institución para imponer ciertas condiciones y requerimientos a los cuales debe someterse el contratista. Sin embargo, es obvio que para la celebración del contrato será indispensable la expresión libre de la voluntad del contratista. Esta característica le permite a la administración imponer cláusulas que obligan al contratista al cumplimiento del contrato, poniéndose de manifiesto por lo tanto una prerrogativa o preferencia en favor de la institución, que no puede implicar en ningún momento el desconocimiento de los derechos del contratista (Calderón, 2004, pág. 400).

Potestades exorbitantes en favor de la administración. Se trata de una característica por la cual la entidad contratante tiene ciertos privilegios en relación con el contrato, los que implican por ejemplo la potestad de dirigir, inspeccionar y controlar las obras objeto del contrato, la interpretación unilateral del contrato, de modificar las cláusulas del contrato por razones de interés público, de suspender la ejecución de las obras, de resolver unilateralmente el contrato (Campolieti, 2007, pág. 22).

Por este principio se reconoce a la administración ciertas facultades que puede ejercer en defensa del interés público, las que involucran incluso la posibilidad de que se suspenda la ejecución del objeto del contrato, o que se dé por terminado unilateralmente el mismo; obviamente, estas potestades no pueden ser ejercidas de modo arbitrario e ilegal, siempre tendrá que demostrar que la actuación de la entidad pública está ajustada a derecho y que atienda a la necesidad y utilidad pública.

2.1.2.3. Sujetos.

Cuando hablamos de los sujetos, en materia contractual, generalmente se hace referencia a las partes que intervienen en los contratos. En el caso de los contratos administrativos una de las partes es la entidad contratante, es decir una de las instituciones que corresponde o es parte de la administración pública¹. La otra parte, es el contratista, es decir la persona natural o jurídica, a la que se le adjudica y con la cual se forma el contrato, de acuerdo con la doctrina en algunos casos se denomina como co-contratante.

El contratante. Por principio general, en los contratos administrativos el contratante, es la persona jurídica que forma parte de la administración pública, que tiene la necesidad de ejecutar una obra, prestar o recibir un servicio, adquirir o arrendar bienes, situaciones para las cuales requiere efectuar un contrato con esa finalidad (Granda, 2014, pág. 5).

La LOSNCP en su Art. 1, establece de manera específica las instituciones que pueden intervenir en calidad de contratantes, en la celebración de los contratos administrativos, y de manera específica señalan que tienen esta condición: las instituciones de las funciones del Estado y sus dependencias; las instituciones electorales; las instituciones de control y regulación; las instituciones del régimen seccional autónomo; las instituciones creadas por la Constitución o la Ley, para que ejerzan la potestad estatal en la prestación de un servicio o para ejecutar actividades de competencia estatal; las entidades creadas por acto legislativo de los gobiernos seccionales con la finalidad de que se encarguen de la prestación de un servicio público; las sociedades civiles, fundaciones o corporaciones, que mayoritariamente estén integradas por un organismo estatal, que posean o administren fondos cuyo capital esté integrado en el 50% o más con participación del Estado; y finalmente las compañías mercantiles, que posean o administren recursos cuyo capital corresponda en el 50% o más a participación del Estado.

¹ En el caso del Ecuador, la administración pública está integrada por todas las instituciones que corresponden al Estado y a las diferentes funciones a través de las cuales se ejerce el poder público, en el ámbito ejecutivo, judicial, legislativo, electoral, de transparencia y control social; las instituciones del régimen autónomo descentralizado; las de regímenes especiales; las entidades y organismos, que se crean por disposición de la Constitución o de las Leyes, para la prestación de servicios públicos o el desarrollo de actividades económicas; y las personas jurídicas creadas por decisión de los gobiernos autónomos descentralizados para prestar servicios públicos, que en el ejercicio de la potestad de celebrar contratos administrativos deberán observar todos los principios constitucionales y legales para procurar el buen vivir y el interés público.

El contratista. Por definición contenida en el Art. 6 de la LOSNCP, se trata de la persona natural o jurídica, ecuatoriana o extranjera, que es contratada por las instituciones del Estado con la finalidad de realizar la provisión de bienes, la ejecución de obras o la prestación de servicios en los que se incluyen los de consultoría. El contratista puede estar representado también por una asociación de estas personas, o consorcio.

Es necesario destacar que existe la posibilidad de que se celebren contratos administrativos entre instituciones del Estado, es decir que una entidad contrate a otra para la ejecución del objeto del contrato. Esto se encuentra previsto en el Art. 2 de la LOSNCP.

Para efectos de ampliar un poco el análisis de este sujeto contractual, es necesario recordar que, conforme a la legislación civil ecuatoriana, son personas naturales todos los individuos de la especie humana; y personas jurídicas aquellas que pueden contraer obligaciones y ejercer derechos y que son representadas judicial extrajudicialmente, son básicamente corporaciones o empresas y fundaciones que realizan algún tipo de beneficencia pública.

Para poder participar en la celebración de un contrato las personas naturales y jurídicas deben estar inscritas en el Registro Único de Proveedores, y comparecer en la fase precontractual y contractual por sus propios y personales derechos, o por los que representan en base a un nombramiento o designación debidamente acreditados.

Existe la posibilidad de que los contratistas intervengan mediante la conformación de un consorcio, que no es otra cosa que la agrupación de personas naturales o empresas, que tienen o realizan alguna actividad en común y que tienen capacidad y competencia para la ejecución del objeto del contrato para el que participan. Esta agrupación no implica pérdida de la personería jurídica particular, sin embargo, si genera una responsabilidad solidaria respecto del contrato que le sea adjudicado.

2.1.2.4. Capacidad.

Constituye según Alessandri (2007, pág. 45), el primer elemento para la constitución de todos los contratos, independientemente de la naturaleza de los mismos, quienes participan en su celebración, deben tener capacidad, para emitir su voluntad respecto de los acuerdos

establecidos en el contrato, es decir deben ser aptas para adquirir derechos y asumir obligaciones que puedan ser ejercidas por sí mismas.

Todas las instituciones del Estado, tienen capacidad para contratar en aquellos casos en que se cumplan los preceptos legales para que sea viable la celebración de un contrato, y específicamente cuando exista cualquiera de las necesidades contempladas en la Ley.

La capacidad de la entidad contratante, está expresamente establecida en el Art. 109 del Reglamento General a la LOSNCP, que atribuye esa capacidad a los ministros y a las autoridades máximas de las entidades contratantes, así como a quienes ostenten la representación legal de las entidades de derecho privado que en sus procesos contractuales están obligadas a observar lo previsto en la LOSNCP.

La facultad para celebrar contratos podrá ser delegadas, por los ministros y representantes legales de las instituciones públicas, a los servidores de la entidad, en aquellos casos en que no exista oficinas permanentes de la entidad contratante en aquellos lugares en donde va a celebrarse un contrato.

En cuanto se refiere a la capacidad de los contratistas, se debe indicar que por regla general establecida en el Art. 1462 del CC, todas las personas son capaces, la incapacidad es la excepción y se establece por la verificación de alguno de los presupuestos establecidos en la ley para que una persona sea incapaz de intervenir en un acto o contrato.

La LOSNCP, señala en sus Arts. 62 y 63, algunas inhabilidades para la celebración de contratos administrativos, entre las que están por ejemplo: estar inmersos en alguna de las incapacidades previstas en el CC; ejercer funciones como la presidencia o vicepresidente de la República, los ministerios de Estado, dirección ejecutiva o servicios en el Servicio Nacional de Contratación Pública, asambleístas, la presidencia o representación legal de la entidad contratante; las personas que en su condición de servidores públicos hayan intervenido en cualquier etapa del procedimiento contractual; las personas que se encuentren suspendidas en el Registro Único de Proveedores; los que estuvieren inhabilitados al momento de la celebración del contrato; quienes tengan deudas en mora con el Estado.

De igual forma existen inhabilidades especiales como el caso de los integrantes de los consejos provinciales, municipales y juntas parroquiales dentro de su jurisdicción territorial; las personas naturales o jurídicas, que hayan realizado diseños y proyectos de ingeniería o arquitectónicos, que tengan vinculación con los ejecutores de las obras; los miembros de los directorios de la entidad convocante; los servidores o empleados que hubieren intervenido en alguna de las etapas del contrato, cónyuge o parientes dentro del segundo grado de afinidad y cuarto de consanguinidad; los que hayan participado en la elaboración de los pliegos del contrato.

2.1.2.5. Competencia

Generalmente se habla de competencia, dentro del ámbito jurídico, para referirse a la potestad que tiene una autoridad o institución dentro de determinada materia, o en relación con una jurisdicción determinada, respecto de la ejecución de ciertas acciones para el cumplimiento de un propósito determinado.

En el ámbito del derecho aplicado a la administración pública, la competencia se refiere al conjunto de atribuciones que un órgano o institución puede ejercer de manera legítima.

Por lo tanto, la competencia determina las actividades que le corresponde ejecutar a cada entidad, y se refiere básicamente a la aptitud para poder actuar, siendo por ello que está relacionada de forma directa con el concepto de institución pública, la cual por naturaleza tiene la potestad de actuar dentro del ámbito y conforme a los límites que establece la propia ley.

La competencia de las instituciones públicas es semejante a la que tienen las personas para actuar en el ámbito privado, la cual se refiere también a la aptitud para obrar y ejercer las actividades que la ley le faculta.

Existe no obstante, una diferencia fundamental, en el sentido de que la competencia y capacidad para obrar en el caso de las personas que intervienen en los actos de derecho privado es la regla, y se presume existe mientras no se verifique el presupuesto contemplado en una norma legal para declarar la inhabilidad o incompetencia, en el derecho público la competencia nace de manera exclusiva de la ley, puesto que la institución u órgano de la administración pública debe actuar solamente en la celebración de aquellos actos o contratos que le son conferidos como potestad dentro de la norma (Sayagues, 2000, pág. 183).

Pérez (2006, pág. 500), al referirse a la competencia de las entidades contratantes, dentro de la celebración de los contratos administrativos, plantea que la competencia establece los límites para la actuación de los órganos administrativos, de manera que puedan obrar legalmente, y que sus acciones sean válidas dentro de un territorio establecido y en una materia determinada.

Es obvio que las entidades contratantes deben ser competentes para la celebración de los contratos, y esa competencia deriva exclusivamente de las normas legales que regulan las potestades de cada institución, o de sus representantes legales.

En el caso del Ecuador tanto la constitución como la ley, establecen la competencia de las instituciones según diferentes parámetros entre ellos el área o la materia a la que dedican sus actividades, y dentro de las entidades son sus representantes los que están facultados por la ley para celebrar contratos, en algunos casos la competencia proviene también de otras normativas como los acuerdos y resoluciones que pueden contener la delegación de potestades para intervenir en la celebración de contratos.

2.1.2.6. Inhabilidades.

El término inhabilidad desde un punto de vista general hace referencia, a la circunstancia que impide o incapacita a una persona para la ejecución de una determinada actividad.

En relación con los contratos administrativos, se consideran inhabilidades, a las circunstancias de carácter particular o especial, que incapacitan a ciertas personas para intervenir en la celebración de contratos o ejecución de actos, en razón de la calidad o situación que ostentan (Pérez, López, & Aguilar, 2011, pág. 3).

Estas inhabilidades, conforme se determinó al analizar los Arts. 62 y 63 de la LOSNCP, en el caso del ordenamiento jurídico ecuatoriano recaen sobre ciertas personas que están expresamente señaladas en las invocadas normas legales.

2.1.2.7. Voluntad.

Todo negocio jurídico materializado mediante la celebración de un contrato nace de la voluntad de las partes. Es la voluntad expresada de forma autónoma y libre la que genera efectos para las partes, convirtiéndose el contrato por lo tanto en uno de los mecanismos principales para para que las personas puedan realizar autónomamente lo que es su voluntad (Rivera, 2004, pág. 127).

En el caso de los contratos administrativos, la voluntad de las instituciones que son parte de la administración pública, proviene del ejercicio de las funciones a ellas asignadas, por lo tanto proviene de la propia ley, que establece con preceptos específicos las competencias que se les atribuyen de manera particular a quienes ejercen una función administrativa, y en este caso específico la competencia para intervenir en la celebración de contratos públicos (Santofimio, 2003, pág. 133).

La voluntad de la administración pública, está regida de manera estricta por las normas legales, pero en ningún momento puede ser entendida o confundida con la voluntad del servidor público o representante legal de la entidad, que ejerce funciones administrativas, este simplemente se convierte en el ejecutor de la voluntad administrativa (Morales, 2011, pág. 134).

La voluntad del contratista, se pone de manifiesto por la decisión de participar en el proceso contractual, y presentarse en calidad de oferente para atender el requerimiento realizado por la entidad contratante, esta decisión refleja que de forma autónoma optó por participar, debido a que cumple con las exigencias legales y con los requerimientos técnicos planteados en la convocatoria planteada por la institución.

La voluntad del contratista se expresa de forma libre puesto que no puede ser coaccionado a participar en la convocatoria realizada como requisito previo para la celebración del contrato, sino es un acto absolutamente autónomo que toma en base a las posibilidades de satisfacer los requerimientos solicitados por la entidad contratante.

2.1.2.8. Consentimiento.

Como sabemos desde una perspectiva general el consentimiento se entiende jurídicamente como el acuerdo de voluntades, en la contratación el consentimiento requiere dos momentos esenciales, la expresión de voluntad de la persona que realiza una oferta a otra para la celebración del contrato, y la expresión de voluntad de la persona que acepta la oferta realizada (Abeliuk, 2005, pág. 54).

Para que el contrato sea válido el CC requiere algunos presupuestos, entre ellos que el consentimiento no adolezca de vicios. Los vicios del consentimiento son el error, la fuerza y el dolo.

El consentimiento es el elemento básico de los contratos, pues consiste en la expresión de acuerdo entre las voluntades de las personas que intervienen, en relación al objeto jurídico lícito, por el cual intervienen en la celebración del contrato, y que está destinado a crear obligaciones, sin la expresión de conocimiento libre y espontáneo, simplemente no hay un contrato.

La celebración del contrato administrativo obviamente requiere la concurrencia del consentimiento como elemento esencial, pues requiere el acuerdo de voluntades de los contratantes. Sin embargo, hay que puntualizar que la expresión del consentimiento es diferente para cada una de las partes, en caso del contratista, sea este una persona natural o jurídica, su consentimiento se exterioriza de forma simple y llana, conforme las normas del derecho privado.

Pero para la administración, resulta un tanto más complejo, ya que la expresión de conocimiento, está precedida por la verificación de algunos requisitos de orden formal y legal como el cumplimiento de procedimientos como la convocatoria y la licitación que deben realizarse de forma pública, la autorización y asignación de la partida correspondiente para cubrir el presupuesto del contrato, la verificación de que el contratista cumple con los requisitos necesarios y está debidamente inscrito en el Registro Único de Proveedores.

Es por lo expuesto que el consentimiento de la entidad administrativa, no puede estar basado en ningún momento por el silencio en la que esta incurra, ni puede pensarse en la existencia de una expresión de voluntad tácita, por eso es que se requiere que el funcionario

que actúe en la representación de la entidad, acredite legalmente esa facultad y solemnice el contrato mediante su firma (Martínez R. , 2014, pág. 102).

2.1.2.9. Objeto.

Conforme lo establece el CC en su Art. 1476, todo contrato debe tener un objeto, el cual consiste en la cosa o cosas que se tratan de dar, hacer o no hacer.

El objeto debe ser lícito, y no tendrá ese carácter cuando contravenga lo dispuesto en las normas del derecho público vigente en el país.

En los contratos administrativos el objeto, cumplen características similares, pues tiene por propósito el cumplimiento por parte del contratista de una obligación que puede ser de dar, hacer o no hacer, además debe cumplir otros criterios, como el de ser cierto, ser física y jurídicamente posible de cumplir, ser apreciable o determinable, y ser lícito (Farrando, 2002, pág. 412).

El objeto en los contratos administrativos está relacionado con las actividades que cumple la institución, y se orienta generalmente a la ejecución de obras, adquisición de bienes, prestación de servicios, o a cualquier otra prestación, que se requiere con la finalidad de atender al interés social público, materializado en la satisfacción de las necesidades cotidianas que plantea la población.

El objeto de ninguna forma puede ser ilícito, por lo tanto, la administración no puede intervenir en la celebración de contratos que representen un perjuicio para el Estado, o que estén en contradicción con los preceptos establecidos en las normas constitucionales y legales. El objeto debe estar enmarcado siempre dentro de los fines del Estado y de los atribuciones, facultades y competencias que le han sido conferidas de manera específica a la institución con la finalidad de procurar el buen vivir y el desarrollo de la sociedad.

2.1.2.10. Causa.

La causa lícita, es conforme al CC otro de los requerimientos indispensables que deben cumplirse dentro de la celebración de un contrato para que éste sea válido. Básicamente constituye en el motivo por el cual se produce este negocio jurídico.

Doctrinariamente es mayoritario el criterio, de que la causa en los contratos administrativos se basa en una causa fin, es decir en la necesidad que debe ser cubierta con la finalidad de atender un interés público predominante en la sociedad.

Esta causa es elemento esencial del contrato y debe ser observada durante todo el proceso de su ejecución, pues puede incidir notablemente en el hecho de que en uso de sus prerrogativas especiales la institución contratante pueda modificar las cláusulas contractuales (Cassagne, 2009, págs. 25-26).

La causa está directamente relacionada con el objeto lícito del contrato administrativo, puesto que, en forma previa a disponer el inicio de cualquier proceso contractual, la institución debe obligatoriamente realizar la correspondiente planificación a través de la cual pueda establecerse si existe una necesidad, es decir una causa que motive la celebración de un contrato.

La austeridad en el manejo de los recursos públicos, exige que los procesos de contratación sean convocados única y exclusivamente cuando exista la necesidad imperiosa de cubrir una necesidad ciudadana y de esta forma atender al interés público.

2.1.2.11. Forma.

Este elemento del contrato administrativo como su nombre lo indica, procura que sean celebrados en acatamiento estricto de los requisitos formales y de procedimiento que están contemplados en las normas legales. Se trata de contratos que están establecidos a un régimen previamente regulado.

La forma del contrato administrativo hace referencia a los requisitos que deben cumplirse en todo el proceso de contratación, que deberá cumplirse en todo su procedimiento atendiendo al principio de legalidad, que fue revisado anteriormente y que plantea que tiene que observarse

y verificarse de manera obligatoria todos los requisitos previstos en la ley, y que han sido determinados por la propia entidad contratante, en la elaboración de los correspondientes pliegos que son parte de cada uno de los procesos.

Los contratos administrativos, requieren cumplir con solemnidades y formalidades sustanciales prescritas en la ley, sin las cuales no pueden perfeccionarse, y menos declararse válidos (Pérez, López, & Aguilar, 2011, pág. 5).

Aunque resulta obvio, se debe señalar que los contratos administrativos deben celebrarse siempre por escrito, incluso algunas instituciones han elaborado formatos propios para la celebración de este tipo de contratos. No puede alterarse en ningún caso la forma del contrato por criterios que pretendan ser impuestos por parte del contratista, por las prerrogativas de las que goza la administración, debe acatar los parámetros establecidos en el contrato, por lo cual se advierte que en algunos casos el consentimiento o expresión de voluntad del contratista está exclusivamente manifestada en la decisión de adherirse a los términos planteados por la propia administración.

2.1.3. La recepción del contrato.

Una de las etapas esenciales dentro del proceso de contratación pública, que cumplen las entidades del Estado para la celebración de contratos, relacionados con la ejecución de obras, prestación de servicios o adquisición de bienes es la recepción del contrato, y es en esta etapa en la que es aplicable la notificación de la recepción de pleno derecho en la cual interviene el notario.

Para tener claro que es la recepción del contrato, es preciso señalar que la palabra recepción desde un punto de vista general, hace referencia a la acción de recibir algo. La recepción del contrato es el procedimiento por el cual la administración pública recibe el objeto del contrato, de parte del contratista.

Dromi (2001, pág. 614), señala que una vez que el contratista a ejecutado la prestación, y el objeto del contrato se encuentra terminado, conforme a las características establecidas en las cláusulas contractuales, está asistido del derecho a requerir a la administración para que realice

la correspondiente recepción, obviamente este acto será cumplido una vez que el ente administrativo realice la correspondiente verificación de la obra.

La recepción constituye el acto que pone fin a la relación entre entidad contratante y contratista, de esto se deduce que este vínculo jurídico está vigente hasta que no se haga la suscripción del acta correspondiente, aun cuando ya hubiere existido el cumplimiento fiel de todas las obligaciones previstas en el contrato.

Esto obedece al hecho de que, previo a practicarse la suscripción de la correspondiente acta de entrega recepción, deberá la administración a través del personal designado para el efecto por parte de la entidad contratante proceder a inspeccionar y verificar que el objeto del contrato, es decir la ejecución de la obra, la entrega de un bien o la prestación de un servicio se cumplieron cabalmente, y conforme al acatamiento estricto de las disposiciones previstas en el contrato.

Pese a que el acta de entrega recepción pone fin a la relación jurídica entre administración pública y contratista, éste queda sometido al cumplimiento de una obligación contractual, que consiste en el cumplimiento de la garantía técnica, que se aplica especialmente en aquellos casos de contratos cuyo objeto es la adquisición de bienes.

La recepción del contrato debe ser solicitada por el contratista a la entidad contratante, una vez que estime que se encuentran cumplidas todas las obligaciones que asumió en el contrato. Recibida la notificación, la institución debe emitir un pronunciamiento en el término de diez días respecto a si efectivamente se han cumplido o no todas las obligaciones contractuales. De determinarse que no se lo ha hecho, puede negare a la recepción a través de la expedición de una decisión administrativa debidamente motivada, esta negativa deberá ser notificada al contratista de forma escrita.

Cuando existan parámetros que deban ser modificados o enmendados en la ejecución del contrato, la entidad contratante debe solicitar esto al contratista, otorgándole el tiempo necesario para el efecto, el cual puede ser imputado como mora contractual, cuando se determine que el incumplimiento obedeció a culpa del contratista, esto da lugar incluso a la imposición de las multas que para el efecto deberán estar establecidas en el contrato (Pérez, López, & Aguilar, 2011, págs. 385-386).

La recepción, constituye un acto administrativo, que debe realizarse previa constatación por parte de la administración contratante a través de la comisión designada para el efecto, de que el contratista ha cumplido cabalmente y de forma estricta con todas las obligaciones que fueron asumidas por él al momento de celebrar el contrato, una vez verificado esto, se debe celebrar la correspondiente acta.

Las actas de recepción definitiva conforme al Art. 124 del Reglamento General a la LOSNCP, deben estar firmadas por parte de los integrantes de la comisión que la máxima autoridad de la entidad contratante designe para la recepción del contrato, por el contratista y por un técnico que no intervino en el proceso de ejecución.

Las actas de recepción deberán contener los siguientes elementos: antecedentes, condiciones para ejecución, condiciones operativas, liquidación de valores, liquidación de plazo, constancia de la recepción, cumplimiento de las condiciones del contrato, reajuste de precios cancelados o por cancelar, y las circunstancias que se estimen necesarias por parte de la administración. Si se trata de actas relacionadas con recepciones provisionales, se debe hacer constar en el antecedente la información relacionada con la recepción precedente, y la última recepción provisional deberá incluir una información sucinta de todas las que se realizaron con anterioridad.

Conforme lo previsto en el Art. 81 de la LOSNCP, existen algunas clases de recepción, la cuales son analizadas en la forma siguiente.

2.1.3.1. Recepción provisional.

Se trata de un acto administrativo formal, a través del cual la entidad contratante, procede a la recepción del objeto del contrato, de manera provisional, por cuanto quedaría sujeto a ser verificado dentro del término previsto en la ley, esta clase de recepción puede ser parcial o total. La recepción parcial se aplica en aquellos contratos en que el objeto del contrato puede ser recibido por etapas, o de una forma sucesiva (López, 2010, pág. 293).

De acuerdo con lo establecido en la LOSNCP y su Reglamento General, este tipo de recepción puede aplicarse en aquellos contratos cuyo objeto sea la ejecución de una obra, como

también en aquellos contratos integrales que se realizan por un precio fijo. En los cuales además de la recepción provisional habrá también una recepción definitiva.

En todo contrato para la ejecución de obras, es indispensable que se haga constar cláusulas específicas relacionadas con el procedimiento a seguir para realizar la recepción del objeto de la contratación. Una de las prácticas más aconsejables es la estipulación de una recepción provisional, y posteriormente la recepción definitiva.

Las recepciones provisionales permiten determinar si se ha cumplido con lo establecido en las recepciones precedentes en las que podrán hacerse constar observaciones al contratista para que se cumpla adecuadamente con el objeto del contrato.

En dichas observaciones, podrían hacerse constar diferentes aspectos como por ejemplo, daños causados por la ejecución de alguno de los rubros del contrato, pérdida o daño sufrido a consecuencia de acciones ajenas como delitos contra la propiedad, defectos que se han pasado por acto en recepciones precedentes y que si no son corregidos podrían representar daños que afecten la utilidad de la obra, defectos que a criterio de la fiscalización podrán subsanarse antes de que se solicite la recepción definitiva (Manual de Buenas Prácticas en la Contratación Pública para el Desarrollo del Ecuador, 2015, pág. 21).

2.1.3.2. Recepción definitiva.

Es un acto administrativo mediante el cual, cumpliendo las formalidades legales establecidas para el efecto, la institución contratante procede a recibir el objeto del contrato, por considerar que el contratista ha cumplido a total satisfacción con todas las obligaciones contractuales.

Al cumplirse la recepción definitiva se generan algunas consecuencias como la extinción de las obligaciones contractuales, a excepción de aquellas que estén vinculadas con garantías técnicas que deberá cumplir el contratista.

Se aplica principalmente en los contratos de obra, en general cuando se ha cumplido el tiempo previsto en el contrato o en la ley, desde que se hizo la recepción provisional; en los contratos de consultoría o de bienes, en los que recibe el nombre de recepción única, se aplica

o es procedente una vez que la entidad contratante ha recibido el objeto contractual (Ramírez, 2018, pág. 4).

De conformidad con el Art. 122 del Reglamento General a la LOSNCP, la recepción definitiva en los contratos de obra, es procedente cuando se haya cumplido el término que se estableció en el contrato, el cual en ningún caso podrá ser inferior a seis meses, que se contarán desde la fecha en que se suscribió el acta de recepción provisional total, o la última acta de recepción provisional parcial, en el caso en que las partes haya acordado la realización de varias de estas recepciones.

No obstante, lo señalado, por efecto de la misma disposición reglamentaria que se analiza, la recepción definitiva en los contratos de ejecución de obras, podrá realizarse en un término menor al indicado, si ha si lo ha establecido la entidad contratante, en los respectivos pliegos y en las cláusulas contractuales, esto cuando sea posible considerando la naturaleza de la obra.

Al tratarse de contratos de consultoría, una vez culminados todos los trabajos previstos el consultor entregará a la institución contratante un informe final provisional, la fecha de entrega de este informe se tomará en cuenta para controlar el cumplimiento del plazo contractual.

A excepción de aquellos casos en que en el contrato se haya señalado un término menor, la institución contará con quince días para emitir observaciones, y el consultor tendrá un término igual para resolver dichas observaciones y presentar un informe final que tendrá el carácter definitivo.

Conforme a la naturaleza del contrato, se podrán estipular términos mayores que deberán hacerse constar de forma obligatoria en las cláusulas contractuales. En estos contratos el acta de recepción definitiva, se suscribirá por las partes contratantes, en el plazo establecido en el contrato, verificándose para ello que no existan observaciones relacionadas con el trabajo ejecutado por el consultor y respecto del informe final del estudio o proyecto realizado.

2.1.3.3. Recepción parcial.

Existen contratos administrativos que por la naturaleza de la prestación que constituye el objeto de los mismos, pueden ser ejecutados de manera parcial o secuencial, es

decir por etapas o en forma sucesiva, es en este caso en donde se aplica la recepción parcial, que es el acto administrativo formal a través del cual se recepta la parte del contrato que ha sido ejecutada.

No existe mayor complejidad entender este tipo de recepción de los contratos administrativos, que como se observa claramente tiene aplicación en aquellos casos en que, por la naturaleza de la obra o servicio contratado, éstos pueden ser ejecutados y concluidos en fases sucesivas, para lo cual la Ley ha previsto la posibilidad de que sean receptados en cada una de esas fases, lógicamente mediante el cumplimiento del correspondiente acto administrativo de recepción.

Hay que anotar que, considerando la naturaleza del contrato, el cumplimiento de una fase de ejecución es requisito esencial para que se continúe con la siguiente, por lo tanto, será necesario realizar la recepción parcial de la fase concluida, siendo esta la finalidad por la que se ha incorporado esta clase de recepción.

Como se puede advertir se trata de una especie de recepción que tiene más aplicación en el caso de los contratos para la ejecución de obras, puesto que generalmente la construcción de éstas se cumple en etapas o períodos, comprendiendo cada una de éstas uno de los rubros que son propios de este tipo de procesos constructivos.

2.1.3.4. Recepción presunta o recepción de pleno derecho.

Este tipo de recepción constituye el objeto principal de la investigación desarrollada, pues es en ella en la que conforme a la LOSNCP y a su Reglamento General, tiene una participación el notario.

Respecto de este tipo de recepción la doctrina se ha manifestado calificándola como una recepción tácita o presuntiva. Constituye una de las formas en que puede aplicarse la recepción de los contratos administrativos, que se aplica en aquellos casos en que habiendo sido solicitada por el contratista no se cumple la recepción a consecuencia del silencio de parte de la entidad contratante que no formula ningún pronunciamiento respecto de lo solicitado. En estos casos se considera que la recepción ha operado de pleno derecho (Ramírez, 2018, pág. 4).

El Art. 81 de la LOSNCP, que se refiere a las clases de recepción, claramente establece que cuando el contratista haya presentado a la entidad contratante una solicitud de recepción, y ésta no realice ningún pronunciamiento, ni adoptare las acciones necesarias para iniciar la recepción, dentro del término contemplado en el Reglamento General a la referida ley, que es de diez días contados desde la presentación de la solicitud por parte del contratista. Si en ese término no se objeta la solicitud ni se presentan observaciones al cumplimiento de los términos establecidos en las cláusulas previstas en el contrato, operará la recepción de pleno derecho.

Para que se cumpla este tipo de recepción un Juez de lo Civil o un Notario, por solicitud expresa del contratista, deberá notificar de forma obligatoria, que la recepción se produjo, si existe negativa de parte de estos funcionarios, se aplicarán las sanciones correspondientes por parte del Consejo Nacional de la Judicatura.

El efecto que produce la recepción presunta definitiva, es la terminación del contrato, quedando por tanto a salvo el ejercicio de los derechos de las partes para exigir la liquidación que corresponde.

La declaración de recepción presunta, podrá operar también a favor de la institución contratante, en aquellos casos en que sean los contratistas con los que se celebraron contratos para la ejecución de obras, adquisición de bienes, prestación de servicios, o consultoría, cuando estas personas se entreguen a suscribir las actas de entrega recepción en las condiciones y plazos previstos en el contrato, o si no comparecieren a suscribirlas en el término de diez días de haberse realizado el requerimiento formal para la suscripción por parte de la institución contratante.

Este tipo de recepción será realizado por la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, a través de la expedición de una resolución debidamente motivada que tendrá que notificarse al contratista, a través de un Juez o Notario.

La recepción de pleno derecho, está fundamentada en el principio de legalidad, por cuanto se trata de una especie de recepción de los contratos administrativos que se encuentra establecida en la ley, que por lo menos de forma escueta, establece la forma en que ha de producirse la notificación para que se cumpla este tipo de recepción.

2.1.3.4.1. Revisión doctrinaria acerca de la recepción de pleno derecho.

Para sustentar de mejor forma el análisis que se está desarrollando acerca de la recepción de pleno derecho, resulta pertinente realizar una revisión considerando los diferentes criterios que han sido planteados desde la doctrina en relación a ella.

Conforme a lo manifestado por Arias (2018, pág. 97), la recepción de pleno derecho es aquella que se realiza mediante un acto ejecutado por el notario, a través del cual se declara la terminación del contrato administrativo, cuando ante los diferentes requerimientos del contratista para que se recepte el contrato, no ha existido ninguna respuesta por parte de la entidad pública contratante, esta recepción se hace efectiva a ruego del contratista, pero para ello el notario debe verificar y constatar los requerimientos que se han realizado a la entidad contratante y que efectivamente se ha cumplido con el objeto del contrato por parte de quien solicita la recepción, es decir por el contratista, cuando se produce la recepción de pleno derecho se genera como efecto jurídico la suspensión de las garantías y el pago por parte del contratista de otras obligaciones que puedan imputársele en razón del contrato.

Constituye la recepción de pleno derecho, una forma forzada de terminación de la relación contractual ente la entidad contratante y el contratista, que se aplica por mandato legal, y en la forma en que está concebida en la normativa ecuatoriana, no requiere verificación de ninguna clase, pues cuando existe falta de respuesta de la entidad de la administración pública al pedido del contratista de que se le recepte el contrato, únicamente se aplica de forma directa y sin más trámite la recepción de pleno derecho, por lo tanto no existe consideración alguna respecto si se ha cumplido o no con las cláusulas contractuales y con las condiciones técnicas o económicas del contrato, esta clase de recepción genera efectos jurídicos inmediatos como la terminación de la relación contractual, y la aceptación por parte de la administración del objeto del contrato y de los valores que le corresponda cancelar conforme a la liquidación económica (Arias, 2018, pág. 99).

A través de la recepción de pleno derecho se garantiza la vigencia de los derechos del contratista, ya que mediante esta figura jurídica se conmina a que la administración cumpla las obligaciones que asumió en el contrato, ya que de mantenerse de forma permanente el silencio de la entidad contratante, respecto de la petición del contratista de que se le reciba el objeto del contrato, evidentemente se estaría vulnerando los derechos del contratista, por lo tanto se establece esta especie de recepción con la finalidad de buscar un cierto equilibrio entre los

derechos de las partes. Se convierte también la recepción de pleno derecho en una especie de sanción a las entidades públicas que, incurriendo en un silencio administrativo, generan el incumplimiento de las obligaciones que asumieron al momento de participar en la celebración del contrato (Arias, 2018, pág. 88).

Jeria (2014, pág. 47) sostiene que la recepción de pleno derecho se verifica no solamente a consecuencia de que la administración ha incurrido en silencio administrativo, respecto de los requerimientos que realiza el contratista para la recepción de la obra, sino que se ejecuta mediante el accionar de un notario, provocando como consecuencia la extinción de todas las obligaciones provenientes del contrato.

2.1.3.4.2. La recepción de pleno derecho en la legislación comparada.

La contratación pública no es una práctica que tiene vigencia solamente en el Ecuador, pues todos los Estados del mundo requieren la celebración de contratos con particulares o entre entidades estatales con la finalidad de poder atender a las diferentes necesidades y prestar los servicios que requiere la población, por eso resulta oportuno realizar una revisión acerca de la forma en que se ha regulado la recepción de pleno derecho en las legislaciones de otros países, propósito con el cual se ha tomado como referencia las siguientes legislaciones.

2.1.3.4.2.1. En Argentina.

En la legislación de Argentina, se encuentra vigente el denominado Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional (2016), en el cual no se ha regulado de forma específica la recepción de pleno derecho, sin embargo, existe una normativa que hace referencia a la forma en que se procederá respecto de la recepción de los contratos cuando existe el silencio de la entidad administrativa.

La norma a la que se hace alusión es el Art. 89 del Régimen antes mencionado, en la que expresamente se establece que la aceptación de la recepción definitiva se concretará en un plazo de diez días desde que se receptaron los bienes o servicios que constituían el objeto del contrato, salvo que en los pliegos precontractuales o en las cláusulas del contrato se hubiere establecido un plazo distinto. Y aclara que, cuando se produzca silencio por parte de la administración,

una vez que haya fenecido dicho plazo el proveedor podrá solicitar que se recepte el objeto del contrato, y si no existe un pronunciamiento dentro de los diez días posteriores a que se presentó dicha solicitud, los bienes o servicios objeto del contrato se considerarán que han sido recibidos de conformidad con lo acordado en el contrato por parte de la entidad.

2.1.3.4.2.2. En Venezuela.

En la legislación vigente en Venezuela en materia de contratación pública no se regula de manera específica la recepción pleno derecho, en Art. 188 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas (2009), se encuentra prevista una recepción definitiva unilateral, la que se aplica cuando el contratista no presenta la solicitud de recepción definitiva de la obra, en cuyo caso la entidad contratante podrá proceder a realizar este procedimiento sin que intervenga el contratista, quien será previamente notificado a través del órgano administrativo competente, que dispondrá el cierre de todas las operaciones relacionadas el contrato objeto de la recepción.

2.1.3.4.2.3. En Perú.

En la legislación peruana se encuentra vigente la denominada Ley de Contrataciones del Estado (2014), en la que no existe una regulación específica acerca de la recepción de pleno derecho, pero en cambio en el Art. 42, se refiere a que los contratos en los que intervienen las entidades del Estado peruano, culmina con la liquidación y pago correspondiente, conformen a las planillas que sean presentadas por el contratista, dentro de los plazos y con la verificación de los correspondientes requisitos de carácter reglamentario, si no existe un pronunciamiento por parte de la administración, dentro de los plazos previstos en la normativa, la liquidación que presente el contratista se tendrá por aprobada, y generará todos los efectos legales que les correspondan.

Es decir, en la legislación peruana se considera el silencio de parte de la administración, como causa suficiente para que la liquidación que presenta el contratista, se apruebe y produzca todas las consecuencias de orden jurídico que provienen de la recepción del contrato, especialmente se genere la obligación de pago en favor del contratista y éste cuente con un mecanismo para exigir sus derechos derivados del contrato ante la entidad contratante.

2.1.3.4.3. Actuación del notario en la recepción de pleno derecho.

Atendiendo al sentido literal de los preceptos contenidos en el Art. 81 de la LOSNCP y 122 de su Reglamento General, la actuación del notario se limita al acto de notificar a la entidad contratante, o al contratista, con la declaración de que ha operado la recepción de pleno derecho. Este acto tendrá como efecto la terminación del contrato y la posterior liquidación de los valores que correspondan.

La notificación de acuerdo con el Art. 65 del COGEP, es un acto procesal a través del cual se informa a las partes de un proceso o a las personas, que deben cumplir con una disposición de autoridad competente, o aceptar una designación que ha realizado el Juez, dentro de la sustanciación de un proceso debe notificarse a las partes todas las providencias judiciales.

En el caso que nos ocupa, es decir, la recepción de pleno derecho de los contratos administrativos o públicos, la notificación a la que se refiere la legislación especial vigente en materia de contratación pública, es el acto a través del cual el notario hace conocer a la entidad contratante o al contratista, que se ha cumplido la recepción definitiva del contrato y que en consecuencia entran en vigencia los efectos que este acto genera para las partes que intervinieron en el contrato.

2.1.4. El debido proceso.

Se ha planteado en esta investigación que existe una cierta discrepancia entre la regulación de la recepción de pleno derecho, en la ley y reglamento que rige la contratación pública y el derecho al debido proceso y algunas de sus garantías que están contempladas en el ordenamiento constitucional, por eso es preciso señalar brevemente algunos criterios para entender lo que es el debido proceso.

Conforme con Cueva (2013), el debido proceso hace referencia al a sustanciación de un procedimiento jurídico o legal, de tal manera que se asegure plenamente los derechos de las partes que intervienen en él, es la manera en que la CRE y la Ley, han establecido, para el desarrollo de los procedimientos, de forma que se protejan irrestrictamente los derechos de los justiciables.

El debido proceso, en el caso de la recepción de pleno derecho, en la actualidad se encuentra establecido en el Art. 81 de la LOSNCP y en el Art. 122 de su Reglamento General, pero las disposiciones contenidas en estas normas resultan actualmente demasiado limitadas, y es la propia normativa la que puede provocar que se pongan en riesgo garantías del debido proceso que están expresamente reconocidas en la CRE, como se puede observar en el desarrollo del siguiente subtema.

2.1.5. Análisis de la recepción de pleno derecho prevista en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública desde la perspectiva del debido proceso y los principios del derecho notarial.

Como ya se ha mencionado en algunas ocasiones, la normativa legal y reglamentaria vigente en el Ecuador sobre la recepción de pleno derecho circunscribe la actividad del notario y la del propio juez de lo civil, a la notificación que se realiza a la contra parte de que ha operado la recepción.

La legislación que regula la recepción de pleno no establece que se otorgará un espacio de tiempo a la entidad contratante con la finalidad de que pueda responder la notificación realizada por el notario, esto representa una vulneración para el derecho a la defensa, en el sentido de que nadie puede ser privado de ejercer mecanismos de defensa, en ninguna etapa o grado de un procedimiento judicial o legal, y de que se deberá contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar esa defensa.

La LOSNCP y su Reglamento General, no establecen la obligatoriedad de que el contratista o la entidad contratante que requieren la actuación del notario, para que se realice la recepción de pleno derecho, presenten elementos probatorios para justificar que se ha realizado la solicitud de recepción, y que ha existido silencio o negativa de la contraparte a realizar la recepción definitiva del contrato. De esta forma se vulnera el derecho a la defensa, por cuanto no se exige prueba en cuanto a que existe el fundamento necesario para practicar la notificación.

También se pone en riesgo el derecho de motivación de las decisiones de los poderes públicos, pues conforme a la normativa vigente en materia de contratación pública, la única actuación del notario es la de notificar, sin embargo la ley no señala que esta notificación deberá estar motivada por ejemplo en el hecho de que el requirente ha justificado que se ha solicitado

la recepción definitiva y que ha existido silencio o inactividad por parte de la entidad contratante, o negativa de parte del contratista.

Otra de las garantías previstas en la CRE, que debido a las limitaciones existentes en el régimen jurídico legal y reglamentario de la recepción de pleno derecho, se pone en riesgo es la seguridad jurídica. Pues dicha normativa no cumple con el criterio de claridad, y por tanto la potestad conferida al Juez de lo Civil y al Notario, no permite identificar objetivamente el camino a seguir para que se pueda aplicar dicha potestad, sin que ello implique vulneración de derechos para ninguna de las dos partes.

En cuanto se refiere a los principios notariales, la recepción de derecho en la forma en que está concebida actualmente, no cumple con el principio de veracidad, pues no permite que el notario cuente o exija al requirente elementos a través de los cuales se pueda establecer que el pedido está adecuadamente fundamentado y que se basa en el hecho de que ha existido falta de pronunciamiento o negativa de la parte a la que se va a notificar.

También se afecta el principio de intermediación, por cuanto la única parte contratante que tiene relación con el notario, es aquella que hace el requerimiento para que se notifique a la otra. Sin embargo, el sujeto contractual al que se va a extender la notificación no tiene ningún contacto con el notario, puesto que únicamente se limitaría a dar cumplimiento a las obligaciones que le impone el hecho de que al ser notificados operaría la recepción definitiva del contrato.

Finalmente, se pone en riesgo el derecho a la seguridad jurídica ya que, por las limitaciones exigentes en los preceptos legales y reglamentarios, el notario no cuenta con preceptos que le permitan realizar de mejor forma la potestad que puede ejercer en el procedimiento de recepción de pleno derecho, y en consecuencia su actuación podría lesionar también los derechos y principios que ya se han mencionado.

2.1.6. Análisis para sustentar la solución en relación al problema planteado.

El análisis realizado a la normativa vigente en la LOSNCP, permite establecer que este cuerpo legal de modo muy escueto regula lo concerniente a la recepción de pleno derecho, y confiere una potestad a los notarios sin delimitar los mecanismos adecuados para garantizar que

este tipo de recepción se cumpla en acatamiento a las normas de la CRE respecto al debido proceso y sobre todo que garantice adecuadamente los derechos de las partes.

La recepción de pleno derecho es un mecanismo al que frecuentemente acuden de manera principal los contratistas, y lo hacen ante el silencio o negativa en que incurre la entidad contratante, frente al pedido de que se realice la recepción definitiva del contrato, circunstancia que obedece generalmente a aspectos de carácter económico relacionado con el financiamiento de las obras y la provisión de los recursos necesarios para honrar las obligaciones económicas que de la celebración del contrato se deriva para las instituciones.

Especialmente en los últimos tiempos en la Ecuador, debido a las circunstancias de orden político y económico, se ha producido un marcado incumplimiento de parte de las entidades públicas en relación con las obligaciones económicas que asumen para con los contratistas, por lo tanto, la recepción de pleno derecho es el mecanismo a través del cual estas personas pretenden que se les garantice sus derechos. Sin embargo, hay que reconocer también la existencia de muchos contratos, en los que son los contratistas la parte que incumplen las obligaciones establecidas de acuerdo a las cláusulas contempladas en el contrato, y en este caso son las entidades las que deben recurrir a la aplicación de la recepción de pleno derecho.

La revisión de la legislación comparada, ha permitido establecer que no sólo en el caso ecuatoriano se prevé la posibilidad de que exista una omisión de las entidades o de los contratistas respecto del pedido de la contraparte de que se realice la recepción del contrato, sino que esta es una situación que está contemplada en algunas legislaciones como las que han sido citadas en este trabajo, lo cual deja entrever que lo que procura el legislador es otorgar un mecanismo para garantizar los derechos de las partes contractuales, que cumpliendo sus obligaciones exigen la recepción del contrato.

Ahora, es fundamental que la recepción de pleno derecho, no se convierta en un mecanismo a través del cual se pretenda la recepción de contratos que no han sido ejecutados de conformidad con los compromisos asumidos por cada una de las partes y cuyo objeto contractual no se encuentre cumplido adecuadamente, pues puede darse el caso de que un contratista pretenda que se recepte de pleno derecho un contrato que no cumple con las condiciones pactadas con la entidad contratante, o que alegue la negativa a la recepción, sin haber solicitado la misma en la forma prevista en la ley.

La recepción de pleno derecho en la forma en que se encuentra concebida legalmente en la normativa actual, no garantiza los derechos de las partes de manera eficiente, y no asegura el cumplimiento de las garantías del debido proceso, por lo tanto, el marco legal que la contiene en la actualidad no garantiza de manera eficiente el derecho a la seguridad jurídica para las partes contractuales, situación que puede repercutir también en una afectación para los intereses de la sociedad en general, por la relación que existe entre los contratos administrativos y la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos.

Frente a la situación anterior surge la necesidad evidente de delimitar de mejor forma la recepción de pleno derecho en la LOSNCP, incorporando disposiciones que permitan garantizar los derechos de las partes contractuales de forma eficiente, y asegurando también el cumplimiento de un debido proceso, de allí que surge la necesidad de solucionar esta problemática mediante la elaboración de una propuesta jurídica de reforma, para lo cual se realiza el planteamiento propositivo en la parte final de este trabajo investigativo, que procura un desarrollo normativo más amplio acerca de la recepción de pleno derecho a objeto de que este mecanismo legal cumpla el propósito para el que ha sido incorporado en la legislación ecuatoriana.

2.2. METODOLOGÍA

2.2.1. Modalidad

El diseño metodológico de esta investigación se ubica dentro del enfoque cualitativo y cuantitativo. Es cualitativa por cuanto en el desarrollo de la fundamentación teórica se presenta un amplio contenido doctrinario y jurídico que permite describir y entender la problemática en base al análisis de las opiniones de diferentes tratadistas nacionales e internacionales, y también se revisa particularmente las disposiciones jurídicas de rango constitucional y legal que tiene relación con el problema de estudio.

La parte cualitativa de la investigación está representada por el análisis de las opiniones de notarios y abogados, con conocimiento en contratación pública, quienes aportan de manera directa a través de las técnicas de la encuesta y la entrevista, sus criterios y respuestas, frente al problema investigado.

Se trata además de una investigación de sustento bibliográfico documental, pues como ya se ha dejado sentado, está basada en el criterio de diferentes autores que se han ocupado del estudio y análisis del derecho notarial, y también está basada en el análisis pormenorizado de las disposiciones pertinentes de la legislación notarial y de la normativa vigente en materia de contratación pública, que se relacionan de una forma directa con la recepción de pleno derecho y con la intervención que hace el notario en este acto.

2.2.2. Población y Muestra

Como el escenario geográfico en donde se desarrolla esta investigación es en la ciudad de Guayaquil, y el número de notarios y de profesionales del derecho en libre ejercicio es bastante considerable, se prefirió la realización de un muestreo directo seleccionando a criterio del investigador a cinco notarios y a veinte abogados, con la finalidad de aplicar la entrevista y la encuesta, como técnicas para la obtención de información de campo acerca del problema investigado.

En el cuadro siguiente se hace un detalle de la población y de la muestra seleccionada para la aplicación de la investigación.

Tabla 1.- Población y Muestra

UNIDADES DE OBSERVACIÓN	POBLACIÓN	MUESTRA
Notarios de la ciudad de Guayaquil	80	5
Abogados en libre ejercicio	8200	40
Total de individuos participantes		45

Fuente: Lineamientos metodológicos para la investigación

Elaboración: Ab. Simón Julián Aguayo Zapata

También es importante en esta parte de la investigación, en cumplimiento de las directrices y el modelo implementado para el desarrollo de este tipo de estudios, se realice la descripción de las unidades de análisis jurídico que sirvieron de sustento de la parte teórica de la investigación, las mismas que se resumen en la forma en que se detalla en el siguiente cuadro.

Tabla 2.- Unidades de Análisis para la fundamentación jurídica

UNIDADES DE OBSERVACIÓN	MUESTRA
Ley Notarial, Arts. 6, 18	2
Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Arts. 1, 2, 6,62, 63, 78, 79, 81	8
Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Arts. 109, 122, 124	3
Código Orgánico General de Procesos, Art. 205	1
Código Civil, Arts. 1454, 1462, 1476	3
Constitución de la República del Ecuador, Arts. 75, 76, 82	3

Fuente: Lineamientos metodológicos para la investigación

Elaboración: Ab. Simón Julián Aguayo Zapata

2.2.3. Métodos de Investigación

Se aplicó los siguientes métodos considerando las características de cada una de las fases del proceso investigativo.

Método inductivo – deductivo. Es un método que se empleó para referirse en detalle a cada uno de los aspectos particulares que presenta el problema de estudio y luego llegar a establecer como la regulación de la recepción de pleno derecho, en la forma en que está planteada en la actualidad puede representar una vulneración de las garantías del debido proceso y una inobservancia a los principios del derecho notarial.

Método descriptivo. Fue empleado en la parte teórica de la investigación con la finalidad de describir y delimitar la problemática investigada, así como cada una de las categorías conceptuales cuyo análisis y comprensión resultaba indispensable para la adecuada fundamentación del estudio.

Método analítico sintético. Se empleó este método con la finalidad de analizar las diferentes opiniones doctrinarias existentes acerca de los temas que forman parte de la

fundamentación teórica y presentar de forma sintética las opiniones que se plantean sobre cada uno de ellos. También se empleó para analizar y sintetizar la información obtenida de parte de las personas entrevistadas y encuestadas.

Método estadístico. Se aplicó con la finalidad de poder presentar los resultados obtenidos mediante la aplicación de encuestas, que se reportan con la elaboración de cuadros estadísticos y el detalle de la interpretación de la información que se reportó mediante el empleo de este procedimiento.

2.2.4. Procedimiento

El desarrollo de todo el proceso investigativo y la elaboración del presente examen complejo demandó la ejecución de las siguientes fases.

Primera fase: Se cumplió con el desarrollo de la introducción que comprende el problema, los objetivos y una breve descripción conceptual relacionada con la problemática que se estudia.

Segunda fase: En esta fase se ejecutó el desarrollo, que abarca aspectos como el planteamiento del problema, la fundamentación metodológica con la descripción de los criterios doctrinarios y el análisis de la normativa jurídica que se relaciona con el objeto de estudio que se abordó.

Tercera fase: Es la fase que abarca la presentación de los resultados de la investigación, la elaboración de conclusiones y recomendaciones y la estructuración de una propuesta de reforma a través de la cual se pretende que la recepción de pleno derecho establecida en la LOSNCP y su Reglamento General, cuente con un marco jurídico que se adapte a las garantías del debido proceso que establece la CRE y a los principios en los que se fundamenta el derecho notarial como disciplina.

CAPÍTULO 3

CONCLUSIONES

3.1. ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN

Como se detalló en la descripción de la metodología empleada, como técnica para recopilar información sobre la problemática y la forma en que esta se verifica en la práctica notarial ecuatoriana se recurrió a la entrevista que fue aplicada al azar a cinco notarios que desempeñan su actividad en la ciudad de Guayaquil, el resultado de este trabajo se reporta y analiza a continuación.

Los notarios participantes, señalan que la recepción de pleno derecho es un procedimiento aplicable en materia de contratación pública, que se encuentra regulado en la LOSNCP y en su Reglamento General, señalan que especialmente en los últimos tiempos existe una significativa incidencia de la utilización de esta clase de recepción por cuanto se hace evidente un marcado incumplimiento de parte de las entidades, que no realizan las acciones necesarias para proceder con la recepción de los contratos, por lo que son generalmente los contratistas los que acuden a solicitar el auxilio del notario para que se culmine con el proceso y se realice la correspondiente liquidación, que corresponde practicarse para la cancelación de todos los valores que implicó la ejecución del contrato.

Los titulares de las notarías que participaron de la entrevista señalan que en algunas ocasiones han devenido intervenir en la realización de notificaciones, especialmente a las entidades públicas, uno de los entrevistados señala y explica que como se aplica para cualquiera de las dos partes contratantes, en algunas ocasiones ha intervenido notificando tanto a las instituciones públicas como a los contratistas para que culminen el proceso contractual, firmando las correspondientes actas de recepción.

Respecto a la actuación que deben realizar los notarios dentro del procedimiento de recepción provisional, señalan que ésta se circunscribe a extender una notificación a la otra parte con la solicitud que hace el requirente, respecto de que se proceda con la recepción definitiva del contrato, y con la realización de la correspondiente liquidación, el acto de notificación debe realizar el notario de una forma directa.

Los notarios entrevistados manifiestan que las disposiciones que están previstas en la LOSNCP y su Reglamento General, no son suficientes para regular la recepción de pleno derecho, ya que existen vacíos en cuanto al procedimiento que debe seguirse tanto para la presentación de la solicitud o pedido al notario, como respecto de la actuación que este debe tener y al procedimiento posterior a la notificación, de este criterio son cuatro de las personas participantes, por lo tanto asumen que se podría afectar los derechos de las partes y también incumplir con los principios que inspiran al derecho notarial como disciplina. Sin embargo, existe un entrevistado que señala que la normativa es adecuada puesto que señala claramente cuál es la actuación del notario, en lo demás manifiesta que deberá estarse a lo que dispone la Ley para la liquidación de este tipo de contratos y a los acuerdos que hayan establecido las partes en las cláusulas del contrato, por lo que no considera que podría producirse una violación al debido proceso ni a los principios notariales.

Los notarios entrevistados en un número de cuatro, están de acuerdo en que a través de una reforma debería regularse más ampliamente lo relacionado con la recepción de pleno derecho especialmente para garantizar el cumplimiento de los derechos de las partes contractuales; por su parte uno de los notarios estima que no sería conveniente realizar el planteamiento de ningún tipo de reforma.

Los criterios de los profesionales del derecho que cumplen actualmente funciones de notario en la ciudad de Guayaquil, son importantes para poder establecer la existencia de la problemática investigada, puesto que mayoritariamente aceptan la existencia de limitaciones en las normas que regulan la recepción de pleno derecho en la LOSNCP y en su reglamento general de aplicación, dado que no se regula de forma amplia este tipo de recepción, lo cual podría implicar que exista una vulneración de los derechos y garantías de las partes, especialmente por cuanto no se contempla la posibilidad de que puedan ejercer medios de defensa, antes de que opere como efecto la recepción definitiva y tenga que procederse a la liquidación del contrato, de igual forma estiman que para que exista suficiente seguridad jurídica es necesario que la normativa sea amplia y guarde armonía con los preceptos constitucionales sobre el debido proceso y con los principios notariales, de modo que se cumpla adecuadamente con este tipo de recepción, y que este acto tenga como finalidad que en un marco legal conforme a lo acordado se cumplan las estipulaciones del contrato, tanto por la entidad contratante como por el contratista y este tenga la posibilidad de recibir los valores que en justicia le corresponden cuando ha ejecutado el objeto del contrato en los términos convenidos.

En cuanto a los criterios que se obtuvieron en las encuestas, en primer lugar, se preguntó a los participantes, sobre si la recepción de pleno derecho de los contratos administrativos o contratos públicos se encuentra regulada en la legislación ecuatoriana, la información que se obtuvo se reporta en el siguiente cuadro.

Tabla 3.- Regulación de la recepción de pleno derecho de los contratos administrativos en la legislación ecuatoriana.

RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	40	100,00
NO	0	0,00
TOTAL	40	100,00

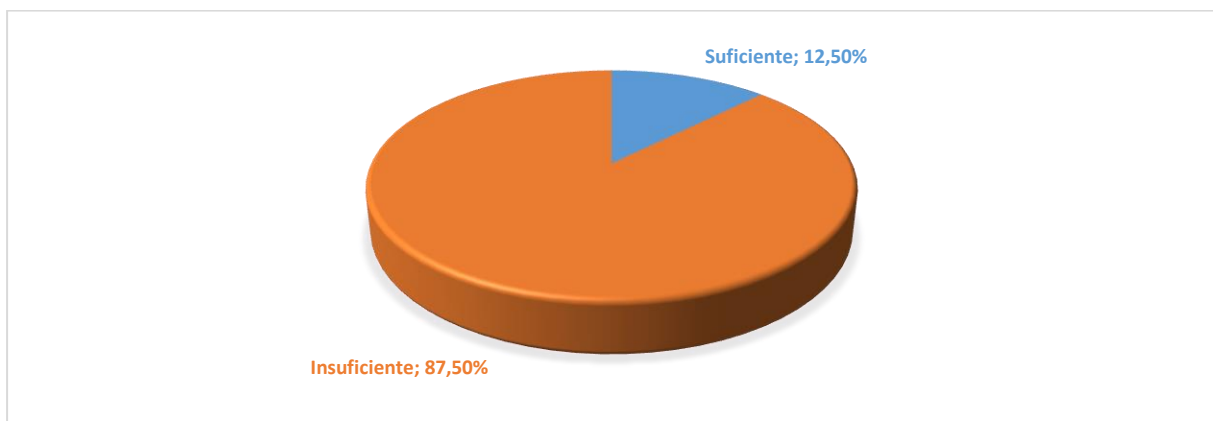
Fuente: Criterios obtenidos de los abogados encuestados

Elaboración: Ab. Simón Julián Aguayo Zapata

Los encuestados en su totalidad señalan que la recepción de pleno derecho se encuentra regulada en la legislación ecuatoriana, este criterio se ajusta a la realidad por cuanto como hemos observado en el desarrollo de la investigación, esta clase de recepción se encuentra contemplada tanto en la LOSNCP y en su Reglamento General.

Sobre la suficiencia del régimen jurídico que se refiere a la recepción de pleno derecho en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, los encuestados aportaron los criterios que se presentan en el siguiente gráfico.

Gráfico 1.- Criterios sobre el régimen legal de la recepción de pleno derecho en el Ecuador



Fuente: Criterios obtenidos de los abogados encuestados

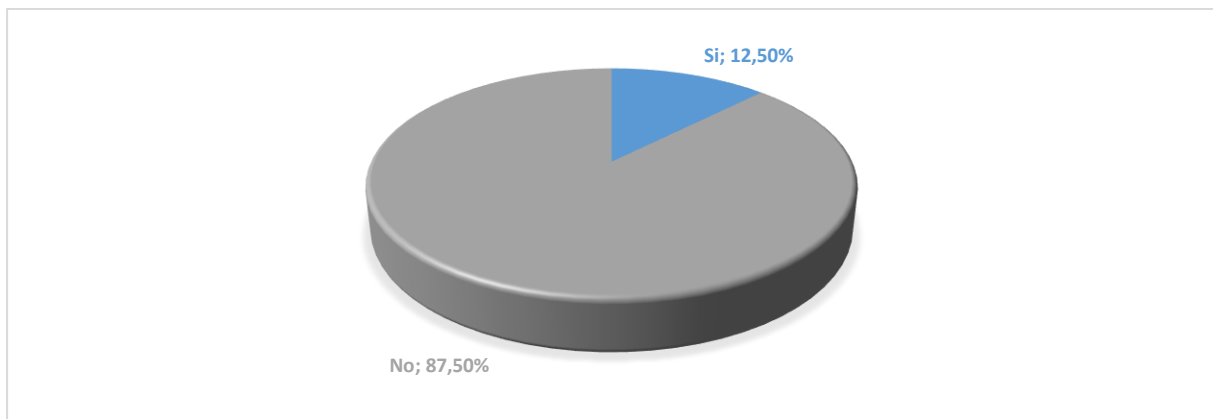
Elaboración: Ab. Simón Julián Aguayo Zapata

Cinco participantes de la encuesta que representan el 12,50% sostiene que la normativa contemplada en la LOSNCP y su Reglamento General, es suficiente para regular la recepción de pleno derecho de los contratos administrativos; el 87.50% representada por treinta y cinco encuestados consideran que la legislación no es suficiente.

Los criterios que se presentan de parte de la población encuestada permiten establecer que el régimen jurídico previsto en la legislación ecuatoriana, para regular la recepción de pleno derecho no es suficiente, situación que confirma lo que se ha venido manifestando en este trabajo investigativo, en el sentido de que existen limitaciones que impiden contar con un marco jurídico expedito para regular este tipo de recepción.

También se consultó a las personas encuestadas, si la legislación existente sobre la recepción de pleno derecho, es suficiente pagara garantizar que en este procedimiento se cumplan las garantías del debido proceso, los resultados que se obtuvieron se reportan en el siguiente gráfico.

Gráfico 2.- Las normas que regulan la recepción de pleno derecho permiten que en este procedimiento se cumplan las garantías del debido proceso.



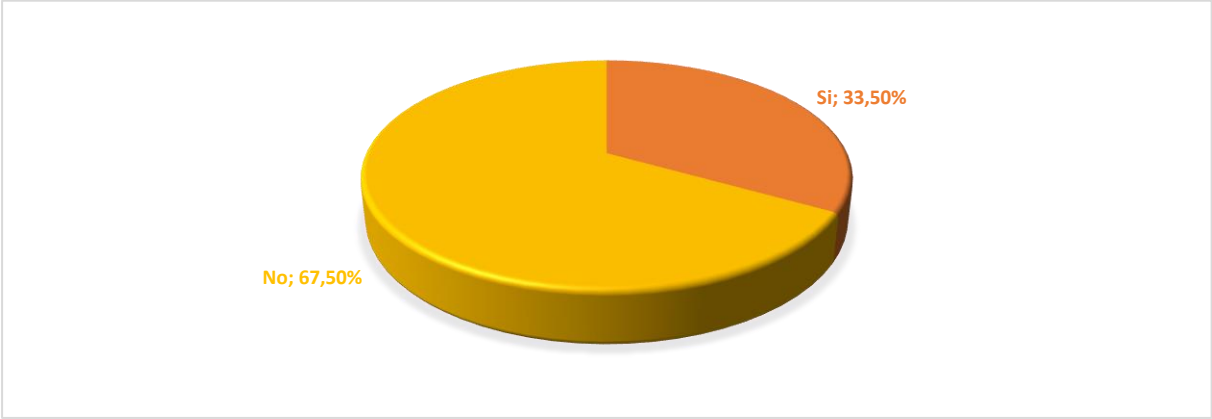
Fuente: Criterios obtenidos de los abogados encuestados

Elaboración: Ab. Simón Julián Aguayo Zapata

Como se puede observar treinta y cinco encuestados que representan el 85% de la población investigada, señalan que las normas existentes en la legislación ecuatoriana sobre la recepción de pleno derecho, no son adecuadas para garantizar que se cumpla dentro de este procedimiento con las garantías del debido proceso, que establece el marco constitucional ecuatoriano.

También era importante conocer, el criterio de los profesionales encuestados, en relación a si las normas que rigen la regulación de pleno derecho, son suficientes para garantizar que en este procedimiento puedan cumplirse los principios notariales, en este sentido se obtuvo el criterio de veintisiete encuestados que representan el 67.50% de la población investigada, que señalan que no se ajusta la normativa existente a los principios que rigen en derecho notarial.

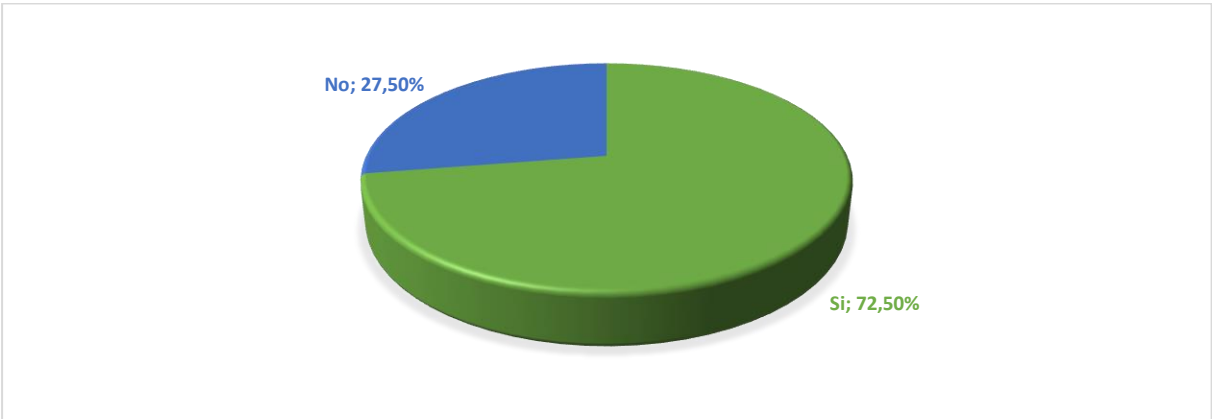
Gráfico 3.- La normativa vigente sobre la recepción de pleno derecho permite que en este procedimiento se cumplan los principios notariales.



Fuente: Criterios obtenidos de los abogados encuestados
Elaboración: Ab. Simón Julián Aguayo Zapata

Finalmente se preguntó a las personas encuestadas si estarían de acuerdo con que se instrumente una reforma a la LOSNP y a su Reglamento General, con la finalidad de regular de mejor forma la recepción de pleno derecho de los contratos en los que interviene la administración, la información que se obtuvo se reporta en el siguiente gráfico.

Gráfico 4. Es necesario realizar una reforma para regular adecuadamente la recepción de pleno derecho.



Fuente: Criterios obtenidos de los abogados encuestados
Elaboración: Ab. Simón Julián Aguayo Zapata

Como se puede observar en el gráfico que precede la mayoría de las personas encuestadas están de acuerdo con que debería realizarse una reforma a la legislación ecuatoriana que se regula la recepción de pleno derecho en los contratos administrativos, criterio que avala el planteamiento que en este sentido se realizará en la parte final de este trabajo.

3.2. CONCLUSIONES

- El debido proceso es el conjunto de garantías que deben cumplirse en todos los procedimientos que generan derechos y obligaciones para las partes, por lo tanto, es de obligatorio cumplimiento en los procedimientos contractuales relacionados con los contratos administrativos, y también en la recepción de pleno derecho que de acuerdo con la LOSNCP es una atribución que se le confiere a los notarios.
- La recepción de pleno derecho es un procedimiento aplicable en materia de contratación pública que se encuentra relacionado con la normativa prevista en la CRE, en la LN y en la LOSNCP, siendo en este último cuerpo legal en donde se identifican vacíos y limitaciones en la normativa que regula este tipo de recepción.
- La recepción de pleno derecho, es un procedimiento que se encuentra contemplado en la LOSNCP y en su Reglamento General, que se aplica cuando de parte de la empresa contratante o del contratista, existe silencio respecto de la solicitud para que se realice la recepción definitiva del contrato, tiene una aplicación bastante frecuente en la práctica notarial ecuatoriana, siendo especialmente los contratistas los que requieren que el notario proceda con la notificación a la entidad contratante, situación que obedece especialmente a los diferentes problemas que se dan para que las entidades procedan a la recepción definitiva de los contratos, cuestión que obedece al inadecuado manejo administrativo en materia de contratación.
- La regulación que actualmente existe de la recepción de pleno derecho en la LOSNCP y su Reglamento General, es bastante limitada y se circunscribe únicamente a establecer que el Juez de lo Civil o el Notario, deberán proceder a notificar a la contraparte, empresa contratante o contratista, de que se ha operado la recepción del contrato, sin establecer un procedimiento adecuado y coherente con la garantía efectiva de los derechos de las partes contractuales y el debido proceso.

- Los criterios obtenidos de parte de los profesionales encuestados y entrevistados permiten determinar que las limitaciones existentes en el régimen jurídico de la recepción de pleno derecho contemplado en la actualidad en la LOSNCP y su Reglamento General, representan un riesgo para el cumplimiento del debido proceso y las garantías que en relación con este derecho están contempladas en el ordenamiento constitucional del Ecuador, como también para la verificación y cumplimiento de los principios que rigen el derecho notarial.
- Es necesario el planteamiento de una propuesta jurídica de reforma a la LOSNCP a través de la cual se incorpore un procedimiento para que la recepción de pleno derecho sea un procedimiento que se ajuste al debido proceso y que garantice eficientemente los derechos de las partes contractuales, con esta finalidad se realiza la presentación dicha propuesta en la parte final de la investigación.

3.3. RECOMENDACIONES.

- Es necesario que la Asamblea Nacional revise el régimen establecido en la LOSNCP y su Reglamento General, respecto de la recepción de pleno derecho, y se incorpore una reforma para regularla de mejor manera estableciendo un procedimiento que garantice los derechos de las partes contractuales y el debido proceso, además de permitir que se cumpla con los principios de derecho notarial, para dar la suficiente validez y eficacia jurídica a este acto notarial.
- Debe establecerse en la reforma sugerida en el párrafo anterior, de manera específica los procedimientos a seguir en la recepción de pleno derecho solicitada por el contratista, y en la que solicite la entidad contratante, puesto que en ambos casos el solicitante deberá cumplir con requisitos específicos que determinen la negativa de la otra parte a recibir el contrato en los términos acordados.
- A los notarios, para que en los casos que sean requeridos con la finalidad de que procedan a notificar la recepción de pleno derecho de un contrato administrativo o público, se cercioren efectivamente de que ha existido una falta de pronunciamiento de parte de la entidad contratante o del contratista, para ello el requirente tendrá que justificar que ha

presentado la correspondiente solicitud y de que la contraparte ha omitido pronunciarse sobre la recepción definitiva.

- A los notarios para que, como requisito previo a la notificación de la recepción de pleno derecho, exijan la presentación de documentos habilitantes a través de los cuales sea posible obtener la certeza necesaria de que la parte que solicita la recepción ha cumplido con todas las obligaciones derivadas del contrato, para de esta forma garantizar que esta especie de recepción no sea utilizada como una forma de ocasionar daño a las entidades contratantes.
- Siendo uno de los efectos de la recepción de pleno derecho la terminación definitiva del contrato y por cuanto ésta genera algunas obligaciones especialmente para la parte contractual a la cual se notifica con la recepción, es fundamental que este procedimiento se ajuste a la normativa que para el efecto se encuentra planteada en la propuesta de reforma que se presenta en este trabajo investigativo.
- Es necesario recomendar a las entidades públicas, que intervienen en la celebración de contratos para la ejecución de obras, compra o arrendamiento de bienes, o prestación de servicios, que cumplan adecuadamente con todos los procedimientos contractuales, a objeto de que puedan culminarse en la forma que dispone la ley, respetando los derechos de los contratistas, y los principios que rigen a la administración pública en materia contractual, y que en caso de producirse la notificación para la recepción de pleno derecho ejerzan los procedimientos administrativos necesarios para cerciorarse de que el contratista ha cumplido de manera eficiente y honesta con todos los criterios establecidos en las cláusulas contractuales.
- Se recomienda a los contratistas, el cumplimiento cabal de los compromisos establecidos en los contratos administrativos o contratos públicos, de manera que el proceso contractual se culmine satisfactoriamente y se evite que la entidad contratante deba ejercer acciones para demandar que se verifique lo acordado.

3.4. PROPUESTA

LA ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

CONSIDERANDO

Que, la Constitución de la República del Ecuador establece garantías que deberán cumplirse en todos los procedimientos en los cuales se resuelva respecto de derechos y obligaciones de las personas;

Que, el Derecho Notarial es una disciplina que está regida por principios jurídicos y doctrinarios que deben ser cumplidos en todos aquellos actos y declaraciones de voluntad en los que intervenga el Notario, como funcionario investido de fe pública;

Que, la aplicación de los contratos administrativos o públicos tiene una incidencia frecuente en el quehacer de la administración pública puesto que permite a las entidades del Estado cumplir con las finalidades para las que han sido instituidas;

Que, los contratos administrativos están sometidos al cumplimiento de todos los procedimientos y fases contractuales que al efecto están previstas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General.

Que, una de las fases que obligatoriamente debe cumplirse dentro de todos los procedimientos contractuales, es la relacionada con la recepción del contrato;

Que, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General, expresamente señalan que si no existe un pronunciamiento de parte de la entidad pública respecto de la solicitud de que se realice la recepción del contrato, o si en su defecto el contratista se niega a cumplir con este procedimiento, la parte afectada pueda acudir ante el Juez de lo Civil o ante un Notario, con la finalidad de notificar la recepción presunta o de pleno derecho, cuyo efecto es la liquidación del contrato.

Que, la regulación de la recepción presunta o de pleno derecho, establecida en la normativa que rige los contratos de la administración pública, es demasiado limitada y que esta limitación provoca una vulneración del debido proceso y de los principios en que se sustenta el derecho notarial como disciplina autónoma.

Que, es necesario que la recepción de pleno derecho, aplicable en los contratos administrativos o públicos cuente con un régimen que de manera suficiente regule este procedimiento, y que el mismo sea ejecutado en observancia a los derechos y garantías de las partes que intervienen en el contrato; y,

Que, deber del Estado ecuatoriano desarrollar los mecanismos legales para la adecuada protección de los derechos de las personas particulares y de la administración pública que intervienen en la celebración de contratos administrativos o públicos, de manera que, en todas sus fases, estos procedimientos se ajusten a la Constitución y a la Ley.

En uso de las atribuciones conferidas por el Art. 120, numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, resuelve expedir la siguiente:

LEY REFORMATORIA A LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SU REGLAMENTO GENERAL DE APLICACIÓN

Art. 1.- Suprímase los incisos cuarto y quinto del Art. 81 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Art. 2.- Inclúyase luego del Art. 81 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el siguiente artículo innumerado:

“Art. Recepción presunta o de pleno derecho.- Si la entidad contratante, no emite ningún pronunciamiento en el término de diez días, contados desde la presentación de la solicitud del contratista para que se cumpla con la recepción, se producirá una recepción de pleno derecho, para lo cual el Juez de lo Civil o un Notario Público del cantón en donde tenga su domicilio principal la entidad contratante, por solicitud expresa del contratista deberá notificar de forma obligatoria que dicha recepción se produjo. La recepción presunta, causará la terminación del contrato, debiendo las partes proceder con la liquidación correspondiente.

La recepción presunta o de pleno derecho, aplicará también a favor de la entidad contratante, cuando los contratistas se negaren a suscribir las actas de recepción correspondientes, o no lo hicieren en el término de diez días desde que se hizo el requerimiento de parte de la institución. Esta recepción de pleno derecho, será realizada por la máxima autoridad o el servidor público delegado, que deberán expedir una resolución suficientemente motivada, la misma que será notificada por el Juez de lo Civil o el Notario Público, en la forma prevista en el inciso anterior.

Para la recepción presunta o de pleno derecho descrita en el presente artículo deberá cumplirse las formalidades y el procedimiento previsto en el Reglamento General de esta Ley”.

Art. 3.- Suprímase el segundo inciso del Art. 122 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Art. 4.- Inclúyase luego del Art. 122 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, los siguientes artículos innumerados:

“Art.- Recepción presunta o de pleno derecho.- La recepción presunta o de pleno derecho prevista en la Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública, deberá realizarse conforme al siguiente procedimiento:

1.- Recepción presunta o de pleno derecho solicitada por el contratista: Si en el término de diez días desde que el contratista presenta la solicitud de recepción del contrato, no existe pronunciamiento de parte de la entidad contratante, operará la recepción de pleno derecho, para lo cual deberá cumplirse el siguiente trámite.

a. El contratista acudirá ante el Juez de lo Civil o Notario Público en el que tenga su domicilio la entidad contratante, y solicitará por escrito que se proceda a la notificación con la recepción del contrato.

b. A la solicitud que presente el contratista deberá adjuntarse la constancia de que se ha presentado oportunamente la solicitud de recepción del contrato ante la entidad contratante, y la declaración juramentada de que se ha cumplido el término de diez días sin que haya existido pronunciamiento alguno de parte de la administración, en esta misma declaración

el contratante hará constar bajo juramento que ha cumplido con todas las obligaciones asumidas en el contrato.

- c. El Juez de lo Civil o el Notario, verificado el cumplimiento de los requisitos señalados en los incisos anteriores, procederá a realizar la notificación a la entidad contratante, acto del cual se dejará constancia por escrito. En la notificación, se concederá un plazo de tres días para que la entidad presente elementos de descargo frente a los hechos notificados.
- d. Si cumplido el término de tres días no se presentan elementos de descargo, quedará en firme la recepción del contrato y se procederá de forma inmediata con la liquidación correspondiente.
- e. Si se presentan elementos de descargo, se habrá generado una controversia de carácter administrativo que dará lugar al contratista a comparecer ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y demandar el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

2.- Recepción presunta o de pleno derecho solicitada por la entidad contratante.- Si el contratista se negare a realizar la suscripción de las correspondientes actas de entrega recepción, o si cumplido el término de diez días, contados desde que se hizo el requerimiento formal por parte de la entidad contratante, no compareciere a la firma de las referidas actas, la entidad contratante a través de su representante legal, deberá notificarle con la recepción presunta o de pleno derecho, que deberá seguir el mismo trámite descrito en el numeral anterior.

Art. ... - Imposibilidad de que se declare la recepción presunta o de pleno derecho.- La solicitud para que se notifique con la recepción presunta o de pleno derecho presentada por el contratista, no será admitida en aquellos casos en que se hubiere iniciado de parte de la entidad contratante, un proceso de terminación unilateral del contrato”.

Disposición transitoria.- Todas las normas legales o reglamentarias, que contengan preceptos opuestos a la presente Ley, quedan derogadas.

Disposición final.- Esta ley reformativa entrará en vigencia a partir de su Publicación en el Registro Oficial.

Dado en la ciudad de Quito, Distrito Metropolitano, en el Salón de Sesiones de la Asamblea Nacional de la República del Ecuador, a los días, del mes de, del año

f). Presidente de la Asamblea

f). Secretario de la Asamblea

BIBLIOGRAFÍA

- Abeliuk, R. (2005). *Las Obligaciones* . Chile.
- Alessandri, A. (2007). *De los Contratos*. Bogotá: Temis S.A.
- Altamira, P. (2003). El Contrato Administrativo. *Revista de Economía y Estadística*, 36, 51-78.
- Aramburo, J. (2000). *Principios del Derecho Notarial*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Arenas, A., & Merlano, C. (1996). *La Nulidad Formal del Acto Notarial* . Barranquilla: Gráficas del Litoral .
- Arévalo, M. (2006). *Propuesta para el control de la eficiencia y eficacia de la concesión administrativa* . Guatemala : Universidad San Carlos de Guatemala.
- Arias, A. (2018). *La Recepción de Pleno Derecho y sus consecuencias jurídicas* . Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Beltrán, M. (2015). *El Instrumento Notarial*. México : Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Calderón, H. (2004). *Derecho Administrativo I* (7ma ed.). Guatemala: Fenix.
- Campolieti, F. (2007). Los Límites del Contrato Administrativo. (I. d. UNAM, Ed.) *Contratos Administrativos. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, 22. doi:970-32-3935-8
- Carvajal, B. (2007). *La Actividad Notarial en el Ecuador*. Quito: Edilex S.A.
- Cassagne, J. (2009). *El Contrato Administrativo*. Abeledo Perrot: Buenos Aires.

- Castillo, N. (2000). *Manual de Derecho Notarial Dominicano*. República Dominicana: Dalis Moca.
- Código Civil*. (2019). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Código Orgánico de la Función Judicial*. (2018). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Código Orgánico General de Procesos*. (2018). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Constitución de la República del Ecuador*. (2008). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Correa, J. (2002). *Contratos Administrativos*. Buenos Aires : Lexis Nexis.
- Cueva, L. (2013). *El Debido Proceso*. Quito: Ediciones Cueva Carrión.
- Díaz, D. (2013). *Manual de Práctica Notarial* . Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Dromi, R. (2001). *Derecho Administrativo* (9a. ed.). Buenos Aires: Ciencia y Cultura.
- Encarnación, R. (2017). *Contratos del Sector Público*. Murcia: Escuela de Innovación y Información de la Región de Murcia.
- Farrando, I. (2002). *Contratos Administrativos*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- González, G. (2001). *Diccionario de Derecho Notarial y Registral* . Manizalez : Bubok.
- Granda, M. (2014). *Los conflictos ocasionados durante la ejecución de un contrato administrativo para la construcción de una obra y la aplicación del Arbitraje Local, como método alternativo pacífico para la resolución de controversias*. Quito: Universidad Central del Ecuador. Obtenido de <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/3491/1/T-UCE-0013-Ab-79.pdf>

- Jeria, L. (2014). *La Naturaleza Jurídica de la Recepción de Pleno Derecho en el Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador*. Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
- Lara, J. (2010). *Hilando Notarialmente*. Quevedo: LyL.
- Lasarte, C. (2004). *Principios de Derecho Civil. Contratos*. (8ava. ed., Vol. III). Madrid: Marcial Pons.
- León, R. (2008). *Procedimeinto Notarial*. Quito: El Forum Editores.
- Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública*. (2019). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Ley Notarial*. (1966). Quito: Registro Oficial de la República del Ecuador .
- Ley Notarial*. (2019). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- López, W. (2010). *Tratado de Contratación Pública, Teoría, Práctica y Jurisprudencia* (Vol. II). Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Martínez, J. (2016). *Introducción al Derecho Notarial*. México: Uipan.
- Martínez, R. (2014). *Derecho Administrativo* . México: Oxford.
- Mercado, S. d. (Ed.). (2015). *Manual de Buenas Prácticas en la Contratación Pública para el Desarrollo del Ecuador*. Quito: Servicio Nacional de Contratación Pública. Obtenido de http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic5_ecu_panel5_SERCOP_3.2.1_man_bue_pr%C3%A1c_CP.pdf
- Morales, M. (2011). *Manual de Derecho Administrativo* . Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Muñoz, I. (2010). La Seguridad Jurídica en el Derecho Notarial. *Revista de Derecho Notarial Mexicano*(21), 14-23.

- Muñoz, I. (Noviembre de 2014). La Función del Derecho Notarial. (J. L. Lara, Ed.) *Escriva*, 70-99.
- Muñoz, S. (2011). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Madrid: Marcial Pons.
- Pérez, B. (2003). *Derecho Notarial* (12a. ed.). México: Porrúa S.A.
- Pérez, E. (2006). *Derecho Administrativo* . Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Pérez, J., López, D., & Aguilar, J. (2011). *Manual de Contratación Pública* . Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Ramírez, Á. (2018). *Recepción de Pleno Derecho en la Contratación Pública*. Guayaquil: GRUPO CEAS Abogados - Consultores .
- Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional* . (2016). Buenos Aires: Argentina.
- Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas* . (2009). Caracas: Gaceta Oficial.
- Rivera, J. (2004). *Instituciones de Derecho Civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Rodríguez, A. (Septiembre Octubre de 2007). El Principio de Legalidad. *Notariado del Siglo XXI*. doi:-0-7787505917053209
- Santofimio, J. (2003). *Tratado de Derecho Administrativo*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia.
- Sayagues, E. (2000). *Tratado de Derecho Administrativo*. Montevideo: F.C.U.
- Steremberg, L. (Enero de 1999). Instrumento Público: Su valor probatorio. *Revista Notarial*(77), 1-11.

ANEXOS

Anexo 1. Formato para la entrevista

**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO NOTARIAL Y REGISTRAL**

Señor Notario:

Me encuentro desarrollando un trabajo de investigación con el título LA RECEPCIÓN DE PLENO DERECHO PREVISTA EN LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y EL DEBIDO PROCESO. PROPUESTA PARA LA DETERMINACIÓN DE UN PROCEDIMIENTO ADECUADO, por eso de la forma más comedida le solicito se sirva contestar las siguientes preguntas para conocer su criterio respecto de la temática investigada.

1. ¿En la legislación ecuatoriana se contempla la recepción de pleno derecho de los contratos en los que interviene la administración pública?
2. ¿En su experiencia como notario, ha intervenido alguna vez en una recepción de pleno derecho de un contrato celebrado por entidades públicas?
3. ¿Cuál es la actuación del notario en la recepción de pleno derecho?
4. ¿Cree que el régimen jurídico previsto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, es suficiente y se adecúa a las garantías del debido proceso y a los principios notariales?
5. ¿Considera que sería conveniente instrumentar una reforma para regular de mejor manera lo relacionado con la recepción de pleno derecho en la legislación ecuatoriana?

Anexo 2. Formato para la encuesta

**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO NOTARIAL Y REGISTRAL**

Señor Abogado:

Me encuentro desarrollando un trabajo de investigación con el título LA RECEPCIÓN DE PLENO DERECHO PREVISTA EN LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y EL DEBIDO PROCESO. PROPUESTA PARA LA DETERMINACIÓN DE UN PROCEDIMIENTO ADECUADO, por eso de la forma más comedida le solicito se sirva contestar las siguientes preguntas para conocer su criterio respecto de la temática investigada.

1. ¿En la legislación ecuatoriana se encuentra regulada la recepción de pleno derecho de los contratos administrativos o contratos públicos?
 - a. Si
 - b. No
2. ¿Considera que el régimen previsto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General, sobre la recepción de pleno derecho es?
 - a. Suficiente
 - b. Insuficiente
3. ¿La recepción de pleno derecho, en la forma en que se encuentra regulada en la actualidad garantiza el debido proceso, para las partes que intervienen en el contrato?
 - a. Si
 - b. No
4. ¿La regulación de la recepción de pleno derecho, permite que se cumpla efectivamente con los principios del derecho notarial?
 - a. Si
 - b. No

5. ¿Estaría de acuerdo en plantear una reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y a su Reglamento General de Aplicación, para regular de mejor forma la recepción de pleno derecho?
- a. Si
- b. No

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Ab. Simón Julián Aguayo Zapata**, con C.C: # **0914335765** autor del trabajo de titulación: ***“La Recepción de Pleno Derecho Prevista en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y el Debido Proceso. Propuesta para la Determinación de un Procedimiento Adecuado”*** Previo a la obtención del grado de **MAGÍSTER EN DERECHO MENCIÓN DERECHO NOTARIAL Y REGISTRAL** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de graduación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 11 de noviembre de 2022

SIMON
AGUAYO
ZAPATA

Firmado digitalmente por SIMON
AGUAYO ZAPATA
DN: cn=SIMON AGUAYO ZAPATA,
gn=SIMON AGUAYO ZAPATA,
c=Andorra, l=AD,
e=simonaguayo@hotmail.com
Motivo: Soy el autor de este
documento
Ubicación:
Fecha: 2022.11.15 21:41:10.00

f. _____

Ab. Simón Julián Aguayo Zapata

CC. 0914335765

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE GRADUACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	La Recepción de Pleno Derecho Prevista en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y el Debido Proceso. Propuesta para la Determinación de un Procedimiento Adecuado.		
AUTOR(ES):	Ab. Aguayo Zapata Simón Julián		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES):	Ab. Benavides Verdesoto Ricky Jack Mgs		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
UNIDAD/FACULTAD:	Sistema de Posgrado		
MAESTRÍA/ESPECIALIDAD:	Maestría en Derecho Mención Derecho Notarial y Registral		
GRADO OBTENIDO:	Magíster en Derecho Mención Derecho Notarial y Registral		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	11-noviembre-2022	No. DE PÁGINAS:	68
ÁREAS TEMÁTICAS:	Contratación Pública, Derecho Notarial		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Notario, recepción de pleno derecho, debido proceso, principios notariales		

RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras):

En el Ecuador, la actividad de los notarios está regida por la Ley Notarial, que establece las atribuciones que pueden cumplir como órganos auxiliares de la función Judicial, pues el Art. 18 de la referida Ley determina cuales son las atribuciones exclusivas de estos funcionarios. Sin embargo, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, les da facultad para que puedan intervenir en el proceso de recepción de los contratos administrativos, notificando a la entidad contratante o al contratista, cuando existe silencio respecto de la solicitud para que cumpla con la recepción del contrato, en estos casos el notario interviene a petición de parte, realizando una notificación, para que opere de esta forma la recepción del contrato, generándose una recepción de pleno derecho. En este trabajo interesa determinar si el régimen previsto en la legislación ecuatoriana es suficiente para regular la recepción de pleno derecho o si existen limitaciones que ponen en riesgo el debido proceso y los principios que rigen la actividad notarial, para esto se desarrolla un análisis bibliográfico, doctrinal y jurídico, que se afianza con las opiniones de notarios y abogados. Toda la información recopilada permite al final del trabajo presentar conclusiones, recomendaciones y una propuesta.

ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: +1(904)5068997	E-mail: simon_aguayo@hotmail.com
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE):	Nombre: María Auxiliadora Blum Moarry	
	Teléfono: 0969158429	
	E-mail: mariuxiblum@gmail.com	
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA		
No. DE REGISTRO (en base a datos):		
No. DE CLASIFICACIÓN:		
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):		