UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

TÍTULO:

"NECESIDAD DE REGULAR LOS CONTRATOS CIVILES PROFESIONALES EN LA LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO."

Tesis previa a la obtención del Título de Abogada.

AUTORA:

CLARIZA ESTEFANÍA CHICAIZA GRANDA

DIRECTOR:

DR. RENATO AGUIRRE VALDIVIESO

Loja – Ecuador
2015

CERTIFICACIÓN.

Dr. Renato Aguirre Valdivieso

DIRECTOR DE TESIS.

CERTIFICA:

Haber dirigido y revisado el presente trabajo de tesis de Abogada, denominado **"NECESIDAD DE REGULAR LOS CONTRATOS CIVILES PROFESIONALES EN LA LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO."**, de la autoría de la señora CLARIZA ESTEFANÍA CHICAIZA GRANDA, y una vez que el mencionado trabajo cumple con los requisitos de fondo y forma señalados en el Art. 151 del Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional, por lo que autorizo, a su autora la presentación del mismo para la respectiva, sustentación y defensa.

Loja, Junio del 2015.

Dr. Renato Aguirre Valdivieso

DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

Yo, Clariza Estefanía Chicaiza Granda, declaro ser autor del presente trabajo de Tesis, y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes Jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el Repositorio Institucional-Biblioteca Virtual.

Firma: _____

Autor: Clariza Estefanía Chicaiza Granda

Cédula: 171040197-5

Fecha: Loja, junio del 2015

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.

Yo, Clariza Estefanía Chicaiza Granda, declaro ser autor(a) de la Tesis titulada: **" NECESIDAD DE REGULAR LOS CONTRATOS CIVILES PROFESIONALES EN LA LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO "**; Como requisito para optar al Grado de ABOGADA; autorizo al sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional.

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la tesis que realice un tercero. Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 5 días del mes de junio del dos mil quince. Firma la autora.

FIRMA: _____

AUTOR: Clariza Estefanía Chicaiza Granda

CÉDULA: 171040197-5

DIRECCIÓN: Pichincha, calle Atahualpa y Sucre

CORREO ELECTRÓNICO: clarizach29@hotmail.com

TELÉFONOS: 022788650 - 0995067367

DATOS COMPLEMENTARIOS:

DIRECTOR DE TESIS: Dr. Renato Aguirre Valdivieso

TRIBUNAL DE GRADO: Dr. Augusto Astudillo Ontaneda (PRESIDENTE)
Dr. Mg. Felipe Neptalí Solano Gutiérrez
Dr. Mg. Marcelo Armando Costa Cevallos

AGRADECIMIENTO.

Cumplo con el deber de expresar mi agradecimiento, a todos quienes contribuyeron de una u otra manera a la concreción del presente trabajo, en primer lugar a la Universidad Nacional de Loja, a la Carrera de Derecho, al Dr. Renato Aguirre Director de Tesis quien en forma sabia y paciente supo orientar la realización de la presente tesis, a todos muchas gracias.

Clariza Estefanía Chicaiza Granda

DEDICATORIA.

Con todo afecto dedico este esfuerzo, a mi familia, y en fin a todos quienes me han brindado su apoyo, para poder cumplir con este anhelo.

Clariza Estefanía Chicaiza Granda.

1. TÍTULO

“NECESIDAD DE REGULAR LOS CONTRATOS CIVILES PROFESIONALES EN LA LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO.”

2. RESUMEN.

La Ley Orgánica del Servicio Público no establece la modalidad o la forma en que se realizarán contratos civiles profesionales, ya que no consta expresamente en esta ley, se hace una mención sobre éstos en el Art. 6 relacionado al nepotismo, y en las causales de destitución contenidas en el Art. 48, literal k), de la misma Ley

Como se observa se encuentra normalizados los contratos de servicios ocasionales, cosa que en los contratos de servicios profesionales no constan expresamente en la Ley, pero al señalarse en el Art. 48 de la Ley Orgánica del Servicio Público, las inhabilidades de contratación como causa de destitución haber suscrito contratos civiles de servicios profesionales contraviniendo disposiciones expresas en la Ley y su reglamento, con esto se asume que sigue siendo posible que las entidades pública contraten civilmente servicios de profesionales.

Las normas y disposiciones administrativas constituyen las categorías jurídicas de la actividad de las administraciones públicas o el ejercicio de la función administrativa como derecho objetivo, integradas también por los reglamentos y las ordenanzas como fuentes del derecho; mientras que los actos y los contratos administrativos derivan de aquel y constituyen, modifican o extinguen, en cuanto son aplicación del derecho objetivo.

Por esta circunstancia, se hace necesario que en la Ley Orgánica del Servicio Público se indique de cómo se llevarán a cabo los contratos de servicios profesionales

conforme a derecho de las personas jurídicas y de las personas naturales la obligatoria aplicación de las normas de contratación pública

El Reglamentos General a la Ley Orgánica del Servicio Público se establece la modalidad de los contratos civiles de servicios profesionales, pero esto es ilegal, porque un reglamento no debe estar por encima de la ley, el reglamento no norma, sino que establece las pausas de cómo se llevarán a cabo, por lo cual la modalidad de este tipo de contratos deben constar en la Ley Orgánica del Servicio Público.

2.1. ABSTRACT

The Public Service Act does not prescribe the form or shape to be held in civil contracts professionals, and has not expressly provided in this Act, makes a mention of them in Article 6 related to nepotism, and the grounds for dismissal contained in Article 48, paragraph k) of the same Act

As shown is normalized occasional service contracts, which in professional service contracts not reflected explicitly in the law, but noted in Article 48 of the Public Service Law, recruited disabilities as a cause of dismissal had signed contracts for professional services civil contravention express provisions in the Act and its regulations, this assumes that it remains possible that public entities civilly hire professional services.

The administrative rules and constitute the legal categories of government activity or the exercise of administrative functions as objective law, also built by the regulations and ordinances as sources of law, while the acts and administrative contracts derived from and that constitute, modify or extinguish, as are law enforcement objective.

In this circumstance, it is necessary that the Public Service Law indicated how to carry out professional services contracts at law of legal persons and natural persons of the mandatory application of public procurement rules

The General Regulations of the Public Service Act establishes the mode of civil contracts for professional services, but this is illegal because a regulation should not be above the law, the regulation does not rule, but provides breaks how to carry out, for which the mode of this type of contract must be included in the Public Service Law.

3. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación, aborda un problema importante dentro de la realidad jurídica actual, cual es, que en la Ley Orgánica del Servicio Público regula los contratos de servicios profesionales, contraponiendo al fundamento del derecho objetivo por el que se desarrolla derechos y deberes, generando inseguridad jurídica de las instituciones públicas.

Para su tratamiento se ha partido del estudio jurídico y doctrinario referente a los contratos civiles profesionales y su aplicación en la Ley Orgánica del Servicio Público

En el marco de la investigación de campo, se ha receptado el criterio que tienen los abogados, acerca de la falta de normativa de los contratos civiles profesionales en la Ley Orgánica del Servicio Público, genera inseguridad jurídica en las instituciones públicas, puesto que no se derivan de una norma de aplicación del derecho objetivo.

Para un mejor desarrollo del presente trabajo, en la revisión de literatura se analiza lo que es: Marco Conceptual sobre: Contratos de servicios profesionales, autoridad nominadora, instituciones del sector público, Unidad de Administración de Talento Humano, partida presupuestaria y recursos económicos, Inconvenientes jurídicos, Derecho Administrativo, derecho objetivo y falta de normatividad, servidor público; Marco Jurídico que contiene: El deber del Estado en la Constitución de la República del Ecuador, Garantía Constitucional dentro de la administración pública, Servidoras

y servidores públicos, los contratos en el Código Civil, normas de contratación pública, recursos humanos y remuneraciones; Marco Doctrinario analizando: Principios de la contratación pública, actividad Administrativa del Estado, el trabajo que desempeñan los servidores públicos, contratos de servicios profesionales en el ordenamiento jurídico.

Después de la revisión de literatura, se especifican los métodos y técnicas que se utilizó en el desarrollo de la investigación, seguidamente se expone los resultados de la investigación de campo con la aplicación de una encuesta a 30 a abogados en libre ejercicio profesional. Luego se realizó la discusión con la comprobación de objetivos, contrastación de hipótesis y criterios jurídicos, doctrinarios y de opinión que sustenta la propuesta. Para finalmente terminar con las conclusiones, recomendaciones y la propuesta de reforma.

De esta manera dejo planteado la presente investigación jurídica, aspirando que la misma sea acogida y aprobada por el Honorable Tribunal.

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. Contratos de servicios profesionales

El contrato para Galo Espinosa Merino es "*El acto por el cual una persona se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer una cosa*"[1]

La Administración pública, para su propia existencia y para satisfacer las necesidades colectivas, necesita la colaboración indispensable de los particulares, utilizando sus servicios personales o las cosas de que éstos son propietarios. Esa colaboración la obtiene, en forma compulsiva, o en forma voluntaria, según sea la clase de servicios o cosas de que se trate, o el carácter más o menos apremiante de la necesidad que debe satisfacer.

Cuando el Estado exige la prestación de servicios o la entrega de cosas compulsivamente, lo hace en forma unilateral; cuando la prestación de los servicios o la entrega de las cosas y se logra con el consentimiento voluntario de los particulares, el Estado actúa en forma plurilateral, o más comúnmente, bilateral, es decir, mediante acuerdos en cuya formación actúa su voluntad y el libre consentimiento de quien o quienes prestan o deben prestar los servicios o las cosas.

[1] ESPINOSA MERINO, Galo: Enciclopedia Jurídica, Volumen I, Vocabulario Jurídico, Instituto de Informática Básica, Quito – Ecuador, p. 114

El Estado celebra diferentes tipos de contratos, son los denominados, en el derecho público, el contrato administrativo, vale decir, el celebrado entre la Administración pública y un particular o entre dos órganos administrativos con personalidad de Derecho público. Los contratos administrativos más aceptados son el de concesión de servicios públicos, el de obra pública, el de concesión de obra pública, como también en la Ley se permite los contratos de servicios profesionales.

Para Eduardo García de Enterría, sobre los contratos de prestación de servicios señala que "*Estos tienen por objeto la realización de servicios diversos de carácter profesional, técnico, económico, industrial, comercial o cualquier otro de naturaleza análoga*"[2]

Éste autor señala que los contratos de prestación de servicios a todos aquellos de naturaleza análoga, pueden entenderse a contratos de servicios previstos en diversas normas públicas, que permiten que en dichas instituciones celebren esta modalidad de contratación.

4.1.2. Autoridad nominadora

Manuel Ossorio indica que autoridad "*En sentido genérico, la potestad que ejerce una persona sobre una u otras, y entonces se habla de autoridad del jefe de Estado,*

[2] GARCÍA DE ENTERRÍA, Ecuador y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón: Curso de Derecho Administrativo I, Editorial Civitas, Madrid – España, 2000, p. 715

del padre de familia, del marido, del maestro, del patrono, cada uno de ellos dentro de sus atribuciones legalmente establecidas"[3]

Este concepto se refiere a la autoridad en forma general señalando un tipo de mando que tiene una persona, siempre y cuando se le han atribuido legalmente sus potestades de atribución o potestad, pero en sentido más restrictivo y más corriente, la potestad que tiene una persona o corporación para dictar leyes, aplicarlas o ejecutarlas, imponiéndolas a las demás.

La autoridad nominadora es "*Aquella legalmente facultada para expedir nombramientos*"[4]

La autoridad nominadora es la persona que tiene todas las facultades que le otorga la ley o el reglamento, para designar y una persona que ejerza una función dentro de su institución, este contrato que otorga, lo hace en nombre de un nombramiento, por lo que no es un simple contrato sino un denominación con la debida partida para que cumpla un función designada en dicho acto o contrato

4.1.3. Instituciones del sector público

Sobre las instituciones públicas "William López Arévalo indica que "*Todos aquellos negocios jurídicos en los cuales intervengan como parte la administración pública a*

[3] OSSORIO, Manuel: Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 2008, p. 110
[4] ESPINOSA MERINO, Galo: Enciclopedia Jurídica, Volumen I, Vocabulario Jurídico, Instituto de Informática Básica, Quito – Ecuador, p. 61

nombre y en representación del Estado ecuatoriano, entran a la órbita de la Contratación Administrativa, regulados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública"[5]

Las instituciones públicas son aquellos negocios, que se regulan dentro de la administración pública, y que estas instituciones se regulan mediante el sistema de contratación pública.

El Dr. Galo Espinosa Merino enuncia que empresa pública municipal es "*Entidad creada por ordenanza, con personería jurídica y autonomía administrativa y patrimonial, que opera sobre bases comerciales y cuyo objetivo es la prestación de un servicio público por el cual se cobre una tasa o precio y las correspondientes contribuciones*".[6]

Se entiende por empresa pública, empresa estatal o sociedad estatal a toda aquella que es propiedad del Estado, sea éste nacional, municipal o de cualquier otro estrato administrativo, ya sea de un modo total o parcial.

En el diccionario Jurídico Omeba, se señala que en la Administración "*si bien los órganos de administración se rigen en su gestión, en términos generales, por las*

[5] LÓPEZ ARÉVALO, William: Tratado de Contratación Pública, Tomo I, Editorial Jurídica del Ecuador, Primera edición, Quito – Ecuador, 2010, p. 23
[6] CABANELLAS, Guillermo: Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 1998, p.237

reglas del mandato, tienen caracteres propios que los diferencian netamente, constituyendo una figura sui generis, a la que Soprano denomina negocio jurídico"[7]

En las empresas públicas tiene gran influencia la administración, es así que los socios con facultades de administración, no trabajan solamente en el interés de la sociedad, sino también en el propio, que se halla unido con aquél. Los administradores ejercen un mandato necesario, ya que las sociedades son entes de existencia ideal que necesitan de personas de existencia visible que las representen. Sus responsabilidades son más severas y sus atribuciones más amplias que las del mandatario común.

Los poderes de los administradores de sociedades son mucho más comprensivos y amplios que los de los simples mandatarios y tienen por límite la realización de todos los actos necesarios para el cumplimiento de los negocios sociales que constituyen el objeto de la sociedad. Cuando administran la sociedad los mismos socios o uno solo de ellos por los demás, no lo hacen sino en beneficio de sus propios intereses y no son mandatarios.

4.1.4. Unidad de administración de talento humano

La unidad administrativa de talento humano, es la instancia que organiza la gestión en la administración del personal que labora en una institución, en el presente caso dentro de la administración pública, su responsabilidad está dentro de la dimensión humana, para contratar personas que cumplan con las competencias necesarias para

[7] DICCIONARIO JURÍDICO OMEBA, Editorial Heliasta, Buenos Aires Argentina

ejercer su cargo, la de capacitar a sus empleados y proporcionar los mecanismos y ambientes necesarios que propicien la motivación y productividad en la organización.

Entre las responsabilidades de la administración de talento humano se encuentra la de apoyar la gestión de la organización y la de representar a los servidores públicos, siendo importante su gestión dentro de los recursos humanos para generar un ambiente favorable que propician motivación, compromiso y productividad, para identificar los mecanismos y enmendar programas de trabajo y servicio público, en la capacitación a los servidores continuamente y apoyar a la política de gobierno al servicio de la colectividad.

4.1.5. Partida presupuestaria y recursos económicos

De los recursos económicos, dentro de los Contratos, William López Arévalo, expresa: "*Si del contrato se derivan obligaciones de contenido económico para la Administración, previamente deberá constar la existencia de crédito suficiente y adecuado para la prestación del contrato, caso contrario, la actuación administrativa a más de ser irresponsable y arbitraria, ocasionará responsabilidades administrativas, civiles o penales para los causantes*."[8]

Consecuentemente, las entidades contratantes, previamente a la convocatoria deberán verificar la disponibilidad presupuestaria y la existencia presente o futura de recursos

[8] LÓPEZ ARÉVALO, William: Tratado de Contratación Pública, teoría, práctica y jurisprudencia. Tomo I, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito – Ecuador, 2010, p. 96

suficientes para cumplir las obligaciones contractuales, mediante la certificación que conferirá el Director Financiero o quien haga sus veces en la entidad pública, en cumplimiento a las disposiciones de los artículos 24 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, 27 del Reglamento General.

Es pertinente aclarar, que un contrato celebrado sin contar con la certificación presupuestaria es jurídicamente válido, ya que la irregularidad no tiene ninguna influencia ni sobre la existencia, ni sobre la validez jurídica del contrato; además, nuestra Legislación no sanciona tal omisión con la nulidad.

Por tanto, la falta de crédito presupuestal, a pesar de ser un acto ilegítimo, no genera la nulidad del contrato; pero, esa irregularidad producirá una eventual responsabilidad administrativa, civil o penal a los causantes.

4.1.6. Inconvenientes jurídicos

Dr. Galo Espinosa Merino habla que inconveniente es *"Molesto, incómodo, perjudicial. Incongruente o disconforme. Impedimento u obstáculo. Perjuicio, daño".*[9]

El inconveniente viene a significa algo que no resulta adecuado por sus características o por el momento en que sucede

[9] ESPINOSA MERINO, Galo: La Mas Practica Enciclopedia Jurídica, Volumen 1I, Vocabulario Jurídico, Editorial Instituto de Informática Legal, Quito – Ecuador, 1987, p.382

Manuel Ossorio departe que jurídico es *"Que atañe al Derecho o se ajusta a él. De ahí que se diga que una acción es jurídica cuando es ejercitado con arreglo a Derecho; pues, en caso contrario, la acción no podría prosperar, porque se reputaría antijurídica. Ese vocablo tiene numerosas aplicaciones, derivadas del Derecho Romano, según el cual era día jurídico aquel en que se podía administrar justicia, como convento jurídico era el tribunal compuesto de varios jueces".*[10]

Es lo relacionado con el Derecho, que es el conjunto de normas que regulan la conducta del hombre en sociedad, y establecen penas ante su incumplimiento. Proviene del vocablo latino iuridicus, de ius o iuris, que significa Derecho. Cuando hablamos de estudiar Ciencias Jurídicas, nos referimos al estudio metódico y sistemático de las leyes, o sea, de las normas que imponen coactivamente conductas o abstenciones, establecidas por órganos del estado con potestad legislativa.

Guillermo Cabanellas dice que jurídico es *"Concerniente al Derecho. Ajustado a él. Legal. Se decía jurídica de la acción intentada con arreglo a derecho. Jurídicos eran los antiguos prefectos de Italia. Jurídico se decía del día hábil para administrar justicia. Es característica esta voz para designar diversos cuerpos asesores en materia legal y judicial".*[11]

Lo jurídico es lo impuesto exteriormente al ser humano, que no decide si cumplir o no cumplir lo establecido normativamente, sino que debe hacerlo, si desea evitar la sanción. Parecería entonces, que lo jurídico está reñido con la libertad, y no es así. La

[10] OSSORIO, Manuel: Ob. Cit., p.524
[11] CABANELLAS, Guillermo: Ob. Cit., p. 220

libertad absoluta esclavizaría al ser humano, pues si cada uno hiciera lo que quisiera invadiría los derechos de los demás y reinaría el caos. El Derecho asegura la libertad de todos al establecer límites a lo que se puede querer en vistas al bien común. Si deseamos lo que tiene otra persona, y lo pudiéramos tomar, otros podrían también tomar nuestras pertenencias, y así la seguridad de todos quedaría anulada.

4.1.7. Derecho Administrativo.

Como considera Nicolás Granja Galindo en su obra Fundamentos del Derecho Administrativo, la administración *"...proviene del verbo latino administrare que quiere decir servir, gobernar o ejercer algún cargo. Además el verbo administrare, etimológicamente está constituido por las raíces latinas de ad, manus y tráhere, todo lo cual significa que la idea de prestación de servicios, es decir, de traer a mano algo*."[12]

La etimología señalada por Nicolás Granja Galindo sobre el Derecho Administrativo, señala que la administración viene de un verbo latino administrare que significa servir, gobernar o ejercer un cargo lo que equivale a decir: prescindir, ejecutar y practicar una actividad en una obligación o compromiso.

Para este mismo autor "*El Derecho Administrativo es aquella rama de Derecho Público, que regula la actividad del Estado y de los organismos públicos entre sí, para el cumplimiento de los fines administrativos*."[13].

[12] GRANJA GALINDO, Nicolás: Fundamentos del Derecho Administrativo, Universidad Técnica Particular de Loja, Ciencias Jurídicas, Tercera Edición, Loja-1999, Pág. 98
[13] GRANJA GALINDO, Nicolás: Ob. Cit., p. 33

El Derecho Administrativo como una rama del Derecho Público, se encarga de reglamentar y regularizar al sector público que de acuerdo a lo establecido en la Constitución de la República del Ecuador, no sólo regula la estructura de los entes dependientes de las funciones: Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social, sino también de las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado, de los organismos y entidades creadas por la Constitución y/o la Ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado; y, de las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos; es decir el Derecho Administrativo engloba a toda normativa que regula la actividad del Estado. En este marco legal, se producen problemas jurídicos, regulados en el presente caso, por la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público y su Reglamento, que relaciona al ente público, en los que se encuentran inmersos el personal de servidores públicos de las Fuerzas Armadas.

Dichas tareas, o aspecto dinámico de la administración pública, se encuadra en los conceptos de fines, atribuciones, funciones, competencias y facultades.

El Dr. Aníbal Guzmán Lara, sostiene que "*La Administración Pública es la acción del gobierno encaminada en forma ordenada y técnica al cumplimiento y aplicación de leyes y reglamentos, a promover el bien público en todas sus manifestaciones, económica, de seguridad, de protección, de integridad territorial, educación,*

vialidad, etc., como a dar resoluciones oportunas a las reclamaciones y peticiones que se susciten o presentaren"[14].

La conceptualización del Dr. Aníbal Guzmán Lara, se dirige en el ejercicio consciente e intencional de ciertas actividades del gobierno cumplidas por el administrador con el propósito de estar acorde con un fin determinado.

En la Gran Enciclopedia Ilustrada Círculo, se argumenta que la administración es un *"…conjunto de órganos e instituciones jerárquica o funcionalmente subordinados y coordinados de acuerdo con la Ley, que tiene como misión constitucional el asegurar las prestaciones públicas necesarias para el desarrollo de la vida en común.*"[15].

Del concepto anteriormente señalado considero que la administración es el conjunto de atribuciones de los órganos encargados del cumplimiento de las prestaciones públicas para el buen desarrollo de la vida en común de los ciudadanos.

Tal concepto es similar a lo establecido en la enciclopedia Salvat, señalando que la administración es la "*Actividad del Estado, encaminada al cumplimiento de las leyes y fomento de los intereses públicos. Para realizar tales fines dispone de órganos centrales, provinciales y locales.*"[16].

---

[14] GUZMAN LARA, Aníbal: Diccionario explicativo de Derecho Penal Ecuatoriano, Tomo I, Ecuador, 1997, Pág. 22
[15] GRAN ENCICLOPEDIA ILUSTRADA CÍRCULO, Volumen I, Barcelona, 1984, Pág. 14
[16] ENCICLOPEDIA SALVAT DICCIONARIO, Tomo I, Barcelona 1978, Pág. 37

La administración es la actividad realizada por los diferentes organismos del Estado, estos organismos tienen su estructura constituida a nivel central, provincial y local, para brindar un mejor servicio a las ciudadanas y ciudadanos, dando estricto cumplimiento a las leyes y fomentando los intereses públicos, en estas dependencias prestan sus servicios el personal de servidoras y servidores públicos, quienes tienen la obligación de velar por el respeto a las garantías constitucionales y de que los servicios prestados estén siempre acorde a las necesidades de los usuarios.

Guillermo Cabanellas expresa que la Administración Pública "*Es el poder ejecutivo en acción, con la finalidad de cumplir y hacer cumplir cuanto interesa a la sociedad en las actividades y servicios públicos. La administración puede ser nacional, provincial o municipal, de acuerdo con la esfera territorial de sus atribuciones. Las hay también regional*."[17].

Del concepto señalado por Guillermo Cabanellas en el sentido que la Administración Pública es el poder ejecutivo en acción, no es tan valedero para el caso ecuatoriano, pues en si la Función Ejecutiva es la encargada de la administración pública, pero no administra todas las actividades de la Función Pública, pues la Presidenta o Presidente de la República es el responsable de la Administración Pública, pero no del poder ejecutivo en acción, porque en caso de los gobiernos seccionales quienes administran dicha función pública son los mismos gobiernos, lo que se encarga la Función Ejecutiva sólo es de verificar o supervisar que se cumplan las responsabilidades encomendadas a ellos dadas por la Constitución y la Ley.

[17] CABANELLAS, Guillermo: Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta, Tomo I, A-B, 25 Edición, 1997, Pág. 170

La finalidad se refiere a que en la administración pública deben cumplirse y hacer cumplir todo lo que la Administración Pública engloba como: dirigir, controlar y administrar con los principios constitucionales de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, planificación, transparencia y evaluación del servicio a la colectividad.

Ensayando una definición considero que la Administración Pública es una ciencia y arte, que tienen por objeto el conocimiento y práctica de múltiples actividades, o servicios, ejercidos consciente e intencionalmente por los órganos administrativos y servidores públicos en general, en razón del mandato o representación del Estado, para lograr diferentes fines a favor de la colectividad.

4.1.8. Derecho objetivo y falta de normatividad

La normatividad es necesaria para los contratos de servicios profesionales señalados en la Ley Orgánica del Servicio Pública, ya que nada sobre el particular establece la Ley.

Para Jorge Zavala Egas "*El concepto de Derecho debe comprender el concepto de sociedad. No es Derecho lo que pertenece sólo a la esfera del individuo como tal, lo que no trasciende de la vida particular, por tanto sólo hay Derecho donde hay sociedad* (ubi ius ibi societas) *y, de la misma forma, en rigor estricto donde hay sociedad se encuentran manifestaciones del derecho* (ubi societas ibi ius)"[18].

[18] ZAVALA EGAS, Jorge: Lecciones de Derecho Administrativo, Editores EDILEX S.A., Primera Edición, Guayaquil – Ecuador, 2011, p. 45

El Derecho contiene como elemento la idea de orden social. Dentro de éste no cabe pensar en un anárquico imperio de la arbitrariedad o, bien, de la fuerza desnuda. Todo lo contrario, se trata de la sociedad ordenada como elemento del Derecho, pues, toda manifestación social, por el solo hecho de serlo, está ordenada por lo menos con relación a los asociados.

Es necesario identificar los contratos en la Ley, al respecto Norberto Bobbio, indique que "*es una tendencia a identificar el derecho con el derecho estatal, que hoy todavía existe, es la consecuencia histórica de proceso de concentración del poder normativo y coactivo que caracterizó el surgimiento del Estado nacional moderno*."[19]

Como se observa el concepto central de identificar una norma se debe a la teoría del derecho, siendo el de la organización que consiste, a su vez, en ser distribución de funciones de manera tal que cada miembro del grupo participe, según sus capacidades y competencias, en el logro del fin común, pero esta distribución de tareas no se puede cumplir sino por medio de normas de conducta y, por tanto, la teoría de la institución no excluye, sino que por el contrario incluye la teoría normativa del derecho que no sale vencida de la polémica, sino, tal vez, reforzada. En otras palabras, si bien es cierto que la producción de normas, de cualquier clase que sean, no es suficiente para crear una institución, es también cierto que una institución no puede ser creada sin una producción de reglas.

[19] BOBBIO, Norberto: Teoría General del Derecho, Editorial Temis, 1987, Bogotá – Colombia, p. 7

Jorge Zavala Egas cita a LEVI, "por su parte, entiende por relación *jurídica* a la relación intersubjetiva, esto es, a la relación entre dos sujetos de los cuales uno es titular de un deber y otro de un derecho. Dice que *la función categorial de la intersubjetividad está dada por el hecho de que ella sirve al filósofo del derecho para distinguir el derecho de la moral (que es subjetiva) y de la economía (que pone en relación al hombre con las cosas).* El derecho, en conclusión, *valora el acto... solamente en relación con los demás sujetos, esto es, con sus comportamientos positivos o negativos, complementarios con el comportamiento del sujeto que se considera, en cuanto ellos tengan el derecho de pretender de él ese comportamiento determinado, o, en cambio, un deber complementario a su derecho, por lo menos la obligación de abstenerse de impedir ese comportamiento*."[20]

El Derecho es, pues, en esta visión relacional, esencialmente, relación intersubjetiva entre un sujeto con derechos y otro con deberes o coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos, según un principio ético que las determina excluyendo todo impedimento, pues, el efecto de la norma jurídica es atribuir a un sujeto una pretensión o exigencia frente a otro sujeto, el cual, por esto mismo, se le señala una obligación, o sea un deber jurídico. La característica de la norma jurídica, es la de regular siempre una relación intersubjetiva, o sea, no una relación entre una persona y una cosa ni entre una persona consigo misma, sino entre una persona y otra persona. Por ello, el carácter de bilateralidad consistiría en que la norma jurídica establece al mismo tiempo un derecho para un sujeto y un deber para otro sujeto; y la

[20] ZAVALA EGAS, Jorge: Lecciones de Derecho Administrativo, Editores EDILEX S.A., Primera Edición, Guayaquil – Ecuador, 2011, p. 48, 49

relación intersubjetiva al constituir el contenido típico de la norma jurídica consistiría precisamente en la relación de interdependencia de un derecho y un deber.

4.1.9. Servidor Público

Es necesario iniciar el desarrollo del presente trabajo de investigación jurídica haciendo referencia a algunos conceptos, cuya comprensión es fundamental, para abordar más adelante el marco jurídico relacionado con la problemática principal y los criterios que respecto a ella existen de parte de algunos tratadistas que se han encargado de escribir sobre temas relacionados al nepotismo en relación a los valores percibidos por el servidor público durante sus funciones:

Galo Espinosa Merino en su obra diccionario Enciclopedia Jurídica, indica que servidor público es "*Todo ciudadano legamente nombrado para prestar servicios remunerados en instituciones fiscales o en otras instituciones de derecho público y en instituciones derecho privado con finalidad social o pública*"[21]

Se entiende por servidor público a la persona que presta sus servicios en una institución pública, bajo una remuneración regido por la ley, pero también un servidor no necesariamente presta sus servicios en una institución pública, sino también engloba al personal que de una u otra manera trabaja en una institución privada, que debe tener una finalidad que puede ser social o pública.

[21] ESPINOSA MERINO, Galo: La Mas Practica Enciclopedia Jurídica, Volumen 1I, Vocabulario Jurídico, Editorial Instituto de Informática Legal, Quito – Ecuador, 1987, p. 669

"*Los servidores públicos, por lo general, prestan servicios al Estado. Las instituciones estatales, como hospitales, escuelas o fuerzas de seguridad, son las encargadas de hacer llegar el servicio público a toda la comunidad*."[22]

Prestar servicios al Estado significa, que el servidor labora no solo como una persona profesional, sino como un técnico para con una institución del Estado, como un organismo o entidad creado por la Constitución o la Ley, por ejemplo la Corporación Nacional de Telecomunicaciones, o en los diferentes funciones: ejecutiva, legislativa o judicial, o en los gobiernos autónomos descentralizados como municipios, juntas parroquiales o Consejo Provincial, quienes están encargados de hacer llegar el servicio público a la comunidad.

Los servidores públicos, prestan sus servicios en beneficio a la comunidad, porque el pueblo es el mandante, y la comunidad necesita de estos medios, a quienes les han encargado esa potestad a los servidores públicos para hacer cumplir el efectivo goce en aplicación de los principios y derechos garantizados en la Constitución.

Eustorgio Sarria, en su obra Derecho Administrativo, el servicio público "*Tiene por objeto la satisfacción de las necesidades generales tales como las siente la sociedad en un país y en una época determinada*."[23]

Lo señalado por este autor el servicio público, lo concibe con un criterio funcional u objetivo, pues señala un servicio será publico si tiene por objeto satisfacer una

[22] DEFINICIÓN DE SERVIDOR PÚBLICO, http://definicion.de/servidor-publico/
[23] SARRIA, Eustorgio: Derecho Administrativo, 5ª Edición, Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 1968, p. 107

necesidad de carácter general, pues toca a los gobernantes señalar cuáles son las necesidades que habrán de ser satisfechas por el procedimiento del servicio público y cómo funcionará éste.

El Dr. Galo Espinosa Merino en cuanto a colisión de derechos nos dice que es "*Concurrencia tal de derechos que el ejercicio de una excluye o perjudica el otro*".[24]

La colisión de derechos fundamentales se origina, como la mayoría de los problemas jurídicos, en la interpretación de los preceptos ius fundamentales. Y es que los enunciados jurídicos no entran en conflicto en abstracto sino en su aplicación a los casos concretos.

Las normas que contemplan derechos fundamentales se emplazan en una específica rama del derecho, en el derecho constitucional; ello significa que su análisis tenga que tomar este orden como componente básico

Galo Espinosa Merino nos indica que cargo es "*Responsabilidad atribuida a una persona. Falta atribuida a alguien por el indebido desempeño de sus funciones. Obligación impuesta por el disponente a la persona que recibe una liberalidad. Oficio o empleo desempeñados por una persona*".[25]

[24] ESPINOSA MERINO, Galo: La Mas Practica Enciclopedia Jurídica, Volumen I, Vocabulario Jurídico, Editorial Instituto de Informática Legal, Quito – Ecuador, 1986, p. 93
[25] ESPINOSA MERINO, Galo: La Mas Practica Enciclopedia Jurídica, Volumen I, Vocabulario Jurídico, Editorial Instituto de Informática Legal, Quito – Ecuador, 1986, p.75

El cargo se compone de todas las actividades desempeñadas por una persona, las cuales pueden incluirse en un todo unificado que ocupa una posición formal en el organigrama. Para desempeñar sus actividades, la persona que ocupa un cargo debe tener una posición definida de este modo, un cargo constituye una unidad de la organización y consiste en un conjunto de deberes que lo separan y distinguen de los demás cargos.

4.2. MARCO DOCRINARIO

4.2.1. Criterios de la contratación civil

En la Enciclopedia Jurídica Omeba se expresa que "*Los contratos civiles se derivan de la contratación humana. La legislación sobre la contratación humana, añade, reviste capital importancia, porque al regularse las relaciones obligatorias, se da un verdadero impulso a la vida industrial, promoviendo eficazmente el desarrollo de la vida económica*"[26].

Los señalado por contratación humana se basa en las relaciones interhumanas, y las internacionales, pero esto considero que se han se van tornando más complejas, aparecen nuevas formas contractuales, o las antiguas evolucionan y se transforman de tal modo, que se hace difícil una diferenciación abierta y clara entra aquellas contrataciones que son del orden civil y las que atañen exclusivamente al comercial, sin desmedro de otras que asumen el carácter de mixtas, involucrando caracteres de una y otra modalidad.

Sobre el factor determinante de una clasificación, en este sentid, las respuestas son numerosas, y no todas coinciden entre sí, puesto que ellas están condicionadas a los elementos que cada autor desea colocar dentro del concepto del acto esencialmente civil, y del acto esencialmente comercial. Entre los primeros están comprendidos, aquéllos que, cualquiera sea quien los realice y en cualquiera condición en que sean

[26] ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Libros Científicos, Tomo III, Editorial DRISHILL S.A., Buenos Aires Argentina, 1992, p. 1432

realizados, no pueden nunca ser comerciales: tales son los actos de derecho público; los actos no patrimoniales, dada la naturaleza patrimonial del derecho comercial; tales también los actos conexos a actos no patrimoniales, que constituyen la condición de la ley para su eficacia;

En la Enciclopedia Jurídica se expresa que "*En algunas legislaciones se ha logrado unificar las disposiciones del Derecho civil y del Derecho comercial, como en el Código suizo de las Obligaciones, pero aun en este caso, se establece una discriminación, que consiste en legislar acerca de las sociedades comerciales (sociedades en nombre colectivo, en comandita, anónimas y cooperativas), en un título especial, después de haberse ocupado de la sociedad simple; agregando, además, disposiciones sobre la letra de cambio, el cheque, mandatos a la orden, títulos al portador. Lo que se ha unificado, solamente, son los principios generales sobre el consentimiento, objeto, forma, etcétera*"[27].

Ha sido precisamente la ley comercial la que se ha afanado en establecer las fronteras entre ambas clases de contratos, enumerando especial y taxativamente los que considera actos de comercio, y, por consiguiente, los actos jurídicos capaces de realizar contrataciones de esta índole.

Los contratos civiles son seguramente numerosos, y la frecuencia de su empleo es la compraventa, la cesión, la locación, el de trabajo, la sociedad, todavía sin referirnos a

[27] ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Libros Científicos, Tomo III, Editorial DRISHILL S.A., Buenos Aires Argentina, 1992, p. 1433

los desinteresados como la donación y el mandato en todos sus aspectos, se practican a diario.

No tanto ya los reales como depósito, mutuo, comodato. No puede negarse, sin embargo, que el esfuerzo humano, retribuido por el empleador, forma hoy una rama distinta del Derecho, en su teoría y en su copiosa legislación: que el acuerdo de voluntades para transferir inmuebles es mucho menos usual que el mercado mobiliario, que junto con los títulos circulantes, alimenta el movimiento de nuestras grandes ciudades, lo que reduce la cesión civil a proporciones mucho menores que la sujeta al Código de Comercio

Es indudable que la actuación de las sociedades, previstas en el Código civil, carecen de toda categoría con relación a las numerosas y muy vastas que legisla el Código mercantil, lo mismo que otros negocios contractuales que han pertenecido y pertenecen al Derecho civil, pero han sido neutralizados por la aparición de importantes figuras del comercio, a las que han cedido, su lugar. Por consiguiente, puede concluirse, que con excepción de la donación y el comodato, estrictamente civiles, no resta más que el arrendamiento, con sus múltiples expresiones, como el único contrato que, prácticamente, queda relegado al Derecho Civil.

En la Enciclopedia Jurídica OMEBA, de los contratos civiles propiamente dichos expresa que "*Desde la clásica definición de Savigny, según la cual constituye el contrato el concierto de dos o más voluntades sobre una declaración de voluntad común destinada a reglar las relaciones jurídicas, son numerosas las definiciones*

que la doctrina y la legislación han dado acerca del contrato civil. El contrato, en cualquiera forma que se ofrezca, supone un concurso de voluntades, capaz de •producir, modificar o anular una relación jurídica; y claro es que, desde el punto de vista de la convención, a su resultado no se llega de un modo inmediato e instantáneo, sino después de un enlace gradual de circunstancias que, iniciadas cuando una persona concibe meramente la idea de celebrar el concierto jurídico, ya porque necesita del concurso de otra para determinada finalidad de su vida, en el orden social, o ya por conveniencias particulares de sus intereses, se desenvuelven lentamente en una serie de estados, previos y necesarios, que hasta que no se completan debidamente, no hacen surgir la realidad de derecho que constituye el concepto final del pensamiento contractual concebido."[28]

De esto se deduce con toda claridad, que el contrato únicamente será verdadera convención cuando produzca relaciones jurídicas entre dos o más personas, cuyo contenido sean a la vez obligaciones contractuales; es decir, determinantes de prestaciones o servicios, que por un lado originan compromisos de deber, y por otro fundamenten derechos a pedir la ejecución o no realización de alguna cosa, facultades que se traducen subsidiariamente en la indemnización oportuna, cuando se falta a su cumplimiento contraído voluntaria y libremente.

"*El origen y desenvolvimiento del contrato civil se remonta a la antigüedad clásica. Su desarrollo y evolución han sido marcados por el progreso de las relaciones humanas, cada vez más frecuentes. En el antiguo Derecho romano estaba sujeto a un*

[28] ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Libros Científicos, Tomo III, Editorial DRISHILL S.A., Buenos Aires Argentina, 1992, p. 1433

criterio singularmente estrecho. El acto jurídico no constituía por sí mismo un contrato, sino cuando su contenido era susceptible de entrar en el cuadro de una o de varias estipulaciones, es decir, si se descubrían en él dos declaraciones simétricas y se servían respectivamente de réplica, afirmando la una, la voluntad de convertirse en acreedor, y la otra de convertirse en deudor; la operación era esencialmente individual; a base de colaboración, y su objetivo era muy limitado (venta, arrendamiento, préstamo, etc.)

Posteriormente se modificó la concepción, desplazando los elementos que parecían rituales e invariables: se concibió, en efecto, la existencia de contrato, en todo acto plurilateral capaz de crear obligaciones y derechos, con prescindencia de las declaraciones simétricas y antitéticas, aunque no se amoldara estrictamente a la estipulación romana. En el Derecho moderno terminó por imponerse la tendencia civilista que asigna al contrato una máxima elasticidad y de la rigidez de las dos declaraciones, se pasó al contrato unilateral, con la serie infinita de combinaciones, que el Derecho civil actual reconoce y ampara."[29]

La evolución que se ha manifestado en el campo contractual, no es puramente cuantitativa, presenta también un aspecto cualitativo. Los contratos no solamente han crecido en número y en categoría, sino que tienden visiblemente a cambiar de naturaleza.

En los contratos de servicios profesionales, la acción de los poderes públicos, se preocupan de las condiciones en que son aquéllos celebrados, de las cláusulas que

[29] ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Libros Científicos, Tomo III, Editorial DRISHILL S.A., Buenos Aires Argentina, 1992, p. 1434

encierran, de los efectos que producen, de la interpretación que comportan, de los acontecimientos que producirá su disolución; poco tiempo hace que el legislador y, con más frecuencia todavía, el juez, intervienen e imponen su criterio a las partes, desde la elaboración de la convención hasta el final de su recorrido; en otro tiempo fenómeno privado e individual, el contrato es tratado, cada vez más, como un fenómeno social; la libertad individual y la autonomía de las voluntades privadas retroceden ante el intervencionismo de los poderes públicos, y el contrato libre donde a convertirse en un contrato dirigido.

En la Enciclopedia Jurídica Omeba se expresa que "*La dogmática moderna, afirma un autor alemán, ve en el contrato una modalidad del concepto general del negocio jurídico. Se da el nombre de negocio jurídico a la manifestación de voluntad de uno o varios particulares, que suelen designarse con el término procesal de "partes", encaminada a producir efectos de derecho, crear, modificar o extinguir un derecho o una relación jurídica. La ley, al admitir estos actos o negocios jurídicos y sancionar — dentro de ciertos límites— los efectos apetecidos por las partes, reconoce a los sujetos de derecho la posibilidad de reglamentar por sí mismos sus relaciones. Sobre esta posibilidad, a la que puede darse el nombre de autonomía privada, descansa nuestro régimen económico y jurídico; régimen que, a pesar de las corrientes de socialización cada vez más acentuadas, sigue teniendo un carácter marcadamente individualista*"[30].

[30] ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Libros Científicos, Tomo III, Editorial DRISHILL S.A., Buenos Aires Argentina, 1992, p. 1435

Con la aparición del Código Civil también vino una serie de leyes especiales que avanzaron el estado de la legislación, tocando a instituciones que ya se daban por definitivas. Pero los contratos civiles no están definidos expresamente, más bien se define el contrato y se refiere exclusivamente al negocio jurídico, de la contextura de dicha sección surge la nueva evolución en la materia; al mismo tiempo se incorporan nuevas figuras contractuales, antes ignoradas, o que fueron objeto de la discusión

Las actuaciones de las partes que intervienen en los diversos procedimientos de contratación, deben enmarcarse en principios éticos y jurídicos, como son la legalidad. En los contratos civiles es necesario que se cumplan a cabalidad todos estos principios orientadores a fin de que se cumplan los fines del Estado.

El principio de legalidad, como señala William López Arévalo: "*Bien conocido es el principio jurídico "quoe non sunt permisae prohibita intelliguntur" (en Derecho Público solo se puede hacer lo que la Ley expresamente permite); consecuentemente, el Ente Estatal, no puede apartarse por ningún motivo de lo estipulado en las normas legales sobre la materia y debe actuar en estricto apego a los procedimientos preestablecidos, ya que su violación u omisión acarrea la nulidad de lo actuado, sin perjuicio de las sanciones administrativas, civiles y penales para los responsables*."[31]

Conforme a este principio fundamental en el Estado de Derecho, los órganos o autoridades del Estado, y por ende de la Administración Pública, solo pueden hacer

[31] LÓPEZ ARÉVALO, William: Tratado de Contratación Pública, Teoría, Práctica y Jurisprudencia, Tomo I, Editorial Jurídica del Ecuador, 2010, p. 104

lo que la Ley expresamente les permite, en la forma y términos en que ella misma determina, por lo que su actuación habrá de fundarse y motivarse en el derecho vigente; en consecuencia, el Contrato civiles queda sujeto a un régimen jurídico, porque la administración es una función esencialmente ejecutiva; ella tiene en la Ley el fundamento y el límite de su acción.

En principio de imparcialidad, trato justo e igualitario, para José Pérez, y otros señalan que este principio es "*de gran relevancia en materia de contratación pública son los principios de trato justo e igualdad, los cuales exigen que debe darse el mismo trato a todos los oferentes de un procedimiento precontractual. Es decir, que no puede existir un trato preferente a un determinado proveedor, o en su defecto, que se dé un trato discriminatorio a otro. Vale decir, que estos principios implican que las mismas reglas de juego se apliquen a todos los oferentes*."[32]

Constituye principio constitucional básico la igualdad ante la ley; por lo tanto, está prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas, que beneficien a determinados oferentes, pues, todos merecen el mismo trato y oportunidad.

En consecuencia, si se necesita el servicio profesional de una persona, las posturas u ofertas, deben ser valoradas con el más amplio criterio de calificación, no solamente para que el trato sea justo, sino para garantizar la bondad del bien o del servicio. Se debe proceder con rectitud y sin designio anticipado, tratando a todos los postores y personas en iguales condiciones.

[32] PÉREZ, Antonio José, López Suarez, Daniel, Aguilar José Luis: Manual de Contratación, Pública, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2011, p. 65

Como principio de la administración es el de concurrencia que "Para el tratadista Roberto Dromi: citado por Pérez Antonio "*El principio jurídico de la libre concurrencia afianza la posibilidad de oposición entre los interesados en la futura contratación, con mayor competencia entre los oferentes, e implica la prohibición para la Administración de imponer condiciones restrictivas para el acceso al concurso.*"[33]

De ahí que los procedimientos de contratación de servicios deben ser públicos, es decir, que sus convocatorias son abiertas, para garantizar que todos los oferentes que se encuentren calificados en la categoría correspondiente puedan participar en el proceso. Inclusive aquellos que no hubieren recibido la invitación, pueden autoinvitarse, si se califican en la categoría del proceso. Evidentemente esta es la regla general, pero existen ciertas excepciones, que se justifican en razón de la naturaleza de la contratación o del monto bajo del presupuesto referencia, en que el procedimiento no es público, sino que se realiza mediante invitaciones directas, como es el caso de la *menor cuantía;* asesoría legal o patrocinio jurídico; y, cuando existe un único proveedor, entre otros.

4.2.2. Actividad Administrativa del Estado

El Estado a través de sus organismos les asigna tareas a los funcionarios y servidores públicos competencias y facultades a través de la Constitución y la Ley Orgánica del Servicio Público, estas funciones, tienen un fin común, satisfacer a la sociedad en el

[33] PÉREZ, Antonio José, López Suarez, Daniel, Aguilar José Luis: Manual de Contratación, Pública, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2011, p. 69

reconocimiento de los derechos que les asisten, como de tener servicios de calidad, eficaces y eficientes.

La administración pública en nuestro país está sujeta a normas y reglas que deben observar los funcionarios y servidores públicos, es así que se prohíbe que en una misma institución del Estado puedan ejercer funciones entre parientes hasta cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. Este no es el inconveniente que presenta la Ley Orgánica del Servicio Público, sino que se sanciona con normas contrarias a los principios consagrados en la Constitución de la República del Ecuador, ya que en caso de existir nepotismo en esa misma institución la Contraloría General del Estado tiene la facultad de ejercer las acciones para que se devuelva lo indebidamente pagado.

Pero si un servidor ha ejercido sus funciones con tal calidad de trabajo que merezca un reconocimiento por tal función, por ética y por norma constitucional no se le debe sancionar que devuelva lo que ha percibido por sus servicios prestados para con el Estado, y aquello viola el derecho de que todo trabajo debe ser remunerado, nadie estará obligado a realizar un trabajo gratuito, salvo casos que determine la ley, como lo indica la Constitución.

Si un servidor público presta sus servicios lícitos y personales ante una institución pública, se sancione a que devuelva lo indebidamente pagado, porque está incurso en nepotismo, conlleva a que sea obligado a realizar un trabajo gratuito. Pues según los principios del derecho público, la situación jurídica del titular de atribuciones del

Estado solamente se adquiere por el individuo investido de un cargo público en los términos que las leyes determine.

Como lo indica Gabino Fraga, en su obra Derecho Administrativo "*El acto de nombramiento o de elección del funcionario o empleado público, condicionará para éste la atribución de la situación jurídica referida y la posibilidad legal de asumir todas las facultades y obligaciones del cargo para el cual ha sido investido*"[34]

Si una ley determina que se sancione con que se devuelva lo indebidamente pagado al servidor que estaba incurso en nepotismo, no significa un pago indebido, ya que lo que determina la ley está en contra de lo consagrado en la Constitución por prohibir el trabajo gratuito y es más el acto del servidor público en su situación jurídica no está en la obligación de asumir la devolución de lo pagado para el cual fue investido como servidor público, porque si uno ejerce una función de actos lícitos y personales pero prohibidos de ejercerlos por encontrase en nepotismo, no debe ser una condición para éste la situación jurídica de devolver lo percibido de los servicios que prestó a la institución.

Estorgio Sarria señala que "Las personas vinculadas a los servicios y actividades que el Estado presta directamente, gozan de ciertos derechos, los cuales son indispensables a la seguridad social, e integran el estatuto de trabajo. Se trata en primer lugar, de garantías que benefician por igual al agente y a la administración; y en segundo término, de un conjunto de reconocimientos semejantes a las

[34] FRAGA, Gabino: Derecho Administrativo, Décimo cuarta edición, Editorial Porrua S. A., México, 1971, p. 160

prestaciones de que gozan las personas subordinadas a la empresas de índole particular”[35]

Si el trabajo es obligatorio las limitaciones están dadas en las disposiciones normativas, expresando la libertad de trabajo y contratación por lo tanto a nadie se le puede exigir servicios gratuitos, ni remunerados que no sean impuestos por la ley. Pues la actividad administrativa persigue garantizar a los funcionarios la estabilidad y el ascenso, además la carrea administrativa se ha considerado como indispensable para alcanzar la perfección de los servicios públicos, la puntualidad en su prestación.

Los contratos de servicios profesionales se regulan dentro de la administración pública, porque la Constitución diseña como administraciones públicas como sujetos, las personas jurídicas y órganos integrales del sector público, atribuidos con potestad estatal, que deben ejercer una función o actividad administrativa, disposiciones normativas, actos, contratos y hechos administrativos. Para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado, esto es, para concretar la realización de un fin público.

4.2.3. El trabajo que desempeñan los servidores públicos

El Estado a través de sus organismos les asigna tareas a los funcionarios y servidores públicos competencias y facultades a través de la Constitución y la Ley Orgánica del Servicio Público, estas funciones, tienen un fin común, satisfacer a la sociedad en el

[35] SARRIA, Eustorgio: Derecho Administrativo, 5ª Edición, Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 1968, p. 115

reconocimiento de los derechos que les asisten, como de tener servicios de calidad, eficaces y eficientes.

La administración pública en nuestro país está sujeta a normas y reglas que deben observar los funcionarios y servidores públicos, es así que se prohíbe que en una misma institución del Estado puedan ejercer funciones entre parientes hasta cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. Este no es el inconveniente que presenta la Ley Orgánica del Servicio Público, sino que se sanciona con normas contrarias a los principios consagrados en la Constitución de la República del Ecuador, ya que en caso de existir nepotismo en esa misma institución la Contraloría General del Estado tiene la facultad de ejercer las acciones para que se devuelva lo indebidamente pagado.

Pero si un servidor ha ejercido sus funciones con tal calidad de trabajo que merezca un reconocimiento por tal función, por ética y por norma constitucional no se le debe sancionar que devuelva lo que ha percibido por sus servicios prestados para con el Estado, y aquello viola el derecho de que todo trabajo debe ser remunerado, nadie estará obligado a realizar un trabajo gratuito, salvo casos que determine la ley, como lo indica la Constitución.

Si un servidor público presta sus servicios lícitos y personales ante una institución pública, se sancione a que devuelva lo indebidamente pagado, porque está incurso en nepotismo, conlleva a que sea obligado a realizar un trabajo gratuito. Pues según los principios del derecho público, la situación jurídica del titular de atribuciones del

Estado solamente se adquiere por el individuo investido de un cargo público en los términos que las leyes determine.

Como lo indica Gabino Fraga, en su obra Derecho Administrativo "*El acto de nombramiento o de elección del funcionario o empleado público, condicionará para éste la atribución de la situación jurídica referida y la posibilidad legal de asumir todas las facultades y obligaciones del cargo para el cual ha sido investido*"[36]

Si una ley determina que se sancione con que se devuelva lo indebidamente pagado al servidor que estaba incurso en nepotismo, no significa un pago indebido, ya que lo que determina la ley está en contra de lo consagrado en la Constitución por prohibir el trabajo gratuito y es más el acto del servidor público en su situación jurídica no está en la obligación de asumir la devolución de lo pagado para el cual fue investido como servidor público, porque si uno ejerce una función de actos lícitos y personales pero prohibidos de ejercerlos por encontrase en nepotismo, no debe ser una condición para éste la situación jurídica de devolver lo percibido de los servicios que prestó a la institución.

Estorgio Sarria señala que "*Las personas vinculadas a los servicios y actividades que el Estado presta directamente, gozan de ciertos derechos, los cuales son indispensables a la seguridad social, e integran el estatuto de trabajo. Se trata en primer lugar, de garantías que benefician por igual al agente y a la administración; y en segundo término, de un conjunto de reconocimientos semejantes a las*

[36] FRAGA, Gabino: Derecho Administrativo, Décimo cuarta edición, Editorial Porrua S. A., México, 1971, p. 160

prestaciones de que gozan las personas subordinadas a la empresas de índole particular"[37]

Si el trabajo es obligatorio las limitaciones están dadas en las disposiciones normativas, expresando la libertad de trabajo y contratación por lo tanto a nadie se le puede exigir servicios gratuitos, ni remunerados que no sean impuestos por la ley. Pues la actividad administrativa persigue garantizar a los funcionarios la estabilidad y el ascenso, además la carrea administrativa se ha considerado como indispensable para alcanzar la perfección de los servicios públicos, la puntualidad en su prestación

4.2.4. Contratos de servicios profesionales en el ordenamiento jurídico

Los contratos de servicios profesionales deben regularse adecuadamente en la ley, esto se deriva de la necesidad de regular múltiples relaciones y conductas que impone la necesidad de que el pueblo que se organiza en el Estado adopte los medios para normar esa diversidad fáctica.

Norberto Bobbio indica: "*Ahora bien, la existencia de estas* fuentes reconocidas y delegadas, *nos impone observar con mayor detenimiento la estructura del Ordenamiento Jurídico. Lo que* unifica *al ordenamiento es el* poder originario, *esto es, el poder al lado del cual no existe otro poder capaz de justificar el ordenamiento jurídico.* Es este *poder originario la frente de las fuentes*. *Es originario jurídicamente, no históricamente*. *Ya constituido el* poder originario *crea, para*

[37] SARRIA, Eustorgio: Derecho Administrativo, 5ª Edición, Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 1968, p. 115

satisfacer la necesidad de otras normas, nuevos centros de producción jurídica, atribuyendo a los órganos públicos el poder de producir normas como los reglamentos, las ordenanzas y, a los particulares, el poder negocial, las regulaciones de la autonomía de su voluntad, los contratos. Éstos son poderes derivados."[38]

De esta forma, Bobbio ha hecho la distinción entre fuentes originarias y fuentes derivadas; ha subdividido luego las fuentes derivadas en fuentes reconocidas y fuentes delegadas, sin descuidar que ha anotado una fuente de las fuentes que es el poder originario, pues, en todo ordenamiento el último punto de referencia de toda norma es el poder originario, esto es, el poder al lado del cual no existe otro poder capaz de justificar el ordenamiento jurídico.

En consecuencia, identificamos las fuentes del Derecho en los actos y hechos en los que se hace depender la producción de normas jurídicas, siendo originarias las que son producidas por el poder originario del Estado, vale decir, por el poder constituyente; pero éste, que crea al Estado y su originario ordenamiento, autolimita su poder soberano que es, en principio, jurídicamente ilimitado, e instituye otros centros de producción normativa diferentes y que constan en la Constitución, como el Presidente que reglamenta las leyes; los municipios que expiden ordenanzas y otras normas que nacen por el ejercicio de las varias competencias de determinados órganos estatales. Estas normas se llaman derivadas, por nacer de poderes derivados del originario. De esta forma, por ejemplo, el poder legislativo de la Asamblea

[38] BOBBIO, Norberto: Teoría General del Derecho, Editorial Temis, 1987, Bogotá – Colombia, p. 153

Nacional es derivado, dado que es un poder que nace de la Constitución que es la norma originaria y, así, la ley es fuente derivada; el poder reglamentario del Presidente es, igualmente, derivado, pues la potestad (competencia) reglamentaria consta como atribución constitucional de aquél y, por ello, el reglamento es fuente derivada, así como derivado es el poder de los municipios para expedir ordenanzas y éstas son, igualmente, fuentes derivadas.

El Ordenamiento Jurídico es unitario a pesar de la diversidad de normas o de fuentes y, tal unidad, no puede ser mejor explicada por Bobbio diciendo que: "*Las normas de un ordenamiento no se encuentran todas en el mismo plano, pues hay normas superiores y normas inferiores. Las normas inferiores dependen de las superiores. Partiendo de las normas inferiores y pasando por las que se encuentran en un plano más alto, llegamos por último a una norma suprema que no depende de ninguna otra norma superior, la norma fundamental en la cual reposa la unidad del ordenamiento. Todo ordenamiento tiene una norma fundamental, que da unidad a todas las otras normas; esto significa que la norma se esparce dando lugar a un conjunto unitario, que se puede denominar justamente «ordenamiento*"[39]

En el ordenamiento la norma suprema es la Constitución, pero sus normas derivan de un poder normativo anterior que es el poder constituyente. El poder constituyente es el poder último, o, si preferimos, supremo u originario de un ordenamiento jurídico. Determinado el poder constituyente como poder último, debemos presuponer, por tanto, una norma que le atribuye al poder constituyente la facultad de producir

[39] BOBBIO, Norberto: Teoría General del Derecho, Editorial Temis, 1987, Bogotá – Colombia, p. 161

normas jurídicas: esta norma es la norma fundamental que, de una parte le atribuye a los ordenamientos constitucionales el poder de producir normas validas, y de otra, le impone a todas las personas a quienes se dirige la norma constitucional, el deber de obedecerla. Puede ser formulada de esta forma: El poder constituyente está autorizado para dictar normas obligatorias para toda la colectividad.

Resulta bastante matizada la distinción entre los derechos impuestos a los ciudadanos y las configuraciones legales de sus derechos, porque en efecto, toda imposición pública, incluyendo tributos y las sanciones, resultan una restricción mayor o menor sobre la libertad personal de los ciudadanos y moldean de alguna manera sus derechos.

Parejo establece las diferentes actividades de administración que contemplan obligaciones de los ciudadanos. "*Desde el punto de vista de su intensidad, la ordenación y, por tanto, la intervención o limitación administrativa puede adoptar legalmente grados muy diferentes: desde el simple deber de comunicación, inscripción o registro, pasando por la atribución a la administración de una facultad de comprobación formal de la concurrencia de los requisitos legales pertinentes y de la imposición de deberes de dar o de hacer o de no hacer, hasta la transferencia forzosas de prestaciones (personales o reales) asimismo forzosas y de las delimitaciones del contenido mismo de los derechos*"[40]

[40] PAREJO ALFONSO, Luciano: Derecho Administrativo, Editorial Ariel, Barcelona – España, 2003, p. 644

Esta clasificación enumera una serie de clases de obligaciones de los ciudadanos, y separa como una ordenación específica las delimitaciones del contenido mismo de los derechos. Considero que estas actividades restrictivas son mejor comprendidas y susceptibles de mejor calificación si se entiende la administración como estableciendo un orden intencional de convivencia, garantizando cuáles son los ámbitos dentro de los que pueden moverse las iniciativas privadas de las posibles conductas de los particulares.

4.3. MARCO JURÍDICO

4.3.1. El deber del Estado en la Constitución de la República del Ecuador.

El derecho administrativo no solo regula la estructura de los entes dependientes del poder ejecutivo, legislativo o judicial y de los organismos seccionales independientes sino también, y de manera fundamental, se encarga de las actividades o tareas que realizan esos órganos.

Dichas tareas, o aspecto dinámico de la administración pública, se encuadran en los conceptos de fines, atribuciones, funciones, competencias y facultades.

La actividad de la administración pública está encaminada a alcanzar los fines como los señalados en Art. 227 de la Constitución de la República del Ecuador que "*La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.*"[41]

Principios que son aplicados por el Estado y sus instituciones mediante la realización de la función administrativa, como un medio indispensable para el desarrollo de las tareas públicas en relación con la prestación de servicios públicos, que corresponda a las atribuciones que el poder público se haya reservado conforme al orden jurídico.

[41] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, 2010, Quito – Ecuador, Art. 227

Para ello se sirve de los actos de un determinado órgano competente y el desempeño de labores de un servidor público facultado para ello.

El servicio público se manifiesta dentro del Estado ante el servicio a las necesidades colectivas, el desarrollo científico y la dinámica social, aspectos a los cuales va acoplándose la función pública con el fin de atender el interés general para desarrollar este aspecto, entrega todas las facultades a los órganos centrales que abarcan la totalidad de poderes de decisión propias del Estado.

Los entes del poder público encargados de coordinar los recursos de diversa índole para el logro de ciertos objetivos constituyen la materia que integra la administración pública.

La administración pública, al ser analizada por la ciencia o teoría de la administración y desde un punto de vista eminentemente extrajurídico comprende los elementos siguientes: organización, coordinación, finalidad, objetivos, métodos operativos, planeación, control, evaluación.

Al hablar sobre los principios generales, el Art. 3 numeral 1 de nuestra Constitución dispone "*Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.*"[42] En esta disposición se indica, que el Estado ecuatoriano garantiza el

[42] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, 2010, Quito – Ecuador, Art. 3. Núm. 1

goce pleno de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales legalmente ratificados por nuestro país, hay que tomar en cuenta que el Estado está conformado por cinco funciones: Ejecutiva; Legislativa; Judicial; Electoral; y, de Transparencia y Control Social.

Sin embargo el Art. 225 de la Constitución de la República del Ecuador, indica: "*El sector público comprende:*

1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.

2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.

3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.

4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos."[43]

Según el mandato del Art. 3 de la Constitución de la República del Ecuador, estas instituciones que conforman la Administración Pública, son las encargadas de garantizar el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales. Para todos es conocido que de una u otra manera en ciertas instituciones que conforman el Estado, violan constante y de distinta manera los derechos humanos, sin tomar en cuenta lo dispuesto, en el inciso segundo del Art. 1 de la Constitución de la República del Ecuador, que indica: "*La soberanía radica*

[43] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, 2010, Quito – Ecuador, Art. 225

en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución."[44].

Por lo tanto la Función Ejecutiva, es la encargada de dirigir, de crear políticas para su desarrollo, de organizar y hacer cumplir las disposiciones del pueblo, la Función Legislativa crea normas que regulan el convivir de la sociedad ecuatoriana, además de su función de crear leyes, está la de fiscalizar y aprobar el Presupuesto General del Estado, entre una de las tantas funciones claramente determinadas en la Constitución de la República del Ecuador; la Función Judicial, es la encargada de hacer cumplir las disposiciones, emanadas por la Función Ejecutiva así como de la Función Legislativa; o sea, es la que hace cumplir las obligaciones y derechos que el Estado ha asignado a sus ciudadanos; otra de las funciones que ha creado la nueva Constitución es la Función de Transparencia y Control Social que tienen como función la de:

"*Promoverá e impulsará el control de las entidades y organismos del sector público, y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público, para que los realicen con responsabilidad, transparencia y equidad; fomentará e incentivará la participación ciudadana; protegerá el ejercicio y cumplimiento de los derechos; y prevendrá y combatirá la corrupción*"[45]; y, la última, es la Función Electoral que garantiza el

[44] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, 2010, Quito – Ecuador, Art. 1, inc. 2
[45] IBIDEM, Art. 204

ejercicio de los derechos políticos que se expresan a través del sufragio y la organización política de la ciudadanía.

En cuanto a la aplicación de los derechos el Art. 11 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador, dispone lo siguiente: "*Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.*"[46]

Esta disposición ratifica y dispone la aplicación inmediata de todos los derechos y garantías expuestas en los tratados y convenios sobre los derechos humanos, además ordena que todo funcionario público, juez o tribunal deben aplicar lo determinado en estos instrumentos internacionales.

Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los tratados y convenios vigentes, son de aplicación inmediata. Por lo tanto es necesario revisar lo que dispone la Constitución en cuanto a este tema.

El Art. 417 de la Constitución de la República del Ecuador prescribe: "*Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios por ser humano, de no restricción de*

[46] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, 2010, Quito – Ecuador, Art. 11 núm. 3

derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.".[47]

De acuerdo a esta disposición la aplicación de los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Ecuador, tienen que sujetarse a lo establecido en la Constitución, sólo los tratados y otros instrumentos internacionales relacionados con los derechos humanos serán de aplicación directa prevaleciendo siempre los derechos que tiene todo ser humano.

4.3.2. Garantía Constitucional dentro de la administración pública

El Art. 228 de la Constitución de la República del Ecuador, contempla de cómo se realizará el ingreso a al servicio público, en los siguientes términos: **"***El ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa se realizarán mediante concurso de méritos y oposición, en la forma que determine la ley, con excepción de las servidoras y servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento y remoción. Su inobservancia provocará la destitución de la autoridad nominadora.*"[48]

Esta disposición contempla del ingreso, el ascenso y promoción de un servidor público, debe realizarse mediante un concurso de mérito y oposición de acuerdo a lo señalado en la Ley en este caso en la Ley Orgánica del Servicio Público, es decir que los servidores públicos deben ceñirse a normas objetivas, o sea a la situación jurídica

[47] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, 2010, Quito – Ecuador, Art. 417
[48] IBIDEM, Art. 228

general. Y esto es lo importante para la eficaz prestación de los servicios públicos y para la consiguiente responsabilidad.

El Art. 229 de la Constitución de la República del Ecuador expresa: **"***Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público.*"[49]

Los derechos de las servidoras y servidores públicos son irrenunciables. La ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores. Las obreras y obreros del sector público estarán sujetos al Código de Trabajo. La remuneración de las servidoras y servidores públicos será justa y equitativa, con relación a sus funciones, y valorará la profesionalización, capacitación, responsabilidad y experiencia.

El Art. 230 de la Constitución de la República del Ecuador, señala: "*En el ejercicio del servicio público se prohíbe, además de lo que determine la ley:*

1. Desempeñar más de un cargo público simultáneamente a excepción de la docencia universitaria siempre que su horario lo permita.

2. El nepotismo.

[49] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, 2010, Quito – Ecuador, Art 229

3. Las acciones de discriminación de cualquier tipo."[50]

En los principios, ámbitos y competencias, homogeneidad jurisprudencial, especialidad por materia, es independiente ya que no se trata de un juicio, hasta cierto punto autónomo, porque sus fundamentos básicos regulan la aplicación subjetiva de los derechos que el usuario cree o considera no se los han aplicado, o en su defecto a existido una mala o incorrecta aplicación, que vulnera los derechos y garantías, establecidos en la Constitución o en instrumentos internacionales del cual el Ecuador es signatario. La sociedad se confronta diariamente en ciclos de fenómenos sociales en los que en la mayoría de los casos depende directamente del derecho, la justicia, el Estado, categorías, que se correlacionan y se sustentan entre sí, basándose en los parámetros intrínsecos de la ciencia como es el derecho, que en el caso particular que nos ocupa se focaliza a la materia y especialidad como es el caso el derecho.

Cuando existan graves indicios de testaferrismo, la Contraloría podrá solicitar declaraciones similares a terceras personas vinculadas con quien ejerza o haya ejercido una función pública.

No podrán ser funcionarios ni miembros de organismos directivos de entidades que ejerzan la potestad estatal de control y regulación, quienes tengan intereses en las áreas que vayan a ser controladas o reguladas o representen a terceros que los tengan.

[50] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, 2010, Quito – Ecuador, Art. 230

Las servidoras y servidores públicos se abstendrán de actuar en los casos en que sus intereses entren en conflicto con los del organismo o entidad en los que presten sus servicios. Las autoridades públicas de nivel jerárquico superior determinadas en la ley, una vez que hayan cesado en su cargo no podrán, durante los siguientes dos años, formar parte del directorio o ser representantes legales o apoderados de personas jurídicas nacionales o extranjeras que celebren o tengan vigentes contratos con el Estado para la ejecución de obras públicas, prestación de servicios públicos o explotación de recursos naturales, o ser funcionarios de instituciones financieras internacionales acreedoras del país.

El Art. 226 de la Constitución de la República del Ecuador, prescribe: "*El sector público comprende:*

1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.

2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.

3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.

4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos."[51]

Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal

[51] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, 2010, Quito – Ecuador, Art 226.

ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.

La administración en general puede tener falencias en su aplicación y practicidad, por lo cual puede ser un factor no menos importante dentro de los conflictos socio cultural, económico políticos, que deseamos contribuir con posibles alternativas de solución dentro del proceso sistemático, metodológico y técnico. Creo pertinente no realizar criterios adelantados respecto a la actuación o participación de los organismos encargados del control instituidos, ya que se pierde la verticalidad, objetividad ética que debería existir, dentro de la administración pública, por lo cual analizamos este aspecto jurídico.

Ninguna servidora ni servidor público estará libre de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos. Si una persona tiene responsabilidad en un acto de la administración pública, el Estado se reserva el derecho de repetición en contra de servidoras o servidores públicos que por dolo o culpa grave hayan causado perjuicio económico al Estado.

La Constitución de la República del Ecuador, en su Art. 11 numeral 9 indica que "*El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las*

personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas."[52]

Esto constituye si, si es demandado al Estado por la condenada a pagar como responsable de la actuación dolosa o negligente de un servidor o funcionario en el ejercicio de sus funciones, podrá repetir, esto es, actuar contra ese funcionario para que le resarza del importe demandado.

Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aún cuando no tengan las calidades antes señaladas.

El Estado garantizará la formación y capacitación continua de las servidoras y servidores públicos a través de las escuelas, institutos, academias y programas de formación o capacitación del sector público; y la coordinación con instituciones nacionales e internacionales que operen bajo acuerdos con el Estado.

La administración proviene del término latino "administrationis" que es relativo a la administración, que según el diccionario de la lengua española, administrar se refiere a: gobernar ejercer autoridad de mando sobre un territorio, y sus habitantes o su vez

[52] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, 2010, Quito – Ecuador, Art. 11 núm. 9

dirigir una institución, ordenar, disponer o organizar la hacienda de bienes, desempeñar un cargo oficio o dignidad.

4.3.3. Servidoras y servidores públicos.

El Art. 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público, establece quienes están comprendidos como servidores públicos, indicando los siguientes:

"*Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función, dignidad dentro del sector Público*"[53]

De acuerdo a esta disposición legal el servidor público es cualquier persona que presta sus servicios por una remuneración y que tales servicios los desempeña en las entidades y organismos que señala la Constitución y la Ley, servidores que pueden ser tanto ecuatorianos como extranjeros, tal como se puede observar en el penúltimo inciso del Art. 5 de la Ley Orgánica del Servicio Público.

De conformidad con el Art. 6 de la Constitución de la República del Ecuador "*Todas las ecuatorianas y ecuatorianos son ciudadanos y gozarán de los derechos establecidos en la Constitución.*"[54]. Por lo tanto todos los ecuatorianos tenemos

[53] LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, Art. 4
[54] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, 2010, Quito – Ecuador, Art. 6

derecho a formar parte de los servidores públicos bajo la condición de cumplir con los requisitos determinados por las leyes para cada cargo.

El servidor público puede ser funcionario o dignatario, siendo el primero que es contratado para prestar sus servicios y el segundo es elegido mediante elección popular, pero tal clasificación no guarda uniformidad en la ley ni en la doctrina, solo puedo decir que el servidor público cumple un servicio público con una actividad amplia por sus características, organización y forma.

4.3.4. Los contratos en el Código Civil

El Art. 1460 del Código Civil establece los elementos del contrato en los siguientes elementos: "*Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no surte efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que, no siendo esenciales en él se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquéllas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.*"[55]

Este artículo determina la existencia de tres elementos de los contratos como son esenciales, naturales y accidentales. Los esenciales son aquellos cuya concurrencia el contrato no puede concebirse ni existir, ya que son la esencias del acto, como por ejemplo si no hay precio, no hay compraventa. Los naturales son aquellos que se

[55] CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2012, Art. 1460

consideran implícitamente comprendidos en el contrato, mientras que las partes no convengan lo contrario, ya que se trata de un elemento que no es de la esencia sino de la naturaleza del contrato, que puede ser excluido por la manifestación de voluntad de las partes y el contrato no dejaría de ser tal, por ejemplo la obligación de saneamiento que tiene el vendedor. Y los elementos esenciales son aquellos que dependen solo de la voluntad de las partes, se los llama también modalidades, por ejemplo el plazo, la condición.

El Art. 1461 del Código Civil, indica los requisitos de un acto o contrato, señalando: "*Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:*

1. Que sea legalmente capaz;

2. Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio;

3. Que recaiga sobre un objeto lícito; y,

4. Que tengan una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra"[56]

Entre requisitos de existencia son los indispensables para que el acto o contrato nazca a la vida jurídica, sin importar su validez o no; pero su omisión, acarrea la inexistencia jurídica del acto o contrato. Estos requisitos son: la expresión de voluntad o consentimiento, la existencia de un objeto lícito, la existencia de una

[56] CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2012, Art. 1461

causa lícita, y, las formalidades en los casos que la ley exige. En cambio, los requisitos de validez son los que garantizan la eficacia jurídica del acto o contrato, pero su omisión lo vicia y permite anularlo. Estos requisitos de validez son: Capacidad de las partes, la voluntad o consentimiento sin vicios, objeto lícito, causa lícita, la lesión enorme y, las solemnidades legales en los casos exigidos por la ley.

Se refiere a la capacidad legal que deben tener las partes para contratar, y por regla general, una persona es capaz cuando tiene la aptitud legal para ejercer derechos y contraer obligaciones; y, según lo prescribe el Art. 1462 del Código Civil, "*Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la Ley declara incapaces*"[57].

Pero es necesario aclarar, que me refiero a la capacidad legal, no a la capacidad jurídica como suele confundirse, ya que esta última hace relación a la capacidad de goce, es decir, a la aptitud que tiene toda persona para ser sujeto de derechos y obligaciones por su sola condición de ser persona.

Mientras que la capacidad legal o capacidad de ejercicio de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.

A más del Estado, en los Contratos Públicos, tendremos por otra parte, a los particulares, que pueden ser personas naturales o jurídicas; pero, para que el acto o contrato tenga validez, tanto los representantes legales del Ente Estatal, como los particulares, deberán gozar de capacidad legal en los términos del Código Civil.

[57] CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2012, Art. 1462

Los sujetos o partes contratantes deben gozar de la capacidad personal obvia para contratar, capacidad legal; y, según nuestras normas, toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera, o asociación de éstas, podrá celebrar contratos con el Estado, siempre que tenga plena capacidad de obrar según las normas de derecho común, acredite en la forma establecida por la Ley su solvencia económica y técnica, y no esté inmerso en ninguna de las causas legales de prohibición o incompatibilidad.

De tal manera, que quien se halle incurso en una o más causales de inhabilidad general o especial para contratar, tipificadas en los artículos 62 y 63 de la Codificación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en concordancia con las disposiciones de los artículos 110 y 111 del Reglamento General, adolece también de incapacidad para contratar; en consecuencia, si una persona que está incur-sa en una o más causales de inhabilidad general o especial contrata con el Estado, dicho acto estará afectado de nulidad, pues estamos frente al caso de una incapacidad especial para ejecutar ciertos actos.

El Art. 1463 del Código Civil expresa: "*Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito.*
Sus actos no surten ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución.
Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las Leyes.

Además de esta incapacidades hay otras particulares; que consisten en la prohibición *que la Ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos* actos"[58].

Los ciegos, los mudos, los dementes y los impúberes tienen capacidad jurídica general, es así que loes ciegos por los defectos físicos hacen necesario formalidades especiales en caso por ejemplo de testamento hecho por esta personas. El mudo, si además, no oye y no sabe leer ni escribir, es absolutamente incapaz y necesita de curador. Los dementes aunque no estén en interdicción no pueden ejercer la guarda, habitualmente se pone en interdicción sólo al habitualmente demente, pero el demente aunque tenga intervalos lúcidos, no puede ejercer la tutela o curaduría de otra persona. Si estas personas realizan acto o contratos no surten efectos, o sea se considere como si no hubieran jamás hubieran realizarlos.

Entre los incapaces relativos se encuentran los menores adultos y las personas jurídicas, siempre que los primeros se hallen en interdicción de administrar sus bienes. De acuerdo a ello producto de su incapacidad, si ellos realizan actos surtirán efectos cuando la ley lo considere y lo permita, por ello ciertos actos pueden realizarlos tanto los menores adultos como las personas jurídicas.

El consentimiento o acuerdo de voluntades entre dos o más personas, es un requisito esencial para la existencia de un contrato, cuya inobservancia invalida el mismo, pues deviene su nulidad. En otras palabras, el consentimiento debe estar libre de

[58] CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2012, Art. 1463

vicios, y según lo dispone el Art. 1467 de la Codificación del Código Civil, "*Los vicios de que puede adolecer son: error, fuerza y dolo*"[59].

El consentimiento implica una manifestación de voluntad coincidente de las partes. Como en el contrato privado, también en el Contrato Administrativo, el consentimiento puede adolecer de vicios que lo invalidan, estos son: error, fuerza y dolo; y, en lo atinente a la manifestación de la voluntad, la simulación.

Estos son vicios de la voluntad que afectan a la eficacia del acto o contrato, por cuanto la misma no ha sido manifestada libre y espontáneamente.

Sin embargo, no debemos confundir la falta de consentimiento con vicios del consentimiento, ya que la ausencia del consentimiento implica que el acuerdo de voluntades no se ha producido, mientras que cuando existe vicio del consentimiento, dicho consentimiento si existe porque se ha producido la voluntad para generar el acto, en consecuencia, el consentimiento viciado supone la existencia del consentimiento.

Por sentido lógico, no podríamos hablar de un consentimiento válido para la celebración de cualquier acto o contrato, si el mismo está basado en el error o concepto falso, equivocado o deformado de una persona o cosa.

El error puede recaer sobre una norma legal, sobre una persona o sobre una cosa o un hecho; es decir, el error puede ser de derecho o de hecho.

[59] CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2012, Art. 1467

El error de derecho, no es otra cosa que el falso concepto o la ignorancia que se tiene acerca de un precepto legal. El error de derecho no vicia el consentimiento, ya que según nuestra normativa jurídica, se presume que la Ley es conocida por todos y su ignorancia no excusa a persona alguna; por tanto el error de derecho no es causal de nulidad relativa, pues, como indicamos no vicia el consentimiento.

El error de hecho, es el concepto equivocado o la ignorancia que se tiene de una cosa, de una persona o de un suceso. En esta parte hemos de advertir, que nuestra legislación contempla tres clases de error de hecho, determinando que el error será causa de invalidez del contrato cuando es grave, ya que si el error es de escasa importancia o trascendencia, la Ley no autoriza la nulidad del acto y el mismo se mantiene vigente.

El Art. 1472 del Código Civil expresa: "*La fuerza no vicia el consentimiento, sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo o condición. Se mira como fuerza de este género todo acto que infunde a una persona justo temor de verse expuestos ella, su cónyuge o alguno de sus ascendientes o descendientes, a un mal irreparable y grave.*
El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las persona a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento"[60].

De la norma legal citada, podemos apreciar, que la fuerza en sí, no es lo que vicia el consentimiento, sino que, es el temor que dicha fuerza infunde en el ánimo de la

[60] CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2012, Art. 1472

persona sobre quien se ejerce, lo que vicia el consentimiento. Dicho de otra manera, es el efecto de la fuerza lo que vicia el consentimiento, la fuerza es la causa, y el temor que infunde en la victima, el efecto.

El Art. 1475 del Código Civil expresa: "*El dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley. En los demás debe probarse*."[61]

El dolo, es el conjunto de actos ilícitos que con mala fe ejecuta una persona para inducir a engaño o hacer incurrir en error a otra, con el fin de que se celebre un determinado acto o contrato en perjuicio de aquel contra quien se dirigen dichos actos.

El dolo es interpretado en la doctrina como el artificio o maquinación empleado por uno de los contratantes para engañar al otro, de influir en su ánimo para conducirlo mediante engaños a la celebración del contrato, o para inducirlo a aceptar condiciones que no admitiría

El Art. 1476 del Código Civil indica el objeto de la declaración de la voluntad, manifestando: "*Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración.*"[62]

[61] CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2012, Art. 1475
[62] CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2012, Art. 1476

El objeto del contrato, es la obligación consistente en una prestación de dar, hacer o no hacer, querida o convenida por las partes. Es la consecuencia o efecto que produce y que se persigue al celebrarlo

El Art. 1483 del Código Civil sobre la causa señala: "*No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es una causa suficiente.*
Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la Ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.
Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un delito o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita"[63].

De acuerdo al Código Civil la causa adolece de ilicitud cuando es: prohibida por la Ley; contraria a las buenas costumbres; y, contraria al orden público. Los actos que la ley prohíbe, además de tener objeto ilícito, tienen causa ilícita, por eso si se celebra un acto o contrato prohibido por la Ley, es castigado con la nulidad absoluta. La causa será contraria a las buenas costumbres, cuando viole los principios de la moral. La causa será contraria al orden público, cuando atente contra el interés general de la sociedad. Como la norma indica también que la causa debe ser real, es decir, cierta, debemos anotar, que la simulación de la causa acarrea la nulidad absoluta del contrato.

[63] IBIDEM, Art. 1483

4.3.5. Normas de contratación pública

La Ley Orgánica del Servicio Público no establece la modalidad o la forma en que se realizarán contratos civiles profesionales, ya que no consta expresamente en esta ley, se hace una mención sobre éstos en el Art. 6 relacionado al nepotismo, y en las causales de destitución contenidas en el Art. 48, literal k), que dispone "***Suscribir y otorgar contratos civiles de servicios profesionales contraviniendo disposiciones expresas de esta Ley y su reglamento***"[64]

Como se puede observar la Ley Orgánica del Servicio Público permite los contratos civiles de servicios profesionales, pero no se establece la modalidad ni las circunstancias en las que se llevará a cabo esta clase de contratos, es el ejemplo para el contrato de servicios ocasionales, la Ley regula aquello, en el Art. 58 señala "***La suscripción de contratos de servicios ocasionales será autorizada por la autoridad nominadora, para satisfacer necesidades institucionales, previo el informe de la unidad de administración del talento humano, siempre que exista la partida presupuestaria y disponibilidad de los recursos económicos para este fin.***"[65]

Como se observa se encuentra normalizados los contratos de servicios ocasionales, cosa que en los contratos de servicios profesionales no constan expresamente en la Ley, pero al señalarse en el Art. 48 de la Ley Orgánica del Servicio Público, las inhabilidades de contratación como causa de destitución haber suscrito contratos civiles de servicios profesionales contraviniendo disposiciones expresas en la Ley y

[64] LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, 2011, Quito – Ecuador, Art. 48 lit. k)
[65] IBIDEM, Art. 58

su reglamento, con esto se asume que sigue siendo posible que las entidades pública contraten civilmente servicios de profesionales.

Jorge Zavala Egas, señala que "***La actividad de las administraciones públicas o el ejercicio de la función administrativa se manifiesta en categorías jurídicas primarias definidas: a) Las normas o disposiciones administrativas; b) Las resoluciones o actos administrativos; y, c) Los contratos Administrativos***"[66]

De acuerdo a estas categorías señaladas por este autor, las primeras integran el derecho objetivo, así los reglamentos y las ordenanzas, que integran el ordenamiento jurídico y son fuentes de derecho; mientras que los actos y los contratos administrativos derivan de aquel y constituyen, modifican o extinguen, en cuanto son aplicación del derecho objetivo.

Por esta circunstancia, se hace necesario que en la Ley Orgánica del Servicio Público se indique de cómo se llevarán a cabo los contratos de servicios profesionales conforme a derecho de las personas jurídicas y de las personas naturales la obligatoria aplicación de las normas de contratación pública

El 148 del Reglamentos General a la Ley Orgánica del Servicio Público, indica que: "***La autoridad nominadora podrá suscribir contratos civiles de servicios profesionales o contratos técnicos especializados sin relación de dependencia, siempre y cuando la UATH justifique que la labor a ser desarrollada no puede ser***

[66] ZAVALA EGAS, Jorge: Lecciones de Derecho Administrativos, Edilexa S.A., Primera Edición, 2011, p. 327

ejecutada por personal de su propia entidad u organización, fuere insuficiente el mismo o se requiera especialización en trabajos específicos a ser desarrollados, que existan recursos económicos disponibles en una partida para tales efectos, que no implique aumento en la masa salarial aprobada, y que cumpla con los perfiles establecidos para los puestos institucionales y genéricos correspondientes."[67]

Aquí se establece la modalidad de los contratos civiles de servicios profesionales, pero esto es ilegal, porque un reglamento no debe estar por encima de la ley, el reglamento no norma, sino que establece las pausas de cómo se llevarán a cabo, por lo cual la modalidad de este tipo de contratos deben constar en la Ley Orgánica del Servicio Público.

Su normalización en la Ley Orgánica del Servicio Público, garantizaría lo señalado en el Art. 229 inciso segundo de la Constitución de la República del Ecuador, que expresa. "***...La ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores.***"[68]

Por las circunstancias anotadas, en razón que el Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público regula los contratos de servicios profesionales y la Ley Orgánica del Servicio Público no, entonces se contrapone al fundamento del derecho

[67] REGLAMENTO GENERAL A LA LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO, Decreto ejecutivo 710, publicado en el R.O. Suplemento 418, 1 de abril del 2011

[68] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2011, Art. 229

objetivo por el que se desarrolla derechos y deberes, generando inseguridad jurídica de las instituciones públicas.

4.3.6. Recursos humanos y remuneraciones

El Art. 50 de la Ley Orgánica del Servicio Público establece los organismos de aplicación, señalando: "*La aplicación de la presente Ley, en lo relativo a la administración del talento humano y remuneraciones, estará a cargo de los siguientes organismos:*

a) Ministerio de Relaciones Laborales; y

b) Unidades de Administración del Talento Humano de cada entidad, institución, organismo o persona jurídica de las establecidas en el artículo 3 de la presente Ley."[69]

Los organismos que están a cargo de la aplicación de la Ley Orgánica del Servicio Público están a cargo el Ministerio de Relaciones Laborales y las Unidades de Administración de Talento Humano de cada entidad, institución, organismo o persona jurídica, estos son: Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial y Justicia Indígena, Electoral, Transparencia y Control Social, Procuraduría General del Estado y la Corte Constitucional; las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado y regímenes especiales; los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar

[69] LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, 2011, Quito – Ecuador, Art. 50

actividades económicas asumidas por el Estado; y, las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados y regímenes especiales para la prestación de servicios públicos.

El Art. 52 de la Ley Orgánica del Servicio Público menciona las atribuciones y responsabilidades de las Unidades de Administración del Talento Humano, señalando: "*Las Unidades de Administración del Talento Humano, ejercerán las siguientes atribuciones y responsabilidades:*

a) Cumplir y hacer cumplir la presente ley, su reglamento general y las resoluciones del Ministerio de Relaciones Laborales, en el ámbito de su competencia;

b) Elaborar los proyectos de estatuto, normativa interna, manuales e indicadores de gestión del talento humano;

c) Elaborar el reglamento interno de administración del talento humano, con sujeción a las normas técnicas del Ministerio de Relaciones Laborales;

d) Elaborar y aplicar los manuales de descripción, valoración y clasificación de puestos institucionales, con enfoque en la gestión competencias laborales;

e) Administrar el Sistema Integrado de Desarrollo Institucional, Talento Humano y Remuneraciones;

f) Realizar bajo su responsabilidad los procesos de movimientos de personal y aplicar el régimen disciplinario, con sujeción a esta ley, su reglamento general, normas conexas y resoluciones emitidas por el Ministerio de Relaciones Laborales;

g) Mantener actualizado y aplicar obligatoriamente el Sistema Informático Integrado del Talento Humano y Remuneraciones elaborado por el Ministerio de Relaciones Laborales;

h) Estructurar la planificación anual del talento humano institucional, sobre la base de las normas técnicas emitidas por el Ministerio de Relaciones Laborales en el ámbito de su competencia;

i) Aplicar las normas técnicas emitidas por el Ministerio de Relaciones Laborales, sobre selección de personal, capacitación y desarrollo profesional con sustento en el Estatuto, Manual de Procesos de Descripción, Valoración y Clasificación de Puestos Genérico e Institucional;

j) Realizar la evaluación del desempeño una vez al año, considerando la naturaleza institucional y el servicio que prestan las servidoras y servidores a los usuarios externos e internos;

k) Asesorar y prevenir sobre la correcta aplicación de esta Ley, su Reglamento General y las normas emitidas por el Ministerio de Relaciones Laborales a las servidoras y servidores públicos de la institución;

l) Cumplir las funciones que esta ley dispone y aquellas que le fueren delegadas por el Ministerio de Relaciones Laborales;

m) Poner en conocimiento del Ministerio de Relaciones Laborales, los casos de incumplimiento de esta Ley, su reglamento y normas conexas, por parte de las autoridades, servidoras y servidores de la institución. En el caso de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, sus entidades y regímenes descentralizados, las respectivas Unidades de Administración del Talento Humano, reportarán el incumplimiento a la Contraloría General del Estado;

n) Participar en equipos de trabajo para la preparación de planes, programas y proyectos institucionales como responsable del desarrollo institucional, talento humano y remuneraciones;

ñ) Aplicar el subsistema de selección de personal para los concursos de méritos y oposición, de conformidad con la norma que expida el Ministerio de Relaciones Laborales;

o) Receptar las quejas y denuncias realizadas por la ciudadanía en contra de servidores públicos, elevar un informe a la autoridad nominadora y realizar el seguimiento oportuno;

p) Coordinar anualmente la capacitación de las y los servidores con la Red de Formación y Capacitación Continuas del Servicio Público; y,

q) Las demás establecidas en la ley, su reglamento y el ordenamiento jurídico vigente."[70]

La primera atribución de cada Unidad Administrativa de Talento Humano se haya cumplir y hacer cumplir la Ley Orgánica del Servicio Público y su reglamento, pero también deben cumplir las resoluciones que dicte el Ministerio de Relaciones Laborales, esto se debe porque éste es un organismo que ejerce la rectoría en materia de remuneraciones del sector y expiden las normas técnicas correspondientes a recursos humanos, como también proponen las políticas de Estado y de Gobierno, o ejecutan el control de la administración central e institucional de la Función Ejecutiva.

Como segunda atribución de cada Unidad Administrativo de Talento Humano se haya la elaboración de proyectos de estatuto, normativa interna, manuales e indicadores de gestión del talento humano, esto quiere decir que son los responsables

[70] LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, 2011, Quito – Ecuador, Art. 52

de la dimensión humana en la organización para contratar personas que cumplan con las competencias necesarias para ejercer el servicio público, como también están al frente de la capacitación de dichos servidores públicos y la proporción de mecanismos necesarios para que propicien la motivación y productividad en la organización.

Como tercera atribución se encuentra la elaboración del reglamento interno de administración del talento humano, con sujeción a las normas técnicas del Ministerio de Relaciones Laborales, pues este tiene por objeto la regulación de las políticas, procedimientos y procesos relacionados con la administración del talento humano de cada institución u organismo, con el fin de propiciar un alto grado de eficiencia que permita obtener una motivación de los servidores y su estabilidad, en la aplicación de un sistema del desarrollo del talento humano del sector público.

Como cuarta atribución se encuentra elaborar y aplicar la normativa de la representación, evaluación y clasificación de los puestos institucionales, en la que si las personas tienen las capacidades que pueden ser potencializadas o anuladas según sus conductas, en cuanto a los valores y los intereses de las personas o el comportamiento con el servicio público y los conocimientos y habilidades para este trabajo.

En la quinta atribución es administrar el Sistema Integrado de Desarrollo Institucional, Talento Humano y Remuneraciones, siendo éste el conjunto de políticas, normas, métodos y procedimientos orientados a validar e impulsar las

habilidades, conocimientos, garantías y derechos de las y los servidores públicos con el fin de desarrollar su potencial y promover la eficiencia, eficacia, oportunidad, interculturalidad, igualdad y la no discriminación en el servicio público para cumplir con los preceptos de la Ley Orgánica del Servicio Público.

Otra atribución se encuentra la de realizar bajo su responsabilidad los procesos de movimiento de personal y aplicar el régimen disciplinario que sirve para mantener la disciplina o para corregir las faltas presentadas en la institución pública, esto con dirección de la Ley Orgánica del Servicio Público, su reglamento y las normativa emitida por el Ministerio de Relaciones Laborales

También tienen la competencia de estar al día del Sistema Informático Integrado del Talento Humano y Remuneraciones elaborado por el Ministerio de Relaciones Laborales.

Cada Unidad Administrativa de Talento Humano tiene que organizar la planificación anual del talento humano institucional, esto en sus diversas atribuciones que le confiere la Constitución, la ley y su reglamento y la normativa que dicte el Ministerio de Relaciones Laborales.

La Unidad Administrativa de Talento Humano, tiene la atribución de aplicar las normas técnicas que emite el Ministerio de Relaciones Laborales para la elección de los servidores públicos, esto para la formación y desarrollo profesional con sustento en el Estatuto, Manual de Procesos de Descripción, Valoración y Clasificación de Puestos Genérico e Institucional.

5. MATERIALES Y MÉTODOS

5.1. Métodos

El desarrollo de la presente tesis, está encaminado a realizar una investigación descriptiva y bibliográfica. La investigación descriptiva es aquella que nos permite descubrir detalladamente y explicar un problema, objetivos y fenómenos naturales y sociales mediante un estudio con el propósito de determinar las características de un problema social.

La investigación bibliográfica consiste en la búsqueda de información en bibliotecas, internet, revistas, periódicos, libros de derecho; en las cuales estarán ya incluidas las técnicas de utilización de fichas bibliográficas y nemotécnicas.

La información empírica, se obtendrá de la observación directa de la codificación de la Constitución de la República del Ecuador, la Ley Orgánica del Servicio Público, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y en especial del sistema de regulación, respecto de los contratos civiles profesionales en la Ley Orgánica de Servicio Público.

Durante esta investigación se utilizará los siguientes métodos: El Método Inductivo, Deductivo, Analítico y Científico. El método deductivo, parte de aspectos particulares para llegar a las generalidades es decir de lo concreto a lo complejo, de

lo conocido a lo desconocido. El método inductivo en cambio, parte de aspectos generales utilizando el racionamiento para llegar a conclusiones particulares.

El método analítico tiene relación al problema que se va a investigar por cuanto nos permite estudiar el problema en sus diferentes ámbitos. El análisis y síntesis complementarios de los métodos sirven en conjunto para su verificación y perfeccionamiento. El método científico, nos permite el conocimiento de fenómenos que se dan en la naturaleza y en la sociedad, a través de la reflexión comprensiva y realidad objetiva, de la sociedad por ello en la presente investigación me apoyare en este método.

5.2. Procedimientos y Técnicas.

En lo que respecta a la fase de la investigación, el campo de acción a determinarse, estará establecido en que la Ley Orgánica de Servicio Público, debe establecerse la normalización de los contratos civiles profesionales, de acuerdo a las normas para la contratación y en la administración pública.

La investigación de campo se concretará a consultas de opinión a personas conocedoras de la problemática, previo muestreo poblacional de por lo menos treinta personas para la encuesta y cinco personas para la entrevista; en ambas técnicas se plantearán cuestionarios derivados de la hipótesis, cuya operativización partirá de la determinación de variables e indicadores; llegando a prescribir la verificación de los objetivos, contrastación de la hipótesis, de este contenido, me llevará a fundamentar

la Propuesta de Reforma a la Ley Orgánica de Servicio Público que se regule la contratación de servicios profesionales

En relación a los aspectos metodológicos de presentación del informe final, me regiré por lo que señala al respecto la metodología general de la investigación científica, y por los instrumentos respectivos y reglamentos a la Graduación de la Universidad Nacional de Loja, para tal efecto, y especialmente de la Modalidad de Estudios a Distancia, y cumplirlos en forma eficaz, en el cumplimiento de la investigación.

6. RESULTADOS

6.1. Interpretación y análisis e interpretación de la encuesta

Con la finalidad de reforzar en forma debida los planteamientos realizados en la parte teórica de la investigación, he realizado la investigación de campo, presentando los resultados obtenidos con la aplicación de treinta encuestas dirigidas a profesionales del derecho, las cuales han sido debidamente aprobadas por el director de tesis, lo que me permitió obtener los resultados que a continuación presento y analizo:

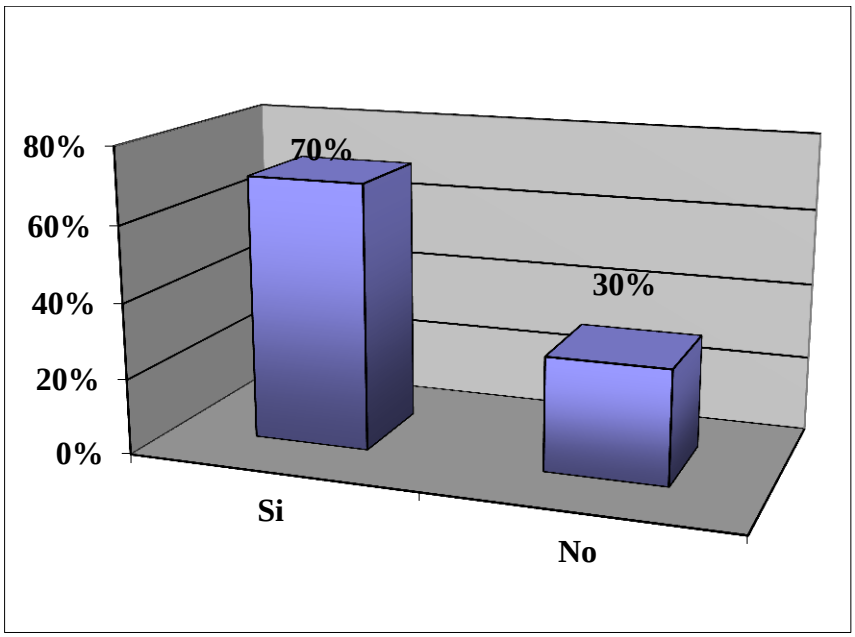
PRIMERA PREGUNTA: ¿Conoce usted si la Ley Orgánica del Servicio Público permite suscribir y otorgar contratos civiles de servicios profesionales?

CUADRO N° 1

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
No	9	30 %
Si	21	70 %
TOTAL	30	100 %

UNIVERSO: Abogados en libre ejercicio profesional
Autora: Clariza Chicaiza Granda

GRÁFICO N° 1



Interpretación

De los resultados de la primera pregunta de un universo de treinta encuestados, nueve que equivale el 30% señalaron que no conocer que en la Ley Orgánica del Servicio Público permita suscribir y otorgar contratos civiles de servicios profesionales. En cambio veintiuno, que corresponde el 70% indicaron que conocen que la Ley Orgánica del Servicio Público si permite suscribir y otorgar contratos civiles de servicios profesionales

Análisis

Los contratos civiles de servicios profesionales, estos siempre se firman con personas naturales sin relación de dependencia, siempre y cuando la Unidad Administrativa de Talento Humano justifique que la labor a ser desarrollada, no puede ser ejecutada por

personal de su propia entidad u organización, que existan los recursos económicos suficientes en una partida especial aprobada para tales efectos, y no implique aumento de la masa salarial aprobada

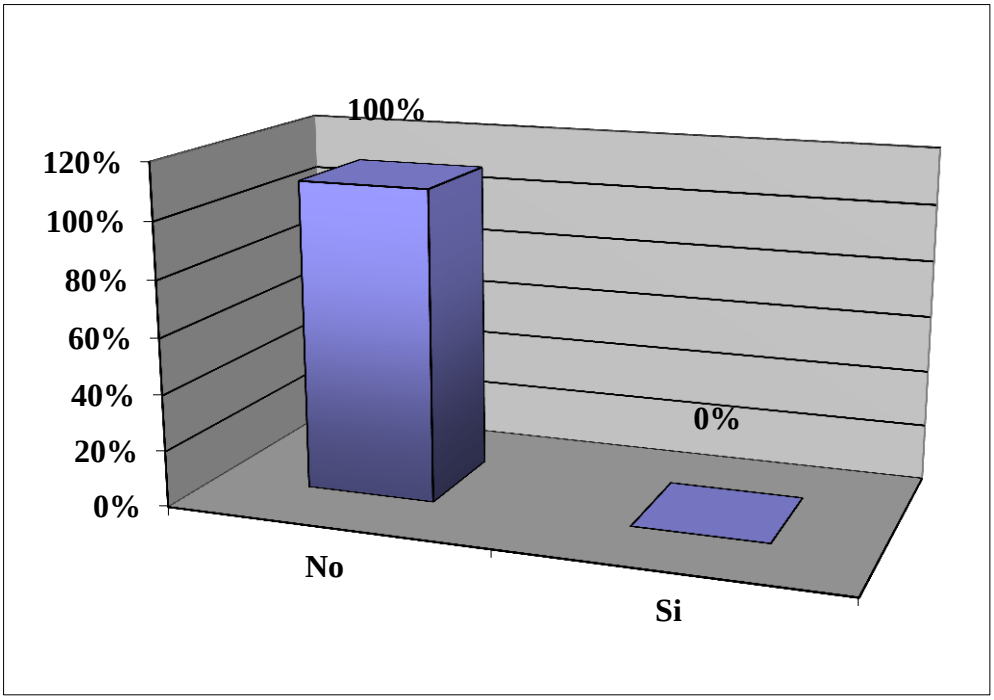
SEGUNDA PREGUNTA: ¿Cree usted que se encuentra regulada la modalidad y las circunstancias de los contratos de servicios profesionales en la Ley Orgánica del Servicio Público?

CUADRO N° 2

INDICADORES	*FRECUENCIA*	*PORCENTAJE*
No	*30*	*100 %*
Si	*0*	*0 %*
TOTAL	*30*	*100 %*

UNIVERSO: Abogados en libre ejercicio profesional
Autora: Clariza Chicaiza Granda

GRÁFICO Nº 2



Interpretación

En la segunda pregunta el 100% de los encuestados indicaron que no se encuentra regulada la modalidad y las circunstancias de los contratos de servicios profesionales en la Ley Orgánica del Servicio Público, porque tan solo permite esta clase de contratos, y ellas se rigen por el Reglamento a la Ley Orgánica del Servicio Público.

Análisis

No se encuentra regulada la modalidad y las circunstancias de los contratos de servicios profesionales en la Ley Orgánica del Servicio Público, con esto de evidencia que atenta a la naturaleza legal de la contratación, porque ellas deben regularse mediante una Ley y no por un reglamento

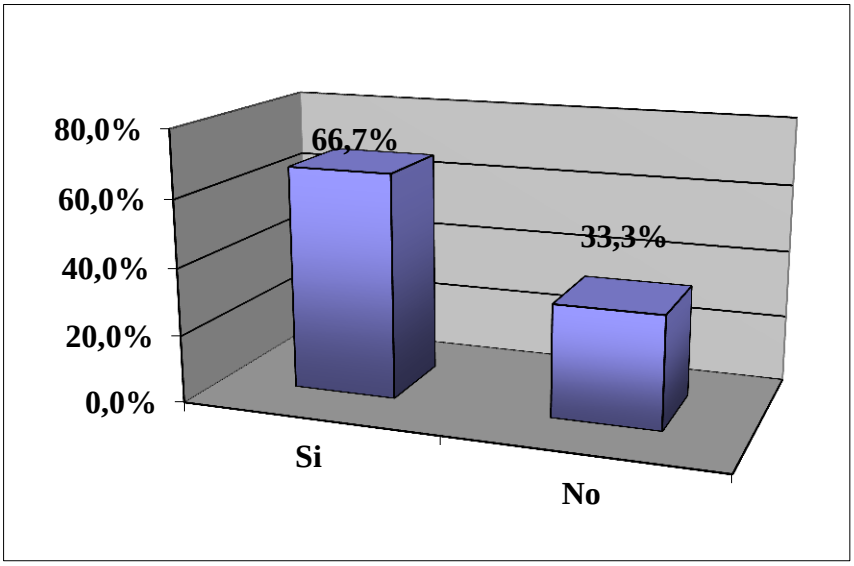
TERCERA PREGUNTA: ¿Estima usted que la modalidad de los contratos civiles de servicios profesionales, se rige por el Reglamento la Ley Orgánica de Servicio Público y no por la misma Ley es ilegal?

CUADRO N° 3

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
No	10	33.3 %
Si	20	66.7 %
TOTAL	30	100 %

UNIVERSO: Abogados en libre ejercicio profesional
Autora: Clariza Chicaiza Granda

GRÁFICO N° 3



Interpretación

En esta pregunta diez encuestados que equivale el 33.3% supieron decir que la modalidad de los contratos civiles de servicios profesionales, se rija por el Reglamento la Ley Orgánica de Servicio Público y no por la misma Ley no es ilegal, porque estos contratos deben guiarse y regularse mediante ley; en cambio veinte encuestados que corresponde el 66.7% indicaron que la modalidad de los contratos civiles de servicios profesionales, se rija por el Reglamento la Ley Orgánica de Servicio Público y no por la misma Ley es ilegal

Análisis

La modalidad de los contratos civiles de servicios profesionales, se rija por el Reglamento la Ley Orgánica de Servicio Público y no por la misma Ley es ilegal, porque un reglamento no debe estar por encima de la ley, el reglamento no norma,

sino que establece las pausas de cómo se llevarán a cabo, por lo cual la modalidad de este tipo de contratos deben constar en la Ley Orgánica del Servicio Público

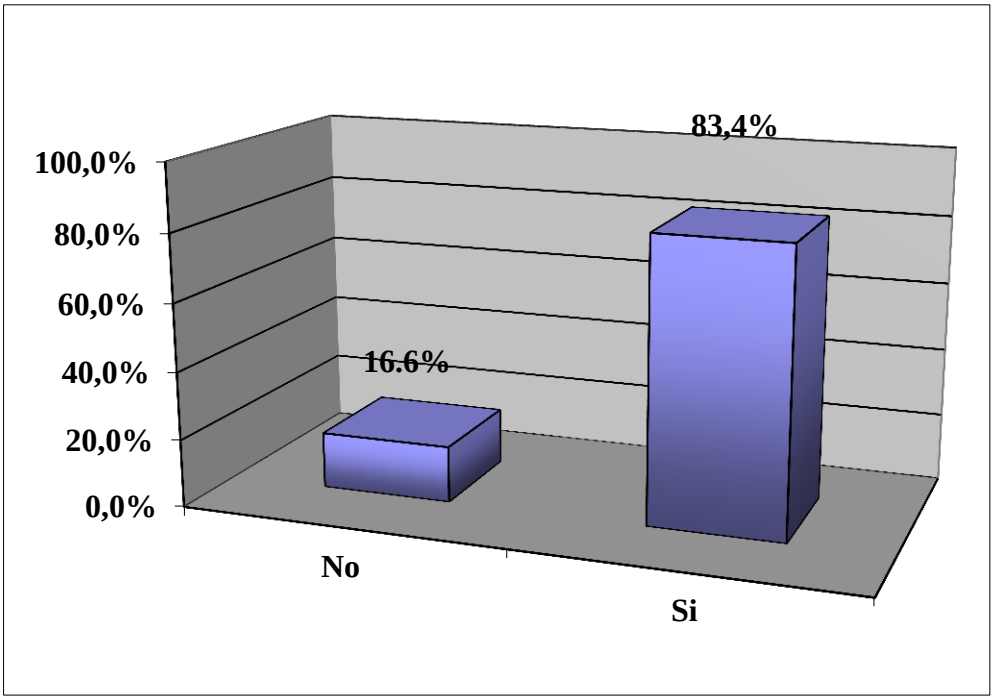
CUARTA PREGUNTA: ¿Cree usted necesario que en la Ley Orgánica del Servicio Público se indique de cómo se llevarán a cabo los contratos de servicios profesionales conforme a derecho de las personas jurídicas y de las personas naturales la obligatoria aplicación de las normas de contratación pública?

CUADRO N° 4

INDICADORES	*FRECUENCIA*	*PORCENTAJE*
Si	*25*	*83.4 %*
No	*5*	*16.6 %*
TOTAL	*30*	*100 %*

UNIVERSO: Abogados en libre ejercicio profesional
Autora: Clariza Chicaiza Granda

GRÁFICO Nº 4



Interpretación

En esta pregunta veinticinco encuestados que equivale el 83.4% indicaron que si es necesario que en la Ley Orgánica del Servicio Público se indique de cómo se llevarán a cabo los contratos de servicios profesionales conforme a derecho de las personas jurídicas y de las personas naturales la obligatoria aplicación de las normas de contratación pública. En cambio cinco encuestados que equivale el 16.6% expresaron que no es necesario que en la Ley Orgánica del Servicio Público se indique de cómo se llevarán a cabo los contratos de servicios profesionales conforme a derecho de las personas jurídicas y de las personas naturales la obligatoria aplicación de las normas de contratación pública

Análisis

Estimo conveniente que en la Ley Orgánica del Servicio Público se indique de cómo se llevarán a cabo los contratos de servicios profesionales conforme a derecho de las personas jurídicas y de las personas naturales la obligatoria aplicación de las normas de contratación pública, su normalización garantiza que la ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores

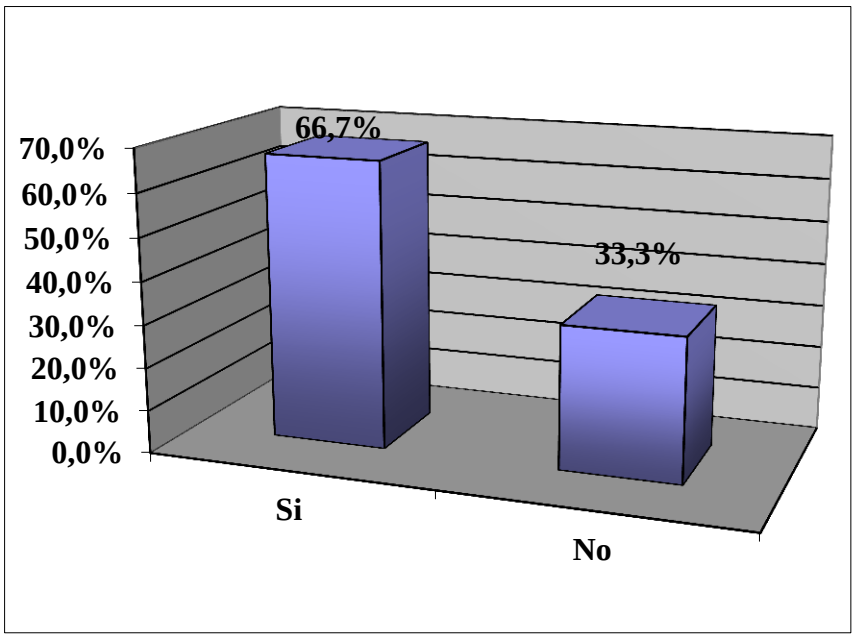
QUINTA PREGUNTA: ¿Cree usted que al no estar regulado los contratos de servicios profesionales en la Ley Orgánica del Servicio Público genera inseguridad jurídica en las instituciones públicas?

CUADRO N° 5

INDICADORES	*FRECUENCIA*	*PORCENTAJE*
No	*10*	*33.3 %*
Si	*20*	*66.7 %*
TOTAL	*30*	*100 %*

UNIVERSO: Abogados en libre ejercicio profesional
Autora: Clariza Chicaiza Granda

GRÁFICO N° 5



Interpretación

En esta pregunta diez encuestados que corresponde el 33.3% señalaron que al no estar regulado los contratos de servicios profesionales en la Ley Orgánica del Servicio Público no genera inseguridad jurídica en las instituciones públicas. En cambio veinte encuestados que equivale el 66.7% opinaron que al no estar regulado los contratos de servicios profesionales en la Ley Orgánica del Servicio Público genera inseguridad jurídica en las instituciones públicas.

Análisis

Considero que al no estar regulado los contratos de servicios profesionales en la Ley Orgánica del Servicio Público genera inseguridad jurídica en las instituciones públicas, puesto que esta modalidad de contratos no se derivan de una norma de aplicación del derecho objetivo.

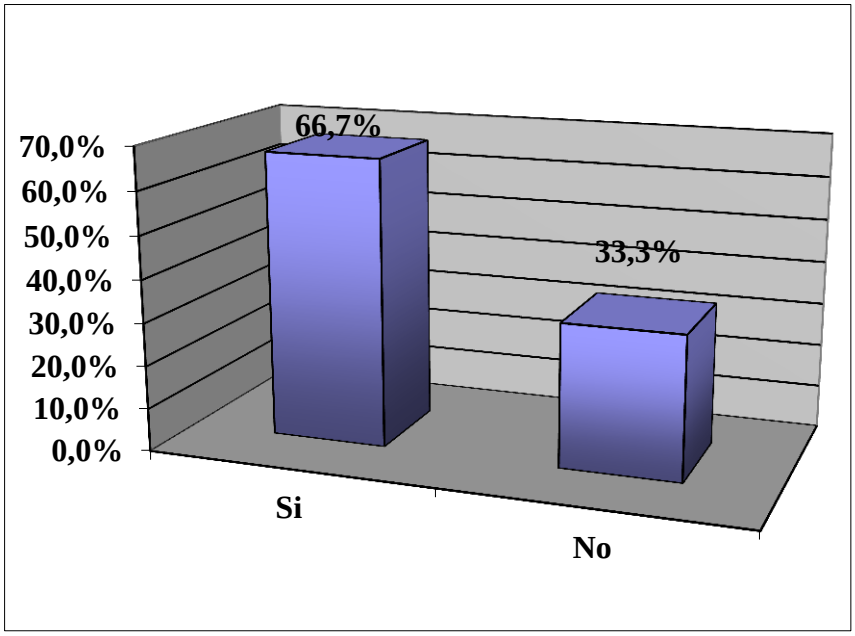
SEXTA PREGUNTA: ¿Considera usted que debe reformarse la Ley Orgánica del Servicio Público con el objeto de normar los contratos civiles profesionales en la administración pública?

CUADRO N° 6

INDICADORES	*FRECUENCIA*	*PORCENTAJE*
No	*10*	*33.3 %*
Si	*20*	*66.7 %*
TOTAL	*30*	*100 %*

UNIVERSO: Abogados en libre ejercicio profesional
Autora: Clariza Chicaiza Granda

GRÁFICO N° 6



Interpretación

En esta pregunta diez encuestados que corresponde el 33.3% señalaron que no es necesario que debe reformarse la Ley Orgánica del Servicio Público con el objeto de normar los contratos civiles profesionales en la administración pública. En cambio veinte encuestados que equivale el 66.7% opinaron que debe reformarse la Ley Orgánica del Servicio Público con el objeto de normar los contratos civiles profesionales en la administración pública

Análisis

Considero que debe reformarse la Ley Orgánica del Servicio Público con el objeto de normar los contratos civiles profesionales en la administración pública

7. DISCUSIÓN

7.1. Verificación de objetivos

En la presente investigación me propuse realizar un objetivo general y tres objetivos específicos, los mismos que a lo largo de mi trabajo investigativo se han verificado. A continuación indicaré los objetivos planteados y su respectiva verificación.

OBJETIVO GENERAL

- Realizar un estudio jurídico y doctrinario referente a los contratos civiles profesionales y su aplicación en la Ley Orgánica del Servicio Público

Este objetivo se ha cumplido a cabalidad ya que en esta investigación se indica un análisis de la contratación desde la Constitución de la República del Ecuador, como lo que señala la Ley Orgánica del Servicio Público, contratos civiles que no se encuentran debidamente regulados en la Ley

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Realizar un estudio de las diferentes modalidades de los contratos señalados en la Ley Orgánica del Servicio Público.

Este objetivo se cumple satisfactoriamente por cuanto en la revisión de literatura con el análisis de la Ley Orgánica del Servicio Público se analiza los diferente tipos de contratos que se celebran con los servidores públicos y de cualquier otra índole que requiere para el buen servicio que se ofrece a la colectividad.

- Analizar la falta de normativa de los contratos civiles profesionales de las servidoras y servidores públicos en el Ecuador.

Este objetivo se verifica positivamente por cuanto la Ley Orgánica del Servicio Público se menciona la modalidad de servicios profesionales, pero no existe una disposición que regule su funcionamiento, cuestión se las autoridades se basan en lo prescrito en el Reglamento de esta Ley, constituyendo aquella norma en un acto ilegítimo, por cuanto no constan en la ley los parámetros básico para la modalidad de esta contratación pública

- Realizar una propuesta de reforma legal a la Ley Orgánica del Servicio Público con el objeto de normar los contratos civiles profesionales en la administración pública

En lo que tiene que ver al último objetivo específico, puedo señalar que se ha verificado en su totalidad ya que en el punto del fundamento jurídico, doctrinario y criterio personal que sustenta la reforma.

7.2. Contrastación de hipótesis

La falta de normativa de los contratos civiles profesionales en la Ley Orgánica del Servicio Público, genera inseguridad jurídica en las instituciones públicas, puesto que no se derivan de una norma de aplicación del derecho objetivo.

La hipótesis planteada se contrasta satisfactoriamente, esto se corrobora con la aplicación de la encuesta en la segunda pregunta el 100% de los encuestados señalaron que no se encuentra regulada la modalidad y las circunstancias de los contratos de servicios profesionales en la Ley Orgánica del Servicio Público, en la tercera pregunta un 66.7% expresaron que la modalidad de los contratos civiles de servicios profesionales, se rige por el Reglamento la Ley Orgánica de Servicio Público y no por la misma Ley es ilegal, en la cuarta pregunta un 83.4% expresaron que es necesario que en la Ley Orgánica del Servicio Público se indique de cómo se llevarán a cabo los contratos de servicios profesionales conforme a derecho de las personas jurídicas y de las personas naturales la obligatoria aplicación de las normas de contratación pública

7.3. Fundamentación jurídica de la propuesta de reforma

En la Gran Enciclopedia Ilustrada Círculo, se argumenta que la administración es un "conjunto de órganos e instituciones jerárquica o funcionalmente subordinados y

coordinados de acuerdo con la Ley, que tiene como misión constitucional el asegurar las prestaciones públicas necesarias para el desarrollo de la vida en común”[71].

Del concepto anteriormente señalado considero que la administración es el conjunto de atribuciones de los órganos encargados del cumplimiento de las prestaciones públicas para el buen desarrollo de la vida en común de los ciudadanos.

En materia de Derecho Administrativo, no se puede profundizar estudios si no se tienen claros los conceptos de CONTROL y de RESPONSABILIDAD. El segundo es consecuencia del primero, porque en la administración pública deben haber controles establecidos en leyes y reglamentos para lograr que los recursos públicos (económicos, financieros, materiales y humanos) sean bien utilizados, es decir, logrando que constituyan una inversión y ahorro, mas no un gasto o pérdida para el Estado.

El Diccionario Jurídico del Dr. Guillermo Cabanellas de Torres dice en términos generales que RESPONSABILIDAD es: “*Obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o, en ocasiones especiales, por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado.*" Le da el sinónimo de "DEUDA MORAL" y de hecho lo es, pues, quien es responsable por un acto está obligado a reparar el daño que haya causado. En Derecho Administrativo, el mismo diccionario indica que en lo que respecta al Estado "*como persona de Derecho Público, sólo es posible hablar de*

[71] GRAN ENCICLOPEDIA ILUSTRADA CÍRCULO, Volumen I, Barcelona, 1984, Pág. 14

responsabilidad civil", es decir, que tiene la obligación de resarcir el daño ocasionado por sí mismo o por terceros de quienes responde.[72]

En definitiva, el concepto de Responsabilidad en Derecho Administrativo es que el Estado a través de sus dignatarios, autoridades, funcionarios o servidores públicos y terceros, se haga cargo de los efectos jurídicos que emanaron de sus actos u omisiones culposas o intencionales. Para librar su responsabilidad, tales sujetos deberán justificar su acto, es decir, que éste debe ser motivado conforme lo dispone el Art. 31 de la Ley de Modernización del Estado. Por ejemplo, cuando un funcionario público emite una Acción de Personal para destituir del cargo a un servidor que no es de libre remoción, debe sentar en su Resolución el motivo de la destitución, que podría ser por indisciplina, por mal manejo de fondos públicos o por eliminación de partida presupuestaria. Si el Acto Administrativo no está debidamente motivado, acarrea responsabilidad para el funcionario emisor de tal Acto.

La Ley Orgánica del Servicio Público no establece la modalidad o la forma en que se realizarán contratos civiles profesionales, ya que no consta expresamente en esta ley, se hace una mención sobre éstos en el Art. 6 relacionado al nepotismo, y en las causales de destitución contenidas en el Art. 48, literal k), que dispone "***Suscribir y otorgar contratos civiles de servicios profesionales contraviniendo disposiciones expresas de esta Ley y su reglamento***"[73]

[72] CABANELLAS, Guillermo: Diccionario Jurídico Elemental
[73] LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, 2011, Quito – Ecuador, Art. 48 lit. k)

Como se observa los contratos de servicios profesionales no constan expresamente en la Ley, pero al señalarse como causa de destitución haber suscrito contratos civiles de servicios profesionales contraviniendo disposiciones expresas en la Ley y su reglamento, con esto se asume que sigue siendo posible que las entidades públicas contraten civilmente servicios de profesionales.

La modalidad de contratación deben constar en la Ley Orgánica del Servicio Público, por esto Albert Haenel, citado por Jorge Zavala Egas, indica: "***El derecho objetivo es pauta, regla, escala, según la cual se fundamenta que del comportamiento de los sujetos, bajo un supuesto de hecho, resulten derechos y deberes. El derecho objetivo fundamenta que bajo los supuestos designados por él se desarrollan derechos y deberes. El derecho objetivo es el que crea la razón jurídica suficiente para engarzar con un determinado supuesto de hecho determinados derechos y deberes que nacen, perduran y desaparecen con éste. El derecho objetivo es el único que fundamenta y crea derechos subjetivos y deberes***"[74]

La distinción fundamental entre normas o disposiciones con resoluciones o actos y los contratos es, precisamente, que las primeras configuran parte del derecho objetivo, pues lo crea o lo reforma, mientras que las demás categorías, resoluciones o actos y contratos, son pura aplicación del mismo.

Su normalización en la Ley Orgánica del Servicio Público, garantizaría lo señalado en el Art. 229 inciso segundo de la Constitución de la República del Ecuador, que

[74] ZAVALA EGAS, Jorge: Lecciones de Derecho Administrativos, Edilexa S.A., Primera Edición, 2011, p. 327

expresa. "***...La ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores.***"[75]

Si no se encuentran regulados los contratos civiles profesionales, va en contra de lo señalado en la Constitución que la ley además de definir el organismo rector no regula en ingreso de estos contratos que en la mayoría deben ser catalogados como normalizados.

El 148 del Reglamentos General a la Ley Orgánica del Servicio Público, indica que: "***La autoridad nominadora podrá suscribir contratos civiles de servicios profesionales o contratos técnicos especializados sin relación de dependencia, siempre y cuando la UATH justifique que la labor a ser desarrollada no puede ser ejecutada por personal de su propia entidad u organización, fuere insuficiente el mismo o se requiera especialización en trabajos específicos a ser desarrollados, que existan recursos económicos disponibles en una partida para tales efectos, que no implique aumento en la masa salarial aprobada, y que cumpla con los perfiles establecidos para los puestos institucionales y genéricos correspondientes.***"[76]

Aquí se establece la modalidad de los contratos civiles de servicios profesionales, pero esto es ilegal, porque un reglamento no debe estar por encima de la ley, el

[75] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2011, Art. 229
[76] REGLAMENTO GENERAL A LA LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO, Decreto ejecutivo 710, publicado en el R.O. Suplemento 418, 1 de abril del 2011

reglamento no norma, sino que establece las pausas de cómo se llevarán a cabo, por lo cual la modalidad de este tipo de contratos deben constar en la Ley Orgánica del Servicio Público.

En el Ecuador, la administración pública se encuentra reconocida como organización activa del Estado por el Art.142 de la Constitución de la República del Ecuador, se encuentra inserta dentro de la llamada Función Ejecutiva que la desarrolla el Presidente de la República, mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria, expidiendo los reglamentos: a) necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas o alterarlas; y, b) los que contravengan la buena marcha de la administración, así como desarrollándola para dirigir la administración pública en forma desconcentrada y expedir los decretos necesarios para su integración, organización, regulación y control.

8. CONCLUSIONES

PRIMERA: La Ley Orgánica del Servicio Público permite suscribir y otorgar contratos civiles de servicios profesionales

SEGUNDA: No se encuentra regulada la modalidad y las circunstancias de los contratos de servicios profesionales en la Ley Orgánica del Servicio Público

TERCERA: La modalidad de los contratos civiles de servicios profesionales, se rija por el Reglamento la Ley Orgánica de Servicio Público y no por la misma Ley es ilegal

CUARTA: Es necesario que en la Ley Orgánica del Servicio Público se indique de cómo se llevarán a cabo los contratos de servicios profesionales conforme a derecho de las personas jurídicas y de las personas naturales la obligatoria aplicación de las normas de contratación pública

QUINTA: Al no estar regulado los contratos de servicios profesionales en la Ley Orgánica del Servicio Público genera inseguridad jurídica en las instituciones públicas.

SEXTA: Debe reformarse la Ley Orgánica del Servicio Público con el objeto de normar los contratos civiles profesionales en la administración pública

9. RECOMENDACIONES

PRIMERA: La Ley Orgánica del Servicio Público permite suscribir y otorgar contratos civiles de servicios profesionales

SEGUNDA: No se encuentra regulada la modalidad y las circunstancias de los contratos de servicios profesionales en la Ley Orgánica del Servicio Público

TERCERA: La modalidad de los contratos civiles de servicios profesionales, se rija por el Reglamento la Ley Orgánica de Servicio Público y no por la misma Ley es ilegal

CUARTA: Es necesario que en la Ley Orgánica del Servicio Público se indique de cómo se llevarán a cabo los contratos de servicios profesionales conforme a derecho de las personas jurídicas y de las personas naturales la obligatoria aplicación de las normas de contratación pública

QUINTA: Al no estar regulado los contratos de servicios profesionales en la Ley Orgánica del Servicio Público genera inseguridad jurídica en las instituciones públicas.

SEXTA: Debe reformarse la Ley Orgánica del Servicio Público con el objeto de normar los contratos civiles profesionales en la administración pública

9.1. PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA

ASAMBLEA NACIONAL

Considerandos:

Que el Art. 48, literal k), de la Ley Orgánica del Servicio Público dispone suscribir y otorgar contratos civiles de servicios profesionales contraviniendo disposiciones expresas de esta Ley y su reglamento.

Que en la Ley Orgánica del Servicio Público se encuentra normalizados los contratos de servicios ocasionales, cosa que en los contratos de servicios profesionales no constan expresamente en la Ley, pero al señalarse en el Art. 48 las inhabilidades de contratación como causa de destitución haber suscrito contratos civiles de servicios profesionales contraviniendo disposiciones expresas en la Ley y su reglamento, con esto se asume que sigue siendo posible que las entidades pública contraten civilmente servicios de profesionales

Que se hace necesario que en la Ley Orgánica del Servicio Público se indique de cómo se llevarán a cabo los contratos de servicios profesionales conforme a derecho de las personas jurídicas y de las personas naturales la obligatoria aplicación de las normas de contratación pública

El Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público establece la modalidad de los contratos civiles de servicios profesionales, pero esto es ilegal, porque un reglamento no debe estar por encima de la ley, el reglamento no norma, sino que establece las pausas de cómo se llevarán a cabo, por lo cual la modalidad de este tipo de contratos deben constar en la Ley Orgánica del Servicio Público.

En uso de las atribuciones que le confiere el Art. 120 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, expide la siguiente:

LEY REFORMATORIA A LA LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO

Art. 1.- A continuación del Art. 58 agréguese un artículo que dirá:

Art. 58.1. De los contratos de servicios profesionales.- La autoridad nominadora podrá suscribir contratos civiles de servicios profesionales o contratos técnicos especializados sin relación de dependencia, siempre y cuando la Unidad Administrativa de Talento Humano justifique que la labor a ser desarrollada no puede ser ejecutada por personal de su propia entidad u organización, fuere insuficiente el mismo o se requiera especialización en trabajos específicos a ser desarrollados, que existan recursos económicos disponibles en una partida para tales efectos, que no implique aumento en la masa salarial aprobada, y que cumpla con los perfiles establecidos para los puestos institucionales y genéricos correspondientes. Estos contratos se suscribirán para puestos comprendidos en todos los grupos ocupacionales y se pagarán mediante honorarios mensualizados.

Las personas a contratarse bajo esta modalidad no deberán tener inhabilidades, prohibiciones e impedimentos establecidos para las y los servidores públicos. Tratándose de personas que hayan recibido indemnización o compensación económica por compra de renuncia, retiro voluntario, venta de renuncia u otras figuras similares, no constituirá impedimento para suscribir un contrato civil de servicios, conforme a esta Ley y su Reglamento.

Las personas extranjeras, podrán prestar sus servicios al Estado Ecuatoriano, mediante la suscripción de contratos civiles de servicios profesionales o de servicios técnicos especializados para lo cual se estará a lo que establece para estas personas en la presente Ley, su Reglamento y las normas legales aplicables.

ARTÍCULO FINAL: Esta ley entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial.

Dado en el Distrito Metropolitano de Quito de la República del Ecuador, en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional, a los 10 días del mes de julio del 2015

f. EL PRESIDENTE f. EL SECRETARIO

10. BIBLIOGRAFÍA

- BOBBIO, Norberto: Teoría General del Derecho, Editorial Temis, 1987, Bogotá – Colombia, p. 7, 153, 161,

- CABANELLAS, Guillermo: Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 1998, p. 220, 237

- CABANELLAS, Guillermo: Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta, Tomo I, A-B, 25 Edición, 1997, Pág. 170

- CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2012, Art. 1460, 1461, 1462, 1463, 1467, 1472, 1475, 1476, 1483

- CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html Art. 24

- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, 2010, Quito – Ecuador, Art. 1, 3, 6, 11, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 447

- CÓRDOVA; Francisco: La Carta de Derechos y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana, Temis, Bogotá, 1995, pág. 200

- DEFINICIÓN DE SERVIDOR PÚBLICO, http://definicion.de/servidor-publico/

- DICCIONARIO JURÍDICO OMEBA, Editorial Heliasta, Buenos Aires Argentina

- ENCICLOPEDIA SALVAT DICCIONARIO, Tomo I, Barcelona 1978, Pág. 37

- ESPINOSA MERINO, Galo: Enciclopedia Jurídica, Volumen I, Vocabulario Jurídico, Instituto de Informática Básica, Quito – Ecuador, p. 61, 75, 93, 114

- ESPINOSA MERINO, Galo: La Mas Practica Enciclopedia Jurídica, Volumen 1I, Vocabulario Jurídico, Editorial Instituto de Informática Legal, Quito – Ecuador, 1987, p. 382, 669

- GRANJA GALINDO, Nicolás: Fundamentos del Derecho Administrativo, Universidad Técnica Particular de Loja, Ciencias Jurídicas, Tercera Edición, Loja-1999, Pág. 33, 98

- FRAGA, Gabino: Derecho Administrativo, Décimo cuarta edición, Editorial Porrua S. A., México, 1971, p. 160

- GRAN ENCICLOPEDIA ILUSTRADA CÍRCULO, Volumen I, Barcelona, 1984, Pág. 14

- GUZMAN LARA, Aníbal: Diccionario explicativo de Derecho Penal Ecuatoriano, Tomo I, Ecuador, 1997, Pág. 22

- LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, Art. 4, 48, 50, 52, 58

- LÓPEZ ARÉVALO, William: Tratado de Contratación Pública, Tomo I, Editorial Jurídica del Ecuador, Primera edición, Quito – Ecuador, 2010, p. 23, 96, 104, 105, 107, 108

- NOGUEIRA ALCALA, Humberto: El derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Dike, 1997, pág. 231

- OSSORIO, Manuel: Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 2008, p. 110, 524

- PAREJO ALFONSO, Luciano: Derecho Administrativo, Editorial Ariel, Barcelona – España, 2003, p. 644

- PÉREZ, Antonio José, López Suarez, Daniel, Aguilar José Luis: Manual de Contratación, Pública, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2011, p. 65, 69

- REGLAMENTO GENERAL A LA LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO, Decreto ejecutivo 710, publicado en el R.O. Suplemento 418, 1 de abril del 2011

- SARRIA, Eustorgio: Derecho Administrativo, 5ª Edición, Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 1968, p. 107, 115

- ZAVALA EGAS, Jorge: Lecciones de Derecho Administrativo, Editores EDILEX S.A., Primera Edición, Guayaquil – Ecuador, 2011, p. 45, 48, 49, 327

11. ANEXOS

11.1 ENCUESTA

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
MODALIDAD ESTUDIOS A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO

Señor Abogado, Sírvase contestar la siguientes preguntas que a continuación detallo relacionado con el tema "***NECESIDAD DE REGULAR LOS CONTRATOS CIVILES PROFESIONALES EN LA LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO*"**, su colaboración me será de mucha ayuda en el desarrollo de la presente investigación.

PRIMERA PREGUNTA: ¿Conoce usted si la Ley Orgánica del Servicio Público permite suscribir y otorgar contratos civiles de servicios profesionales?

Si ( ) No ( )

¿Por qué?.....
.....

SEGUNDA PREGUNTA: ¿Cree usted que se encuentra regulada la modalidad y las circunstancias de los contratos de servicios profesionales en la Ley Orgánica del Servicio Público?

Si ( ) No ( )

¿Por qué?.....
.....

TERCERA PREGUNTA: ¿Estima usted que la modalidad de los contratos civiles de servicios profesionales, se rija por el Reglamento la Ley Orgánica de Servicio Público y no por la misma Ley es ilegal?

Si ( ) No ( )

¿Por qué?.....
.....

CUARTA PREGUNTA: ¿Cree usted necesario que en la Ley Orgánica del Servicio Público se indique de cómo se llevarán a cabo los contratos de servicios profesionales conforme a derecho de las personas jurídicas y de las personas naturales la obligatoria aplicación de las normas de contratación pública?

Si ( ) No ( )

¿Por qué?.....
.....

QUINTA PREGUNTA: ¿Cree usted que al no estar regulado los contratos de servicios profesionales en la Ley Orgánica del Servicio Público genera inseguridad jurídica en las instituciones públicas?

Si ( ) No ( )

¿Por qué?.....
.....

SEXTA PREGUNTA: ¿Considera usted que debe reformarse la Ley Orgánica del Servicio Público con el objeto de normar los contratos civiles profesionales en la administración pública?

Si ( ) No ( )

¿Por qué?.....
.....

Gracias por su colaboración

INDICE

PORTADA i

CERTIFICACIÓN ii

AUTORÍA iii

CARTA DE AUTORIZACIÓN iv

AGRADECIMIENTO v

DEDICATORIA vi

1. TÍTULO 1

2. RESUMEN 2

2.1. ABSTRACT 4

3. INTRODUCCIÓN 6

4. REVISIÓN DE LITERATURA 8

5. MATERIALES Y MÉTODOS 76

6. RESULTADOS 79

7. DISCUSIÓN 89

8. CONCLUSIONES 97

9. RECOMENDACIONES 98

9.1. PROPUESTA DE REFORMA 99

10. BIBLIOGRAFÍA 102

11. ANEXOS 106

ÍNDICE 108