



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

UNIVERSIDAD ANDINA SIMON BOLIVAR SEDE ECUADOR

Área Jurídica, Social y Administrativa

Nivel de Postgrado

Especialización en Contratación Pública y Modernización del Estado

Monografía final previa a la obtención del título de Especialista Superior en
Contratación Pública y Modernización del Estado

TEMA

“Causales de inimputabilidad para la declaratoria de adjudicatario fallido”

Autor

Doctor José Alfredo Santillán Vera

Loja-Ecuador

2011

Certificación del Tutor:

Dr. Fernando Proaño Alvarado.

CERTIFICO.

Que el presente trabajo de monografía, previo a obtener el Título de Especialista Superior en Contratación Pública y Modernización del Estado, titulado: “**CAUSALES DE INIMPUTABILIDAD PARA LA DECLARATORIA DE ADJUDICATARIO FALLIDOS**”, presentado por el aspirante doctor José Alfredo Santillán Vera, ha sido revisado íntegramente por el suscrito, en calidad de profesor-tutor de la misma, por lo que autorizo su presentación.

Dr. Fernando Proaño Alvarado

Supervisor de Monografía

Autoría.

Al presentar esta monografía como requisito previo para la obtención del título de Especialista Superior en Contratación Pública y Modernización del Estado, autorizo al Centro de Información de la Universidad para que haga de este trabajo un documento disponible para su lectura, según las normas de la Institución.

También cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, los derechos de publicación de este trabajo o de parte de ella, manteniendo mis derechos de autor por un periodo de treinta meses contados después de su aprobación.

José Alfredo Santillán Vera.

Resumen o abstract:

El presente trabajo investigativo, para un mejor entendimiento del tema, se encuentra compuesto por tres capítulos. En el primer capítulo abordamos nociones generales, conceptos y definiciones: Acto administrativo, adjudicación, imputación y caso fortuito y fuerza mayor. En el segundo, tratamos sobre las causales exonerativas de responsabilidad administrativa; la falta de protección legal al adjudicatario ante la existencia de causales de inimputabilidad para la declaratoria de adjudicatario fallido; y, hacemos una valoración de la protección de los derechos y garantías constitucionales a partir del principio de igualdad. En el capítulo final, hablamos sobre las conclusiones conciliadas y las recomendaciones o planteamientos teóricos que nos permitimos sugerir para una oportuna propuesta reformativa a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Dedicatoria.

Al Hacedor, por brindarme la oportunidad, a través de la ciencia, conocer mejor sus enseñanzas.

A Rosa, mi madre, por sus consejos.

A Vicente, mi padre, por brindarme una oportunidad de cambio.

A mis hijos, de quienes espero y aspiro sigan y mejoren mis pasos.

A mis hermanos, por sus buenos deseos que han embargado mis días.

A Nidia, por su persistencia.

Gracias.

Agradecimiento.

Muy sincero, a los Templos de la Cultura Ecuatoriana: Universidad Nacional de Loja y Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador, por dotar al foro lojano de Especialistas en Contratación Pública y Modernización del Estado. En especial, al hidalgo e insigne maestro, de gran alcurnia intelectual, señor doctor Fernando Proaño Alvarado, por su valiosa orientación en la elaboración de este trabajo.

José Alfredo Santillán Vera.

TABLA DE CONTENIDOS

Tema:

**“CAUSALES DE INIMPUTABILIDAD PARA LA DECLARATORIA DE
ADJUDICATARIO FALLIDO”.**

Resumen o abstract: III

Introducción..... 1

CAPITULO PRIMERO

1.- DEFINICIONES LEGALES Y DOCTRINALES..... 3

1.1.- El acto administrativo: Definiciones legales..... 3

1.2.- Adjudicación: Definiciones Doctrinales..... 8

1.3.- La imputación: Definiciones doctrinales. 11

1.4.- Caso fortuito y Fuerza mayor. 12

CAPITULO SEGUNDO

2.- CAUSALES EXONERATIVAS DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA.....	16
2.1.- El nexo de causalidad.	16
2.2.- Causales exonerativas o inimputabilidad: El caso fortuito y la fuerza mayor.....	18
2.3.- La falta de protección al adjudicatario ante causales de inimputabilidad para la declaratoria de adjudicatario fallido.....	27
2.4.- Las normas jurídicas no pueden restringir el contenido de los derechos y garantías constitucionales. Una valoración de este derecho a partir del principio de igualdad.....	33

CAPITULO TERCERO

3.- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	38
3.1.- Conclusiones.....	38
3.2.- Recomendaciones.....	39

BIBLIOGRAFIA	40
---------------------------	-----------

Introducción.

El inciso segundo del Art. 52 de la Constitución de la República del Ecuador, prevé causales exonerativas de responsabilidad, cuando por **caso fortuito o fuerza mayor** las personas no dispongan de servicios de óptima calidad.

El Art. 55 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, determina que en la modalidad de contrato integral por precio fijo, la terminación del contrato, por mutuo acuerdo, enunciadas por el contratista y aceptadas por el contratante, procede **exclusivamente por fuerza mayor o caso fortuito**. Que la entidad contratante debe declarar la terminación unilateral y anticipada de estos contratos en caso de incumplimiento del contratista; o cuando ante circunstancias de **fuerza mayor o caso fortuito** señaladas por la entidad contratante, el contratista no aceptare la terminación de mutuo acuerdo.

El Art. 93 del corpus legal antes invocado, determina que cuando por circunstancias técnicas o económicas, o **causas de fuerza mayor o caso fortuito**, no fuere posible o conveniente para los intereses de las partes, ejecutar total o parcialmente el contrato, las partes podrán de mutuo acuerdo convenir en la extinción de todas o algunas de las obligaciones contractuales.

El Art. 94 de la ley de la materia, faculta a la entidad contratante a terminar anticipada y unilateralmente los contratos en caso de suspensión de los

trabajos, por decisión del contratista, por más de sesenta días, sin que medie **fuerza mayor o caso fortuito**.

El Art. 96 del mismo corpus legal, faculta al contratista para demandar la resolución del contrato, por la suspensión de los trabajos por más de sesenta días, dispuesta por la entidad sin que medie **fuerza mayor o caso fortuito; o** cuando, ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de **caso fortuito o fuerza mayor**, debidamente comprobadas, la entidad contratante no hubiera accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato.

En resumen, tanto la ley como el Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, contienen un sinnúmero de normas que prevén **causales de inimputabilidad** por motivos de **fuerza mayor o caso fortuito; causales exonerativas o de inimputabilidad que no opera en la ley, a favor del adjudicatario, cuando por motivos de caso fortuito o fuerza mayor, no ha suscrito dentro del término y condiciones previstas en la ley, el contrato adjudicado**.

Si bien, el Art. 102 ibidem faculta al oferente y al adjudicatario a presentar los reclamos administrativos por actos que les afecten emanados de la máxima autoridad, no es menos cierto que en el Derecho Administrativo Público, a la entidad pública, al servidora y servidora pública, solo le es permitido lo que está expresamente previsto en la ley.

Que la Ley Orgánica del Sistema nacional de Contratación Pública ni su Reglamento, no contemple causales liberatorias de responsabilidad administrativa que permitan la debida ejecución del contrato; pero sí regule

cláusulas de privilegio para “precautelar los intereses públicos”: modificación y terminación unilateral, lo consideramos como un trato injusto, desigual, inoportuno e ilegal en las relaciones del estado con los particulares, que debe ser corregido a la brevedad posible.

CAPITULO PRIMERO

1.- DEFINICIONES LEGALES Y DOCTRINALES.

1.1.- El Acto Administrativo: Definiciones Legales.

El recurrir a las definiciones legales y doctrinales que expondremos a continuación, tiene por fin, que el lector de este breve análisis sobre causales de inimputabilidad para la declaratoria de adjudicatario fallido, comprenda el objeto de estudio del tema propuesto y el alcance de lo que el legislador interpreta por acto administrativo, adjudicación, imputación y caso fortuito o fuerza mayor de acuerdo al Derecho Administrativo Público Ecuatoriano. Empezaremos por recordar las definiciones que sobre la institución nos proporcionan las leyes ecuatorianas, considerando la jerarquía normativa.

Constitución de la República del Ecuador.- El Pleno de la Asamblea Constituyente, reunido en “Ciudad Alfaro”, Cantón Montecristi, Provincia de Manabí, el veinte y dos de abril del dos mil ocho, expidió la nueva Constitución de la República del Ecuador, aprobada en referéndum por el pueblo ecuatoriano, publicada en el Registro Oficial número 449 del 20 de

octubre del 2008. Si bien el Marco Jurídico Constitucional, en su articulado, alude recurrentemente al acto administrativo, no facilita, como en otros casos -motivación- planteamientos teóricos que permita circunscribir los límites legales de lo que ha de entenderse como acto administrativo. Tenemos claro, que el objeto del contenido del Continente Supremo Legal, no es proporcionar conceptos legales de vocablos jurídicos. Que este particular es tarea de los cuerpos normativos secundarios que deben ir en íntima relación o correspondencia con la Norma Constitucional.

Ley Orgánica de Contratación Pública.- Dada y suscrita en el Centro Cívico “Ciudad Alfaro”, Cantón Montecristi, Provincia de Manabí, a los veinte y dos días del mes de julio del dos mil ocho, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 395 del cuatro de agosto del mismo año de su expedición, tampoco proporciona una definición legal de lo que debe entenderse por acto administrativo; mas, en su Artículo 6, de las definiciones, suministra un catálogo de términos de uso frecuente en materia de contratación pública que facilitan teoremas que en algo se ajustan a una definición del acto administrativo. Así, al definir en el Art 6.1, la adjudicación, señala: “Es el acto administrativo, por el cual la máxima autoridad o el órgano competente otorga derechos y obligaciones de manera directa al oferente seleccionado, surte efecto a partir de su notificación y solo será impugnabile a través de los procedimientos establecidos en esta ley”. El trazado es nuestro.

En terminación, interpretamos que un **acto administrativo** (adjudicación) en conformidad con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, es el emitido por una entidad pública (órgano competente) o por la máxima autoridad (funcionario público) que otorga derechos y obligaciones de manera directa que pueden ser impugnados conforme lo prevé la ley de la materia.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. Dado y suscrito en la sede de la Asamblea Nacional, ubicada en el Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, a los once días del mes de agosto del dos mil diez, publicado en el Suplemento del Registro Oficial N° 303 del diez y nueve de octubre del mismo de su suscripción, en el inciso segundo del Art. 364, define al **acto administrativo** como: “ Se entenderá por acto administrativo toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa”.

Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva. Expedido mediante Decreto Ejecutivo N° 2428, publicado en el Registro Oficial N° 536 del diez y ocho de marzo del dos mil dos, en su Art. 65, ilustra al acto administrativo como: “Toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa”.

Ley de Minería.

Dada y suscrita en la sede de la Asamblea Nacional, Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, a los veinte y seis días del mes de enero del dos mil nueve, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 517 del veinte y nueve de enero del año de su expedición. Si bien no contiene una definición legal de acto administrativo, sí proporciona nociones básicas y elementales que nos permiten entender su alcance y contenido. El Art. 30 refiere: “..... La concesión minera es un **acto administrativo** que otorga un título minero, sobre el cual el titular tiene un derecho personal, que es transferible previa la calificación obligatoria de la idoneidad del cesionario de los derechos mineros por parte del Ministerio Sectorial, y sobre este se podrá establecer prendas, cesiones en garantía previstas en las leyes, de acuerdo con las prescripciones y requisitos contemplados en la presente ley y en su reglamento general”

La norma permite interpretar que un **acto administrativo** (concesión minera) en conformidad con esa Ley, es un derecho personal, real, transferible sobre el que se puede constituir prenda, cesiones en garantía y otras garantías previstas en las leyes.

Acto administrativo: Definiciones doctrinales.

Para una mejor comprensión de lo que debe entenderse por acto administrativo, nos permitimos exponer varias construcciones jurídicas desde la perspectiva de administrativistas de alta alcurnia intelectual, que luego serán confrontadas con las construcciones legales del Derecho

Público Ecuatoriano, a fin de obtener una definición clara del contenido y alcance del acto administrativo, así:

Arsenio Espinosa, define al acto administrativo como: “La actividad del Estado y de las demás entidades de carácter público, para el cumplimiento de sus fines y con el objeto de satisfacer necesidades colectivas”¹. Desde nuestra modesta opinión, una perspectiva amplísima y muy generalizada.

Pío Jaramillo Alvarado, define al acto administrativo como: “Toda clase de declaración jurídica, unilateral, y ejecutiva, en virtud de la cual la administración tiende a crear, modificar, o extinguir situaciones jurídicas subjetivas”.²

Desde nuestra opinión, una definición de otrora con mayor vigencia y aplicación contemporánea.

Para el maestro Agustín Gordillo, el acto administrativo “Es una declaración unilateral realizada en ejercicio de la administración pública que produce efectos jurídicos individuales en forma inmediata”³

Para Juan Carlos Cassagne, el acto administrativo, “Es una declaración unilateral realizada en ejercicio de la administración pública que produce efectos jurídicos individuales de forma directa”⁴

¹ ESPINOSA S, Arcenio. Curso de Derecho Administrativo. Guayaquil, 1932. p. 74.

²JARAMILLO ALVARADO, Pio. Derecho Público Interno. Poligrafiados PUCE. Quito, 1965. Lección10, p.11.

³ GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III. Buenos Aires, 2000. p. I-A

⁴ CASSAGNE, Juan Carlos. El Acto Administrativo. Buenos Aires, 1978. p. 107.

De las definiciones y nociones elementales que nos proporcionan las leyes y la doctrina nacional, concluimos, que para el Derecho Público Ecuatoriano, el acto administrativo, es toda declaración unilateral, efectuada en ejercicio de la función administrativa, por las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, los servidores o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal; productor de efectos jurídicos individuales de forma directa en el administrado, que puede ser gravado e impugnado en conformidad con el Derecho Público.

Pero como hemos examinado brevemente, tanto en el contexto local como internacional, no tiene una definición única y cierta, sino que pende del efecto jurídico que el Estado, en la administración pública, desee alcanzar. Para ilustrar este aserto, es oportuno citar el pensamiento de Héctor Mairal, cuando afirma “Los conceptos jurídicos surgen de cada régimen institucional y por ende deben adecuarse a las particularidades del régimen al que corresponden, de donde no es posible la pretensión de crear tales conceptos con validez universal. Sólo dentro de un determinado régimen jurídico valdrán, pues, los conceptos que construimos para expresar, las reglas jurídicas, así como para darles orden y sistema”⁵

1.2.- Adjudicación: Definiciones Doctrinales.

Etimológicamente proviene del latín “adjudicare” y significa atribuir a alguien la propiedad o autoría de una cosa o hecho.

⁵ MAIRAL, Héctor. Los Meros Procedimientos Administrativos. Buenos Aires, 1998, p.651.

Guillermo Cabanellas, la adjudicación es “La declaración de que algo concreto pertenece a una persona”⁶

Antonio José Pérez, Daniel López y José Aguilar.- La adjudicación “ es el evento más importante dentro de un procedimiento precontractual, considerando las implicaciones que tiene para el proceso, así como los derechos y obligaciones que genera para la entidad contratante y el oferente. El éxito y finalidad de un procedimiento precontractual recae en una adjudicación conveniente, legal y justa. Sin embargo, muchas veces no es tan sencillo conseguir una declaración unilateral de voluntad conveniente, legal y justa al mismo tiempo, precisamente por la serie de dificultades, elementos y consideraciones a tomar en cuenta; más aún, si no se cuenta con una definición clara sobre este acto”.⁷

“La adjudicación, es el acto administrativo a través del cual la administración pública, una vez cubiertas las formalidades del procedimiento, asigna a una persona física o moral un contrato para la adquisición de bienes, prestación de servicios o realización de obras. La adjudicación es por concurso simplificado, cuando se otorga a una persona física o moral de un grupo de cuando menos tres posturas, eligiendo aquella que presente la mejor propuesta técnica-económica y con menor riesgo de cumplimiento; o por convocatoria pública, cuando proviene de un concurso público convocado

⁶ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo I. Buenos Aires, p. 165

⁷ PEREZ, Antonio José. LOPEZ SUAREZ, Daniel, AGUILAR José Luis. Manual de Contratación Pública. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, 2011, p. 281.

para elegir la mejor propuesta técnico-económica y con la mayor garantía de su ejecución “⁸.

López-Elías y José Pedro. La adjudicación, “Fase del procedimiento de contratación administrativa en la que se designa la persona física o jurídica con quien la Administración va a celebrar un contrato”⁹

La adjudicación: Definiciones Legales.

El Art. 6.1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, define la adjudicación como “El acto administrativo por el cual la máxima autoridad o el órgano competente otorga derechos y obligaciones de manera directa al oferente seleccionado, surte efecto a partir de su notificación y solo será impugnable a través de los procedimientos establecidos en esta ley”.

El Art 24 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en correspondencia con el literal I), numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador, señala: “La máxima autoridad de la Entidad Contratante o su delegado, adjudicará el contrato mediante resolución motivada....”

El suministro doctrinal y legal permite definir a la adjudicación como el acto administrativo motivado, expedido por la máxima autoridad o el órgano competente, que otorga derechos y obligaciones de manera directa al

⁸ www.encyclopedia-jurídica.biz14.com

⁹ LOPEZ ELIAS, José Pedro. Aspectos Jurídicos de la Licitación Pública en México. México D.F, 2009, p. 16.

oferente. O resolución por la cual la entidad contratante designa al proveedor-contratista, más conveniente para celebrar un contrato.

1.3.- La imputación: Definiciones doctrinales.

Juan Carlos Henao, define la imputación como “la atribución jurídica de un hecho a una o varias personas que en principio tienen la obligación de responder”¹⁰

García de Enterría, la imputación, “es la determinación de las condiciones mínimas necesarias para que un hecho pueda ser atribuido a alguien como responsable del mismo. Con el objeto de que deba soportar las consecuencias”¹¹

La imputación: Definiciones legales.

Constitución de la República del Ecuador.- El Art. 76 numeral 3 de la Constitución de la República, como garantía del debido proceso, manda que “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa...”

Por mandato constitucional nadie puede ser sancionado por hechos constitutivos de infracción administrativa que al momento de su ejecución no estén tipificados en la ley como infracción y que resulten responsables de los mismos por acción u omisión.

¹⁰ HENAO, Juan Carlos. Responsabilidad Extracontractual y Causales de Exoneración. Civitas. Madrid, reimp. 2003, p386.

¹¹ E, GARCIA de Enterría, Curso de Derecho Administrativo, vol. II, Civitas, Madrid, p. 235

La doctrina reserva el término imputación para aquellas personas que posean capacidad para realizar una actuación jurídica eficaz en el ámbito de las relaciones intersubjetivas, pudiendo expresar la voluntad del ente hacia instancias externas de la administración. El término 'imputación' es uno de los más representativos del lenguaje en que se expresan varias teorías jurídicas de la responsabilidad administrativa.

1.4 Caso fortuito y Fuerza mayor.

El recurso interpretativo jurisprudencia y la doctrina civil, sostiene que la institución del caso fortuito o de fuerza mayor es originario del derecho romano, en donde, para explicarla, se hizo referencia a las inundaciones, las incursiones de enemigos, los incendios, el terremoto, el rayo, el huracán, etc. Más concretamente entendieron los romanos, por caso fortuito, todo suceso que la mente humana no puede prever, o lo que, previsto, no se puede resistir. Tales son las inundaciones, las incursiones de enemigos, los incendios (Quod humano captu preaevideri non potest, anut cui preaviso non potest resisti. Tales sunt aquarum inundationes, incursus hostium, incendia).

En la normativa civil, penal, laboral, comercial, etc., es común encontrarnos con referencias a hechos catalogados o categorizados como de fuerza mayor o caso fortuito.

La responsabilidad, las consecuencias legales y sancionatorias, en determinadas situaciones pueden ser mayores o menores dependiendo de si los hechos sucedieron o no por fuerza mayor o caso fortuito, por lo que es

preciso definir con exactitud qué es fuerza mayor o caso fortuito, para poder evaluar en un momento dado la pertinencia o no de alegar esta figura en un proceso sancionatorio administrativo.

En la doctrina civilista hay autores que distinguen el caso fortuito de la fuerza mayor. Señalan por ejemplo que el caso fortuito es un acontecimiento de la naturaleza, mientras que la fuerza mayor es un hecho del hombre. En ambos casos es además necesario que el suceso no se haya podido prever o que previéndose no se haya podido resistir.

No se puede por tanto confundir la fuerza mayor o caso fortuito con la negligencia o la incompetencia, puesto que sólo se puede considerar fuerza mayor o caso fortuito, a aquellos hechos a los que no es posible resistirse o que no es posible advertir o prever; y, la negligencia o incompetencia no se genera en forma directa ni indirecta por eventos irresistibles e imprevisibles.

Caso fortuito y fuerza mayor: Definiciones doctrinales.

Concepción Rodríguez, define la fuerza mayor como el “acontecimiento cognoscible, imprevisible que no se deriva de la actividad en cuestión, sino que en este sentido viene de fuera, y cuyo efecto dañoso no podía evitarse por las medidas de precaución que racionalmente eran de esperar”¹²

Camilo Armando Franco Leguízamo, “ La fuerza mayor o caso fortuito, en resumidas palabras, podría resumirse grosso modo, como un supuesto normativo que excusa el cumplimiento de las obligaciones, que consulta la

¹² RODRIGUEZ, Concepción. Derecho de Daños, Bosch, 2ª ed. 1999, p.85

posibilidad de ejecución del *iuris vinculum*, que se subsume en el concepto del no cumplimiento, y que atiende a la máxima de *ad impossibilia nemo obligatur*¹³.

Definiciones legales. La Constitución de la República del Ecuador, si bien no proporciona una definición, suministra planteamientos que permiten entender grosso modo los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito, su eficacia liberadora y la previsión normativa de sus excepciones.

Pocos artículos de la Constitución se refieren expresamente a las instituciones de caso fortuito y fuerza mayor. En su artículo 52 el corpus referido, determina que la ley establecerá los mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de las consumidoras y consumidores; y las sanciones por vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios, y *por la interrupción de los servicios públicos que no fuera ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor*.

Código Civil, en su artículo 30, señala que se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público etc.

De acuerdo con diversas disposiciones del Código Civil, el deudor contractual está liberado de su obligación de cumplimiento de la prestación

¹³ FRANCO LEGUIZAMO, Camilo Armando, Caleidoscopio de la Fuerza Mayor. Derecho Comparado e Internacional, volumen 8, 2009, pp. 1

si ésta resulta impedida por la presencia de un suceso que calificamos como constitutivo de fuerza mayor o de caso fortuito; y, a su vez, proyectado dicho precepto sobre la responsabilidad civil extracontractual, el agente dañoso queda liberado de cualquier responsabilidad si el daño se debe igualmente a la presencia de fuerza mayor o caso fortuito.

En general, la amplia mayoría de la doctrina civilista y la ley, definen al caso fortuito y fuerza mayor como un hecho positivo no imputable, que en la ausencia de culpa del deudor éste no está obligado a probar el hecho positivo del caso fortuito o la fuerza mayor, es decir, la causa del incumplimiento debido a un evento de origen extraordinario, imprevisto e inevitable. Que el obligado solo debe probar que actuó con la diligencia requerida, sin necesidad de demostrar el acontecimiento que ocasionó la inejecución de la obligación. Que se debe identificar el acontecimiento y otorgarle los caracteres de extraordinario e irresistible. Citan como ejemplos de caso fortuito eventos irresistibles, provenientes de la naturaleza (granizada, terremoto, sequía, etc.) mientras que la fuerza mayor afirman se debe a hechos ajenos, ya sea de terceros (estado de guerra, choque ferroviario, naufragios, etc.) o actos atribuibles a la autoridad (expropiación, requisición, poner el bien fuera del comercio, etc.).

CAPITULO SEGUNDO

2.- CAUSALES EXONERATIVAS DE RESPONSABILIDAD

ADMINISTRATIVA.

2.1.- El nexo de causalidad.

Administrativistas de gran alcurnia intelectual, de pensamiento dominante en el Derecho Público, entienden al nexo causal como la relación entre el hecho generador del daño y el daño provocado.

En la dogmática jurídica converge el criterio único de que para que exista responsabilidad, en general, se requiere la concurrencia de mínimo tres elementos, considerados indispensables y necesarios para la imputación de responsabilidad: el daño, el hecho generador del mismo y el nexo de causalidad que permite imputar el daño a la acción u omisión del agente generador.

El nexo de causalidad a diferencia de la culpa, no admite, por norma general, ningún tipo de presunción; por tanto, consideramos equívoca la sinonimia entre culpabilidad y causalidad, que muchos autores le atribuyen.

El nexo de causalidad en la relación jurídica administrativa y en general en todos los procesos generados por acción u omisión, debe ser probado por quien ejerce el derecho de acción y pretensión. El accionante tiene que demostrar en juicio la causalidad adecuada entre el daño padecido y la conducta de riesgo imputada, mediante prueba directa o indirecta expresamente permitida en el Derecho Público. Al respecto, el Art. 226 de la

Constitución de la República del Ecuador, consagra el principio de subordinación a la ley por parte de las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal; quienes por mandato constitucional deben ejercer solo las competencias y facultades que le sean atribuidas en la Constitución y la ley.

En recurrentes fallos, la jurisprudencia constitucional, en correspondencia con el principio de subordinación a la ley, ha resuelto: “mas en el derecho público, en la esfera de la actividad en la que puede realizarse únicamente, lo que está permitido, en la que el individuo que ocupa el cargo al interior del organismo para el que ha sido designado, no puede hacer sino lo que le está minuciosamente descrito y autorizado, resulta difícil suponer cómo esa persona podría emitir actos de voluntad propia y, menos aún, de ésa –su voluntad- arrancar consecuencias tan graves como la ejecutoriedad pública.....todo lo cual deviene en arbitrariedad, ilegalidad e inconstitucionalidad. Arbitrariedad, por cuanto ha imperado la voluntad de la señora directora financiera; ilegalidad, en razón de que no se respetaron la leyes y reglamentos pertinentes; inconstitucionalidad, porque ese actuar ha contrariado el sistema normativo vigente, atropellando con ello los derechos de los accionantes”¹⁴. “(...)cabe destacar que en el Derecho Administrativo solamente se puede hacer lo que expresamente faculta la ley, contrariamente a lo que sucede en el Derecho Civil y en el Derecho Privado,

¹⁴ Resolución del Tribunal Constitucional de 4 de Agosto de 1999, caso: Mosquera-Ministerio de Salud pública, No. 224-99-RA.

en que le es factible hacer interpretaciones y exenciones o aclaraciones tanto por las partes cuanto por el juez en aplicación de la ley”¹⁵

De este breve recorrido por la jurisprudencia constitucional ecuatoriana, se observa que en la valoración de los hechos, en materia administrativa, tiene especial relevancia el examen de la conducta de las partes, especialmente de la accionada. Que es necesario justificar, cuál fue la causa del daño, para establecer la relación causal o vínculo entre hecho dañino y daño generado; y, si la conducta punible es ajena a la intervención del agente generador de la acción u omisión (existencia de la infracción y la participación del imputado en el hecho).

2.2.- Causales exonerativas o inimputabilidad: El caso fortuito y la fuerza mayor.

Al haber realizado el juicio de imputación, creemos necesario el estudio de causas extrañas o eximentes, para confirmar o infirmar, si debe legislarse causales de inimputabilidad para la declaratoria de adjudicatario fallido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

La normativa vigente en el Ecuador, casi en forma general, permite al demandado en un juicio de responsabilidad, la posibilidad de defenderse probando diligencia esmerada en la administración de sus propios negocios que solo los hombres juiciosos emplean, o cuidado en el manejo o administración que suelen emplear las personas prudentes y diligentes en

¹⁵ Resolución del Tribunal Constitucional del 16 de Marzo de 1999, caso: Sonnenholzner-Congreso Nacional, No. 526-98-TC.

sus negocios, o inexistencia del nexo causal, o concurrencia de una causal eximente de responsabilidad, comúnmente conocida como causa extraña.

Como ya expusimos, la causal liberadora de responsabilidad administrativa, por ser inexistente de nexo de causalidad, impide imputar determinado daño a una persona, tornando improcedente, en consecuencia, la declaratoria de responsabilidad. Permite demostrar que si bien el agente generador por acción u omisión causó el daño, lo hizo llevado o coaccionado por un hecho externo, imprevisible e irresistible.

Estamos convencidos de que las causales de inimputabilidad administrativa, eximen y liberan totalmente al demandado de responsabilidad, administrativa, civil y penal, cuando la fuerza mayor o el caso fortuito, son considerados como las causas únicas del imprevisto a que no es posible resistir o exclusiva y determinante del daño. Por ello, no compartimos con la doctrina administrativa cuya corriente de pensamiento no otorga el efecto jurídico exonerativo de responsabilidad, a las causales de inimputabilidad administrativa con origen en la realización de actividades peligrosas.

Henry Patiño, al respecto manifiesta "(.....)pero también puede demostrarse que probada esa causal exonerativa su ocurrencia tuvo incidencia en la producción del daño junto con el actuar del demandado a título de concausalidad, evento en el cual la consecuencia no será, en principio, la exoneración total de responsabilidad sino que se estará frente a una

reducción en la apreciación del daño, es decir, una reducción en la indemnización”.¹⁶

La base de esta opinión (exoneración parcial) estriba en que el hecho proveniente de una actividad peligrosa del agente, se reputa como consustancial a la actividad en desarrollo de la cual se produce el daño, lo que le da el carácter de interioridad; razón por la cual, se afirma, no tiene la potencialidad de exonerar de responsabilidad en aquellos regímenes por riesgo excepcional proveniente de la realización de una actividad peligrosa. Entendemos que si la causa del daño no es externa a la actividad, no existe en este sentido una causa extraña que tenga la consecuencia de exonerar de responsabilidad. Pero, si bien el hecho generador puede o no ser previsible, **en todos los casos es irresistible**, consustancial (interna o externa) a la actividad en desarrollo de la cual se causa el daño; razón por la cual, consideramos que tiene el potencial de exonerar, eximir y liberar en todos los casos, incluidos aquellos regímenes provenientes de una actividad peligrosa.

Para los efectos de este estudio, haremos referencia a las causales exonerativas cuyas definiciones legales y doctrinales fueron expuestas con anterioridad: caso fortuito y fuerza mayor. Sin dejar de lado, **las nuevas y modernas tendencias eximentes de responsabilidad administrativa** como: el hecho del tercero y el hecho de la víctima. De caso fortuito y fuerza

¹⁶ PATIÑO, Héctor, Responsabilidad Extracontractual y Causales de Exoneración. Universidad Externado de Colombia, Julio de 2007, p.198.

mayor, ya hemos suministrados su definición, no así sus características y su aplicación, de las cuales trataremos a continuación.

De acuerdo con el Art. 30 del Código Civil Ecuatoriano, son casos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, el evento que presenta las siguientes características: a) hecho externo; b) imprevisibilidad del hecho en su ocurrencia; y, c) irresistibilidad del hecho en sus efectos. Así las cosas, la fuerza mayor, de acuerdo con el Código Civil, se entiende como sinónimo del caso fortuito.

Pero en un debate trivial, la doctrina y la jurisprudencia ecuatoriana, han hecho grandes esfuerzos por diferenciar estas dos figuras, así: “El caso fortuito o fuerza mayor son liberatorios de responsabilidad. El Art. 30 del Código Civil, los define como sinónimos, sin embargo para la doctrina tiene una diferencia de origen, pues la fuerza mayor deriva de un hecho del hombre y el caso fortuito deriva de una imposibilidad desencadenante de la naturaleza, sin embargo para que exista cualquiera de ellas deben ser hechos imprevisibles e irresistibles (...). El Art. 30 del Código Civil establece: Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc. La gran mayoría de los tratadistas concuerda en que el Código ha señalado estos dos casos a manera de ejemplo, por tanto no se limitan de manera alguna a los casos indicados en ese artículo. Este artículo de la ley constituye la representación jurídica de la máxima que consagra que nadie puede ser obligado a lo imposible, esto es, aquello que el poder humano no

puede vencer ni superar. La imposibilidad debe ser física o moral. Hay imposibilidad física en todo lo que sea contrario a las leyes de la naturaleza física, y la hay moral en todo lo que implique una acción o la ejecución de un hecho prohibido por las leyes, opuesto a las buenas costumbres o contrario al orden público. En ciertos casos tratándose de hechos la imposibilidad tanto física como moral, se traduce en la ilicitud del objeto y por consiguiente, acarrea la nulidad absoluta del acto o contrato; pero el principal interés del fenómeno denominado caso fortuito reside en su carácter liberatorio: el deudor queda exonerado de cumplir con su obligación si acaso se lo impide un suceso que tenga las características del caso fortuito. En otras palabras, el caso fortuito es eximente de responsabilidad ya sea por la no ejecución de una obligación o deber, ya sea por el cumplimiento tardío del mismo deber u obligación, ya sea, finalmente, por su cumplimiento incompleto. Se sostiene, como hemos constatado, que entre caso fortuito y fuerza mayor hay una diferencia de origen; cuando la imposibilidad deriva de un hecho del hombre, como los actos de autoridad, se trata de una fuerza mayor; cuando se trata de una imposibilidad desencadenada por la naturaleza, inundación, una tormenta, un terremoto, se trataría de un caso fortuito”¹⁷

En lo que tiene que ver con el caso fortuito, la jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, refiere a través del recurso interpretativo jurisprudencial lo siguiente:

¹⁷ CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Ex SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL, Y FAMILIA. Corporación Financiera Nacional vs Alianza de seguros y reaseguros RES.0541-2009.

“El caso fortuito debe reunir ciertos caracteres para que produzca efectos liberatorios. Si el fundamento de la liberación es la imposibilidad debe ser absoluta, definitiva y general, salvo el caso de que se trate de un hecho personal y el impedimento afecte únicamente al deudor. Lo decisivo es que se trate de un impedimento insuperable, invencible. Además, el inconveniente debe ser imprevisto. Si el afectado conocía o podía o debía conocer el obstáculo habría incurrido en una imprudencia que es de su cargo (Victorio Pecio Vargas, Manual de Derecho Civil, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1978, pp. 371-374). Al respecto la jurisprudencia ecuatoriana ha dicho: Pero todos reconocen que los efectos jurídicos de la fuerza mayor y caso fortuito son los mismos, porque ambos provocan la liberación de la responsabilidad civil del deudor; de ahí que nuestros códigos utilizan estas expresiones como sinónimos. De la definición del Art. 30 del Código Civil, se extraen los dos elementos constitutivos del hecho que configuran la fuerza mayor o caso fortuito. El primer elemento se refiere a un hecho imprevisible, esto es, alude a la idoneidad del deudor de anticipar el sujeto dañoso que impide el cumplimiento de una obligación contractual. El evento tendrá tal carácter cuando la posibilidad de su accionante supere la aptitud moral, de previsión que se le debe exigir al deudor, que en el caso de responsabilidad civil contractual es la del hombre común. Empero, el Código de Comercio al tratar del contrato de transporte, exige del porteador una aptitud de previsión mucho mayor que la del hombre común, la aptitud debe ser de hombre inteligente y previsivo (diestro, hábil, y experimentado).- el segundo elemento constitutivo de la fuerza mayor o caso o fortuito es el

hecho que debe ser irresistible. Se trata de un hecho inevitable, o de la insuficiencia material del individuo para obstaculizar o impedir la producción de acontecimientos dañosos. En este elemento juega también un sentido preponderante las condiciones de idoneidad del deudor, para juzgar sus cualidades y posibilidades reales de impedir los hechos lesivos.”¹⁸

El recurso interpretativo jurisprudencial, señala las características que debe revestir un hecho para ser calificado como caso fortuito:

- a) Hecho imprevisible, en el sentido estricto de la palabra, que en condiciones normales haya sido lo suficiente probable para que ese agente, haya podido precaverse, inopinado, inadvertido contra él; y,
- b) Hecho irresistible, en el sentido estricto de la palabra, el no haberse podido evitar su acaecimiento ni tampoco su consecuencia, colocando el suceso al agente, en la absoluta incapacidad de obrar de modo debido.

Pero el pensamiento doctrinario mayoritario incorpora como otro elemento constitutivo: ser el acontecimiento generativo del caso fortuito o fuerza mayor, un hecho externo. La exigencia de este elemento, dicen administrativistas, le da el verdadero carácter de causa extraña a la fuerza mayor y al caso fortuito; porque el hecho debe ser ajeno a la actividad dentro de la cual se ha causado el daño.

¹⁸ Gaceta Judicial, Serie XVII, N°11, p.3395.

En resumen, el acontecimiento, no depende del actuar de ninguna de las partes que se encuentran vinculadas al hecho dañino. Es decir, no debe ser imputable a quien lo causa ni a quien lo sufre.

En conclusión, la ley y la jurisprudencia se refieren al caso fortuito y fuerza mayor, como sinónimos de un hecho de causa desconocida, la cual, si bien, puede o no ser previsible o imprevisible, y en todos los casos es irresistible, se reputa como consustancial a la actividad en desarrollo de la cual se genera el daño.

Todo en el universo está en constante evolución y el Derecho, no puede ser un caso de excepción. Debe por ley universal, armonizar su contenido con las exigencias de las sociedades en desarrollo.

Los estudiosos del Derecho Administrativo contemporáneo, concuerdan que no solo el caso fortuito y la fuerza mayor, pueden y deben ser considerados como causales liberatorias de responsabilidad. En la actualidad, se ha acentuado la tratativa como causales eximentes: el hecho de un tercero; y, hecho de la víctima.

El hecho de un tercero.- Como eximente de responsabilidad, parte del supuesto que el causante directo del daño es un tercero ajeno a las partes intervinientes en el juicio de responsabilidad. No son terceros los obligados solidarios. Jurídicamente, solo es tercero un extraño no vinculado al sujeto contra quien se dirige el juicio de responsabilidad.

Para que el hecho de un tercero se convierta en causa exonerativa de responsabilidad, la causa debe ser determinante del daño. No obstante,

pueden darse casos en los cuales el hecho es causado por el accionado quien ve determinada su conducta por el actuar de un tercero, haciendo que el daño sea imputable a ese tercero como es el caso de la legítima defensa. En este caso existe una imposibilidad de imputación puesto que la defensa fue determinada por el hecho del tercer agresor. En todo caso, para que el hecho del tercero sea considerado como liberatorio de responsabilidad debe ser el acto irresistible e impredecible, porque si se prueba que el acto pudo ser evitado y previsto, el hecho es imputable.

El Hecho de la víctima.- Como eximente de responsabilidad nos referimos a una causa que impide efectuar la imputación, en el sentido de que si bien es cierto que el accionado ha causado el daño, éste no puede serle imputable en la medida en que el actuar de la víctima que le resultó extraño, imprevisible e irresistible lo llevó a actuar en la forma en que causó el daño, razón por la cual el mismo es imputable a la víctima y no al demandado. Pueden darse casos en el que el ***estado de alteración mental*** en el que se encontraba una persona JS (víctima) no varía el hecho objetivo de que su conducta fue violenta y que puso en peligro la vida y la integridad personal al atacar a otro individuo JR, quien causó lesiones a la víctima. Tampoco cambia la situación que JR, no tuviera, en ese instante, la capacidad de comprender y determinar la conducta de JS, en cuanto a la agresión actual e injusta contra el JR, y la necesidad de éste de presentar una defensa real ante un ataque injustificado. Resulta irrelevante determinar si en ese momento JS actuó o no con culpa, pues la determinación de su estado no

transforma su conducta que puede ser violenta y peligrosa por su alteración mental.

En este caso existe una imposibilidad de imputación puesto que la defensa fue determinada por el hecho de la víctima. En todo caso, para que el hecho de la víctima sea considerado como liberatorio de responsabilidad debe ser el acto irresistible e impredecible, porque si se prueba que el acto pudo ser evitado y previsto, el hecho es imputable.

Al respecto, para los hermanos Mazeaud, “el hecho de la víctima solo lleva consigo la absolución completa cuando el presunto responsable prueba la imprevisibilidad del hecho de la víctima. Si no se realiza esa prueba, el hecho de la víctima, cuando sea culposo de causalidad con el daño, produce una simple exoneración parcial: división de responsabilidad que se efectúa teniendo en cuenta la gravedad de la culpa de la víctima.”¹⁹

Así, se entiende que, para una parte de la doctrina, el hecho de la víctima puede tener consecuencias exonerativas totales o parciales.

2.3.- La falta de protección al adjudicatario ante causales de inimputabilidad para la declaratoria de adjudicatario fallido.

La máxima autoridad o el órgano competente de la entidad contratante o su delegado, una vez concluido el procedimiento precontractual, adjudicará el contrato al oferente u oferentes cuya propuesta represente el mejor costo de acuerdo a lo definido en los numerales 17, 18 y 19 del artículo 6 de la Ley

¹⁹ H. y L. Mazeaud, J. Mazeaud. Lecciones de Derecho Civil. Parte segunda, Ediciones Jurídica Europa América, Buenos Aires, 1960, pp. 332 y 333.

Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, o si el adjudicatario o los adjudicatarios no celebraren el contrato por causas que les sean imputables, la máxima autoridad de la entidad, declarará mediante acto administrativo motivado, fallido al oferente o a los oferentes y notificará de esta condición al Instituto Nacional de Contratación Públicas para que lo inhabilite del Registro Único de Proveedores por el plazo de tres años, tiempo durante el cual no podrá contratar con las entidades previstas en la ley.

Sobre la incidencia de factores de fuerza mayor o caso fortuito, cabe hacer referencias a las siguientes disposiciones:

El inciso segundo del artículo 52 de la Constitución de la República del Ecuador, prevé causales liberatorias de responsabilidad cuando por caso fortuito o fuerza mayor las personas no dispongan de servicios de óptima calidad.

El artículo 55 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública determina que en la modalidad de contrato integral por precio fijo la terminación del contrato por mutuo acuerdo aducidas por el contratista y aceptadas por el contratante, procede exclusivamente por fuerza mayor o caso fortuito. Que la entidad contratante debe declarar la terminación unilateral y anticipada de estos contratos, en caso de incumplimiento del contratista cuando por circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito señaladas por la entidad contratante, el contratista no aceptare la terminación de mutuo acuerdo.

El artículo 93 ibídem, habla que por circunstancias técnicas o económicas, o causas de fuerza mayor o caso fortuito, no fuere posible o conveniente para los intereses de las partes, ejecutar total o parcialmente el contrato, las partes podrán de mutuo acuerdo convenir en la extinción de todas o algunas de las obligaciones contractuales.

El artículo 94 de la ley de la materia, faculta a la entidad contratante a terminar anticipada y unilateralmente los contratos, si la suspensión de los trabajos, por decisión del contratista, por más de sesenta días, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito.

El artículo 96 de la ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, faculta al contratista para demandar la resolución del contrato, por la suspensión de los trabajos por más de sesenta días, dispuesta por la entidad sin que medie fuerza mayor o caso fortuito; cuando, ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o de fuerza mayor, debidamente comprobada, la entidad contratante no hubiera accedido terminar de mutuo acuerdo el contrato.

En término, tanto la Norma Suprema, como la ley y el Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, contienen normas que prevén causales de inimputabilidad por motivos de fuerza mayor o caso fortuito a favor de la entidad contratante. Pero éstas no operan a favor del adjudicatario, cuando por motivos de caso fortuito o fuerza mayor, no ha suscrito dentro del término y condiciones previstas en la ley el contrato adjudicado.

Si bien, el artículo 102 ibídem, faculta al oferente y adjudicatario a presentar los reclamos administrativos por actos que le afecten emanados de la máxima autoridad, es conocido que en materia administrativa, como ya lo hemos reseñado, solo es permitido a la entidad, administrador, o servidor público lo que está expresamente previsto en la ley.

En el caso esgrimido, materia de esta investigación, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, no prescribe en forma explícita, implícita o sobre entendida, la existencia de causales liberatorias o eximentes de inimputabilidad, si por motivos de fuerza mayor o caso fortuito, el adjudicatario, dentro del término y condiciones previstas en la ley, no suscribe el contrato adjudicado.

La ausencia de causales eximentes de inimputabilidad para la declaratoria de adjudicatario fallido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, coloca en desventaja, al adjudicatario, al no tener iguales oportunidades y derechos de los que goza y disfruta la entidad contratante quien por caso fortuito y fuerza mayor, puede hasta dar por terminado unilateralmente el contrato adjudicado.

Si bien el acto administrativo declarativo de adjudicatario fallido es impugnabile ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, en los términos de los artículos 105 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 163 de su Reglamento, particular que no está claramente definido; ante la carencia de norma expresa que consagre la existencia jurídica de causales liberatorias de responsabilidad en materia de

declaratoria de adjudicatario fallido con origen en el caso fortuito o fuerza mayor, no puede ni debe el juez de la causa declarar la nulidad o invalidez jurídica del acto administrativo, por no estar facultado para ello.

Así lo ha resuelto el Tribunal Constitucional al pronunciarse en el sentido que “en el Derecho Administrativo solamente se puede hacer lo que expresamente faculta la ley, contrariamente a lo que sucede en el Derecho Civil y en Derecho Privado, en que le es factible hacer interpretaciones y exenciones o aclaraciones tanto por las partes cuanto por el juez en aplicación de la ley.”²⁰

Tampoco el adjudicatario puede en su acción y pretensión jurídica invocar o alegar a su favor, como causa exculpatoria de responsabilidad, el caso fortuito o fuerza mayor por la ausencia normativa, en la ley, de estas eximentes de responsabilidad. Mucho menos las atinentes al hecho de un tercero y hecho de la víctima, cuyo contenido e intención legal han sido soslayados en la ley.

Como lo expresa el artículo 6 de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, el acto administrativo de adjudicación **otorga derechos y obligaciones de manera directa al oferente seleccionado-notificado**. Cabe preguntarse, qué sucedería si el adjudicatario, sintiéndose ganador, invierte anticipadamente recursos en la adquisición de materiales para la ejecución de la obra. Y por causas ajenas a su voluntad, imprevistas e irresistibles no celebra el contrato activando en su contra la declaratoria

²⁰ Resolución del Tribunal Constitucional, caso: Nebot-Presidente Constitucional de la República, Nº 029-99-tc del 30 de marzo de 1999.

de adjudicatario fallido. Le asistiría el derecho a reclamar daños y perjuicios?. Legalmente no, pues no está previsto en la ley de la materia ni en su Reglamento, en forma expresa y literal, causal(es) exculporias de responsabilidad administrativa a favor del adjudicatario que por causas supervenientes, no imputables a él, no celebró el contrato.

Aceptar una pretensión y acción en un proceso administrativo impugnatorio – declaratoria de adjudicatario fallido-con origen en caso fortuito o fuerza mayor, es atentar contra el principio de legalidad –ley previa-.

El inciso segundo del artículo 35 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y artículo 21 de la Resolución N° 052 del Instituto Nacional de Compras Públicas del 11 de octubre del 2011 que derogó la Resolución N° 046 del 17 de agosto de 2010, establecen que la inhabilidad para contratar con el Estado de los adjudicatarios fallidos será de tres años y el procedimiento que debe seguir la entidad contratante para su inclusión en el registro de contratistas incumplidos y adjudicatarios fallidos.

Esta incapacidad para contratar con el Estado, que dura hasta la exclusión del profesional del Registro de Adjudicatarios fallidos, vulnera derechos fundamentales: derecho al trabajo, cuya obligación y deber social del Estado es garantizarlo, entendiéndolo como fuente de realización personal y base de la economía personal y sobre todo familiar. Seguridad jurídica, no garantizada por la ausencia de causales eximentes a favor del adjudicatario fallido con origen en hechos supervenientes e irresistibles. Oficiosidad, porque en la mayoría de los casos para la exclusión del registro de

adjudicatarios fallido y contratistas incumplidos, la entidad pública emisora de la sanción de oficio no solicita el levantamiento de la suspensión por haberse superado las causas que motivaron la respectiva resolución sancionadora conforme lo prevé la letra a) del artículo 22 de la Resolución INCOP N° 052-2011 y debe operar la rehabilitación automática prevista en la letra c) de ese artículo. Legalidad, porque no existen en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamentos, eximentes de responsabilidad administrativa que operen a favor del oferente con origen en las categorizaciones de eximentes universales de fuerza mayor o caso fortuito.

Como vemos, son insondables los daños que ocasiona la ley al no proporcionar causales liberatorias de responsabilidad administrativa a favor del adjudicatario fallido con origen en las circunstancias de fuerza mayor y caso fortuito.

Queda claro que la ausencia de causales extintivas de responsabilidad constituye un franco atentado al principio de igualdad previsto en la Constitución de la República del Ecuador que otorga a todas las personas el derecho de gozar de las mismas oportunidades, deberes y garantías.

2.4.- Las normas jurídicas no pueden restringir el contenido de los derechos y garantías constitucionales. Una valoración de este derecho a partir del principio de igualdad.

Es necesario enfatizar que no toda desigualdad de trato en la Ley supone una infracción del artículo 11.2 de la Constitución, sino que dicha infracción

la produce solo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable.

Para que la desigualdad resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal decisión sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dispone en los artículos 4 y 5 que para la aplicación de la ley y de los contratos que de ella se deriven, se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad y participación nacional. Que los procedimientos y los contratos sometidos a esta ley se interpretarán y ejecutarán conforme a los principios referidos, tomando en cuenta **la necesidad de precautelar los intereses públicos** y la debida ejecución del contrato. En su afán de tutelar el interés colectivo, consideramos que el corpus referido ha dotado a la administración pública de privilegios o prerrogativas, mediante las cuales coloca al Estado en un plano de superioridad frente al particular cuando entra en relación con éste; en contraposición a lo que sucede en las relaciones entre particulares que se encuentran en un plano de igualdad. Dentro de estas potestades se encuentran las que le permiten el control y

dirección de la fase precontractual y contractual que se concretan en el privilegio de la modificación, terminación e interpretación unilaterales, el control de auto tutela -terminación unilateral- mediante la cual la administración pública actúa por sí misma, directamente, sin tener que acudir a los jueces en protección del interés general que se halle amenazado.

En general, como ya lo expusimos, existen varios principios que regulan la contratación pública. La observancia y aplicación de todas estas garantías en materia de contratación pública tiene una importancia trascendental para el manejo moral, imparcial, ágil y responsable de una efectiva y eficaz contratación.

Los principios tienen cierto margen de indeterminación y abstracción que los lleva a requerir un acto que precise su continente; por ello, su vigencia se desarrolló de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado debe generar y garantizar las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

La Constitución Política de la República del Ecuador, prohíbe, so pena de nulidad e inconstitucionalidad, que todo acto u omisión disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio pleno de los derechos. Dispone que las **normas** y los actos de los poderes públicos deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

El principio de igualdad parcamente definido en la Constitución, concede a todas las personas el disfrute y goce en igualdad de condiciones, trato,

equidad, justicia, de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Es impuesto a la Administración Pública por el artículo 11. 2 del texto constitucional.

Para garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución, el Estado, corresponsable por la violación de derechos y principios cometidos por las servidoras y servidores públicos y en general por la administración pública, debe adoptar medidas de acción positiva que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentran en situación de desigualdad.

Toda la actividad administrativa, por tanto, debe estar inspirada en el principio de igualdad de todos(as) ante la ley, tanto en sentido material como formal, por sus repercusiones sobre la libertad y la propiedad privada. Debe, permitir el acceso a los servicios públicos sin discriminación.

En la actuación administrativa se pueden plantear tratamientos diferenciados para conseguir resultados que promuevan la igualdad real. No debe olvidarse que éste es uno de los presupuestos del estado de bienestar del Estado constitucional de derechos y justicia social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico previsto en el artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública prevé la declaratoria de adjudicatario fallido, cuando por causas imputables al adjudicatario, éste no se presenta a la celebración del contrato.

El marco Constitucional y el Código Civil, reconocen que las circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito son fundamentos de inimputabilidad. Mas, ni

la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, ni su Reglamento, suministran causales de inimputabilidad para la declaratoria de adjudicatario fallido; pero sí admiten que por motivos de caso fortuito o fuerza mayor la entidad pública o contratante, pueda unilateralmente dar por terminado el contrato, invocando estas causales, particular que constituye desde nuestra opinión, trato desigual en el disfrute de los derechos, deberes y oportunidades.

El principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional. No prohíbe cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados. Que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública ni su Reglamento, no contemple causales liberatorias de responsabilidad administrativa que permitan la debida ejecución del contrato; pero sí regule cláusulas de privilegio para “precautelar los intereses públicos”: modificación, sanción, terminación unilateral; lo consideramos como un trato injusto, desigual, inoportuno e ilegal en las relaciones del Estado con los particulares.

CAPITULO TERCERO

3.- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

3.1.- Conclusiones.

El proceso precontractual debe verificarse de acuerdo con el desarrollo de los principios constitucionales y el modelo económico y social contemplado en los artículos 1, 3 y 11 de la Constitución de la República del Ecuador que garantiza a todas las personas, el goce y disfrute en igualdad de condiciones de los mismos derechos, deberes y obligaciones.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, deja entrever que el acto administrativo precontractual de declaratoria de adjudicatario fallido, no surge como garantía constitucional que tutela los derechos de los particulares o el interés colectivo, sino que los procedimientos sometidos a la ley se interpretan y ejecutan, más que para la debida ejecución del contrato, para precautelar los intereses públicos.

Desde el punto de vista de la exoneración de responsabilidad, no existe en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, categorizaciones liberatorias de responsabilidad administrativa para el oferente o adjudicatario que por hechos irresistibles e imprevisibles no pudo firmar el contrato adjudicado.

La falta de legislación en materia de causales eximentes con origen en los hechos de casos fortuito o fuerza mayor que operen a favor del adjudicatario fallido, provoca insondables daños morales y pecuniarios al oferente, quien

no puede exigir la reparación del daño en virtud de la ausencia de norma previa.

La ausencia de causales liberatorias a favor del adjudicatario fallido violenta la aplicación de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública y los principios que rigen al proceso previo de contratación: legalidad, trato justo, igualdad, calidad, oportunidad, concurrencia y transparencia.

3.2.- Recomendaciones.

Que las instituciones el Estado, sus organismos, dependencias, entidades públicas, sus órganos y los servidores y servidoras públicas, y las personas que actúan en virtud de una potestad estatal, encargados de la contratación pública, agoten previamente a la declaratoria de adjudicatario fallido, una etapa de concertación con el oferente o adjudicatario, encaminada a la celebración del contrato adjudicado.

Que al efecto, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública sea modificada en orden a que regule el procedimiento de una etapa previa a la declaratoria de adjudicatario fallido que velando por el interés público, permita la celebración y ejecución del contrato adjudicado.

Que el corpus ante invocado, para el disfrute de los derechos y deberes en igualdad de condiciones, en el proceso precontractual, debe contener causales de inimputabilidad administrativa que permitan al adjudicatario-oferente, justificar, en derecho, los hechos irresistibles e imprevisibles que motivaron la falta de la celebración del contrato adjudicado.

BIBLIOGRAFIA

ESPINOSA S, Arcenio. Curso de Derecho Administrativo. Guayaquil, 1932. p. 74.

JARAMILLO ALVARADO, Pio. Derecho Público Interno. Poligrafiados PUCE. Quito, 1965. Lección10, p.11.

GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III. Buenos Aires, 2000. p. I-A

CASSAGNE, Juan Carlos. El Acto Administrativo. Buenos Aires, 1978. p. 107.

MAIRAL, Héctor. Los Meros Procedimientos Administrativos. Buenos Aires, 1998, p.651.

CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo I. Buenos Aires, p. 165

PEREZ, Antonio José. LOPEZ SUAREZ, Daniel, AGUILAR José Luis. Manual de Contratación Pública. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, 2011, p. 281.

LOPEZ ELIAS, José Pedro. Aspectos Jurídicos de la Licitación Pública en México. México D.F, 2009, p. 16.

HENAO, Juan Carlos. Responsabilidad Extracontractual y Causales de Exoneración. Civitas. Madrid, reimp. 2003, p386.

E, GARCIA de Enterría, Curso de Derecho Administrativo, vol. II, Civitas, Madrid, p. 235

RODRIGUEZ, Concepción. Derecho de Daños, Bosch, 2ª ed. 1999, p.85

Resolución del Tribunal Constitucional de 4 de Agosto de 1999, caso: Mosquera-Ministerio de Salud pública, No. 224-99-RA.

Resolución del Tribunal Constitucional del 16 de Marzo de 1999, caso: Sonnenholzner-Congreso Nacional, No. 526-98-TC.

PATIÑO, Héctor, Responsabilidad Extracontractual y Causales de Exoneración. Universidad Externado de Colombia, Julio de 2007, p.198.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Ex SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL, Y FAMILIA. Corporación Financiera Nacional vs Alianza de seguros y reaseguros RES.0541-2009.

Gaceta Judicial, Serie XVII, N°11, p.3395.

H. y L. Mazeaud, J Mazeaud. Lecciones de Derecho Civil. Parte segunda, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1960, pp. 332 y 333.

Resolución del Tribunal Constitucional, caso: Nebot-Presidente Constitucional de la República, N° 029-99-tc del 30 de marzo de 1999.

FRANCO LEGUIZAMO, Camilo Armando, Caleidoscopio de la Fuerza Mayor. Derecho Comparado e Internacional, volumen 8, 2009, pp. 1

www.encyclopedia-jurídica.biz14.com