

**Universidad Andina Simón Bolívar**

**Sede Ecuador**

**Área de Derecho**

Programa de Maestría en Derecho

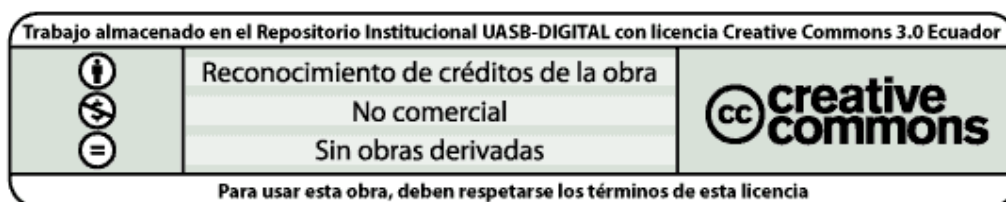
Mención en Derecho Administrativo

**Análisis de las controversias en la contratación pública**

Autor: Santiago Eduardo Ribadeneira Orti

Tutor: Genaro Eguiguren Valdivieso

**Quito, 2015**



## **Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis**

Yo, Santiago Eduardo Ribadeneira Orti, autor de la tesis intitulada *Análisis de las controversias en Contratación Pública*, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtuales electrónicos, digitales, ópticos, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha: 17 de junio de 2016

Firma: .....

Santiago Eduardo Ribadeneira Orti

CC: 1717161242

## Resumen

La presente tesis está centrada en el análisis de las controversias en la contratación pública. Por esta razón, en primer lugar, se hace un acercamiento al cuerpo legal encargado de regular y normar la contratación administrativa en el país: la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. El fin de la contratación pública es adquirir bienes, servicios u obras que para el interés público. Sin embargo, no siempre es posible alcanzar este objetivo, pues, por varios motivos, los contratos se rompen sin ser cumplidos. Por esta razón, se busca estudiar las causas y posibles soluciones para este problema dentro de la contratación pública.

En este trabajo investigativo, se busca mostrar cómo el sistema actual tiene vacíos que llevan a la no consecución de contratos y, en consecuencia, a afectar el interés público. El uso de un único contrato tipo definido por la SERCOP imposibilita su construcción de acuerdo con las necesidades de cada contrato. Adicionalmente, si bien la normativa legal faculta el uso de métodos alternativos de solución de controversias, en la práctica, existen limitaciones “jurídicas” para su aplicación, lo que causa que cada problema sea resuelto en el ámbito judicial. Esto lleva al retraso del proceso y a gastos innecesarios que afectan al Estado.

Las conclusiones a las que se llegó después de realizar el trabajo muestran que, efectivamente, es necesario encontrar soluciones rápidas y eficaces a las controversias presentadas durante la ejecución contractual. Con este fin, se recomienda que la normativa jurídica garantice el uso de métodos alternativos de solución y que las entidades públicas guarden un registro del origen de las controversias más comunes, para evitarlas en futuros contratos. De esta forma, se agiliza el proceso de contratación y se vela por el interés público.

Palabras clave: contratación pública; derecho administrativo; controversias; métodos alternativos de solución de controversias.

## Tabla de contenido

Capítulo uno Teoría de la contratación pública.....	8
1. Antecedentes.....	8
2. Sistema Nacional de Contratación Pública.....	10
3. Principios que rigen la contratación pública.....	14
3.1. Principio de legalidad.....	15
3.2. Principio de publicidad .....	16
3.3. Principio de igualdad .....	17
3.4. Principio de transparencia.....	18
3.5. Principio de libre participación.....	18
4. El debido proceso en la contratación pública .....	20
5. El control en la contratación pública .....	22
Capítulo dos Los contratos administrativos .....	32
1. Antecedentes históricos del contrato administrativo .....	32
2. Definición de contratos administrativos .....	34
3. Elementos constitutivos y requisitos de validez del contrato administrativo .....	37
3.1. Los sujetos del contrato administrativo .....	37
3.2. La voluntad o el consentimiento en el contrato administrativo .....	39
3.3. El objeto del contrato administrativo .....	39
3.4. Las formalidades del contrato administrativo .....	40
3.5. Las prerrogativas especiales de la administración pública .....	41
3.6. La adhesión en los contratos administrativos .....	43
3.7. La causa en los contratos administrativos.....	43
4. Requisitos de validez del contrato administrativo .....	44
Capítulo tres Controversias en la contratación pública .....	46
1. Definición de controversia.....	47
2. Cláusula compromisoria o cláusula de controversias en el contrato administrativo	50
3. Estudio del marco legal vigente referente a los métodos alternativos de solución de controversias en contratación pública.....	54

3.1. Pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado para recurrir al arbitraje en contratación pública .....	56
3.2. Jurisdicción contenciosa administrativa.....	58
4. Métodos alternativos de solución de controversias .....	59
4.1. Negociación .....	60
4.2. Mediación y arbitraje .....	61
4.3. La conciliación .....	65
4.5. Expertise.....	69
4.6. Adaptación de contratos o Contractual Gap Filling.....	71
Conclusiones y recomendaciones.....	74
1. Conclusiones.....	74
2. Recomendaciones .....	76
Bibliografía.....	77

## Introducción

Con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se implementó en el país un nuevo sistema de contratación administrativa, con el objetivo de reglar y establecer nuevos procesos y procedimientos técnicos y normativos para la adquisición de bienes, servicios y ejecución de obras. La incorporación del Sistema Nacional de Contratación Pública estableció una nueva estructura jurídica y de procedimientos electrónicos que tienen como finalidad transparentar, agilizar y volver más eficiente la contratación pública en Ecuador.

Dentro de la contratación administrativa es de gran importancia la concurrencia de elementos procesales para el efectivo cumplimiento de los principios, presupuestos y garantías jurídicas que determinan el debido proceso contractual. El cumplimiento de los mecanismos idóneos contractuales se ven reflejados en la satisfacción del interés general del Estado ecuatoriano. Para el presente estudio, se busca hacer un análisis de las controversias que surgen dentro del proceso de contratación pública y los métodos que se deberían utilizar para solucionarlas.

En el primer capítulo de esta tesis, se hace un acercamiento a la teoría de la contratación pública. Se estudian sus antecedentes, los principios que la rigen —legalidad, publicidad, igualdad, transparencia y libre participación— y el sistema que la norma —Sistema Nacional de Contratación Pública—. Además, se establece cómo se han definido los nuevos tipos de control en la contratación pública y la importancia del debido proceso en este ámbito.

En el segundo capítulo, se hace un análisis de los contratos administrativos. Para ello, se empieza con una aproximación a sus antecedentes históricos; posteriormente, se pasa a encontrar la definición exacta para comprender el concepto en su totalidad; finalmente, se estudian sus elementos constitutivos y sus requisitos de validez. Dentro de este último punto, se hace un acercamiento a los sujetos de este tipo de contrato, a su objeto, a la voluntad como elemento fundamental dentro de los contratos administrativos, entre otros aspectos.

Por último, en el tercer capítulo, se ingresa en la definición de las controversias dentro de la contratación pública y se exponen los métodos alternativos para su solución. Para el segundo punto, se hace un análisis de la normativa que regula su uso y se define

y analiza de manera individual a cada uno de los métodos existentes —negociación, mediación y arbitraje, conciliación, *expertise* y adaptación de contratos—.

En el desarrollo de la presente tesis se ha desarrollado y estudiado la doctrina jurídica a través de la cual se han incorporado en la contratación pública mecanismos y procedimientos destinados a la solución rápida, efectiva y eficiente de las controversias contractuales. Es importante establecer que nuestra normativa jurídica no desarrolla ni incorpora estos nuevos mecanismos y procedimientos de solución de controversias, lo cual impide su aplicación. La mediación y el arbitraje son los únicos mecanismos que se encuentran reconocidos por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y por la Constitución; sin embargo, en la práctica jurídica se encuentra negada su aplicación mediante el oficio No. T.1-C.1.-SNJ-12-1134, suscrito por la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

El objetivo principal de la temática planteada en la presente tesis es determinar la utilidad de la aplicación de los mecanismos alternativos de solución de controversias en los conflictos que surgen durante la etapa de ejecución contractual. Otro aspecto importante que se desarrolla dentro la investigación son las características y formas de aplicación de los distintos mecanismos de solución de conflictos para, de esta forma, identificar y determinar cuáles son los métodos idóneos para cada tipo de procedimiento de contratación pública.

Para concluir, cabe destacar que la correcta aplicación de la normativa legal y de los diferentes métodos alternativos de solución de conflictos permitirá garantizar el cumplimiento del objeto contractual y su consecuente beneficio para las partes contratantes. A causa de esto, la finalidad de esta investigación es determinar la importancia y eficacia de métodos que beneficien al proceso de contratación pública, al agilizarlo y permitir una ejecución más adecuada. La solución de controversias, por lo tanto, es una forma de asegurar el interés público y de permitir volver más eficiente —por medio del control, clara redacción de contratos y métodos alternativos— el sistema de contratación pública.

## **Capítulo uno**

### **Teoría de la contratación pública**

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública entró en vigencia a partir de su publicación en el Suplemento del Registro Oficial 395 del 4 de agosto de 2008. Con esto se implementó en el país un nuevo Sistema de Contratación Pública, que tiene por objetivo reglar y establecer procesos y procedimientos para la adquisición de bienes y servicios, así como para la ejecución de obras. De acuerdo con el diccionario de la gestión pública, la contratación pública:

se refiere a todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría. Se entenderá que cuando el contrato implique la fabricación, manufactura o producción de bienes muebles, el procedimiento será de adquisición de bienes. Se incluyen también dentro de la contratación de bienes a los de arrendamiento mercantil con opción de compra<sup>1</sup>.

Según Escrihuela, “el proceso de contratación nace de una necesidad parcial o totalmente insatisfecha, que da lugar a la acción de contratar a través de la cual se busca un acuerdo que provoca un pacto de las voluntades de los intervinientes”<sup>2</sup>. Por lo tanto, se puede determinar que la contratación pública es un procedimiento a través el cual se da lugar a una relación basada en la generación de derechos y obligaciones de quienes intervienen, originando diversas acciones jurídicas y administrativas en las cuales se busca un beneficio mutuo. En su práctica se establecen procedimientos determinados en la normativa jurídica para la adquisición de bienes y servicios y para la ejecución de obras.

#### **1. Antecedentes**

Dentro de la presente investigación es importante partir estableciendo los antecedentes históricos de la contratación pública en Ecuador. Los autores Antonio J. Pérez y Efraín Pérez, en su obra *Manual de Contratos del Estado*, señalan que una de las primeras obras publicadas en el país sobre contratación pública fue *La Contratación*

---

<sup>1</sup> Secretaría Nacional de la Administración Pública, “Contratación Pública”, *Diccionario de la administración pública*.

<<http://diccionario.administracionpublica.gob.ec/index.php?c=8&categoria=2&articulo=2438>>.

<sup>2</sup> Javier Escrihuela, *La contratación pública en el horizonte de la integración* (2009), 22.



*Administrativa* —que posteriormente fue renombrada como *La Contratación Pública*—; otra de las primeras obras publicadas fue *Digesto de la Contratación Pública*. Los orígenes de la contratación administrativa o contratación pública en el país se establecen a partir de la promulgación de la Ley de Hacienda en el siglo XIX, la cual estuvo vigente hasta mediados del siglo XX, cuando se promulgó la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas. Posteriormente, se proclamó la Ley de Contratación Pública. Es importante señalar que la normativa legal mencionada trataba exclusivamente sobre los contratos de adquisición de bienes, obras y servicios y, para los contratos de consultoría, existía otra normativa jurídica.

Como antecedente a la actual Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública<sup>3</sup> encontramos la Ley de Contratación Pública publicada a comienzos de los años noventa y codificada en el Registro Oficial 272 de 22 de febrero de 2001. Con la entrada en vigencia de la nueva ley de contratación pública, se implantó en Ecuador un nuevo y novedoso sistema para la contratación pública, en donde se establecieron procedimientos y procesos para la adquisición de bienes, obras y servicios.

La LOSNCP fue publicada en el Suplemento del Registro Oficial 395, del 4 de agosto de 2008, mediante Decreto Ejecutivo 1248. Por su parte, su reglamento general se publicó en el Suplemento del Registro Oficial 399, del 8 de agosto de 2008. Finalmente, mediante Decreto Ejecutivo 1700 publicado en el Suplemento del Registro Oficial 588 del 12 de mayo de 2009, se expidió el reglamento sustitutivo del reglamento general de la LOSNCP.

Con la promulgación de la nueva normativa, se establece en el país el Sistema Nacional de Contratación Pública, a través del cual se busca estructurar los diversos mecanismos de contratación pública para transparentar y regular todos los procedimientos que efectúe la administración pública en relación con las contrataciones. Con la entrada en vigencia de la LOSNCP, se incorporan importantes modificaciones al ordenamiento jurídico: se instauro la utilización de mecanismos informáticos y se incentiva la participación igualitaria de los oferentes. Además, se crea el INCOP, actual SERCOP, como el organismo regulador del Sistema Nacional de Contratación Pública y, adicionalmente, se busca establecer la planificación de las adquisiciones en las entidades

---

<sup>3</sup> De ahora en adelante, LOSNCP.

públicas con la finalidad de implementar la programación y administración de los recursos públicos para la realización de las adquisiciones de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras.

Otros aspectos importantes que se incorporaron con el nuevo Sistema Nacional de Contratación Pública son los que se detallan a continuación; cabe recalcar que estos serán desarrollados a profundidad a lo largo de la tesis.

- Incorporación del registro único de proveedores, RUP.
- Incorporación del plan anual de compras públicas, PAC
- Incorporación en la normativa legal de recursos de impugnación especiales de contratación pública, que lamentablemente no surten efectos jurídicos reales en la relación entre entidades contratantes y oferentes.

Con la expedición de esta nueva normativa legal, se buscaba fortalecer el proceso de contratación pública del Estado ecuatoriano: las leyes apuntaban a articular y armonizar todos los procedimientos de programación, presupuesto, control, administración y ejecución de las adquisiciones de bienes, servicios y de la ejecución de obras. En la obra *Interrogantes y Respuestas sobre la Nueva Ley de Contratación Pública*, López Jácome y Ribas Ordóñez manifiestan que:

El uso de procedimientos electrónicos para fortalecer las adquisiciones gubernamentales es uno de los ejes de la transformación contemporánea del Estado por su impacto en la eficiencia y eficacia del sector público, en la reorganización de las instituciones, en la productividad y competitividad de los negocios y en la confianza de los ciudadanos. Muchos países del mundo han desarrollado con mayor o menor éxito, procesos de gobierno electrónico, bajo variados modelos. Las adquisiciones del gobierno por mecanismos electrónicos se basan en el uso de tecnologías de información especialmente el Internet por parte de los gobiernos para conducir sus relaciones con los proveedores y contratistas en la adquisición de bienes, servicios y obras requeridos por el sector público.<sup>4</sup>

## **2. Sistema Nacional de Contratación Pública**

La LOSNCP define claramente al Sistema Nacional de Contratación Pública; en su artículo 7 determina que “es el conjunto de principios, normas, procedimientos, mecanismos y relaciones organizadas orientadas al planeamiento, programación, presupuestos, control, administración y ejecución de las contrataciones realizadas por las

---

<sup>4</sup> Nelson López, y Libia Ribas, *Interrogantes y Respuestas sobre la Nueva Ley de Contratación Pública* (Quito: Editora NINA Comunicaciones, 2009), 59.

entidades contratantes. Forman parte del SNCP las entidades sujetas al ámbito de esta ley”<sup>5</sup>.

Del artículo citado se puede establecer que el Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP) es una herramienta mediante la cual se establecen los lineamientos generales para la contratación pública. Dentro del SNCP, se crea una relación basada en la generación de derechos y obligaciones de quienes intervienen en los diferentes procesos de contratación pública, lo que genera diversas acciones jurídicas y administrativas a través de las cuales se espera obtener un beneficio mutuo entre la entidad contratante y el contratista. El SNCP se fundamenta en la LOSNCP y en su reglamento, donde se determinan las diferentes regulaciones jurídicas y se garantiza su correcta ejecución.

Es importante puntualizar que la LOSNCP determina imperativamente cuál es el ámbito de su aplicación; en el artículo 6 numeral 5, se establece que: “La contratación pública se refiere a todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría”.

Otro aspecto de gran importancia en el Sistema Nacional de Contratación Pública es el cumplimiento del debido proceso contractual; para ello, se debe cumplir con todo lo estipulado en la normativa jurídica y aplicar todos los principios establecidos en la LOSNCP. Por lo tanto, para que se puedan cumplir los objetivos estatales, es fundamental disponer de un marco jurídico que permita regular el proceso de contratación pública articulando todas las instancias, organismos e instituciones públicas. En el artículo 9 de la LOSNCP, se definen los objetivos planteados para el Sistema Nacional de Contratación Pública; entre ellos, los prioritarios son los siguientes<sup>6</sup>:

- “Garantizar la calidad del gasto público y su ejecución en concordancia con el plan nacional de desarrollo”. Este objetivo tiene estrecha relación con la planificación institucional para llevar a cabo los diferentes procesos de contratación en relación con las necesidades gubernamentales.

---

<sup>5</sup> Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 7.

<sup>6</sup> Todos los objetivos citados se toman de: Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 9.

- “Garantizar la ejecución plena de los contratos y la aplicación efectiva de las normas contractuales”. Dentro de la temática planteada, este objetivo es de suma importancia porque busca garantizar la debida ejecución contractual.
- “Garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública”. Para la aplicación de este principio es importante la correcta aplicación de los principios que rigen la contratación pública en el país.
- “Convertir la contratación pública en un elemento dinamizador de la producción nacional”. Es indispensable para el cumplimiento de este principio que exista una adecuada planificación y una correcta ejecución de los procesos de contratación pública, lo que contribuiría de manera irrefutable para la dinamización de la producción nacional.
- “Promover la participación de artesanos, profesionales, micro, pequeñas y medianas empresas con ofertas competitivas, en el marco de esta Ley”. A través del SERCOP y de la normativa que rige la contratación pública se incorporan mecanismos encaminados a la consecución de este objetivo.
- “Agilizar, simplificar y adecuar los procesos de adquisición a las distintas necesidades de las políticas públicas y a su ejecución oportuna”. Para su cumplimiento se debe aplicar e implementar correctamente el Sistema Nacional de Contratación Pública.
- “Impulsar la participación social a través de procesos de veeduría ciudadana que se desarrollen a nivel nacional, de conformidad con el reglamento”. Lamentablemente, desde la entrada en vigencia de la LOSNCP, no se ha impulsado por parte del SERCOP el cumplimiento de este objetivo.
- “Mantener una sujeción efectiva y permanente de la contratación pública con los sistemas de planificación y presupuestos del Gobierno central y de los organismos seccionales”. Este objetivo se convierte en una herramienta útil para realizar un adecuado control de los procesos de contratación pública a través del presupuesto del gobierno central.
- “Modernizar los procesos de contratación pública para que sean una herramienta de eficiencia en la gestión económica de los recursos del Estado”. El actual Sistema de Contratación Pública se ha convertido en un mecanismo informativo

que coadyuva eficientemente al desarrollo de los procesos de contratación. “Garantizar la permanencia y efectividad de los sistemas de control de gestión y transparencia del gasto público”. El portal de compras públicas es de vital importancia para el cumplimiento de este objetivo, ya que, a través de esta herramienta informática, se puede realizar un monitoreo de los procedimientos de contratación pública llevados a cabo por la entidad contratante.

- “Incentivar y garantizar la participación de proveedores confiables y competitivos en el SNCP.” El establecimiento del RUP permite al SERCOP llevar a cabo mecanismo de control de los oferentes previo a su calificación como proveedores estatales y en forma posterior a su calificación e incorporación en el SNCP.

Por medio del análisis de los objetivos expuestos, es posible identificar que el SNCP responde a la necesidad de disponer de mecanismos ágiles, eficientes y adecuados que permitan a los diferentes organismos públicos disponer de procedimientos normativos, técnicos y tecnológicos necesarios para llevar a cabo la contratación y adquisición de bienes, obras y servicios. En relación con esto, Enrique Rojas manifiesta en su obra de *Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo* que:

La naturaleza de la contratación administrativa responde a la concepción de ser un acto de colaboración voluntaria con la Administración, mismo que está destinado a satisfacer fines públicos seleccionando la oferta que más convenga en el cumplimiento de tales intereses, así como de los fines cometidos de la Administración.

En ese orden de ideas, en términos generales bien podemos decir que por contratación administrativa se designa la contratación que realiza la Administración a través de las diversas instancias públicas, la cual requiere una especial consideración y tratamiento por el ordenamiento jurídico en virtud de que en ella está comprometida la hacienda pública (fondos públicos) y el interés público de los bienes y servicios que se desean adquirir.<sup>7</sup>

La LOSNCP se sustenta en principios elementales y necesarios para garantizar su adecuada aplicación; en su artículo 4 se determina que: “Para la aplicación de esta Ley y de los contratos que de ella deriven, se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional”. Como podemos apreciar, la contratación pública

---

<sup>7</sup> Enrique Rojas: “Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo”, Editores EDILEX S.A., Costa Rica, 2007; página 260

tiene como una de sus características principales el fundamentarse en principios jurídicos para establecer y garantizar derechos y obligaciones tanto para las entidades contratantes como para los particulares.

Antes de analizar los principios que rigen la LOSNCP, es importante citar al tratadista Antonio Pérez, quien menciona que:

La vigencia y aplicación de los principios determinados en una ley son relativas, puesto que como se conoce, en Derecho Público no pueden hacerse inferencias a base de principios. En efecto, el principio podría servir para interpretar la norma que no es suficientemente clara [...], pero no para sustituirla o, peor, contradecirla. Por supuesto que algunos de estos principios resultan autoejecutables.

Al lado de los principios autoejecutables existen otros más genéricos y sujetos a interpretación como son: trato justo, calidad, vigencia tecnológica y oportunidad. Existen ciertos principios generales para los procedimientos de la contratación, los cuales deben ser tomados en cuenta a fin de contar para la contratación idónea y justa.<sup>8</sup>

Con respecto a los principios jurídicos que se establecen en contratación pública, Alejandro Álvarez señala que:

están sujetos al sistema o mecanismo que se utilice para la aplicación de los procedimientos precontractuales y contractuales, razón por la cual en el desarrollo histórico de la contratación administrativa o contratación pública los principios de la contratación pública que se han mantenido vigentes son los siguientes: transparencia, libre competencia, y trato justo e igualitario; en el entendido que se están empleando recursos públicos con el objetivo de satisfacer finalidades públicas.<sup>9</sup>

### **3. Principios que rigen la contratación pública**

Como se ha establecido anteriormente, el Sistema Nacional de Contratación Pública se caracteriza por conformarse por una serie de principios jurídicos que permiten que tanto las entidades contratantes como los particulares se encuentren en un mismo ámbito jurídico en donde sus derechos y obligaciones deben ser respetados y correctamente ejecutados. Por esta razón, dentro de la presente investigación, se enunciarán los principales principios que rigen la contratación pública, entre los cuales encontramos los siguientes:

---

<sup>8</sup> Antonio Pérez y Efraín Pérez, *Manual de Contratos del Estado* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008), 25, citado por Héctor Miranda, “La Discrecionalidad de la Administración en el Procedimiento Dinámico de Subasta Inversa en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador).

<sup>9</sup> Alejandro Álvarez, *Comentarios a la nueva Ley y Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado* (Lima: Marketing Consultores, 2006), 48.

### 3.1. Principio de legalidad

Dentro del derecho público y en general en el derecho, el principio de legalidad es fundamental, pues todo ejercicio legal o actividad administrativa debe estar contemplado en la normativa legal correspondiente en su competencia y jurisdicción. Por lo tanto, se puede decir que el principio de legalidad brinda seguridad jurídica a las partes contratantes, porque a través de la aplicación de este principio se determina que las entidades contratantes y el contratista cumplan con la normativa legal que regula la contratación pública en Ecuador.

Fernández Bulté define a la legalidad como “una forma de existencia de la sociedad políticamente organizada, como un método de dirección estatal, en realidad el único posible, mediante el cual se abandonan la arbitrariedad, el voluntarismo y el autoritarismo, y la sociedad es conducida por la ley que representa los grandes intereses y proyectos de la mayoría”<sup>10</sup>. Por su parte, en su obra *Manual de Contratos del Estado*, Antonio Pérez manifiesta:

Principio de legalidad, según el cual el órgano público solamente puede actuar conforme a la norma positiva. La contratación pública por su esencia es estricta y rigurosa desde su inicio, en que deben seguirse los procedimientos preestablecidos en la Ley, reglamentos y documentos precontractuales, tanto para la entidad pública contratante como para el contratante, en todas sus etapas (adquirentes de los documentos precontractuales, oferentes, adjudicatarios, subcontratistas); se encuentra recogido en el artículo 4 de la Ley.<sup>11</sup>

El principio de legalidad es un elemento básico del derecho en general, pero también en la contratación pública, particularmente. Al respecto, en la obra *Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo*, Rojas señala que a partir de este principio “los procedimientos de selección deben estar definidos a priori en forma precisa, cierta y concreta, de modo que la administración no pueda obviar las reglas predefinidas en la norma jurídica que determina el marco de acción”.<sup>12</sup> El mismo autor profundiza en la definición de este concepto, al decir que:

---

<sup>10</sup> Julio Fernández Bulté, *Teoría del Estado y del Derecho. Teoría del Derecho* (La Habana: Editorial Félix Varela, 2002), 56, citado por Héctor Miranda, “La Discrecionalidad de la Administración en el Procedimiento Dinámico de Subasta Inversa en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador).

<sup>11</sup> A. Pérez y E. Pérez, *Manual de Contratos del Estado*, 25-26.

<sup>12</sup> Enrique Rojas, *Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo* (Costa Rica: EDILEX S.A., 2007), 260.

busca asegurar a los administrados la más amplia certeza de la libre concurrencia en condiciones de absoluta igualdad en los procedimientos de la contratación administrativa, y que consiste en que la invitación al concurso licitatorio se haga en forma general, abierta y lo más amplia posible a todos los oferentes posibles, dándosele al cartel la más amplia divulgación, así como el más amplio acceso al expediente, informes, resoluciones y en general a todo el proceso de que se trate.<sup>13</sup>

Para resumir, este principio, de acuerdo con lo manifestado por Fernández, se refiere a “que toda estipulación, orden, facultad o prerrogativa a la que se debe sujetar la administración o su contraparte, deben estar comprendidas dentro de la legislación vigente, lo que significa que ninguna cláusula convenida por las partes es válida si se aparta de lo lícito y de lo jurídico”<sup>14</sup>. En otras palabras, todo procedimiento administrativo llevado a cabo dentro de los diversos procesos de contratación pública tiene que estar previamente regulado y establecido en la normativa legal de la contratación pública en Ecuador.

### **3.2. Principio de publicidad**

La LOSNCP determina en el artículo 17 que toda la información relevante de los diferentes procesos de contratación debe ser publicada en el portal de compras públicas. Esto está encaminado a garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en los diferentes procesos de contratación pública. En relación con ese principio, López y Ribas señalan lo siguiente:

Publicidad.- De acuerdo con la ley, las entidades previstas en el Art. 1 tienen la obligación de publicar en el portal [www.compraspublicas.gov.ec](http://www.compraspublicas.gov.ec), entre otros, el procedimiento precontractual y contractual. El artículo 13 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública señala la información que las entidades están obligadas a publicar. La consecuencia de la publicidad, es que el mayor número de proveedores interesados al tener conocimiento del requerimiento de una entidad contratante pueden participar y así el Estado puede tener mayor número de ofertas. De igual forma, al ser público el procedimiento precontractual, todos los ciudadanos pueden tener conocimiento de las actuaciones de la Administración Pública.<sup>15</sup>

El principio de publicidad en contratación pública es de gran importancia, ya que permite que exista igualdad de condiciones entre los posibles participantes de un proceso

---

<sup>13</sup> *Ibíd.*

<sup>14</sup> Diego Orlando Fernández Suescum, *Manual de Derecho Público* (Quito: Aspiazú, 2000), 12.

<sup>15</sup> López, y Ribas, *Interrogantes y Respuestas*, 73.



de contratación. Por medio de este principio se busca que los diferentes procedimientos de contratación pública sean transparentes, pues se permite el acceso de toda la información y documentación precontractual, contractual y de ejecución de todos los procesos de contratación llevados a través del portal de compras públicas.

### **3.3. Principio de igualdad**

El principio de igualdad se constituye en un principio básico dentro de la contratación pública, pues, a través de él, se busca establecer la igualdad de condiciones para los oferentes en la etapa precontractual, contractual y de ejecución del contrato. Como consecuencia, la aplicación de este principio en contratación pública garantiza a los oferentes la libre participación y la igualdad de condiciones entre todos los oferentes participantes en el proceso de contratación. Con respecto al principio de igualdad, Rojas determina que este tiene dos objetivos, que son:

ser garantía para los administrados en la protección de sus intereses y derechos como contratistas, oferentes y como particulares, que se traduce en la prohibición para el Estado de imponer condiciones restrictivas para el acceso del concurso, sea mediante la promulgación de disposiciones legales o reglamentarias con ese objeto, como en su actuación concreta; y la de constituir garantía para la administración, en tanto acrece la posibilidad de una mejor selección del contratista.<sup>16</sup>

Es importante que para la aplicación de este principio las entidades contratantes establezcan condiciones generales en los pliegos del proceso. Esto permitirá la participación de los oferentes en condiciones de igualdad. En la obra *Derecho Administrativo*, Efraín Pérez señala que los oferentes deben participar en “igual condición entre ellos, ante la entidad pública contratante (máxima autoridad, comisión técnica), y ante la Ley, para ser adjudicados, tomando en cuenta la conveniencia de las ofertas y no de los oferentes”<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Rojas, *Derecho Administrativo*, 260.

<sup>17</sup> Efraín Pérez, *Derecho Administrativo* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2006), 758, cita por Héctor Miranda, “La Discrecionalidad de la Administración en el Procedimiento Dinámico de Subasta Inversa en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador).

### **3.4. Principio de transparencia**

La implementación del Sistema Nacional de Contratación Pública busca como uno de sus objetivos fundamentales establecer la transparencia en los procesos de adquisición de bienes, servicios y en la ejecución de obras. En efecto, con la implementación del portal de compras públicas se espera transparentar las adquisiciones estatales. En relación con este principio, Pérez Useche, en su obra *Gobierno Digital, Tendencias y Desafíos*, manifiesta que: “El principio de transparencia es fundamental para legitimar una política pública de gobierno digital, porque en la medida que más información, servicios u transacciones públicas se llevan a Internet y no se restrinja el acceso a los mismos, más transparente será la acción de la administración y se reducirán los actos de corrupción”<sup>18</sup>.

### **3.5. Principio de libre participación**

El principio de libre participación busca establecer en el Sistema Nacional de Contratación Pública la opción de que cualquier posible oferente participe en los diversos procesos de contratación pública. De igual forma, este principio tiene como objetivo instituir que en los diferentes procesos de contratación pública participen el mayor número de oferentes, con la instauración de un trato. Para dinamizar la libre participación de los oferentes, el portal de compras públicas tiene habilitado el clasificador central de productos, a través del cual las entidades contratantes tienen la opción de realizar las diferentes adquisiciones en función del código de producto.

Con respecto al principio de libre participación o libre concurrencia, Juan Carlos Cassagne menciona que este persigue “

la obtención de un menor precio (principio de eficiencia) o un procedimiento que asegure la realización de la obra en el tiempo que demanda la necesidad pública (principio de eficiencia), lo que no impide la observancia armónica de los principios de informalismo e igualdad, salvo la configuración de las circunstancias que justifican la libre elección del contratista<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Marco Pérez, *Gobierno Digital Tendencias y Desafíos* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003), 80.

<sup>19</sup> Juan Carlos Cassagne, *El contrato administrativo* (Buenos Aires: Lexis Nexis/Abeledo-Perrot, 2005), 73.

Sin embargo, es importante mencionar, como señala Rengel, que este principio de libertad de participación solo es viable para las personas que cumplan con los requisitos que se han establecido en la ley.<sup>20</sup>

En conclusión, todos los principios que se han mencionado hasta este momento influyen en el buen funcionamiento de las contrataciones públicas, pues constituyen los cimientos sobre los que se deberían basar. Con relación a este mismo tema, Dromi señala que: “La libre competencia, la igualdad entre los oferentes, la publicidad y la transparencia son los principios jurídicos o propios que hacen la esencia y existencia de la licitación. A estos principios se les suman los de equidad y eficiencia que establece la Convención Interamericana contra la Corrupción (ley 24.759)”<sup>21</sup>.

El correcto uso del SNCP y la correcta aplicación de los principios en las diferentes etapas de la contratación pública permitirán evidenciar la importancia de llevar un adecuado procedimiento precontractual y la consecuente elaboración del contrato administrativo en función de las necesidades jurídicas para cada tipo de contratación.

De lo expuesto hasta este momento, se puede establecer que el Sistema Nacional de Contratación Pública tiene una estrecha relación con el derecho administrativo, porque el derecho administrativo define los lineamientos generales y específicos en la contratación pública y, de esta forma, el SNCP cumple su objetivo de establecer un sistema correctamente reglado para el accionar de la función pública. Al respecto, Jaramillo Hernán menciona: “El derecho administrativo es el conjunto de normas integrado por principios, valores y reglas jurídicas, que regula la planeación, la organización, la dirección, el control y la evaluación de los servicios públicos que presta la función administrativa del Estado como la jurisdicción contenciosa administrativa (justicia administrativa)”<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Iván, Rengel, *Manual de Contratación Pública Municipal*, Tomo I, Quito, Edición TRAMA, 1995; página 33.

<sup>21</sup> Roberto Dromi, *Tratado de Derecho Administrativo* (Buenos Aires: Ciudad Argentina Ediciones, 2009), 29.

<sup>22</sup> Hernán Jaramillo, *Derecho Administrativo* (Loja: UTPL, 2013), 24.

#### 4. El debido proceso en la contratación pública

El debido proceso en contratación pública es de gran importancia, ya que todos los procesos de contratación deben cumplir con la concurrencia de elementos procesales, principios, presupuestos jurídicos y garantías jurídicas que aseguren la correcta aplicación de la normativa legal y de sus procedimientos. En palabras de Falconí: “Es aquel que se inicia, se desarrolla y concluye respetando y haciendo efectivos los presupuestos, los principios y las normas constitucionales legales e internacionales aprobadas previamente, con la finalidad de alcanzar una justa administración”<sup>23</sup>.

Con base en lo manifestado por este autor, se puede determinar que el debido proceso tiene como objetivo defender y preservar el cumplimiento de la normativa legal como una garantía de convivencia social. Por consiguiente, de manera general, la aplicación del debido proceso en contratación pública se basa en la adecuada ejecución de la normativa legal y de los procedimientos establecidos en la ley para la adquisición de bienes, servicios y para la ejecución de obras. Vinculado a este tema, Orlando Echeverri manifiesta: “En general el debido proceso se entiende que, de acuerdo con las formas de la ley, es apropiado al caso y justo con respecto a las partes que han de verse afectadas”<sup>24</sup>.

Como es de conocimiento general, la Constitución es la norma jurídica jerárquicamente superior<sup>25</sup>; por esta razón, todas las actuaciones jurídicas tienen que estar sometidas al ordenamiento constitucional y a la ley. Los diferentes procesos de contratación y, en general, la contratación pública están condicionados al cumplimiento de los principios y garantías constitucionales y a la aplicación de los principios de la administración pública. En el artículo 227 de la Carta Magna se determina 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”.

---

<sup>23</sup> José María Falconí, *Manual de practica procesal, constitucional y penal* (Quito: Rodin, 2002), 9.

<sup>24</sup> Orlando Echeverri Salazar, *Debido proceso y pruebas lícitas* (Colombia: Doctrina y Ley, s.f.), 4-9.

<sup>25</sup> En palabras de Alvares Conde: “al ser la Constitución la norma suprema del Estado ecuatoriano, no admite en principio ninguna otra norma positiva que le sea superior”. Enrique Alvares Conde, *Curso de derecho Constitucional*, Vol. 1 (Madrid: Tecnos, 1992), 139.

La aplicación del debido proceso es de cumplimiento general y no admite excepciones ni siquiera para las contrataciones realizadas a través de procedimientos de emergencia. Todas las actuaciones y procedimientos administrativos deben cumplir procesos y normas previamente establecidas y que norman la administración pública y a la contratación pública.

Como se ha podido observar, el cumplimiento del debido proceso es de gran importancia a nivel general; este debe ser efectivo en los diferentes procedimientos de contratación pública y en los diversos actos administrativos —precontractual, contractual y de ejecución contractual— que se llevan a cabo dentro de la contratación administrativa, para cumplir con lo determinado la Constitución:

Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados<sup>26</sup>.

Es importante establecer que el debido proceso contractual consiste en la aplicación del conjunto de requisitos, principios y procedimientos que deben observarse en las diferentes instancias procesales (precontractual, contractual y de ejecución contractual), para que los participantes de los distintos procesos de contratación pública conozcan en forma clara y específica cuál es el mecanismo de contratación a emplearse y cuáles son las especificaciones técnicas requeridas por la entidad contratante. Además de esto, otro aspecto de gran importancia en el debido proceso contractual es la correcta aplicación y motivación del contrato administrativo que rige la contratación pública. Dentro del contrato es imperativo el establecimiento de cláusulas claras y específicas que determinen el contenido contractual, en función de las cláusulas correspondientes a cada proceso de contratación pública.

Con la correcta aplicación del debido proceso en contratación pública, se garantiza para las partes contratantes la puesta en práctica de los fines y principios que determina y establece el Sistema Nacional de Contratación Pública. A través de esto se garantiza la consecución de la contratación administrativa y el cumplimiento de los

---

<sup>26</sup> *Constitución de la República del Ecuador* [2008], art. 76, lit. 1) ([Quito]: Asamblea Nacional).

principios, procedimientos y normas jurídicas y reglamentarias que rigen la contratación pública en el país.

De manera general, podemos manifestar que la aplicación del debido proceso en la etapa precontractual consiste en la instauración del procedimiento de contratación pública idóneo de acuerdo con lo definido en la norma legal y el establecimiento de información clara, objetiva y transparente respecto de las especificaciones técnicas, presupuesto, tiempo de vigencia del contrato y de toda la reglamentación establecida en los pliegos precontractuales.

Dentro de la etapa contractual y de ejecución contractual, se puede establecer que las partes contratantes tienen el derecho a que el contrato se encuentre debidamente estructurado estableciendo las obligaciones contractuales en forma clara y específica. Adicionalmente, otro aspecto relevante es que todas las actuaciones administrativas que se lleven a cabo dentro de la relación contractual sean debidamente fundamentadas y motivadas; por ejemplo: cualquier notificación dentro del desarrollo contractual debe realizarse oportunamente y de conformidad con la ley.

A partir de lo expuesto, se puede concluir que el debido proceso contractual que se debe realizar en las diferentes contrataciones estatales consiste en llevar a cabo los procedimientos administrativos determinados en el SNCP en forma planificada y programada con la finalidad de lograr la satisfacción de la necesidad contractual.

## **5. El control en la contratación pública**

Con la entrada en vigencia de la LOSNCP, se instituyeron en el país nuevos procedimientos para la adquisición de bienes, servicios y para la ejecución de obras. Además, junto con la norma legal, se crearon, en la administración pública, nuevos objetivos y desafíos para las entidades contratantes.

A lo largo de la historia ecuatoriana, se han conocido varios actos de corrupción en los procesos de contratación pública. Estos tuvieron su origen en varias causas, entre ellas: la insuficiente normativa legal que los regulaba y la falta de planificación y control en los procesos de contratación pública. Estos actos de corrupción ocasionaron grandes perjuicios para el Estado ecuatoriano; por lo que, con estos antecedentes, surge la

imperiosa necesidad de elaborar una nueva normativa jurídica que articule y estructure los procedimientos de la administración pública frente a la contratación pública.

El control dentro de la contratación pública tiene una fundamental trascendencia, ya que a través de los procesos de control se logra la estructuración y el uso de un adecuado mecanismo de control en los procesos de contratación pública. Esto conllevará a la implementación de una oportuna planificación ligada al presupuesto de cada entidad contratante. Con un control apropiado, se puede llevar a cabo el seguimiento de todos los procedimientos de contratación pública y la verificación del correcto uso de los diferentes procedimientos utilizados para la contratación administrativa. En relación con la necesidad del control, Lucía Alarcón manifiesta:

El control es un sistema de derecho público, que consiste en observar, inspeccionar y verificar si los recursos humanos, materiales, financieros y tecnológicos se los ha utilizado correctamente en la ejecución de un plan de manera que pueda compararse continuamente los resultados obtenidos con los programados y tomar medidas conducentes para asegurar la realización de sus objetivos.<sup>27</sup>

La normativa legal que regula la contratación pública en el país entró en vigencia en el año 2008 y tiene como objetivo principal transformar la contratación pública a través de la incorporación de procedimientos transparentes, eficientes y tecnológicamente actualizados. De esta manera, tiene el fin de establecer un adecuado control del uso de los recursos públicos que se emplean en la ejecución de obras, prestación de servicios y adquisición de bienes; así se espera lograr que los recursos estatales destinados a la contratación pública se conviertan en un elemento dinamizador de la economía nacional.

Otro aspecto importante que incorpora la LOSNCP es la implementación del portal de compras públicas, para transparentar la información de los procesos de contratación pública. En el artículo 6 numeral 25 de este cuerpo legal se determina que el portal de compras públicas [www.compraspublicas.gob.ec](http://www.compraspublicas.gob.ec) es el sistema informático oficial de contratación pública del Estado ecuatoriano.

Es importante establecer que este sistema informático se encuentra bajo el control, supervisión y monitoreo del SERCOP, que es el ente rector en contratación pública en Ecuador. De acuerdo con lo establecido en el artículo 10 de la normativa legal ya mencionada, este órgano es quien ejerce la rectoría del Sistema Nacional de

---

<sup>27</sup> Lucía Alarcón, *Derecho Administrativo* (Valladolid: Lex Nova, 2010), 24.

Contratación Pública. Dentro de sus principales atribuciones, encontramos las siguientes:

- Promover y ejecutar la política de contratación pública.
- Establecer los lineamientos generales en contratación pública.
- Desarrollar y administrar el Sistema Oficial de Contratación Pública de Ecuador y establecer políticas de uso de la información y herramientas electrónicas del sistema.
- Establecer y administrar catálogos de bienes y servicios normalizados.
- Expedir modelos obligatorios de documentos precontractuales y contractuales aplicables a las diferentes modalidades y procedimientos de contratación pública.
- Dictar normas administrativas, manuales e instructivos relacionados con esta Ley.

La Constitución de la República del Ecuador determina que la Contraloría General del Estado es el organismo técnico al cual le corresponde efectuar procedimientos de control. En relación con esto, es importante establecer que la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, su reglamento general y el Reglamento de Determinación de Responsabilidades determinan como una facultad de la Contraloría General del Estado la realización de auditorías de gestión jurídica y financiera y la verificación del cumplimiento de resultados y de los indicadores de gestión. A partir de esto, se puede establecer que la Contraloría General del Estado es el organismo encargado de determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas al ámbito de su control.

Por lo tanto, la principal competencia de la Contraloría es la realización del seguimiento y control de los diferentes procesos de contratación para la adquisición y ejecución de bienes, obras y servicios en sus diferentes etapas precontractuales, contractuales y de ejecución. Adicionalmente, otra de sus potestades es la realización del control de los ingresos, gastos e inversiones, utilización de recursos de la administración y custodia de bienes que tengan carácter público.

De acuerdo con los artículos 211 y 212 de la Constitución, la Contraloría General del Estado tiene la facultad de efectuar actividades de control a los procesos de



contratación de las entidades públicas. Este control comprende la verificación del cumplimiento de la normativa legal correspondiente, así como verificar el cumplimiento del procedimiento de los diferentes procesos de contratación pública y del uso de recursos públicos. Textualmente, lo que se determina en la Constitución es que: “La Contraloría General del Estado es un organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos”<sup>28</sup>.

Esta institución es el órgano superior de control del sector público y, de acuerdo con la normativa legal, es obligatorio el establecimiento de mecanismos y procedimientos de control a través de la unidad de auditoría interna. Dentro de las funciones de la Contraloría General del Estado, encontramos las establecidas en el artículo 212 de la Constitución:

1. Dirigir el sistema de control administrativo que se compone de auditoría interna, auditoría externa y del control interno de las entidades del sector público y de las entidades privadas que dispongan de recursos públicos.
2. Determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas a su control, sin perjuicio de las funciones que en esta materia sean propias de la Fiscalía General del Estado.
3. Expedir la normativa para el cumplimiento de sus funciones.
4. Asesorar a los órganos y entidades del Estado cuando se le solicite<sup>29</sup>.

Es importante establecer que, de acuerdo con la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, el control comprende:

- El control previo, a través del cual se realiza el análisis previo de las actividades institucionales. Dentro de esta etapa, el control comprende la verificación de legalidad y del cumplimiento de los objetivos y de la planificación institucional.
- El control continuo a través del cual “los servidores públicos en forma continua inspeccionan y constatan la oportunidad, calidad y cantidad de obras, bienes y servicios que se reciben o prestan, los términos contractuales y las autorizaciones

---

<sup>28</sup> *Constitución de la República del Ecuador* [2008], cap. quinto, “Función de Transparencia y Control Social”, art. 211 ([Quito]: Asamblea Nacional).

<sup>29</sup> *Constitución de la República del Ecuador* [2008], cap. quinto, “Función de Transparencia y Control Social”, art. 212 ([Quito]: Asamblea Nacional).

respectivas<sup>30</sup>”.

- El control posterior, que es realizado por la Unidad de Auditoría Interna de la institución y consiste en el análisis de las diferentes actividades institucionales, con posterioridad a su ejecución.
- El último control que se lleva cabo por parte de la Contraloría General del Estado es el determinado en el artículo 18 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, el cual se realiza a través de la ejecución de una auditoría gubernamental y del examen especial.

Con el establecimiento del Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP) y la promulgación de la LOSNCP —y su reglamento general—, se buscó establecer en el país procedimientos y mecanismos generales para todas las entidades públicas e implementar una normativa jurídica con una visión integral de la contratación pública. Para ello, se estableció como una imperiosa necesidad la instauración de procesos de control oportunos que eviten las controversias en la contratación pública. La LOSNCP determina que el control, monitoreo y evaluación del Sistema Nacional de Contratación Pública se realizará de acuerdo con lo determinado en los artículos 14 y 15.

El artículo 14 establece el alcance del Sistema Nacional de Contratación Pública y determina que el sistema será “intensivo, interrelacionado y completamente articulado entre los diferentes entes con competencia para ello. Incluirá la fase precontractual, la de ejecución del contrato y la de evaluación del mismo”. Otro aspecto importante que se establece es que el Instituto Nacional de Contratación Pública tendrá a su cargo el cumplimiento de las atribuciones previstas en la ley y la verificación de:

1. El uso obligatorio de las herramientas del sistema, para rendir cuentas, informar, promocionar, publicitar y realizar todo el ciclo transaccional de la contratación pública.
2. El uso obligatorio de los modelos precontractuales, contractuales oficializados por el Instituto Nacional de Contratación Pública.
3. El cumplimiento de las políticas emitidas por el Directorio del SERCOP y los planes y presupuestos institucionales en materia de contratación pública.
4. La contratación con proveedores inscritos en el RUP, salvo las excepciones puntualizadas en la ley.

---

<sup>30</sup> *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado* [2007], cap. dos, “Del sistema de control interno”, art. 12

5. Que los proveedores seleccionados no presenten inhabilidad o incapacidad alguna hasta el momento de la contratación
6. Que la información que conste en las herramientas del sistema se encuentre actualizada.<sup>31</sup>

Para ejercer el control del sistema, el Instituto Nacional de Contratación Pública podrá solicitar a entidades públicas o privadas la información que crea conveniente. Estas instituciones deberán proporcionarla en forma obligatoria y gratuita en un término máximo de 10 días después de la solicitud.

En relación con las atribuciones de los organismos de control, el artículo 15 de la LOSNCP determina que les corresponde a los organismos de control del Estado, dentro de sus atribuciones hacer controles después de la realización de contratos de entidades públicas; además, “es obligación del Instituto Nacional de Contratación Pública informar a la Contraloría General del Estado y a la Procuraduría General del Estado cada vez que conozca el cometimiento de infracciones a lo dispuesto en esta Ley”<sup>32</sup>. En concordancia con el artículo 14 de la LOSNCP, se encuentra el artículo 6 del reglamento que determina cuáles son las atribuciones del SERCOP.

Como hemos establecido, existen en la ley varios procedimientos y procesos de control que se encuentran determinados y desarrollados en la Constitución y en la correspondiente normativa legal. Además, los organismos de control son varios y de muy distinta naturaleza. A partir de esto, se puede establecer que el control en contratación pública comprende el control jurídico y el control y verificación de los distintos procedimientos llevados a cabo por las entidades contratantes. Con relación al control, Dromi manifiesta que:

El control es un examen u observación cuidadosa orientada a hacer una comprobación de lo actuado y su relación con las normativas vigentes. Siendo un proceso necesario para identificar de manera oportuna divergencias que puedan incurrir en ilegalidades o situaciones que afecten el normal desempeño de las responsabilidades y obligaciones de los participantes.<sup>33</sup>

El Sistema Nacional de Contratación Pública tiene dentro de sus atribuciones realizar el control de los procedimientos precontractuales, contractuales y de ejecución contractual llevados a cabo a través del portal de compras públicas del SERCOP. Este

---

<sup>31</sup> Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 15.

<sup>32</sup> Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 15.

<sup>33</sup> Dromi, *Derecho Administrativo*, 57.

organismo lleva a cabo esta acción por medio del registro único de proveedores; que está definido en la LOSNCP como: “la Base de Datos de los proveedores de obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría, habilitados para participar en los procedimientos establecidos en esta Ley. Su administración está a cargo del Instituto Nacional de Contratación Pública y se lo requiere para poder contratar con las entidades contratantes”<sup>34</sup>.

A partir de la normativa expuesta se puede establecer con claridad que el Sistema Nacional de Contratación Pública determina que todos los proveedores que quieran contratar con el Estado tienen que registrarse en el SERCOP; con este requisito, se busca incorporar un registro de oferentes del Estado a través del que pueda llevar a cabo actividades de control. La importancia del registro también se manifiesta en los artículos 97 y 98 de la LOSNCP, donde se determina que se debe llevar a cabo el registro de los contratos y el registro de los oferentes incumplidos. Este registro público electrónico se realizará a través del Instituto Nacional de Contratación Pública, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 97:

Las entidades registrarán la información requerida por el Instituto Nacional de Contratación Pública dentro del Portal COMPRAS PÚBLICAS.

El Instituto Nacional de Contratación Pública implementará los mecanismos tecnológicos para asegurar la recuperación íntegra de la información, independientemente de la plataforma o sistema empleado para crearlo, transmitirlo o almacenarlo.

Con respecto al registro de contratistas incumplidos, el artículo 98 de la LOSNCP determina:

Las entidades remitirán obligatoriamente al Instituto Nacional de Contratación Pública la nómina de todos aquellos contratistas o proveedores que hubieren incumplido sus obligaciones contractuales o se hubieren negado a suscribir contratos adjudicados, acompañando los documentos probatorios correspondientes, a fin de que sean suspendidos en el RUP por cinco y tres años, respectivamente. En consecuencia, la actualización del registro será responsabilidad del Instituto Nacional de Contratación Pública.

Para este fin, el Instituto Nacional de Contratación Pública y las instituciones del Sistema Nacional de Contratación Pública procurarán la interconexión e interoperabilidad de sus sistemas de información y bases de datos.

---

<sup>34</sup> Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 6, num. 29.

Por lo que se ha mencionado, se puede establecer que el SERCOP debe llevar a cabo los registros correspondientes de contratos y de oferentes incumplidos. La finalidad de este registro es instaurar la regulación y control administrativo del cumplimiento e incumplimiento de las diversas contrataciones estatales, para aplicar la sanción correspondiente en cada caso. Adicionalmente, el artículo 147 del reglamento de la LOSNCP establece lo siguiente:

La entidad contratante ingresará al portal [www.compraspublicas.gob.ec](http://www.compraspublicas.gob.ec) la información relacionada con los contratos suscritos y los efectos derivados de los mismos, como sanciones, terminaciones anticipadas, unilaterales, cobro de garantías, dentro de un término máximo de cinco días luego de producido el hecho<sup>35</sup>.

Como se puede apreciar, el artículo guarda una estrecha relación con lo establecido en la normativa antes citada, pues está orientado hacia el registro de los oferentes para llevar a cabo un control del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la relación contractual.

Los registros establecidos en la normativa citada tienen como función determinar mecanismos de información para el correcto funcionamiento del Sistema Nacional de Compras Públicas. Este control administrativo llevado a cabo por el SERCOP y por las entidades contratantes tiene como objetivo definir procedimientos de alerta sobre los contratistas incumplidos. Sin embargo, es importante puntualizar que en la práctica estos registros no se cumplen o no se llevan adecuadamente, lo cual da lugar al incumplimiento contractual, por razones generalmente imputables al oferente adjudicado.

De acuerdo con el autor Jaime Sánchez, el control en la etapa precontractual debe incluir los siguientes elementos:

- Capacidad técnica y económica del oferente en relación con los servicios requeridos.
- Experiencia del personal con que cuenta el oferente para la elaboración del producto o prestación del servicio requerido.
- Equipo del que se vaya a disponer para la ejecución de las obras que se licitan.
- Número de contratos y volumen de las obras que esté realizando el oferente, o que se haya comprometido a realizar en el mismo período en que se ejecutan los trabajos licitados.

---

<sup>35</sup> Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 147.

- Antecedentes con respecto al cumplimiento de obligaciones que hubieren contraídos con otros contratos del sector público.<sup>36</sup>

A partir de lo expuesto, se puede concluir que es necesario llevar a cabo un adecuado control dentro de la etapa preparatoria, porque allí se determina el objeto, plazo, presupuesto y las condiciones generales de los diversos procesos de contratación. Además, es importante que dentro de esta etapa se cumpla con la normativa jurídica y con los procedimientos establecidos en la LOSNCP. Esto se debe a que precisamente en esta fase del proceso de contratación es en donde se incurren en las principales inconsistencias técnicas y jurídicas de los procesos de contratación.

En su obra *Tratado de Derecho de Contratación Pública*, William López indica que la etapa preparatoria es: “la fase interna del proceso de contratación, en la cual el órgano de contratación va configurando su voluntad para contratar”<sup>37</sup>. Como se manifestó en los párrafos anteriores, en la etapa precontractual se realizan las especificaciones técnicas de los procesos de contratación; por lo que es muy importante llevar a cabo un adecuado proceso de control de esta fase para garantizar la normal ejecución del contrato.

El control en la etapa preparatoria tiene por objetivo revisar el cumplimiento de los estudios técnicos realizados y su relación con el pliego de condiciones establecido y la verificación del cumplimiento de la normativa legal. Con respecto a esto, Dromi manifiesta que:

es fundamental dentro de la fase preparatoria evaluar la utilización adecuada de los documentos precontractuales dados por la convocatoria, el modelo de carta de presentación y compromiso, el modelo de formulario de propuesta, las instrucciones a los oferentes, el proyecto de contrato, las especificaciones generales y técnicas, los planos y el valor estimado.<sup>38</sup>

Para resumir todo lo que se ha tratado en este capítulo, el Sistema Nacional de Contratación Pública busca establecer procedimientos y mecanismos para viabilizar la contratación administrativa o la contratación pública en el país. No obstante, la normativa legal que regula la contratación pública en Ecuador tiene vacíos e incongruencias jurídicas, lo cual se ve reflejado en las distintas controversias que nacen

---

<sup>36</sup> Jaime Sánchez, *Control de obras públicas* (Quito: Contraloría General del Estado, 2008), 162.

<sup>37</sup> William López, *Tratado de Derecho de Contratación Pública* (Quito: editorial, 2010), 120.

<sup>38</sup> Dromi, *Derecho Administrativo*, 109

de la relación contractual. Por eso es importante establecer mecanismos de control efectivo y soluciones jurídicas idóneas para dirimir las controversias contractuales.

## **Capítulo dos**

### **Los contratos administrativos**

En el ámbito de la contratación pública, existe una gran variedad y diversidad de procesos de contratación a través de los cuales las entidades estatales adquieren bienes, obras y servicios. Todos estos procesos de contratación administrativa deben suscribir un contrato a través del cual se establecen los derechos y obligaciones de las partes contratantes. Dentro de la presente tesis es muy importante estudiar el contrato administrativo, pues para el análisis de la cláusula de controversias es imperativo conocer sus principales características.

El autor Genaro Eguiguren manifiesta que la celebración de contratos administrativos está relacionada directa e imperativamente con la consecución del bien común y para satisfacer las necesidades colectivas; en sus palabras:

Para alcanzar los fines que dan razón a su existencia y para satisfacer, al mismo tiempo, las necesidades manifestadas por un grupo social; para lograr, en fin, el bien común, el Estado desarrolla una amplia gama de hechos, actos, acciones y procedimientos de muy distinta naturaleza y de contenido muy diverso, una de cuyas características predominantes que es en común a todas ellas es la existencia, en mayor o en menor medida según los casos del ejercicio del poder que es propio del Estado.<sup>39</sup>

En el presente capítulo se establecerán los aspectos generales del contrato administrativo, sus principales características y particularidades. Para ello, se desarrollarán en primer lugar los antecedentes históricos del contrato administrativo; posteriormente, se mencionarán varias de sus definiciones; y se finalizará estableciendo sus elementos constitutivos y requisitos de validez.

#### **1. Antecedentes históricos del contrato administrativo**

Con respecto a los antecedentes históricos del contrato administrativo, Entrena Cuesta señala que:

En el pasado, las actuaciones administrativas se encontraban en extremo extendidas, las potestades de supremacía se consideraban otorgadas al Estado por su

---

<sup>39</sup> Genaro Eguiguren, *Celebración de contratos administrativos* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar/Corporación Editora Nacional, 2001), 9.



carácter de soberano sin mayor restricción, en consecuencia solo podían establecerse relaciones jurídicas con los particulares a través de una relación de poder o de imperium entre el Estado y sus súbditos.<sup>40</sup>

Es importante establecer que a lo largo de la historia la administración pública era utilizada por las diferentes monarquías como un mecanismo represor, que estaba estructurado y dirigido a la satisfacción de los intereses del monarca. Por lo tanto, la administración no se sometía a ninguna normativa jurídica. Dentro de la historia de la administración pública la Revolución francesa tuvo un gran aporte; al respecto Morales Tobar señala que:

Los sistemas continentales de régimen administrativo alcanzaron su desarrollo y crecimiento doctrinario a partir de 1789 como consecuencia de la Revolución Francesa, empujada por la acelerada transformación de las sociedades y de intensificación de las actividades entre los individuos y de las instituciones del estado que precipitaron el nacimiento de un Derecho especial, autónomo independiente del Derecho común, estatuyéndose una jurisdicción distinta y separada de los Tribunales ordinarios. La evolución doctrinaria del Derecho administrativo se le atribuye al Consejo de Estado francés, heredero directo del Gran Consejo Real de Monarquía en cuyos inicios le correspondía asesorar en las cuestiones de administración pública y legislación, además de preparar los proyectos de sentencias contencioso-administrativas sometidas al emperador.<sup>41</sup>

De lo anteriormente citado, es importante destacar que en la administración pública se produjo un cambio de trascendental importancia, porque la estructura soberana del Estado dejó de ser manejada por el monarca: en la actualidad, son los ciudadanos quienes ejercen el poder. Consecuentemente, la administración pública se convirtió en una estructura estatal a favor de los administrados, la cual empieza a normar jurídicamente las relaciones entre estos y el Estado.

Históricamente, se puede establecer que el núcleo esencial de la administración pública tuvo lugar en la Revolución francesa, la cual se centró fundamentalmente en actividades inherentes a su propia administración. En esta etapa histórica, la administración pública se encontraba limitada a la normativa jurídica en relación con su propia administración y funcionamiento y no con la relación con los particulares como es en la actualidad. En su obra *Manual Procesal de Derecho Administrativo*, Morales indica que:

---

<sup>40</sup> Rafael Entrena Cuesta, *Curso de Derecho Administrativo* (Madrid: Tecnos, 1998), 151.

<sup>41</sup> Marco Morales Tobar, *Manual de Derecho Procesal Administrativo* (Ecuador: Corporación de estudios y publicaciones, 2010), 4.

El derecho administrativo nace con la independencia de los Estados Unidos de Norteamérica y la Revolución Francesa, como resultado de la limitación al poder del monarca y su estructuración tripartita. En ese mismo surgió la necesidad de la existencia de un derecho para poner límites al poder y lo que es más, para evitar la posibilidad de la arbitrariedad, el despotismo o el totalitarismo por parte de la autoridad, a esta limitación que el poder de autoridad tiene, con referencia al derecho es lo que se ha dado en denominar de manera general, principio de legalidad.<sup>42</sup>

El contrato administrativo se ha ido desarrollando a lo largo de la historia. Es importante establecer que en los orígenes del derecho administrativo no existían los contratos administrativos, ya que la administración central no realizaba contrataciones con los particulares. Esto ocurría porque la propia administración solventaba por sí misma las necesidades sociales.

El nacimiento del contrato administrativo responde a una lenta evolución de la administración central para satisfacer las necesidades colectivas de la sociedad. Tienen su origen en la intervención administrativa a través de contrataciones con los particulares. El contrato administrativo, como categoría jurídica peculiar del derecho público, es una creación del Consejo de Estado Francés y responde a la idea de que los particulares colaboren con la misión que persigue la administración pública mediante el contrato, que correlativamente le garantiza al contratista privado la integridad de sus derechos económicos.<sup>43</sup>

Jaramillo define al derecho administrativo de la siguiente manera: “El derecho administrativo es el conjunto de normas integrado por principios, valores y reglas jurídicas, que regula la planeación, la organización, la dirección, el control y la evaluación de los servicios públicos que presta la función administrativa del Estado como la jurisdicción contenciosa administrativa (justicia administrativa)”.<sup>44</sup>

## **2. Definición de contratos administrativos**

Dentro de la doctrina jurídica, existen varias definiciones acerca del contrato público o contrato administrativo. Jéze manifiesta en su libro *Servicios Públicos y Contratos Administrativos* lo siguiente: “contratos administrativos son los realizados por la administración para asegurar el funcionamiento de un servicio público, y se rigen por

---

<sup>42</sup> Morales Tobar, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, 1.

<sup>43</sup> Cassagne, *El contrato administrativo*, 21.

<sup>44</sup> Jaramillo, *Derecho Administrativo*, 24.

reglas especiales distintas a las aplicables a las relaciones de los particulares entre sí”<sup>45</sup>. Por su parte, Franco Gutiérrez lo define como “un acuerdo que se celebra entre la Administración y un particular, tendiente a que este dé, haga algo o se abstenga de hacer algo a favor de la Administración, previo el cumplimiento de ciertos requisitos y teniendo en cuenta que la Administración obra en nombre del Estado”<sup>46</sup>.

José Luis Correa, en cambio, define al contrato administrativo como: “Una especie dentro del género de los contratos, caracterizados por elementos especiales tales como que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, que su objeto está constituido por un fin jurídico o propio de la administración”; además, el mismo autor menciona que “la Administración celebra [el contrato] con otra persona pública o privada, física o jurídica y que tiene por objeto una prestación de utilidad pública”<sup>47</sup>.

Para Juan Carlos Cassagne, el contrato administrativo es una “categoría jurídica peculiar del derecho público, es una creación del Consejo de Estado francés y responde a la idea de que los particulares colaboren con la misión que persigue la Administración”<sup>48</sup>. En el caso de Dromi, se trata de “toda declaración bilateral, o de voluntad común, productora de efectos jurídicos, entre dos o más personas de las cuales al menos una está en ejercicio de funciones administrativas”<sup>49</sup>.

De las definiciones expuestas se puede establecer que el contrato administrativo es el acuerdo de voluntades entre el Estado y un particular, mediante el cual se establecen derechos y obligaciones. Es importante manifestar que el contrato administrativo tiene características particulares mediante las cuales la administración pública busca asegurar los intereses estatales y la satisfacción del bien común.

La suscripción de los contratos administrativos tienen como finalidad la satisfacción del interés general de la sociedad; en palabras de Castillo: “toda forma de gobierno presupone igualmente la existencia de una instancia, órgano o poder encargado de satisfacer las necesidades colectivas, adoptando las decisiones políticas en beneficio

---

<sup>45</sup> Gastón Jéze, *Derecho Administrativo* (Bogotá: CEIDA, 1970), 313.

<sup>46</sup> Franco Gutiérrez, *La contratación Administrativa: Definiciones* (Colombia: Biblioteca Jurídica Dike, 1989), 21-23.

<sup>47</sup> José Luis Correa, “Contratos administrativos: versión clásica”, en Ismael Farrando, *Contratos Administrativos*, 381-408 (Buenos Aires: Lexis Nexis/Abeledo-Perrot, 2002), 383.

<sup>48</sup> Cassagne, *El contrato administrativo*, 21.

<sup>49</sup> Dromi, *Derecho Administrativo*, 71.

del interés general”<sup>50</sup>. Por consiguiente, la suscripción del contrato administrativo tiene como objetivo fundamental la satisfacción de las necesidades de la sociedad y el consecuente cumplimiento de los fines estatales.

La LOSNCP determina en el artículo 60 que: “Los contratos a los que se refiere esta Ley celebrados por las entidades contratantes, son contratos administrativos”. Y en el artículo 68 establece los requisitos y forma de los contratos, que son:

1. La competencia del órgano de contratación;
2. la capacidad del adjudicatario;
3. la existencia de disponibilidad presupuestaria y de los recursos financieros necesarios para el cumplimiento de las obligaciones; y
4. la formalización del contrato, observando el debido proceso y los requisitos constantes en la presente ley y su reglamento.

En el artículo 69 de esta norma legal, se determina la forma de suscripción de los contratos de acuerdo con su naturaleza, cuantía y tipo de procedimiento de contratación pública; además, se establece el tiempo para la suscripción del contrato y las sanciones administrativas en el caso de no suscribirse el contrato. El reglamento general de la LOSNCP define en el artículo 113 cuál es la forma en que debe llevarse a cabo la suscripción del contrato:

Forma y suscripción del contrato.- En todos los casos en que la ley exija la suscripción de contrato, este se otorgará por escrito; y, en los contratos de tracto sucesivo, en caso de prórroga, para que sea válida, deberá convenirse, también de manera expresa y por escrito.

La entidad contratante verificará la aptitud legal del contratista en el momento de la suscripción del contrato, sin que ello signifique un trámite adicional para el contratista. Luego de la suscripción y cumplidas las formalidades del caso, la Entidad entregará un ejemplar del contrato al contratista [...].<sup>51</sup>

A partir de esto, se puede destacar que las entidades públicas suscriben con los particulares contratos administrativos para la adquisición de bienes, servicios y para la ejecución de obras. El contrato administrativo por su naturaleza y por su finalidad tiene algunas prerrogativas especiales frente a los particulares. De acuerdo con la normativa expuesta, estos deben cumplir con los requisitos establecidos en la LOSNCP.

Como se mencionó anteriormente, los contratos administrativos celebrados en los procesos de contratación pública tienen como finalidad la satisfacción de los fines

---

<sup>50</sup> Alejandro Castillo, *Génesis y evolución de la Administración Pública en México*, (México: Instituto de Administración Pública de Michoacán, 2001), 12.

<sup>51</sup> Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 13.

estatales y consecuentemente la realización del bien común para la sociedad; con la entrada en vigencia del Sistema Nacional de Contratación Pública la contratación administrativa se realiza mediante los procesos y procedimientos establecidos en la LOSNCP. Por esta razón, es imperativo que se lleve a cabo un adecuado control de la etapa precontractual, contractual y de ejecución de los contratos, por cuanto esto evitará el apareamiento de controversias en la relación contractual.

En el contrato administrativo, la administración pública tiene superioridad jurídica respecto del contratista; la principal razón para esto radica en que el contrato administrativo tiene como objetivo el cumplimiento de las finalidades públicas y al interés general de los administrados, por lo que las condiciones contractuales van encaminadas a la protección de la administración pública y de los recursos estatales.

### **3. Elementos constitutivos y requisitos de validez del contrato administrativo**

En relación con los elementos esenciales del contrato administrativo, Eguiguren manifiesta lo siguiente: “antes de delimitar los elementos constitutivos del contrato administrativo es preciso señalar que estos guardan íntima relación con los elementos esenciales del contrato privado”<sup>52</sup>. A pesar de ello, el contrato administrativo tiene características y elementos constitutivos propios, entre los cuales encontramos: el sujeto, la voluntad o el consentimiento, el objeto, las formalidades, las prerrogativas especiales de la administración pública, la adhesión y la causa.

#### **3.1. Los sujetos del contrato administrativo**

El contrato administrativo se encuentra formado por dos sujetos: la administración pública —representada a través de la entidad contratante quien suscribe el contrato y actúa en ejercicio de las potestades estatales establecidas por ley— y un particular —sea este persona natural o persona jurídica—.

En los contratos administrativos de contratación pública siempre actuará la administración pública en calidad de contratante; como menciona Eguiguren, al hablar de los sujetos: “Uno de los cuales siempre es la administración pública dentro de los límites fijados por la Constitución de la República del Ecuador”. La Constitución de la

---

<sup>52</sup> Eguiguren, *Reajustes y conflictos en los contratos públicos*, 82.

República del Ecuador establece en el artículo 225 que la Administración Pública está integrada por las siguientes dependencias:

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.<sup>53</sup>

En su artículo 1, la LOSNCP determina cuáles son las dependencias que pueden contratar en representación del Estado ecuatoriano a través del SNCP; allí se determina las siguientes instituciones:

1. los organismos y dependencias de las funciones del Estado;
2. los organismos electorales;
3. los organismos de control y regulación;
4. las entidades que integran el régimen seccional autónomo;
5. 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;
6. las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos;
7. las corporaciones, fundaciones o sociedades civiles determinadas por la ley; y
8. las compañías mercantiles expuestas en la ley.

En este mismo cuerpo legal, la figura del contratista es definida; en el numeral 6 del artículo 6, se establece que el contratista:

Es la persona natural o jurídica, nacional o extranjera, o asociación de estas, contratada por las entidades contratantes para proveer bienes, ejecutar obras y prestar servicios, incluidos los de consultoría, otro aspecto que debe ser considerado es que para ser contratista con el estado se debe a ver cumplidos con los procedimientos y requisitos legales establecidas en la LOSNCP y su reglamento y no estar incurso en las inhabilidades, prohibiciones o restricciones establecidas en la antes referida normativa legal.

---

<sup>53</sup> *Constitución de la República del Ecuador* [2008], cap. séptimo, “Administración Pública”, art. 225 ([Quito]: Asamblea Nacional).

### **3.2. La voluntad o el consentimiento en el contrato administrativo**

Eguiguren manifiesta que la voluntad: “Constituye la coincidencia de las voluntades, tanto de la administración como de los particulares”<sup>54</sup>. El consentimiento en el contrato administrativo se produce con el acuerdo de voluntades que concurran a la celebración del contrato público. Es importante establecer que para la validez del contrato administrativo las personas que suscriban el contrato deben ser competentes, en el caso de la administración pública, y, por el lado del contratista, debe ser una persona legalmente capaz.

Para entender qué quiere decir que una persona sea capaz, se hará referencia a lo que manifiesta el Código sustantivo Civil al respecto en el artículo 1461: “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: que sea legalmente capaz; que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio; que recaiga sobre un objeto lícito; y, que tenga una causa lícita”. A partir de lo expuesto, se puede establecer que estos son requisitos fundamentales para la validez del contrato administrativo.

En relación con la voluntad o consentimiento en el contrato administrativo, Dromi señala que: “El consentimiento es la conjunción de la declaración o exteriorización de la voluntad unilateral de cada uno de los contratantes; es la declaración de voluntad común o negociar”<sup>55</sup>. En tanto que, con respecto a la capacidad de las partes contratantes, Gómez Sanchis hace referencia a que “la entidad contratante debe contar con la respectiva capacidad para hacerlo, entonces, su consentimiento está subordinado a ciertas formas especiales de Derecho Público, provenientes de un procedimiento administrativo reglado”<sup>56</sup>.

### **3.3. El objeto del contrato administrativo**

Al hablar sobre el objeto del contrato administrativo, Farrando manifiesta que: “La prestación, que puede ser una obligación de dar, de hacer o de no hacer y debe ser cierto, física y jurídicamente posible, determinable y lícito”<sup>57</sup>. Por su parte, Eguiguren

---

<sup>54</sup> Eguiguren, *Reajustes y conflictos en los contratos públicos*, 82.

<sup>55</sup> Dromi, *Derecho Administrativo*, 455.

<sup>56</sup> Daniel Gómez Sanchis, *Contratos Administrativos* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002), 414.

<sup>57</sup> Ismael Farrando, *Contratos Administrativos* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002), 412.

establece que: “El objeto de acuerdo con la ley debe ser cierto, determinado y lícito. Constituye la pretensión que tiene las partes al suscribir el contrato”<sup>58</sup>.

Miguel Marienhoff indica que “se trata de un objeto de contrato administrativo cuando su contratación pertenece a las funciones esenciales del Estado o sus fines públicos específicos”. Los fines estatales pueden ser llevados a cabo mediante un contrato de colaboración o un contrato de atribución. El mismo autor agrega que “lo que caracteriza como tal el objeto de un contrato de atribución es que la prestación del contrato es llevada a cabo por la misma administración. Mientras que el contrato de colaboración es aquel que pone la prestación estatal a cargo de un concesionario que con su actividad satisface necesidades de interés general”.<sup>59</sup>

De las definiciones expuestas se puede determinar que el objeto de cualquier contrato y particularmente el objeto del contrato administrativo debe ser lícito, cierto y determinado. En los contratos administrativos que se llevan a cabo dentro de la contratación pública es de suma importancia que se establezca el objeto contractual de la forma más específica posible, ya que esto evitará el apareamiento de controversias en la relación contractual.

En los contratos administrativos el objeto contractual tiene como finalidad satisfacer las finalidades estatales y consecuentemente atender las diversas necesidades de la sociedad en general.

### **3.4. Las formalidades del contrato administrativo**

Eguiguren señala que “la Ley de Contratación Pública exige el cumplimiento de formalidades para la plena validez del contrato administrativo. El no sometimiento a las mismas conlleva a la nulidad”<sup>60</sup>. En otras palabras, se debe cumplir con lo estipulado por la ley para que exista validez en el contrato. Así, como ya se mencionó, la LOSNCP determina el artículo 68 de su normativa los actos y procedimientos que deben llevarse previo a la celebración del contrato administrativo, estos están establecidos para cada tipo de contratación<sup>61</sup>.

---

<sup>58</sup> Eguiguren, *Reajustes y conflictos en los contratos públicos*, 82.

<sup>59</sup> Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000), 57.

<sup>60</sup> Eguiguren, *Reajustes y conflictos en los contratos públicos*, 83.

<sup>61</sup> 1) La competencia del órgano de contratación; 2) la capacidad del adjudicatario; 3) la existencia de disponibilidad presupuestaria y de los recursos financieros necesarios para el cumplimiento de las



Se puede entender a las formalidades dentro de los contratos de contratación pública como aquellos requisitos establecidos en la normativa legal que tienen que ser observados antes y después de la celebración del contrato administrativo. Dentro de la LOSNCP, se definen todas las formalidades que deben cumplirse para la suscripción del contrato; estas tienen la finalidad de precautelar y salvaguardar los intereses de la administración. La LOSNCP determina en el artículo 65 que la falta de cumplimiento de los procedimientos y solemnidades establecidas en la ley acarrea la nulidad del contrato:

Los contratos regidos por esta ley serán nulos en los siguientes casos:

1. Por las causas generales establecidas en la ley;
2. por haberse prescindido de los procedimientos y las solemnidades legalmente establecidas; y,
3. por haber sido adjudicados o celebrados por un órgano manifiestamente incompetente<sup>62</sup>.

### **3.5. Las prerrogativas especiales de la administración pública**

El contrato administrativo posee prerrogativas especiales, ya que su principal objetivo es la consecución de los fines estatales y del interés público. En relación con estas prerrogativas, Jéze señala que:

Es indispensable que las partes contratantes hayan querido someterse a un régimen jurídico exorbitante del derecho civil; al régimen de derecho público, lo que prueba que la eficacia de las cláusulas exorbitantes reside, en primer lugar, en la aceptación voluntaria de las partes. Pero el carácter imperativo de cláusulas de derecho público no se subordina a la aceptación del particular, quien no puede más que aceptarlas, so pena de hacer acusable el contrato de nulidad absoluta.<sup>63</sup>

Por su parte, sobre este mismo tema, Eguiguren manifiesta que en los contratos de carácter público administrativo existen cláusulas que otorgan privilegios a la administración; es decir, esta se encuentra en ventaja frente al co-contratante particular.<sup>64</sup> Esto es apoyado por lo que dice García Enterría:

En los contratos administrativos las partes se reconocen desiguales, en la medida en que una de ellas representa el interés general, el servicio público, y la otra solamente puede exhibir su propio y particular interés. La presencia del interés público determinará entonces que el contratante de la Administración titular del servicio público, no esté

---

obligaciones; y 4) la formalización del contrato, observando el debido proceso y los requisitos constantes en la presente ley y su reglamento.

<sup>62</sup> Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 65.

<sup>63</sup> Gastón Jéze, *Principios Generales de derecho administrativo*, vol. 6, t. III (Buenos Aires: Depalma, 1950), 313.

<sup>64</sup> Eguiguren, *Reajustes y conflictos en los contratos públicos*, 83.

obligado solamente a cumplir su obligación como lo haría un particular con otro particular, sino que, por extensión, lo esté también a todo lo que sea absolutamente necesario para asegurar el funcionamiento regular y continuo del servicio público, con el cual consiente en colaborar; la Administración, por su parte, lo estará igualmente, más allá de lo que es propio del Derecho común, a indemnizar al contratista en el caso de que la ampliación de sus obligaciones cause a este un perjuicio anormal, que no podía prever en el momento de contratar.<sup>65</sup>

En su obra *Teoría General de los Contratos Administrativos*, Miguel Ángel Bercaitz indica que:

En los contratos administrativos existen dos clases de cláusulas: las que provienen del acuerdo de las partes y las que se derivan de la ley, en la medida que obligan a su inclusión en el contrato; las primeras son las típicas cláusulas contractuales, ya que su naturaleza está determinada por la voluntariedad de quienes intervienen en el contrato administrativo y que están referidas principalmente al objeto del contrato y a la ejecución del mismo y las segundas se determinan por las potestades de la Administración; que si tenemos en cuenta, y como lo hemos afirmado, dependen de la ley, por lo que en estricto sentido no constituirían cláusulas del contrato, sino requisitos del mismo.<sup>66</sup>

De las definiciones expuestas, se puede establecer que la administración pública tiene prerrogativas especiales en la relación contractual, puesto que las cláusulas exorbitantes del contrato administrativo buscan garantizar el cumplimiento del objeto contractual y, de esta forma, garantizar el cumplimiento de los fines estatales.

Una característica fundamental del contrato administrativo es que es intuito *personae* y *potentior personae*; es decir, que debe ser ejecutado únicamente por el contratista y que la administración pública tiene una posición privilegiada por cuanto posee una condición jurídica especial que le otorga el ordenamiento jurídico para poder garantizar el cumplimiento del interés general.

Las cláusulas exorbitantes posibilitan a la administración ejercer el control sobre la relación contractual, ya que le permiten modificar unilateralmente las condiciones del contrato, imponer sanciones contractuales o simplemente declarar extinguido la relación contractual mediante la declaración de terminación unilateral del contrato de acuerdo con lo establecido en el artículo 94 de la LOSNCP.

---

<sup>65</sup> Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I (Madrid: Civitas, 1963), 630.

<sup>66</sup> Miguel Ángel Bercaitz, *Teoría General de los Contratos Administrativos* (Buenos Aires: Depalma, 1980), 437.

Es importante puntualizar que las cláusulas exorbitantes del contrato administrativo tienen su origen en las potestades estatales y que son utilizadas por la administración pública para garantizar el cumplimiento del objeto contractual y la prevalencia del interés general.

### **3.6. La adhesión en los contratos administrativos**

Esta característica de los contratos administrativos se origina en el hecho de que estos son elaborados y estructurados completamente por la administración pública; por lo que el contratista únicamente se adhiere a lo establecido en el contrato.

Los contratos suscritos en contratación pública por las entidades contratantes se basan y son elaborados mediante la utilización de los formatos establecidos por el SERCOP. Esto lleva implícito un problema, porque toda adquisición de bienes o servicios o ejecución de obras tienen características particulares que no pueden generalizarse en la utilización del contrato tipo establecido por el SERCOP.

Como el contrato administrativo es un contrato de adhesión, es preciso que los pliegos de condiciones establezcan con detalle los requisitos y las formas a que debe sujetarse la oferta para ser admitida; todas las condiciones establecidas en los pliegos precontractuales deben ser tratadas y normadas a través del contrato administrativo.

Para resumir, los contratos administrativos en los procesos de contratación pública se elaboran con base en lo establecido en los pliegos precontractuales, en donde se establece un formato de contrato para cada tipo de contratación. Además, los particulares deben adherirse obligadamente a lo establecido en las cláusulas contractuales, que son elaboradas por la administración pública. Es por todo esto que las controversias contractuales tienen su origen en el uso repetitivo y sin fundamento del contrato tipo establecido por el SERCOP. Por esta razón, en el presente trabajo se busca definir mecanismos apegados a la normativa legal para evitar y solucionar las controversias en la contratación pública.

### **3.7. La causa en los contratos administrativos**

En los contratos administrativos la causa es la satisfacción de los intereses estatales para el cumplimiento de los fines sociales. De acuerdo con la normativa legal

esta debe ser lícita. La principal motivación que conlleva la celebración de contratos administrativos en contratación pública es satisfacer las necesidades institucionales para el cumplimiento de los objetivos y fines estatales para alcanzar el bienestar general de la sociedad. En *El contrato administrativo*, el autor Juan Carlos Cassagne dice:

Una tesis sostenida con rigor científico, explica el fenómeno de la contratación administrativa a través de la teoría de la causa fin que representada por el interés público relevante, se incorpora como elemento esencial del contrato y funciona durante toda la ejecución de este, ejerciendo una influencia decisiva en el campo de la interpretación y, sobre todo en lo que concierne a la eventual modificación de sus cláusulas. Esta postura distingue los contratos administrativos de los contratos de la Administración regidos por el derecho privado, según que exista en los primeros un interés público relevante, que conlleva a un régimen jurídico especial, típico del derecho público (que no es otra cosa que el denominado régimen exorbitante).<sup>67</sup>

De lo anteriormente expuesto se puede establecer que la causa en los contratos de contratación pública tiene que ser legítima, verdadera y comprobada, de manera que responda a las necesidades institucionales y el resultado final sea el beneficio común de la colectividad.

#### **4. Requisitos de validez del contrato administrativo**

Los principios del Sistema Nacional de Contratación Pública que fueron expuestos en el primer capítulo de la presente tesis forman parte de los requisitos de validez del contrato administrativo, pues, a través del cumplimiento de estos principios, la administración pública garantiza la correcta práctica y desarrollo de la contratación pública. Además, para que el contrato tenga validez debe cumplir con lo que determina la normativa legal. En la LOSNCP se establece que los pliegos forman parte del contrato.

El contrato administrativo debe sustentarse en los diferentes actos administrativos que se llevaron a cabo dentro de la etapa precontractual, por lo que es imperativo que se encuentre debidamente sustentado en el expediente administrativo del proceso de contratación. Al respecto, el artículo 36 de la LOSNCP establece:

Expediente del proceso de contratación.- Las entidades contratantes deberán formar y mantener un expediente por cada contratación en el que constarán los

---

<sup>67</sup> Cassagne, *El Contrato Administrativo*, 25-26.

documentos referentes a los hechos y aspectos más relevantes de sus etapas de preparación, selección, contratación, ejecución, así como en la fase pos contractual. El Reglamento establecerá las normas sobre su contenido, conformación y publicidad a través del portal de COMPRAS PÚBLICAS.

El contrato administrativo se perfecciona a través del cumplimiento de los siguientes actos jurídicos:

- La manifestación recíproca de voluntad de los contratantes.
- La notificación de la adjudicación, por parte de la entidad contratante.
- La instrumentación del contrato con la respectiva suscripción.

Es importante establecer que la formalización es un requisito necesario para la celebración de los contratos, pero el contrato ya existe desde su perfección. La LOSNCP determina en el artículo 69 que la formalización del contrato se realiza a través de escritura pública en los contratos cuya cuantía sea igual o superior a la base prevista para la licitación. Las contrataciones que se realicen por el sistema de catálogo se formalizarán con la orden de compra y el acta de entrega recepción y las contrataciones de menor cuantía se instrumentarán a través de la respectiva factura. Los demás contratos previstos en la LOSNCP se suscribirán y se otorgarán por documento suscrito entre las partes sin necesidad de que sea elevado a escritura pública.

A través de los contratos administrativos, se instrumenta la adquisición de bienes y servicios y la ejecución de obras, razón por la cual es de gran importancia que en las cláusulas contractuales se exponga en forma clara y detallada el objeto contractual y las características propias de cada contrato. Lo que se busca con esto es establecer condiciones que permitan la correcta ejecución del objeto contractual y que, consecuentemente, la administración pública cumpla sus fines.

## **Capítulo tres**

### **Controversias en la contratación pública**

Es importante iniciar el presente capítulo estableciendo que las controversias en contratación pública tienen su origen generalmente en el incumplimiento o desacuerdos dentro de la etapa de ejecución contractual. Por esta razón, es imperativo que la normativa legal que regula la contratación pública en Ecuador establezca procedimientos ágiles y eficientes para la solución de controversias, con la finalidad de evitar que las controversias contractuales se ventilen en el ámbito judicial.

Tanto la Constitución de la República del Ecuador como la LOSNCP establecen mecanismos de solución de controversias. Esto es importante porque la aplicación de estos mecanismos en contratación pública permite alcanzar a las partes contractuales acuerdos para evitar litigios jurídicos y culminar satisfactoriamente la relación contractual.

Para evitar las controversias en contratación pública, la normativa jurídica debe aplicarse debidamente y cada procedimiento de contratación debe estructurarse en función de lo definido en la ley y en las necesidades de la entidad contratante. El SERCOP ha establecido el uso obligatorio de un modelo de pliegos precontractuales en el cual se encuentra incorporado el denominado contrato tipo.

El contrato tipo ha sido utilizado reiteradamente por las instituciones del sector público. Esto lleva a la creación un vacío legal, porque este modelo carece de una adecuada estructuración jurídica, lo cual se ha visto reflejado en la terminación unilateral de los contratos y en la consecuente afectación de las partes contractuales.

En la actualidad, la contratación pública se ha convertido en un instrumento de mucha utilidad para el Estado; al respecto, Eguiguren manifiesta lo siguiente:

En la complejidad del estado moderno, la contratación pública cobra singular importancia como fundamento del desarrollo de un país y el logro de los grandes objetivos nacionales, al armonizar las reales posibilidades presupuestarias, las necesidades colectivas, la relación con los administrados y un efectivo control que permita garantizar que los recursos públicos sean invertidos con absoluta transparencia a la vez que con racionalidad y oportunidad.

La contratación pública no podía quedar al margen de la necesidad de mejorar su accionar, y como parte de ella, la gestión y control de sus procesos, de allí la importancia de contar con conceptos doctrinarios y prácticos que mejoren la relación jurídica

administrativa entre el estado y los contratistas, la adecuada relación gestión-control dentro del proceso de administración y, con ello una buena forma de mejorar la calidad del servicio y de los bienes públicos, que son directa o indirectamente objeto de los contratos administrativos.<sup>68</sup>

En la contratación pública no es conveniente el surgimiento de controversias, porque tanto el Estado como el contratista resultan afectados. Por lo tanto, las controversias deben evitarse a partir de un adecuado desarrollo técnico y jurídico de los procedimientos precontractual, contractual y de ejecución contractual.

En función de lo expuesto, es importante desarrollar en el contrato administrativo la cláusula de controversias. En esta cláusula se debe establecer el mecanismo que será empleado contractualmente ante el apareamiento de las controversias que eventualmente pudieran tener lugar en la relación contractual.

En la actualidad, existe gran diversidad de mecanismos de solución de controversias que pueden ser efectivos para la solución de conflictos. Estos deben aplicarse dependiendo de las características de cada caso concreto; entre ellos se encuentran la mediación y el arbitraje como uno de los métodos más efectivos, que permiten llegar a acuerdos sobre las controversias para dar continuidad a la ejecución contractual.

## **1. Definición de controversia**

La controversia es un término que puede ser comprendido desde muchos puntos de vista. Así, la definición básica que se hace en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española es que se trata de “una discusión larga y repetida entre varias personas que defienden opiniones contrarias, especialmente sobre cuestiones filosóficas o de religión”.<sup>69</sup> Semejante a esta definición es la de Aníbal Orozco, quien opina que es “discusión larga y repetida entre varias personas que defienden opiniones contrarias, lo que da lugar a disputas”.<sup>70</sup> Landon Beyer repite que se trata de un desacuerdo y agrega que puede crear rivalidad.<sup>71</sup> Todas estas son definiciones que no necesariamente se

---

<sup>68</sup> Eguiguren, *Reajustes y conflictos en los contratos públicos*, 191-92.

<sup>69</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 22. ed. (Madrid: Espasa, 2011).

<sup>70</sup> Anibal Orozco, *La Contratación Pública* (México: Estudios Jurídicos Aplicados, 2010), 45.

<sup>71</sup> L. Beyer, *El Conflicto* (2009), 54.

remiten al área legal, sino que definen a la controversia como un desacuerdo o discusión por la presencia de ideas contrarias.

En relación directa con el tema de esta tesis, Santofimio Ganboa define lo que es una controversia contractual y establece que estas tienen una doble característica:

Por un lado, se trata de un medio de control de naturaleza subjetiva, individual, temporal y pluripretensional; dando lugar a las siguientes pretensiones:

- La declaratoria de existencia del contrato
- La revisión del contrato estatal
- Declaratoria de incumplimiento
- Pretensión de cumplimiento e indemnización de perjuicios
- La elaboración de la liquidación del contrato

De otro lado, constituye un medio de control objetivo, en los siguientes eventos:

- La declaratoria de nulidad absoluta del contrato
- La declaratoria de nulidad de los actos administrativos contractuales.<sup>72</sup>

El autor Yong Serrano agrega que cuando existan controversias contractuales, si es posible resolverlas sin instaurar una demanda contenciosa administrativa, es preferible hacerlo de forma conciliatoria.

De las definiciones expuestas se puede determinar que las controversias tienen su origen en interpretaciones u opiniones distintas frente a un mismo objeto, el cual crea conflictos y controversias contractuales. La existencia de controversias en los contratos administrativos tiene diversos orígenes; por esta razón, es importante analizar y estudiar particularmente a cada uno de ellos.

La normativa legal establece mecanismos para la solución de controversias; en el presente capítulo estableceré algunos de los principales métodos de solución de controversias que pueden ser aplicados en contratación pública para superar las controversias contractuales. Cabe recalcar que en el caso de no llegar a una solución efectiva frente a la controversia presentada, la controversia deberá ventilarse en los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo.

Es claro que las controversias contractuales tienen su origen en la incorrecta estructuración del contrato administrativo, lo cual permite que las partes contractuales se

---

<sup>72</sup> Jaime Santofimio Gamboa, *Tratado de Derecho Administrativo contencioso administrativo*, tomo III (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004), 229.



encuentren en conflicto frente a la interpretación contractual. Por esto, es necesario el establecimiento de las principales causas que originan las controversias para determinar mecanismos idóneos para su solución. Una forma eficaz de evitar el surgimiento de controversias contractuales es realizar una adecuada motivación técnica y jurídica tanto en la etapa precontractual (términos de referencia, pliegos de condiciones), como en la etapa contractual (contrato).

Se puede establecer que las controversias son el resultado de un conflicto contractual entre las partes contratantes, el cual puede tener su origen en las divergencias existentes sobre un tema en común en donde existan diversas posiciones. Las controversias se pueden presentar en varios ámbitos de las relaciones contractuales: pueden ser en temas de forma o de fondo. A continuación, se verán algunas definiciones del conflicto contractual.

Pruitt y Rubbin definen al conflicto como la “divergencia percibida de intereses o creencias, que hace que las aspiraciones corrientes de las partes no puedan ser alcanzadas simultáneamente”. Por su parte, Boardman y Horowitz lo definen “como una incompatibilidad de conductas, cogniciones (incluyendo metas) y/o afectos entre individuos o grupos que pueden o no conducir a una expresión agresiva de su incompatibilidad social. Nuestra definición específicamente incorpora conducta, cogniciones y afectos porque todos estos factores originan el conflicto”.<sup>73</sup>

Roberto Bianchi establece que el conflicto es una situación en la que las partes comprenden que tiene intereses opuestos.<sup>74</sup> En cambio, para Raven y Kruglanski es “la tensión entre dos o más entidades sociales [...] que proviene de la incompatibilidad de respuestas reales o deseadas”. El acceso más amplio a la demanda sobre situaciones jurídicas “ha dado paso a una justicia masiva y a un Poder Judicial colapsado”.<sup>75</sup> Sobre este término, Gloria Pérez agrega que este “es parte de la naturaleza humana y ocurre en las relaciones producidas en el transcurso de la vida dada justamente por los intereses u objetivos individuales”.<sup>76</sup>

---

<sup>73</sup> Marine Suárez, *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas* (Barcelona: Paidós, 1996), 73-74.

<sup>74</sup> Roberto Bianchi, *Mediación prejudicial y conciliación* (Buenos Aires: Zavalía, 1996), 14.

<sup>75</sup> Raven y Kruglanski, citado por Manuel Vidal Noguera, *Prácticas y técnicas de Negociación* (1970), 70.

<sup>76</sup> Gloria Pérez, *Aprender a vivir en conflicto* (2008), 119.

En la contratación pública las controversias generalmente tienen lugar por la existencia de una serie de falencias en el cumplimiento del debido proceso precontractual y contractual. Por esta razón, es importante determinar dentro del presente análisis las causas que originan las controversias, para establecer mecanismos de solución efectivos que permitan el cumplimiento de los contratos administrativos y, por ende, el cumplimiento de los objetivos planteados por la administración pública.

Como se mencionó anteriormente, el objetivo fundamental de los métodos alternativos de solución de controversias es el cumplimiento contractual y principalmente de objeto contractual. Por ello, para la solución efectiva de controversias, es importante tomar en cuenta los siguientes parámetros:

- Conciliación de los intereses subyacentes.
- Correcta interpretación del contrato conjuntamente con los documentos precontractuales.
- Llegar a una resolución acorde con el cumplimiento de un determinado proceso sustentado en la normativa vigente.

## **2. Cláusula compromisoria o cláusula de controversias en el contrato administrativo**

Para iniciar el desarrollo de la presente temática, se debe establecer que el contrato administrativo en contratación pública tiene como finalidad que la administración pública cumpla sus fines para satisfacer el interés general de la colectividad. La satisfacción de las necesidades de la administración pública se las solventa a través de los diferentes procesos de adquisición de bienes, servicios y de ejecución de obras, definidos en el Sistema Nacional de Contratación Pública.

En el artículo 161 del reglamento de la LOSNCP se determina que en los contratos podrá incluirse la cláusula compromisoria; textualmente, se señala que:

En los contratos podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación. El arbitraje será en derecho. Los árbitros serán tres (3), a menos que las partes decidan acudir a un árbitro único. En las controversias de menor cuantía habrá un solo árbitro.

La designación, requerimiento, constitución y funcionamiento del tribunal de arbitraje se regirá por las normas contractualmente estipuladas o las que resulten aplicables.

Para la suscripción de esta cláusula se estará a lo dispuesto en la Ley de Mediación y Arbitraje.<sup>77</sup>

El contrato tipo establecido por el SERCOP es de uso obligatorio para las entidades contratantes de acuerdo con lo establecido en el artículo 28 del reglamento de la LOSNCP, que manifiesta lo siguiente: “Los modelos y formatos obligatorios serán expedidos por el Director Ejecutivo del INCOP mediante resolución y serán publicados en el Portal [www.compraspublicas.gob.ec](http://www.compraspublicas.gob.ec)”.

En el contrato tipo establecido por el SERCOP se establece la siguiente cláusula de solución de controversias, la cual se encuentra estructurada de la siguiente forma:

#### “Cláusula Décima Octava.- SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

18.01.- Si se suscitaren divergencias o controversias en la interpretación o ejecución del presente contrato, cuando las partes no llegaren a un acuerdo amigable directo, podrán utilizar los métodos alternativos para la solución de controversias en el Centro de Mediación y Arbitraje (poner nombre del Centro).

Para que proceda el arbitraje, debe existir previamente el pronunciamiento favorable del Procurador General del Estado, conforme el artículo 190 de la Constitución de la República del Ecuador.

18.02.- En el caso de que se opte por la jurisdicción voluntaria, las partes acuerdan someter las controversias relativas a este contrato, su ejecución, liquidación e interpretación a arbitraje y mediación y se conviene en lo siguiente:

18.02.01.- Mediación.- Toda controversia o diferencia relativa a este contrato, a su ejecución, liquidación e interpretación, será resuelta con la asistencia de un mediador del Centro de Mediación de.... en el evento de que el conflicto no fuere resuelto mediante este mecanismo de solución de controversias, las partes se someten al Arbitraje de conformidad con las siguientes reglas:

#### 18.02.02.- Arbitraje

1. El arbitraje será en Derecho;
2. Las partes se someten al Centro de Arbitraje de [...];
3. Serán aplicables las disposiciones de la Ley de Arbitraje y Mediación, y las del reglamento del Centro de Arbitraje de [...];
4. El Tribunal Arbitral se conformará por un árbitro único o de un número impar según acuerden las partes. Si las partes no logran un acuerdo, el Tribunal se constituirá con tres árbitros. El procedimiento de selección y constitución del Tribunal será el previsto en la Ley y en el Reglamento del Centro de Arbitraje [...];

---

<sup>77</sup> Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 161.

5. Los árbitros serán abogados y preferiblemente con experiencia en el tema que motiva la controversia. Los árbitros nombrados podrán no pertenecer a la lista de árbitros del Centro;
6. Los asuntos resueltos mediante el laudo arbitral tendrán el mismo valor de las sentencias de última instancia dictadas por la justicia ordinaria;
7. La legislación ecuatoriana es aplicable a este Contrato y a su interpretación, ejecución y liquidación;
8. La sede del arbitraje es la ciudad de....
9. El idioma del arbitraje será el Castellano
10. El término para expedir el laudo arbitral será de máximo 90 días, contados desde el momento de la posesión del (los) árbitro(s).

18.03.- Si respecto de la divergencia o divergencias suscitadas no existiere acuerdo, y las partes deciden someterlas al procedimiento establecido en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, será competente para conocer la controversia el Tribunal Provincial de lo Contencioso Administrativo que ejerce jurisdicción en el domicilio de la Entidad del sector público. Las entidades contratantes de derecho privado, en este caso, recurrirán ante la justicia ordinaria. (Para este numeral, los pliegos se ajustarán dependiendo de la condición jurídica de la CONTRATANTE).

18.04.- La legislación aplicable a este Contrato es la ecuatoriana. En consecuencia, el CONTRATISTA renuncia a utilizar la vía diplomática para todo reclamo relacionado con este Contrato. Si el CONTRATISTA incumpliere este compromiso, la CONTRATANTE podrá dar por terminado unilateralmente el contrato y hacer efectiva las garantías.<sup>78</sup>

De acuerdo con la cláusula y la normativa citada, se puede determinar que el contrato administrativo de contratación pública establece la posibilidad de utilizar métodos o procedimientos alternativos para la solución de controversias. Sin embargo, en la realidad procesal de la contratación pública, la aplicación de esta cláusula se encuentra limitada a lo determinado en el artículo 190 de la Constitución de la República del Ecuador y al oficio No. T.1-C.1.-SNJ-12-1134, de fecha 5 de octubre de 2012, suscrito por el Secretario Nacional Jurídico de la presidencia de la República, el cual se analizará posteriormente.

La cláusula compromisoria tiene las siguientes características:

1. Tiene relación directa e inmediata con un contrato; por lo que, a través de la cláusula compromisoria, no se puede someter a decisión de los árbitros asuntos o diferencias meramente extracontractuales.
2. Se debe establecer en el contrato antes que se origine cualquier conflicto o controversia; es decir, la cláusula debe ser correctamente desarrollada y estipulada en el contrato de manera inicial.

---

<sup>78</sup> Cláusula tomada del modelo de pliegos del SERCOP.

3. Debe establecerse en forma específica cuál será el mecanismo de solución de controversias que pueden surgir en la relación contractual.

Cabe recalcar que la cláusula de solución de controversias del contrato administrativo debe estar dirigida a la adopción de mecanismos de solución de controversias propias de la contratación pública. Estas alternativas de solución deben ser apegadas a la normativa legal y a los principios de contratación pública.

Por principio general, el contrato administrativo debe definir previamente mecanismos alternativos de solución de controversias para que estos puedan ser aplicados. De acuerdo con la autora Luz María Guillén Vales, entre los aspectos más comunes que originan controversias contractuales encontramos los siguientes:

- Aspectos vinculados a la ejecución de las prestaciones contractuales.
- Aspectos vinculados a la interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato.
- Ampliaciones del plazo contractual.
- Conformidad de la prestación.
- Discrepancias respecto de las valorizaciones o metrados.
- Recepción de obra y plazos.
- Liquidaciones de contratos de obras.
- Penalidades.
- Ejecución de garantías.
- Aspectos vinculados al pago y los intereses por la mora en el pago. Vicios ocultos.<sup>79</sup>

Es relevante mencionar que la necesidad de establecer la cláusula de solución de controversias en el contrato administrativo nace de la ineficacia de la aplicación de los métodos tradicionales de solución de conflictos. Esto se debe a que la justicia ordinaria es lenta y no ha logrado establecer soluciones rápidas y eficaces para la solución de las controversias originadas en los diversos procesos de contratación pública. Por consiguiente, es imperativo aplicar métodos alternativos de solución de controversias para solucionar en forma efectiva y real los conflictos contractuales en contratación pública. El uso de estos métodos permite alcanzar soluciones rápidas que contribuyen al cumplimiento de los objetivos gubernamentales. Dromi manifiesta que los métodos de solución de controversias nacen:

---

<sup>79</sup> Luz María Guillén Vales, Luis Huayta Zacarías y Marco Montoya Lazarte, “Cómo ejecutar el contrato y cómo solucionar controversias”, *OSCE Educa. Aula Virtual*, <[http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/cap3\\_m2\(1\).pdf](http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/cap3_m2(1).pdf)>, 17-18.

de la garantía de los medios alternativos para la solución de controversias. Como otra forma de protección procesal para asegurar el efectivo ejercicio de los derechos y libertades, existen en la actualidad medios alternativos para la solución de controversias.

De este modo, cada vez es mayor la posibilidad de acudir a mediadores, conciliadores y árbitros, quienes, a través de la comunicación directa entre las partes, tanto en el ámbito interno como en el internacional, buscan llegar a una solución extrajudicial de la controversia.<sup>80</sup>

Finalmente, se debe señalar que los procedimientos de contratación pública están diseñados para satisfacer las necesidades de la administración pública a través de los diversos procesos de contratación, que son necesarios para el cumplimiento de sus fines. Por esta razón, la culminación del proceso contractual se reviste de gran importancia. Para que se pueda cumplir con el fin de la contratación pública, es necesario que cualquier conflicto que pueda surgir sea solucionado de la forma más rápida y eficiente. En función de todo lo mencionado, los contratos administrativos deben establecer mecanismos eficientes para la solución de controversias por cuanto es imperativo el cumplimiento del objeto contractual para asegurar el normal desarrollo de la administración pública.

### **3. Estudio del marco legal vigente referente a los métodos alternativos de solución de controversias en contratación pública**

La Constitución de la República del Ecuador hace referencia a los métodos alternativos de solución de controversias en el artículo 190, donde se establece:

Artículo 190.- Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.

En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley<sup>81</sup>.

La LOSNCP y su reglamento general también hacen referencia a los métodos alternativos de solución de controversias, en el capítulo II, artículo 104 y 105:

Artículo 104.- Métodos alternativos de solución de controversias.- De existir diferencias entre las partes contratantes no solventadas dentro del proceso de ejecución,

---

<sup>80</sup> Dromi, *Tratado de Derecho Administrativo*, 87.

<sup>81</sup> *Constitución de la República del Ecuador* [2008], cap. cuarto, “Función Judicial y justicia indígena”, art. 190 ([Quito]: Asamblea Nacional).

podrán utilizar los procesos de mediación y arbitraje en derecho, que lleven a solucionar sus diferencias, de conformidad con la cláusula compromisoria respectiva.

Artículo 105.- Instancia Única.- De surgir controversias en que las partes no concuerden someterlas a los procedimientos de mediación y arbitraje y decidan ir a sede judicial, el procedimiento se lo ventilará ante los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo aplicando para ello la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

El reglamento general de la LOSNCP en el artículo 160 hace referencia a la utilización de mecanismos de solución directa para las controversias contractuales; determina que las entidades contratantes y lo contratistas las utilizarán para solucionar los conflictos que surgen en forma rápida y ágil la referida. Para ello, podrán acudir también a la conciliación, amigable composición y a la transacción. Respecto de la cláusula compromisoria la LOSNCP establece lo siguiente:

En los contratos podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación. El arbitraje será en derecho. Los árbitros serán tres (3), a menos que las partes decidan acudir a un árbitro único. En las controversias de menor cuantía habrá un sólo árbitro.

La designación, requerimiento, constitución y funcionamiento del tribunal de arbitraje se regirá por las normas contractualmente estipuladas o las que resulten aplicables.

Para la suscripción de esta cláusula se estará a lo dispuesto en la Ley de Mediación y Arbitraje<sup>82</sup>.

Otro aspecto importante que regula la ley es el compromiso o convenio arbitral, en el artículo 162 de la LOSNCP se establece lo siguiente:

Cuando en el contrato no se hubiere pactado cláusula compromisoria, cualquiera de las partes podrá solicitar a la otra la suscripción de un compromiso o convenio arbitral para que un Tribunal de Arbitraje resuelva las diferencias presentadas en razón de la celebración del contrato y su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación. En este caso, se requerirá informe favorable previo de la Procuraduría General del Estado.

En el documento de compromiso o convenio arbitral que se suscriba se señalará la materia objeto del arbitraje, la designación de árbitros, el lugar de funcionamiento del tribunal y la forma de cubrir los costos del mismo.

De acuerdo con la normativa citada, se puede establecer que dentro de la contratación pública es posible aplicar métodos alternativos de solución de controversias contractuales. Por lo tanto, existe facultad constitucional de someter las controversias a procedimientos o mecanismos de solución directa de controversias, de conformidad con la cláusula compromisoria previamente establecida en el contrato. En el artículo 104 de

---

<sup>82</sup> Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 161.

la LOSNCP se determina que en contratación pública el único método de solución de controversias es la mediación y el arbitraje.

Es importante establecer que la normativa citada expresamente hace referencia a diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual y que los mecanismos de solución de controversias únicamente pueden ser aplicados en la etapa de ejecución contractual.

### **3.1. Pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado para recurrir al arbitraje en contratación pública**

La Constitución determina en el inciso final del artículo 190 lo siguiente: “En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley”<sup>83</sup>. De acuerdo con esto, las entidades públicas determinadas en el artículo 1 de la LOSNCP podrán recurrir al arbitraje para solucionar los conflictos originados en contratación pública únicamente cuando exista pronunciamiento favorable por parte del procurador general del Estado.

La Procuraduría General del Estado es el organismo encargado de emitir un informe estableciendo si procede o no el arbitraje para la solución de un conflicto o controversia en contratación pública: allí debe determinarse si existen “las condiciones establecidas en la ley”, que se encuentran estipuladas en la Ley de Arbitraje y Mediación.

Con esto se limita el accionar de la mediación y arbitraje en el contrato administrativo, lo cual lleva implícitamente la imposibilidad de llegar a una solución efectiva a las controversias contractuales que pudieran presentarse durante la ejecución contractual.

Para que el procurador general del Estado emita un pronunciamiento favorable respecto de la aplicación del arbitraje a un contrato administrativo, este organismo debería tener pleno conocimiento del proceso de contratación pública, de su contrato y de la controversia suscitada, así como de las causas que la originan. En ese caso, la Procuraduría General del Estado estaría en la capacidad de fundamentar y analizar la

---

<sup>83</sup> *Constitución de la República del Ecuador* [2008], cap. cuarto, “Función Judicial y justicia indígena”, art. 190 ([Quito]: Asamblea Nacional).



procedencia o la improcedencia de someter la controversia a la jurisdicción arbitral; lo que se debe buscar es que el pronunciamiento del procurador general del Estado esté debidamente motivado conforme lo determina la Constitución.

Es importante establecer que aun cuando la normativa constitucional establece puntualmente: “En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley”, el SERCOP, a través del contrato tipo, establece erróneamente en una de sus cláusulas que en caso de controversias las partes contractuales deberán someterse al “convenio arbitral”, lo cual claramente vulnera el artículo 190 de la Constitución de la República del Ecuador. Además, contradice lo establecido en el artículo 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación que determina que para la realización de un arbitraje las partes deben expresar su decisión firme e inequívoca de someterse al arbitraje para solucionar las controversias contractuales.

De lo expuesto es importante determinar que la cláusula de divergencias y controversias, establecida en los contratos tipo del SERCOP, no surten efectos jurídicos ya que, previo a la utilización de métodos alternativos de solución de controversias, es imperativo el pronunciamiento favorables del procurador general del Estado. Esta situación, en la práctica jurídica del país, se encuentra negada públicamente con la suscripción del Oficio No. T.1-C.1.-SNJ-12-1134, elaborado por el Dr. Alexis Mera Giler, secretario nacional jurídico de la Presidencia de la República, de fecha 5 de octubre de 2012.

Mediante este documento, se dirige a los ministros, secretarios de Estado y autoridades de la administración pública central e institucional, para manifestar que “en los diversos contratos que se suscriban a partir de esta fecha, deberán someterse a la jurisdicción de los Tribunales Ordinarios y no a la de los Tribunales Arbitrales”<sup>84</sup>. El oficio citado claramente establece la imposibilidad de llevar a cabo en los contratos administrativos de contratación pública métodos alternativos para la solución de controversias. Esto se constituye en una limitación a la administración pública para solucionar controversias contractuales y para el cumplimiento de los fines institucionales y estatales.

---

<sup>84</sup> Ecuador. Oficio No. T.1-C.1.-SNJ-12-1134 (5 de octubre de 2012).

A pesar de que existen métodos alternativos de solución de controversias establecidos en la Constitución y en la LOSNCP y en su reglamento, existen varias limitaciones jurídicas y de procedimiento que dificultan la aplicación de la cláusula de controversias en el contrato administrativo. Esto se convierte en un impedimento para la solución oportuna y práctica de las controversias existentes en los diferentes contratos de adquisición de bienes, servicios o de ejecución de obras.

### **3.2. Jurisdicción contenciosa administrativa**

La LOSNCP establece en el artículo 163 que en el caso de que no exista una solución arbitral a las controversias presentadas, las controversias deberán ser sustanciadas ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, que ejercen la jurisdicción contenciosa administrativa; conforme lo determinado en el artículo de la ley que puntualmente manifiesta: “El recurso contencioso administrativo puede interponerse por las personas naturales o jurídicas contra los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública o de las personas jurídicas semipúblicas, que causen estado y vulneren un derecho interés directo del demandante”<sup>85</sup>.

Gustavo Jalk Robens señala que:

Desde el punto de vista de la “Teoría de Solución de Conflictos”, los conflictos, son el resultado de un choque de intereses, valores acciones o direcciones y cuando las partes que se enfrentan en este choque de valores o intereses no han logrado por ellas mismas encontrar un acuerdo acuden a un TERCERO para que decida por ellas, tradicionalmente en el Estado de Derecho, a través del órgano Judicial (Juzgados y Tribunales) que dicta una sentencia respaldada por la legislación.<sup>86</sup>

En efecto, cuando no existe una forma real y práctica para alcanzar la solución de controversias en los contratos administrativos, las partes contratantes se ven obligadas a demandar las controversias ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Esto retarda la resolución de las controversias suscitadas contractualmente y, consecuentemente, suspende la ejecución del contrato, lo cual conlleva implícitamente la pérdida de recursos públicos y el retardo en el cumplimiento de los fines estatales.

---

<sup>85</sup> Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 163.

<sup>86</sup> Gustavo Jalk Robens, comp., *Resolución Alternativa de Conflictos* (Quito: Praxis, 1997),

#### 4. Métodos alternativos de solución de controversias

Existen varios métodos que pueden constituirse en alternativas para resolver las controversias en contratación pública; en palabras de Francisco González de Cossío: “la ciencia jurídica ha ideado herramientas diversas que sirven para completar contratos incompletos. Desafortunadamente, con frecuencia se observa que son poco utilizados o mal utilizados”<sup>87</sup>. Esto ocurre en el país, donde el uso y aplicación de mecanismos alternativos de solución de conflictos en contratación pública es casi nulo.

En relación con los métodos alternativos de solución, Bruno Oppetit dice que:

El auge de los modos no jurisdiccionales de solución de conflictos proviene, indiscutiblemente, de la preocupación de los profesionales o del poder público por crear sistemas que permitan trasladar los contenciosos no solo al margen de la institución judicial considerada, con razón o sin razón, poco apta por su formalismo, su duración y su organización, para resolver de forma satisfactoria cierto número de litigios.<sup>88</sup>

De forma general, se puede establecer que los métodos alternativos de solución de controversias se constituyen en mecanismos o procedimientos que viabilizan la solución de conflictos; Valdés Sánchez los define como: “todos aquellos procedimientos, distintos a los procedimientos propios de la justicia ordinaria, contemplados por la ley para lograr la solución de conflictos sin participación de los jueces que integran la rama judicial del Poder Público de un estado”.<sup>89</sup>

El surgimiento de los métodos alternativos de solución de controversias tiene su origen en la ineficiencia y hasta inexistencia en algunas ocasiones de la administración de justicia por parte del Estado. Estos se convierten en una necesidad de las partes contratantes para proteger sus derechos contractuales y para llegar a una solución efectiva de la controversia presentada en armonía y en concordancia con lo que determina la normativa legal.

Como ya se mencionó, la Constitución de la República del Ecuador y la LOSNCP hacen referencia a los métodos alternativos de solución de controversias y la

---

<sup>87</sup> Francisco González de Cossío, “Contratos incompletos y solución de controversias”, <<http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/Contratos%20Incompletos%20y%20Solucion%20de%20Controversias.pdf>>, 3.

<sup>88</sup> Bruno Oppetit, *Teoría del Arbitraje* (Bogotá: Legis, 2006), 44.

<sup>89</sup> Roberto Valdés Sánchez, *La transacción* (Bogotá: Temis, 1997), 29.

doctrina reconoce varios métodos alternativos de solución de controversias. A continuación, se hablará de los métodos más conocidos.

#### **4.1. Negociación**

La negociación se ha convertido en un mecanismo útil que busca solucionar las controversias contractuales. Este mecanismo tiene eficacia, ya que siempre será más eficiente una solución aceptada voluntariamente por las partes, que una solución impuesta por un tercero. Es importante puntualizar que la negociación puede realizarse exclusivamente sobre puntos que no afecten el objeto contractual ni que se encuentren contrarios a la normativa legal. González de Cossío, en referencia a la negociación, manifiesta que: “Puede cuestionarse si la negociación es un mecanismo jurídico para resolver el problema. Después de todo, no ofrece un mecanismo exógeno y coactivo a la negativa de una de las partes a negociar o habiendo negociado, aceptar la respuesta más sensata o justa”<sup>90</sup>.

El uso de este mecanismo alternativo de solución de controversias utiliza mecanismos de “negociación cooperativa” a través de la cual las partes buscan solucionar su conflicto por intermedio de un negociador que determine y analice las propuestas formuladas por las partes y busque la solución más apropiada para el conflicto, haciendo prevalecer los intereses mutuos. Se busca crear fórmulas de solución como alternativas para la consecución del objeto contractual.

Mendieta Suñé indica que por negociación se entiende el “proceso en el que dos o más partes, con cierto grado de poder, con intereses comunes y en conflicto, se reúnen para proponer y discutir propuestas explícitas con el objetivo de llegar a un acuerdo”.<sup>91</sup>

De acuerdo con lo expuesto, es importante establecer que la aplicación de la negociación como método alternativo de solución de controversias dentro de la contratación pública contribuiría a la solución de conflictos contractuales e implícitamente conllevaría al beneficio común entre las partes contractuales.

---

<sup>90</sup> González de Cossío, “Contratos incompletos y solución de controversias”, 4.

<sup>91</sup> Carles Mendieta Suñé, *Técnicas avanzadas de negociación* (Barcelona: Universidad de Barcelona, 2002), 9.

## 4.2. Mediación y arbitraje

La mediación y el arbitraje son medidas viables, legales y efectivas para tratar las controversias contractuales. A través de estos métodos, se alcanzan soluciones que las partes intervinientes consideren adecuadas, garantizando el cumplimiento del objeto contractual. Este método se encuentra normado a través de la Ley de Mediación y Arbitraje, donde se plantea someter por mutuo acuerdo a las partes para que sus controversias sean tratadas por tribunales de arbitraje, que tienen como finalidad alcanzar acuerdos y solucionar las controversias existentes.

La utilización de la mediación y el arbitraje permite descongestionar los órganos jurisdiccionales, los cuales se encuentran en la actualidad con una gran carga procesal. A partir de lo que se ha mencionado, se puede establecer que este mecanismo de solución de controversias proporciona celeridad, confiabilidad y flexibilidad a la solución de controversias, pues resuelve los conflictos o controversias de manera adecuada y oportuna.

Se puede calificar a la mediación y arbitraje como mecanismos que permiten garantizar el acceso efectivo a la justicia, buscando soluciones pacíficas a los conflictos. Su ejecución no sustituye a la justicia, únicamente la complementa, manteniendo procesos participativos orientados a la búsqueda permanente de acuerdos en ejercicio de la justicia. Por las razones expuestas, se puede calificar a estos mecanismos acorde con los siguientes aspectos:

- Son vías alternativas de solución de conflictos amparadas en la ley, las cuales se basan en recuperar y alcanzar acuerdos, sin lugar a enfrentamientos, pues la base de la mediación y el arbitraje es el diálogo entre las partes.
- Procuran la humanización del servicio de la justicia, tomando en consideración los derechos de las partes intervinientes.
- Representan claras opciones para solventar conflictos de manera complementaria y ágil, evitando demoras o situaciones que afecten a los intereses de las partes.
- Privilegian los arreglos privados, alcanzando soluciones rápidas, seguras y previsibles, que permiten continuar con los contratos establecidos o finiquitarlos en términos de mutuo acuerdo, amparados en derecho.

- Promueven fórmulas de entendimiento para alcanzar soluciones sostenibles, pacíficas y de mutuo acuerdo.

Estos mecanismos de solución de conflictos son totalmente viables en la contratación pública, puesto que las instituciones contratantes y los contratistas pueden someterse voluntariamente a estos procedimientos para solventar las diferencias ocurridas en la ejecución contractual. El uso de la mediación y del arbitraje determina también el interés por parte de los intervinientes en alcanzar soluciones adecuadas que permitan garantizar sus derechos.

#### **4.2.1. La mediación**

Núñez, Revelo y Zuluaga mencionan que “en sentido simple, mediación significa interceder por alguien. La actividad del mediador es la de interceder por todas las partes, no por una sola; por lo mismo, consiste en interponerse entre ellas con el propósito de ayudarles a resolver sus desacuerdos y ejercer sus derechos”.<sup>92</sup>

La mediación permite que las partes alcancen soluciones en forma conjunta, alcanzando acuerdos y convenios que permitan continuar con lo acordado o dar por terminado el proceso. Este método carece de carácter jurisdiccional —por lo tanto, su eficacia depende de la buena voluntad de las partes— y se caracteriza por disolver la controversia contractual.

La participación del mediador permite a las partes identificar claramente las controversias y sus orígenes, buscando alcanzar fórmulas efectivas de arreglo que satisfagan los intereses comunes. Es importante citar que los acuerdos obtenidos provienen de las partes, quienes las aceptan por libre voluntad, considerando que son viables y relacionados con sus intereses

Mario Jaramillo define a la mediación como un “sistema voluntario e informal en el que un tercero neutral ayuda a que dos partes hallen libre y pacíficamente, por sí mismas, la solución a un conflicto. Cuando un acuerdo entre dos partes es alcanzado con la asistencia de ese tercero neutral, el acuerdo se ha logrado a través de la mediación”<sup>93</sup>.

---

<sup>92</sup> Jaidivi Núñez Varón, Alfredo Revelo Trujillo y José Octavio Zuluaga R., *Manual Práctico de Mediación* (Bogotá: Legis, 2008), 277.

<sup>93</sup> Mario Jaramillo, *Introducción a los sistemas alternos a la solución de conflictos* (Lugar: Institución Universitaria Sergio Arboleda, 1996), 68.

En efecto, el mediador actúa de manera neutral, debe, además, asegurar los mecanismos necesarios para que las partes contratantes puedan dialogar de manera directa, clara, concisa, solucionando de esta forma sus posiciones adversas.

La mediación se encuentra determinada en nuestra normativa legal como un método alternativo de solución de controversias; es por ello que resulta importante el establecimiento de directrices jurídicas por parte de los organismos competentes para la aplicación de este mecanismo en la solución de los conflictos contractuales. La LOSNCP establece que: “La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto”<sup>94</sup>.

El proceso de mediación concluye con la suscripción de un acta en donde se establece el acuerdo logrado. El acta tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada; por esta razón, se debe cumplir de igual forma que una sentencia de última instancia. Conforme establece la ley, su cumplimiento puede realizarse en cualquier centro de mediación existente en los gobiernos locales, cámaras de producción, gremios de profesionales, asociaciones, agremiaciones, fundaciones o instituciones sin fines de lucro, debidamente registradas en el Consejo Nacional de Judicatura.

Para Ernesto Salcedo, la mediación es “un procedimiento no adversarial por el cual las partes, que se encuentran inmersas en un conflicto, buscan una solución mutuamente aceptable, a la que podrán llegar mediante la ayuda de un tercero neutral”.<sup>95</sup> Para completar la definición y resumir lo que se ha dicho en este apartado, se puede mencionar lo que para Opperti es este mecanismo:

un método alternativo de resolución de conflictos no adversarial, en el cual un tercero imparcial, ajeno al problema, procura el acercamiento entre las partes facilitando su comunicación, para que, en forma cooperativa arriben a un acuerdo que las satisfaga. Es un método que lejos de intentar suplantar la actuación jurisdiccional, la auxilia. La mediación podría funcionar como herramienta auxiliar de la justicia en todos aquellos supuestos en que dos partes pueden disponer de tal forma sus bienes y derechos que logren poner fin a la lucha que les enfrenta<sup>96</sup>.

---

<sup>94</sup> Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*.

<sup>95</sup> Ernesto Salcedo Verduga, *El Arbitraje. La Justicia Alternativa* (Guayaquil: Distrilib, 2007), 16.

<sup>96</sup> “El Proceso de Mediación”, Buenos Aires, < [www.conflictologia.net](http://www.conflictologia.net)>.

#### 4.2.2. El arbitraje

Al igual que el caso anterior, es un mecanismo alternativo para la solución de controversias, al cual las partes se someten por mutuo acuerdo. En este caso, las partes encargan a un tercero la solución de sus controversias, siendo este un actor neutral que decide y soluciona la controversia que ha originado divergencias y conflictos.

El convenio arbitral se deberá realizar por escrito, estableciendo que las partes renuncian a exponer sus pretensiones ante la justicia ordinaria. El tribunal se constituirá conforme lo indica la ley por tres árbitros principales y uno suplente, permitiendo la solución de los conflictos contractuales, susceptibles de transacción, para alcanzar soluciones oportunas a las controversias presentadas.

En el artículo 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación, se determina que “el convenio arbitral es el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual”<sup>97</sup>. Por lo tanto, el arbitraje es un mecanismo en el que un tercero ayuda a solucionar un conflicto o diferencia entre las partes, “en virtud del ejercicio de una misión jurisdiccional que le ha sido confiada por estas”<sup>98</sup>.

Por su parte, para reforzar el concepto de arbitraje, Patricio Aylwin manifiesta que el “juicio arbitral o arbitraje es aquel a que las partes concurren de común acuerdo o por mandato del legislador y que se verifica ante tribunales especiales, distintos de los establecidos permanentemente por el Estado, elegidos por los propios interesados o por la autoridad judicial en subsidio; o por un tercero en determinadas ocasiones”<sup>99</sup>.

De acuerdo con la normativa expuesta se puede establecer que el arbitraje y la mediación han sido desarrollados normativa y doctrinalmente como métodos alternativos de solución de conflictos en las relaciones contractuales que se generan entre Estado y contratista dentro de contratación pública. La correcta aplicación y utilización del arbitraje y mediación dentro del Sistema Nacional de Contratación Pública resultaría ser beneficiosos para la administración pública, porque se alcanzaría la consecución de las relaciones contractuales estatales a través del cumplimiento del

---

<sup>97</sup> Ecuador, *Ley de Arbitraje y Mediación*, art. 5.

<sup>98</sup> Oppetit, *Teoría del Arbitraje*, 30.

<sup>99</sup> Patricio Aylwin Azócar, *El Juicio Arbitral* (Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2009), página 17.



objeto contractual y consecuentemente de los fines estatales.

Dentro de los contratos administrativos de contratación pública, resulta imperativo la incorporación de cláusulas arbitrales que permitan el correcto desenvolvimiento del proceso arbitral en el caso de surgimiento de controversias contractuales. Dentro de la práctica jurídica administrativa de la contratación pública, es importante la incorporación progresiva de los métodos alternativos de solución de controversias, ya que esto contribuirá la oportuna y eficiente solución de conflictos contractuales.

### **4.3. La conciliación**

La conciliación se fundamenta en la intervención de un tercero, que busca establecer entre las partes una solución de común acuerdo basada en el contrato celebrado, el cual se solventa y fundamenta en el esclarecimiento e interpretación contractual. Este método alternativo de solución de controversias ayuda significativamente a la solución de las controversias contractuales.

Desde el punto de vista técnico procesal, la conciliación es un modo anormal de terminación de un proceso, que se encuentra regulada en los códigos procesales. A través de ella las partes ponen fin a la controversia. Y si bien es una actividad encaminada a la autocomposición de litis, dentro de nuestra estructura procesal, para que haya conciliación es necesario que se reúnan los siguientes requisitos:

- a) Acuerdo entre las partes;
- b) Que tenga lugar en presencia o con la intervención del juez; y
- c) Que sea homologado por este.<sup>100</sup>

Dentro de este mecanismo alternativo de solución de controversias el conciliador conlleva una actividad de gran importancia, ya que “puede hacer sugerencias de transacción. El valor agregado que el mecanismo aporta, además de aquel ofrecido por la mediación, es doble”<sup>101</sup>.

Existen varias definiciones de conciliación; Valdés Sánchez, por ejemplo, indica que es:

la alternativa por medio de la cual las partes de una relación en conflicto, con la intermediación de un conciliador —autorizado por la ley para cumplir esa función y, dentro de ella, para proponer fórmulas de solución que las partes pueden o no acoger— buscan conciliar sus respectivas pretensiones susceptibles de transacción, mediante un acuerdo

---

<sup>100</sup> Juan Carlos Dupuis, *Mediación y Conciliación* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997), 26-27.

<sup>101</sup> González de Cossío, “Contratos incompletos y solución de controversias”, 5.

dotado por la ley de los efectos de cosa juzgada y de mérito ejecutivo.<sup>102</sup>.

En términos generales se puede establecer que la conciliación es un mecanismo procesal a través del cual las partes que se encuentran en un conflicto contractual se someten al proceso de conciliación con la finalidad de alcanzar una solución al conflicto contractual que están atravesando. Es importante mencionar que únicamente puede someterse al trámite conciliatorio los aspectos contractuales que sean susceptibles de conciliación y que no se encuentren en contra de ninguna normativa legal.

En al proceso de conciliación interviene de manera objetiva el juez o un tercero imparcial debidamente facultado y autorizado por la normativa correspondiente, quien actúa con conocimiento del caso y del conflicto y dentro de su actuación determina mecanismos o fórmulas de solución para las partes contratantes. La finalidad de este mecanismo es alcanzar un acuerdo entre las partes a través del cual se constituirán derechos los cuales adquirirán el carácter de cosa juzgada.

Con respecto a la conciliación, Luis Fernando Zambrano Ortiz manifiesta que:

Jurídicamente podemos decir que la conciliación es un acto o instrumento por medio del cual las partes en conflicto antes de un proceso o en trascurso de este, se someten a un trámite conciliatorio para llegar a un acuerdo susceptible de transacción permitido en la ley, teniendo como intermediario, objetivo e imparcial, la autoridad del juez, otro funcionario o particular debidamente autorizado para ello, quien, previo conocimiento del caso debe procurar por las formulas justas el arreglo expuesta por las partes o en su defecto proponerlas y desarrollarlas, a fin de que se llegue a un acuerdo, el que contiene derechos constituidos y reconocidos con carácter de cosa juzgada.<sup>103</sup>

Dentro de la temática planteada, es importante puntualizar que dentro de la mediación el mediador no está facultado para proponer alternativas de solución para el conflicto contractual a diferencia del método de conciliación en donde el conciliador puede por su propia iniciativa proponer mecanismos o alternativas para que las partes contractuales lleguen a un acuerdo de beneficio mutuo.

#### **4.4. Dispute Boards**

“Los Dispute Boards son instrumentos creados para contratos de construcción. Se trata de tribunales arbitrales sui géneris que navegan junto con una obra y se activan

---

<sup>102</sup> Valdés Sánchez, *La transacción*, 31.

<sup>103</sup> Luis Fernando Zambrano Ortiz, “La conciliación extrajudicial”, <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/22993-22995-1-PB.pdf>>.

exclusivamente si surge una controversia”<sup>104</sup>. Los Dispute Board se clasifican en virtud de las determinaciones que emiten para las partes contratantes y en función del efecto y naturaleza de la obligatoriedad de sus resoluciones. A partir de lo expuesto se han determinado tres especies que dan un valor agregado distinto; se las tratará a continuación.

#### **4.4.1. Dispute Review Board**

Dentro de la primera clasificación se encuentra el Dispute Review Boards. Estos mecanismos tienen como característica principal que son organismos: “que emiten un Determinación denominada Recomendación, sobre las desavenencias que surgen entre las partes contractuales. La Recomendación que emite el DRB es una opinión técnica fundada, no vinculante para las partes, por lo que, su cumplimiento está íntimamente ligado a su observancia voluntaria”.<sup>105</sup> En otras palabras, la sujeción a la recomendación no es obligatoria para las partes.

#### **4.4.2. Dispute Adjudication Board**

Los Dispute Adjudication Boards, son organismos técnicos especializados que se caracterizan por emitir decisiones de las controversias que tienen el carácter de obligatorio cumplimiento. Esto ocurre, de acuerdo con Muñoz, “desde el momento en que son formalmente notificadas a las partes, sin que estas puedan objetar la obligatoriedad del cumplimiento de la misma sin motivo alguno, inclusive, a pesar de que exista una manifestación de desacuerdo de la Decisión”.

La misma autora agrega que “Al igual que en DRB, en el DAB si una de las partes no está de acuerdo con la Decisión que se ha emitido, tiene 30 días desde la notificación para manifestar su desacuerdo por escrito a la otra Parte”<sup>106</sup>

---

<sup>104</sup> González de Cossío, “Contratos incompletos y solución de controversias”, 7.

<sup>105</sup> Andrea Muñoz Escobar, “Dispute Board como mecanismo alternativo de solución de controversias en obras de infraestructura” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2014), 25.

<sup>106</sup> *Ibíd.*, 27-28.

#### 4.4.3. Combined Dispute Board

Finalmente, este organismo técnico especializado se caracteriza por ser la mezcla de los dos ejemplos anteriores: puede emitir tanto recomendaciones como decisiones. Muñoz menciona que:

1. La CDB emite Decisiones cuando una Parte así lo requiere para resolver una Desavenencia y la otra Parte contractual no manifiesta su oposición a ello.
2. Cuando una Parte solicita una Decisión sobre una controversia y la otra Parte se opone, es la CDB la que se encuentra facultada para decidir de forma definitiva de expedir solamente una Recomendación o una Decisión.<sup>107</sup>

Es importante establecer que este mecanismo opera exclusivamente en los contratos de obras; por lo que se convierte en un instrumento adecuado para dirimir las posibles controversias. Su finalidad es la instrumentación de un órgano técnico que en el caso de ser necesario pueda emitir un pronunciamiento dirimente para solucionar cualquier posible controversia.

El Dispute Board surge como una herramienta para solventar disputas que se presenten entre las partes contractuales de forma temprana, es decir, desde el inicio y mientras se ejecuta el contrato; y que busca ser resuelta por especialistas de forma preferente. Estos especialistas conocen a fondo sobre el objeto contractual y realizan un seguimiento contractual permanente a las partes y visitas al sitio igualmente permanentes, lo cual, trae como resultado que la actuación de sus miembros se enmarque en lineamientos técnicos actualizados y ajustados a la necesidad real, de lo que se requiere para cumplir con dicho objeto<sup>108</sup>.

El Dispute Board es un mecanismo alternativo de solución de controversias que está constituido por tres técnicos expertos especializados que tienen pleno conocimiento sobre el objeto contractual. Una característica de este método de solución de controversias es que se conforma de manera voluntaria por las partes contratantes que intervienen en la celebración del contrato de ejecución de obra; la conformación de este equipo especializado tiene por objetivo intervenir en las controversias que se pueden suscitar en la ejecución contractual, con la finalidad de resolver las diferentes desacuerdos técnicos. Es importante puntualizar que este mecanismo no es un tribunal arbitral y las resoluciones adoptadas no tienen carácter obligatorio.

---

<sup>107</sup> *Ibíd.*

<sup>108</sup> Carolina Macho Gómez, “Los ADR, Alternative Dispute Resolution en el comercio internacional” (tesis doctoral, Universidad de Cantabria, España, 2013), 406-07.

Las resoluciones adoptadas por el Dispute Board vinculan a las partes en relación con el contrato celebrado y en aspectos de carácter técnico ligado al objeto contractual. Por todo lo mencionado, se puede determinar que se trata de una herramienta útil dentro de la contratación pública cuya característica principal es resolver las controversias desde su surgimiento con la finalidad de permitir el cumplimiento del objeto contractual. Otro aspecto de fundamental importancia de este mecanismo es la presencia de técnicos que lo conforman: ellos realizan inspecciones y recomendaciones de manera permanente en la obra, lo cual asegura el debido cumplimiento contractual de la obra bajo parámetros técnicos.

Las características descritas del Dispute Board permiten que durante la ejecución de la obra se establezcan lineamientos técnicos especializados para el cumplimiento del objeto contractual. Esto contribuye a la prevención de controversias contractuales.

Finalmente, es importante establecer que el Dispute Board es un mecanismo que se instituye y opera desde el inicio de la etapa contractual. Por esta razón, para su conformación necesita del concurso de voluntades de las partes contratantes. Dentro de la etapa de su conformación es imperativo el establecimiento de la naturaleza de su aplicación y de la normativa que será aplicada para su funcionamiento.

Otro aspecto importante que hay que especificar dentro de la presente temática es que este mecanismo alternativo de solución de controversias no se encuentra incorporado en nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo, por sus características de conformación y funcionamiento podría convertirse en un mecanismo eficaz y eficiente para evitar las controversias contractuales en Ecuador. Es importante puntualizar que previa la aplicación de este mecanismo en Ecuador debería ser debidamente desarrollado y normado por la LOSNCP.

#### **4.5. Expertise**

“Los procedimientos de expertos permiten obtener una solución a una diferencia que divide a las partes sobre un tema técnico, no necesariamente jurídico. El valor agregado que dan es que canalizan la solución de una controversia a la persona mejor situada para resolverla: el *connaissanceur*”.<sup>109</sup>

---

<sup>109</sup> González de Cossío, “Contratos incompletos y solución de controversias”, 8.

Este procedimiento puede convertirse en una herramienta muy útil para dar solución a las controversias que tienen su origen en aspectos o interpretaciones de carácter técnico. Estas controversias surgen cuando en el contrato suscrito entre las partes no se establece en forma detallada y específica aspectos específicamente técnicos, en tal virtud es un mecanismo válido para solucionar y evitar controversias contractuales.

Para solucionar las controversias por la errónea interpretación de aspectos técnicos, es importante la implementación de un tercero experto, que ayudará a la solución del conflicto contractual. De acuerdo con Macho Gómez, el experto:

examina e investiga los diferentes aspectos fácticos y técnicos presentados por las partes, todo ello con el fin de esclarecer y determinar dichos extremos. Una vez que el perito o factfinder clarifica la situación a través de un informe, las posiciones respectivas de las partes serán más razonables y cercanas una de otra, base necesaria para lograr que aquellas lleguen a un acuerdo. A su vez, este tercero puede realizar recomendaciones, asistiendo a las partes para que encuentren una solución al conflicto, o incluso, puede realizar una propuesta de acuerdo. En cualquier caso, aunque su pronunciamiento suele configurarse como no vinculante, las partes pueden acordar lo contrario.<sup>110</sup>

A partir de lo establecido, se puede determinar que el informe pericial desarrollado durante la etapa contractual aporta con el establecimiento de aspectos fácticos y técnicos respecto del debido cumplimiento en la etapa de ejecución contractual. Por lo mencionado es importante precisar que el Consejo Nacional de la Judicatura norma el accionar de los peritos en Ecuador a través de la Resolución No. 040-2014, de fecha 15 de abril de 2014; allí, se definen los parámetros de organización y administración del sistema de pericial de Ecuador. En esta resolución, se determinan los procedimientos, prohibiciones, estructura del informe pericial y honorarios a través de los cuales deben actuar los peritos calificados y registrados en el Consejo Nacional de la Judicatura.

De lo expuesto es importante determinar que el *expertise* puede convertirse en un mecanismo de solución de controversias “en tanto que se encarga de clarificar hechos y aspectos técnicos que dieron lugar al problema, también suele ser utilizado como preludeo para otro tipo de ADR, especialmente, la mediación y el minitrial, y también

---

<sup>110</sup> Macho Gómez, “Los ADR”, 411.

para arbitrajes, e incluso procesos judiciales”<sup>111</sup>. La participación de peritos en el proceso contractual y la elaboración del informe pericial contribuyen a la erradicación de procesos judiciales largos que imposibilitan la consecución del objeto contractual. Otro aspecto importante de este mecanismo de solución de controversias es que el hecho de que el informe pericial sea vinculante o no dentro de la solución de conflictos se constituye en prueba y adquiere valor probatorio.

#### **4.6. Adaptación de contratos o Contractual Gap Filling**

De acuerdo con González de Cossío, “la adaptación de contratos es la facultad que se da a un tercero de llenar lagunas o vacíos que el contrato pueda presentar durante su vigencia”<sup>112</sup>. Este método sirve para evitar las controversias contractuales y puede ser un procedimiento útil e interesante. Sin embargo, hay que puntualizar que es de suma importancia la adecuada estructuración contractual, para evitar las controversias, de ahí nace la importancia de la existencia de una cláusula sumamente clara y específica en la cual se establezca la forma en que operará este procedimiento y sobre quién se depositaría la facultad de adaptar el contrato a la necesidad contractual. En palabras de Estavillo Castro:

El acuerdo para implantar este mecanismo, puede existir en el contrato mismo, o puede ser elaborado con posterioridad. Considerando que en derecho mexicano la teoría de la imprevisión (cláusula rebus sic stantibus) no es aplicable automáticamente, este MASO puede proveer el mecanismo, con pleno respaldo técnico especializado, para resolver el problema.<sup>113</sup>

En la práctica de la contratación pública, se utiliza en la etapa de suscripción contractual el contrato tipo preestablecido por el SERCOP, lo cual imposibilita a las partes contratantes la correcta interpretación y aplicación contractual, por cuanto el contrato suscrito por las partes carece generalmente de una adecuada estructura fáctica y jurídica. Por esta razón, la adaptación de contratos o Contractual Gap Filling puede ser una alternativa a la solución de controversias dentro de la contratación pública, ya que otorga la posibilidad de adaptar los términos contractuales a las necesidades para el

---

<sup>111</sup> *Ibíd.*

<sup>112</sup> González de Cossío, “Contratos incompletos y solución de controversias”, 8.

<sup>113</sup> Fernando Estavillo Castro, “Medios alternativos de solución de controversias”, <<http://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/9FernandoEstavillo.pdf>>, 384

desarrollo del objeto contractual y para llenar lagunas contractuales.

Dentro de este punto, es importante señalar que mediante este mecanismo no pueden modificarse cláusulas constitutivas del contrato administrativo en contratación pública —como por ejemplo el objeto contractual, el plazo contractual, el precio del contrato, entre otras— es decir que las partes deberán cumplir con la normativa legal y con los parámetros técnicos de la contratación.

Como se citó anteriormente, existen diversos procedimientos o métodos que permiten solucionar las controversias contractuales. Los métodos tratados son mecanismos alternativos que buscan aclarar el contenido del contrato suscrito entre las partes. Estos procedimientos están orientados a solucionar aspectos puntuales y específicos en la fase de ejecución contractual y son herramientas muy útiles para lograr cumplir el objeto contractual y, consecuentemente, cumplir con los fines institucionales y estatales. Es importante puntualizar que la solución de controversias contractuales va enfocada únicamente hacia aspectos contractuales que no se encuentren claros y detallados en el contrato administrativo; por consiguiente, si una de las partes contratantes incumple el contrato este tendrá que terminarse de acuerdo con lo establecido en la LOSNCP y en su reglamento general.

Desde el punto de vista formal, en la LOSNCP, su reglamento general y las resoluciones del SERCOP, no se establece la utilización de los métodos de negociación, conciliación, dispute boards, expertise y adaptación de contratos o contractual gap filling para la solución alternativa de solución de controversias en contratación pública. Sin embargo, es imperativo establecer que la implementación de estos métodos permitirá obtener una solución ágil y efectiva a las controversias contractuales.

Los métodos alternativos de solución de controversias son necesarios dentro del Sistema Nacional de Contratación Pública para la solución de los conflictos o controversias contractuales, ya que incorporan procedimientos expeditos y legales que permiten el cumplimiento del objeto contractual y, consecuentemente, el beneficio social a través de la adquisición de bienes, servicios o ejecución de obras.

Como característica general, los métodos alternativos de solución de controversias contemplan la presencia de un tercero que participa dentro de la relación contractual para dar solución al conflicto. Por esta razón, es necesario que dentro de la



etapa contractual se establezca el procedimiento y el mecanismo que se llevará a cabo para la elección del tercero imparcial que participará dentro de la solución de la controversia contractual. Como ya se mencionó, la intervención del tercero imparcial debe ser de carácter eminentemente técnica y objetiva.

La incorporación de los métodos alternativos de solución de controversias debe estructurarse, elegirse e incorporarse dentro de la etapa de preparación del contrato, tomando en cuenta la naturaleza del objeto contractual. No obstante, antes de que puedan ser utilizados, deben ser incorporados por la normativa legal correspondiente.

Finalmente, cabe recalcar que la utilización de métodos alternativos de solución de controversias dentro del contrato administrativo de contratación pública contribuiría a la consecución de los fines estatales y a su vez fortalecería la relación jurídica entre las partes contratantes.

## Conclusiones y recomendaciones

### 1. Conclusiones

- La identificación específica de la controversia contractual y de sus elementos constitutivos posibilitará la implementación de mecanismos efectivos y jurídicamente estructurados para la adopción de procedimientos idóneos para la solución de controversias.
- Del análisis de los diferentes mecanismos alternativos de solución de controversias se puede establecer que dentro de los procedimientos de contratación pública ninguno ha sido aplicado; por lo que no se ha podido dar solución a conflictos de manera efectiva y oportuna.
- El desarrollo de los mecanismos alternativos de solución de controversias significaría un avance normativo dentro de la contratación pública, pues estos mecanismos son horizontales y permiten la aplicación de los principios consagrados en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.
- La Constitución de la República del Ecuador y la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública determinan la utilización de métodos alternativos de solución de controversias en materia de contratación pública.
- Del estudio analizado podemos establecer que la cláusula de controversias no es debidamente estructurada en los contratos de adquisición de bienes, servicios y de ejecución de obras; consecuentemente, no surte efectos jurídicos para las partes contratantes.
- Las cláusulas exorbitantes del contrato administrativo deben ser utilizadas por la administración pública para coadyuvar al cumplimiento del objeto contractual.
- Las controversias identificadas en la presente investigación tienen su origen en las siguientes etapas de los procesos de contratación.
  - 1) Etapa precontractual: no se lleva a cabo un adecuado estudio técnico, jurídico y económico, lo cual permite el apareamiento de vicios e incongruencias en los pliegos del proceso de contratación.

2) Etapa contractual: no se estructura adecuadamente el contrato administrativo y se utiliza únicamente el formato establecido por el SERCOP, lo cual da origen a vacíos contractuales.

- Los métodos alternativos de solución de controversias son muy poco utilizados en contratación pública, casi la totalidad de las controversias contractuales son ventiladas ante los Tribunales de lo Contencioso Administrativo.
- En la práctica procesal de contratación pública, se puede evidenciar que mediante el oficio No. T.1-C.1.-SNJ-12-1134 se prohibió la solución de controversias contractuales a través de métodos alternativos de solución de controversias, lo cual se constituye en una clara violación a la normativa jurídica.
- La solución de las controversias contractuales a través de los métodos alternativos permitirán resolver los conflictos o controversias de manera ágil y eficaz, con lo cual se beneficiaría la administración pública, ya que lograría el cumplimiento de sus fines sin retrasos ni perjuicios económicos.
- Dentro de los mecanismos que permiten evitar la existencia de controversias, se han identificado los siguientes:
  - a) Establecer un adecuado estudio de las necesidades existentes en las entidades públicas previo a realizar los procesos de contratación pública.
  - b) Definir adecuadamente en el contrato la cláusula de controversias; esto permitirá determinar mecanismos de solución efectivos y la consecución de los fines estatales.
  - c) Cumplir con los parámetros técnicos y jurídicos para la selección del contratista, para garantizar el cumplimiento contractual.
- Para evitar las controversias en contratación pública es importante que cada entidad contratante elabore su propio contrato, de acuerdo con sus requerimientos y necesidades. La debida estructuración contractual garantizará a las partes seguridad jurídica y evitará el apareamiento de controversias por vacíos contractuales.

## **2. Recomendaciones**

- Es importante que las instituciones públicas dispongan de un registro de las controversias contractuales existentes en los diversos procesos de contratación, identificando la causa que dio origen a las distintas controversias, con la finalidad de transparentar la información y evitar que ocurran nuevamente en futuros contratos.
- Previo a la entrega del RUP por parte del SERCOP, es imperativo que se realice un análisis técnico, jurídico y económico para garantizar la idoneidad de los futuros oferentes, con el objeto de evitar el surgimiento de controversias o incumplimientos en la etapa contractual.
- La normativa jurídica debe promover y garantizar el uso de métodos alternativos de solución de controversias por parte de las entidades estatales, con la finalidad de garantizar la consecución de los fines estatales.

## Bibliografía

- Alarcón, Lucía. *Derecho Administrativo*. Valladolid: Lex Nova, 2010.
- Álvarez, Alejandro. *Comentarios a la nueva Ley y Reglamento de contrataciones y adquisiciones del Estado*. Lima: Marketing Consultores, 2006.
- Alvares Conde, Enrique. *Curso de derecho Constitucional*. Vol. 1. Madrid: Tecnos, 1992.
- Arcos Aldás, José Luis. “Aplicación de los principios de contratación pública en el procedimiento de la subasta inversa”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2010.
- Aylwin Azócar, Patricio. *El Juicio Arbitral*. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2009.
- Bercaitz, Miguel Ángel. *Teoría General de los Contratos Administrativos*. Buenos Aires: Depalma, 1980.
- Beyer, Landon. *El Conflicto*. 2009.
- Bianchi, Roberto. *Mediación prejudicial y conciliación*. Buenos Aires: Zavalia, 1996.
- Cassagne, Juan Carlos. *El contrato administrativo: Conceptos y diferencias con los Contratos civiles*. Buenos Aires: Lexis Nexis/Abeledo-Perrot, 2005.
- Castillo, Alejandro. *Génesis y evolución de la Administración Pública en México*. México: Instituto de Administración Pública de Michoacán, 2001.
- Correa, José Luis. “Contratos Administrativos: versión clásica”. En Ismael Farrando. *Contratos Administrativos*, 381-408. Buenos Aires: LexisNexis/Abeledo Perrot, 2002.
- Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina Ediciones, 2009.
- Dupuis, Juan Carlos. *Mediación y Conciliación*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.
- Echeverri Salazar, Orlando. *Debido proceso y pruebas lícitas*. Colombia: Editorial Doctrina y Ley, s.f.
- Eguiguren, Genaro. *Celebración de contratos administrativos*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar/Corporación Editora Nacional, 2001.

- . *Reajustes y conflictos en los contratos públicos. Celebración de contratos administrativos*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar/Corporación Editora Nacional, 2001.
- “El Proceso de Mediación”. Buenos Aires. <[www.conflictologia.net](http://www.conflictologia.net)>.
- Entrena Cuesta, Rafael. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Tecnos, 1998.
- Escobar Muñoz, Andrea Karina. “Dispute board como mecanismo alternativo de solución de controversias contractuales en obras de infraestructura”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2014.
- Escrinhuela, Javier. *La contratación pública en el horizonte de la integración*, 2009.
- Estavillo Castro, Fernando. “Medios alternativos de solución de controversias”. <<http://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/9FernandoEstavillo.pdf>>.
- Falconí, José María. *Manual de práctica procesal, constitucional y penal*. Quito: Editorial Rodin, 2002.
- Farrando, Ismael. *Contratos Administrativos*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002.
- Fernández Bulté, Julio. *Teoría del Estado y del Derecho. Teoría del Derecho*. La Habana: Editorial Félix Varela, 2002.
- Fernández Suescum y Diego Orlando. *Manual de derecho público*. Quito: Ediciones Aspiazu, 2000.
- Franco Gutiérrez, Omar. *La contratación Administrativa: definiciones*. Colombia: Biblioteca Jurídica Dike, 1989.
- García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Madrid: Civitas, 1963.
- Gómez Sanchis, Daniel. *Contratos Administrativos*. En Ismael Farrando. *Contratos Administrativos*, 19-38. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002.
- González de Cossío, Francisco. “Contratos incompletos y solución de Controversias”. <<http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/Contratos%20Incompletos%20y%20Solucion%20de%20Controversias.pdf>>.
- Guamán Burneo, José Javier. “La mediación como requisito previo para descongestionar a la justicia ordinaria en cuestiones de interés público”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2011.

- Guillén Vales, Luz María, Luis Huayta Zacarías, Marco Montoya Lazarte. “Cómo Ejecutar el contrato y cómo solucionar controversias”. *OSCE Educa. Aula Virtual*. <[http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/cap3\\_m2\(1\).pdf](http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/cap3_m2(1).pdf)>.
- Jalk Robens, Gustavo, comp. *Resolución Alternativa de Conflictos*. Quito: Praxis, 1997.
- Jaramillo, Hernán. *Derecho Administrativo*. Loja: UTPL, 2013.
- Jéze, Gastón. *Principios Generales de Derecho administrativo*. Vol. 6. Tomo III. Buenos Aires: Depalma, 1950.
- López, Nelson y Libia Ribas. *Interrogantes y Respuestas sobre la Nueva Ley de Contratación Pública*. Quito: Editora NINA Comunicaciones, 2009.
- López, William. *Tratado de Derecho de Contratación Pública*. Quito, 2010.
- Macho Gómez, Carolina. “Los ADR [Alternative Dispute Resolution] en el comercio Internacional”. Tesis doctoral, Universidad de Cantabria, España, 2013.
- Marienhoff, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.
- Mendieta Suñé, Carles. *Técnicas avanzadas de negociación*. Barcelona: Universidad de Barcelona, 2002.
- Miranda, Héctor. “La Discrecionalidad de la Administración en el Procedimiento Dinámico de Subasta Inversa en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.
- Morales Tobar, Marco. *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. Ecuador: Corporación de estudios y publicaciones, 2010.
- Muñoz Escobar, Andrea. “Dispute Board como mecanismo alternativo de solución de controversias en obras de infraestructura”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2014.
- Núñez Varón, Jaidivi, Alfredo Revelo Trujillo y José Octavio Zuluaga R. *Manual Práctico de Mediación*. Bogotá: Legis, 2008.
- Oppetit, Bruno. *Teoría del Arbitraje*. Bogotá: Legis, 2006.
- Orozco, Aníbal. *La Contratación Pública*. México: Estudios Jurídicos Aplicados, 2010.
- Pérez, Antonio y Efraín Pérez. *Manual de Contratos del Estado*. Quito: Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008.

- Pérez, Efraín. *Derecho Administrativo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2006.
- Pérez, Gloria. *Aprender a vivir en conflicto*, 2008.
- Pérez, Marco. *Gobierno Digital Tendencias y Desafíos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Poveda Camacho, Galo Efraín. “Medios alternativos de solución de conflictos en Ecuador: la mediación”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2006.
- Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. 22. ed. Madrid: Espasa, 2011.
- Rengel, Iván. *Manual de Contratación Pública Municipal*. Tomo I. Quito: Trama, 1995.
- Rojas, Enrique. *Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo*. Costa Rica: EDILEX S. A., 2007.
- Raven y Kruglanski. Citado por Manuel Vidal Noguera. *Prácticas y técnicas de Negociación*, 1970.
- Salcedo Verduga, Ernesto. *El Arbitraje. La Justicia Alternativa*. Guayaquil: Distrilib, 2007.
- Sánchez, Jaime. *Control de obras públicas*. Quito: Contraloría General del Estado, 2008.
- Santofimio, Jaime. *Tratado de Derecho Administrativo contencioso Administrativo*. Tomo III. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.
- Suárez, Marine. *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Barcelona: Paidós, 1996.
- Valdés Sánchez, Roberto. *La transacción*. Bogotá: Temis, 1997.
- Zambrano Ortiz, Luis Fernando. “La conciliación extrajudicial”.  
<<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/22993-22995-1-PB.pdf>>.