



**UNIVERSIDAD DEL AZUAY**  
**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS**  
**ESCUELA DE DERECHO**

**DEL CUASICONTRATO EN LA ADMINISTRACIÓN**  
**PÚBLICA: FUENTE DE OBLIGACIONES**

**Trabajo de grado previo a la obtención del título de Abogado de los**  
**Tribunales de la República**

**AUTOR:**

**Trajano Severo Ríos Ordóñez**

**DIRECTOR:**

**Dr. Carlos Santiago Jara Reyes**

**Cuenca-Ecuador**

**2016**

**DEDICATORIA**

*A mi esposa Katy, mis hijas Milena, Analís, Mía, y mi hijo Trajano,  
por ser mi inspiración, mi fortaleza, mi ilusión.*

## AGRADECIMIENTOS

A mi esposa Katy Cabrera Huaraca, por ser aquel espíritu bondadoso, sincero y valeroso, que sacrificando todo, siempre estuvo regalándome su apoyo incondicional, y que, junto a nuestra familia, este logro, es más suyo que mío.

A mi papa, mi mamá, hermanas y hermano, por estar siempre pendientes, no sólo de mis estudios, sino de todo lo que sucede en mi vida, siendo todos ellos, a lo que efectivamente se puede llamar familia.

A la Universidad del Azuay, por haberme acogido en aquellos momentos difíciles en que parecía que la oportunidad de seguir mis estudios desaparecía, pero que, por lo contrario, se convirtió en una fuente de oportunidades, conocimiento y amistad.

A todos los catedráticos universitarios que, durante la etapa de estudiante, supieron brindarme su amistad, conocimientos y experiencias, que seguro me serán de valiosa utilidad en mi vida profesional.

Al Dr. Carlos Santiago Jara Reyes, que, como profesor y director de tesis, nunca escatimo esfuerzos para que el trabajo aquí plasmado, se haga realidad.

Al Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Gualaceo, que, por medio de sus autoridades y más compañeros de trabajo, me supieron conceder el tiempo necesario para mi preparación, esperando retribuirles de igual o mejor manera.

Finalmente, agradezco a todas las personas que siempre estuvieron pendientes y apoyándome, pero, sobre todo aquellas que ya no están en mi presencia, y con quienes, de corazón, me hubiese gustado celebrar.

## ÍNDICE DE CONTENIDOS

DEDICATORIA.....	II
AGRADECIMIENTOS .....	III
ÍNDICE DE CONTENIDOS .....	IV
RESUMEN.....	VII
ABSTRACT .....	VIII
INTRODUCCIÓN .....	9
CAPITULO I.....	11
1.1. DE LOS CONTRATOS EN GENERAL .....	11
1.1.1. Conceptos.....	11
1.1.2. El contrato como negocio jurídico: Antecedentes y estructura. ....	14
1.1.2.1 Antecedentes. ....	14
1.1.2.2 Estructura del negocio jurídico .....	16
1.1.2.3 De la formación de los contratos.....	18
1.2. DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS .....	20
1.2.1. Importancia teórica y práctica. ....	20
1.2.2. Tipos de contratos administrativos.....	25
1.2.3. Características de los contratos administrativos.....	28
1.3. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR.....	32
1.3.1. Antecedentes de la Contratación Pública en el Ecuador.....	32
1.3.2. Del Sistema Nacional de Contratación Pública. ....	33
1.3.3. Principios rectores de la Contratación Pública en el Ecuador. ....	36
1.3.3.1. Noción de principios.....	36
1.3.3.2. Los principios consagrados en la LOSNCP. ....	36
1.3.4. De las etapas de la contratación pública y de los procesos contractuales. Generalidades. ....	42
1.3.5. De los procesos contractuales. ....	47

CAPITULO II .....	73
2.1. DEL CUASICONTRATO.....	73
2.1.1. Del cuasicontrato como fuente de las obligaciones, generalidades. ....	73
2.1.2. Principales cuasicontratos. ....	75
2.1.3. Del Cuasicontrato Administrativo.....	80
2.2. DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA .....	83
2.2.1. Conceptos.....	83
2.2.2. Doctrina del enriquecimiento sin causa. ....	85
2.2.3. Requisitos del enriquecimiento sin causa.....	89
2.2.4. Del enriquecimiento sin causa en la legislación ecuatoriana. ....	91
2.2.5. Del enriquecimiento sin causa en las contrataciones administrativas.....	94
CAPÍTULO III .....	100
3.1. DE LA ACTIO DE IN REM VERSO:.....	100
3.1.1. Nociones generales.....	100
3.1.2. Conceptos.....	102
3.1.3. Elementos.....	103
3.1.4. Doctrina.....	107
3.1.5. Jurisprudencia y pronunciamientos en el derecho comparado.....	111
3.2. DEL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO:.....	118
3.2.1. Nociones generales.....	118
3.2.2. Condiciones.....	120
3.2.3. Procedimiento.....	123
3.3. DEL CONVENIO DE PAGO: .....	126
3.3.1. Nociones Generales.....	126
3.3.2. Pronunciamientos de la Procuraduría General del Estado. ....	127
3.3.3. Condiciones y procedimiento.....	130

3.3.4. Objeciones al pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado. ....	131
3.4. DE LA MEDIACIÓN COMO VÍA PARA SOLUCIONAR LOS CUASICONTRATOS ADMINISTRATIVOS. ....	136
3.4.1. Nociones generales y conceptos de mediación. ....	136
3.4.2. Condiciones. ....	140
3.4.3. Procedimiento. ....	145
3.5. LA RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. ....	147
3.5.1. Concepto de servidores públicos. ....	147
3.5.2. De la responsabilidad administrativa, civil y penal. ....	149
3.5.3. El derecho de repetición. ....	153
CONCLUSIONES .....	157
RECOMENDACIONES .....	160
BIBLIOGRAFÍA. ....	161

## RESUMEN

Esta investigación pretende determinar si el cuasicontrato es fuente de obligaciones, en el ámbito del derecho público, respecto de aquellos compromisos que se han generado entre el Estado y quienes han ejecutado una obra, prestados servicios o suministrado bienes sin haberse acogido a los procedimientos que la LOSNCP determina.

Para lograr el propósito indicado, se hará un análisis general de los contratos civiles y de los administrativos, para posteriormente efectuar un sumario los aspectos relevantes de la LOSNCP.

Con esos antecedentes, se determinarán las principales características del enriquecimiento sin causa, y se buscará establecer, si el cuasicontrato en materia de contratación pública, puede generar obligaciones.

Finalmente, luego del análisis teórico, doctrinario y jurisprudencial, se determinará la vía adecuada para solventar las obligaciones generadas sin respaldo contractual; así como, precisar las responsabilidades de los servidores públicos que, con su acción u omisión no acataron las regulaciones que rige la contratación pública en nuestro país.

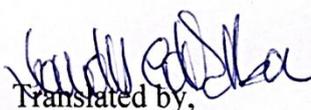
**ABSTRACT**

This research aims to determine whether an implied-in-law contract is source of obligations in the field of public law, in respect to those commitments that have been generated between the State and who have executed a work, rendered services or supplied goods without having complied with the procedures that the LOSNCP (Organic Law of the National Public Procurement System) determines.

To achieve this purpose, a general review of civil and administrative contracts will be performed, to subsequently make a summary of the relevant aspects of the LOSNCP. Based on this background, the main features of unjust enrichment will be identified, so as to establish if an implied-in-law contract in the field of public procurement can generate obligations.

Finally, after the theoretical, doctrinal and jurisprudential analysis, the most appropriate way to settle the obligations generated without contractual support will be determined; as well as specify the responsibilities of public servants who, with their act or omission did not comply with the regulations governing public procurement in our country.



  
Translated by,  
Lic. Lourdes Crespo

Ríos Ordóñez Trajano Severo  
Trabajo de Grado  
Dr. Carlos Santiago Jara Reyes  
Diciembre del 2015

## **DEL CUASICONTRATO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: FUENTE DE OBLIGACIONES**

### **INTRODUCCIÓN**

A partir de la vigencia de la Constitución de la República del Ecuador, la vorágine normativa es evidente, en la búsqueda de armonizar los criterios y perspectivas de atañe, con una nueva concepción del Estado. En este contexto, entra en vigencia la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública - LOSNCP, y tras ella, un sin número de normas secundarias, herramientas informáticas, en fin, un completo, y en algunos casos, un complejo aparataje, al que deben sujetarse las entidades públicas y quienes pretenden ser proveedores del Estado.

Es así que, en la LOSNCP podemos encontrar varios principios rectores de la contratación pública, en su intención de dotarla de transparencia, igualdad, trato justo, entre otros, sin embargo, es admirable, por decirlo menos, los casos en que se generan obligaciones “cuasicontractuales”, por la omisión en que los servidores públicos y los mismos proveedores, se ven comprometidos, por no haber respetado los procedimientos que, en sus distintas etapas se prevé para que se forme un contrato administrativo, capaz de generar obligaciones recíprocas, facilitar la supervisión, administración y fiscalización.

Como se podrá observar del presente trabajo, las soluciones que se pretenden dar o se han sugerido, ya sea, por medio de los pronunciamientos que ha emitido la Procuraduría General del Estado, la jurisprudencia comparada, la doctrina, no son suficientes para encarar los problemas causados, como se dan en todos aquellos en que las personas nos alejamos de la norma o la pasamos por alto.

De estos escasísimos antecedentes, pero que posteriormente serán ampliados y sustentados, es evidente que el cuasicontrato administrativo, en los actuales momentos, deviene de no haberse respetado los procesos que establece la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, excluyéndose de este análisis aquellas relaciones que podrían surgir de la aplicación de la Codificación del Código de Trabajo y la Ley Orgánica del Servicio Público, pues, sus características son distintas, así como, las formas de impetrar su reclamo.

En el presente trabajo, no sólo se hará un recuento de la doctrina, jurisprudencia, resoluciones, pronunciamientos, sino, sobre todo, se buscará encontrar las herramientas que con sustento jurídico, permitan “arreglar” los desperfectos cometidos por quienes son llamados a respetar y hacer respetar los procedimientos para la contratación pública, con esto, se quiere hacer énfasis de que, si bien pueden existir alternativas para honrar las obligaciones sin contrato, considerando para ello la teoría del enriquecimiento si causa y la de la actio de in rem verso, siempre habrá un responsables o responsables sobre quienes deberán recaer las sanciones respectivas, pues, si bien por un lado los reclamos generalmente sustentan la tesis de que no existe trabajo gratuito, en los principios de buena fe y equidad; sin embargo, se debe tener especial atención de que dichas alegaciones también pueden ser alegados por quienes, estando dispuestos a participar en buena lid, se ven relegados, incluso cuando, mediante órdenes verbales se incumplen los postulados que prevé la Ley Orgánica del Sistema Nacional del Contratación Pública, su Reglamento de aplicación y más normas del caso.

Finalmente, debemos tener presente que, como futuros profesionales del derecho, siempre debemos estar prestos a brindar el mejor de los consejos, guiados por el respeto irremediable a las normas, y enarbolando el blasón de la justicia en nuestra mente y corazón.

## CAPITULO I

### DE LOS CONTRATOS EN GENERAL Y DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN PARTICULAR

#### 1.1. DE LOS CONTRATOS EN GENERAL

##### 1.1.1. Conceptos.

El análisis del contrato dentro de la teoría del negocio jurídico ha sido tratado y discutido ampliamente por la doctrina, desarrollándose una serie de teorías y criterios; sin embargo, para motivos de la investigación iremos considerando aquellos conceptos básicos que permitan ir delimitando el tema central de estudio.

El estudio general del contrato se centra en lo que los estudiosos del derecho han denominado la “Teoría General de las Obligaciones” y modernamente bajo título de “Teoría General del Negocio Jurídico”, y que en esencia, a criterio del Dr. Hernán Coello García, engloba dos circunstancias: la primera, de carácter general, destinada a tener una concepción de las soluciones jurídicas relativas a los actos y declaraciones de voluntad; y la segunda, destinada a regular las obligaciones, sus fuentes, sus efectos, sus formas de extinción, entre otras<sup>1</sup>.

Respecto a la obligación, R. J. Pothier, sostiene que esta constituye “un lazo de derecho, que nos restringe a dar a otro alguna cosa, o bien, a hacer o no hacer tal o cual cosa”<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Coello García, Hernán, Obligaciones. Tomo II, Cuenca – Ecuador: Fundación Chico Peñaherrera, 2010, p. 7. Impreso.

<sup>2</sup> Joseph, Robert, Tratado de las Obligaciones, [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996, 05/09/2011, [citado 30-07-2015], Estantería de Libros, Formato html, Disponible en Internet: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1389>.

Alfredo Barros Errazuriz, señala que la obligación es “un vínculo de derecho entre dos o más personas determinadas, en virtud del cual una parte queda ligada respecto de otra, para dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”<sup>3</sup>.

De lo anotado, se pueden extraer las siguientes consecuencias:

- a) Es un vínculo jurídico, que en palabras del autor Barros Errazuriz, establece un nexo entre dos o más personas “...limitando la libertad de la una a favor de la otra”; creando “...relaciones jurídicas perfectas, respecto de las cuales tiene ordinariamente cabida la coacción externa”<sup>4</sup>.
- b) Esta relación jurídica que se forma, debe provenir de personas determinadas; pues, como lo señalan algunos autores, no se puede concebir jurídicamente la presencia de la obligación dentro de los derechos personales, sino es sobre personas perfectamente determinadas.
- c) El vínculo jurídico, sólo está relacionado con tres efectos: a dar, a hacer o no hacer alguna cosa, que a su vez implica, como lo señala Hernán Coello García, en los dos primeros casos, acciones positivas y en el tercer caso una negativa o abstención<sup>5</sup>.

Analizada la obligación, es necesario referirse sucintamente a las fuentes de las obligaciones; para ello, es necesario tener presente el contenido del artículo 1453 del Código Civil, que establece: “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia”; por su parte, el artículo 2184 del Código, señala:

---

<sup>3</sup> Barros Errazuriz, Alfredo, Curso de Derecho Civil, Cuarta Edición, Volumen II, Santiago – Chile: Editorial Nascimento, 1932, p. 7. Impreso.

<sup>4</sup> Barros Errazuriz, Alfredo, Curso de Derecho Civil, Cuarta Edición, Volumen II, Santiago – Chile: Editorial Nascimento, 1932, p. 7. Impreso.

<sup>5</sup> Coello García, Hernán, Obligaciones. Tomo II, Cuenca – Ecuador: Fundación Chico Peñaherrera, 2010, p. 23. Impreso.

“Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen, o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes.

Las que nacen de la ley se expresan en ella. Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato. Si el hecho es ilícito y cometido con intención de dañar, constituye un delito.

Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito”.

De las normas transcritas se puede concluir, según nuestra legislación civil, que existen cinco fuentes capaces de generar obligaciones: el contrato, el cuasicontrato, el delito, el cuasidelito y la ley. Pese a esto, varios tratadistas sostienen que sólo hay dos fuentes, el contrato y la ley; ya que, en el caso de los cuasicontratos, del delito y cuasidelito, son verdaderas prestaciones legales; es más, Arturo Alessandri Rodríguez, sostiene que “fuera del contrato, no puede haber obligación, sino por disposición de la ley; fuera del contrato no es la voluntad de las partes la que genera la obligación, sino que es la disposición de la ley”<sup>6</sup>.

En este análisis, corresponde ahora revisar el concepto de contrato, partiendo de lo que nuestro Código Civil establece en el artículo 1454: “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”.

La primera novedad que presenta la norma transcrita, es la de, confundir o asimilar al contrato con la convención; por ello, autores como Arturo Alessandri Rodríguez, llegan a señalar que la definición contenida en la norma, no es precisamente la del contrato, sino de la obligación<sup>7</sup>. Similar precisión la hace Alfredo Barros Errazuris, cuando se refiere a que, si bien el contrato es la causa más frecuente e importante de las obligaciones, existe una diferencia sustancial entre estas dos instituciones -contrato y convenio-, pues, está última constituye “toda relación jurídica consistente en un acuerdo de voluntades, y que puede tener

---

<sup>6</sup> Alessandri Rodríguez, Arturo, Derecho Civil - Teoría de las Obligaciones, Primera Parte, Bogotá – Colombia: ediciones librería del Profesional, 1983, p. 13. Impreso.

<sup>7</sup> Alessandri Rodríguez, Arturo, Derecho Civil - Teoría de las Obligaciones, Primera Parte, Bogotá – Colombia: ediciones librería del Profesional, 1983, p. 13. Impreso.

por objeto crear, modificar o extinguir derechos. La convención es, pues, el género y el contrato, la especie.”<sup>8</sup>; en tanto que para Capitant, citado por Manuel Ossorio, señala que el contrato es un “acuerdo de voluntades, entre dos o más personas, con el objeto de crear entre ellas vínculos de obligaciones”<sup>9</sup>.

De lo analizado, no puede pasarse por alto las consecuencias que devienen del contrato; esto es, producir obligaciones, requiriéndose para ello que se cumplan con los requisitos que establece el artículo 1461 del Código Civil, y que son: a.- Que sea legalmente capaz; b.- Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio; c.- Que recaiga sobre un objeto lícito; y, d.- Que tenga una causa lícita; debiendo considerarse a la capacidad legal, como la facultad de poder obligarse por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.

Complementariamente, se debe tener en consideración que el estudio del contrato también implica la formación del consentimiento, partiendo de la oferta o policitud a la aceptación, y que permiten la formación del nexo o vínculo jurídico necesario para generar la obligación.

### **1.1.2. El contrato como negocio jurídico: Antecedentes y estructura.**

#### **1.1.2.1 Antecedentes.**

Para entender este acápite, se debe aclarar que la concepción de “negocio jurídico”, corresponde a lo que anteriormente fue denominado “acto jurídico”, pero que en esencia engloban la misma concepción y estructura.

Hecha la aclaración, se debe tener presente, que el tema objeto de análisis en esta parte, es producto del estudio que los tratadistas alemanes hicieron respecto de la declaración de la voluntad, tal como lo refiere Federico Castro y Bravo, quien además define al negocio jurídico, como “la declaración o acuerdo de voluntades, con que los particulares se proponen

---

<sup>8</sup> Barros Errazuris, Alfredo, Curso de Derecho Civil, Cuarta Edición, Volumen II, Santiago – Chile: Editorial Nascimento, 1932, p. 14. Impreso.

<sup>9</sup> Ossorio, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Primera Edición Electrónica, Guatemala: Datascan, Impreso.

conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de su especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos”<sup>10</sup>.

Para Víctor Vial del Río, el negocio jurídico es “la manifestación de voluntad hecha con el propósito de crear, modificar o extinguir derechos, y que produce los efectos queridos por su autor o por las partes, porque el derecho sanciona dicha manifestación de voluntad”<sup>11</sup>.

En lo que respecta a nuestra legislación, al igual que en la chilena, no existe una figura general que haga alusión, ya sea al acto jurídico o al negocio jurídico; pese a ello, es criterio compartido por los tratadistas, de que dicha institución únicamente puede ser concebida a partir de las soluciones que ha brindado la doctrina.

De las definiciones anotadas, se puede determinar que el contrato como negocio jurídico implica:

- a) Una manifestación exterior de voluntad, de tal modo que permita saber con certeza los compromisos y derechos de quienes intervienen en el negocio jurídico y no únicamente la intensión psicológica de los sujetos que intervienen en la formación de la misma.
- b) Esa manifestación de voluntad exteriorizada, debe perseguir un objeto determinado, legalmente posible y dentro de los parámetros que la ley exige para generar una situación jurídica;
- c) Los actos que generan el negocio jurídico, presentan una dualidad: la primera, es que deviene al momento mismo de que se exterioriza la voluntad de las partes; y la segunda, mediante la ley, respecto a la libertad de contratación que permite a las partes crear situaciones jurídicas.

---

<sup>10</sup> Castro y Bravo, Federico de, *El Negocio Jurídico*, Madrid – España: Editorial Civitas, 1985, p. 34. Impreso.

<sup>11</sup> Vial del Río, Víctor, *Teoría General del Acto Jurídico*, Quinta Edición, Santiago – Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 26. Impreso.

### 1.1.2.2 Estructura del negocio jurídico

El negocio jurídico, está constituido por varios elementos que forman su estructura, y sobre la cual la doctrina prácticamente es coincidente; a más de que el artículo 1460 del Código Civil, establece:

“Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no surte efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que, no siendo esenciales en él se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquéllas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales”.

Sin embargo, la norma no es lo suficientemente clara, pues, si bien se distinguen los elementos esenciales, naturales y accidentales, no llega a establecer qué o cuáles circunstancias estarían inmersas en cada una de ellas. Para solventar dicho vacío, es necesario recurrir a la doctrina, que en definitiva es la que brinda una solución.

- a) **De los elementos esenciales:** Víctor Vial del Río, citando a Stolfi, concluye que estos elementos son indispensables para la formación del negocio jurídico, pues de faltar uno de ellos, se excluye la existencia del contrato o al menos degenera en otro, constituyendo por ello, el mínimo contenido que debe contener el negocio jurídico, siendo de dos tipos: comunes, que nunca pueden estar ausentes, y especiales o específicos que se requieren para la formación de un determinado acto jurídico<sup>12</sup>.

Por otro lado, dentro de la doctrina no existe un criterio uniforme respecto a que circunstancias pueden considerarse elementos esenciales comunes, pues, para algunos son la declaración de la voluntad y la causa; para otro sector será

---

<sup>12</sup> Vial del Río, Víctor, Teoría General del Acto Jurídico, Quinta Edición, Santiago – Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 31. Impreso.

únicamente la exteriorización de la voluntad; y, finalmente para otro grupo serán la voluntad, el objeto y la causa, cuyo fundamento lo encuentran en el artículo 1461 del Código Civil, donde se establece que una persona sólo puede obligarse si concurren en ella: capacidad legal, que se consienta dicho acto libre de vicio, que recaiga sobre un objeto lícito y que tenga una causa lícita.

En lo referente a los elementos esenciales especiales o específicos, son aquellos propios de cada negocio jurídico, referidos principalmente a la cosa u objeto, el plazo o condición, por ejemplo: en el contrato de compraventa y arrendamiento son la cosa y el precio, en el comodato la gratuidad; en el primer caso, de faltar el precio estaríamos frente a una donación; y, en el segundo de cobrarse el uso sería un contrato de arrendamiento.

- b) **De los elementos de la naturaleza.**- Son aquellas cosas que sin ser esenciales para el negocio jurídico, se entienden incorporadas sin necesidad de que sean expresadas o requieran de estipulación específica, y que además, por voluntad expresa de las partes, incluso pueden dejarse de pactar o modificar, por ejemplo: el saneamiento de la evicción y por vicios redhibitorios en la compraventa, la condición resolutoria tácita en los contratos bilaterales, el plazo en el contrato de mutuo, entre otros.

Al respecto Víctor Vial del Río manifiesta que, en esencia no existen elementos naturales en el negocio jurídico, pues, mal pueden considerarse las consecuencias de un acto en elementos del mismo, lo que si existe, señala, son efectos naturales, que la ley ha subentendido y no requieren de declaración de voluntad, pudiendo incluso los contratantes eliminarlos sin que eso afecte a la esencia del acto jurídico<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Vial del Río, Víctor, Teoría General del Acto Jurídico, Quinta Edición, Santiago – Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 34. Impreso.

- c) **De los elementos accidentales:** Son aquellos que las partes, haciendo uso de la libertad contractual, pueden llegar a pactar y que se hacen constar mediante cláusulas específicas; como el plazo y el modo, la condición, entre otros.

### 1.1.2.3 De la formación de los contratos.

Iniciamos por indicar que para la formación del contrato se requieren de determinados requisitos, mismos que aplican tanto para la contratación entre particulares, como, para los de carácter administrativo, pero, lógicamente, con las condiciones que cada una de ellas requieren para que surta los efectos deseados.

Según lo dispuesto en el Art. 1461 del Código Civil, se puede señalar que un contrato se forma cuando, se han cumplido los siguientes requisitos por parte de los contratantes:

- a) Que sean legalmente capaces;
- b) Que consientan en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio;
- c) Que recaiga sobre un objeto lícito; y,
- d) Que tenga una causa lícita.

A continuación, desarrollaremos brevemente los aspectos más sobresalientes de cada uno de los requisitos para la formación de los contratos.

- a) **La capacidad:** Por regla general, todas las personas somos capaces para contraer obligaciones, salvo aquellas excepciones que la ley determina, así lo establece el artículo 1462 del Código Civil: “Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces”, así mismo, el artículo 1463, determina que son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y la persona sorda que no pueda darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas, razón por la cual, sus actos no surten ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución.

En tanto que, serán relativamente incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas, pudiendo sus actos tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respetos determinados por las leyes.

Además, existen incapacidades especiales, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos.

En todos estos casos nos referimos a la capacidad legal o de ejercicio, y es la que tiene una persona para poder obligarse por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra, así lo establece el inciso final del artículo 1461 del Código Civil.

**b) El Consentimiento:** En palabras de Fernando J. López Zavalía, se puede indicar que el consentimiento es, la suma de voluntades de las partes que se obligan, y que, por ende, es un fenómeno bilateral<sup>14</sup>.

Según lo indica Iván Escobar Fornos “el proceso de formación del consentimiento se inicia con la propuesta u oferta (policitación) de unas las partes”, que “generalmente va precedida de tratamientos preliminares”<sup>15</sup>, para finalizar, con la aceptación.

Por otro lado, el consentimiento debe sestar libre de vicios, que implica no estar afectado de error, fuerza o dolo.

Finalmente se anota que el consentimiento puede ser expreso, cuando la voluntad se exterioriza, ya sea, de forma verbal, por escrito, o signos que denoten dicha circunstancia; y, serán tácitos, cuando proceden de ciertos antecedentes, que hacen lo hacen presumir, como en el caso del heredero que sin haber aceptado la herencia enajena los bienes que la conforman.

**c) Objeto Lícito:** Según lo establece el artículo 1461 del Código Civil “Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hace”, sin embargo, expresa Carlos Ducci Claro, existe una confusión entre lo que es el objeto del contrato y el objeto de la obligación, por lo que, en

---

<sup>14</sup> López Zavalía, Fernando J., Teoría de los Contratos, Tomo I, Cuarta Edición, Buenos Aires – Argentina: Zavalía Editor, 1997, p. 165. Impreso.

<sup>15</sup> Escobar Fornos, Derecho de Obligaciones, Segunda Edición, Colombia: Editorial Hispamer, 1997, p. 136-138. Impreso.

propiedad, el objeto del acto o contrato debe ser una cosa, un hecho o una abstención<sup>16</sup>.

Para que el objeto sea considerado dentro de la formación de un contrato debe ser:

- a) Real: Debe existir actualmente o a futuro.
  - b) Comerciable: Es decir, que no esté fuera del comercio humano.
  - c) Determinado o determinable: Si es una especie, o cuerpo cierto debe estar individualmente determinado. Si es de género debe determinarse la cantidad y la calidad.
  - d) Hecho determinado: En el primer caso debe constituir un hecho o abstención precisa, por ejemplo, respecto al precio.
  - e) Físicamente posible: Es decir, que no sea contrario a las leyes de la naturaleza.
  - f) Moralmente posible: Es decir, que jurídicamente no esté prohibido, en razón del orden público y las buenas costumbres.
- d) Causa lícita:** El artículo 1483 del Código Civil establece que, no puede haber obligación sin una causa real y lícita, debiendo entenderse por tal, el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.
- 1. **Causa real:** Como lo establece la norma transcrita, es el motivo que nos lleva a celebrar un acto o contrato, e implica, que la misma debe existir.
  - 2. **Causa lícita:** Es decir, que no contraría la prohibición que la ley determina, ni aquellas que son contrarias a las buenas costumbres.

## 1.2. DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

### 1.2.1. Importancia teórica y práctica.

Previo al análisis puntual de los contratos administrativos, es necesario delimitar el tema partiendo del concepto de derecho administrativo; así tenemos que, para Rafael

---

<sup>16</sup> Ducci Claro, Carlos, Derecho Civil – Parte General, Cuarta Edición, Santiago – Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 287 – 288. Impreso.

Martínez Morales, el derecho administrativo constituye “un conjunto de reglas jurídicas relativas a la acción administrativa del estado, la estructura de los entes del poder y sus relaciones”<sup>17</sup>.

Agustín Gordillo señala que el derecho administrativo es “la rama del derecho público que estudia el ejercicio de la función administrativa y la protección judicial existente contra ésta”<sup>18</sup>.

Finalmente, se transcribe la noción conceptual emitida por Miguel Marienhoff, y que, a criterio personal mejor describe al derecho administrativo moderno, tanto más cuando se manifiesta que el mismo no está formado únicamente por normas, sino también por principios de orden público, por ejemplo, aquellos que animan la contratación pública en nuestro país. El autor citado expresa, que este derecho es “el conjunto de normas y de principios de derecho público interno, que tiene por objeto la organización y el funcionamiento de la administración pública, como así la regulación de las relaciones interorgánicas, interadministrativas y las de las entidades administrativas con los administrados”<sup>19</sup>.

En lo referente a los contratos administrativos, como parte del derecho público, se los podría catalogar, como el medio formal, solemne, que regulado por el Estado, busca cumplir las expectativas y necesidades ciudadanas en la prestación de los servicios públicos; así como, aquellas referentes para la correcta administración interna de sus organismos, por ejemplo: adquisición de suministros y equipos de oficina, uniformes y ropa de trabajo, contratación de personal, entre otros.

Es evidente la imperiosa necesidad de que la contratación administrativa, por medio de los distintos procesos y modalidades que admite nuestra legislación, deban estar celosamente regulados, pues, los dineros y erogaciones que los mismos generan, son

---

<sup>17</sup> Martínez Morales, Rafael., *Derecho Administrativo – 1<sup>er</sup> Curso*, Quinta Edición, México: Oxford, 2004, p. 7. Impreso.

<sup>18</sup> Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, Tomo I, Parte General, Primera Edición, Buenos Aires – Argentina: Fundación de Derecho Administrativo, 2013., p. XIII-32. Impreso.

<sup>19</sup> Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo – Teoría General*, Tomo I, Quinta Edición. Buenos Aires – Argentina: Editorial Abeledo Perrot, 2000, p. 151. Impreso.

recursos destinado a la inversión pública, que conforme lo establece el artículo 55 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, son el conjunto de egresos o transacciones por medio de los recursos públicos para mantener o incrementar la riqueza y capacidades sociales y del Estado, con la finalidad de cumplir los objetivos de la planificación, y sobre el cual prima uno de los principios esenciales del derecho administrativo, el interés general sobre el particular.

También es importante señalar que, si bien los contratos administrativos son sumamente amplios, para objeto de este análisis, no se hará referencia a aquellos relativos a la contratación de las servidoras y servidores públicos, ya que los mismos en su formación, determinación de derechos y obligaciones, reclamaciones, entre otros, se encuentran sujetos, ya sea al Código del Trabajo o a la Ley Orgánica del Servicio Público, o aquellos de orden eminentemente civil, como el comodato, permuta, y más, cuyo vínculo se rige por regulaciones propias.

Efectuada la aclaración, se debe señalar que, los artículos 75 y 76 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, brindan una definición de los contratos administrativos y las etapas que se requieren para su formación; y señalan que estos -los contratos administrativos- son un acto de declaración de voluntad común, que genera efectos jurídicos, entre dos o más personas, una de las cuales necesariamente debe ser una entidad estatal o pública, cuya formación proviene de dos fases: la precontractual y la contractual o de ejecución.

Por su parte el inciso cuatro del artículo 364 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, establece que los contratos administrativos, son aquellas declaraciones bilaterales de voluntad alcanzadas entre un ente estatal o no estatal en ejercicio de una función administrativa y un particular u otro ente público.

Miguel Marienhoff, define al contrato administrativo como “el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones y derechos, celebrado entre un órgano del Estado, en

ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer finalidades públicas”<sup>20</sup>.

Una vez que se cuenta con la noción del contrato administrativo, es importante determinar sus elementos; siendo estos, según lo expuesto por Julio Rodolfo Comadira y Héctor Jorge Escola<sup>21</sup>, los siguientes:

- a) **Los elementos esenciales básicos:** Están constituidos por el consentimiento y el objeto.

Respecto al consentimiento este deberá sujetarse al mismo requisito de los contratos en general; es decir, estar libre de vicios (error, fuerza y dolo).

Los autores citados, al determinar en qué momento de produce el consentimiento indican que, si bien existe un acuerdo de voluntades y la libre discusión, estas están sujetas a determinadas reglas que las normas de orden público así lo imponen en función de los pliegos que vayan a regir un determinado proceso, por lo que, en esencia, el nexo del negocio jurídico en el orden público, se plasma cuando el oferente acepta las condiciones establecidas en la etapa precontractual.

En lo que tiene que ver con el objeto, este no varía respecto a la concepción civilista de los contratos, requiriéndose por ejemplo, de que recaiga sobre una cosa o un hecho, que no sea imposible, que sea lícito, que no esté prohibido por la ley, entre otros; sin embargo, la diferencia radica en que los contratos administrativos pueden versar sobre objetos que están fuera del comercio, por ejemplo, la venta de caminos que no están en uso; pero en definitiva, señalan Comadira y Escola “el objeto de los contratos administrativos, como en el

---

<sup>20</sup> Marienhoff, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III A, Cuarta Edición, Buenos Aires – Argentina: Editorial Abeledo Perrot, 1998, p. 34. Impreso.

<sup>21</sup> Comadira, Julio Rodolfo, Escola, Héctor Jorge, [citado 17-07-2015], Curso de Derecho Administrativo. Buenos Aires – Argentina. Disponible en Internet: <https://www.scribd.com/doc/119666542/LIBRO-CURSO-DE-DERECHO-ADMINISTRATIVO-JULIO-COMADIRA>.

contrato de derecho privado, debe ser cierto, determinado y lícito....”<sup>22</sup>, con preponderancia aún más en el ámbito público por la importancia que esto entraña.

- b) **Los elementos esenciales presupuestos:** Están constituidos por los sujetos, la competencia y capacidad, la causa y la finalidad.

Al igual que en el ámbito general de los contratos, en los administrativos es necesaria la presencia de dos sujetos, uno de los cuales necesariamente debe ser una entidad pública, que se liga con un particular u otra entidad estatal a través de su representante legal o delegado; y el segundo, denominado contratista u oferente, que puede ser una persona natural o jurídica, que legalmente pueda ejercer derechos y contraer obligaciones.

Complementando lo enunciado respecto a los sujetos, para el caso de los entes estatales, estos deben tener la aptitud legal para obligarse, constituyendo la idoneidad que le permite actuar válidamente a sus representantes legales o delegados dentro del ámbito de sus competencias y facultades, y que, para el caso del sujeto particular, se asimila a la capacidad legal.

En lo que a la causa se refiere, en el ámbito de los contratos administrativos, reúne las mismas características que en el contrato privado, con la diferencia de que su trascendencia radica en el interés público y la satisfacción de las necesidades ciudadanas, siendo esta la razón de existencia de la contratación pública.

El último elemento esencial, es la finalidad de la contratación pública y que como lo señalan los autores citados “...no es otra cosa sino la condición de subordinación al fin de interés público de que se trate en cada caso, y que el contrato administrativo debe procurar satisfacer”<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> Comadira, Julio Rodolfo, Escola, Héctor Jorge, [citado 17-07-2015], Curso de Derecho Administrativo. Buenos Aires – Argentina. Disponible en Internet: <https://www.scribd.com/doc/119666542/LIBRO-CURSO-DE-DERECHO-ADMINISTRATIVO-JULIO-COMADIRA>.

<sup>23</sup> Comadira, Julio Rodolfo, Escola, Héctor Jorge, [citado 17-07-2015], Curso de Derecho Administrativo. Buenos Aires – Argentina. Disponible en Internet: <https://www.scribd.com/doc/119666542/LIBRO-CURSO-DE-DERECHO-ADMINISTRATIVO-JULIO-COMADIRA>.

- c) **El elemento esencial complementario o de forma:** Este elemento implica el modo en cómo se registra la voluntad administrativa, y que se traduce generalmente bajo la celebración de un documento escrito, cuyo objeto se refleja en una mejor actuación y control de la administración pública.
- d) **Elementos no esenciales:** Su aplicación es excepcional, pues, se debe tener presente que, en el ámbito público, únicamente se puede actuar dentro de las facultades y competencias concedidas, bajo el imperativo de que sólo se puede hacer lo que la ley ordena. En todo caso, estos elementos dependerán del tipo de contrato o procedimiento, por ejemplo, la renuncia al reajuste de precios que debe estar expresamente determinado en los contratos.

### **1.2.2. Tipos de contratos administrativos.**

Como se había señalado, existe una gran cantidad de tipos de contratos que son parte del régimen administrativo; sin embargo, el análisis no está referido a aquellos de índole laboral o civil, ya que estos se rigen por normas propias.

El objeto de la investigación hace referencia a aquellos contratos que puntualmente los establece el numeral 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en relación con el artículo 25 de su Reglamento de aplicación; es decir, la contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, cuya modalidad de contratación dependen básicamente del presupuesto referencial, finalidad y procedimiento.

#### **a) Del contrato de obras.**

Se empieza el análisis del contrato de ejecución de obras, por ser quizá, dentro de los contratos administrativos, el más importante o el que está sujeto a un mayor escrutinio de la ciudadanía.

Comadira y Escola sostienen que, el contrato de obra pública es aquel que celebra la administración pública para la realización de una obra en particular, mediante el pago de un precio al cocontratante particular<sup>24</sup>.

Ensayando una definición de contrato de obra pública, podría señalarse, como el bien que se ejecuta, ya sea directamente por parte de una entidad pública, o que proviene de un vínculo contractual con el Estado, denominada contratante, con otra entidad del sector público o un tercero particular, llamado contratista, luego de haberse seguido el procedimiento y formalidades que la ley exige para cada caso, cuya finalidad será la de satisfacer el interés colectivo.

**b) De los contratos para la adquisición o arrendamiento de bienes.**

Estos tipos de contratos no difieren de los conceptos que trae la legislación civil, la diferencia se encuentra demarcada por el procedimiento que la ley establece para el caso de las compras públicas. Así tenemos:

1. El contrato de adquisición o de compra, doctrinariamente denominado contrato de suministro, abastecimiento o de provisión, cuya finalidad es que una persona particular a futuro provea a una entidad pública de determinados bienes, y que pueden ser por entregas sucesivas o continuadas, o por entrega única, y que términos del artículo 1732 del Código Civil, se entiende la obligación de una de las partes a dar una cosa, y la otra a pagarla en dinero.

Finalmente, cabe indicar que lo señalado anteriormente aplica únicamente para la adquisición de bienes muebles, pues, para la adquisición de inmuebles existe un procedimiento especial referido a la declaratoria de utilidad pública y expropiación, que ha sido considerado en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, a pesar de que en sí, no constituye un procedimiento de contratación

---

<sup>24</sup> Julio Rodolfo y Héctor Jorge, [citado 17-07-2015], Curso de Derecho Administrativo. Buenos Aires – Argentina. Disponible en Internet: <https://www.scribd.com/doc/119666542/LIBRO-CURSO-DE-DERECHO-ADMINISTRATIVO-JULIO-COMADIRA>.

normal, sino de una venta forzosa, y por ende el pago constituye una indemnización o compensación, que puede ser en dinero, permuta, o una mezcla de las dos.

2. Respecto al arrendamiento y la prestación de servicios, el artículo 1856 del Código Civil, establece que el arrendamiento es un contrato en que dos partes se obligan recíprocamente, la una, a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra, a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, como se verá más adelante, también se refiere al arrendamiento de bienes, especificando el procedimiento que se debe seguir para el arrendamiento de bienes inmuebles; esto quizá se deba a que, por ejemplo, el alquiler de vehículos, maquinaria, estructuras están consideradas dentro de la prestación de servicios.

### **c) De los contratos de consultoría.**

En lo referente a los contratos de consultoría, se podría decir que es una modalidad especial de servicios, cuyo objeto se encuentra definido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional del Contratación, pues, los numerales 8 y 30 del artículo 6 señalan que, este contrato estipula la prestación de servicios profesionales especializados no normalizados, destinados a identificar, auditar, planificar, elaborar o evaluar estudios y proyectos de desarrollo, en sus niveles de pre factibilidad, factibilidad, diseño u operación; así como, la supervisión, fiscalización, auditoría y evaluación de proyectos ex ante y ex post, el desarrollo de software o programas informáticos, servicios de asesoría y asistencia técnica, consultoría legal que no constituya parte del régimen especial, elaboración de estudios económicos, financieros, de organización, administración, auditoría e investigación; complementándose estos con servicios auxiliares que no implican dictamen o juicio profesional especializado, tales como los de contabilidad, topografía, cartografía, aerofotogrametría, la realización de ensayos y perforaciones geotécnicas sin interpretación, la computación, el procesamiento de datos y el uso auxiliar de equipos especiales.

De las disposiciones transcritas, se evidencia que la consultoría tiene una especial connotación, ya que estos servicios son fundamentales, en primer lugar, porque sirven para determinar las condiciones, especificaciones técnicas, y más características indispensables para que el resto de procesos estén debidamente diligenciados y estructurados; y segundo, porque permiten dentro de la ejecución de un contrato, el vigilar que el mismo se desarrolle de acuerdo a los estudios efectuados.

### **1.2.3. Características de los contratos administrativos.**

Como preámbulo a este punto, se debe señalar que cada uno de los contratos administrativos regulados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación y más normativa, poseen sus propias características, dependiendo del proceso seguido para su formación y contratación.

Por lo anotado, se establecerán las características que aplican para la contratación administrativa en general, considerando para ello la clasificación que efectúan Comadira y Escola<sup>25</sup>.

1. Dependiendo del número de partes que se obligan dentro de un contrato administrativo, estos pueden ser: a.- Unilaterales, en los que sólo una de las partes estará obligada frente a la entidad pública, como el caso de las concesiones, ya que, la entidad pública entrega la gestión de los servicios públicos a un ente particular, para que este, con el cobro de una prestación se efectúe la obra pública, quedando el concesionario obligado a cumplir lo que la cesionaria ha determinado; y, b.- Bilaterales o sinalagmáticos en los cuales las dos partes, la entidad contratante y el oferente adjudicado, adquieren obligaciones correlativas; por ejemplo, en el caso de la ejecución de una obra pública, el contratista está obligado a entregar la obra en las condiciones y plazos establecidos, en tanto que la contratante o entidad pública, debe cancelar el valor del contrato en la forma y tiempos acordados.

---

<sup>25</sup> Comadira, Julio Rodolfo, Escola, Héctor Jorge, [citado 17-07-2015], Curso de Derecho Administrativo. Buenos Aires – Argentina. Disponible en Internet: <https://www.scribd.com/doc/119666542/LIBRO-CURSO-DE-DERECHO-ADMINISTRATIVO-JULIO-COMADIRA>.

2. Por el beneficio que reportan las prestaciones, los contratos administrativos pueden ser a título oneroso, cuando los beneficios que otorgan a una de las partes le son otorgadas a ésta, sobre la base de una prestación que esa parte ha recibido de la otra, por ejemplo, en los procesos de suministro o adquisición de bienes.

En tanto, son contratos a título gratuito, cuando los beneficios sólo se dan con respecto a una de las partes, prescindiendo la que otorga de una prestación a su favor. Este tipo de contratos son excepcionales, como por ejemplo en el contrato de comodato.

3. Por el momento en que concluyen los contratos administrativos, estos pueden ser divididos en consensuales, en razón de su forma concertada desde el momento de su consentimiento, por ejemplo, en la terminación por mutuo acuerdo por causas no imputables a las partes contantes.

O reales, que quedan formalizados desde la tradición de la cosa sobre la cual versa el contrato, por ejemplo, el caso de la declaratoria de utilidad pública y la expropiación.

4. Por su clasificación o no en la ley, los contratos administrativos pueden ser nominados o innominados. Los primeros cuando la propia norma los designa bajo una denominación especial, determinando sus caracteres y condiciones generales, por ejemplo, los procesos que se encuentran determinados en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su legislación conexas. En tanto los segundos, son aquellos, que han sido concertados apartándose de la tipología y regulaciones legales.

Sobre este tema Comadira y Escola, advierten que algunos autores niegan la existencia de los contratos innominados, ya que la contratación administrativa es una actividad debidamente regulada; esto, seguramente motivados en el principio general de que en derecho público no se está facultado a hacer sino únicamente lo previsto en la norma; sin embargo, aclaran que si bien en la mayoría de los casos

los contratos administrativos se encuentran determinados, ello no es óbice para que se puedan contraer obligaciones fuera de la norma, incluso la de crear nuevas figuras contractuales, si así fuera menester; y precisamente en esta clasificación recaería posiblemente una de las formas de solución al tema objeto de la investigación y que concretamente serían los denominados convenios de pago<sup>26</sup>.

5. Por la circunstancia de que las prestaciones sean o no ciertas, los contratos administrativos, pueden ser conmutativos o aleatorios. Los primeros, cuando las prestaciones que reportan a las partes contratantes son ciertas y pueden ser objeto de apreciación inmediata, por ejemplo, en los contratos de adquisición de bienes; y, los segundos, cuando las ventajas o pérdidas que de ellos resultan para las partes, o al menos para una sola de ellas, dependen de un acontecimiento incierto, como en el caso de la contratación integral a precio fijo, que tiene el carácter de aleatorio, pues, el inciso final del artículo 53 de la LOSNCP señala que los contratistas asumen todos los riesgos y responsabilidades por el cumplimiento del objeto del contrato en las condiciones acordadas, ya que en este tipo de procesos, por ejemplo, no existe reajuste de precios por mandato expreso de la ley.
6. Por su dependencia o no de otro contrato, los contratos administrativos pueden ser clasificados en principales y accesorios. Los primeros, cuando tiene existencia independiente de otro, como es el caso de la mayoría de los contratos regulados en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, los segundos, cuya existencia depende de otro principal o ven subordinados su existencia al mismo, como en los casos de los contratos complementarios o respecto a las garantías que el contratista entrega a favor de la entidad contratante por concepto de buen uso del anticipo o la de fiel cumplimiento.
7. Por la duración del cumplimiento de las prestaciones, situación que está ligada con los efectos de la resolución de los contratos, la influencia del caso fortuito y la aplicación de la teoría de la imprevisión, los contratos pueden ser:

---

<sup>26</sup> Comadira, Julio Rodolfo, Escola, Héctor Jorge, [citado 17-07-2015], Curso de Derecho Administrativo. Buenos Aires – Argentina. Disponible en Internet: <https://www.scribd.com/doc/119666542/LIBRO-CURSO-DE-DERECHO-ADMINISTRATIVO-JULIO-COMADIRA>.

- i. De ejecución instantánea cuando sus prestaciones se cumplen en un tiempo único, aun cuando esté sujeto a plazo, por ejemplo, en los contratos de adquisición o suministro de bienes.
- ii. De ejecución sucesiva, cuando las prestaciones acordadas se cumplen de manera continuada, en períodos convenidos por las partes, en un tiempo determinado o indeterminado, como en el caso de los contratos de consultoría, en donde se pueden estipular entregas parciales dentro de un período de tiempo determinado.
- iii. De ejecución escalonada, cuando la prestación debe cumplirse fraccionadamente, en épocas o períodos diferentes, como el caso de la ejecución de obras por etapas.

Sobre este tema, señalan algunos autores que en primera instancia no es procedente asimilar el caso fortuito con la imprevisión, a pesar de que las dos circunstancias se presentan al momento de la ejecución de un contrato y son ajenos a la voluntad de las partes, pues, la fuerza mayor causa una imposibilidad absoluta de cumplimiento, mientras que la imprevisión ocasiona una dificultad mayor o menor.

En la imprevisión, conforme lo señala Ramón Meza Barros, se plantea la posibilidad de alterar o modificar las condiciones de un contrato, debido a circunstancias posteriores, no previstas e imprevisibles que hacen variar las condiciones que se encontraban vigentes al tiempo de su celebración, originando por ello, un grave desequilibrio en las prestaciones de las partes<sup>27</sup>.

En el caso de los contratos sujetos a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, estas circunstancias están determinadas como causales de terminación por mutuo acuerdo, así lo establece su artículo 93 al señalar que por circunstancias imprevistas, técnicas o económicas, o causas de fuerza mayor o caso fortuito, no fuere posible o conveniente para los intereses de las partes, ejecutar total o parcialmente, el contrato, las partes podrán, por mutuo acuerdo, convenir en la extinción de todas o algunas

---

<sup>27</sup> Meza Barros, Ramón, Manual de Derecho Civil – Las Fuentes de las Obligaciones. Tomo I. Octava Edición. Santiago – Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1995, p. 27. Impreso.

de las obligaciones contractuales, en el estado en que se encuentren, sin que ello implique renuncia a los derechos causados o adquiridos en favor de las partes contratantes.

### **1.3. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR**

#### **1.3.1. Antecedentes de la Contratación Pública en el Ecuador**

No se puede negar que a partir de la expedición de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento de aplicación, y más resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública-SERCOP, anteriormente conocido como Instituto Nacional de Contratación Pública-INCOP, se ha dado un nuevo giro a los procesos de contratación a las que están sujetas las entidades públicas; sin embargo, los primeros antecedentes históricos de regulación de la contratación pública en nuestro país, los podemos encontrar con la expedición de la Ley de Hacienda Pública Ecuatoriana del 28 de septiembre de 1830 y en la Ley de Licitaciones, expedida por la Junta Militar de 1964, publicada en el Registro Oficial N° 364 del 30 de octubre de 1964, en cuyos considerandos se hace énfasis en la necesidad de dictar normas que regulen las licitaciones, con el propósito de garantizar a los intereses de los oferentes, del Estado y la seriedad de los contratos.

Respecto a los procesos de consultoría, podemos citar, como antecedente de regulación, la Ley de Constitución, Funcionamiento y Asociación de Compañías Consultoras, expedida por la Asamblea Constituyente de 1967, publicada en el Registro Oficial N° 167 del 11 de julio de 1967, que regulaba la forma en que debían conformarse las personas jurídicas que podían efectuar consultorías.

Las normas señaladas fueron, en el recurrir del tiempo, objeto de varias modificaciones con la expedición de nuevas leyes o mediante reformas, que iban marcado la evolución y necesidades de contratación en el Ecuador, hasta llegar, si cabe el término, a su consolidación con la expedición de la Ley Codificación de la Ley de Contratación Pública, publicada en el Registro Oficial N° 272 del 22 de febrero del 2001; y, la Codificación de la Ley de Consultoría publicada en el Registro Oficial N° 455 del 5 de noviembre del 2004, y

finalmente su adecuación al sistema que impone la modernidad a través de los medios telemáticos.

### **1.3.2. Del Sistema Nacional de Contratación Pública.**

Mediante publicación en el Suplemento del Registro Oficial N° 395, del 4 de agosto del 2008, entró en vigencia la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación o LOSNCP, constituyéndose en la principal norma que regula los procesos de contratación administrativa en nuestro país, implementando, como una de sus principales innovaciones, el que los procesos en sus distintas etapas, sean llevadas por medio electrónico a través del Sistema Oficial de Contratación Pública o más comúnmente conocido como portal de compras públicas [www.compraspublicas.gob.ec](http://www.compraspublicas.gob.ec).

El artículo 7 de la referida norma, define al Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP), como aquel conjunto de principios, normas, procedimientos, mecanismos y relaciones organizadas orientadas al planeamiento, programación, presupuestos, control, administración y ejecución de las contrataciones realizadas por las Entidades Contratantes; es decir, se constituye en una herramienta esencialmente destinada a agilizar, simplificar, transparentar y publicitar la contratación pública en el Ecuador, estando la documentación relevante de las etapas de contratación -precontractual y contractual- sujeta al escrutinio y fiscalización de las entidades de control, oferentes y ciudadanía en general.

El sistema de contratación pública está estructurado básicamente de la siguiente manera:

- a) Por los organismos que conforman el Sistema Nacional de Contratación Pública, que de acuerdo al artículo 8 de la LOSNCP, es un equipo de instituciones que a través del Servicio Nacional de Contratación Pública-SERCOP, se encargan de coordinar las funciones de presupuestos, planificación, control y contratación pública, en el ámbito de sus competencias, como son:

1. El Servicio Nacional de Contratación Pública-SERCOP, anteriormente conocido como Instituto Nacional de Contratación Pública-INCOP, y que

conforme lo establece el artículo 10 de la LOSNCP, es un organismo eminentemente técnico y operativo, con jurisdicción nacional y facultad normativa, siendo su función principal ejercer la rectoría del Sistema Nacional de Contratación Pública; así como, administrar el Registro Único de Proveedores-RUP, establecer las políticas y condiciones de uso de la información y herramientas electrónicas del sistema, expedir modelos obligatorios de documentos precontractuales y contractuales, aplicables a las diferentes modalidades y procedimientos de contratación pública, facilitar los mecanismos a través de los cuales se podrá realizar veeduría ciudadana a los procesos de contratación pública, monitorear su efectivo cumplimiento, emitir de oficio o a petición de parte, observaciones de orden técnico y legal en la fase precontractual, entre otras.

2. La Contraloría General del Estado, conforme lo disponen los artículos 221 y 222 de la Constitución de la República, es un organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, cuyas funciones están dirigidas a efectuar procesos 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, lo que a su vez, le permitirá determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas a su control, para lo cual puede expedir la normativa respectiva; y finalmente, la capacidad de asesorar a los órganos y entidades del Estado cuando se lo soliciten.
3. El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, conforme lo establece el artículo 208 de la Constitución de la República del Ecuador, el artículo 5 de la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana, y el artículo 91 de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana, es el organismo encargado de promover e incentivar el ejercicio de los derechos relativos a la participación ciudadana, impulsar y establecer mecanismos de control social en los asuntos de interés público, coadyuvar procesos de veeduría ciudadana y control social, emitir informes que determine la existencia de indicios de responsabilidad, formular recomendaciones e impulsar acciones legales que correspondan.

4. La Procuraduría General del Estado, al amparo de lo dispuesto en los artículos 3 y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, en concordancia con el artículo 235 de la Constitución de la República del Ecuador, es el organismo facultado de controlar los actos y contratos que suscriban los organismos y entidades del sector público, incluida la facultad que este organismo tiene para asesorar y absolver las consultas jurídicas con carácter de vinculantes, sobre la inteligencia o aplicación de las normas constitucionales, legales o de otro orden jurídico, ha pedido de las máximas autoridades de los organismos y entidades del sector público y de los representantes legales o convencionales de las personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública, siendo estos pronunciamientos una de las formas que permitiría solventar el pago a favor de quienes efectuaron una obra, suministraron bienes o prestaron un servicio sin un respaldo contractual.
- b) Las Herramientas del Sistema, que conforme lo disponen los artículos 16 y 20 de la LOSNC, son esencialmente: el registro único de proveedores, y el uso del sistema informático de las compras públicas o portal; por ello, corresponde efectuar su revisión:
1. Si bien el artículo 16 de la LOSNCP, respecto a las herramientas del sistema se refiere únicamente al registro de proveedores, del contenido de los numerales 3 y 29 del artículo 6, artículos 97 y 98 de la Ley referida, y el artículo 12 de su Reglamento de aplicación, el SERCOP también debe llevar el registro de bienes y servicios normalizados publicados en el portal, el registro único de proveedores o RUP, el registro de contratos, el registro de incumplimientos o contratos incumplidos, el registro de entidades contratantes; y, complementariamente el registro de cambio de domicilio de los proveedores, el registro de los proveedores que han superado el monto límite para los procesos de menor cuantía de obras, y el clasificador central de productos.
  2. El sistema informático integrado por el módulo facilitador de la contratación pública o USHAY y que permite la automatización en el registro de información y datos cuanto la generación de los pliegos del

procedimiento, y el portal de compras públicas [www.compraspublicas.gob.ec](http://www.compraspublicas.gob.ec), que es el sistema principal que permite llevar a adelante los procesos de contratación.

### **1.3.3. Principios rectores de la Contratación Pública en el Ecuador.**

#### **1.3.3.1. Noción de principios.**

Antes de revisar los principios que rigen la contratación pública en nuestro país, es oportuno definir que son “principios”; así tenemos que para Robert Alexy, los principios jurídicos: “...son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”<sup>28</sup>.

De la serie de ensayos emitido por el SERCOP, bajo el título “Las Compras Gubernamentales como Política Pública, se define a los principios que rigen la contratación pública en el Ecuador, como axiomas fundamentales que rigen la actuación de los agentes públicos y privados que intervienen en las contrataciones estatales, cuya finalidad es servir de criterio interpretativo e integrador para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las normas y constituyen parámetros para la actuación de los funcionarios, así como, suplir los vacíos que las normas puedan tener<sup>29</sup>.

#### **1.3.3.2. Los principios consagrados en la LOSNCP.**

Los artículos 1, 4, 5 y 7 de la LOSNCP, señalan que el Sistema Nacional de Contratación Pública, ya sea en la aplicación de la ley, ejecución e interpretación de los contratos y los procedimientos de contratación, se deben sujetar a los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad, y, participación nacional, cuyo análisis es el siguiente:

---

<sup>28</sup> Alexy, Robert, Teoría de los Derechos Fundamentales. Título Original, Thoeirie der Grundrechte, Traducido por Ernesto Carzón Valdéz en 1986, Madrid – España: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86. Impreso.

<sup>29</sup> Córdova Vinueza, Paúl, Vaca Ojeda, Mónica & Hernández Jaramillo, Jorge, Las Compras Gubernamentales como Política Pública, Quito – Ecuador: Servicio Nacional de Contratación Pública – SERCOP, 2014, p. 52. Impreso.

- a) **El principio de legalidad.**- José Pérez, Daniel López Suárez y José Luis Aguilar<sup>30</sup>, señalan que este principio, también denominado de habilitación legal previa, implica que en derecho público sólo se puede efectuar lo que la norma ha prescrito; y que, en materia de contratación pública consistiría en la obligación que tienen las entidad públicas para adquirir o contratar bienes, servicios o la ejecución de obras, acogiendo únicamente los preceptos legales establecidos en la LOSNCP y legislación anexa, sin que sea posible establecerse circunstancias o supuestos no contemplados por la norma, caso contrario, como lo señala Arnaldo Mendoza Torres: “...la demostración de que tales actuaciones se apartan del ordenamiento legal traerá como consecuencia su ilegalidad y la posibilidad de su anulación”<sup>31</sup>.

El principio señalado además tiene sustento constitucional en el inciso uno del artículo 226 de la norma suprema, al determinar que las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley.

- b) **El principio de trato justo e igualitario.**- Este es otro principio que tiene su respaldo en la Constitución de la República del Ecuador, cuando en el numeral 2 del artículo 11, y numeral 1 del artículo 66, se establece que todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades, sin discriminación de ninguna naturaleza; y, que dentro de lo que prevé en la LOSNCP, implica que todo oferente o proveedor tiene el derecho de acceder y participar en los procesos en la mismas condiciones, sin que pueda existir prerrogativas o limitaciones de ninguna naturaleza.

Para el autor Miguel Marienhoff, este principio “excluye o dificulta la posibilidad de una colusión o connivencia entre algún licitador u oferente y la Administración Pública, que desvirtúen el fundamento ético sobre el cual descansa la licitación y que, junto con los requisitos de concurrencia y publicidad, permite lograr que el

---

<sup>30</sup> Pérez, Antonio José, López Suárez, Daniel & Aguilar, José Luis, Manual de Contratación Pública, Primera Edición, Quito – Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011, p. 64 – 65. Impreso.

<sup>31</sup> Mendoza Torres, Arnaldo, Los Contratos de la Administración Pública, Barranquilla – Colombia: Ediciones Uninorte, 2004, p. s/n. Impreso.

contrato se realice con quien ofrezca mejores perspectivas para el interés público”<sup>32</sup>.

- c) **Principio de calidad.**- J. M. Juran, Frank M. Gryna, R. S. Bingham, señalan que, la calidad, también denominada idoneidad o aptitud para el uso, implica la obligación de los oferentes o proveedores para suministrar bienes, prestar servicios o ejecutar obras, que cumplan con las exigencias y necesidades de los contratantes, quienes en base a lo requerido en los pliegos, pueden determinar el beneficio que les puede brindar, como por ejemplo, el precio, el plazo de entrega, garantías, entre otras, pero sobre todo en función de los intereses públicos<sup>33</sup>.

Este principio también ha sido recogido por nuestra Constitución en su artículo 288, cuando establece que las compras públicas deben cumplir con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social; en tanto que, el inciso 3 del artículo 20 del Reglamento General de la LOSNCP, señala que “en la determinación de las condiciones de los Pliegos, la Entidad contratante deberá propender a la eficacia, eficiencia, calidad de la obra, bienes y servicios que se pretende contratar y ahorro en sus contrataciones”.

- d) **Vigencia tecnológica.**- Con Decreto Ejecutivo N° 1515, publicado en el Suplemento del Registro Oficial N° 5 del 31 de mayo de 2013, el Presidente de la República del Ecuador, expidió las disposiciones relacionadas con el cumplimiento del principio de vigencia tecnológica, señalándose en el artículo 3 que el mismo implica la obligación de que la adquisición y arrendamiento de los bienes, así como la prestación de servicios en los que se contempla el uso de bienes específicos detallados en el dicho decreto, deben reunir las condiciones de calidad necesarias para cumplir de manera efectiva la finalidad requerida, desde el momento de su adquisición y hasta por un tiempo determinado y previsible de vida útil, con la posibilidad de adecuarse, integrarse, repotenciarse y reponerse, según el caso, de acuerdo con los avances científicos y tecnológicos.

---

<sup>32</sup> Marienhoff, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III A, Cuarta Edición, Buenos Aires – Argentina: Editorial Abeledo Perrot, 1998, p. 204. Impreso.

<sup>33</sup> J. M. Juran, Frank M. Gryna, R. S. Bingham. (2005). [citado 30-07-2015]. Manuel de Control de la Calidad. Volumen 1. Segunda Edición. Disponible en Internet: <https://books.google.com.ec/>.

Si bien se ha dictado una norma, la misma no es completa, ya que, no determina cuáles son las condiciones de calidad requeridas bajo dicho principio. Un concepto más claro parece tenerlo la legislación peruana en el literal g, del artículo 2, de la Ley de Contrataciones del Perú, que establece:

“Vigencia Tecnológica.- Los bienes, servicios y obras deben reunir las condiciones de calidad y modernidad tecnológicas necesarias para cumplir con efectividad la finalidad pública para los que son requeridos, por un determinado y previsible tiempo de duración, con posibilidad de adecuarse, integrarse y repotenciarse si fuera el caso, con los avances científicos y tecnológicos”<sup>34</sup>.

De la norma peruana se pueden destacar las siguientes diferencias con la nuestra:

- 1.- La disposición, al igual que el resto de principios se encuentran definidas en la Ley, y no mediante decretos, acuerdos o resoluciones;
- 2.- Se establece que los bienes, servicios y obras deben reunir condiciones de calidad y modernidad tecnológica, adecuando la denominación del principio con lo que realmente se exige; y,
- 3.- En nuestra norma, la vigencia tecnológica sólo abarca la adquisición y arrendamiento de los bienes, y la prestación de servicios; siendo la ley peruana más completa, ya que también aplica para la ejecución de obras en donde se pueden requerir equipos modernos.

e) **Principio de oportunidad:** Este principio de la contratación pública, puede ser visto desde cuatro ópticas:

- i. Todo proceso de contratación pública debe obedecer a necesidades puntuales, específicas, debidamente programadas y plasmadas en el Plan Anual de Contrataciones, tal cual lo establece el artículo 18 del Reglamento General para la Administración, Utilización y Control de los Bienes y

---

<sup>34</sup> Ley N° 30225. Ley de Contrataciones del Estado de la República del Perú.

Existencias del Sector Público<sup>35</sup>. Las excepciones a esta previsión serían los procesos de ínfima cuantía y las declaratorias de emergencia;

- ii. Los procesos de contratación al ser un esquema reglado, requiere de una serie de actos administrativos que van encaminando cada etapa, por ello, las decisiones que se vayan tomando deben ser dictadas y notificadas adecuadamente y a tiempo;
- iii. Para que el proceso se lleve de manera adecuada, en los pliegos se fija un cronograma de etapas, debiendo respetarse los días y horas establecidos, caso contrario el proceso podría fracasar, debiendo declararse desierto; y,
- iv. En la etapa de ejecución de los contratos igualmente deben respetarse los plazos previstos para los pagos al contratista, entrega de informes, suscripción de actas y cumplirse con el plazo de cumplimiento del contrato.

- f) **Principio de concurrencia:** Adilson Abreu Dallari, citado por Agustín Gordillo, señala que, en los procesos de contratación pública, la concurrencia está encaminada a lograr que la mayor cantidad de oferentes estén habilitados para ofertar, de modo que se facilite a los organismos públicos la obtención de bienes, servicios y obras más convenientes a sus intereses, y enfatiza que “deben ser evitadas demasiadas exigencias y rigorismos inconsistentes con una buena exégesis de la ley”<sup>36</sup>. La noción se completa cuando Miguel Marienhoff, señala que “la presentación de varios interesados y la selección pública del más conveniente de ellos aleja la idea de connivencia entre el licitador y la Administración Pública”<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> Reglamento General para la Administración, Utilización y Control de los Bienes y Existencias del Sector Público, expedido mediante Acuerdo No. 027-GC-2015, publicado en el Suplemento del Registro Oficial 585 del 11 de septiembre de 2015:

“Art. 18.- Proceso de adquisición.- La adquisición o arrendamiento de bienes de todas las entidades y organismos señalados en el artículo 1 de este reglamento, se realizará sobre la base del Plan Anual de Contratación, PAC, el mismo que será ingresado al Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador, y se sujetará a las disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su reglamento general; y a lo establecido en las resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública, SERCOP, respecto de la materia”.

<sup>36</sup> Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo - La defensa del usuario y del administrado Tomo II, Octava Edición. Buenos Aires - Argentina: Fundación de Derecho Administrativo, 2006, p. XII-5, XII-6. Impreso.

<sup>37</sup> Marienhoff, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III, Cuarta Edición, Buenos Aires - Argentina: Editorial Abeledo Perrot, 1998, p. s/n. Impreso.

- g) **Transparencia.**- Este principio busca que los procesos de contratación pública en sus diversas etapas, se lo haga de manera clara, sin artilugios que puedan torcer la diafanidad que busca el actual sistema de contratación pública, y, como lo señala Agustín Gordillo, “va con ello dicho que el principio de transparencia en la gestión pública, exigido por las normas y principios para la prevención de la corrupción administrativa, sólo se ve servido por el pedido de ofertas efectuadas de manera abierta al universo de posibles oferentes”<sup>38</sup>.
- h) **Principio de publicidad:** Este principio está íntimamente ligado con el de transparencia, e implica la integración al portal de compras públicas de toda aquella documentación relevante de cada uno de los procesos de contratación pública, por ejemplo: el acta de aprobación de los pliegos, acta de adjudicación, calificación de propuestas, convocatoria, pliegos, preguntas y respuestas, la propuesta ganadora, las actas de entrega recepción, entre otras.

La importancia de este principio también radica en permitir que un número importante de proveedores interesados en participar, lleguen a tener conocimiento de los requerimientos de una entidad contratante, lo que a su vez deviene en un beneficio para el Estado al contar con un amplio espectro para escoger la oferta que mejor convenga a los intereses ciudadanos e institucionales.

Se debe tener presente que este principio no está dirigido exclusivamente a los proveedores de las entidades públicas, sino también para que los ciudadanos puedan ejercer su derecho al control social y de veeduría, o en palabras de Miguel Marienhoff, quien respecto a la publicidad señala que, “es la garantía de que todo se hará correctamente”<sup>39</sup>.

- i) **Principio de participación nacional:** Empezaremos por señalar que este principio constituye una excepción al principio de igualdad, pues, se da preferencia al proveedor nacional, sobre este al local, y los dos sobre los de procedencia extranjera.

---

<sup>38</sup> Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo - La defensa del usuario y del administrado Tomo II, Octava Edición. Buenos Aires - Argentina: Fundación de Derecho Administrativo, 2006, p. XII-7. Impreso.

<sup>39</sup> Marienhoff, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III A, Cuarta Edición, Buenos Aires - Argentina: Editorial Abeledo Perrot, 1998, p. 34. Impreso.

La forma en que un bien, obra o servicio pueden ser considerados nacionales o locales, son establecidas por medio de resoluciones de aplicabilidad obligatoria que van determinando los parámetros a los cuales los proveedores deben acogerse para ser considerados bajo las circunstancias anotadas, como por ejemplo, los actores de la Economía Popular y Solidaria y Micro, Pequeñas y Medianas Empresas, mediante la aplicación de mecanismos tales como: márgenes de preferencia proporcionales sobre las ofertas de otros proveedores, reserva de mercado, subcontratación preferente, entre otras; siendo su objetivo esencial, convertir a la contratación pública en un elemento dinamizador de la producción nacional.

Para finalizar el tema de los principios de la contratación pública, y únicamente como referencia al tema central de la investigación, resulta interesante el criterio vertido por Arnaldo Mendoza Torres, quien considera que el enriquecimiento sin causa "da origen en el derecho administrativo a la acción in rem verso, para los efectos de subsanar el enriquecimiento que se produce en todos aquellos casos en que el particular realiza obras para la administración pública o la provee de bienes y servicios sin que medie un contrato que ampare la relación entre las partes"<sup>40</sup>.

Este importante criterio, nos permite de manera anticipada adentrarnos en el objeto principal de la investigación y a su vez justificarlo, aunque sea aun de manera prematura.

#### **1.3.4. De las etapas de la contratación pública y de los procesos contractuales. Generalidades.**

De manera específica no existe en la LOSNCP, su Reglamento General de aplicación y resoluciones del SERCOP, una disposición legal que determine cuáles son las etapas de la contratación pública; sin embargo, podría llegarse a establecer que existen tres fases: a.- preparatoria; b.- precontractual; y, c.- contractual, que dependerán del tipo de proceso.

---

<sup>40</sup> Mendoza Torres, Arnaldo, Los Contratos de la Administración Pública, Barranquilla - Colombia: Ediciones Uninorte, 2004, p. s/n. Impreso.

Las fases anotadas implican:

- a) **Etapa preparatoria o de planeación:** Esta fase, generalmente desapercibida por el común de entidades públicas y proveedores del Estado, entraña una gran importancia, pues, será en este punto donde se determinará el logro o fracaso en un proceso de contratación pública, es más, el objeto de la investigación tiene su causa y efecto en esta etapa.

Esta etapa tiene sus inicios con la elaboración del Plan Anual de Contrataciones, donde se establecen las necesidades de las entidades públicas, se determina el presupuesto referencial y se destinan los recursos suficientes para solventar las prestaciones a favor de los proveedores, se asigna el código PAC y se fija el cronograma general de contrataciones; así mismo, se verifica si se cuentan con los estudios suficientes, que permitan concebir los alcances técnicos y jurídicos del contrato, tal cual lo determina el artículo 23 de la LOSCNP, cuando establece:

“...antes de iniciar un procedimiento precontractual, de acuerdo a la naturaleza de la contratación, la entidad deberá contar con los estudios y diseños completos, definitivos y actualizados, planos y cálculos, especificaciones técnicas, debidamente aprobados por las instancias correspondientes, vinculados al Plan Anual de Contratación de la entidad”.

- b) **Etapa precontractual:** En esta fase principalmente se pueden diferenciar tres instancias:

1. **Elaboración de los pliegos o documentos precontractuales:** Para Agustín Gordillo, los pliegos son: “conjuntos de disposiciones reglamentarias de carácter minucioso destinadas a regir al contrato”<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo - La defensa del usuario y del administrado Tomo II, Octava Edición. Buenos Aires - Argentina: Fundación de Derecho Administrativo, 2006, p. XII-21. Impreso.

A tal punto radica la importancia de la elaboración de los pliegos, que en el documento denominado “Manual de Buenas Prácticas para la Gestión Contractual Pública”, publicado por el Departamento Nacional de Planeación de Colombia, se señala que, “la seriedad con que actúen las entidades en la elaboración de estos documentos y en la ejecución del procedimiento será el rasero con el que medirá el juez del contrato su eventual responsabilidad contractual”<sup>42</sup>.

En esta etapa, es de fundamental importancia que los actos administrativos que emitan las máximas autoridades de las entidades contratantes o sus delegados, por ejemplo, la resolución de inicio y aprobación de pliegos, actas de adjudicación, actas de declaratorio de proceso desierto estén debidamente motivadas, y sean comunicadas o informadas oportunamente por medio del portal de compras públicas.

- 2. Uso de las herramientas informáticas:** A la presente fecha y con el desarrollo de los medios telemáticos el SERCOP, ha implementado una serie de utilidades que permiten agilizar y transparentar los procesos de contratación pública; es así que, las entidades públicas y proveedores están en la obligación de usar el módulo facilitador de la contratación pública o USHAY, que permite la automatización en el registro de información y datos cuanto la generación de los pliegos del procedimiento,

Otra herramienta obligatoria, y quizá las más importante, es el portal de compras públicas [www.compraspublicas.gob.ec](http://www.compraspublicas.gob.ec), que constituye el sistema informático oficial de contratación pública del estado ecuatoriano, en donde, además debe ser agregada la documentación relevante de todo proceso, ya que tiene como propósito fundamental cumplir con los principios de oportunidad, concurrencia, transparencia y publicidad.

---

<sup>42</sup> Departamento Nacional de Planeación de Colombia, Manual de Buenas Prácticas para la Gestión Contractual Pública. Bogotá – Colombia: Excelsior Impresores, 2004, p. 13. Impreso.

- 3. Selección y adjudicación:** Una vez cumplidas las dos sub fases señaladas, es imprescindible que la entidad contratante efectúe un análisis pormenorizado y exhaustivo de las ofertas presentadas, con el propósito de verificar si las mismas cumplen con los requerimientos que se exigían en los pliegos, por ejemplo, experiencia, equipo mínimo, equipo técnico, cumplimiento de especificaciones técnicas, entre otros, que dependerán de tipo de proceso.

La valoración de las ofertas deberá efectuarse con total seriedad, pues, como lo señala Agustín Gordillo “una oferta debe ser declarada inadmisibles no por meros defectos de forma, sino cuando ella presenta vicios que atentan contra la finalidad misma del procedimiento licitatorio, es decir que violan sus principios fundantes al impedir la comparación del objeto de la oferta defectuosa con las demás ofertas”<sup>43</sup>; para ello, es importante, de ser necesario, se solicite la convalidación de errores dentro de los parámetros que la LOSNCP, su Reglamento de aplicación, y resoluciones han previsto.

Sobre la adjudicación, Marienhoff señala que “es la expresión de voluntad de la Administración Pública mediante la cual ésta integra o complementa su originaria manifestación de voluntad que, al poner de manifiesto su deseo de contratar, determinó el llamado a licitación”; y que “previo examen de las propuestas u ofertas presentadas, decide cuál de ellas es la más conveniente, y la acepta, quedando con ello simultáneamente determinado el cocontratante para ese caso particular”<sup>44</sup>.

Por su parte el numeral 1 del artículo 6 de la LOSNCP, establece que:

“Adjudicación: Es el acto administrativo por el cual la máxima autoridad o el órgano competente otorga derechos y obligaciones de

---

<sup>43</sup> Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo - La defensa del usuario y del administrado Tomo II, Octava Edición. Buenos Aires - Argentina: Fundación de Derecho Administrativo, 2006, p. XII-37. Impreso.

<sup>44</sup> Marienhoff, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III A, Cuarta Edición, Buenos Aires – Argentina: Editorial Abeledo Perrot, 1998, p. s/n. Impreso.

manera directa al oferente seleccionado, surte efecto a partir de su notificación y solo será impugnable a través de los procedimientos establecidos en esta Ley”.

Para finalizar se debe tener presente que, en el caso de que no existan oferentes habilitados, por haber sido rechazadas sus propuestas, o por no existir oferentes se deberá proceder a la declaratoria de procedimiento desierto, mediante un acto administrativo motivado, estando la máxima autoridad administrativa o su delegado en la facultad de disponer el archivo o reapertura del procedimiento de contratación, salvo que la declaratoria tenga el carácter de definitiva cuya consecuencia es la cancelación del proceso de contratación y el archivo del expediente, sin que dicho acto de lugar a algún ningún tipo de reparación o indemnización a favor de los oferentes.

- c) **Etapla contractual:** Cumplidas las etapas anteriores y contándose con un oferente adjudicado, se debe proceder a la suscripción del contrato.

La etapa contractual, implica la ejecución del objeto del contrato que, según las reglas del negocio jurídico, consistirán en obligaciones de dar, hacer o no hacer; y para el caso de la contratación pública devienen en la prestación de servicios, adquisición o arrendamiento de bienes o ejecución de obras.

El proceso contractual se rige básicamente por las cláusulas del contrato o compromisos adquiridos por las partes, para lo cual, se designa un supervisor o fiscalizador, y un administrador, quienes cumplen funciones de vigilancia y auditoría de la forma en que se ejecuta un contrato, en cumplimiento de las condiciones establecidas por la entidad contratante, así como constituirse en un vínculo de índole administrativo entre el contratista y la entidad pública contratante.

Son partes importantes de esta etapa, entre otras, la fecha de suscripción de contrato, la entrega del anticipo, la entrega y renovación de las garantías de buen

uso del anticipo, la de fiel cumplimiento del contrato, las multas, la prórroga de plazos, los contratos complementarios, y la suscripción de las actas de entrega recepción, sean provisionales o definitivas, o presuntas.

### **1.3.5. De los procesos contractuales.**

Según lo dispone el numeral 5, del artículo 6 de la LOSNCP, la contratación pública en nuestro país, implica todo procedimiento que las entidades del sector público llevan a cabo para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría.

Previo a la revisión general de los regímenes de contratación implementados a partir de la vigencia de la LOSNCP, es necesario definir lo que son bienes y servicios normalizados, pues, de esta noción dependerá en muchos casos del tipo de procedimiento a seguirse; así tenemos que el numeral 2 del artículo 6 de la Ley referida, y el artículo 42 de su Reglamento de aplicación señalan que, estos -bienes y servicios normalizados-, son aquellos en las cuales las características o especificaciones técnicas del objeto de contratación se encuentran homologados y catalogados, de modo que permita su comparación en igualdad de condiciones, para esto, se entenderán como sinónima de las palabras: homologados, estandarizados, normalizados, categorizados o catalogados.

Así mismo, es necesario indicar que un factor preponderante para la clasificación de los procesos de contratación pública, constituye el coeficiente de contratación, que es el monto que se fija anualmente para cada proceso en razón del presupuesto inicial del Estado o PIE<sup>45</sup>.

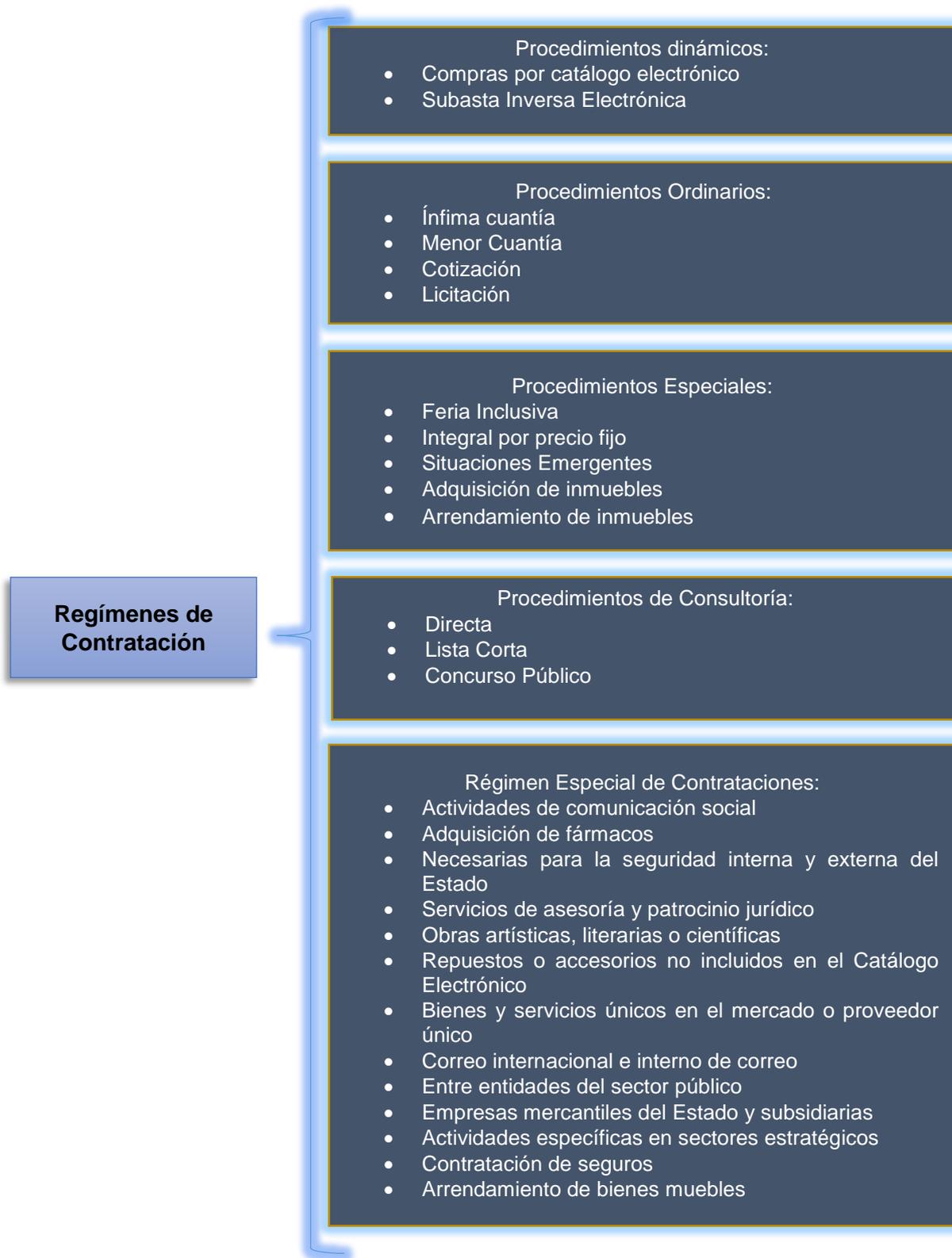
Cada proceso regulado por la LOSNCP, deberá pasar por cada una de las fases que ya han sido previamente indicadas.

Con esta introducción se podrían clasificar a los regímenes de contratación usando el siguiente esquema:

---

<sup>45</sup> PIE 2015: 36,317,119,042.70. Fuente: <http://www.finanzas.gob.ec/>.

Fuentes: LOSNCP y su Reglamento de Aplicación.



## **1. Procedimientos dinámicos.**

### **a) Compras por catálogo electrónico.**

Este proceso se encuentra regulado a partir de los artículos 43 de la LOSNCP y 43 del Reglamento de aplicación, y está destinado a la provisión únicamente de bienes y servicios normalizados debidamente programados en el PAC. Esta modalidad de proceso no se encuentra sujeto a ningún coeficiente de contratación.

Se trata de una contratación directa, sobre la base de la selección que efectúa el propio SERCOP, siendo el organismo que regula el proceso en su integridad y celebra convenios marco con los proveedores sobre bienes y servicios que son ofertados a manera de una tienda virtual. Se debe tener presente que sólo en el caso de que un bien o servicio no esté incluido en el catálogo electrónico, se podrán utilizar el resto de procedimientos que correspondan de acuerdo a su presupuesto referencial y coeficiente de contratación.

Respecto a su procedimiento, es ineludible que la entidad contratante elabore o cuente con las especificaciones técnicas del bien o servicio requerido, de modo que se pueda cotejar con los ofrecidos en el catálogo electrónico. Una vez verificada la existencia del objeto de la contratación en el sistema de compras públicas, se emitirá el informe respectivo y recomendación para que la autoridad administrativa o su delegado emitan la autorización para la adquisición según el convenio marco, y posteriormente se formalice con la orden de compra y se suscriba la respectiva acta de entrega recepción.

### **b) Compras por Subasta Inversa Electrónica.**

El procedimiento de la Subasta Inversa Electrónica está contemplado desde los artículos 47 de la LOSNCP y 44 de su Reglamento de aplicación. Este proceso se aplica únicamente cuando no existan bienes o servicios normalizados y cuyo presupuesto referencia supere el coeficiente 0,0000002 del presupuesto inicial del Estado. Para montos inferiores al señalado, se podrán usar los procedimientos comunes que correspondan; en tanto que, para

el caso de que el presupuesto referencial supere el coeficiente 0.000002 del PIE, será necesario la conformación de una Comisión Técnica.

La innovación de este procedimiento radica en que los oferentes pujan hacia la baja el precio inicial ofertado a través del portal de compras públicas, durante un tiempo previamente determinado por la entidad contratante, que no podrá ser inferior a quince minutos ni superior a los sesenta minutos, en un acto público electrónico. Los resultados de la puja se publican de manera inmediata en el sistema.

Cabe aclarar que el proceso de subasta sólo se presenta cuando existen más de dos propuestas, ya que de existir una sola calificada o presentada, se deberá realizar una audiencia de negociación, debiendo el único participante bajar el valor de su oferta en al menos el 5% de su propuesta inicial.

## **2. Procedimientos ordinarios.**

### **a) Ínfima cuantía.**

Este procedimiento está contemplado a partir de los artículos 52.1 de la LOSNCP y 60 de su Reglamento de aplicación, y debe ser aplicado para la adquisición de bienes o prestación de servicios a excepción de los de consultoría, sean estos, normalizado o no normalizados, cuya cuantía se igual o menor a 0,0000002 del PIE. Así mismo, este proceso puede ser utilizado para la ejecución de obras para reparación, refacción, remodelación, adecuación, mantenimiento o mejora de una construcción o infraestructura existente.

El procedimiento es sencillo, requiriéndose siempre que la entidad contratante cuente o haya elaborado unas condiciones mínimas que rijan la contratación, cuya adjudicación es directa a favor del proveedor seleccionado, sin necesidad de que se encuentre registrado en el RUP, bastando la factura y autorización del área administrativa.

Este proceso no podrá ser usado para evadir los procedimientos de contratación regulares, recomendándose que la invitación proceda luego de haberse obtenido por lo menos tres proformas.

**b) Menor Cuantía.**

El procedimiento de menor cuantía está regulado a partir de los artículos 51 de la LOSNCP y 58 del Reglamento de aplicación, y está destinado para aquellos procesos de adquisición de bienes y servicios no normalizados, exceptuando los de consultoría cuyo presupuesto referencial sea inferior al coeficiente 0,000002 del PIE; para la adquisición de bienes y servicios si fuera imposible aplicar los procedimientos dinámicos o aplicados hubiesen sido declarados desiertos, cuando el presupuesto referencial es inferior al 0,000002 del PIE; y para la ejecución de obras cuyo presupuesto referencial sea inferior al 0,000007 PIE.

El procedimiento de contratación por menor cuantía implica dos alternativas:

1. Para el caso de bienes y servicios, sean estos normalizados o no, se invitará directamente a un proveedor tomando como referencia al menos tres proformas, quien de preferencia deberá ser artesano, micro y pequeños empresarios locales, y excepcionalmente cuando no existieran proveedores se podrá contratar con otros de distinta circunscripción territorial.
2. Para el caso de obras, una vez cargados los pliegos al portal, el sistema genera una invitación a los proveedores debidamente registrados, quienes en el plazo previsto deberán manifestar su interés con la presentación de sus ofertas técnicas y la carta de aceptación del presupuesto referencial. Se habilitarán las propuestas que cumplan con lo requerido por la entidad contratante, y mediante sorteo electrónico el portal designará al oferente a ser adjudicado.
3. Para el caso de los proveedores que a la fecha de la publicación del procedimiento mantuvieran vigentes contratos de ejecución de obra, adjudicados únicamente a través del procedimiento de menor cuantía, cuyos

montos individuales o acumulados igualaren o superaren el coeficiente establecido para esta modalidad de contratación, estarán prohibidos para participar en los procedimientos de menor cuantía de obras, bajo las condiciones y salvedades que establece la LOSNCP, su Reglamento de aplicación y más resoluciones del SERCOP.

### **c) Cotización.**

Este procedimiento está normado desde los artículos 50 de la LOSNCP y 56 del Reglamento de aplicación, para aquellas adquisición de bienes y servicios en los que no fuese posible aplicar los procedimientos dinámicos o de haber sido aplicados hayan sido declarados desierto, siempre que el presupuesto referencial oscile entre 0,000002 y 0,000015 del PIE, así como, para la adquisición de bienes o prestación de servicios no normalizados, exceptuando los de consultoría, cuyo presupuesto oscile dentro de los coeficientes antes señalados. Para el caso de la ejecución de obras cuando el presupuesto referencial oscile entre 0,000007 y 0,00003 del PIE.

Para este proceso, siempre será necesario la conformación de una Comisión Técnica designada por la autoridad administrativa, conformado por tres miembros: un profesional designado por la máxima autoridad, quien la presidirá, el titular del área requirente, y un profesional afín al objeto de la contratación designado por la máxima autoridad o su delegado, debiendo designarse a un/a secretario/a de fuera de su seno.

Se habilitarán a las ofertas que hayan cumplido con los requisitos establecidos en los pliegos, ante lo cual la Comisión Técnica emitirá un informe y recomendación de adjudicación o declaratoria de desierto. La máxima autoridad de ser el caso debe proceder a la adjudicación en base el mejor costo o de no haberse presentado ofertas o no haber alguna habilitada, se declarará desierto el proceso<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> Artículo 6 de la LOSNCP, numerales:

17. Mejor Costo en Bienes o Servicios Normalizados: Oferta que cumpliendo con todas las especificaciones y requerimientos técnicos, financieros y legales exigidos en los documentos precontractuales, oferte el precio más bajo.

18. Mejor Costo en Obras, o en Bienes o Servicios No Normalizados: Oferta que ofrezca a la entidad las mejores condiciones presentes y futuras en los aspectos técnicos, financieros y legales, sin que el precio

**d) Licitación.**

La licitación está normada desde los artículos 48 de la LOSNCP y 49 del Reglamento de aplicación, y rige para los procesos de adquisición de bienes o prestación de servicios si no fuera imposible aplicar los procedimientos dinámicos o aplicados hubiesen sido declarados desiertos, siempre que el presupuesto referencial sea superior al 0,000015 del PIE; así como, para la adquisición de bienes o servicios no normalizados, exceptuando los de consultoría, dentro de los coeficientes y montos anotados. Para el caso de ejecución de obras, siempre que el presupuesto referencial sea superior al 0,00003 del PIE.

El procedimiento es igual al de cotización, con la diferencia de que la participación está abierta a todos los oferentes, no existe sorteo por medio del portal.

**3. Procedimientos especiales.****a) Ferias inclusivas.**

Si bien el numeral 13 del artículo 6 de la LOSNCP, define la que es una feria inclusiva, es el artículo 59.1 de la misma Ley, el que mejor la describe al señalar que “La Feria Inclusiva es un procedimiento que se utilizará preferentemente por toda entidad contratante, con el objeto de adquirir obras, bienes y servicios de producción nacional, catalogados o normalizados, no catalogados o no normalizados. En este procedimiento únicamente podrán participar, en calidad de proveedores los productores individuales, las organizaciones de la Economía Popular y Solidaria, las unidades económicas populares, los artesanos, las micro y pequeñas unidades productivas”.

No existe un monto a ser considerado para participar en este procedimiento, que se hace lo efectúa mediante una subasta inversa presencial (listado de bienes y servicios normalizados), ya sea por ítems, lotes o servicios, para lo cual, se realiza una invitación por

---

más bajo sea el único parámetro de selección. En todo caso, los parámetros de evaluación deberán constar obligatoriamente en los Pliegos.

19. Mejor Costo en Consultoría: Criterio de "Calidad y Costo" con el que se adjudicarán los contratos de consultoría, en razón de la ponderación que para el efecto se determine en los Pliegos correspondientes, y sin que en ningún caso el costo tenga un porcentaje de incidencia superior al veinte (20%) por ciento.

medio de la página de compras públicas y medios de comunicación, buscando la mayor participación de oferentes, quienes no necesitan estar registrados en el RUP, pero que si deberán hacerlo para la suscripción del contrato.

**b) Contratación integral por precio fijo.**

Este procedimiento está contemplado en el artículo 53 de la LOSNCP, y se lo efectuará conforme el proceso establecido para la licitación, cuando el presupuesto referencial sea mayor a 0,1 del PIE; sin embargo, se debe cumplir con los siguientes requisitos concurrentes:

1. Si del análisis previo a la resolución de la máxima autoridad, resulta más ventajosa esta modalidad con respecto a la contratación por precios unitarios;
2. Si se tratare de la ejecución de proyectos de infraestructura en los que fuere evidente el beneficio de consolidar en un solo contratista todos los servicios de provisión de equipo, construcción y puesta en operación;
3. Si el presupuesto referencial de dicha contratación sobrepasa el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,1% por el monto del PIE del correspondiente ejercicio económico; y,
4. Que la Entidad Contratante cuente con los estudios completos, definitivos y actualizados.

Así mismo, este proceso presenta las particularidades de que, está prohibido la celebración de contratos complementarios, la inclusión de fórmulas de reajustes de precios o cualquier otro mecanismo de variación de precios, asumiendo los contratistas todos los riesgos y responsabilidades por el cumplimiento del objeto del contrato en las condiciones acordadas, debiendo los oferentes considerar en su oferta el cronograma de la provisión, instalación y funcionamiento de los bienes y equipos; así como la puesta en operación del proyecto contratado.

**c) Contratación en situación de emergencia.**

El numeral 6 del artículo 31 de la LOSNCP, define como situaciones de emergencia a aquellas generadas por acontecimientos graves tales como accidentes, terremotos,

inundaciones, sequías, grave conmoción interna, inminente agresión externa, guerra internacional, catástrofes naturales, y otras que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, a nivel nacional, sectorial o institucional; esta situación, señala la norma debe ser concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva.

La declaración de emergencia debe provenir de una resolución de la máxima autoridad administrativa, debidamente motivada y sustentada en informes técnicos oportunos, lo que permitirá a la entidad públicas contratar de manera directa, las obras, bienes o servicios, incluidos los de consultoría, que se requieran de manera estricta para superar la situación de emergencia, pudiendo inclusive contratarse con empresas extranjeras sin requerir los requisitos previos de domiciliación ni de presentación de garantías; los cuales se cumplirán una vez suscrito el respectivo contrato.

Toda la información relevante deberá ser cargada al portal en una ventana habilitada para el efecto; así como, la resolución de terminación de la declaratoria de emergencia y los resultados obtenidos con la misma.

#### **d) Adquisición de inmuebles.**

Este procedimiento se encuentra normado desde los artículos 58 de la LOSNCP y 61 de su Reglamento de aplicación, e implica dos circunstancias:

- i. Entre entidades del Sector Público, cuando lleguen a un acuerdo no será necesario la declaratoria de utilidad pública o insinuación (donaciones), sino de una resolución motivada de ambas entidades, emitidas por sus máximas autoridades, para lo cual se aplicará lo referente al régimen de traspaso de activos, que implica, la compra venta, permuta, donación, compensación de cuentas, traslado de partidas presupuestarias. Si no existe acuerdo se estará al régimen general.
- ii. Para el caso de bienes de propiedad privada, será necesaria la declaratoria de utilidad pública o de interés social, resuelta por la máxima autoridad de la entidad pública, mediante acto motivado en el que constará en forma

obligatoria la individualización del bien o bienes requeridos y los fines a los que se destinará, debiendo acompañarse el correspondiente certificado del registrador de la propiedad. Esta resolución deberá ser notificada al propietario e inscrita en el registro de la propiedad.

Dentro del proceso se buscará llegar a un acuerdo directo con el propietario, en base del avalúo comercial del municipio correspondiente y hasta un precio no mayor al 10% de dicho avalúo.

De no existir un acuerdo sobre el valor del predio, se deberá plantear un juicio de expropiación en el que discutirá únicamente el monto a cancelarse, previa reliquidación de los impuestos municipales por los últimos cinco años.

Respecto a este trámite es necesario anotar que, para los casos de los Gobiernos Autónomos Descentralizados se estará a lo dispuesto en el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, y complementariamente a la LOSNCP y su Reglamento de aplicación.

#### **e) Arrendamiento de inmuebles.**

Este procedimiento se encuentra regulado a partir de los artículos 59 de la LOSNCP y 64 del Reglamento de aplicación; y comprende dos casos:

- i. **Entidades contratantes como arrendatarias:** Será necesario la elaboración de pliegos, su publicación en el portal de compras públicas y a través de los medios de comunicación escrita, debiendo hacerse constar en los pliegos las condiciones mínimas del inmueble requerido, con la referencia al sector y lugar de ubicación del mismo.

La adjudicación se la efectuará al mejor postor, en base al mejor precio y al menos dos años de vigencia del contrato; sin que sea necesario, para la

suscripción del contrato, que el adjudicatario conste inscrito y habilitado en el RUP.

- ii. **Entidades contratantes como arrendadoras:** Si la entidad pública requiere arrendar un inmueble, deberá efectuar la correspondiente publicación de pliegos por medio del portal de compras públicas, en las que constarán las condiciones en las que se dará el arrendamiento, con la indicación de la ubicación y características del bien.

La adjudicación se efectuará a la mejor oferta de entre los oferentes inscritos, según cumplimiento de pliegos y canon mensual a cancelarse, sin que sea necesario que el adjudicatario no requiere estar inscrito y habilitado en el RUP.

Como normas supletorias para los dos casos, se estará a lo dispuesto en la Ley de Inquilinato y del Código Civil.

#### **4. Procesos de Consultoría.**

##### **a) Contratación directa.**

Este procedimiento está normado desde los artículos 40 de la LOSNCP y 36 de su Reglamento, y se aplica cuando el presupuesto referencial del contrato sea inferior o igual al valor que resultare de multiplicar el coeficiente 0,000002 del PIE.

La selección, calificación, negociación y adjudicación la realizará la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado de manera directa.

En el caso de que el consultor invitado no aceptare la invitación o no llegare a un acuerdo en la negociación, la máxima autoridad o su delegado declarará terminado el procedimiento; y de así estimarlo pertinente, resolverá el inicio de un nuevo proceso de

contratación directa con un nuevo consultor, o en su defecto optar por otro procedimiento de contratación.

**b) Lista Corta.**

Su procedimiento está regulado desde los artículos 40 de la LOSNCP y 37 de su Reglamento, y se aplica cuando el presupuesto referencial del contrato supere el valor que resultare de multiplicar el coeficiente 0,000002 por el monto del PIE y que sea inferior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 del PIE.

La invitación la realiza la entidad contratante de entre un máximo de 6 y un mínimo de 3 consultores registrados en el RUP que reúnan los requisitos previstos en los pliegos, para que presenten sus ofertas técnicas y económicas. Si no se presentaren ofertas o si las presentadas hubieren sido rechazadas, la entidad contratante podrá realizar un nuevo proceso de contratación conformando una nueva lista corta o en su defecto iniciar un proceso de concurso público, y en lo demás se observarán, en lo que sea aplicable, las disposiciones contenidas que rigen para el concurso público.

**c) Concurso Público.**

Su procedimiento está regulado desde los artículos 40 de la LOSNCP y 37 de su Reglamento, y se aplica cuando el presupuesto referencial del contrato sea igual o superior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del PIE.

El proceso es abierto; es decir, pueden participar todos los proveedores que deseen hacerlo, incluso, la entidad contratante podrá realizar una invitación internacional a participar en el concurso público, previo la autorización del SERCOP, para lo cual, se podrá realizar invitaciones mediante publicaciones por la prensa internacional especializada, por una sola vez en cada medio escrito.

Para este proceso, el sistema de compras públicas habilitará dos opciones: una para la oferta técnica y otra para la oferta económica, permitiendo que la apertura y procesamiento de ambas ofertas se ejecuten en días distintos. Si en este proceso se presenta un solo

proponente, la oferta será calificada y evaluada y, si ésta cumple los requisitos y criterios establecidos podrá ser objeto de adjudicación de llegarse a un acuerdo en la negociación.

Con los resultados finales de la evaluación, la Comisión Técnica negociará con el oferente calificado en primer lugar los aspectos técnicos, contractuales y los ajustes de la oferta técnica y económica en comparación con lo requerido en los pliegos, debiendo procederse a la suscripción del acta de negociación en la que constarán los términos convenidos, y si no se llegare a un acuerdo en la negociación, esta se dará por terminada y se iniciará una nueva negociación con el oferente calificado en el siguiente lugar y así sucesivamente hasta llegar a un acuerdo final de negociación o, en su defecto declarar desierto el procedimiento, según corresponda.

Suscrita el acta de negociación, la máxima autoridad o su delegado, procederán a la adjudicación al oferente con el cual se haya llegado a un acuerdo final de negociación.

Si la Entidad contratante lo estima adecuado, podrá realizar un proceso de precalificación que tendrá por objeto solicitar la presentación de información y antecedentes relacionados con la experiencia de los consultores o asociaciones constituidas o por constituirse, relacionada con los trabajos de consultoría requeridos por la entidad contratante, debiendo la convocatoria prever exclusivamente los procedimientos para evaluar y calificar las experiencias en la prestación de servicios de consultoría en general y en servicios similares a los del objeto del concurso.

Finalmente, son normas comunes a los procesos de consultoría por lista corta y concurso público la necesidad de que se designe una Comisión Técnica, la aprobación de pliegos de parte de la máxima autoridad o su delegado, contarse con los informes de evaluación de las propuestas y el informe de recomendación de para la adjudicación o declaratoria de desierto.

## **5. Régimen Especial de Contratación.**

Se puede señalar que los procesos contemplados, como régimen especial, son procedimientos reglados bajo criterios de selectividad y no de excepción, a pesar de que tienen la particularidad de no estar sujetos a concurso.

Su contratación es directa de acuerdo a las necesidades de las entidades contratantes, debiendo pasar las fases o etapas de contratación ya señaladas, y fundamentalmente por aquella reglamentación específica que para el efecto dicte el Presidente de la República.

Los procedimientos de régimen especial son:

**a) Actividades de comunicación social.**

Según lo dispone el artículo 88 del Reglamento a la LOSNCP, este procedimiento está destinado a la contratación de estudios para la determinación de estrategias comunicacionales e información orientada a generar criterios de comunicación, información, imagen y publicidad comunicacional; y, la contratación de productos comunicacionales, servicios y actividades comunicacionales y de los medios para la difusión de los mismos, destinadas a la información de las acciones del Gobierno Nacional o de las Entidades Contratantes; y se dividen en dos:

- i. **Procedimiento de contratación directa:** Este procedimiento se encuentra regulado en el artículo 89 del Reglamento de la LOSNCP, y está destinado a: estudios para la formulación de estrategias comunicacionales y de información orientada a generar criterios de comunicación, información, imagen y publicidad comunicacional, comprendiendo estos estudios, sondeos de opinión, determinación de productos comunicacionales, medios, servicios, actividades para su difusión y similares; para contratar los medios y espacios comunicacionales destinados a la difusión de la publicidad comunicacional; por excepción, en casos considerados como urgentes, siempre y cuando la dependencia correspondiente al área de comunicación considere que la contratación debe efectuarse bajo este régimen y así se autorizare mediante resolución por parte de la máxima autoridad de la institución.

La invitación se efectuará por medio del portal de compras públicas al proveedor seleccionado de manera directa, con toda la información que se considere pertinente, para que dentro de los plazos previstos presente su oferta, misma que una vez abierta se procederá con su evaluación y de cumplir con lo requerido en los pliegos se procederá a la adjudicación o de no cumplirse con lo establecido por la entidad pública se declarará desierto el proceso, siendo facultad en este caso, el iniciarse un nuevo proceso con otro oferente.

- ii. **Mediante procedimiento para selección:** Su procedimiento está contemplado en el artículo 90 del Reglamento de la LOSNCP, en este caso la entidad contratante, puede efectuar la contratación mediante un proceso de selección, para lo cual deberá invitarse directamente al menos a 3 proveedores y máximo 5 inscritos en el RUP.

La adjudicación se efectuará al oferente que cumpla con todos los requisitos previstos en los pliegos, tomando en cuenta el mejor costo, sin que el precio más bajo sea el único parámetro de selección. En esta modalidad de contratación, la adjudicación podrá efectuarse por la totalidad de los productos o servicios requeridos. En caso de que las ofertas no cumplan con lo requerido en los pliegos, se deberá declarar desierto el procedimiento, pudiendo iniciarse un nuevo proceso de contratación directa con otro oferente.

#### **b) Adquisición de fármacos.**

Este procedimiento de régimen especial está regulado desde el artículo 72 del Reglamento a la LOSNCP, comenzando por definir a los fármacos, como las preparaciones o formas farmacéuticas contempladas en las definiciones de medicamentos del artículo 259 de la Ley Orgánica de Salud<sup>47</sup>.

---

<sup>47</sup> **Medicamento.-** Es toda preparación o forma farmacéutica, cuya fórmula de composición expresada en unidades del sistema internacional, está constituida por una sustancia o mezcla de sustancias, con peso, volumen y porcentajes constantes, elaborada en laboratorios farmacéuticos legalmente establecidos, envasada o etiquetada

Son normas comunes a todas las modalidades de este tipo de procesos los siguientes:

1. Obligación de las entidades que presten servicios de salud y que se hallen comprendidas en el ámbito de la Ley, para adquirir fármacos que consten en el Cuadro Nacional de Medicamentos Básicos y más normas pertinentes
2. La selección de las ofertas de provisión de fármacos se hará solo entre los proveedores habilitados en el RUP.
3. Se seleccionarán únicamente a aquellas ofertas que cumplan con los requisitos exigidos de acondicionamiento, presentaciones autorizadas para su comercialización y las establecidas en la ficha técnica del producto.
4. Todas las adquisiciones de fármacos, que se realicen, estarán sujetas a controles de calidad post registro aleatorios, sea en los lugares de fabricación, almacenamiento, transporte, distribución o expendio, control que lo efectuará la autoridad sanitaria nacional.

La contratación de fármacos, como se había señalado admiten algunas modalidades que son:

- i. **Contratación Directa:** Este procedimiento se aplica cuando el fabricante o proveedor sea exclusivo para un tipo de fármaco, y siempre que no esté disponible en el Repertorio de Medicamentos, para lo cual será menester especificar el fármaco que se desea adquirir, la identificación del fabricante o proveedor exclusivo, la documentación de soporte y los pliegos del proceso, señalando el día y la hora en que fenece el período para la recepción de la oferta, a la cual deberá adjuntarse el certificado de exclusividad vigente a la fecha de presentación de la oferta, emitido por la Autoridad Sanitaria Nacional; sin embargo, dentro del plazo previsto para el efecto, cualquier otro proveedor que considere estar en capacidad de suministrar el fármaco

---

para ser distribuida y comercializada como eficaz para diagnóstico, tratamiento, mitigación y profilaxis de una enfermedad, anomalía física o síntoma, o el restablecimiento, corrección o modificación del equilibrio de las funciones orgánicas de los seres humanos y de los animales.

Por extensión esta definición se aplica a la asociación de sustancias de valor dietético, con indicaciones terapéuticas o alimentos especialmente preparados, que reemplacen regímenes alimenticios especiales.

materia del proceso podrá objetar la condición de fabricante o proveedor exclusivo, cuya impugnación deberá ser resuelta por la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado dentro de las 24 horas siguientes de la recepción.

De establecerse la no exclusividad del fabricante o proveedor, se dará por cancelado el proceso de contratación directa, debiendo aplicarse la modalidad de adquisición que corresponda, de no existir impugnaciones o en el caso de que hayan sido declaradas improcedentes, se convocará el oferente invitado a una audiencia de preguntas y aclaraciones, para posteriormente proceder con la adjudicación o con la declaratoria de proceso desierto.

ii. **Subasta Inversa:** Este proceso, a su vez, se divide en subastas inversas corporativas y subastas inversas, conforme el siguiente proceder:

a) **Procedimiento de Subasta Inversa Corporativa.-** Para este procedimiento, es necesario que el SERCOP, conjuntamente con las Entidades Contratantes, consoliden la demanda potencial de fármacos, lo que permitirá convocar a esta modalidad de contratación en la que los proveedores, debidamente habilitados, pujan hacia la baja a través del portal de compras pública, con la finalidad de suscribir convenios que permitan a las entidades contratantes la adquisición directa a través del Repertorio de Medicamentos, que a su vez constituye el catálogo de medicamentos normalizados publicados en el portal [www.compraspublicas.gob.ec](http://www.compraspublicas.gob.ec).

Los pliegos para este proceso, a más de los requisitos de carácter legal, económico y financiero, deberán contener fichas técnicas específicas sobre los fármacos a contratar, requiriéndose además la conformación de una Comisión Técnica responsable de las fases de aclaraciones y

calificación de los proveedores y sus ofertas, integrada conforme lo dispone el artículo 78 del Reglamento de la LOSNCP<sup>48</sup>.

- b) **Procedimiento de Subasta Inversa Institucional:** Este procedimiento se aplica cuando, exista más de un proveedor o fabricante siempre que el fármaco o fármacos requeridos no estén disponibles en el Repertorio de Medicamentos, para lo cual se requiere la aprobación de los pliegos por parte de la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, disponiéndose el inicio del procedimiento especial, siendo necesaria la conformación de una Comisión Técnica, conforme lo establece el artículo 79 del Reglamento a la LOSNCP<sup>49</sup>.

En este procedimiento se observarán las disposiciones aplicables para la compra dinámica de subasta inversa electrónica, pudiendo efectuarse la subasta por ítems, individuales o agrupados, siguiendo para el efecto lo previsto en los respectivos pliegos.

Será obligación de los proveedores adjudicados el presentar, previo a la entrega recepción de los fármacos adquiridos, el certificado de control de calidad del lote o lotes a entregar; y, el compromiso de cancelar el costo del análisis de control de calidad post registro cuando la Autoridad Sanitaria Nacional lo realice, sea en los lugares de fabricación, almacenamiento, transporte, distribución o expendio.

---

<sup>48</sup> Art. 78 del Reglamento de aplicación de la LOSNCP:

1. Un delegado del Director Ejecutivo del INCOP, quien la presidirá y tendrá voto dirimente;
2. Un delegado técnico del Ministro de Salud Pública, en su calidad de máxima autoridad del Sistema Nacional de Salud;
3. Un delegado técnico del Director General del IESS;
4. Un delegado técnico del Director General del ISSFA; y,
5. Un delegado técnico del Director General del ISSPOL.

Actuará como Secretario de la Comisión Técnica el Director Jurídico del INCOP o su delegado.

<sup>49</sup> Art. 79 del Reglamento de aplicación de la LOSNCP:

1. El delegado de la máxima autoridad de la entidad contratante;
2. El titular del área requirente o su delegado; y,
3. Un funcionario o servidor nombrado por la máxima autoridad que tenga conocimiento de la adquisición que se vaya a realizar.

Actuará como secretario un funcionario o servidor designado por la Comisión Técnica de fuera de su seno.

En los casos en que el proceso precontractual para la adquisición de fármacos hubiere sido desarrollado mediante subasta inversa institucional y se hubiere declarado desierto, la máxima autoridad de la entidad contratante podrá, efectuar otro proceso similar, disponer el inicio de un proceso precontractual de contratación directa para fármacos, o de considerarlo pertinente y según su monto iniciar otro mecanismo previsto en la Ley.

- iii. **Adquisición de Medicamentos Especiales:** Este procedimiento será únicamente admisible, en aquellos casos que se requiera medicamentos especiales, para tratamientos especializados, que no consten en el Repertorio de Medicamentos y no estén disponibles en el país, para lo cual, la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, solicitarán autorización para importación directa, a la Autoridad Sanitaria Nacional. Estos medicamentos deberán cumplir con los requisitos de seguridad, calidad y eficacia.
- iv. **Adquisición a través de Organismos Internacionales:** En este caso se deberá estar a lo acordado en los respectivos convenios o a través de procedimientos establecidos por organismos internacionales. De no existir procedimientos establecidos, se procederá conforme los procedimientos especiales, verificándose que los fármacos cumplan las condiciones de calidad, seguridad y eficacia, de acuerdo a las fichas técnicas establecidas para cada medicamento.
- v. **Adquisición de Medicamentos de Consulta Externa a través de farmacias calificadas por la Autoridad Sanitaria Nacional:** Este nuevo procedimiento fue introducido mediante el artículo 1 del Decreto Ejecutivo N° 687, publicado en el Registro Oficial N° 521, del 12 de junio de 2015, y posibilita la adquisición de medicamentos para consulta externa de los establecimientos de salud de la Red Pública Integral de Salud.

El procedimiento de contratación será el establecido para la adquisición de medicamentos especiales.

**c) Necesarios para la seguridad interna y externa.**

Este procedimiento contemplado en el artículo 86 y siguientes del Reglamento a la LOSNCP, inicia con la resolución de la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, demostrando la existencia de la necesidad específica que le faculta acogerse a este régimen y aprobará los pliegos respectivos y en lo que fuere posible, a los principios y procedimientos establecidos en la Ley. Se solicitará la respectiva calificación del Presidente de la República, adjuntando un resumen ejecutivo que justifique su solicitud, que deberá ser reservada. Una vez que se cuente con la calificación, se dispondrá el inicio del proceso, siguiendo el procedimiento establecido en los pliegos previamente aprobados y cuya ejecución estará a cargo de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional.

Su trámite debe ser llevado con absoluta confidencialidad y reserva, por tanto, no será publicado en el portal de compras públicas.

**d) Patrocinio Jurídico.**

Los procedimientos de servicios destinados a obtener asesoría jurídica o patrocinio jurídico está regulado en el artículo 92 del Reglamento de la LOSNCP, requiriéndose de la resolución de la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, en la que se justificará las circunstancias concretas para acogerse a esta modalidad de proceso, debiendo describirse en los pliegos las características del perfil profesional requerido, formación, competencias y capacidades generales y específicas, así como la formación o experiencia en las materias o áreas del derecho sobre las cuales versará la materia del contrato.

La invitación es directa, explicándose el objeto de la invitación y señalando el día y la hora en que deberá concurrir para celebrar una audiencia en la que se le proporcionará toda la información que sea pertinente, previa la suscripción de un convenio de estricta confidencialidad, para finalmente proceder con la adjudicación o declaratoria de proceso desierto.

En el caso de que se requieran consultas puntuales y específicas, siempre que éstas tengan como valor total un presupuesto estimado que no supere en el año por cada proveedor el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0.0000005 por el PIE; en cuyo caso, una vez determinada la necesidad de realizar consultas jurídicas de carácter especializado, se procederá con la invitación, contándose previamente con el perfil del profesional o estudio jurídico, el valor previsto a ser pagado (por hora), el numeral estimado de horas de consulta; así como la certificación presupuestaria correspondiente.

Prestado que sea el servicio, el abogado o estudio jurídico remitirá la factura correspondiente, en la que se especificará el numeral de horas atendidas, el valor total facturado, así como un informe sucinto del servicio brindado, que deberá ser aprobado por la máxima autoridad.

**e) Obra artística, literaria o científica.**

Esta modalidad de contratación está prevista en el artículo 93 del Reglamento de la LOSNCP, el cual inicia con la expedición de un acto administrativo de la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, en donde se justifique la necesidad de la obra artística, literaria o científica.

La invitación directa al proveedor se lo hará por medio del portal de compras públicas, señalándose día y hora para que ese efectúe una audiencia en donde se absolverán las dudas del oferente mediante las respectivas aclaraciones, y finalmente mediante resolución motivada, se adjudicará la oferta o declarará desierto el proceso.

En este tipo de procesos, existe una excepción frente al resto de procesos y es que las garantías podrán ser otorgadas de forma personal, mediante pagarés o letras de cambio, endosados por valor en garantía o fianzas personales del contratista.

**f) Repuestos y accesorios.**

Este procedimiento establecido en el artículo 94 del Reglamento de la LOSNCP, está destinado para contratar el mantenimiento, reparación y/o re potenciamiento de equipos y

maquinarias de su propiedad, entendiendo como tales a dispositivos, aparatos, naves, mecanismos, máquinas, componentes, unidades, conjuntos, módulos, sistemas, entre otros, que puede incluir el servicio de instalación, soporte técnico y mantenimiento post venta, siempre que los mismos no se encuentren incluidos en el Catálogo Electrónico, para lo cual será necesaria la resolución de la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, en la que se justifique la necesidad de adquirir los repuestos y accesorios directamente por razones de funcionalidad o necesidad tecnológica u otras circunstancias que le faculta acogerse a este procedimiento.

En este proceso deberá propenderse a que la contratación se la realice con el fabricante o distribuidores autorizados, evitando que existan intermediarios.

Se realizará una audiencia de preguntas y aclaraciones para posteriormente procederse con la adjudicación o declaratoria de desierto.

**g) Bienes y servicios únicos en el mercado o proveedor único.**

Para este caso, según lo establecido en el artículo 95 del Reglamento de la LOSNCP, se deberá observar el mismo procedimiento para la adquisición de repuestos y accesorios, pero destinado a la adquisición de bienes o servicios únicos en el mercado, que tienen un solo proveedor, o, que implican la contratación del desarrollo o mejora de tecnologías ya existentes en la entidad contratante, o la utilización de patentes o marcas exclusivas o tecnologías que no admitan otras alternativas técnicas.

**h) Transporte de correo interno e internacional.**

Los contratos de correo internacional y los de transporte interno de correo que celebre la empresa Correos del Ecuador, conforme lo determina el artículo 96 del Reglamento de la LOSNCP, se registrarán por las normas contenidas en las Actas de la Unión Postal Universal, de la Unión Postal de las Américas y España y demás convenios internacionales, ratificados por el Ecuador; en tanto que, para las contrataciones de transporte de correo interno e internacional, requeridas por las entidades consideradas en el ámbito de la Ley, con empresas

de Correos Rápidos o Courier, distintos a la empresa Correos del Ecuador, deberán llevarse previa resolución de la máxima autoridad o su delegado en la que se justifique la existencia de la circunstancia o necesidad para acogerse a este procedimiento.

La invitación es directa a los proveedores seleccionados, que serán mínimo dos y máximo cinco, debiendo llevarse a cabo una audiencia de preguntas y aclaraciones, para posteriormente y cumplidos los demás requisitos exigidos en los pliegos, se adjudique la oferta o se declare desierto el proceso.

**i) Contratos entre entidades públicas o sus subsidiarias.**

Este procedimiento señalado en el artículo 97 del Reglamento de la LOSNCP, es aplicable únicamente cuando se vayan a celebrar entre entidades del sector público; con empresas públicas o las empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta por ciento (50%) a entidades de derecho público; con las empresas subsidiarias de empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta por ciento (50%) a entidades de derecho público o subsidiarias de éstas; las personas jurídicas, las empresas o las subsidiarias de éstas, creadas o constituidas bajo cualquier forma jurídica, cuyo capital, rentas o recursos asignados pertenezcan al Estado en una proporción superior al cincuenta por ciento; y, entre sí, las empresas públicas, las subsidiarias de estas, o las empresas creadas o constituidas bajo cualquier forma jurídica cuyo capital, rentas o recursos asignados pertenezcan al Estado en una proporción superior al cincuenta por ciento.

Para su contratación, será necesario que la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado emitan una resolución en la que conste la conveniencia, y viabilidad técnica y económica de la contratación.

Se llevará a cabo una audiencia de preguntas y aclaraciones, para finalmente cumplido el resto de fases, proceder mediante resolución motivada a la adjudicación de la oferta o declaratoria de desierto.

Para el caso de contrataciones que celebren el Estado o las entidades y empresas públicas con sus similares de los Estados de la Comunidad Internacional cuyo capital, rentas o recursos asignados pertenezcan al Estado de la Comunidad Internacional, en una proporción superior al cincuenta por ciento, se realizarán de conformidad con los términos y condiciones constantes en los tratados, convenios, protocolos y demás instrumentos internacionales, de haberlos; así como, en acuerdos, cartas de intención y demás formas asociativas; en el caso de no haberse previsto un régimen de contratación específico, se seguirá el procedimiento señalado en este acápite.

**j) Empresas mercantiles del Estado y subsidiarias.**

Esta forma de contratación está establecida en el artículo 103 y siguientes del Reglamento de la LOSNCP, y aplica para el caso de las empresas públicas o las empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta por ciento a entidades de derecho público, relacionadas con el giro específico de sus negocios y que estén reguladas por las leyes específicas que rigen sus actividades o por prácticas comerciales o modelos de negocios de aplicación internacional, y los contratos de orden societario, como por ejemplo: Astilleros Navales Ecuatorianos -ASTINAVE EP- o Empresa Pública Televisión y Radio de Ecuador E.P. RTVECUADOR, no estarán sujetas a las normas contenidas en la LOSNCP y en su Reglamento de aplicación.

Para el efecto, la máxima autoridad de las empresas o sus delegados, remitirán al SERCOP la solicitud para que este determine las contrataciones que correspondan al giro específico y al giro común del respectivo negocio, cumpliendo con los requisitos previstos para el efecto. La definición de contrataciones sometidas a régimen especial por giro específico del negocio se publicará en una ventana especial del portal de compras públicas, sin que pueda utilizarse este procedimiento como mecanismo de elusión de los procedimientos de contratación.

Si a juicio del SERCOP se presumiera que alguna de las empresas hubiese incurrido en la práctica antes señalada, notificará a la Contraloría General del Estado, para que se establezcan las responsabilidades a que hubiere lugar.

Aquellas contrataciones de bienes, obras y servicios, incluidos los de consultoría, a cargo de las empresas antes referidas, diferentes a las señaladas en este acápite, deberán ser llevadas a cabo siguiendo los procedimientos generales o especiales contemplados en la LOSNCP y su Reglamento de aplicación.

**k) Sectores estratégicos.**

Su procedimiento está regulado en el artículo 106 del Reglamento de la LOSNCP, y está contemplado para el caso de contrataciones de bienes, obras y servicios incluidos los de consultoría, que celebren las subsidiarias de derecho privado de las empresas estatales o públicas o de las sociedades mercantiles de derecho privado en las que el Estado o sus instituciones tengan participación accionaria o de capital superior al cincuenta (50%) por ciento, exclusivamente para actividades específicas en sectores estratégicos definidos por el ministerio respectivo, podrán llevarse previa resolución de la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado en la que se fundamente y demuestre la existencia de la necesidad específica que le faculta acogerse a este régimen y solicitará la calificación por parte del Presidente de la República, quien de acoger la solicitud planteada por la máxima autoridad de la entidad contratante, dictará la reglamentación específica que regirá el procedimiento a seguir en cada caso.

**l) Contratación de seguros.**

Para esta modalidad de contratación determinada en el artículo 107 del Reglamento de la LOSNCP, contempla dos posibilidades: la primera, de régimen especial de contratación directa para entidades públicas o sus subsidiarias, en el caso de que las proveedoras sean empresas cuyo capital está integrado en el cincuenta por ciento o más con recursos públicos; y, la segunda, de licitación, para los casos no incluidos en el numeral anterior.

**m) Arrendamiento de bienes muebles.**

Este proceso se encuentra establecido en el artículo 108 del Reglamento de la LOSNCP, debiendo para el efecto observarse las normas contenidas en el Código Civil, Ley

sobre arrendamiento mercantil y demás pertinentes, observando el procedimiento que la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado determine mediante resolución motivada, siempre que no exista normativa emitida para el efecto por el INCOP.

## CAPITULO II

### DEL CUASICONTRATO ADMINISTRATIVO Y DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

#### 2.1. DEL CUASICONTRATO.

##### 2.1.1. Del cuasicontrato como fuente de las obligaciones, generalidades.

En el primer capítulo se había señalado que el artículo 1453 del Código Civil establece, como una de las fuentes de las obligaciones a aquellas que nacen, ya sea del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos, y que según el artículo 2184 de la misma norma, las obligaciones que se contraen sin convención, pero que provienen de un hecho lícito, constituyen un cuasicontrato.

Así mismo se determinó que, de las fuentes de las obligaciones, el cuasicontrato es la que más críticas había recibido, pues, ha decir de algunos autores, sólo existen dos circunstancias de las cuales emanaban obligaciones, el contrato y la ley.

Ampliando lo señalado, Arturo Alessandri, al hacer un análisis del código civil chileno, sostiene que el cuasicontrato, como fuente de obligaciones, es la más difícil de definir, encontrándose únicamente referencias, y esto quizá se deba, indica, porque los casos que engloba son numerosos, cada una con características propias, distintas e independientes<sup>50</sup>.

El profesor chileno Juan Andrés Orrego Acuña, citando a Planiol, señala que si bien el cuasicontrato sugiere una institución similar a la del contrato, entre las dos existen diferencias claras, y que para los fines de nuestra investigación importa el caso de que, “el

---

<sup>50</sup> Alessandri Rodríguez, Arturo, Derecho Civil - Teoría de las Obligaciones, Primera Parte, Bogotá – Colombia: ediciones librería del Profesional, 1983, p. 16. Impreso.

cuasicontrato no es ni un hecho voluntario ni un hecho lícito”, sino más bien “sería en verdad un hecho involuntario e ilícito y las obligaciones que engendra tienen su fuente en la ley, que busca reparar un enriquecimiento injusto”<sup>51</sup>.

Pese a lo señalado Alessandri define al cuasicontrato, como “un hecho voluntario, lícito no convencional que impone obligaciones.”<sup>52</sup>; en tanto que para Pothier, “se llama cuasi-contrato el hecho de una persona, permitido por la ley, que le obliga para con otra u obliga otra persona para con ella”<sup>53</sup>.

Jorge Joaquín Llambias, Patricio Raffo Benegas y Rafael A. Sassot, sostienen que el cuasicontrato es un “hecho voluntario lícito, no encaminado necesariamente a la producción de un efecto jurídico, del cual la ley deriva obligaciones”<sup>54</sup>.

De las definiciones transcritas, se podrían establecer las características del cuasicontrato, conforme lo señala Alfredo Barros Errezuris<sup>55</sup>:

- a) Se trata de un hecho voluntario de la persona que lo ejecuta, y es lo que le permiten diferenciarse de la obligación legal, que es la que se impone a las partes por mandato legal; es un hecho lícito, lo que le distingue del delito y cuasidelito;
- b) Es un hecho no convencional, distinto al contrato, ya que es de la esencia del cuasicontrato la falta de acuerdo de voluntades; y,
- c) Es un hecho capaz de generar obligaciones, que ordinariamente recae sobre la persona que ha ejecutado el hecho voluntario; así como, para el beneficiado con el hecho que genera en el interesado el enriquecimiento o

---

<sup>51</sup> Orrego Acuña, Juan Andrés, [citado 04-08-2015]. Cuasicontratos. Formato pdf. Disponible en Internet: <http://www.juanandresorrego.cl/apuntes/responsabilidad-civil/>.

<sup>52</sup> Alessandri Rodríguez, Arturo, Derecho Civil - Teoría de las Obligaciones, Primera Parte, Bogotá – Colombia: ediciones librería del Profesional, 1983, p. 17. Impreso.

<sup>53</sup> Joseph, Robert 2003, [citado 30-07-2015], Tratado de las Obligaciones, [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996, Estantería de Libros, Disponible en Internet: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1389>.

<sup>54</sup> Llambias, Jorge Joaquín, Raffo Banegas, Patricio & Sassot, Rafael A., Manual de Derecho Civil - Obligaciones. Undécima Edición, Buenos Aires - Argentina: Perrot, 1997, p. 18 - 20. Impreso.

<sup>55</sup> Barros Errazuris, Alfredo, Curso de Derecho Civil, Cuarta Edición, Volumen II, Santiago – Chile: Editorial Nascimento, 1932, p. 7. Impreso.

utilidad que le ha procurado al beneficiado de tal circunstancia y que en justicia debe aquel indemnizar.

Para Joaquín Escriche, el cuasicontrato es “un hecho lícito puramente voluntario que, sin mediar convención ni pacto expreso, produce obligación a favor de un tercero, y a veces obligación recíproca entre dos partes”<sup>56</sup>, y concluye que lo correcto sería denominárselo “contrato presunto, porque de una parte hay verdadero consentimiento, y de la otra se presume por equidad o por la utilidad que resulta”<sup>57</sup>.

De lo anotado se podría concluir indicando que, el sustento para que el cuasicontrato genere obligaciones es y será únicamente la ley, la cual, al fin y al cabo, es la que establece el alcance y extensión de aquello que una persona se obliga frente a otra, siendo su fundamento principal la equidad y la reparación de la injusta lesión, esto obviamente, dentro de los requisitos que la propia ley, doctrina y jurisprudencia en cada caso determinan.

### **2.1.2. Principales cuasicontratos.**

El artículo 2185 del Código Civil establece que existen tres principales cuasicontratos: la agencia oficiosa, el pago de lo no debido, y la comunidad, dejando abierta la posibilidad de otras circunstancias que puedan concebirse dentro de esta clasificación, por ejemplo:

- Artículo 1453 del Código Civil: “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia”.

---

<sup>56</sup> Escriche, Joaquín, Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, París – Francia: Librería de Rosa, Bouret, 1854, p. 523. Impreso.

<sup>57</sup> Escriche, Joaquín, Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, París – Francia: Librería de Rosa, Bouret, 1854, p. 523. Impreso.

- Artículo 2143 del Código Civil: “El depósito necesario de que se hace cargo un adulto que no tiene la libre administración de sus bienes, pero que está en su sana razón, constituye un cuasicontrato que obliga al depositario, sin la autorización de su representante legal”.

A más de los ejemplos citados, se debe considerar, dentro del estudio del cuasicontrato, al enriquecimiento sin causa como una fuente capaz de generar obligaciones, cuyo análisis con mayor detenimiento se lo hará oportunamente, por el momento, se presentará una breve noción de los principales cuasicontratos que trae el artículo 2185 del Código Civil.

a) **La agencia oficiosa:** El artículo 2186 del Código Civil, establece

“La agencia oficiosa, llamada comúnmente gestión de negocios ajenos, es un cuasicontrato por el cual, quien administra sin mandato los negocios de alguna persona, se obliga para con ésta, y la obliga en ciertos casos”.

Para Iván Escobar la agencia oficiosa presenta los siguientes elementos constitutivos<sup>58</sup>:

1. Debe existir la participación voluntaria respecto de negocios ajenos, pues, si proviene de la ley estaríamos frente a la guarda, y si proviene del encargo hecho por el interesado sería un mandato.
2. Debe referirse a la administración de bienes ajenos, que impliquen actos jurídicos o materiales, por ejemplo, contratar a un tercero para que efectúe reparaciones sobre un bien que no le pertenece; sin que se pueda considerar como agencia oficiosa los actos realizados en negocios propios, creyéndose ajenos. En el caso de que las gestiones se hubiesen hecho sobre bienes propios, creyéndose ajenos, le quedaría al gestor el derecho de interponer la actio de in rem verso, para buscar la restitución de lo invertido.

---

<sup>58</sup> Escobar Fornos, Derecho de Obligaciones, Segunda Edición, Colombia: Editorial Hispamer, 1997, p. 136-138. Impreso.

Distinto es el caso, de quien, siendo únicamente depositario de un bien ajeno, lo enajena o dispone sin autorización, lo cual generaría a más de una posible responsabilidad penal, el pago de daños y perjuicios.

Para finalizar, el error en la persona, para este caso no tiene importancia.

3. Debe existir en el gestor la intención o ánimo de obligar al propietario del bien, con el propósito de que este le reponga los gastos incurridos, situación que deberá ser comprobada.
4. No debe preceder de un mandato u obligación legal; es decir, proviene de un acto voluntario de quien efectúa la gestión de negocios, debiendo considerarse que, de existir aceptación de la agencia oficiosa, produce los efectos del mandato.
5. La gestión oficiosa no procede cuando de por medio existe prohibición del propietario del bien.

**b) El pago de lo no debido:** El inciso uno del artículo 2195 del Código Civil, señala que, el pago de lo no debido es aquella circunstancia que se le presenta a quien por error ha hecho un pago, pero que de justificar que no lo debía, tiene derecho para repetir lo pagado.

Alfredo Barros Errazuris, lo define, como “un cuasicontrato por el cual, pagando uno por error una cosa que no debe, se obliga quien la recibe, a devolvérsela, y si estaba de mala fe, con más sus productos e intereses”<sup>59</sup>.

Manuel Somarriva Undurraga, sostiene que el pago de lo no debido reúne tres condiciones<sup>60</sup>:

1. Que se haya efectuado un pago, es decir, que se haya cumplido con una obligación. Al respecto Rene Abeliuk Manasevich, sostiene que existe “una clara

---

<sup>59</sup> Barros Errazuris, Alfredo, Curso de Derecho Civil, Cuarta Edición, Volumen III, Santiago – Chile: Editorial Nascimento, 1932, p. 493. Impreso.

<sup>60</sup> Somarriva Undurraga, Manuel, Las Obligaciones y los Contratos ante la Jurisprudencia. Santiago – Chile: Editorial Nascimento, 1939, p. 281. Impreso.

diferencia entre el pago indebido objetivo y el subjetivo- en el primero, basta probar la no existencia de la deuda; en ello consiste el error del solvens. En el segundo, deberá acreditarse la existencia de éste, en qué consistió el error”<sup>61</sup>.

2. El pago debe ser indebido, y que comprende, como los señala René Abeliuk Manasevich, la no presencia de una causa para el pago, circunstancia que comprende, que quien pago erróneamente no es el verdadero deudor; que el pago se lo haya efectuado a quien no es el verdadero acreedor; que se pague una deuda inexistente; y, el pago en exceso<sup>62</sup>.
3. Que el pago provenga de un error, y que según René Abelik Manasevich, puede ser; primero, por un error de hecho, que no anula el pago efectuado y concede el derecho de repetición de lo indebidamente pagado; y segundo, por un error de derecho, que conforme lo establece el artículo 2197 del Código Civil, se podrá repetir lo pagado, cuando el pago no tenía por fundamento ni aún una obligación puramente natural<sup>63</sup>.

**c) La Comunidad:** El Art. 2204 del Código Civil, establece:

“La comunidad de una cosa universal o singular, entre dos o más personas, sin que ninguna de ellas haya contratado sociedad o celebrado otra convención relativa a la misma cosa, es una especie de cuasicontrato”.

Alfredo Barros Errazuris, señala que, “hay comunidad, cuando la propiedad de una cosa universal o singular pertenece proindiviso a dos o más personas que no han pactado sociedad”<sup>64</sup>.

Cabe indicar, como, lo hace el autor citado, que es menester diferenciar a la comunidad de una sociedad, así tenemos que la distinción principal radica que en esta -la

---

<sup>61</sup> Abeliuk Manasevich, René, [citado 08-08-2015] Las Obligaciones. Tomo II. Cuarta Edición. Disponible en Internet: <http://facultad-derecho.tk/?p=89>.

<sup>62</sup> Abeliuk Manasevich, René, [citado 08-08-2015] Las Obligaciones. Tomo II. Cuarta Edición. Disponible en Internet: <http://facultad-derecho.tk/?p=89>.

<sup>63</sup> Abeliuk Manasevich, René, [citado 08-08-2015] Las Obligaciones. Tomo II. Cuarta Edición. Disponible en Internet: <http://facultad-derecho.tk/?p=89>.

<sup>64</sup> Barros Errazuris, Alfredo, Curso de Derecho Civil, Cuarta Edición, Volumen III, Santiago – Chile: Editorial Nascimento, 1932, p. 497. Impreso.

sociedad-, constituye una persona jurídica distinta a los individuos que la conforman, cuya representación legal la ostenta una persona natural designada para el efecto; en tanto, que quien desea contratar con una comunidad deberá hacerlo de manera individual con cada uno de los comuneros, pues, ninguno de ellos ostenta la representación de la comunidad; y por ende, el derecho personal que tiene cada uno de los socios para disfrutar de las cosas pertenecientes al haber social, con tal que las emplee según su destino ordinario, sin perjuicio de la comunidad y del justo uso que los otros comuneros tienen derecho<sup>65</sup>.

El cuasicontrato de comunidad presenta las siguientes características:

1. La indivisión en la que se encuentran los bienes en comunidad, concluye cuando uno de los comuneros así lo exija, salvo que exista estipulación expresa.
2. Las obras de conservación, reparación o locativas respecto a la cosa común, es de responsabilidad de todos los comuneros a prorrata de su cuota; sin embargo, el gasto que hubiese superado la alícuota podrá ser reclamada al resto de socios.
3. Lo que un comunero tome de los bienes comunes para su provecho, deberá restituirlos, incluidos sus respectivos intereses o costas.
4. La responsabilidad de cada comunero llega hasta la culpa leve, por lo daños que sufran las cosas en común.
5. Los frutos que produzcan los bienes en comunidad, deben ser divididos a prorrata de sus cuotas.
6. La cuota del comunero insolvente, grava al de los demás.

Finalmente, el cuasicontrato de comunidad termina bajo las siguientes circunstancias:

1. Cuando las cuotas se unifican en una sola persona, que pasa a ser dueño de la totalidad de la cosa.
2. Por la destrucción o pérdida de la cosa en común.

---

<sup>65</sup> Barros Errazuris, Alfredo, Curso de Derecho Civil, Cuarta Edición, Volumen III, Santiago – Chile: Editorial Nascimento, 1932, p. 497-498. Impreso.

3. Por la división del haber común, que está sujeta a las reglas de partición de la herencia.

### **2.1.3. Del Cuasicontrato Administrativo.**

#### **2.1.3.1. Antecedentes.**

Como ya se había referido, la institución del cuasicontrato civil ha sido seriamente observada por un amplio sector de la doctrina, que en general niegan en esta la calidad como fuente de obligaciones; sin embargo, en el campo del derecho público, el criterio cambia radicalmente, como manifestación de los principios de justicia y equidad, pero sobre todo teniendo como fundamento el enriquecimiento sin causa.

Ahora bien, respecto a las relaciones jurídico administrativas entre el Estado y una persona cualesquiera, conforme lo señala Roberto Dromi, tienen entre otras causas, un título que los enlaza, el mismo que puede ser: primero, estatutario o normativo, como la Constitución, leyes, reglamentos, decretos, etcétera, por medio de actos unilaterales generales; y segundo, de carácter voluntario, como, el contrato, el cuasicontrato, el acto unilateral, que son originados por el acuerdo creador de derechos y obligaciones o por actos unilaterales de administración<sup>66</sup>.

Por su parte Juan Carlos Cassagne, citando a José García Trevijano, señala que la relación jurídico administrativa es “toda relación o vinculación intersubjetiva que teniendo su fuente en la ley, hechos o actos, contratos o cuasicontratos, enlazan elementos del ordenamiento jurídico y producen efectos jurídicos.”<sup>67</sup>.

Se debe tener presente que el cuasicontrato administrativo, no se rige por la mismas reglas que en el ámbito privado, pues, en el primero siempre primaran los principios que exige el derecho público, esto, a pesar que no tienen un régimen jurídico orgánico, como lo

---

<sup>66</sup> Dromi, Roberto, [citado 17-07-2015], Derecho Administrativo, Buenos Aires – Argentina. Disponible en Internet: <https://www.scribd.com/doc/204181459/Tratado-de-Derecho-Administrativo-Roberto-Dromi>.

<sup>67</sup> Cassagne, Juan Carlos, Derecho Administrativo, Tomo II, Séptima Edición. Buenos Aires – Argentina: Abeledo Perrot, 2002, p. 350. Impreso.

manifiesta Miguel Marienhoff, quien además señala que, ante la falta de norma expresa, a los cuasicontratos deben aplicárseles: “en primer término, las reglas o normas administrativas referentes a los contratos administrativos, de los que el cuasicontrato es un reflejo”; y, “en segundo término corresponderá aplicar los criterios de derecho general vigentes en derecho privado”<sup>68</sup>.

En lo referente al fundamento jurídico del cuasicontrato administrativo, Miguel Marienhoff, expresa que existen dos circunstancias: la primera, de carácter jurídico puro, en razón de la noción de que esta institución -cuasicontrato-, puede comprender cualquier hecho jurídico subjetivo capaz de generar efectos propios de un acto administrativo o de la contratación pública; y, la segunda, basada en la justicia conmutativa, que busca reestablecer el equilibrio entre dos patrimonios, de los cuales uno se habría beneficiado o enriquecido y el otro empobrecido, circunstancia que está íntimamente ligada con el enriquecimiento sin causa<sup>69</sup>.

Finalmente, se indica que la obligación cuasicontractual no está dada únicamente en función de aquellos procesos que se alejaron o no respetaron las disposiciones para la contratación pública, ya que, el cuasicontrato también puede darse a la inversa; es decir, cuando una entidad pública es acreedora de un particular, como cuando se efectúan arreglos en un bien inmueble particular, declarado patrimonio cultural, como esto no es función propia de la Administración, ésta puede ejercer la pertinente acción de resarcimiento contra el particular, vía la emisión de un título de crédito, pero, para el caso de nuestra investigación nos referiremos al caso del Estado como deudor de una obligación.

### **2.1.3.2. Concepciones doctrinarias.**

Hecha una breve introducción del cuasicontrato administrativo, es ahora necesario conocer las posiciones que se han vertido por los tratadistas, para ello, nos permitiremos transcribir aquellos conceptos que nos permitan justificar el objeto de nuestra investigación,

---

<sup>68</sup> Marienhoff, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III B, Cuarta Edición, Buenos Aires – Argentina: Editorial Abeledo Perrot, 1998, p. s/n. Impreso.

<sup>69</sup> Marienhoff, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III B, Cuarta Edición, Buenos Aires – Argentina: Editorial Abeledo Perrot, 1998, p. s/n. Impreso.

e identificar en lo posible la solución a la hipótesis planteada respecto a si el cuasicontrato administrativo puede constituirse como fuente de obligaciones.

Roberto Dromi, señala que, en el derecho administrativo existe un auge respecto a la figura del cuasicontrato, lo cual se debe, indica, a la necesidad de que siempre prime el principio de justicia y equidad compensatoria, íntimamente ligada al enriquecimiento sin causa, como fundamento para sostener la responsabilidad cuasicontractual del Estado<sup>70</sup>.

Por su parte Zanobini, citado por Miguel Marienhoff, opina que, no existe motivo alguno para negar a los cuasicontratos administrativos el carácter de hechos jurídicos subjetivos, siendo tales actos, y no directamente la ley, en donde se generan las obligaciones del Estado, ya que en el derecho público este concepto podría incluso tener mayor aplicación que en el campo del derecho civil, pues, su noción abarca a todas aquellas circunstancias que carecen de un acto o un contrato administrativos, llegando a comprender "...cualquier hecho jurídico subjetivo idóneo para producir algunos de los efectos que, son propios del acto administrativo o del contrato de derecho público"<sup>71</sup>.

El autor colombiano Arnaldo Mendoza Torres, señala que, en el ámbito del derecho administrativo, existen algunas obligaciones que son "supuestamente" contractuales, que han sido ejecutadas, parcial o totalmente, sin el cumplimiento que los procedimientos legales, y que ante tal omisión estaríamos frente al reconocimiento del cuasicontrato<sup>72</sup>.

Pese a los criterios referidos, existen también detractores de dicha ponencia, principalmente encabezados por Escola y Comadira, quienes, al desarrollar su teoría respecto a la ejecución de los contratos administrativos, señalan que estos han tenido como propósito principal, encontrar una solución a aquellas circunstancias que podrían derivarse del enriquecimiento sin causa, entre otras; sin embargo, aseguran que la idea de dicha alternativa -el cuasicontrato-, incluso en el derecho privado está totalmente desacreditada, y que por

---

<sup>70</sup> Dromi, Roberto, [citado 17-07-2015], Derecho Administrativo, Buenos Aires – Argentina. Disponible en Internet: <https://www.scribd.com/doc/204181459/Tratado-de-Derecho-Administrativo-Roberto-Dromi>.

<sup>71</sup> Marienhoff, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III B, Cuarta Edición, Buenos Aires – Argentina: Editorial Abeledo Perrot, 1998, p. s/n. Impreso.

<sup>72</sup> Mendoza Torres, Arnaldo, Los Contratos de la Administración Pública, Barranquilla – Colombia: Ediciones Uninorte, 2004, p. s/n. Impreso.

ende, así sea por asimilación en el ámbito público, debe ser desterrada, pues, consideran que si no existe razón para que esta institución prevalezca en el ámbito privado, por provenir de un error de interpretación doctrinal y en una exageración del lenguaje, tampoco podría ser usada como excepción en el derecho público, ya que el concepto de cuasicontrato no ha cambiado ni para uno, ni para otro; y, concluyen expresando que la institución a la que hacen reparos: "...puede ser ventajosamente reemplazada...", "...por el simple reconocimiento de que las relaciones obligacionales que en cada caso se trata de explicar, son obligaciones ex lege, o surgidas de la voluntad unilateral, respondiendo siempre al gran principio del enriquecimiento sin causa, que debe ser estructurado contemplando las exigencias propias del derecho público"<sup>73</sup>.

En conclusión, acogiendo la mayoría de criterios que están a favor de reconocer en el cuasicontrato administrativo el modo más adecuado para solventar aquellas obligaciones que el Estado y sus entidades han adquirido sin el respaldo de un proceso de contratación previo o de un contrato debidamente celebrado, es evidente que nos vamos acercando a encontrar una posible solución al problema planteado, pues, tanto quienes están a favor del cuasicontrato en materia administrativa, como los que no lo están, señalan a los principios de justicia, equidad, y buena fe, como remedio para corregir los traspiés cometidos por las entidades públicas al requerir la ejecución de una obra, la prestación de servicios o el suministro o provisión de bienes; pero sobre todo, los autores citados hacen alusión al enriquecimiento sin causa, cuyo análisis y pertinencia se revisa a continuación.

## **2.2. DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA**

### **2.2.1. Conceptos.**

Continuando con el análisis para llegar a determinar si el cuasicontrato puede constituirse como fuente de las obligaciones, para aquellas circunstancias en las cuales las entidades públicas omitieron los procedimientos que la ley exige, es pertinente

---

<sup>73</sup> Comadira, Julio Rodolfo, Escola, Héctor Jorge, [citado 17-07-2015], Curso de Derecho Administrativo. Buenos Aires – Argentina. Disponible en Internet: <https://www.scribd.com/doc/119666542/LIBRO-CURSO-DE-DERECHO-ADMINISTRATIVO-JULIO-COMADIRA>.

conceptualizar al enriquecimiento sin causa, para ello acudiremos a las nociones brindadas por los estudiosos del derecho.

Para Carlos Alberto Ghersi, el enriquecimiento sin causa constituye “el desplazamiento de un valor del patrimonio de una persona al de otra sin que exista un título o causa jurídica que lo justifique”; y en tal caso “la ley confiere al empobrecido una acción de restitución en defensa de su patrimonio”<sup>74</sup>.

Julio César Rivera, señala que: “...el enriquecimiento sin causa se produce cuando existe beneficio de una parte con relación a otra que se empobrece y no hay justificación para esta circunstancia.”<sup>75</sup>.

Para Ripert, citado por Alterini, Ameal y López: “...el enriquecimiento sin causa es como un río subterráneo que nutre reglas precisas que revelan su existencia, pero sin salir nunca a la superficie.”<sup>76</sup>.

Para Jaime Luis Arias Fonseca, citando a Lete del Río, señala que: “Se produce un enriquecimiento sin causa, también denominado enriquecimiento injustificado o enriquecimiento torticero, cuando una persona se beneficia o enriquece a costa de otra, sin que exista una causa o razón de ser que justifique este desplazamiento patrimonial”; y “...por consiguiente, al no estar justificada la atribución patrimonial, la persona que recibió deberá restituir, y, por ello, se concede un remedio procesal (una acción) al empobrecido o perjudicado para que reclame la restitución.”<sup>77</sup>.

Finalmente, y quizá el concepto más claro nos lo brindan Félix Trigo Represas y Rubén Compagnucci, quienes señalan, que el enriquecimiento si causa “consiste en todo

---

<sup>74</sup> Ghersi, Carlos Alberto, *Contratos Civiles y Comerciales*, Cuarta Edición, Buenos Aires – Argentina: Editorial Astrea, 1998, p. 95. Impreso

<sup>75</sup> Rivera, Julio César, *Instituciones del Derecho Civil*, Tomo II. Tercera Edición, Buenos Aires – Argentina: Abeledo Perrot, 2004, p. 773. Impreso

<sup>76</sup> Alterini, Atilio Aníbal, Ameal, Óscar José & López Cabana, Roberto M, *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*, Primera Edición. Buenos Aires – Argentina: Abeledo Perrot, 1996, p. 730. Impreso.

<sup>77</sup> Arias Fonseca, Jaime Luis, [citado 15-08-2015], *El enriquecimiento sin causa o injustificado y la acción in rem versó en materia de responsabilidad estatal por realización de obras, prestación de servicios y suministro de bienes sin contrato estatal*, Colombia. Disponible en Internet: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/oaiart?codigo=4919271>.

aumento patrimonial experimentado por un sujeto a expensas del patrimonio de otro, aparentemente conforme a derecho, pero en verdad, sin que exista un antecedente legítimo que lo justifique, lo cual genera un deber jurídico de restituir a cargo del enriquecido y la posibilidad para el empobrecido de accionar de in rem verso, en procura del restablecimiento del equilibrio patrimonial alterado sin causa.<sup>78</sup>”

De los conceptos brindados, se podría concluir señalando, como lo hacen varios de los autores citados, de que el enriquecimiento sin causa, antes de ser una acción a favor de quien se ve empobrecido en beneficio de otra persona, es el resultado del principio general del derecho que prohíbe el incremento patrimonial sin que exista una justificación, y tal cual lo señala Arnaldo Mendoza Torres, permite solventar aquellos perjuicios que se causan en un particular cuando se reciben obras, bienes o servicios sin que exista de por medio un contrato que ampare la relación entre las partes<sup>79</sup>.

Así mismo, adelantándonos del análisis más a fondo que se hará de los requisitos necesarios para estar frente al enriquecimiento injusto, podemos señalar, de las definiciones a las que hemos hecho referencia, de que existen básicamente tres presupuestos para este principio: una persona que se enriquece su patrimonio; una persona que ve disminuido su patrimonio o sufre empobrecimiento; y, el empobrecimiento de una persona, en relación con el enriquecimiento de la otra debe ser injustificado.

### **2.2.2. Doctrina del enriquecimiento sin causa.**

Se había manifestado que el enriquecimiento sin causa se presenta cuando existe el desplazamiento de parte del patrimonio de una persona a favor de otra, sin que exista una causa jurídica que justifique dicha transferencia. Esta circunstancia motivó para que tradicionalmente los tratadistas hayan buscado un remedio por medio del cual, quien resulta perjudicado o empobrecido tenga la oportunidad para pretender el reintegro del valor objeto

---

<sup>78</sup> Trigo Represas, Félix A., Compagnucci de Caso, Rubén H., Código Civil Comentado – Obligaciones, Tomo I, Primera Edición, Argentina: Rubinzal – Culzoni Editores, 2005, p. 44. Impreso.

<sup>79</sup> Mendoza Torres, Arnaldo, Los Contratos de la Administración Pública, Barranquilla – Colombia: Ediciones Uninorte, 2004, p. s/n. Impreso.

del empobrecimiento y únicamente hasta el beneficio de lo que sin título o causa habría experimentado la otra persona.

Ahora bien, toca revisar aquella doctrina que en el transcurso del tiempo ha pretendido justificar, dar solución y encontrar los elementos o requisitos sobre el enriquecimiento sin causa, para ello, necesariamente tendremos que remontarnos a sus antecedentes históricos.

De los textos revisados, podríamos indicar que la teoría que el enriquecimiento sin causa proviene del derecho romano, específicamente del jurisconsulto Pomponio, quien habría señalado que, según el derecho natural, lo equitativo es que nadie se haga más rico en detrimento o injuria de otro. Fuera de esto, las soluciones que se pretendían encontrar estaban basadas en las denominadas *condictios* o por medio de ciertas hipótesis como la *actio de in rem verso*. Posteriormente, autores como Jorge Llambias y compañía, señalan que estos dos enfoques fueron combinados en las Partidas bajo el concepto de que ninguno debía enriquecerse torticeramente con el daño de otro, concluyendo en el criterio de que el enriquecimiento ilícito se trataba de un efectivo principio de derecho positivo<sup>80</sup>.

Respecto a las *condictios*, Marcelo López Meza, señala que, estas eran figuras persecutorias en contra del enriquecimiento, a manera de una acción de repetición o recuperación que una persona tenía frente a quien no había cumplido lo convenido, cuando constituía una actividad inmoral o injusta o bien no preveía un fin o este resultaba inexistente o irrealizable; por lo que, basado en dichas razones, no existía motivo alguno para que quien se benefició en su patrimonio lo retuviera injustamente, y a la inversa, el derecho de que quien ha hecho una entrega sin causa en perjuicio de su patrimonio la recupere<sup>81</sup>.

Jaime Luis Arias Fonseca, por su parte expresa que, en la actualidad el principio del enriquecimiento sin causa, pretende encontrar equilibrio y equidad entre las partes, dándole a cada quien lo que le corresponde, basado en la regla que Pomponio propuso a través de la

---

<sup>80</sup> Llambias, Jorge Joaquín, Raffo Banegas, Patricio & Sassot, Rafael A., Manual de Derecho Civil - Obligaciones. Undécima Edición, Buenos Aires - Argentina: Perrot, 1997, p. 745. Impreso.

<sup>81</sup> López Mesa, Marcelo J., [citado 18-08-2015], El enriquecimiento sin causa en el derecho actual, La Coruña. Disponible en Internet: [ruc.udc.es/bitstream/2183/7517/1/AD\\_13\\_art\\_18.pdf](http://ruc.udc.es/bitstream/2183/7517/1/AD_13_art_18.pdf).

expresión: “*Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiolem.*”, que significa: “...porque es equitativo naturalmente, que nadie se haga más rico con perjuicio de otro.”<sup>82</sup>.

Siguiendo a Marcelo López en su análisis, se anota que fue en Francia, bajo la influencia de Aubry y Rau, en donde se reconoció la existencia del principio de equidad, como límite en contra del enriquecimiento sin causa, concediéndose la oportunidad de que tal prerrogativa se le confería a una persona por un sacrificio o hecho personal que podía interponerse contra aquel contra quien se actúa<sup>83</sup>.

René Abeliuk Manasevich, nos informa que en un inicio el principio del enriquecimiento sin causa, se asimiló al cuasicontrato, por considerarse que proviene de un acto voluntario, lícito y no convencional; sin embargo, expresa que la opinión ha evolucionado y posee un mayor alcance, a tal punto, que se ha pretendido eliminar la idea del cuasicontrato como fuente autónoma de las obligaciones, tal cual ha sucedido en Alemania, Suiza, Italia, entre otros países<sup>84</sup>.

Ahora bien, dentro de las concepciones modernas respecto de las acciones para ejercitar el reconocimiento enriquecimiento sin causa, también se han presentado posiciones contrapuestas; así tenemos:

1. José Antonio Álvarez Caperochipe, la considera como una acción personal restitutoria, no subsidiaria, con un fin equilibrador, respecto al beneficio patrimonial que obtuvo una de las partes en desmedro de otra, y señala que esto se da porque “la propia naturaleza del bien adquirido ya no es recuperable en sí mismo, sólo lo es su valoración o, más propiamente, el

---

<sup>82</sup> Arias Fonseca, Jaime Luis, [citado 15-08-2015], El enriquecimiento sin causa o injustificado y la acción in rem versó en materia de responsabilidad estatal por realización de obras, prestación de servicios y suministro de bienes sin contrato estatal, Colombia. Disponible en Internet: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/oaiart?codigo=4919271>.

<sup>83</sup> López Mesa, Marcelo J., [citado 18-08-2015], El enriquecimiento sin causa en el derecho actual, La Coruña. Disponible en Internet: [ruc.udc.es/bitstream/2183/7517/1/AD\\_13\\_art\\_18.pdf](http://ruc.udc.es/bitstream/2183/7517/1/AD_13_art_18.pdf).

<sup>84</sup> Abeliuk Manasevich, René, [citado 08-08-2015] Las Obligaciones. Tomo II. Cuarta Edición. Disponible en Internet: <http://facultad-derecho.tk/?p=89>.

incremento que produce en el patrimonio del enriquecido<sup>85</sup>”, y concluye señalando que, la verdadera naturaleza de la acción de enriquecimiento sin causa, es “la restitución de un valor -por ello la acción adquiere carácter personal- cuando no existe causa para retenerlo y no es recuperable en su esencia e individualidad. A partir de aquí, el problema es determinar cuándo hay enriquecimiento, y cuál es la medida de la restitución”<sup>86</sup>.

El autor ecuatoriano Hugo Aguiar, señala que, el requisito de subsidiaridad del enriquecimiento sin causa ha sido ampliamente discutido, ya que, varios tratadistas tienen el criterio de que dicho elemento -enriquecimiento sin causa-, “constituye una característica propia de la acción de restitución que le corresponde al empobrecido, es decir, como un aspecto procesal más que sustantivo”<sup>87</sup>.

2. La segunda opinión, y la más aceptada en la actualidad es la de reconocer la subsidiaridad de la acción por el enriquecimiento sin causa, por medio de la denominada *actio de in rem verso*, y que, a decir de Marcelo J. López Mesa, no es de origen romano, sino que proviene de la jurisprudencia de la Corte de Casación francesa, cuya característica es la de ser una herramienta a ser usada únicamente cuando la legislación no haya determinado un procedimiento ordinario, o cuando quien resulta empobrecido en su patrimonio ha sido el culpable de su propio padecimientos<sup>88</sup>, y como lo señala De Salvo Venosa “la preocupación tanto de la doctrina, como de la jurisprudencia y de la legislación, es evitar que la acción de enriquecimiento se torne en una panacea para todos los males...una especie de acción *passer-partout*, que arrolle las reglas del derecho positivo”<sup>89</sup>.

---

<sup>85</sup> Álvarez Caperochipe, José Antonio, *El Enriquecimiento sin causa*, Tercera Edición, Granada – España: Editorial Comares, 1993, p. 67. Impreso.

<sup>86</sup> Álvarez Caperochipe, José Antonio, *El Enriquecimiento sin causa*, Tercera Edición, Granada – España: Editorial Comares, 1993, p. 67. Impreso.

<sup>87</sup> Aguiar Lozano, Hugo Fernando, [citado 19-09-2015], *Tratado sobre la Teoría del Enriquecimiento Injustificado o Sin Causa en el Derecho Civil de las Obligaciones*, Ecuador. Disponible en Internet: <https://www.scribd.com/doc/88198033/Tratado-Del-Enriquecimiento-Injustificado>.

<sup>88</sup> López Mesa, Marcelo J., [citado 18-08-2015], *El enriquecimiento sin causa en el derecho actual*, La Coruña. Disponible en Internet: [ruc.udc.es/bitstream/2183/7517/1/AD\\_13\\_art\\_18.pdf](http://ruc.udc.es/bitstream/2183/7517/1/AD_13_art_18.pdf).

<sup>89</sup> López Mesa, Marcelo J., [citado 18-08-2015], *El enriquecimiento sin causa en el derecho actual*, La Coruña. Disponible en Internet: [ruc.udc.es/bitstream/2183/7517/1/AD\\_13\\_art\\_18.pdf](http://ruc.udc.es/bitstream/2183/7517/1/AD_13_art_18.pdf).

Como conclusión, se puede señalar, por una parte, la importancia que en el campo del derecho tiene el enriquecimiento sin causa, así como, la relación directa con el principio de equidad, según el cual nadie puede beneficiarse indebidamente del patrimonio de otra persona; y, por otra, los riesgos que este lleva por falta de una legislación expresa.

### 2.2.3. Requisitos del enriquecimiento sin causa.

Hecha una breve referencia a los aspectos doctrinarios que se han vertido sobre el enriquecimiento sin causa, es oportuno determinar cuáles son los requisitos o elementos que lo conforman, para ello, seguiremos las directrices que los autores citados en el primer acápite han elaborado para el efecto.

Como se había señalado, al haberse expuesto los conceptos dados sobre el enriquecimiento injusto, en esencia serían únicamente tres requisitos: que una persona que se enriquece su patrimonio; una persona que ve disminuido su patrimonio o sufre empobrecimiento; y, el empobrecimiento de una persona, en relación con el enriquecimiento de la otra debe ser injustificado; sin embargo, los elementos son muchos más, esto quizá se deba, por la amplitud de este principio, o por no estar debidamente regulado; y, por ello nos referiremos a aquellos elementos en los que los doctrinarios han coincidido en sus apreciaciones.

Considerando la posición de distintos autores<sup>90</sup> tenemos:

---

90

- a. López Mesa, Marcelo J., [citado 18-08-2015], El enriquecimiento sin causa en el derecho actual, La Coruña. Disponible en Internet: [ruc.udc.es/bitstream/2183/7517/1/AD\\_13\\_art\\_18.pdf](http://ruc.udc.es/bitstream/2183/7517/1/AD_13_art_18.pdf).
- b. Arias Fonseca, Jaime Luis, [citado 15-08-2015], El enriquecimiento sin causa o injustificado y la acción in rem versó en materia de responsabilidad estatal por realización de obras, prestación de servicios y suministro de bienes sin contrato estatal, Colombia. Disponible en Internet: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/oaiart?codigo=4919271>.
- c. Peñailillo Arévalo, Daniel, [citado 18-08-2015], El Enriquecimiento sin cusa. Principio de derecho y fuente de obligaciones, Revista de Derecho – Universidad de Concepción. Concepción – Chile. Disponible en Internet: [www.revistadederecho.com/pdf.php?id=2575](http://www.revistadederecho.com/pdf.php?id=2575).
- d. Martínez de Aguirre, Carlos. [citado 13-08-2015]. Cuasicontratos. Notas sobre el enriquecimiento sin causa en derecho Navarro. Formato pdf. Disponible en Internet: Publicaciones. Revistas. Revista Jurídica de Navarra. Sumarios. Nº 8. julio - diciembre de 1989. <http://www.navarra.es/>.
- e. Hinestrosa, Fernando. Derecho Civil – Obligaciones. Colombia. Disponible en Internet: <http://es.slideshare.net/RDNEYEA/derecho-civil-obligaciones-fernando-hinestrosa>.
- f. Alterini, Atilio Aníbal, Ameal, Óscar José & López Cabana, Roberto M, Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales, Primera Edición. Buenos Aires – Argentina: Abeledo Perrot, 1996, Impreso.

- a) Debe existir el enriquecimiento de una persona en desmedro de otra sin que exista una causa justa. Este enriquecimiento implica toda ventaja de índole patrimonial provecho o beneficio.
- b) Una de las partes debe sufrir un empobrecimiento en su patrimonio, siendo en este caso indispensable, determinar la medida del enriquecimiento, y por ende, el de la indemnización o restablecimiento del patrimonio.
- c) Entre estas dos circunstancias, enriquecimiento y empobrecimiento, debe existir una relación de causalidad.
- d) A falta de causa, debe existir un enriquecimiento que sea injustificado. Este punto parecería contradecirse con el anteriormente expuesto, sin embargo, lo que se quiere es que toda atribución patrimonial tenga una causa jurídicamente justificante.
- e) Debe existir una ausencia de responsabilidad o culpabilidad de quien sufre el empobrecimiento.

Respecto a este requisito algunos autores sostienen que, en el enriquecimiento sin causa siempre existirá algún grado de error o descuido de quien se empobrece, pues, consideran que nadie en su sano juicio, desearía empobrecer su propio patrimonio para favorecer a otro, por ello, se debe hacer las siguientes aclaraciones:

1. Si el conflicto se presenta por un acto ilegítimo de quien se empobrece, en principio se le debería negar la acción, pues, de haberse respetado la norma jurídica que se ha transgredido, en ningún momento hubiese estado en la posición de detrimento en su patrimonio.
2. Si el conflicto se produce con pleno conocimiento de quien se empobrece, sabiendo del riesgo que implicaba su actuar, se debe entender que el asumió el mismo, y, por tanto, no podía más tarde pedir su restitución.

---

g. Pérez, Efraín, [citado 13-08-2015]. Derecho Administrativo II. Quito - Ecuador. Formato Word. Disponible en Internet: Index. Temas de Investigación. <http://www.estade.org/>.

En estas dos circunstancias opinan los autores, debería considerarse el grado de negligencia o de responsabilidad de quien se sabe perjudicado en su patrimonio en base a su conducta.

- f) No debe existir un interés personal del empobrecido, respecto a la causa que motivó su empobrecimiento. Esta circunstancia se presenta cuando quien pretende la restitución en su patrimonio, habría sido quien desplegó actividades buscando beneficiarse de ello, sin embargo, con esas actividades término beneficiando a otro.
- g) La acción que tiene quien sufre empobrecimiento en su patrimonio, tiene por finalidad el restituir el equilibrio patrimonial alterado, debiendo considerarse que la medida de tal restablecimiento, será únicamente la utilidad provecho que recibió la persona que vio incrementado su patrimonio.
- h) La base del enriquecimiento sin causa, se dice, tiene una base extra-positiva, ya que no está motivada en una norma, sino que radica en principios, como por ejemplo la equidad, por ello, existen algunos autores que ven en esta institución jurídica un cuasicontrato de origen jurisprudencial y no legal, lo que trae como consecuencia de que la acción de in rem verso tenga el carácter de subsidiaria, no aplicable a aquellas obligaciones regidas por un contrato.
- i) El enriquecimiento injusto, basado en el cuasicontrato, tiene un efecto fundamental que es convertirse en fuente de obligaciones, ya que, quien se enriqueció injustamente, está en la obligación de restituir el beneficio obtenido, configurándose con ello la denominada acción de in rem verso.

#### **2.2.4. Del enriquecimiento sin causa en la legislación ecuatoriana.**

Para determinar los antecedentes del enriquecimiento sin causa en la legislación ecuatoriana, se hace preciso indicar a breves rasgos la evolución de nuestro Código Civil.

En la introducción del Código Civil del año 1970, se hace un recuento histórico de dicho cuerpo normativo, en el cual se indica que su formación se debe a un camino trascendido durante los siglos XIX y XX<sup>91</sup>.

Según consta de la introducción citada, Chile encargó la elaboración de un Código Civil a Andrés Bello, quien propugnó la búsqueda de fórmulas jurídicas en donde unificaran orgánicamente la tradición hispánica, la vida republicana, el empeño progresista del siglo XIX, la corriente jusfilosófica aportada por el historicismo, el romanticismo y el individualismo, pero sobre todo, quedará al amparo del derecho creado por Roma y desarrollado en los dos imperios, el latino y el de Bizancio, fundamentando su norma en la doctrina y la obra positiva del historicismo jurídico por medio del denominado Código de Napoleón, siendo nuestro país, el Ecuador, uno de los primeros en acoger el modelo creado por Andrés Bello.

Con este breviario, podemos señalar que al igual que los países que adoptaron el código civil de Andrés Bello, como los de corriente romanista, en nuestra legislación civil no se encuentra reglamentado el enriquecimiento sin causa o en “*propiis verbis*”, sin que ello haya constituido un obstáculo para que, con el transcurso de tiempo se hayan presentado varias instituciones y soluciones inspiradas en dicha institución jurídica, no como un principio general, sino consignando casos particulares y concretos, por ejemplo:

- a) El caso de las prestaciones mutuas, establecidas en el artículo 948 y siguientes el Código Civil, cuya reglamentación tiene como finalidad el enriquecimiento sin causa, a tal punto, que el dueño de ser vencedor en el juicio de reivindicación debe pagar las mejoras necesarias aun al poseedor de mala fe. Su razón estriba en que, de haber estado el bien en manos del vencedor, este debería haber efectuado las expensas necesarias para evitar su deterioro o destrucción; y, de no reintegrar dichos gastos se estaría enriqueciendo sin causa.
- b) En los casos de accesión, regulada a partir del artículo 659 y siguientes del Código Civil, por ejemplo, el caso de que se edifique con materiales ajenos en suelo propio, en donde, si bien el dueño del suelo se hará propietario también de los materiales,

---

<sup>91</sup> <http://www.fielweb.com/1/CODIGO-CIVIL-1970.html>. [citado 14-08-2015].

estará obligado a pagar al dueño de los materiales su justo precio, u otro tanto de la misma naturaleza, calidad y aptitud, caso contrario se vería beneficiado sin causa.

Al hacerse un análisis de la legislación española, en el libro homenaje al Juez Pedro González Gutiérrez-Barquín, se señala que, la aceptación de la figura enriquecimiento injusto, respecto a su construcción, sus requisitos y consecuencias, es obra de la jurisprudencia civil, cuyo mérito ha sido dotarle de certeza y seguridad jurídica, lográndose por una parte, la construcción de una figura legal, y por otra, permite rebasar la subsidiariedad de la acción, dándole funcionalidad y aplicabilidad de los supuestos que aquella reconoce<sup>92</sup>.

Dentro del análisis que se ha hecho del enriquecimiento sin causa en el Ecuador, merece citarse la sentencia emitida dentro del recurso de casación del Expediente No. 273-2000, emitido por la Primera Sala de los Civil y Mercantil de la extinta Corte Suprema de Justicia, publicada en el Registro Oficial # 134 del 3 de agosto del 2000, en la que se cita el criterio del autor ecuatoriano Alfonso Oramas Gross, quien manifiesta: “La ley ecuatoriana no establece expresamente el enriquecimiento sin causa, pero el hecho de que el legislador no haya establecido una disposición general, no significa que rechaza el principio”, posteriormente, citando al autor Valencia Zea, continua la sentencia indicando que: “El Código Civil debe interpretarse conforme sus principios esenciales y no según sus palabras. Por este motivo, la doctrina moderna enseña el principio del enriquecimiento indebido es fuente general de obligaciones, esto es, que el intérprete deberá extender las soluciones empíricas a todos los demás casos de enriquecimiento no enunciados en forma expresa por la ley.”, y concluye la sentencia: “El artículo 18 del Código Civil ecuatoriano, en un numeral séptimo señala que, a falta de ley, se aplicarán los principios del derecho universal”<sup>93</sup>.

En conclusión, es evidente que en la legislación civil ecuatoriana no está debidamente regulado el enriquecimiento sin causa, sin embargo, conforme se ha analizado el criterio de importantes autores, es del todo claro que la institución objeto de análisis, es sobre todo un

---

<sup>92</sup> Abogacía General del Estado – Dirección del Servicio Jurídico del Estado, Manual de Responsabilidad Pública. Madrid – España: Ministerio de Justicia – Ministerio de Económica y Hacienda, 2005, p. 124. Disponible en Internet: <https://books.google.com.ec/books?isbn=8477878137>.

<sup>93</sup> Registro Oficial # 134 del 3 de agosto del 2000. Ecuador. Impreso.

principio de derecho universal, que ha sido recogido y estructurado por la doctrina, constituyéndose tal prerrogativa, en la prohibición de que las personas puedan beneficiarse o enriquecerse indebidamente, debiendo por ende, acogerse en todos los casos no legislados, a pesar de que tal principio -enriquecimiento sin causa- no haya sido enunciado de manera concreta y específica, siendo fundamental en considerar el criterio vertido por Hugo Aguiar, cuando señala que, “para que exista un verdadero ejercicio de esta figura jurídica, es necesario de un conjunto de disposiciones positivas, legales, que consideren todos estos elementos constitutivos, y que permitan su aplicación práctica más allá de las apreciaciones doctrinarias, y así evitar que en los países como el Ecuador, en los que no está acogida legalmente esta figura del enriquecimiento injustificado como fuente de las obligaciones, se sigan cometiendo errores al momento de aplicar, jurisprudencialmente, estos principios a casos concretos”<sup>94</sup>.

#### **2.2.5. Del enriquecimiento sin causa en las contrataciones administrativas.**

Como quedó anotado, se han hecho varias críticas respecto a que si el enriquecimiento sin causa, como consecuencia del cuasicontrato en materia civil, es capaz de ser fuente de obligaciones, quedando en evidencia de que se trata de una institución jurídica basada en el principio jurídico universal de equidad, cuya finalidad es solventar aquellas obligaciones que no se encuentran legisladas, buscando siempre el equilibrio entre las prestaciones efectuadas y los pagos que deben hacer por tales circunstancias, sin que, esté permitido a las personas beneficiarse a expensas de otras.

Por otro lado, se analizó también la circunstancia, apoyada por un amplio sector de la doctrina que afirmaba la utilidad que prestaba el cuasicontrato y sus consecuencias dentro del derecho administrativo, en donde se apreciaba su verdadera trascendencia, al solventar los inconvenientes que se presentaban cuando las entidades públicas o el Estado en su totalidad se proveía de bienes, requerían servicios u ordenaban la ejecución de obras sin el respaldo de un proceso de contratación previo o sin el contrato respectivo.

---

<sup>94</sup> Aguiar Lozano, Hugo Fernando, [citado 19-09-2015], Tratado sobre la Teoría del Enriquecimiento Injustificado o Sin Causa en el Derecho Civil de las Obligaciones, Ecuador. Disponible en Internet: <https://www.scribd.com/doc/88198033/Tratado-Del-Enriquecimiento-Injustificado>.

Planteado así el panorama, toca ahora revisar la preponderancia del principio del enriquecimiento sin causa dentro del derecho administrativo, pero antes es oportuno definir lo que es equidad, ya que, como quedó expresado, está se constituye en el pilar principal de la institución objeto de análisis.

El Diccionario Jurídico Omeba<sup>95</sup>, en su versión digital, señala que una de las acepciones del término equidad es el equivalente de justicia, englobando además uno de sus alcances, el principio de igualdad o proporcionalidad.

Para Juan Carlos Cassagne, tomando a la equidad, como sinónimo de igualdad o justicia, señala que “constituye un principio de interpretación de las leyes o un principio general del derecho que traduce la interpretación objetiva del derecho natural”; y, “aun cuando no sea fuente del ordenamiento jurídico, en la aplicación del derecho la equidad acuerda un sentido valorativo o de justicia a las normas, a fin de evitar que la igualdad abstracta de la ley, en su aplicación al caso concreto, se traduzca en desigualdad o injusticia”<sup>96</sup>.

Por su parte Arnaldo Mendoza Torres, señala que: “...la equidad resulta ser fuente insustituible en la solución de los conflictos producidos en materia contractual, pues en muchas ocasiones, el mantenimiento de la ecuación contractual, o la aplicación del principio de la buena fe, presuponen la actuación en equidad, cuando no exista norma aplicable.”<sup>97</sup>.

De lo anotado, está claro que la equidad constituye aquel principio que dota al enriquecimiento sin causa de aquella motivación de justicia y buena fe, que busca eliminar las inequidades legales o su falta de normativa, esto obviamente, dentro del tema objeto de la investigación, pues, muy bien se señala que, en el derecho administrativo se impone el principio de justicia, ya que las relaciones entre las entidades públicas y los administrados se ven seriamente afectadas por la equidad y buena fe.

---

<sup>95</sup> Diccionario Jurídico Omeba, CD-ROM.

<sup>96</sup> Cassagne, Juan Carlos, Derecho Administrativo, Tomo I, Séptima Edición. Buenos Aires – Argentina: Abeledo Perrot, 1998, p. 168. Impreso.

<sup>97</sup> Mendoza Torres, Arnaldo, Los Contratos de la Administración Pública, Barranquilla – Colombia: Ediciones Uninorte, 2004, p. s/n. Impreso.

Como se expresó en uno de los temas iniciales de este trabajo, el Estado, en razón del interés público, busca satisfacer las necesidades ciudadanas, por medio de la ejecución de obras, prestación de servicios, o provisión de bienes, dentro de los parámetros y principios que la contratación pública así lo exigen; así mismo, es claro que los proveedores buscarán el mejor beneficio para sus intereses y patrimonio, todo esto dentro de los límites que fija el ordenamiento jurídico, abandonando todas aquellas prácticas desleales de antaño y que motivaron el gran cambio en la contratación administrativa en nuestro país, y que permitirá a la ciudadanía volver los ojos de confianza hacia la administración pública, tan criticada por su falta de moralidad en los temas objeto de análisis.

Dentro de la administración pública, se pueden y de hecho se presentan, una serie de situaciones que podrían catalogarse como enriquecimiento sin causa, por ejemplo, las obligaciones que se generan por la nulidad de un contrato en ejecución, el caso en que los montos para los contratos complementarios han superado el monto para el cual se requiere su suscripción por escrito, o cuando se hayan efectuado las obras, se hayan requerido servicios o provisión de bienes sin haberse sujetado a los procedimientos que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento de aplicación y más normas conexas prevén, y que es el punto específico de nuestro estudio, por lo que ahora corresponde determinar si es posible cumplir con tales obligaciones en consideración de los antecedentes que respecto al cuasicontrato y enriquecimiento sin causa han sido expuestos.

Es sabido que todo compromiso presupuestario dentro del ámbito estatal, por el carácter del cual gozan los recursos públicos, debe ser debidamente justificado, además de contar con la documentación de soporte, tal cual, lo dispone el artículo 117 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas<sup>98</sup>.

---

<sup>98</sup> “Art. 117.- Obligaciones.- La obligación se genera y produce afectación presupuestaria definitiva en los siguientes casos:

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

El registro de obligaciones deberá ser justificado para el numeral 1 y además comprobado para el numeral 2 con los documentos auténticos respectivos. Para estos efectos, se entenderá por documentos justificativos, los que determinan un compromiso presupuestario y, por documentos comprobatorios, los que demuestren la entrega de las obras, los bienes o servicios contratados.”

Al haberse analizado los requisitos del enriquecimiento sin causa, se manifestó que el mismo procedía, entre otros, cuando no existía responsabilidad o culpabilidad o interés personal respecto a la causa de quien sufre el empobrecimiento, haciendo recaer en materia administrativa, toda la responsabilidad sobre la entidad pública y sus servidores por haberse omitido los procedimientos de contratación; por lo que, en base del principio de equidad, fundamento del cuasicontrato y el enriquecimiento si causa, no habría motivo alguno para que el Estado en general, como beneficiario de los bienes, obras o servicios recibidos, deba negarse a pagar las obligaciones adquiridas, siendo evidente la responsabilidad del servidor público, que por negligencia u omisión, no hizo respetar el procedimiento de contratación que correspondía y que en resumen se los expuso, pues, precisamente no se cumpliría con el numeral 2 e inciso final del artículo 117 de la norma citada , al no contarse con un acto administrativo válido, como sería la resolución de aprobación de pliegos e inicio del proceso de contratación; no existe la documentación relevante que exige el principio de publicidad que debe primar en las contrataciones que requieren las entidades públicas, y que en muchos casos, tampoco cuentan con la respectiva disponibilidad presupuestaria.

En la jurisprudencia colombiana citada por Jaime Luis Arias Fonseca, se señala que, la naturaleza del enriquecimiento sin causa es eminentemente compensatoria y no indemnizatoria, pues, no es la reparación de un perjuicio, sino el restablecimiento del equilibrio del patrimonio de quien se veía empobrecido en su patrimonio; sin embargo, también se expresa el importante criterio de que, los contratos que celebran las entidades públicas son eminentemente solemnes, salvo determinadas excepciones que la norma prevé, ya que las disposiciones que rigen la contratación administrativa son solemnidades de orden público y con el carácter de imperativas, bajo la conclusión de que quien pretenda intervenir en la celebración de un contrato administrativo debe sujetarse a las normas dictadas para el efecto, sin que pueda aceptarse como excusa la ignorancia de la ley, como justificación de su inobservancia, lo cual haría recaer al culpa, no sólo sobre la entidad pública, sino también sobre quien funge de proveedor, y en tal caso, presumiblemente no habría causa de enriquecimiento indebido, ya que muy bien podría pensarse que el proveedor impago, se colocó voluntariamente en tal posición por no estar inscrito en el RUP o por adolecer algún

vicio o prohibición para contratar con el Estado, o simplemente, por no estar en capacidad de competir con el resto de proveedores dentro de un proceso de contratación<sup>99</sup>.

El tratadista José Antonio Álvarez Caperochipe, citando a varios autores, señala que no se puede aceptar que dentro del enriquecimiento sin causa de índole administrativo, la restitución se de en los mismos términos para aquellos casos en los que hubo de por medio un contrato, con los que no lo tuvieron, pues considera que, quien contrae una obligación con el Estado, está en la obligación de conocer los procedimientos que norman los procesos de contratación pública, y que por lo tanto, no sería aceptable que pretenda ampararse en la negligencia u omisión de la administración pública para con ello obtener un beneficio<sup>100</sup>.

En nuestro país, los pagos u obligaciones que han efectuado las entidades públicas, generadas sin el proceso previo de contratación, han tenido como fundamento los criterios emitidos por la Contraloría y Procuraduría General del Estado, quienes, sobre el particular han señalado que, las entidades de derecho público no deberían enriquecerse injustificadamente, y, por ende, no podría dejarse de pagar los valores adeudados, esto, basado en los principios de la ética, de la equidad y de la buena fe.

Para finalizar, podemos concluir que si bien en el derecho administrativo doctrinariamente se aceptan al cuasicontrato y al enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones, a pesar de los reparos de algunos tratadistas, su aplicabilidad está sujeta a varios requisitos, constituyendo los pronunciamientos de los organismos de control estatal, la base para la solución; sin embargo, en el siguiente capítulo revisaremos efectivamente cual es el medio idóneo para solventar los problemas que se han generado, debiendo tener presente en todo caso que, es necesario efectuar una debida y minuciosa ponderación de los principios constitucionales respecto el derecho al trabajo, y los que animan la contratación pública, ya que, si bien se debería reconocer el derecho de las personas a ser restituidas o compensadas por los compromisos sin el respaldo contractual, cabe preguntarse en dónde quedan los derechos de aquellos que no tuvieron la oportunidad de ejecutar la obra, prestar

---

<sup>99</sup> Arias Fonseca, Jaime Luis, [citado 15-08-2015], El enriquecimiento sin causa o injustificado y la acción in rem versó en materia de responsabilidad estatal por realización de obras, prestación de servicios y suministro de bienes sin contrato estatal, Colombia. Disponible en Internet: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/oaiart?codigo=4919271>.

<sup>100</sup> Álvarez Caperochipe, José Antonio, El Enriquecimiento sin causa, Tercera Edición, Granada – España: Editorial Comares, 1993, p. 184. Impreso.

sus servicios, o proveer de bienes al haberse omitido los procedimientos que la LOSNCP, su reglamento de aplicación y más normas supletorias establecen, pues, como muy bien lo señala José Antonio Álvarez Caperochipe, en el caso del enriquecimiento sin causa administrativo se “elude los cauces formales y públicos del procedimiento administrativo, la exigencia de competencia del órgano y la idoneidad del sujeto que lo representa”, y por ende, no sería factible únicamente verificar si ha existido enriquecimiento, sino también se debe “levantar el velo de la relación subyacente y proteger la Administración y los principios del Estado de Derecho.<sup>101</sup>”

---

<sup>101</sup> Álvarez Caperochipe, José Antonio, *El Enriquecimiento sin causa*, Tercera Edición, Granada – España: Editorial Comares, 1993, p. 184-185. Impreso.

### CAPÍTULO III

## DE LA ACTIO DE IN REM VERSO EN LAS OBLIGACIONES NO SUJETAS A LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

### 3.1. DE LA ACTIO DE IN REM VERSO:

#### 3.1.1. Nociones generales.

Previo al análisis de la actio de in rem verso, es necesario efectuar una breve recapitulación de los temas tratados anteriormente, pues, ello nos ayudará a comprender los inconvenientes que en capítulo final pretendemos solventar.

En el Capítulo I, se hizo un compendio básico de lo que es el contrato en general, para lo cual partimos del análisis de la obligación, sus fuentes, el contrato como negocio jurídico y su estructura, los contratos en el ámbito administrativo, sus tipos y características, para finalmente, hacer sucinta referencia a los procesos de contratación pública en nuestro país. Los temas tratados tuvieron como intención: 1.- Refrescar los conocimientos básicos que, como personas del derecho debemos tenerlos siempre presentes, respecto a la teoría del negocio del negocio jurídico; 2.- Obtener los conocimientos básicos sobre los contratos administrativos en general, pero particularmente, sobre aquellos que están sujetos a la LOSNCP, su reglamento de aplicación y más normas que rigen la materia, lo que nos permitió colegir cuatro características fundamentales a saber: a.- Son contratos nominados, b.- Es un medio formal, c.- Es un acto solemne; y, c.- Es un acto debidamente reglado.

En el Capítulo II, luego del estudio del cuasicontrato en general, estuvo particularmente encaminado a determinar, si en el ámbito de los contratos administrativos sujetos a la LOSNCP y más normativa a fin, se podría considerar como fuente de obligaciones por medio del cuasicontrato, sobre todo, en aquellos casos en los que se habrían evadido los procedimientos que la ley exige para la formación de los contratos públicos de ejecución de obra, de prestación de servicios y provisión de bienes. Del estudio efectuado, se pudo destacar: 1.- En el ámbito de los contratos administrativos, la figura del cuasicontrato

y su efecto, el enriquecimiento sin causa, tiene una mayor aplicabilidad e importancia que en el ámbito civil, 2.- Está basado en el principio general de la equidad, 3.- El enriquecimiento sin causa en el derecho administrativo, da origen a la actio de in rem verso.

Con estos cortos antecedentes, podemos señalar que el cuasicontrato en el campo administrativo, tomando como fundamento el principio de equidad, busca el restablecimiento del equilibrio patrimonial que se presentó, como resultado de haberse realizado, de parte de un particular, la ejecución de obras, prestación de servicios o provisión de bienes a favor del Estado, sin el respaldo de un contrato o proceso previo.

Volviendo nuestra mirada a la actio de in rem verso, tenemos que, según la Enciclopedia Jurídica Omeba, esta era una acción que contemplaba el Derecho Romano, y que tenía el carácter de adicional, que podía ser ejercida en contra del “paterfamilis” -que acrecentó su patrimonio-, por quien se sentía afectado por la actuar contractual o delictuoso de su hijo o esclavo. Se señala así mismo que, la acción de in rem verso, era contemplada dentro de otras categorías que formaban parte del sistema del enriquecimiento sin causa; sin embargo, dentro de la vigencia posterior de las Partidas, fue integrada como principio general de este (enriquecimiento sin causa)<sup>102</sup>.

Al respecto, el autor ecuatoriano Hugo Aguiar, al hacer un análisis del pensamiento de importantes autores, señala que, si bien en Roma la actio de in reverso tenía el carácter de adicional, en la actualidad se la debe identificar con la doctrina del enriquecimiento sin causa, e implica la acción de restitución por tal hecho sin que se causa otra distinción<sup>103</sup>.

En cuanto al derecho administrativo compete, es importante señalar que, para que prospere la actio de in rem verso, es necesario que se determine el perjuicio patrimonial y el nexo causal, entre la omisión estatal y la obra ejecutada, el servicio prestado o la provisión realizada, pues, su finalidad es la restitución o reparación del daño patrimonial causado, cuya razón jurídica no está contemplada en una norma positiva, sino en el principio general de la

---

<sup>102</sup> Diccionario Jurídico Omeba, CD-ROM.

<sup>103</sup> Aguiar Lozano, Hugo Fernando, [citado 19-09-2015], Tratado sobre la Teoría del Enriquecimiento Injustificado o Sin Causa en el Derecho Civil de las Obligaciones, Ecuador. Disponible en Internet: <https://www.scribd.com/doc/88198033/Tratado-Del-Enriquecimiento-Injustificado>.

equidad, al menos esto en nuestro caso, ya que, como posteriormente revisaremos, por ejemplo en el caso de Colombia, se tiene jurisprudencia debidamente desarrollada, empero, está claro que, el cuasicontrato en materia de contratación administrativa es fuente de obligaciones, y bajo el principio del enriquecimiento sin causa, se debería reconocer en la acción in rem verso el medio más adecuado para solventar los conflictos que devienen de aquellas relaciones sin el sustento procesal que exige la contratación pública, pero sobre todo, para reparar el desequilibrio patrimonial que se ha presentado, si se cumplen las condiciones que para ello se han establecido.

Finalmente, debemos tener presente las siguientes premisas, cuyo espectro será analizado adecuadamente en los siguientes temas de este capítulo:

- a) La actio de in rem verso en el campo de los contratos administrativos, está sujeta a determinados elementos y condiciones, de las cuales dependerán su reconocimiento.
- b) Cuando se señala que es una “figura procesal”, debe entenderse a todas aquellas vías ante las cuales es posible acudir para su reconocimiento, esto es, vía reclamo directo (convenios de pago), en vía contenciosa administrativa, y mediante los procedimientos de mediación.
- c) La actio de in rem verso, no tiene la calidad indemnizatoria sino es de carácter compensatoria o restitutoria.
- d) Es de índole subsidiaria.

### **3.1.2. Conceptos.**

Según Julio Bastidas Aguirre, citado por Hugo Aguiar, la actio de in rem verso es “una acción pretoria de equidad para el caso de que alguien se hubiera enriquecido por efecto de un contrato celebrado entre dos personas sui juris, o sea en el caso de un enriquecimiento indirecto”<sup>104</sup>.

---

<sup>104</sup> Aguiar Lozano, Hugo Fernando, [citado 19-09-2015], Tratado sobre la Teoría del Enriquecimiento Injustificado o Sin Causa en el Derecho Civil de las Obligaciones, Ecuador. Disponible en Internet: <https://www.scribd.com/doc/88198033/Tratado-Del-Enriquecimiento-Injustificado>.

Para el autor chileno René David Navarro Albiña, la actio acción de in rem verso es “aquella que se dirige en contra de la persona que ha obtenido el enriquecimiento sin causa, con el fin que restituya lo obtenido injustificadamente”<sup>105</sup>.

Manuel Ossorio, por su parte señala que la actio de in rem verso es aquella “que puede ejercerse en contra de quienes se hubieren enriquecido sin causa en perjuicio del demandante”<sup>106</sup>.

El Diccionario del Latín Jurídico, define a la actio de in rem verso, como “Acción de vuelta por la cosa: por enriquecimiento sin causa”<sup>107</sup>.

Para Jorge Joaquín Llambias, Patricio Raffo Benegas y Rafael A. Sassot, citando a Aubry y Rau, la actio de in rem verso es “la facultad de reclamar, por medio de una acción personal la restitución de los objetos o valores aportados al patrimonio”<sup>108</sup>.

De las definiciones dadas, podría concluirse que la actio de in rem verso, es aquella atribución o facultad que goza quien ve empobrecido su patrimonio a favor de otro sin causa justa, para pedir la reposición del perjuicio que ha padecido, siempre y cuando, se cumplan los requisitos que la ley, la doctrina o jurisprudencia hayan fijado para el efecto. En el caso de los cuasicontratos administrativos, será la acción que puede plantear la persona, natural o jurídica, que ha prestado sus servicios, ejecutado una obra o haya provisto de bienes a una entidad pública, dentro del ámbito de nuestra investigación, sin que se hayan respetado los procedimientos que la ley prevé, y, por ende, carece de respaldo contractual.

### 3.1.3. Elementos.

De los textos base para la presente investigación se evidencian una serie de elementos constitutivos del actio de in rem verso, sin embargo, para el propósito de nuestro estudio nos

---

<sup>105</sup> Navarro Albiña, René David, Derecho Civil Patrimonial, Tomo 3, Chile, Impreso.

<sup>106</sup> Ossorio, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Primera Edición Electrónica, Guatemala: Datascan, Impreso.

<sup>107</sup> Nicolliello, Nelson, Diccionario del Latín Jurídico. Argentina: Su Gráfica, 2004, p. 10. Impreso.

<sup>108</sup> Llambias, Jorge Joaquín, Raffo Banegas, Patricio & Sassot, Rafael A., Manual de Derecho Civil - Obligaciones. Undécima Edición, Buenos Aires - Argentina: Perrot, 1997, p. 749. Impreso.

referiremos a aquellos que tienen relevancia en el ámbito de los contratos de administrativos, pero, sin omitir a aquellos que son paralelos a los de índole civil, debiendo adicionalmente considerar que varios de ellos coincidirán con los del enriquecimiento sin causa, siendo esto obvio, ya que lo uno (actio de in rem verso) es consecuencia del otro (enriquecimiento sin causa). Otra aclaración necesaria hacer, es que los elementos a ser expuestos en su mayoría corresponden a aquellos considerados dentro de la jurisprudencia colombiana.

Con la referencia expuesta tenemos que los elementos de la actio de in rem verso son<sup>109</sup>:

- a) Como ya se había adelantado en varios acápite del presente trabajo, la actio de in rem verso, como consecuencia del enriquecimiento sin causa, tiene su sustento en la equidad.
- b) Deben concurrir los requisitos del enriquecimiento sin causa, y que fueron desarrollados en el numeral 2.2.1 del Capítulo II de la presente investigación, ya que, no bastaría únicamente demostrar el nexo causal entre empobrecimiento y acrecentamiento patrimonial.
- c) Es aplicable cuando se justifique de manera objetiva que la omisión y responsabilidad es exclusiva de la entidad pública, la que, en uso de su imperium, obligó e impuso al prestatario la ejecución de determinadas obras, servicios o provisión de bienes a su favor, prescindiendo de los procedimientos que la ley establece para la contratación pública.

---

109

- a) Sentencia emitida por Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera del veintiséis de mayo de dos mil diez, dentro del proceso N° 250002326000200300616. Bogotá – Colombia, Impreso
- b) Sentencia emitida por el Tribunal Administrativo del Cauca del treintauno de mayo de dos mil trece, dentro del expediente N° 19001333100220070012601. Popayán – Colombia, Impreso.
- c) Arias Fonseca, Jaime Luis, [citado 15-08-2015], El enriquecimiento sin causa o injustificado y la acción in rem verso en materia de responsabilidad estatal por realización de obras, prestación de servicios y suministro de bienes sin contrato estatal, Colombia. Disponible en Internet: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/oaiart?codigo=4919271>.
- d) Santofomio, Jaime Orlando, Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado, Bogotá - Colombia, 2013, Colombia, p. 338 – 347, Impreso.
- e) Llambias, Jorge Joaquín, Raffo Banegas, Patricio & Sassot, Rafael A., Manual de Derecho Civil - Obligaciones. Undécima Edición, Buenos Aires - Argentina: Perrot, 1997, p. 750-753. Impreso.
- f) López Mesa, Marcelo J., [citado 18-08-2015], El enriquecimiento sin causa en el derecho actual, La Coruña. Disponible en Internet: [ruc.udc.es/bitstream/2183/7517/1/AD\\_13\\_art\\_18.pdf](http://ruc.udc.es/bitstream/2183/7517/1/AD_13_art_18.pdf).

En este único caso, a criterio personal, aplicaría lo establecido en el numeral 17 del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador, cuando se indica: “El derecho a la libertad de trabajo. Nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso, salvo los casos que determine la ley”, debiendo tenerse presente, como se analizará oportunamente, que esta disposición constitucional es la base de los pronunciamientos emitidos por la Procuraduría General del Estado.

- d) Aplica para aquellos casos de lagunas o vacíos legales, solventado aquel silencio de la norma positiva.
- e) Es procedente en aquellos casos que, por una emergencia o urgencia, hace imprescindible la adquisición de bienes, ejecución de obras o prestación de servicios, y, por ende, se ordena su ejecución con el propósito de evitar daños mayores.

Pese a lo anotado, se debe considerar que dentro de la normativa que rige la contratación pública en nuestro país, las situaciones excepcionales de emergencia se encuentran establecidas en el 6 del artículo 31 de la LOSNCP, y sobre las cuales, ya nos referimos en el Capítulo I de este estudio.

- f) No aplica en aquellas circunstancias de impugnación que se presentan respecto a la fase precontractual en un determinado proceso de contratación pública, como por ejemplo el caso de haber sido rechazada o descalificada una propuesta, pues, para ello la LOSNCP y su reglamento de aplicación ya han previsto un trámite específico.
- g) No resulta la actio de in rem verso, en aquellos casos que se presenten en la ejecución del contrato, como por ejemplo el caso del costo más porcentaje, incremento de cantidades de obra, contratos complementarios, ya que, las circunstancias, justificativos entre otros, también están previstos en la LOSNCP y su reglamento de aplicación.
- h) No se la puede atribuir cuando la responsabilidad radica exclusivamente en aquellas personas que ejecutan una obra, prestan servicios y proveen de bienes sin el respaldo contractual, y, por lo tanto, han obrado por propia cuenta y riesgo, omitiendo la normativa que para cada caso se ha previsto.

Sobre este elemento, estimo necesario hacer una aclaración, que particularmente la considero fundamental, y es el hecho de que conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de nuestro Código Civil: “La ley obliga a todos los habitantes de la República, con inclusión de los extranjeros; y su ignorancia no excusa a persona alguna”. Este aparte, se lo hace, pues, muchos “afectados” podrían alegar desconocimiento de la norma, haciendo desaparecer su omisión o responsabilidad, y con ello, perseguir su reparación vía la actio de in rem verso; circunstancia que podría ser válida hace algunas décadas atrás; sin embargo, el desarrollo de los medios de comunicación y telemáticos hacen que todos tengamos un mínimo o básico conocimiento de determinadas normas, y en concreto, de aquellas que permiten desarrollar las actividades comerciales o profesionales; por ello, considero que lo establecido en el artículo referido, antes de haber ganado vigencia, en la actualidad, es fundamento de toda relación jurídica.

- i) La actio de in rem verso, no aplica para los casos de responsabilidad por acciones u omisiones compartidas entre la entidad pública y un particular, por ejemplo, cuando se ejecutan obras, se brindan servicios o se proveen de bienes, sin los requisitos que la ley prevé para la formación de un contrato administrativo sujeto a la LOSNCP, su reglamento de aplicación y más normativa conexas.

Esta responsabilidad compartida, es quizá en nuestro país, la causa más frecuente del incumplimiento u omisión de los procedimientos de contratación pública, y se presenta cuando un particular, sea persona natural o jurídica, ejecuta una o varias prestaciones con el “amén” de la entidad pública, sea que medie o no una autorización por escrito.

- j) La actio de in rem verso, al ser una acción subsidiaria de restitución o compensación, implica la devolución del importe o beneficio patrimonial efectivamente producido, por lo que, no se deberán reconocer más expensas, reajuste de precios, multas o intereses o similares, pues, esencialmente lo que se busca es que las cosas retornen a su estado anterior, al menos desde el punto de vista económico, esto, en el caso de las obras y servicios, ya que en el caso de la provisión de bienes siempre será factible su devolución, si aún no han sido usados. Así mismo,

la subsidiaridad radica en que, para su aplicación no debe existir un procedimiento específico establecido en la legislación.

#### 3.1.4. Doctrina.

Al hacer una revisión doctrinaria, sobre la actio de in rem verso en el ámbito de las prestaciones sin el respaldo contractual que exige la contratación pública en nuestro país, debemos considerar que, siempre estará ligada a las concepciones y evolución jurídica que respecto al enriquecimiento sin causa se han venido desarrollando.

Complementariamente, es necesario considerar que, muy pocos autores ecuatorianos se han referido el tema en concreto.

Iniciaremos este análisis citando a Jaime Luis Arias Fonseca, quien nos brinda una importante premisa en el sentido de que, el enriquecimiento sin causa y la actio in rem verso, son figuras jurídicas independientes, pues, la primera manifiesta “es un principio general de derecho, que prohíbe incrementar el patrimonio sin razón justificada”<sup>110</sup>, en tanto que la segunda “es la figura procesal a través de la cual se maneja la pretensión, permitiéndole al empobrecido reclamar los efectos de la vulneración de dicho principio general”<sup>111</sup>.

Bajo este presupuesto, José Antonio Álvarez Caperochipe, señala que el antecedente moderno de la actio de in rem verso, como acción para perseguir el pago por el enriquecimiento sin causa, tiene como antecedente la sentencia tomada el 2 de marzo de 1915 por la Corte de Casación Francesa, inspirada en los criterios de Aubry y Rau, bajo la consideración de que esta acción tiene por fundamento el principio de que nadie puede beneficiarse patrimonialmente en perjuicio de otra persona, sin causa justa, y siempre que se carezca de una acción que proviniese de un contrato, cuasicontrato, delito o de un cuasidelito. Posteriormente, el autor citado señala que “la acción así configurada, se convierte en un

---

<sup>110</sup> Arias Fonseca, Jaime Luis, [citado 1-10-2015], El enriquecimiento sin causa o injustificado y la acción in rem verso en materia de responsabilidad estatal por realización de obras, prestación de servicios y suministro de bienes sin contrato estatal, Colombia. Disponible en Internet: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/oaiart?codigo=4919271>.

<sup>111</sup> Arias Fonseca, Jaime Luis, [citado 1-10-2015], El enriquecimiento sin causa o injustificado y la acción in rem verso en materia de responsabilidad estatal por realización de obras, prestación de servicios y suministro de bienes sin contrato estatal, Colombia. Disponible en Internet: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/oaiart?codigo=4919271>.

remedio de equidad, cuyos límites son oscuros, y cuya eficacia es puesta en duda por un importante sector de la doctrina”<sup>112</sup>, y finalmente concluye que, la posición francesa es la que está en vigencia actualmente.

De lo anotado hasta ahora, queda claro que, es la equidad la que funda doctrinaria y jurisprudencialmente la actio de in rem verso, como consecuencia del enriquecimiento sin causa; pese aquello, es importante el criterio emitido por Marcelo J. Mesa, que aplica perfectamente a los casos que se dan en nuestro país, cuando explica que, la actio de in rem verso tiene como presupuestos las omisiones o lagunas legales, siendo improcedente para los casos contemplados en la norma, por contrariar la misma o para cuando la ley haya determinado una acción en concreto, de lo que deviene su subsidiariedad<sup>113</sup>.

Otro criterio fundamental, es le brindado por Jaime Luis Arias Fonseca, quien ve a la actio de in rem verso, como “el medio idóneo, aceptado doctrinal y jurisprudencialmente, para invocar la ocurrencia del fenómeno del enriquecimiento sin causa...”, “...de naturaleza subsidiaria, establecida y estatuida para garantizar el acceso efectivo a la administración de justicia con miras a que se restablezca el equilibrio patrimonial entre dos sujetos de derecho, a causa de la ocurrencia de un enriquecimiento injustificado a favor de uno de ellos”<sup>114</sup>.

De la bibliografía consultada, me parece que el análisis efectuado por Jorge Joaquín Llambias, Patricio Raffo Benegas y Rafael A. Sassot, respecto a la naturaleza y fundamento de la actio de in rem verso, es la más acertada, y la que en resumen me permito referirme<sup>115</sup>:

- a) Ven en la equidad el fundamento de la actio de in rem verso, haciendo la observación de que ella no basta en todos los casos para que se produzca un enriquecimiento sin

---

<sup>112</sup> Álvarez Caperochipe, José Antonio, *El Enriquecimiento sin Causa*, Tercera Edición, Granada – España: Comares, 1993, p. 16, Impreso.

<sup>113</sup> López Mesa, Marcelo J., [citado 3-10-2015], *El enriquecimiento sin causa en el derecho actual*, La Coruña. Disponible en Internet: [ruc.udc.es/bitstream/2183/7517/1/AD\\_13\\_art\\_18.pdf](http://ruc.udc.es/bitstream/2183/7517/1/AD_13_art_18.pdf).

<sup>114</sup> Arias Fonseca, Jaime Luis, [citado 15-08-2015], *El enriquecimiento sin causa o injustificado y la acción in rem verso en materia de responsabilidad estatal por realización de obras, prestación de servicios y suministro de bienes sin contrato estatal*, Colombia. Disponible en Internet: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/oaiart?codigo=4919271>.

<sup>115</sup> Llambias, Jorge Joaquín, Raffo Banegas, Patricio & Sassot, Rafael A., *Manual de Derecho Civil - Obligaciones*. Undécima Edición, Buenos Aires - Argentina: Perrot, 1997, p. 748-749. Impreso.

causa. Por otro lado, señalan que la equidad, en este caso, únicamente genera una obligación natural y no civil.

- b) Muestran su opinión favorable a la tesis de Aubry y Rau, por medio del denominado sistema de la asimilación a la reivindicación, en el que se determina que la actio de in rem verso es “la facultad de reclamar, por medio de una acción personal la restitución de los objetos o valores aportados al patrimonio”<sup>116</sup>, bajo las siguientes consideraciones:
- i. De tratarse de bienes o cosas determinadas, el reintegro puede hacerse vía la acción de reivindicación; y,
  - ii. Cuando el provecho ya no es posible ser restituido en el mismo bien o cosa, señala “la ley sustituye por vía de subrogación real la acción de reivindicación por la acción de in rem verso”<sup>117</sup>.

En lo referente a la actio de in rem verso dentro del ámbito de la contratación pública, los criterios respecto a sus antecedentes, naturaleza y fundamentos son prácticamente los mismos que se dan para en el campo del derecho civil, salvo determinadas circunstancias que Jaime Orlando Santoformo, nos las explica y refiere bajo las siguientes consideraciones<sup>118</sup>:

- a) La actio de in rem verso, como acción encaminada a obtener la reparación por enriquecimiento sin causa, no cabe si no se ha celebrado el contrato respectivo, en los casos que la ley así lo exigen para su formalización, pues, constituye elemento de la misma, el que no se vulnere o contraría una norma

En nuestro caso, se debe considerar lo que establece el numeral 4 del artículo 68 de la LOSNCP, cuando se señala que son requisitos para la formalización del contrato, el

---

<sup>116</sup> Llambias, Jorge Joaquín, Raffo Banegas, Patricio & Sassot, Rafael A., Manual de Derecho Civil - Obligaciones. Undécima Edición, Buenos Aires - Argentina: Perrot, 1997, p. 749. Impreso.

<sup>117</sup> Llambias, Jorge Joaquín, Raffo Banegas, Patricio & Sassot, Rafael A., Manual de Derecho Civil - Obligaciones. Undécima Edición, Buenos Aires - Argentina: Perrot, 1997, p. 749. Impreso.

<sup>118</sup> Santofomio, Jaime Orlando, Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado, Bogotá - Colombia, 2013, Colombia, p. 343, Impreso.

haberse observando el debido proceso y los requisitos constantes en la Ley y su Reglamento de aplicación.

- b) Las normas que regulan la contratación pública son de orden público e imperativas, por lo tanto, no pueden ser modificadas, inobservadas o derogadas por interés de las partes.
- a) Quienes pretenden ser proveedores del Estado, al igual que la propia entidad contratante, están en el deber jurídico y moral de acatar las disposiciones contenidas en la Ley, reglamentos y más normativa afín, sí que sea aceptable la excusa de la ignorancia legal para su inobservancia.
- b) Sobre la buena fe que debe primar en la contratación pública, se señala que, quien alega la misma, como precedente del enriquecimiento si causa, debe considerar que este principio debe imperar en todo el proceso de contratación; esto es, en todas las fases y etapas a las que nos referimos en el Capítulo I de este trabajo.

Sobre el particular, anota el autor citado, que la buena fe a la que se hace referencia, es la objetiva, ya que, la subjetiva “es un estado de convencimiento o creencia de estar actuando conforme a derecho, que es propia de las situaciones posesorias, y que resulta impropia en materia de las distintas fases negociales”<sup>119</sup>, pues, lo relevante concluye “no es la creencia o el convencimiento del sujeto sino su efectivo y real comportamiento ajustado al ordenamiento y a los postulados de la lealtad y la corrección, en lo que se conoce como buena fe objetiva”<sup>120</sup>, o en términos constantes en la sentencia emitida mediante Resolución No. 266-2001, publicada en el Registro Oficial N° 417, del 21 de septiembre de 2001 “la buena fe no es una actitud pasiva de las partes, sino una actitud que exige de ellas la debida diligencia y cuidado en la celebración de los contratos para ajustar sus actos a los principios de honradez y equidad”<sup>121</sup>.

Finalmente se concluye, al igual que Santoformo, indicando que la buena fe objetiva, no sólo tiene su base en una determinada norma positiva, sino que su base sobre todo está

---

<sup>119</sup> Santofomio, Jaime Orlando, Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado, Bogotá - Colombia, 2013, Colombia, p. 343, Impreso.

<sup>120</sup> Santofomio, Jaime Orlando, Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado, Bogotá - Colombia, 2013, Colombia, p. 343, Impreso.

<sup>121</sup> Resolución No. 266-2001, publicada en el Registro Oficial N° 417, del 21 de septiembre de 2001. Ecuador. Impreso.

en los principios y valores jurídicos superiores, como son el interés general sobre el particular, el correcto uso de los recursos públicos, la igualdad para acceder al trabajo, la libertad de empresa y la iniciativa privada<sup>122</sup>. En nuestro caso, los principios que animan la contratación pública, entre otros, de modo que los procesos sean transparentes, que las prestaciones sean adecuada y técnicamente cumplidas, buscando la tan anhelada seguridad jurídica y democratización que se buscó al haberse dictada la LOSNCP y su Reglamento de aplicación.

### **3.1.5. Jurisprudencia y pronunciamientos en el derecho comparado.**

En este acápite, realizaremos una revisión de la jurisprudencia, y pronunciamientos emitidos por las entidades de control, respecto a la actio de in rem verso en el ámbito administrativo, adelantándonos en señalar que es en Colombia en donde se ha hecho un verdadero estudio del tema tratado, en tanto que, en nuestro país, son los pronunciamientos emitidos por la Procuraduría General del Estado los que han servido para resolver los problemas que se han presentado en las entidades públicas, por la omisión de los procedimientos que la ley regula para la contratación pública.

#### **a) España**

Las sentencias que analizaremos son aquellas emitidas por los máximos órganos de justicia dentro de los procedimientos contenciosos, y que específicamente se refieren al enriquecimiento sin causa y la actio de in rem verso, producto de algunas prestaciones hechas a favor de las entidades públicas<sup>123</sup>.

La primera sentencia en ser analizada es la emitida por el Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Contencioso con sede en Valladolid, mediante Resolución N° 707/2015 del 24 de abril de 2015, en donde se analiza el reclamo efectuado por un ejecutor de obras a favor del Ayuntamiento de Chozas de Abajo (León), planteándose como excepción por parte del ente público de que, las obras cuyo pago se exige, no están respaldadas por los

---

<sup>122</sup> Santofomio, Jaime Orlando, Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado, Bogotá - Colombia, 2013, Colombia, p. 343, Impreso.

<sup>123</sup> Buscador de Jurisprudencia: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>. Citado: [citado 20-10-2015].

respectivos procedimientos y expedientes de contratación, así como, tampoco consta que las mismas hayan sido presupuestadas, salvo una única obra que se acepta ha sido ejecutada previa autorización.

En su parte motiva, el Tribunal determina que, aplicando el criterio ya consolidado en España, de que si bien, no se ha efectuado el procedimiento que la ley establece para la formación de un contrato administrativo, ello no es una limitante para que se desestime el reclamo efectuado contra la entidad pública, siendo su sustento la doctrina de construcción jurisprudencial sobre el enriquecimiento injusto, tanto más, que no se ha negado por parte del beneficiario que la obra ejecutada le ha reportado beneficio patrimonial, siendo este motivo causa suficiente para el ejercicio de la acción in rem verso<sup>124</sup>.

La segunda sentencia en ser revisada, es la tomada por el Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Contencioso con sede en Madrid, mediante Resolución N° 995/2014 del 2 de julio de 2015, en el que se solventa el problema suscitado por la prestación de servicios de depósito de efectos judiciales, vehículos y embarcaciones, en la comarca del campo de Gibraltar, siendo la entidad pública reclamada la Junta de Andalucía.

En este caso, si bien el Tribunal acepta que la entidad pública no puede beneficiarse por las prestaciones recibidas, a pesar de no haberse respetado el procedimiento de contratación pública, también expresa que “el desequilibrio ha de estar constituido por prestaciones del particular que no se deban a su propia iniciativa ni revelen una voluntad maliciosa del mismo, sino que tengan su origen en hechos, dimanantes de la Administración pública, que hayan generado razonablemente en ese particular la creencia de que le incumbía un deber de colaboración con dicha Administración”; además haciendo alusión a otra resolución (sentencia 24 de julio de 1992, recurso de apelación 4011/1990) señala “sin perjuicio de la eventual responsabilidad de las autoridades y funcionarios de un Ayuntamiento que contrató de forma ilegal unas obras de pavimentación, se ha aceptado

---

<sup>124</sup> Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Contencioso con sede en Valladolid, mediante Resolución N° 707/2015 del 24 de abril de 2015. España.

deberían ser pagadas para no producir enriquecimiento injusto del Ayuntamiento, contrario a la justicia distributiva y a la necesidad de restablecerla”<sup>125</sup>.

Finalmente, se revisa la sentencia tomada por el Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Contencioso con sede en Valladolid, mediante Resolución N° 939/2014 del 7 de mayo de 2015, en donde se analiza el reclamo efectuado por un ejecutor de obras a favor del Ayuntamiento de Tordesillas, en el que se analiza la pretensión de un ejecutor de una obra artística para que la entidad pública le reconozca la prestación dada, y en la que se esgrimió, de parte del organismo estatal la inexistencia de un contrato, en razón de haberse omitido el procedimiento de contratación.

Pese a lo manifestado por la entidad demandada, el Tribunal expresa que, el haberse omitido el procedimiento administrativo para la formación del contrato, no importa que no exista una obligación pendiente de pago, resultando por ello procedente la acción de restitución por enriquecimiento sin causa, y que está destinada a “corregir situaciones de total desequilibrio, en relaciones que, carentes de ropaje jurídico, materialmente han existido produciendo beneficios concretos en una de las partes, a costa de la otra. Con ello se originan unos efectos sin causa - enriquecimiento y empobrecimiento- al no venir respaldados por las formas exigidas en el régimen administrativo. Mas estos efectos, sin causa, por la forma, se convierten en determinantes de la causa que los corrige y repara”<sup>126</sup>, y que por ende “los defectos formales en la contratación tienen que ceder ante las exigencias del principio que prohíbe el enriquecimiento injusto o sin causa”<sup>127</sup>.

Esta última sentencia, trae un importante aporte a través del voto particular o voto salvado de uno de los magistrados del Tribunal, quien sostiene que, cuando una entidad pública realiza un encargo, este debe ser expresa y proceder de un funcionario competente, debidamente detallada por medio de un documento oficial, siendo esta una prueba objetiva para demostrar la existencia de un acto administrativo con efectos vinculantes, y que, en

---

<sup>125</sup> Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Contencioso con sede en Madrid, mediante Resolución N° 995/2014 del 2 de julio de 2015. Impreso.

<sup>126</sup> Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Contencioso con sede en Madrid, mediante Resolución N° 995/2014 del 2 de julio de 2015. Impreso.

<sup>127</sup> Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Contencioso con sede en Madrid, mediante Resolución N° 995/2014 del 2 de julio de 2015. Impreso.

casos límites, podría aceptarse la orden verbal, cuando la misma quede acreditada por testimonios presenciales y bajo garantías de imparcialidad, bajo estas consideraciones indica que “no cabe y desde la perspectiva de la legislación administrativa (procedimiento administrativo común o procedimiento de contratación) o desde la que ofrece la legislación local sobre hacienda y presupuestos la posibilidad de un encargo tácito en tanto que actuación comprensiva de un acto administrativo con efectos vinculantes y apto para generar obligaciones”<sup>128</sup>.

En lo que se refiere al enriquecimiento sin causa en el ámbito público, se señala en el voto particular que, dicha teoría está destinada únicamente a restituir el valor del empobrecimiento, siendo improcedente con la acción la percepción de otros valores, como utilidades, intereses, multas y cualquier otro valor que no corresponda al resarcimiento o restitución de los valores reclamado. Agrega que el enriquecimiento injusto constituye un mecanismo que para su existencia requiere “un aumento del patrimonio o una ausencia de procedente disminución del mismo, en relación al demandado; un empobrecimiento del actor representado por un daño positivo o por un lucro frustrado; y la inexistencia de una justa causa, entendiéndose como causa justa, aquella situación jurídica que autoriza al beneficiario de un bien a recibirlo, sea porque existe una expresa disposición legal en ese sentido, o sea porque se ha dado un negocio jurídico válido y eficaz que así lo determina”<sup>129</sup>.

Como conclusión de las sentencias revisadas, se podría señalar que, en el ámbito del derecho administrativo en España, aquellas obligaciones que han sido realizadas sin el proceso que la ley establece para su formación y suscripción, no constituyen un impedimento u óbice para que sean reconocidas bajo el principio del enriquecimiento sin causa, mediante la restitución o in rem verso, siempre y cuando se configuren los presupuestos que la jurisprudencia ha establecido para su reconocimiento, para lo cual, obviamente, se deberá hacer un estudio pormenorizado y objetivo de cada caso, necesitándose adicionalmente un acto administrativo o prueba por escrito de que la administración pública requirió las prestación de los servicios, ejecución de obra o suministro de bienes.

---

<sup>128</sup> Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Contencioso con sede en Valladolid, mediante Resolución N° 939/2014 del 7 de mayo de 2015. Impreso.

<sup>129</sup> Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Contencioso con sede en Valladolid, mediante Resolución N° 939/2014 del 7 de mayo de 2015. Impreso.

**b) Perú**

De la investigación y documentación a la cual se ha podido tener acceso, se podría señalar que en el Perú, existe básicamente un único pronunciamiento tomado por el Tribunal de Contrataciones, mediante Resolución N° 176/2004.TC-SU, de fecha 5 de mayo del 2004, y en base de la cual las entidades públicas en general, han emitido sus resoluciones administrativas para justificar la acción de restitución, producto del enriquecimiento sin causa, pero sobre todo, dicha decisión ha sido base para los pronunciamientos que el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, como organismo técnico veedor de la contratación pública en el Perú ha tomado. La resolución en su parte fundamental, señala “nos encontramos frente a una situación de hecho, en la que ha habido – aún sin contrato válido – un conjunto de prestaciones de una parte debidamente aceptadas - y utilizadas por la otra, hecho que no puede ser soslayado para efectos civiles”<sup>130</sup>, “el ordenamiento jurídico nacional no ampara en modo alguno el enriquecimiento sin causa. En efecto, no habiéndose suscrito el contrato correspondiente, no ha existido fundamento legal ni causa justa para dicha atribución patrimonial que sustente el enriquecimiento indebido en el que ha incurrido la Entidad”<sup>131</sup>.

Complementando la mentada resolución, el OSCE señala en sus múltiples pronunciamientos que, para que prospere el enriquecimiento sin causa, vía la actio de in rem verso en el ámbito administrativo, es necesario que concurren las siguientes circunstancias:

1. La entidad pública debe haberse beneficiado y el prestatario empobrecido;
2. Debe existir un nexo de causalidad entre el enriquecimiento que obtiene la Entidad y el empobrecimiento de quien realizó las prestaciones; y,
3. No debe existir una causa jurídica para este desplazamiento patrimonial.

Bajo estas circunstancias se señala que, quien se sienta perjudicado con el empobrecimiento está en la facultad de ejercer la actio de in rem verso, a efectos de ser restituido, tanto en su patrimonio, como en el pago de indemnizaciones e intereses, estándole

---

<sup>130</sup> Tribunal de Contrataciones, Resolución N° 176/2004.TC-SU, de fecha 5 de mayo del 2004. Perú. Impreso.

<sup>131</sup> Tribunal de Contrataciones, Resolución N° 176/2004.TC-SU, de fecha 5 de mayo del 2004. Perú. Impreso.

facultado a la entidad pública, decidir si reconocerá el valor de las prestaciones de manera directa, o esperar que el prestatario interponga la acción por enriquecimiento sin causa.<sup>132</sup>

De lo analizado, queda claro que en Perú se reconoce la acción de enriquecimiento sin causa de parte del prestatario empobrecido, en contra del Estado, que ve acrecentado su patrimonio en razón de haber recibido la ejecución de una obra, prestación de servicios o ha suministrado bienes sin el respaldo de un proceso previo de contratación pública, y, por ende, sin que se haya suscrito un contrato, siempre que se justifiquen los requisitos que se anotan en los pronunciamientos del OSCE.

Finalmente, la novedad que se presenta en el Perú es, el reconocimiento de indemnizaciones e intereses a favor del perjudicado, lo que dista de los criterios doctrinarios y jurisprudenciales de otros países, que ven a la acción de in rem verso como una acción restitutoria del perjuicio producido en el patrimonio, y más no de carácter indemnizatorio.

### **c) Colombia**

Como ya se había adelantado de alguna manera, es en Colombia, dentro de los países de Sudamérica, en que se ha desarrollado ampliamente el enriquecimiento sin causa y la acción de in rem verso, pudiéndose observar que en ese trajinar doctrinario y jurisprudencial, los criterios no han sido uniformes, encontrándose opiniones a favor y en contra; por ello, y para los fines de nuestro trabajo nos centraremos a revisar aquella resolución judicial que unificó los criterios jurisprudenciales.

La sentencia de referencia es la emitida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, N° 73001-23-31-000-2000-03075-01(24897), del 19 de noviembre del 2012, cuya causa, es el reclamo de pago planteado en contra del Municipio de Melgar; y su finalidad, unificar la jurisprudencia respecto del enriquecimiento sin causa y de acción de in rem verso, por haberse celebrado contratos verbales para la ejecución de tres obras viales. Otro aspecto por el cual la resolución merece ser analizada, es que, hace un verdadero estudio de la historia y doctrina respecto al

---

<sup>132</sup> OSCE, Opinión N° 067-2012/DTN, del 30 de mayo de 2012. Perú. Impreso.

enriquecimiento sin causa y la actio in rem verso, siendo una verdadera fuente de consulta y respuestas, pudiendo resaltarse las siguientes consideraciones<sup>133</sup>:

- a) Luego del análisis histórico y doctrinal, el Tribunal señala que, la actio de in rem verso, es una institución jurídica independiente y autónoma, pues, para su aplicación no debía contarse con otra acción destinada a obtener la restitución o reposición patrimonial.
- b) La actio de in rem verso, actualmente, es distinta a la concepción romana, en donde se la concebía como un medio que se pretendía por medio de las denominadas condictios, es decir, para aquellas que siempre tenían una causa.
- c) El antecedente de la actio de in rem verso, es el enriquecimiento sin causa, por lo que, sólo supone la restitución del valor del enriquecimiento.
- d) Ampliando el criterio emitido por la Corte Suprema de Justicia Colombia, se determinan los elementos de la actio de in rem verso:
  - i. Que exista un enriquecimiento;
  - ii. Que exista correlativamente un empobrecimiento;
  - iii. La inexistencia de una causa que justifique el desequilibrio patrimonial;
  - iv. La carencia de una acción específica que permitiera la restitución; y,
  - v. No procede cuando con ella se pretende eludir una disposición imperativa de la ley, cuyo sustento está en el principio de legalidad que implica que, nadie puede aspirar obtener más de lo que la ley faculta.
- e) En el ámbito de la contratación pública, se indica que el enriquecimiento sin causa y la actio de in rem verso, no podrían ser invocados para el reclamo por la ejecución de obras, prestación de servicios o suministro de bienes, si tales prestaciones no devienen de un contrato debidamente celebrado, en consideración de la solemnidad que la ley exige para su formación y perfeccionamiento, siendo esta una condición que no se puede omitir, salvo aquellos de urgencia o emergencia que sean debidamente acreditadas.

---

<sup>133</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, N° 73001-23-31-000-2000-03075-01(24897), del 19 de noviembre del 2012. Colombia. Impreso.

- f) La buena fe contractual no debe ser de índole subjetiva, es decir, no puede ser base de la actio de in rem verso, una perspectiva o mera presunción de las partes de que su actuar está apegado a derecho. De lo que se requiere es, la buena fe objetiva, que importa la integración de los actos con las normas imperativas correspondientes.
- g) Lo único que se puede pedir a través de la actio de in rem verso es la reposición del monto del enriquecimiento.
- h) El enriquecimiento sin causa, se señala, no procede cuando con él pretende evadirse una norma positiva, como es la obligación de que los contratos públicos deben ser el resultado de un proceso previo de contratación, siendo improcedente que se exija el cumplimiento de pago, con sustento en la ley y sus principios, cuando se han omitido otros semejantes, lo que a su vez implicaría que prevalezca el interés particular sobre el general.
- i) A más de las excepciones que pudiesen presentarse por emergencia o urgencia, el enriquecimiento sin causa, también podría devenir cuando existan pruebas determinantes de que la administración pública, obligó o constriñó al prestatario la ejecución de un contrato, un servicio o suministro de bienes.

Finalmente se señala que, bajo las consideraciones anotadas, obviamente con el análisis y rigurosidad doctrinaria que constan de la propia sentencia, se revocó la sentencia que previamente había sido favorable al empobrecido, pues, se estimó que el enriquecimiento sin causa, no puede pretenderse cuando se han desconocido o eludido normas imperativas.

### **3.2. DEL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO:**

#### **3.2.1. Nociones generales.**

Previamente a enunciar unas breves nociones del procedimiento contencioso administrativo, haciendo una revisión de aquellos conceptos que nos permitan tener una idea cabal de este medio procesal, es menester iniciar señalando que actualmente se encuentra vigente la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, publicada en el Registro

Oficial N° 338 del 18 de marzo de 1968; sin embargo, conforme consta en la Disposición Derogatoria Tercera del Código Orgánico General de Procesos – COGEP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 506, del 22 de mayo de 2015, la primera de las normas perderá vigencia el 22 de mayo de 2016, pues, así lo dispone la Disposición Final Segunda del COGEP, al disponer “el Código Orgánico General de Procesos entrará en vigencia luego de transcurridos doce meses, contados a partir de su publicación en el Registro Oficial”; por lo que, para una mejor comprensión haremos uso de algunos gráficos comparativos.

Hecha la justificación, iniciamos señalando que para Agustín Gordillo, existe confusión en entre lo que se conoce como contencioso administrativo y el derecho procesal administrativo, y por ello, citando a Bosch señala que la expresión “contencioso administrativo es errada si se pretende hablar de jurisdicción o de proceso, porque ambos vocablos ya indican, de por sí, que estamos en presencia de una actividad de naturaleza jurisdiccional”<sup>134</sup>, y así por ejemplo, resultaría poco agradable hablar de contencioso civil o contencioso penal, proceso contencioso laboral, por lo que, considera adecuado usar la frase derecho procesal administrativo.

Bajo este panorama, Roberto Dromi define al proceso administrativo, como “el medio por el cual se controla jurisdiccionalmente a la Administración, para dar satisfacción jurídica a las pretensiones de los administrados, afectados en sus derechos por el obrar público ilegítimo”<sup>135</sup>.

Por su parte, en el Diccionario Jurídico Mexicano, se señala que contencioso administrativo es “el procedimiento que se sigue ante un tribunal u organismo jurisdiccional, situado dentro del poder ejecutivo o del judicial, con el objeto de resolver de manera imparcial las controversias entre los particulares y la administración pública”<sup>136</sup>.

En un concepto más elaborado, el Diccionario Jurídico Omeba, señala que lo contencioso administrativo “estudia, ordena y prevé las relaciones entre la administración y

---

<sup>134</sup> Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo - La defensa del usuario y del administrado Tomo II, Octava Edición. Buenos Aires – Argentina: Fundación de Derecho Administrativo, 2006, p. XIII-5. Impreso.

<sup>135</sup> Dromi, Roberto, [citado 17-07-2015], Derecho Administrativo, Buenos Aires – Argentina. Disponible en Internet: <https://www.scribd.com/doc/204181459/Tratado-de-Derecho-Administrativo-Roberto-Dromi>.

<sup>136</sup> Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, Universidad Nacional Autónoma de México, 1983. Tomo III C – CH, México., p. 286. Impreso.

los administrados, contemplando las garantías que la ley acuerda a estos últimos mediante el poder otorgado a los jueces para juzgar a la administración, en su faz práctica, estas garantías se hacen valer en un recurso, acción o litigio trabado entre el individuo y la administración como consecuencia de la violación de un derecho o interés legítimo”<sup>137</sup>.

### 3.2.2. Condiciones.

Para poder determinar si las prestaciones, ya sea, al amparo de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa o del COGEP, reúnen las condiciones necesarias para que a través de ellas se inicie una acción de reparación por enriquecimiento sin causa, debemos partir del hecho de que el artículo 1 y siguientes de la primera ley citada, y el artículo 326 y subsiguientes de la segunda, determinan que el recurso contencioso administrativo puede interponerse en contra de aquellos reglamentos, actos, hechos y resoluciones administrativas, que tomadas por las entidades públicas, causen estado, y vulneren un derecho o interés directo del demandante; así como, en contra de resoluciones administrativas que lesionen derechos particulares establecidos o reconocidos por una ley, cuando tales resoluciones hayan sido adoptadas como consecuencia de alguna disposición de carácter general, si con esta se infringe la ley en la cual se originan aquellos derechos.

Para ello, se han establecido dos tipos de recursos:

- a) El recurso de plena jurisdicción o subjetivo que ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata;
- b) El recurso de anulación, objetivo o por exceso de poder que tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo, y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando al Tribunal la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal.

---

<sup>137</sup> Diccionario Jurídico Omeba, CD-ROM.

De lo anotado, quedará claro que únicamente en los casos de que los reglamentos, actos hechos y resoluciones administrativas, lesionen objetiva o subjetivamente los derechos particulares de las personas, puede interponerse un recurso contencioso administrativo; es decir, que para el caso nuestra investigación, no sería procedente utilizar este medio para buscar reponer el empobrecimiento sufrido, toda vez que, como se ha hecho énfasis en toda esta investigación, por medio de la referencia doctrinaria, legal y jurisprudencial, al haberse omitido los procedimientos que la LOSNCP su Reglamento de aplicación y más normas pertinentes, no existe en sí, ningún tipo de acto administrativo o hecho, tanto más, si se considera que las órdenes o requerimientos se los ha efectuado, la mayoría de las veces de manera verbal.

En el caso de que se hubiesen emitido requerimientos por escrito, sea mediante memorandos, oficios, hojas de ruta o similares, estas tampoco constituyen un acto administrativo positivo capaz de generar obligaciones y justificar omisiones, así lo señala, en su análisis, la Resolución N° 291-2006-RA, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 218 del 23 de noviembre del 2007, emitido por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, cuando expresa “evidentemente no existe acto administrativo alguno que haya generado derechos, el memorando al que se refiere el accionante, le creó la expectativa...”, “...pero no generó derecho alguno a favor de este, pues se trataba de un acto de simple administración, que nunca generó derechos subjetivos”<sup>138</sup>.

Respecto al acto administrativo, la sentencia emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la extinta Corte Suprema de Justicia, mediante Resolución N° 407, publicada en el Registro Oficial N° 050, del 28 de marzo de 2003, señala que, si bien los actos administrativos se pueden exteriorizar por medio de acuerdos, resoluciones, decisiones, decretos, disposiciones, órdenes, autorizaciones, permisos, entre otros, estos deben sujetarse al principio de legalidad, que debe primar en todo estado de derecho.

Debemos agregar, citando al tratadista español Eduardo García de Enterría, de que “el acto administrativo nace como una expresión necesaria de una potestad que es lo que

---

<sup>138</sup> Resolución N° 291-2006-RA, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 218, del 23 de noviembre del 2007. Ecuador. Impreso.

conecta el acto a la legalidad y lo funcionaliza de una manera peculiar en el seno de la misma<sup>139</sup>; en tal circunstancia, los actos administrativos al ser expedidos deberían sujetarse y expresar las potestades concedidas dentro del ordenamiento jurídico, lo contrario implicaría, que el acto no naciera al no existir una disposición legal que la autorice y prevea, y concluye indicando “el acto administrativo se diferencia sustancialmente del negocio jurídico privado por cuanto es esencialmente típico desde el punto de vista legal, nominado, no obedece a ningún genérico principio de autonomía de voluntad, sino exclusivamente a la previsión de la ley”<sup>139</sup>, cuya sanción se expresa con la nulidad del acto.

En lo referente al hecho administrativo, la Resolución N° 140, publicada en el Registro Oficial N° 644 del 20 de agosto del 2002, emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la extinta Corte Suprema de Justicia R.O. 644, 20-VIII-2002, citando a Agustín Gordillo, establece que, no sería adecuado concederle al hecho administrativo un certeza jurídica, pues, constituye una mera actuación material, tal es así, de que no es capaz de generar consecuencias jurídicas, pues, sus efectos son débiles. Se señala igualmente que el hecho, no goza de la presunción de legitimidad; esto es, no existe norma positiva que le otorgue tal característica, y por ende se concluye que el administrado no está obligado a su cumplimiento, existiendo una sanción de índole administrativa para el funcionario que lo requirió<sup>140</sup>.

Queda claro entonces que, de no mediar un acto administrativo debidamente emitido, no sería procedente plantear un reclamo ante lo contencioso administrativo, por medio de la actio de in rem verso, en razón del enriquecimiento sin causa que podrían haber obtenido una entidad pública cuando ha recibido prestaciones sin el respaldo contractual, previo los trámites que la LOSNCP y más normas pertinentes exigen.

Por otro lado, se debe tener presente que distinto es el caso de que el proveedor cuente con la resolución de adjudicación, lo que tampoco importa, en algunos casos, la autorización para que se den las prestaciones, en este caso, lo que se podrá intentar es el pago por daños y perjuicios, o recurrir ante el contencioso administrativo para exigir, en base de la

---

<sup>139</sup> Resolución N° 407, publicada en el Registro Oficial N° 050, del 28 de marzo de 2003. Ecuador. Impreso.

<sup>140</sup> Resolución N° 140, publicada en el Registro Oficial N° 644 del 20 de agosto del 2002. Ecuador. Impreso.

adjudicación, se conmine a la suscripción del contrato respectivo. Así mismo, diferente es el caso de que se haya suscrito un convenio de pago, que será analizado posteriormente.

Para concluir, otro caso que podría presentarse es de que el prestatario empobrecido patrimonialmente, haya hecho requerimientos de pago a la entidad contratante, y no los haya atendido oportunamente, operando el denominado silencio administrativo positivo, conforme lo establece el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado<sup>141</sup>; sin embargo, se deberá tener presente que el mismo –silencio administrativo- no tiene efecto ipso facto, sino que requiere de una declaración previa, así se señala en la Resolución N° 291-2006-RA, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 218 del 23 de noviembre del 2007, cuando indica que “no produce efectos mecánicos y automáticos, sino que debe accionarse su ejecución ante el órgano jurisdiccional respectivo y dentro del término que la ley le franquea, pues se trata de un derecho autónomo”<sup>142</sup>, que “nada tiene que ver con los hechos o circunstancias administrativas anteriores a su origen; y en esa acción de ejecución, bien puede ocurrir que la petición que no fue atendida en el término señalado por la ley, no sea de competencia de la autoridad a quien ha dirigido la petición o contenga pretensiones o aspiraciones absurdas o contrarias a derecho, en cuyo caso, su ejecución será negada”<sup>143</sup>.

### 3.2.3. Procedimiento.

Para determinar el procedimiento en lo contencioso, ya sea bajo la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa o del COGEP, haremos uso de los siguientes gráficos<sup>144</sup>:

---

<sup>141</sup> Art. 28.- Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto. En ningún órgano administrativo se suspenderá la tramitación ni se negará la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados. En todos los casos vencido el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta en favor del reclamante.

<sup>142</sup> Resolución N° 291-2006-RA, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 218 del 23 de noviembre del 2007. Ecuador. Impreso.

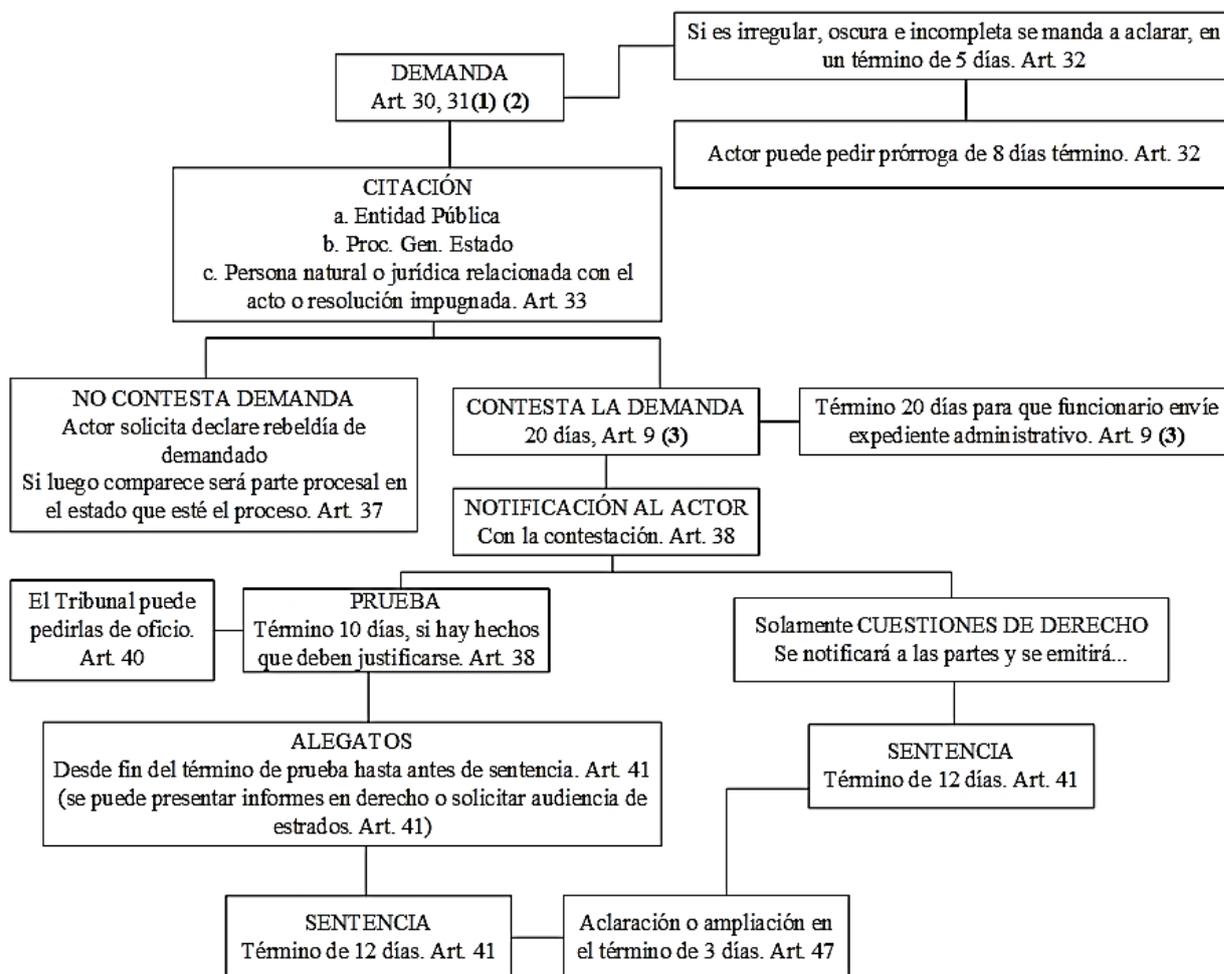
<sup>143</sup> Resolución N° 291-2006-RA, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 218 del 23 de noviembre del 2007. Ecuador. Impreso.

<sup>144</sup> <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoadministrativo/2010/02/25/el-juicio-contencioso-administrativo>. [citado 22-10-2015].

Fuentes:

<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoadministrativo/2010/02/25/el-juicio-contencioso-administrativo>, Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA)



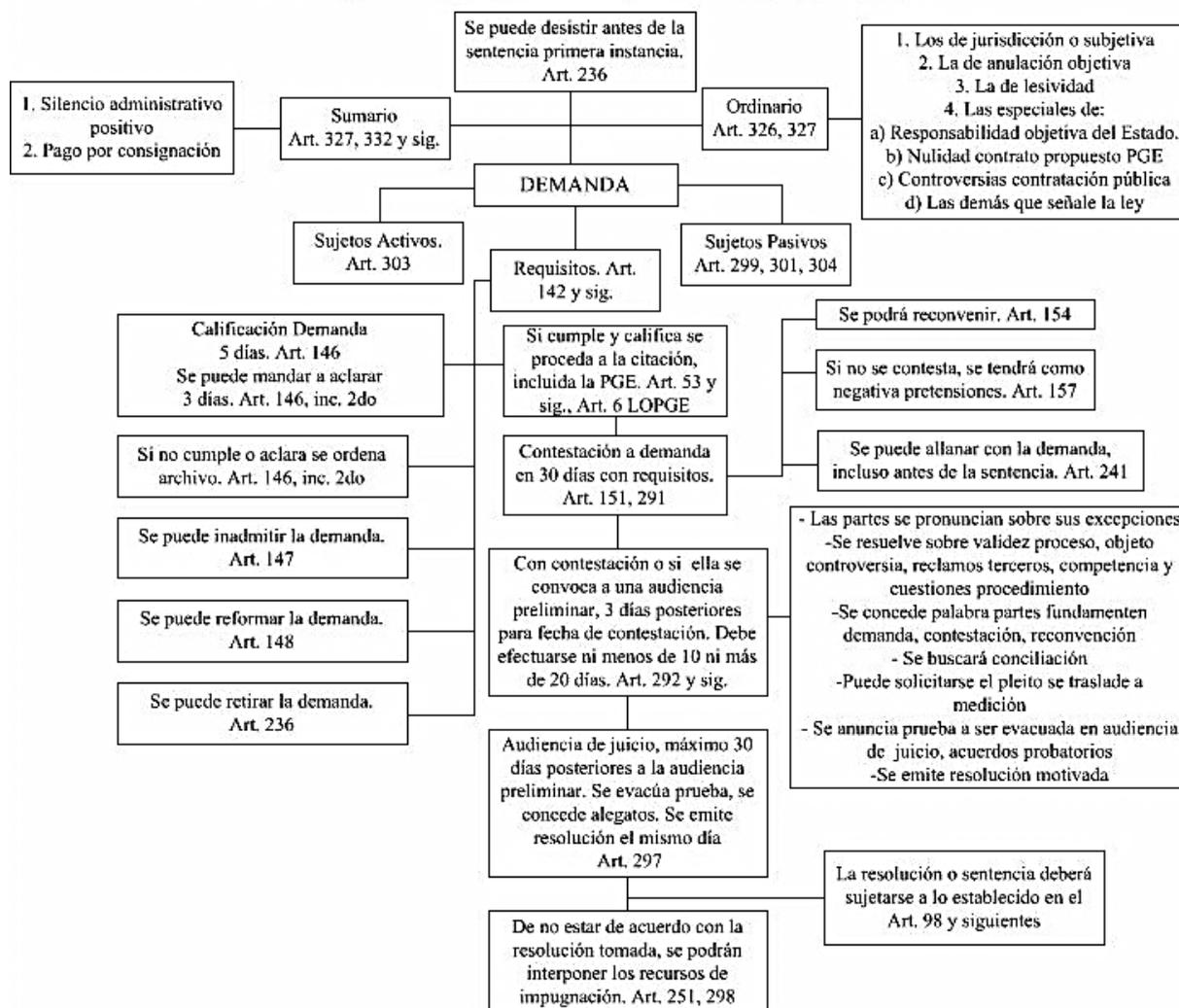
NOTAS

- (1) Se deberá hacer constar la cuantía (CPC es supletorio)
- (2) La demanda se la planteará en el domicilio del administrado. Art. 38 Ley de Modernización
- (3) Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado

- El actor podrá desistir de la acción hasta antes de que se dicte sentencia. Art. 50
- El demandado podrá allanarse. Art. 53, 54.
- Abandono de instancia por "inacción" del actor durante un año, desde la última diligencia practicada. Art. 57
- Las acciones para demandar en temas de plena jurisdicción o subjetivo prescriben en 90 días. Art. 65
- Las acciones para plantear el recurso objetivo o nulidad prescriben en 3 años. Art. 65 inciso 2do

Fuente: COGEP.

TRÁMITE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SEGÚN COGEP



- Notas:
- El abandono de la causa se produce transcurrido 80 días consecutivos desde la última providencia, Art. 245
  - Cuando se requiera la apelación de una providencia, con relación a intereses patrimoniales del Estado, podrá interponerlo los intervinientes y también la PGE, Art. 250
  - La apelación deberá ser fundamentada por escrito dentro de 10 días de notificada la sentencia, Art. 257
  - En las controversias en las que participen las entidades del sector público, como demandado, la competencia radicará en el lugar del domicilio de la o del actor. Siendo actor, la competencia se fijará en el domicilio del demandado, Art. 299
  - La autoridad pública competente o su delegado, podrán designar al defensor que intervenga como patrocinador de la defensa de los intereses de la autoridad demandada, hasta la terminación de la causa, o ser sustituido, Art. 305
  - En el artículo 306 se determinan los tipos de acción que pueden ser interpuestas en contra de las entidades públicas.
  - En los procesos contencioso administrativos, se incluirá en la demanda copia de la resolución, acto administrativo, contrato o disposición impugnados, con la razón de notificación y la relación circunstanciada del acto o hecho impugnado, Art. 308
  - A la contestación a la demanda obligatoriamente se adjuntarán copias certificadas de la resolución o acto impugnado y el expediente original que sirvió de antecedente y que se halle en el archivo de la dependencia a su cargo, Art. 309
  - No se aceptan como medio de prueba la declaración de parte de los servidores públicos, y los informes de las autoridades demandadas por disposición legal, sobre la controversia no se considerarán declaración de parte, Art. 310
  - De declararse en sentencia la responsabilidad de los servidores públicos en el desempeño de sus cargos, se ordenará el inicio del proceso de repetición, quienes tendrán responsabilidad solidaria hasta la solución total de la obligación, Art. 328
  - A petición de parte, se podrá en el auto inicial, suspender el acto administrativo, si es que está debidamente justificado. Ello no implica decisión anticipada. Posteriormente podrá revocarse la medida de considerarlo pertinente, Art. 330

### **3.3. DEL CONVENIO DE PAGO:**

#### **3.3.1. Nociones Generales.**

Los denominados convenios de pago en el ámbito administrativo, son la fórmula para solucionar el problema del enriquecimiento sin causa, cuando las entidades públicas han recibido prestaciones sin el respaldo de un contrato, siendo una concepción que esencialmente ha sido desarrollada por medio de los reiterados pronunciamientos emitidos por la Procuraduría General del Estado, ante las consultas planteadas por múltiples entidades estatales, que han buscado, en las absoluciones de es este organismo de control, solución a las omisiones legales en las que ellas mismas han incurrido al no respetar el ordenamiento jurídico para la contratación pública que.

Como se pudo observar en el pequeño historial que se hizo en el primer capítulo sobre la evolución de la contratación pública en el Ecuador, han existido desde hace décadas, siendo más bien, a criterio personal, la ineficiencia de los servidores públicos, intereses creados, entre otros, los que han provocado tales inconvenientes, y que incluso, los considero inaceptables en las actuales épocas, en donde, el desarrollo de la tecnología brindan un soporte fundamental para llevar los procesos de contratación pública adecuadamente.

Respecto a los pronunciamientos, es necesario señalar que los mismos deben ser considerados en dos etapas, la primera cuando estuvo vigente la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control – LOAFYC, y la segunda, al entrar en vigencia toda la estructura jurídica que implicó la expedición de la Constitución del año 2008.

En esta primera etapa, como nos lo refiere Efraín Pérez, los pronunciamientos, sugerían el pago por el enriquecimiento sin causa basados en los principios de la ética, la equidad, y la buena fe en el desarrollo de la contratación pública<sup>145</sup>, pues, como se señaló en uno de los acápites de este trabajo, en nuestro país no existía, ni existe una norma que se refiera en el ámbito administrativo, ya sea el cuasicontrato, el enriquecimiento sin causa y la

---

<sup>145</sup> Pérez, Efraín, [citado 13-08-2015]. Derecho Administrativo II. Quito - Ecuador. Formato Word. Disponible en Internet: Index. Temas de Investigación. <http://www.estade.org/>.

actio de in rem verso, tal era la situación, que solo posteriormente se consideró, en los pronunciamientos emitidos por la PGE, lo establecido en la Constitución Política de la República del Ecuador, en el numeral 23 del artículo 17, respecto a la libertad de contratación y de que ninguna persona puede ser obligada a realizar un trabajo gratuito o forzoso<sup>146</sup>.

Otra norma, a la que siempre se referían los pronunciamientos, eran los artículos 56, 57 y 58 de la LOAFYC, en donde se establecía que, las asignaciones presupuestarias quedaban comprometidas al momento de que la autoridad competente, previo acto administrativo, haya decidido adquirir de terceros bienes o servicios, o les encargue la realización de obras, subsistiendo dicho compromiso hasta el cumplimiento de las prestaciones encargadas, pues, la obligación se habría generado y producido efectos, cuando se recibían de terceros obras, bienes o servicios adquiridos, haya habido o no compromiso previo, para lo cual, debía contarse obligatoriamente con la respectiva asignación presupuestaria, en la que exista el suficiente saldo para el pago completo de la obligación.

Es decir, que conforme lo señala Efraín Pérez, según el imperio de la LOAFYC y los pronunciamientos que a su tiempo la PGE emitió, los elementos y condiciones para el pago de las prestaciones no contratadas, se requería: Compromiso previo, disponibilidad presupuestaria suficiente, la disponibilidad presupuestaria debía haber constado asignada en el respectivo presupuesto, era necesario el requerimiento y recepción de las prestaciones, el requerimiento debía provenir de la autoridad competente, el requerimiento debía haberse efectuado por medio de un acto administrativo válido, y establecerse la procedencia del pago.

Respecto a la segunda etapa, esto es, a partir de la vigencia de la Constitución de la República del Ecuador, será analizada a continuación.

### **3.3.2. Pronunciamientos de la Procuraduría General del Estado.**

Es evidente que, a partir de la expedición de la actual Constitución a partir del año 2008, la legislación ha experimentado cambios trascendentales, no siendo la excepción

---

<sup>146</sup> Pérez, Efraín, [citado 13-08-2015]. Derecho Administrativo II. Quito - Ecuador. Formato Word. Disponible en Internet: Index. Temas de Investigación. <http://www.estade.org/>.

aquellas normas que rigen la contratación pública, a la cual se ha pretendiendo dotarle de transparencia, igualdad, trato justo, por citar algunos de los principios que ya fueron revisados en el primer capítulo de esta investigación, por ello, es que los pronunciamientos de la PGE, han variado, aunque no trascendentalmente respecto al pago de las obligaciones sin el respaldo contractual, y a los cuales podemos tener acceso, ya no sólo del extracto, sino en su integridad gracias a las herramientas de consulta implementadas por el PGE en el link [http://aron.pge.gob.ec:7780/servicios/consultas.principal\\_palabra](http://aron.pge.gob.ec:7780/servicios/consultas.principal_palabra).

Si se hace una breve revisión de los pronunciamientos, pero medio del link señalado, se observará que, el problema de la existencia de las obligaciones sin el respaldo contractual, no sólo proviene de entidades públicas “pequeñas”, sino que corresponde a una “tara” a todo nivel, tanto más, si se considera que el convenio de pago, conforme lo establece la PGE, no constituye autorización de pago. Lo que, si se deja constancia y considero fundamental, es la responsabilidad a la que pudiesen verse avocados los servidores públicos, que por su omisión o negligencia permitieron contraer una obligación sin respaldo contractual.

Si en la primera etapa, a la que nos referimos anteriormente, se tenía como base normativa principal de los pronunciamientos emitidos a la derogada LOAFYC, ahora se los hacen en razón de las disposiciones constantes en el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas y la propia Constitución.

Para el análisis que corresponde en este punto, nos referiremos al pronunciamiento emitido mediante oficio N° 05605, del 26 de diciembre de 2011, ante la consulta formulada por la Dra. Johana Pesántez Benítez-Ministra de Justicia, Derechos Humanos y Cultos de ese entonces, pues, su contenido y análisis ha sido referido en posteriores dictámenes.

La consulta planteada a la PGE, es la siguiente “¿Es el convenio de pago la vía jurídica para extinguir las obligaciones surgidas por obras ejecutadas, servicios prestados o bienes recibidos de terceros, sin que haya precedido a dicha ejecución, prestación o entrega un acto administrativo válido dictado por autoridad competente?; y, ¿cuál es el procedimiento que se debe observar para suscribir dicho convenio de pago?”; esto en virtud de que se han recibido varias prestaciones, como la ejecución de obras, suministro de bienes

y servicios, sin que exista un contrato debidamente celebrado, y en los que además se han omitido los procedimientos que la LOSNCP, su Reglamento de aplicación y más resoluciones del INCOP, hoy SERCOP han establecido, siendo responsabilidad de la entidad que realiza la consulta, el pronunciarse sobre el tema objeto de duda, adjuntándose el criterio del departamento jurídico.

El caso en análisis, nace de la consulta que el Ministerio Justicia, Derechos Humanos y Cultos, efectuó señalando que, si bien no se han seguido los procesos que las normas de la materia ordenan, las prestaciones han sido cumplidas, debiendo, sobre la base de los principios de equidad y buena fe, el cancelar los valores adeudados, lo cual debería plasmarse por medio de un mecanismo lícito.

La Procuraduría General del Estado, previo a emitir su pronunciamiento hace un análisis de la contratación pública en el Ecuador, en similares términos a los que hemos hecho relación en la parte pertinente de este trabajo, concluyendo la PGE, de que efectivamente se ha omitido los procedimientos legales de contratación en todas sus etapas.

Continuando en su revisión jurídica que justifique la suscripción del convenio de pago, la PGE hace alusión a la libertad de trabajo y de que nadie será obligado a realizar trabajos gratuitos o forzosos, así mismo, se destaca el contenido de los artículos 115, 116, 117 y 178 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que se refieren a la necesidad de que previo a asumir una obligación se requiere la certificación presupuestaria, el establecimiento de compromisos, la forma en que se generan las obligaciones que causan afectación presupuestaria, y la sanción que implica el haber contrariado compromisos sin la respectiva certificación de fondos.

Bajo los argumentos jurídicos constantes en el párrafo anterior, la PGE llega a la conclusión de que es procedente la suscripción de un convenio, como una vía jurídica para que se puedan cumplir las obligaciones contraídas por las entidades públicas sin que cuenten con el respaldo de un contrato, al haberse omitido lo que la LOSNCP, Reglamento de aplicación y normas afines ordenan. Aclara así mismo la PGE, que el convenio de pago es una figura que se aplica por excepción, cuando “circunstancias ajenas a la voluntad o

decisión de las autoridades competentes de la entidad, debidamente justificadas, no hubiere sido posible celebrar un contrato observando todas las formalidades previas”<sup>147</sup>, y que “corresponde a la Auditoría Interna de la entidad a su cargo así como a la Contraloría General del Estado determinar las eventuales responsabilidades de los funcionarios y servidores por las acciones u omisiones en los casos que motivan su consulta”<sup>148</sup>.

### **3.3.3. Condiciones y procedimiento.**

Las condiciones y procedimiento que deben proceder para la suscripción de un convenio, las encontramos en oficio N° 05605, del 26 de diciembre de 2011, en el consta el pronunciamiento que fue revisado en el punto anterior; así tenemos<sup>149</sup>:

- a) Que haya existido la necesidad respecto a las prestaciones cuyas obligaciones se pretenden solventar, lo cual debe estar sustentado en un informe técnico que esté ajustado dentro de los planes operativos de la entidad contratante.
- b) Con el propósito de evitar posibles perjuicios económicos al Estado, se deberá verificar que los precios en los que fueron acordadas las prestaciones son lo que fueron acordados al momento en que fueron requeridos, lo cual, obviamente constará en el informe técnico, e implica que sólo se deberá cancelarse el valor del enriquecimiento sin causa, sin ningún otro adicional, por ejemplo, intereses, reajuste de precios, entre otros similares.
- c) Debe existir un expedientillo con toda la documentación que justifique que las prestaciones fueron recibidas a satisfacción de la entidad pública, sugiriéndose se deje subsistente la responsabilidad de quien ejecutó la obra, prestó los servicios o suministro los bienes, respecto a los vicios ocultos, mala ejecución de las obras u otros similares.
- d) Verificarse que las prestaciones fueron en beneficio directo de las entidades públicas o para el cumplimiento de las competencias que la ley les ha atribuido.
- e) Contándose con los informes técnicos y justificativos indicados, se deberá requerir a la máxima autoridad o su delegado en el ámbito de sus competencias la

---

<sup>147</sup> PGE, pronunciamiento emitido mediante oficio N° 05605, del 26 de diciembre de 2011. Ecuador. Impreso.

<sup>148</sup> PGE, pronunciamiento emitido mediante oficio N° 05605, del 26 de diciembre de 2011. Ecuador. Impreso.

<sup>149</sup> PGE, pronunciamiento emitido mediante oficio N° 05605, del 26 de diciembre de 2011. Ecuador. Impreso.

autorización de pago, que será trasladada al área financiera para que ejecute la orden de pago.

### **3.3.4. Objeciones al pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado.**

Si bien los pronunciamientos de la Procuraduría General del Estado, conforme lo establece el artículo 13 de la Ley Orgánica de la PGE, tienen el carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de las normas constitucionales, legales o de otro orden jurídico, ello creemos, no es obstáculo para hacer las siguientes observaciones que, si bien no pretenden desvirtuarlos, si buscan que tengamos otra perspectiva, partiendo de las mismas normas en las que se fundó y las condiciones que han sido fijadas en el dictamen constante en el oficio N° 05605, del 26 de diciembre de 2011, aún más, cuando sólo se han transcrito las disposiciones legales sin que se explique su pertinencia, lo que incluso podría entenderse como falta de motivación.

- a) El primer artículo que se cita para fundar la procedencia del convenio de pago es el artículo 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, en el cual se establece la obligación de contarse con la certificación presupuestaria para poder contraer compromisos, celebrar contratos, autorizar o contraer obligaciones, so pena, conforme lo establece el artículo 178 de la norma *Ibidem*, de ser objeto de destitución.

La norma es clara, tanto más, si en el Plan Anual de Contrataciones, es donde se establecen las necesidades de las entidades públicas, se determina el presupuesto referencial, se destinan los recursos suficientes para solventar las prestaciones a favor de los proveedores y se establecen los períodos para la contratación; por ello, no es adecuado que la PGE, señale que el convenio de pago procede ante “circunstancias ajenas a la voluntad o decisión de las autoridades competentes de la entidad, debidamente justificadas, no hubiere sido posible celebrar un contrato observando todas las formalidades previas”<sup>150</sup>, pues, se entiende que ya todo estaba programado, es más, si se requiere se puede reformar el PAC, la distribución

---

<sup>150</sup> PGE, pronunciamiento emitido mediante oficio N° 05605, del 26 de diciembre de 2011. Ecuador. Impreso.

presupuestaria y el presupuesto mismo, si no estaba programado y constituye una prestación con apremio se puede usar la figura de la ínfima cuantía, dentro de los parámetros que la norma prevé, y si se trata de una emergencia o para prevenirla, se tiene la facultad para la declaratoria de emergencia. Lo importante es efectuar un presupuesto ajustado a las necesidades institucionales y respetar el PAC.

- b) El siguiente artículo es el 116 de la norma *Ibidem*, donde se establece que “los créditos presupuestarios quedarán comprometidos en el momento en que la autoridad competente, mediante acto administrativo expreso, decida la realización de los gastos, con o sin contraprestación cumplida o por cumplir y siempre que exista la respectiva certificación presupuestaria. En ningún caso se adquirirán compromisos para una finalidad distinta a la prevista en el respectivo presupuesto.

El compromiso subsistirá hasta que las obras se realicen, los bienes se entreguen o los servicios se presten. En tanto no sea exigible la obligación para adquisiciones nacionales e internacionales, se podrá anular total o parcialmente el compromiso”.

De la norma citada, la PGE ha tenido la precaución de subrayar la frase “mediante acto administrativo”, obviamente emitida por autoridad competente. Esto nos lleva a determinar que, si el acto ha sido tomado por otro servidor público que carezca de la investidura señalada, no tendría efecto alguno siendo, por ende, improcedente el convenio de pago.

Por otro lado, se debería entender que el acto administrativo al cual se hace referencia, debería ser aquel por medio del cual se autoriza el inicio del procedimiento de contratación que de acuerdo a la naturaleza corresponda, siendo este el momento preciso en donde quedan comprometidos los créditos, y por ello el segundo inciso tiene aplicación, pues, dependerá del resultado del proceso de contratación que el compromiso siga subsistente, ya que, por ejemplo, de haberse declarado desierto un proceso y ordenado su archivo por no ser necesaria la prestación, se podrá anular total o parcialmente el compromiso, reformarse el presupuesto, entre otros.

Si por acto administrativo, se entiende un memorando, un oficio, u otro documento expreso, en el que conste el requerimiento de la prestación sin que se haya llevado un proceso de contratación previo, si bien justificaría el convenio de pago, sobre todo constituiría prueba plena del incumplimiento de la ley de parte de la máxima autoridad, y donde tampoco cabría el argumento de “circunstancias ajenas a la voluntad o decisión de las autoridades competentes”, pues, el crédito presupuestario es, aquella asignación individualizada de gasto que consta en los presupuestos aprobados de las unidades ejecutoras; así lo define el numeral 2.4.3.2 del Acuerdo N° 447, en donde constan los principios del sistema de administración financiera, las normas técnicas de presupuesto, el clasificador presupuestario de ingresos y gastos, los principios y normas técnicas de contabilidad gubernamental, el catálogo general de cuentas y las normas técnicas de tesorería para su aplicación obligatoria en todas las entidades, organismos, fondos y proyectos que integran el sector público no financiero<sup>151</sup>; y, como ya se indicó, el plan anual de contrataciones forma parte de la estructura del presupuesto de una entidad pública, desglosado e individualizado.

En base a la norma revisada, se puede concluir que, el convenio de pago no cabe cuando se han emitido órdenes verbales, ya que la norma exige un acto administrativo expreso que, dicho sea de paso, debe estar debidamente motivado conforme lo establece el literal I del artículo 76 de la Constitución cuando establece “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 considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados”.

---

<sup>151</sup> Acuerdo N° 447, publicado en el Suplemento del Registro Oficial N° 259 del 24 de enero del 2008.

- c) En lo referente a lo dispuesto al artículo 117 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, se establece que “la obligación se genera y produce afectación presupuestaria definitiva en los siguientes casos” “...2. Cuando se reciban de terceros obras, bienes o servicios adquiridos por autoridad competente, mediante acto administrativo válido, haya habido o no compromiso previo...”, “...el registro de obligaciones deberá ser justificado para el numeral 1 y además comprobado para el numeral 2 con los documentos auténticos respectivos. Para estos efectos, se entenderá por documentos justificativos, los que determinan un compromiso presupuestario y, por documentos comprobatorios, los que demuestren la entrega de las obras, los bienes o servicios contratados”.

Según Efraín Pérez, la frase “haya habido o no compromiso previo”, “no significa que se puede comprometer una asignación presupuestaria verbalmente, sino que en el acto administrativo puede no establecerse la obligación pecuniaria, señalándose únicamente el objeto del encargo<sup>152</sup>”, por otro lado, se dice que el registro de las obligaciones deberá ser acreditado mediante documentos que demuestren la entrega de las obras, los bienes o servicios contratados; esto, para efectos contables y control, pero sólo de aquellos provenientes de contratos y no por otro medio, por lo que estimamos, no aplica para los denominados convenios de pago.

- d) Finalmente, se señala como fundamento del pronunciamiento, lo establecido en el numeral 17 del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador, cuando se indica “El derecho a la libertad de trabajo. Nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso, salvo los casos que determine la ley”.

El artículo referido, contempla dos circunstancias que deben ser analizadas individualmente.

- i. El derecho a libertad de trabajo, como concepto lo encontramos en el artículo 3 del Código de Trabajo que señala “el trabajador es libre para dedicar su

---

<sup>152</sup> Pérez, Efraín, [citado 13-08-2015]. Derecho Administrativo II. Quito - Ecuador. Formato Word. Disponible en Internet: Index. Temas de Investigación. <http://www.estade.org/>.

esfuerzo a la labor lícita que a bien tenga”, “nadie estará obligado a trabajar sino mediante un contrato”; en otras palabras, es una atribución intrínseca de una persona para obligarse frente a otra, y ejecutar una prestación libremente escogida, y que no esté prohibida en ley.

Bajo esta concepción, cabe la pregunta ¿el que se haya contratado sin respetar los procedimientos que la ley establece, dentro de la contratación pública, en qué afecta la libertad contractual del trabajador?, sinceramente, creo que, en nada, por lo contrario, esa omisión afecta a un sinnúmero de personas que buscan trabajo para solventar sus mínimas necesidades, que están dispuestas a respetar el ordenamiento jurídico.

Se podrá decir que, si bien no se ha respetado el ordenamiento jurídico, no se están prestando servicios ilícitos, si es verdad, pero también es ilegal e injusto, afectando la buena fe, la equidad y los principios que rigen la contratación pública.

- ii. La segunda parte señala que, nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso, en este caso, será necesario que se prueba que el afectado fue coaccionado a ejecutar una obra, a prestar un servicio o suministrar un bien por parte de un servidor público, que como se señaló, debe ostentar la calidad de máxima autoridad.

En este caso “obligación” implica fuerza, y como tal, según lo define Alfredo Barros Errazuris, es un vicio del consentimiento, entendido como “el medio que se usa, sin derecho, contra alguna persona para obligarla a consentir contra su voluntad en un acto jurídico...<sup>153</sup>”, “...no es indispensable que la violencia sea material o de hecho: basta el miedo o la intimidación, cuando

---

<sup>153</sup> Barros Errazuris, Alfredo, Curso de Derecho Civil, Cuarta Edición, Volumen III, Santiago – Chile: Editorial Nascimento, 1932, p. 27. Impreso.

se inspira a uno de los contratantes el justo temor<sup>154</sup>”, esta situación sería causa de nulidad relativa; sin embargo, debemos tener presente que los contratos sujetos a la LOSNCP y más normas similares, son eminentemente solemnes, ya que, “El consentimiento de los contratantes debe manifestarse o exteriorizarse mediante la observancia de las formas legales. El cumplimiento de determinadas formas se justifica por diversos motivos. Pone a las partes a cubierto de un malentendido, atrae su atención acerca de la gravedad del contrato que concluyen y les suministra una prueba preconstituida en caso de controversia”<sup>155</sup>.

### **3.4. DE LA MEDIACIÓN COMO VÍA PARA SOLUCIONAR LOS CUASICONTRATOS ADMINISTRATIVOS.**

#### **3.4.1. Nociones generales y conceptos de mediación.**

Antes de conceptualizar la mediación, es necesario hacer una breve introducción general respecto a los medios alternativos de solución de conflictos, y someramente, determinar para el objeto de nuestra investigación, por qué corresponde uno de ellos y no otro.

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico podría decirse que existen básicamente tres formas alternativas para solventar las diferencias que pudiesen presentarse, a lo que se han llegado a denominar materias transigibles, y que pueden ser divididos en dos grupos; el primero, de carácter procesal o jurisdiccional, integrado por la conciliación; y, el segundo, extrajudicial, comprendiendo la mediación y el arbitraje:

- a) **Conciliación:** Este método es esencialmente de índole procesal, y que, según el vigente Código de Procedimiento Civil, serían la junta de conciliación y la audiencia

---

<sup>154</sup> Barros Errazuris, Alfredo, Curso de Derecho Civil, Cuarta Edición, Volumen III, Santiago – Chile: Editorial Nascimento, 1932, p. 27. Impreso.

<sup>155</sup> Meza Barros, Ramón, Manual de Derecho Civil – Las Fuentes de las Obligaciones. Tomo I. Octava Edición. Santiago – Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1995, p. 17 -18. Impreso.

de conciliación; sin embargo, cuando entre en vigencia el COGEP, dichas diligencias desaparecen, y será en la audiencia preliminar o de juicio, en donde, el juez busque entre las partes un acuerdo conciliatorio, o incluso antes de que se dicte la sentencia. Otra forma prevista es la transacción, conforme lo establecen en sus artículos 233, 234 y 235.

Al respecto Osvaldo Gozaíni, sostiene que conciliación procesal es “la pacificación provocada por el activismo judicial sobre la base de la audiencia fue y es un mecanismo dirigido a atenuar ánimos exacerbados, evitando la prolongación de un pleito que tiene respuestas anticipadas sin necesidad de obtenerlas de la sentencia definitiva”<sup>156</sup>.

Dentro del proceso de investigación y consulta, no se ha podido encontrar jurisprudencia relativa en que se haya reclamado el enriquecimiento sin causa a una entidad pública, por haber recibido prestaciones sin el respaldo contractual, por medio de uno de los procedimientos comunes, bajo esta premisa, quizá la vía adecuada pudo haber sido la ordinaria, conforme lo establece el artículo 59 del Código de Procedimiento Civil, al señalar “Toda controversia judicial que, según la ley, no tiene un procedimiento especial se ventilará en juicio ordinario”, o cuando entre en vigencia el COGEP, al amparo de lo dispuesto del artículo 289 que señala “Se tramitarán por el procedimiento ordinario todas aquellas pretensiones que no tengan previsto un trámite especial para su sustanciación”.

Otra situación que pudo haber influido, es de que, al tratarse de un juicio en contra de una entidad pública, se entendió que debía haberse planteado el requerimiento al amparo de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, sobre el cual ya planteamos algunas objeciones; y, finalmente, otro aspecto que pudo haber influenciado son los pronunciamientos emitido por la PGE, sobre los cuales también ya nos referimos.

- b) **Mediación y Arbitraje:** Estos medios de solución alternativa de conflictos, en nuestra legislación, están reguladas por la Ley de Arbitraje y Mediación, publicada en el Registro Oficial N° 417 del 14 de diciembre del 2006.

---

<sup>156</sup> Gozaíni, Osvaldo A., Formas Alternativas para la Resolución de Conflictos. Buenos Aires – Argentina: Ediciones Depalma, 1995, p. 47. Impreso.

Sobre estos medios de solución de conflictos extrajudiciales, podríamos indicar que sus antecedentes, están directamente relacionados con los conflictos que se presentaron en la tramitación de los juicios, pues, la sobrecarga de causas que llegó a colapsar el sistema judicial, ya que, aquellos términos para el cumplimiento de una determinada diligencia o para emitir una sentencia, difícilmente o casi nunca eran cumplidos, siendo necesario adoptar sistemas que brinden una mayor eficiencia y celeridad para atender los requerimientos de quienes estaban inmersos que un conflicto judicial y básicamente prevenirlos.

En lo que hace referencia al arbitraje, el artículo 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación, establece:

“El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias”.

Sobre este tema, Osvaldo A. Gozaíni, sostiene que “de todas las instituciones descritas, el arbitraje es el que mayor aproximación tiene con el modelo adversarial del litigio común. Puede definírsele como un método o técnica por el cual se trata de resolver extrajudicialmente las diferencias que intercedan en las relaciones entre dos o más partes, a cuyo fin se acuerda la intervención de un tercero (o tribunal) para que los resuelva”<sup>157</sup>.

Sobre la utilidad de este medio para solucionar el enriquecimiento sin causa de las entidades públicas y que provengan de prestaciones sin el respaldo contractual, creo que al revisarse lo establecido en el artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación, queda claro que no es procedente, ya que es necesario se cumplan los siguientes requisitos, so pena de declaratoria de nulidad del convenio arbitral:

---

<sup>157</sup> Gozaíni, Osvaldo A., Formas Alternativas para la Resolución de Conflictos. Buenos Aires – Argentina: Ediciones Depalma, 1995, p. 17. Impreso.

a) Pactar un convenio arbitral, con anterioridad al surgimiento de la controversia; en caso de que se quisiera firmar el convenio una vez surgida la controversia, deberá consultarse al Procurador General del Estado, dictamen que será de obligatorio cumplimiento.

En el caso del cuasicontrato administrativo, ya no es posible pactar el convenio arbitral, pues, la controversia ya se ha presentado cuando se prescindieron de los procedimientos que la LOSNCP, su Reglamento de aplicación y normas pertinentes prevén.

b) La relación jurídica a la cual se refiere el convenio deberá ser de carácter contractual.

Como se había señalado, al haberse omitido los procedimientos de contratación, al estar dentro del derecho público y al ser eminentemente formal, no existe una relación contractual, sino cuasicontractual.

c) En el convenio arbitral deberá incluirse la forma de selección de los árbitros.

Al no haberse celebrado el convenio arbitral, mal puede haberse establecido la forma de designación de los árbitros.

d) El convenio arbitral, por medio del cual la institución del sector público renuncia a la jurisdicción ordinaria, deberá ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha institución.

Tampoco aplica este requisito, por lo manifestado anteriormente.

En lo concerniente a la mediación, como medio de alternativo de solución a las prestaciones sin el respaldo contractual en el ámbito público por haberse prescindido de los procedimientos legales, se han vertido las siguientes definiciones:

El artículo 43 de la Ley de Arbitraje y Mediación, la define, como “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 extra-judicial y definitivo, que ponga fin al conflicto”.

En el Manual Operativo del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado se considera a la mediación, como “un procedimiento voluntario, confidencial y flexible, para ayudar a que dos o más personas o instituciones, encuentre una solución satisfactoria a un conflicto, en forma no adversarial, regido por principios de equidad y honestidad, en el que interviene un tercer parcial llamado mediador”<sup>158</sup>.

Tomando como referencia a Jay Folberg y Alison Taylor, se podrían decir que, la mediación es un proceso destinado a eliminar el litigio, en la que los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, conocidos como mediadores, buscan aislar los conflictos entre las partes, con el propósito de encontrar opciones, considerar alternativas, que les permita llegar a un entendimiento mutuo que se ajuste a sus necesidades<sup>159</sup>.

Daniel J. Bustelo, considera que la mediación “es un proceso que permite apropiarse de sus conflictos a los actores para hacer algo con ellos, con independencia de que se llegue o no a un acuerdo que le ponga fin. No tiene una función educativa, aunque puede serlo; no tiene una función terapéutica, aunque puede serlo; y no tiene por función regular derechos y obligaciones, aunque también puede hacerlo”<sup>160</sup>.

### **3.4.2. Condiciones.**

En esta parte de la investigación determinaremos cuál es la condición principal para que proceda la mediación en todos los ámbitos, pero, sobre todo, buscaremos justificar el por qué este medio alternativo de solución de conflictos, es el procedimiento que parece ser

---

<sup>158</sup> Procuraduría General del Estado, Manual Operativo del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado. Quito – Ecuador, 2007, p. 2, Impreso.

<sup>159</sup> Folberg, Jay & Taylor, Alison. La Mediación – Resolución de Conflictos sin Litigio, Título Original: Mediation. A Comprehensive guide to resolving conflicts without litigation, Traducido por Beatriz e. Blanca Mendoza, México: Editorial Limusa, 1996, p. 27. Impreso.

<sup>160</sup> Bustelo, Daniel J., La Mediación – Claves para su comprensión y práctica, Madrid – España: Tritoma, 2009, p. 66. Impreso

idóneo para reconocer el cuasicontrato administrativo y solventar el enriquecimiento sin causa, dejando aclarado de antemano que, si bien el proceso es el de mediación, la vía por la cual se reclama en esencia sería la actio de in rem verso.

El artículo 190 de la Constitución de la República, establece “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”.

De la norma constitucional transcrita, así como, del contenido del artículo 43 de la Ley de Arbitraje y Mediación, la parte fundamental es cuando se señala que, la mediación aplica únicamente para aquellas circunstancias cuya “naturaleza se puede transigir”, siendo está, la única y principal condición. En lo referente al segundo inciso del artículo 190 de la Constitución, para el caso que nos ocupa, no es pertinente, ya que, el conflicto no deviene de un proceso de contratación formal y legalmente constituido.

Por lo anotado, ahora toca definir que se puede transigir o sobre qué cosas es posible llegar a una transacción, debiendo tener presente que de acuerdo a lo establecido en el artículo 2348 del Código Civil, la “transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual”, y que goza del carácter de cosa juzgada en última instancia, así lo determina el artículo 2362 de la norma *Ibidem*; así como, constituye uno de los modos de extinguir las obligaciones, tal cual lo señala el numeral 4 del artículo 1583 del C.C.

Sobre el carácter de cosa juzgada, se señala por algunos autores, que para que surta efectos la misma debe ser homologada en sede judicial, aunque eso no implica que no sea causa para la originar los resultados extintivos o declarativos que pretendía lograrse<sup>161</sup>.

---

<sup>161</sup> Llambias, Jorge Joaquín, Raffo Banegas, Patricio & Sassot, Rafael A., Manual de Derecho Civil - Obligaciones. Undécima Edición, Buenos Aires - Argentina: Perrot, 1997, p. 473. Impreso.

Sobre la transacción, y al ser el fundamento de la mediación, haremos un pequeño compendio de lo que implica este contrato, así tenemos que, para Alfredo Barros Errazuris, esta –la transacción- tiene el carácter de ser bilateral por que intervienen en su celebración dos partes que se obligan recíprocamente, y es consensual, ya que no está sujeta a formalidades especiales. En esencia, su objeto debe recaer sobre un hecho o cosa dudosa, y sobre la cual, las partes se disputan su derecho, respecto a su existencia o extensión. Es de índole oneroso - recíproco, ya que las partes deben hacerse concesiones mutuas, ya sea, que se den, retengan o prometan algo<sup>162</sup>, y, como modo de extinguir una obligación “es de gran utilidad social y merece los favores de la ley, porque recibiendo las partes voluntariamente la justicia, de sí mismas, de sus mutuas concesiones, se evitan los resentimientos que siempre producen los fallos judiciales, por más justos e imparciales que sean. Al ceder los interesados espontáneamente una parte de sus derechos, se extingue la discusión, se renueva la amistad y se consagran la paz y la armonía, tan convenientes para el buen orden de la sociedad”<sup>163</sup>.

En tanto que para Jorge Joaquín Llambias, Patricio Raffo Benegas y Rafael A. Sassot, la transacción “es un convenio específico, que se define por la finalidad que tiene y por los medios escogidos para alcanzarla: el fin es conseguir la certidumbre acerca de un derecho o relación jurídica pendiente; los medios son los sacrificios recíprocos que efectúan las partes para lograr aquel resultado, por lo que es dable concebir a la transacción como un intercambio de sacrificios o renunciamentos”<sup>164</sup>.

Respecto a los requisitos que se requieren para que la transacción surta efectos, tenemos<sup>165</sup>:

- a) Es un acuerdo o convenio al que llegan las partes, con el propósito de extinguir obligaciones acordadas por los contratantes.

---

<sup>162</sup> Barros Errazuris, Alfredo, Curso de Derecho Civil, Cuarta Edición, Volumen III, Santiago – Chile: Editorial Nascimento, 1932, p. 339 – 340. Impreso.

<sup>163</sup> Barros Errazuris, Alfredo, Curso de Derecho Civil, Cuarta Edición, Volumen III, Santiago – Chile: Editorial Nascimento, 1932, p. 340. Impreso.

<sup>164</sup> Llambias, Jorge Joaquín, Raffo Banegas, Patricio & Sassot, Rafael A., Manual de Derecho Civil - Obligaciones. Undécima Edición, Buenos Aires - Argentina: Perrot, 1997, p. 464. Impreso.

<sup>165</sup> Llambias, Jorge Joaquín, Raffo Banegas, Patricio & Sassot, Rafael A., Manual de Derecho Civil - Obligaciones. Undécima Edición, Buenos Aires - Argentina: Perrot, 1997, p. 465. Impreso.

- b) Deben hacerse concesiones recíprocas, pues, si sólo una de las partes hace una concesión, ello implicaría renuncia, más no transacción, sin que tenga trascendencia el monto de las mismas, ya que la ley no exige paridad o igualdad en su cuantía.
- c) El acuerdo transaccional debe recaer sobre obligaciones litigiosas o dudosas, ya que la finalidad está en que busca hacer cierta, o dejar fuera de conflicto, la incertidumbre de una obligación, que puede provenir, de una circunstancia objetiva si corresponde a obligaciones que pueden ser sometidas a un pronunciamiento, o de índole subjetivo, que provienen de aquellos compromisos dudosos, que han sido estimadas por las partes, aunque en efecto eso no correspondiera para un entendido en derecho.

De lo revisado, nos adelantaremos en señalar que la transacción, en gran parte, comparte y en esencia es lo que se busca solucionar mediante la mediación.

Ahora bien, nuestra legislación adolece de un defecto, y es que no define lo que se debe entender por materia transigible, y más bien toca, en algunos casos verificarlas por exclusión, así por ejemplo tenemos algunas de las circunstancias establecidas en el artículo 2349 del Código Civil, y que se refieren al estado civil de las personas, la que se obtiene por títulos o documentos falsos, las cosas que están fuera del comercio, las relativas a la patria potestad, los derechos de los trabajadores, entre otros.

Lo señalado en el ámbito civil, ahora dentro del ámbito administrativo, conforme se detalla en el Manual Operativo del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado, no se puede llegar a transigir: las potestades normativas, resolutoria determinadora, recaudadora, sancionadora, ni la potestad públicas constitucionalmente establecida para administrar el sistema electoral, legislar y juzgar, ejercer el patrocinio público, investigar delitos, controlar los bienes y recursos del estado, o de precautelar su seguridad interna y externa<sup>166</sup>.

---

<sup>166</sup> Procuraduría General del Estado, Manual Operativo del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado. Quito – Ecuador, 2007, p. 31, Impreso.

En este análisis, me permito transcribir algunas definiciones referentes a las materias transigibles en el ámbito público, que han sido recuperadas de los archivos digitales de la PGE, así tenemos<sup>167</sup>:

- a) Consejo de Estado Colombiano.- “[...] la legalidad de los actos administrativos no es transigible y, por tanto, no puede someterse a decisión de los árbitros; pero por el contrario, las causas y los efectos patrimoniales de los actos administrativos podrán someterse a decisión del juez arbitral siempre y cuando la controversia no sea consecuencia directa de la legalidad del acto administrativo del cual se deriva y que los actos administrativos que sirvan de fundamento a la acción no hayan sido dictados en uso de los poderes excepcionales de la Administración”. Revista Ecuatoriana de Arbitraje, Sobre las Materias Arbitrables en el Derecho Administrativo, Juan Pablo Aguilar.
- b) “Ninguna incompatibilidad puede alegarse respecto del arbitraje en el derecho administrativo tratándose de cuestiones puramente patrimoniales sobre las cuales puede haber transacción o renuncia. En el arbitraje se trata de examinar no la legitimidad de los actos administrativos sino y tan solo consecuencias patrimoniales”. Rafael Bielsa.
- c) La mediación que lleve a una transacción es factible en la administración pública siempre que se refiera a cuestiones patrimoniales y no a la legalidad de los actos administrativos (declaraciones unilaterales de voluntad).

En base de las disposiciones legales y los criterios doctrinarios invocados, queda en evidencia que, dentro del derecho público tiene total cabida y aplicación la mediación para solventar, vía transacción, aquellos inconvenientes de índole patrimonial que se presenten entre los particulares y las entidades públicas.

---

<sup>167</sup><http://www.pge.gob.ec/index.php/component/search/?searchword=mediaci%C3%B3n&searchphrase=all&limitstart=0>. [citado 23-10-2015].

Dentro del análisis y revisión que se ha hecho a lo largo de esta investigación, se podría sostener que, las prestaciones sin el respaldo contractual, es decir, los cuasicontratos administrativos, son eminentemente patrimoniales, y, por ende, son susceptibles de solventarlos vía mediación, esto no implica que, la responsabilidad de los servidores públicos se desvanezca y que sus actos queden en la impunidad, situación que será desarrollada a continuación.

### **3.4.3. Procedimiento.**

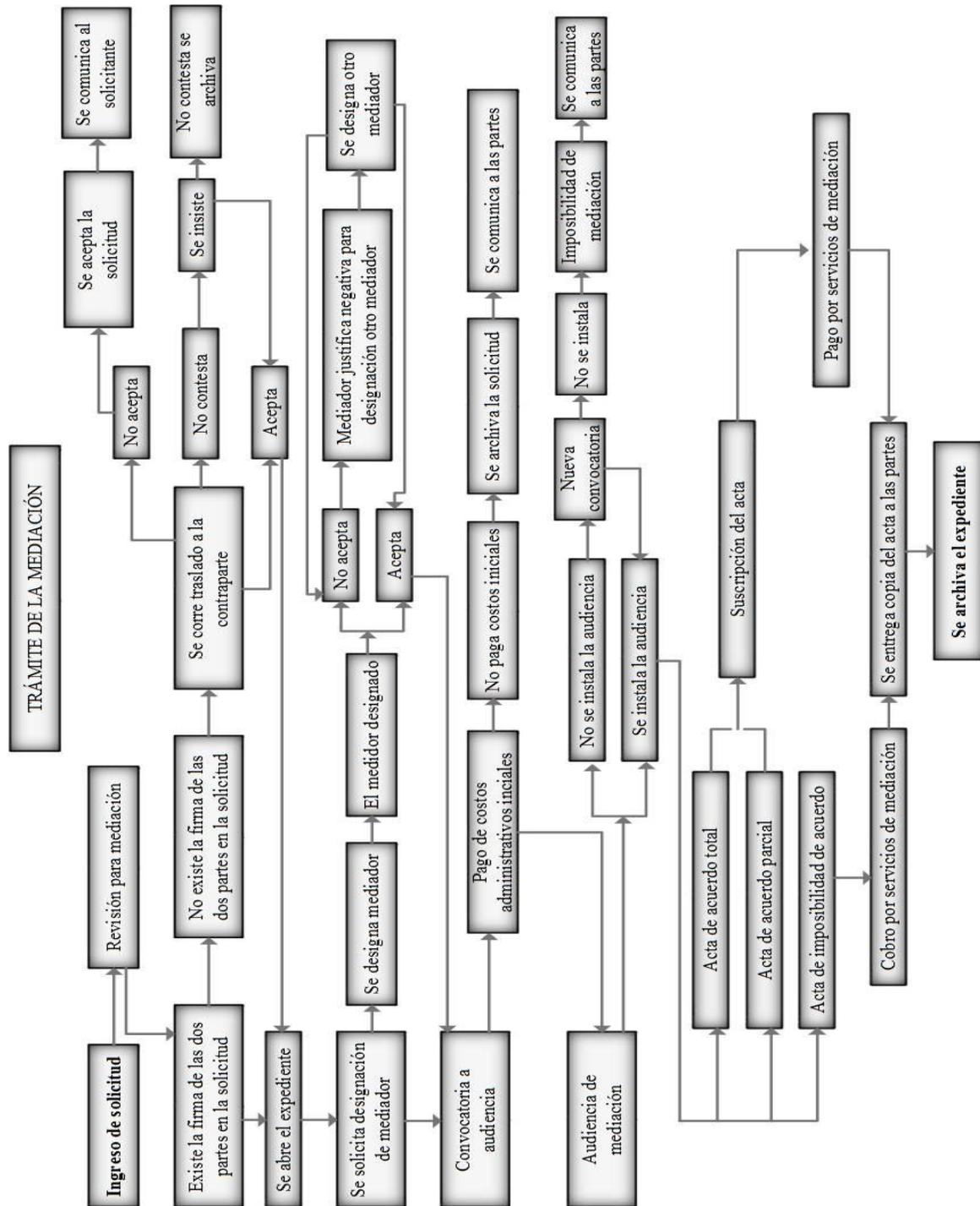
Para determinar el procedimiento nos basaremos en el flujograma facilitado en el Manual Operativo del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado, en la Ley de Arbitraje y Medición, debiendo aclararse que el esquema planteado es ejemplificativo, pues, cada Centro de Mediación, está facultado para, vía reglamento, fijar las demás condiciones necesarias para su funcionamiento, conforme lo establece su artículo 54<sup>168</sup>, debiendo adicionalmente considerar que el inciso cuarto del artículo 47 de la Ley de Mediación y Arbitraje, determina “El acta de mediación en que conste el acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía de apremio, sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la suscripción del acta de mediación.”

---

“Art. 54.- Los reglamentos de los centros de mediación deberán establecer por lo menos:

- a) La manera de formular las listas de mediadores y los requisitos que deben reunir, las causas de exclusión de ellas, los trámites de inscripción y forma de hacer su designación para cada caso;
- b) Tarifas de honorarios del mediador, de gastos administrativos y la forma de pago de éstos, sin perjuicio de que pueda establecerse la gratuidad del servicio;
- c) Forma de designar al director, sus funciones y facultades;
- d) Descripción del manejo administrativo de la mediación; y,
- e) Un código de ética de los mediadores.

Fuentes: Manual Operativo del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado, y Ley de Arbitraje y Mediación.



### **3.5. LA RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS.**

#### **3.5.1. Concepto de servidores públicos.**

Antes de facilitar algunos conceptos respecto a los servidores públicos, es pertinente hacer algunas consideraciones generales de lo que implica la responsabilidad en el ámbito de la contratación pública, así como, lo que al respecto determina nuestra legislación.

El artículo 233 de la Constitución de la República, establece “Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos”.

Los artículos 1 y 2 de Reglamento Sustitutivo de Responsabilidades, determinan que, en general todos los servidores públicos, al desempeñar sus labores están obligados a hacerlo con la misma diligencia y empeño que emplean en la administración de sus propios negocios y actividades, debiendo, en caso contrario, responder por sus acciones u omisiones, de conformidad con lo previsto en la ley, en atención a los deberes cometidos que les sean exigibles, de acuerdo con normas o estipulaciones legítimamente establecidas, el grado de poder de decisión, el grado de importancia del servicio público que se trata de llenar, y las consecuencias imputables del acto o de la omisión.

De las normas referidas, es evidente que los servidores públicos en general, están obligados y son responsables de acatar el ordenamiento jurídico en el desempeño de sus funciones, sin que exista, excusa alguna, mediante un acto administrativo debidamente motivado, que le haya impedido de actuar u omitir sin culpa, de allí, los deberes establecidos en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Servicio Público, referente al tema que nos ocupa.

“Deberes de las o los servidores públicos.- Son deberes de las y los servidores públicos:  
a) Respetar, cumplir y hacer cumplir la Constitución de la República, leyes, reglamentos y más disposiciones expedidas de acuerdo con la Ley;

- b) Cumplir personalmente con las obligaciones de su puesto, con solicitud, eficiencia, calidez, solidaridad y en función del bien colectivo, con la diligencia que emplean generalmente en la administración de sus propias actividades...;
- ...c) Cumplir y respetar las órdenes legítimas de los superiores jerárquicos. El servidor público podrá negarse, por escrito, a acatar las órdenes superiores que sean contrarias a la Constitución de la República y la Ley...;
- ...g) Elevar a conocimiento de su inmediato superior los hechos que puedan causar daño a la administración;
- h) Ejercer sus funciones con lealtad institucional, rectitud y buena fe. Sus actos deberán ajustarse a los objetivos propios de la institución en la que se desempeñe y administrar los recursos públicos con apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia, rindiendo cuentas de su gestión...;"

En lo que tiene que ver con la responsabilidad de los servidores públicos en sus funciones, se señala, ha sido definida, como:

- a) "Es que el Estado a través de sus dignatarios, autoridades, funcionarios o servidores públicos y terceros, se haga cargo de los efectos jurídicos que emanaron de sus actos u omisiones culposas o intencionales. Para librar su responsabilidad, tales sujetos deberán justificar su acto, es decir, que éste debe ser motivado"<sup>169</sup>.
- b) Miguel López Olvera, citando a José Lanz Cárdenas, señala que, "se puede entender, la respuesta del sujeto ante la infracción o violación de un deber establecido en una norma jurídica, ya sea voluntaria o involuntariamente, ora actos u omisiones, respuesta que debe traducirse en la imposición de una sanción y en el resarcimiento o reparación del daño causado a terceros"<sup>170</sup>.

Finalmente, las definiciones dadas para definir a aquellas personas que prestan sus servicios como servidores públicos, empleados públicos o agentes públicos, son:

<sup>169</sup>

[http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2003/16-tomo-1/16\\_Responsabilidades\\_de\\_Servidores\\_Publicos.pdf](http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2003/16-tomo-1/16_Responsabilidades_de_Servidores_Publicos.pdf). [citado 24-10-2015].

<sup>170</sup> López Olvera, Miguel Alejandro, *La Responsabilidad Administrativa de los Servidores Públicos en México*, Primera Edición, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2013., p. 35. Impreso.

- a) Constitución de la República del Ecuador: “Art. 229.- Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público”.

Igual definición la encontramos en el artículo 4 de la LOSEP.

- b) “Los funcionarios y los empleados públicos según esos órganos personas u órganos individuos, de los cuales el estado en su calidad de persona jurídica- se vale para el cumplimiento de sus funciones esenciales y específicas, para la realización de los bienes públicos propios de él”<sup>171</sup>.
- c) “Agente que presta servicios con carácter permanente, mediante remuneración, en la administración nacional, provincial o municipal. Se encuentra jerárquicamente dirigido por el funcionario público, por el agente de la administración nacional, provincial o municipal que tiene la representación del órgano al frente del cual se encuentra, con facultades de voluntad y de imperium, con el ejercicio de la potestad pública”<sup>172</sup>.

Tratando de conjugar las definiciones dadas, se podría señalar que el servidor público, en general, es aquella persona que brinda sus servicios para una entidad gubernamental, con la obligación de exigir sus derechos, observar sus obligaciones y cumplir sus atribuciones, ajustando sus actos a la ley, bajo la presunción que no hacerlo, afrontará las responsabilidades y sanciones que previo un proceso legal, se le llegasen a imputar.

### **3.5.2. De la responsabilidad administrativa, civil y penal.**

Para empezar este punto de la investigación, tomando como precedente a lo señalado por Agustín Gordillo, podríamos indicar que, la responsabilidad de los servidores públicos en general, ya sea por sus acciones u omisiones, es un tema social en mora, y no sólo respecto de quienes representaran o están el servicio del Estado, en muchas situaciones, también proviene del actuar de los administrados, pues, es muy frecuente ver la deficiencia de los

<sup>171</sup> Diccionario Jurídico Enciclopédico. (2005). Consultor Jurídico Digital Honduras. CD-ROM.

<sup>172</sup> Ossorio, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Primera Edición Electrónica, Guatemala: Datascan, Impreso.

servicios públicos por la irracional e irresponsable forma de actuar, cosa palpable, como ejemplo, es precisamente es el objeto de este trabajo, en donde ni siquiera la amenaza legal de sanción constituye una limitante o freno, tal cual lo señala el autor nombrado “no se trata por supuesto de buscar castigo por el castigo mismo, se trata de tratar de hallar algún mecanismo por el cual el derecho disuada la comisión de estos hechos. Hasta ahora el derecho nacional, no parece haber encontrado respuesta efectiva al problema, con el consiguiente deterioro de todo el aparato del Estado”<sup>173</sup>.

Cabe aclarar que, dentro de la doctrina la responsabilidad ha sido concebida o clasificada atendiendo a múltiples factores, así tenemos la administrativa, civil, penal, política, moral, fiscal, entre otras, pero en nuestro caso nos detendremos a revisar aquellas que están contempladas en nuestra legislación administrativa, específicamente en el artículo 5 del Reglamento Sustitutivo de Responsabilidades que establece “Clases de responsabilidad.- Por el objeto mismo de la responsabilidad, ésta puede ser administrativa culposa, civil culposa e indicios de responsabilidad penal; y, por los sujetos, puede ser principal y subsidiaria, así como directa y solidaria”.

Habíamos señalado que la categorización de las responsabilidades hacia los servidores públicos, están basadas en determinados factores, que conforme lo determina el artículo 2 del reglamento *Ibidem*, devienen respecto de los “deberes y cometidos que les sean exigibles, de acuerdo con normas o estipulaciones legítimamente establecidas, el grado de poder de decisión, el grado de importancia del servicio público que se trata de llenar, y las consecuencias imputables del acto o de la omisión”; es decir, que en base de estos criterios se llegará a determinar el grado de gravedad y de sanción.

Así mismo, es necesario saber cuáles son las causas o circunstancias por las cuales se pueden establecer las responsabilidades de los servidores públicos, así tenemos, que el artículo 6 de la norma que nos sirve de sustento en esta parte de la investigación, señala:

---

<sup>173</sup> Gordillo, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas, Tomo I, Parte General, Primera Edición, Buenos Aires – Argentina: Fundación de Derecho Administrativo, 2013, p. 26. Impreso.

- a) La determinación de la responsabilidad administrativa culposa, proviene de aquellos actos, hechos u omisiones que se produjeran por la inobservancia de las disposiciones legales relativas al asunto de que se trate y por el incumplimiento de las atribuciones, funciones, deberes y obligaciones que les competen por razón de su cargo, o de las estipulaciones contractuales.
- b) La determinación de la responsabilidad civil culposa, proviene respecto el uso de los recursos materiales, financieros, económicos, tecnológicos y ambientales de cualquier naturaleza, con los cuales se han concretado un perjuicio al Estado, a causa de la acción que denote impericia, imprudencia, imprevisión, improvisación, impreparación, negligencia u omisión culposa de autoridades, dignatarios, funcionarios y demás servidores públicos o beneficiario de un acto o hecho administrativo emitido sin tomar aquellas cautelas, precauteladas o precauciones necesarias para evitar resultados perjudiciales directos o indirectos de los bienes y recursos públicos. Se entenderá también como perjuicio la disposición temporal de recursos, en cuyo caso, para los efectos civiles, se presumirá que la disposición temporal de recursos ha reportado beneficio al sujeto de la responsabilidad, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que el hecho pudiera dar lugar.
- c) En lo relativo a los indicios de responsabilidad penal, serán las acciones u omisiones atribuidas a las autoridades, dignatarios, funcionarios y demás servidores de dichas instituciones; así como a los personeros, directivos, empleados, trabajadores y representantes de las personas jurídicas y entidades de derecho privado con participación estatal o de terceros en el caso de los delitos contemplados en el inciso dos del artículo 233 de la Constitución de la República del Ecuador, y artículo 278 y siguientes del Código Orgánico Integral Penal – COIP, y que se refiere a los casos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, que tienen el estatus de ser imprescriptibles, tanto en su acción como en su pena; así como, las demás en contra de la eficiencia de la administración pública.

Para entender mejor, lo que implica la acción u omisión en el ámbito del tema de estudio, debemos estar a lo establecido en el artículo 9 del Reglamento Sustitutivo de Responsabilidades, que determina:

- “1. La acción, que es la actividad positiva puesta por el agente, puede dar fundamento para la responsabilidad administrativa culposa, la civil culposa o los indicios de responsabilidad penal.
2. La omisión, que consiste en dejar de hacer algo a que estaba obligado por disposición legal, por la distribución de funciones, por estipulaciones contractuales, o cometidos asignados, puede ser intencional o culposa.
3. La omisión intencional, que es aquella que se produce con el designio de obtener algún resultado dañoso, puede dar lugar a la determinación de responsabilidad conforme el numeral primero de este artículo.
4. La omisión culposa, que se equipara con la culpa leve del Código Civil y consiste en la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, no puede generar responsabilidad penal sino administrativa culposa o civil culposa, o ambas a un tiempo”.

En este orden de cosas, y en lo que atañe a nuestra investigación, la acción estaría determinada por el acto administrativo, orden, memorando, oficio, entre otros, por medio de los cuales se requirió directamente una prestación, fuera del marco legal que establece la contratación pública, y claro está, si hubo la intención dolosa o culposa corresponderá determinar la sanción que corresponda.

Sobre la omisión, sea esta, simple, intencional o culposa, será precisamente el haber omitido, la normativa que se exige para la contratación con el sector público para la ejecución de obras, prestación de servicios o suministro de bienes, lo cual también será determinado previo el proceso respectivo.

Ahora, el establecimiento de responsabilidades está sujeta a un trámite de verificación y determinación, en donde se pueden solicitar informes técnicos, requiriéndose expedientes, inspecciones, declaraciones, en fin, es válido todo medio probatorio legalmente establecido, brindando a los involucrados la seguridad jurídica del debido proceso, estas acciones, encaminadas a buscar y fijar responsables, es una competencia de la Contraloría General del Estado, debiendo ser declarada por autoridad competente y adecuadamente notificada, así lo establece el artículo 15 del Reglamento Sustitutivo de Responsabilidades,

que en concordancia con el pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado, mediante Oficio N° 06705, del 30 de marzo del 2009, en su parte pertinente señala “del análisis expuesto, se desprende que corresponde en forma privativa a la Contraloría General del Estado, luego de practicar las auditorías y exámenes especiales correspondientes, determinar responsabilidades administrativas, civiles culposas e indicios de responsabilidad penal”<sup>174</sup>, cuyo fundamento lo encontramos en el numeral 2 del artículo 212 de la Constitución que establece, entre otras funciones de la Contraloría el “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”.

Similar contenido lo podemos encontrar en el numeral 31 del artículo 34 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que señala “Establecer responsabilidades individuales administrativas, por quebrantamiento de las disposiciones legales, reglamentarias y de las normas de que trata esta Ley; responsabilidades civiles culposas, por el perjuicio económico sufrido por la entidad u organismo respectivo, a causa de la acción u omisión de sus servidores, e indicios de responsabilidad penal, mediante la determinación de hechos incriminados por la Ley;”.

Respecto al trámite para la determinación de responsabilidades y más disposiciones correlativas, estas están contempladas en el Reglamento Sustitutivo de Responsabilidades.

### **3.5.3. El derecho de repetición.**

El derecho de repetición, está establecido en el inciso tercero del artículo 11, de la Constitución de la República del Ecuador cuando se establece “El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas”.

En otros términos, es una facultad extraordinaria que la norma constitucional le concede al Estado, para ejercitar en contra de un servidor público, los perjuicios que este le

---

<sup>174</sup> PGE. Oficio N° 06705, del 30 de marzo del 2009. Ecuador. Impreso.

causa en el ejercicio de sus funciones, sea por un acto, un hecho o una omisión, y esto se deriva además del artículo 233 de la Constitución, cuando señala “Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos”.

Es evidente que este derecho de repetición provenga de un nexo causal, que permita justificar su acción en contra del servidor público. En el caso de nuestra investigación, este vínculo se justificará y provendrá de la determinación de responsabilidades en contra del agente público que con su acción u omisión provocó que la entidad pública se vea perjudicada económicamente, en este sentido, vale aclarar el derecho de repetición, no sólo implica el que el Estado haya tenido erogar dineros públicos para cumplir sus obligaciones sin respaldo contractual, también importa, el hecho de que, al no haberse dado un proceso de contratación bajo los parámetros de las normas del caso, este –el Estado-, no pudo contar con mejores alternativas técnicas y económicas, por ejemplo, en un proceso que pudo haberse efectuado mediante el proceso de subasta inversa, en los que los oferentes pujan hacia la baja, al obviarse el procedimiento, ya no se cumplió con la intención de la norma, incluso, si se quisiera alegar que sólo iba a participar un solo oferente, pues, también en este caso, hubiera existido una beneficio a favor de la entidad pública de al menos el 5%, conforme se explicó en este trabajo, cuando se analizaron cada uno de los procesos de contratación pública.

En estos casos, conforme lo señala López Olvera “en este tipo de responsabilidad, el sujeto pasivo es el servidor público que directamente haya ejecutado el acto o incurra en las omisiones que originen alguna responsabilidad resarcitoria, y subsidiariamente al servidor público jerárquicamente inmediato que, por la índole de sus funciones haya omitido la revisión o autorización o autorizado tales actos, por causas que impliquen dolo, culpa o negligencia por parte de los mismos. En el caso de que algún particular participó en el acto que originó la responsabilidad resarcitoria, será considerado responsable solidario”, “el

sujeto activo es el Estado, que será quien en los términos de la ley”, “iniciará el procedimiento de responsabilidad resarcitoria”<sup>175</sup>.

Sobre el particular Agustín Gordillo, señala “es decisivo que el funcionario público que perjudica a los usuarios, administrados y consumidores (y por ende genera no solamente responsabilidad económica, sino también social) sufra las consecuencias de su hecho dañoso. No hay nada peor para una democracia que la impunidad de los agentes públicos. Esto constituye un elemento fundamental para poner freno a la negligencia y arbitrariedad de las autoridades públicas, o que ejercen funciones administrativas públicas. Como dice con acierto HAURIUO. “No hay apenas materias de derecho público más importantes que éstas de la responsabilidad pecuniaria de las administraciones públicas y de los funcionarios. Ellas no tienen solamente un interés de orden constitucional. Ni se trata solamente de saber si la víctima de un daño será indemnizada más o menos seguramente; hay también, y sobre todo una cuestión de garantía constitucional de la libertad; si, desde un punto de vista administrativo, puede parecer ventajoso que la víctima del daño sea incitada a perseguir a la administración más bien que al funcionario, desde un punto de vista constitucional se debe desear que la costumbre de perseguir personalmente a los funcionarios ante los tribunales judiciales no sea completamente abandonada, porque la eventualidad de la responsabilidad pecuniaria es todavía el mejor medio que se ha encontrado para impedir las prevaricaciones de los funcionarios”<sup>176</sup>.

En cuanto a la vía judicial que debe seguirse para que el Estado interponga la acción de derecho de repetición en contra del servidor público, el Procurador General del Estado en su pronunciamiento emitido con Oficio N° 04619 del 10 de noviembre del 2008, señala “Considero que procede el derecho de repetición por parte del Estado de forma inmediata contra los delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, por el daño irrogado por violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de los servidores públicos en el desempeño de sus cargos, entendiéndose que tal acción debe

---

<sup>175</sup> López Olvera, Miguel Alejandro, *La Responsabilidad Administrativa de los Servidores Públicos en México*, Primera Edición, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2013., p. 43. Impreso.

<sup>176</sup> Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo - La Defensa del Usuario y del Administrado*, Tomo II, Octava Edición. Buenos Aires – Argentina: Fundación de Derecho Administrativo, 2006, p. XIX-1. Impreso.

ejercitarla la institución perjudicada, mediante acción ordinaria seguida ante un Juez de lo Civil del domicilio del demandado, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles culposas e indicios de responsabilidad penal que establezca la Contraloría General del Estado”<sup>177</sup>, esto de conformidad al numeral 36 del artículo 31 de la Ley Orgánica del Contraloría General del Estado, que señala “una vez ejecutoriada la resolución que establezca la responsabilidad civil culposa, solicitar al juez correspondiente que dicte medidas cautelares civiles en contra de la autoridad, dignatario, funcionario o servidor público responsable, a fin de garantizar la reparación de los daños y perjuicios ocasionados y precautelar los intereses públicos”.

Finalmente, el COGEP en su artículo 328, determina “Repetición. En los casos en que la sentencia declare la responsabilidad de las autoridades, servidoras o servidores públicos en el desempeño de sus cargos o las personas de derecho privado que ejerzan potestad pública en virtud de concesión o delegación a la iniciativa privada, se ordenará que se inicie el proceso de repetición contra todos aquellos, quienes tendrán responsabilidad solidaria hasta la solución total de la obligación.- La repetición se sustanciará ante las o los juzgadores de lo contencioso administrativo mediante procedimiento ordinario”, por lo que, a partir del 22 de mayo de 2016, fecha en que entra en plena vigencia el COGEP, está será la vía que corresponda, para proseguir el cobro por repetición en contra de los servidores, a quienes la Contraloría General del Estado haya determinado responsabilidades civiles, que muy bien podrían estar relacionados, a parte de otros perjuicios que pueda afrontar el Estado, por los gastos extrajudiciales, judiciales o pagos que se tenga que efectuar por haberse acogido a la mediación.

---

<sup>177</sup> PGE. Oficio N° 04619 del 10 de noviembre del 2008. Ecuador. Impreso.

## CONCLUSIONES

En orden de los temas tratados se pueden determinar las siguientes conclusiones:

1. En nuestro país la contratación pública para la ejecución de obras, prestación de servicios o provisión de bienes, se encuentra debidamente regulada por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y más normativa conexas, en donde, como se analizó, prácticamente se han regulado todas las situaciones que pudiesen presentarse, incluso, aquellas de carácter emergente o de urgencia; así mismo, como se han determinado las etapas, documentación, formación de expedientes, entre otros.
2. En materia civil, el cuasicontrato tiene su sustento en la misma ley, la cual, en última instancia es la que determina, el alcance y extensión de aquello que una persona se obliga frente a otra, siendo su fundamento principal la equidad y la reparación de la injusta lesión, dentro de los requisitos que la legislación, doctrina y jurisprudencia en cada caso determinan.
3. En el derecho público, el cuasicontrato tiene una amplia aceptación, como manifestación de los principios de justicia y equidad, pero sobre todo teniendo como fundamento el enriquecimiento sin causa.
4. Si bien nuestra legislación positiva, no legisla expresamente el enriquecimiento sin causa, de acuerdo al criterio de importantes tratadistas, constituye un principio de derecho universal, cuya prerrogativa estriba en la prohibición de que las personas puedan beneficiarse o enriquecerse indebidamente, debiendo, por ende, acogerse en todos los casos no legislados.
5. Dentro del derecho administrativo, se acepta doctrinariamente al cuasicontrato, sobre el principio del enriquecimiento sin causa, como fuente de obligaciones; sin embargo, su aplicación está sujeta a varios requisitos, que devienen de la propia doctrina, y que constituyen elementos comunes, del enriquecimiento indebido y la actio de in rem verso.
6. Respecto a la actio de in rem verso, se señala que, es aquella atribución o facultad que goza quien ve empobrecido su patrimonio a favor de otro sin causa justa, para pedir la reposición del perjuicio que ha padecido, siempre y cuando, se cumplan los requisitos que la ley, la doctrina o jurisprudencia hayan fijado para el efecto, agregando que, está

acción no necesariamente aplica en el ámbito civil, sino ante toda petición por la cual se reclame un enriquecimiento sin causa.

7. La formación de los contratos en el orden público, está basado en procedimientos reglados, formales y eminente solemnes, y que, por estar dentro del orden público son de ineludible cumplimiento; pese a ello, el conflicto objeto de investigación, se presenta cuando, las entidades públicas autorizan la ejecución de obras, prestación de servicios, mediante hechos, actos u omisiones sin sustento contractual, generándose obligaciones, que, conforme a lo revisado, nos pondría frente a un cuasicontrato, el enriquecimiento sin causa, y la atribución de interponer la actio de in rem verso.
8. En el ámbito administrativo, para que pueda proponerse la actio de in rem verso, es necesario que se determine el perjuicio patrimonial y el nexo causal, entre la omisión estatal y la obra ejecutada, el servicio prestado o la provisión realizada, pues, su finalidad es la restitución o reparación del daño patrimonial causado, cuya razón jurídica no está contemplada en una norma positiva, sino en el principio general de la equidad, esto, según los pronunciamientos de la Procuraduría General del Estado.
9. Una vez que, se analizaron los distintos medios para impetrar la actio de in rem verso; esto es, vía demanda ante el contencioso administrativo, de manera directa a través de los convenios de pago y la mediación, se determinó, luego de haberse interpretado las disposiciones legales aplicables a cada caso, que, la mediación, como medio alternativo de solución de conflictos, es la adecuada, pues, por esta vía, no se discuten las circunstancias del inconveniente, sino sus resultados, siempre y cuando, se trate de materias de naturaleza transigible.
10. Si bien el enriquecimiento sin causa en la contratación pública, proveniente de un cuasicontrato -prestaciones a favor del Estado sin respaldo contractual-, tiene su sustento en la equidad, buena fe, derecho al trabajo no gratuito, para que el prestador de servicios, proveedor de suministros o ejecutor de obras no se vea empobrecido frente el incremento patrimonial del Estado, no se puede dejar de lado, el perjuicio que se causa al resto de personas, que, como se ha señalado por varias ocasiones en este trabajo, están dispuestas a respetar las reglas de juego que impone la ley para ser contratista del Estado, lo que a su vez contraviene el principio de igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 66, numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador, y que implica a: la igualdad material o sustantiva, que implica el deber de las entidades públicas para

asegurar a las personas que sus derechos se los aplique de manera real y efectiva, eliminando los obstáculos que se puedan presentar; y, b: la igualdad formal, evitando la arbitrariedad, y aplicando la ley tal cual es su intención, sin discriminación de ninguna naturaleza<sup>178</sup>, por lo que, se considera, acogiendo lo resuelto por la jurisprudencia colombiana, de que, no procede reconocer el enriquecimiento sin causa, cuando se han desconocido o eludido normas imperativas, como lo es la LOSNCP y más normas convexas.

11. Finalmente, sea como fuese o haya sido cometida la omisión por parte de los servidores públicos, respecto de las normas y principios que animan la contratación pública en nuestro país, creo que deben establecerse las responsabilidades del caso, y consecuentemente, las sanciones de rigor, esto, no sólo por el hecho de sancionar, bajo la amenaza de una pena, sino, que como lo señala Agustín Gordillo “no hay nada peor para una democracia que la impunidad de los agentes públicos. Esto constituye un elemento fundamental para poner freno a la negligencia y arbitrariedad de las autoridades públicas, o que ejercen funciones administrativas públicas<sup>179</sup>”.

---

<sup>178</sup> León L., Rodrigo, Figueroa S., Gabriela, 2500 Preguntas y Respuestas a la Constitución, Tomo I, Quito – Ecuador: Editorial Jurídica El Fórum, 2012, p. 179 – 180. Impreso.

<sup>179</sup> Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo - La Defensa del Usuario y del Administrado, Tomo II, Octava Edición. Buenos Aires – Argentina: Fundación de Derecho Administrativo, 2006, p. XIX-1. Impreso.

## RECOMENDACIONES

De lo anotado, parecería obvia una única recomendación “respetar la ley”, ya que, como quedó anotado, el conflicto procede a la omisión grosera y reiterada de los procedimientos, formas, condiciones y formalidades que establece la LOSNCP, y normas atinentes, la solución al conflicto por medio de la mediación, únicamente solventa un pago, en el que, en gran medida, también tiene responsabilidad el prestatario de los servicios, ejecución de obras, o proveedor de bienes, sin que sea procedente alegar la ignorancia de la ley, o que haya sido obligado a efectuarlos, en razón de que, nadie está conminado a ejecutar órdenes injustas e ilegales.

En todo caso, estimo, como lo más adecuado y procedente, para solventar los pagos sin respaldo contractual en el ámbito de la contratación pública, es que estos sean acordados directamente con las entidades públicas, no por medio de un convenio de pago, que es otro contrato -transacción-, pues, como se justificó no existe norma alguna que justifique su celebración, pero, si se podrá hacer una acta de liquidación o constancia de recepción y pago, siempre y cuando se adjunten los justificativos técnicos y económicos, pretendiendo siempre, asegurar los derechos de reclamo por la ejecución de las obras, prestación de servicios y provisión de bienes deficientes; esto además, evitaría gastos adicionales o no contemplados, destinados a sufragar trámites extrajudiciales, judiciales o pagos que se tengan que efectuar por haberse acogido a la mediación.

Finalmente, siempre quedará latente el derecho de las entidades públicas para, vía derecho de repetición, impetrar las acciones, administrativas, civiles y penales, en contra de aquellos servidores públicos que, con su omisión causaron perjuicios en contra del Estado; así como, de ser el caso, en contra de los proveedores que se dicen ser “perjudicados”, por haber ejecutado obras, prestado servicios, o suministrado bienes sin el respaldo contractual.

**BIBLIOGRAFÍA**

- Código Civil.
- Código de Procedimiento Civil.
- Código del Trabajo.
- Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.
- Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización – COOTAD.
- Código Orgánico Integral Penal – COIP.
- Código Orgánico General de Procesos – COGEP.
- Constitución de la República del Ecuador. 2008.
- Decreto Ejecutivo N° 1515, publicado en el Suplemento del Registro Oficial N° 5 del 31 de mayo de 2013.
- Decreto Ejecutivo N° 687, publicado en el Registro Oficial N° 521, del 12 de junio de 2015.
- Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva - ERJAFE.
- Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.
- Ley de Modernización del Estado.
- Ley de Arbitraje y Mediación.
- Ley Orgánica de Salud.
- Ley Orgánica de Participación Ciudadana.
- Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.
- Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.
- Ley Orgánica del Sistema Nación de Contratación Pública - LOSNCP.
- Ley Orgánica del Servicio Público - LOSEP.
- Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana.
- Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nación de Contratación Pública - RLOSNCP.
- Reglamento General para la Administración, Utilización y Control de los Bienes y Existencias del Sector Público.

- Reglamento Sustitutivo de Responsabilidades.
- Resolución No. 266-2001, publicada en el Registro Oficial N° 417, del 21 de septiembre de 2001.
- Resolución N° 291-2006-RA, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 218, del 23 de noviembre del 2007. Ecuador.
- Resolución N° 407, publicada en el Registro Oficial N° 050, del 28 de marzo de 2003. Ecuador.
- Resolución N° 140, publicada en el Registro Oficial N° 644 del 20 de agosto del 2002. Ecuador.
- Acuerdo N° 447, publicado en el Suplemento del Registro Oficial N° 259 del 24 de enero del 2008, en donde constan los principios del sistema de administración financiera, las normas técnicas de presupuesto, el clasificador presupuestario de ingresos y gastos, los principios y normas técnicas de contabilidad gubernamental, el catálogo general de cuentas y las normas técnicas de tesorería para su aplicación obligatoria en todas las entidades, organismos, fondos y proyectos que integran el sector público no financiero.
- PGE, pronunciamiento emitido mediante oficio N° 05605, del 26 de diciembre de 2011. Ecuador.
- Registro Oficial # 134 del 3 de agosto del 2000. Ecuador.
- Código Civil de 1970. Derogado.
- Ley de Hacienda Pública Ecuatoriana del 28 de septiembre de 1830. Derogada.
- Ley de Licitaciones del 30 de octubre de 1964. Derogada.
- Ley de Constitución, Funcionamiento y Asociación de Compañías Consultoras del 11 de julio de 1967. Derogada.
- Ley Codificación de la Ley de Contratación Pública del 22 de febrero del 2001. Derogada.
- Codificación de la Ley de Consultoría del 5 de noviembre del 2004. Derogada.
- Ley Orgánica de Administración Financiera y Control – LOAFYC. Derogada.
- Ley N° 30225. Ley de Contrataciones del Estado de la República del Perú.
- Abeliuk Manasevich, René, [citado 08-08-2015], Las Obligaciones. Tomo II. Cuarta Edición. Disponible en Internet: <http://facultad-derecho.tk/?p=89>.

- Aguiar Lozano, Hugo Fernando, [citado 19-09-2015], Tratado sobre la Teoría del Enriquecimiento Injustificado o Sin Causa en el Derecho Civil de las Obligaciones, Ecuador. Disponible en Internet: <https://www.scribd.com/doc/88198033/Tratado-Del-Enriquecimiento-Injustificado>.
- Abogacía General del Estado – Dirección del Servicio Jurídico del Estado, Manual de Responsabilidad Pública. Madrid – España: Ministerio de Justicia – Ministerio de Económica y Hacienda, 2005. Disponible en Internet: <https://books.google.com.ec/books?isbn=8477878137>.
- Alessandri Rodríguez, Arturo, Derecho Civil - Teoría de las Obligaciones, Primera Parte, Bogotá – Colombia: ediciones librería del Profesional, 1983.
- Alexy, Robert, Teoría de los Derechos Fundamentales. Título Original, Thoeirie der Grundrechte, Traducido por Ernesto Carzón Valdéz en 1986, Madrid – España: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- Alterini, Atilio Aníbal, Ameal, Óscar José & López Cabana, Roberto M, Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales, Primera Edición. Buenos Aires – Argentina: Abeledo Perrot, 1996.
- Álvarez Caperochipe, José Antonio, El Enriquecimiento sin causa, Tercera Edición, Granada – España: Editorial Comares, 1993.
- Arias Fonseca, Jaime Luis, [citado 15-08-2015], El enriquecimiento sin causa o injustificado y la acción in rem versó en materia de responsabilidad estatal por realización de obras, prestación de servicios y suministro de bienes sin contrato estatal, Colombia. Disponible en Internet: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/oaiart?codigo=4919271>.
- Barros Errazuris, Alfredo, Curso de Derecho Civil, Cuarta Edición, Volumen II, Santiago – Chile: Editorial Nascimento, 1932.
- Barros Errazuris, Alfredo, Curso de Derecho Civil, Cuarta Edición, Volumen III, Santiago – Chile: Editorial Nascimento, 1932.
- Bustelo, Daniel J., La Mediación – Claves para su comprensión y práctica, Madrid – España: Tritoma, 2009.
- Castro y Bravo, Federico de, El Negocio Jurídico, Madrid – España: Editorial Civitas, 1985.

- Cassagne, Juan Carlos, Derecho Administrativo, Tomo I, Séptima Edición. Buenos Aires – Argentina: Abeledo Perrot, 1998.
- Cassagne, Juan Carlos, Derecho Administrativo, Tomo II, Séptima Edición. Buenos Aires – Argentina: Abeledo Perrot, 2002.
- Coello García, Hernán, Obligaciones. Tomo II, Cuenca – Ecuador: Fundación Chico Peñaherrera, 2010.
- Comadira, Julio Rodolfo, Escola, Héctor Jorge, [citado 17-07-2015], Curso de Derecho Administrativo. Buenos Aires - Argentina. Disponible en Internet: <https://www.scribd.com/doc/119666542/libro-curso-de-derecho-administrativo-julio-comadira>.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, N° 73001-23-31-000-2000-03075-01(24897), del 19 de noviembre del 2012. Colombia. Impreso.
- Córdova Vinueza, Paúl, Vaca Ojeda, Mónica & Hernández Jaramillo, Jorge, Las Compras Gubernamentales como Política Pública, Quito – Ecuador: Servicio Nacional de Contratación Pública – SERCOP, 2014.
- Departamento Nacional de Planeación de Colombia, Manual de Buenas Prácticas para la Gestión Contractual Pública. Bogotá – Colombia: Excelsior Impresores, 2004.
- Diccionario Jurídico Enciclopédico. (2005). Consultor Jurídico Digital Honduras. CD-ROM.
- Diccionario Jurídico Omeba, CD-ROM.
- Dromi, Roberto, [citado 17-07-2015], Derecho Administrativo, Buenos Aires – Argentina. Disponible en Internet: <https://www.scribd.com/doc/204181459/Tratado-de-Derecho-Administrativo-Roberto-Dromi>.
- Ducci Claro, Carlos, Derecho Civil – Parte General, Cuarta Edición, Santiago – Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 287 – 288. Impreso.
- Escriche, Joaquín, Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, París – Francia: Librería de Rosa, Bouret, 1854.
- Folberg, Jay & Taylor, Alison. La Mediación – Resolución de Conflictos sin Litigio, Título Original: Mediation. A Comprehensive guide to resolving conflicts without litigation, Traducido por Beatriz e. Blanca Mendoza, México: Editorial Limusa, 1996.
- Ghersi, Carlos Alberto, Contratos Civiles y Comerciales, Cuarta Edición, Buenos Aires – Argentina: Editorial Astrea, 1998.

- Gordillo, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas, Tomo I, Parte General, Primera Edición, Buenos Aires – Argentina: Fundación de Derecho Administrativo, 2013.
- Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo - La defensa del usuario y del administrado Tomo II, Octava Edición. Buenos Aires - Argentina: Fundación de Derecho Administrativo, 2006.
- Gozaíni, Osvaldo A., Formas Alternativas para la Resolución de Conflictos. Buenos Aires – Argentina: Ediciones Depalma, 1995.
- Hinestrosa, Fernando. Derecho Civil – Obligaciones. Colombia. Disponible en Internet: <http://es.slideshare.net/RDNAYEA/derecho-civil-obligaciones-fernando-hinestrosa>.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, Universidad Nacional Autónoma de México, 1983. Tomo III C – CH, México.
- Joseph, Robert, Tratado de las Obligaciones, [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, [citado 30-07-2015], Estantería de Libros. Disponible en Internet: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1389>.
- J. M. Juran, Frank M. Gryna, R. S. Bingham. [citado 30-07-2015]. Manuel de Control de la Calidad. Volumen 1. Segunda Edición. Disponible en Internet: <https://books.google.com.ec/>.
- León L., Rodrigo, Figueroa S., Gabriela, 2500 Preguntas y Respuestas a la Constitución, Tomo I, Quito – Ecuador: Editorial Jurídica El Fórum, 2012, p. 179 – 180. Impreso.
- López Mesa, Marcelo J., [citado 18-08-2015], El enriquecimiento sin causa en el derecho actual, La Coruña. Disponible en Internet: [ruc.udc.es/bitstream/2183/7517/1/AD\\_13\\_art\\_18.pdf](http://ruc.udc.es/bitstream/2183/7517/1/AD_13_art_18.pdf).
- López Olvera, Miguel Alejandro, La Responsabilidad Administrativa de los Servidores Públicos en México, Primera Edición, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2013.
- López Zavalía, Fernando J., Teoría de los Contratos, Tomo I, Cuarta Edición, Buenos Aires – Argentina: Zavalía Editor, 1997.
- Llambias, Jorge Joaquín, Raffo Banegas, Patricio & Sassot, Rafael A., Manual de Derecho Civil - Obligaciones. Undécima Edición, Buenos Aires - Argentina: Perrot, 1997.

- Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo – Teoría General, Tomo I, Quinta Edición. Buenos Aires – Argentina: Editorial Abeledo Perrot, 2000.
- Marienhoff, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III, Cuarta Edición, Buenos Aires - Argentina: Editorial Abeledo Perrot, 1998.
- Marienhoff, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III A, Cuarta Edición, Buenos Aires – Argentina: Editorial Abeledo Perrot, 1998.
- Martínez de Aguirre, Carlos. [citado 13-08-2015]. Cuasicontratos. Notas sobre el enriquecimiento sin causa en derecho Navarro. Formato pdf. Disponible en Internet: Publicaciones. Revistas. Revista Jurídica de Navarra. Sumarios. Nº 8. julio - diciembre de 1989. <http://www.navarra.es/>.
- Martínez Morales, Rafael., Derecho Administrativo – 1<sup>er</sup> Curso, Quinta Edición, México: Oxford, 2004.
- Mendoza Torres, Arnaldo, Los Contratos de la Administración Pública, Barranquilla – Colombia: Ediciones Uninorte, 2004.
- Meza Barros, Ramón, Manual de Derecho Civil – Las Fuentes de las Obligaciones. Tomo I. Octava Edición. Santiago – Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1995.
- Navarro Albiña, René David, Derecho Civil Patrimonial.
- Nicolliello, Nelson, Diccionario del Latín Jurídico. Argentina: Su Gráfica, 2004.
- Orrego Acuña, Juan Andrés, [citado 04-08-2015]. Cuasicontratos. Formato pdf. Disponible en Internet: <http://www.juanandresorrego.cl/apuntes/responsabilidad-civil/>.
- OSCE, Opinión Nº 067-2012/DTN, del 30 de mayo de 2012. Perú.
- Ossorio, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Primera Edición Electrónica, Guatemala: Datascan.
- Peñailillo Arévalo, Daniel, [citado 18-08-2015], El Enriquecimiento sin cusa. Principio de derecho y fuente de obligaciones, Revista de Derecho – Universidad de Concepción. Concepción - Chile. Disponible en Internet: [www.revistadederecho.com/pdf.php?id=2575](http://www.revistadederecho.com/pdf.php?id=2575).
- Pérez, Antonio José, López Suárez, Daniel & Aguilar, José Luis, Manual de Contratación Pública, Primera Edición, Quito – Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011.

- Pérez, Efraín, [citado 13-08-2015]. Derecho Administrativo II. Quito - Ecuador. Formato Word. Disponible en Internet: Index. Temas de Investigación. <http://www.estade.org/>.
- Procuraduría General del Estado, Manual Operativo del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado. Quito – Ecuador, 2007.
- Rivera, Julio César, Instituciones del Derecho Civil, Tomo II. Tercera Edición, Buenos Aires – Argentina: Abeledo Perrot, 2004.
- Santofomio, Jaime Orlando, Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado, Bogotá - Colombia, 2013.
- Sentencia emitida por Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera del veintiséis de mayo de dos mil diez, dentro del proceso N° 250002326000200300616. Bogotá – Colombia, Impreso
- Sentencia emitida por el Tribunal Administrativo del Cauca del treintaiuno de mayo de dos mil trece, dentro del expediente N° 19001333100220070012601. Popayán – Colombia, Impreso.
- Somarriva Undurraga, Manuel, Las Obligaciones y los Contratos ante la Jurisprudencia. Santiago – Chile: Editorial Nascimento, 1939.
- Tribunal de Contrataciones, Resolución N° 176/2004.TC-SU, de fecha 5 de mayo del 2004. Perú.
- Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Contencioso con sede en Valladolid, mediante Resolución N° 707/2015 del 24 de abril de 2015. España.
- Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Contencioso con sede en Madrid, mediante Resolución N° 995/2014 del 2 de julio de 2015. España.
- Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Contencioso con sede en Valladolid, mediante Resolución N° 939/2014 del 7 de mayo de 2015. España.
- Trigo Represas, Félix A., Compagnucci de Caso, Rubén H., Código Civil Comentado – Obligaciones, Tomo I, Primera Edición, Argentina: Rubinzal – Culzoni Editores, 2005.
- Vial del Río, Víctor, Teoría General del Acto Jurídico, Quinta Edición, Santiago – Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- [www.fielweb.com](http://www.fielweb.com).
- <http://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/>.
- <http://www.finanzas.gob.ec/>.

- [http://aron.pge.gob.ec:7780/servicios/consultas.principal\\_palabra](http://aron.pge.gob.ec:7780/servicios/consultas.principal_palabra).
- Buscador de Jurisprudencia: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>. Citado: [citado 20-10-2015].
- <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoadministrativo/2010/02/25/el-juicio-contencioso-administrativo>. [citado 22-10-2015].
- <http://www.pge.gob.ec/index.php/component/search/?searchword=mediaci%C3%B3n&searchphrase=all&limitstart=0>. [citado 23-10-2015].
- [http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2003/16-tomo-1/16\\_Responsabilidades\\_de\\_Servidores\\_Publicos.pdf](http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2003/16-tomo-1/16_Responsabilidades_de_Servidores_Publicos.pdf). [citado 24-10-2015].