

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Administrativo y Contratación Pública

El principio de buena fe en la etapa precontractual de la contratación pública ecuatoriana

Monserrate Del Rocío Galeas Salazar

Tutor: Juan Francisco Díaz

Quito, 2018



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Monserrate Del Rocío Galeas Salazar, autora de la tesis intitulada “El principio de buena fe en la etapa precontractual de la contratación pública ecuatoriana”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de magíster en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

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

Fecha. 1 de octubre de 2018.

Firma:

Resumen

El principio de buena fe, a lo largo de su vigencia en el Derecho, se ha constituido en un mecanismo de protección de los derechos e intereses de las partes. En la esfera del derecho administrativo, por una parte, se erige como instrumento de limitación de las actuaciones arbitrarias del Estado en contra de los administrados, y otra, como medio de control del iter contractual, en los procedimientos de contratación pública.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, es la norma que regula los procedimientos de las compras que realizan las entidades públicas, habiendo previsto para el efecto distintas modalidades en función del objeto de la compra y su presupuesto referencial. En este sentido, las etapas que comprenden el iter contractual de acuerdo con la Ley son: preparatoria, precontractual y contractual.

En la etapa precontractual, es donde se desarrolla la relación negocial, consecuentemente, las partes deben comportarse de buena fe, y llevar las tratativas preliminares, teniendo la consideración debida en el interés de la otra parte, así como la expectativa cierta de concluir esa relación negocial con la suscripción del contrato.

La ruptura injustificada de la relación negocial, implica inobservancia del principio de buena fe, por lo que, en caso de producirse un daño, la parte que injustificadamente abandone las tratativas preliminares, deberá reparar a la parte que tenía expectativas ciertas de que el negocio jurídico se iba a concretar. Esto es lo que se conoce como responsabilidad precontractual.

En el Ecuador, específicamente en el derecho administrativo y en la contratación pública, el principio de buena fe es parte de las relaciones entre administradores y administrados, consecuentemente, en la fase precontractual de los procedimientos de contratación pública, los participantes, deben actuar conforme el principio de buena fe, así como de los deberes secundarios de conducta de éste emanan.

La figura jurídica de responsabilidad precontractual no se encuentra expresamente dispuesta en nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo, nuestra Constitución de la República, conforme artículo 1, señala que nuestro país responde a un modelo de Estado constitucional de derechos y justicia, en esa virtud, y al tenor del propio texto constitucional, siendo los derechos plenamente justiciables, por principio de jerarquía prevalece sobre las normas infraconstitucionales que se encuentren en contradicción.

Palabras clave: contratación pública, buena fe, responsabilidad, fase precontractual, relación negocial.

A los tesoros de mi vida, Sofía y Juan Martín.

Agradecimientos

Jehová gracias por tanto y por todo.

A mis padres José Adalid Galeas Arboleda y Monserradt Salazar Abril, por su incondicional apoyo.

Tabla de Contenido

Capítulo uno.....	15
Aproximación conceptual del principio de buena fe en la administración pública	15
1.1 Nociones generales	15
1.1.1 La buena fe como principio	18
1.1.2 La buena fe subjetiva y objetiva	20
1.1.3 Los deberes secundarios de conducta	23
1.2 El principio de buena fe en el derecho administrativo	27
1.3 El negocio jurídico administrativo	29
1.3.1 La fase preparatoria	30
1.3.2 La fase precontractual	30
1.3.3 La fase contractual	34
1.4 Responsabilidad precontractual por inobservancia del principio de buena fe	35
1.4.1 Requisitos de la responsabilidad precontractual	38
1.4.2 Responsabilidad de los autores del daño ocasionado	46
1.4.3 Valoración económica de la responsabilidad. Daño patrimonial y reparación	48
Capítulo dos	53
La responsabilidad en la etapa precontractual de los procedimientos de contratación pública	53
2.1 El principio de buena fe en la legislación ecuatoriana	53
2.2 El procedimiento de contratación pública en el sistema jurídico ecuatoriano	55
2.3 Consideraciones de la terminación de la relación precontractual, en el marco de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública	59
2.3.1 La cancelación del procedimiento	59
2.3.2 Declaratoria de procedimiento desierto	61
2.3.3 La lesividad	78
2.4 Reparación por terminación injustificada de la relación precontractual	83
Conclusiones.....	93
Recomendaciones.....	95
Bibliografía.....	97

Introducción

El artículo 49 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dispone que la fase precontractual de los procedimientos allí prescritos, inician con la publicación de la convocatoria hasta la adjudicación y la notificación de los resultados. Así mismo, la ley en referencia precisa las figuras de cancelación del procedimiento o su declaratoria de desierto, como forma de terminar la fase precontractual, para lo cual se han previsto causales específicas para el efecto.

La cancelación y la declaratoria de desierto de un procedimiento, no dan lugar a ningún tipo de reparación o indemnización a los oferentes, conforme reza el artículo 33 de la ley en tratamiento, a lo que se suma el contenido del artículo 99 del mismo cuerpo normativo que señala que en todos los procedimientos precontractuales, los oferentes participarán a su riesgo.

Ni el accionar de la administración pública, ni el accionar de los oferentes, en materia de contratación, pueden menoscabar los derechos de la otra parte dentro de un procedimiento precontractual, por un injustificado apartamiento de la relación negocial. Actuar de esta manera, implica, en caso de daño, la reparación por el rompimiento unilateral, injustificado o arbitrario de la relación negocial, reparación que se sustenta en la violación del principio de buena fe, que las partes están obligadas a observar.

El Ecuador, conforme el contenido de la norma constitucional primera, responde a ser un Estado constitucional de derechos y justicia; sin embargo, nos encontramos con una norma de contratación pública, que no garantiza el derecho a la reparación, cuando la relación negocial ha sido quebrantada injustificadamente, o mejor dicho la norma en cuestión se ha limitado a un resarcimiento solamente por falta de suscripción del contrato, por causas imputables a la entidad contratante.

En consonancia con el ya referido principio de buena fe que las partes están obligadas a observar en toda la relación jurídica, la que incluye la fase precontractual, así como con lo dispuesto por la Constitución de la República, artículo 11, número 9, se verificaría responsabilidad precontractual y obligación de reparación a favor de los oferentes que sean intempestivamente apartados de la relación negocial, por una aplicación fraudulenta o indebida de la norma, por una actuación arbitraria o injustificada, vista la defraudación a sus expectativas y voluntad real de concretar el negocio jurídico en cuestión.

La inobservancia del principio de buena fe en la fase precontractual y la ruptura injustificada de las negociaciones, implican necesariamente una reparación, por detrimento a la confianza y voluntad de concretar el negocio jurídico, convocado por el Estado.

Esta investigación pretende develar la importancia que reviste la observancia del principio de buena fe, en el accionar de la administración pública, como un presupuesto y base de confianza y lealtad en las relaciones precontractuales entre el Estado y los ciudadanos; así como las implicaciones relacionadas con la inobservancia de este principio. Para este efecto, se abordará la normativa del Sistema Nacional de Contratación Pública y los elementos relacionados de la administración pública; y, en el marco interdisciplinario se abordarán las materias constitucional y civil.

En el primer capítulo, se tratará sobre la aproximación conceptual del principio de buena fe en la administración pública, como idea fundamental e informadora de la organización pública y su aplicación transversal dentro del quehacer administrativo, fundamentalmente dentro del procedimiento precontractual, junto con sus efectos por quebrantamiento injustificado de la relación negocial.

El contenido del segundo capítulo, está destinado al estudio de la responsabilidad del Estado en la etapa precontractual de la contratación pública ecuatoriana, análisis que se produce al tenor de nuestra normativa del Sistema Nacional de Contratación Pública, en contraste con la legislación y jurisprudencia internacional.

Capítulo uno

Aproximación conceptual del principio de buena fe en la administración pública

En nuestro país, la buena fe ha mantenido una tradicional aplicación a las relaciones jurídicas entre privados, consecuentemente ha sido desplazada del ámbito del derecho público a pretexto de las prerrogativas del Estado; sin embargo, la buena fe es un principio que importa al derecho en general, en ese sentido y bajo las expectativas de confianza esperadas por los administrados en sus relaciones con el Estado, este principio cobra trascendencia en el tráfico jurídico del derecho administrativo, y como consecuencia de éste en el derecho de la contratación pública.

El principio de buena fe como idea fundamental e informadora de la organización jurídica, es de aplicación transversal, por lo tanto, los servidores públicos están llamados a ejecutar las actividades públicas en el marco de la corrección que reviste la buena fe, como garantía de la tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos, en la concreción del estado de bienestar.

A través de esta investigación pretendo estudiar desde la teoría el principio de buena fe como uno de los elementos del derecho administrativo, haciendo énfasis en la aplicación del mismo por parte de los actores contratantes de la administración pública en los procedimientos administrativos de compra pública, con énfasis en la etapa precontractual.

1.1 Nociones generales

Entender al principio de buena fe, es relacionarlo con cuestiones de orden moral, que han sido vinculadas prácticamente de forma exclusiva a los negocios jurídicos entre particulares, sin embargo, las implicaciones y el contenido de este concepto jurídico indeterminado, son de amplio alcance, y cobija a prácticamente cualquier relación que se efectúe dentro de una sociedad políticamente organizada, su efecto es transversal.

El principio de buena fe en el antiguo derecho romano, aparece a través de su principio antecesor “*fides*”, que tiene que ver con el valor de la palabra, su respeto y cumplimiento; y, “*bona fides*”, que surgió como fórmula de algunas acciones, como: el antiguo negocio de fiducia, los cuatro contratos consensuales (mandato, sociedad, compraventa y arrendamiento), la del depósito, la de gestión de negocio ajeno y las de tutela (para exigir cuentas al tutor) y la de dote (*actio rei uxoriae* para exigir la restitución de la misma).¹

Los tratadistas concuerdan en afirmar, que la buena fe es uno de los conceptos más difíciles de precisar, en vista de que es una de las nociones que mayor alcance y amplitud ha desarrollado desde su apareamiento en el derecho romano, como mecanismo de funcionamiento de los contratos innominados. La buena fe es la base de un principio general del derecho, calificado por la doctrina como supremo y absoluto.²

El profesor Luis María Díez-Picazo señala que buena fe “[e]s un arquetipo de conducta social, la lealtad en los tratos, el proceder honesto, esmerado, diligente, esto es, guardar fidelidad a la palabra dada, no defraudar la confianza de los demás, no abusar de la confianza de los otros, conducirse conforme cabe esperar de cuantos con honrado proceder intervienen en el tráfico jurídico.”³

Se puede apreciar, que el concepto de buena fe presenta una connotación que ha sido validada en el tiempo, a través del contenido de orden moral del cual le ha revestido la sociedad, imponiéndose como una pieza angular de la moral y buenas costumbres como fuente del Derecho socialmente aceptadas, pero que recae, sin lugar a dudas por su indeterminación en el plano subjetivo, frente a la valoración o entendimiento que se tiene de la misma en las relaciones socio jurídicas.

Por su parte, y en la misma línea Marcelo Laborde Goñi, citando a Jesús González Pérez, administrativista español señala que:

La buena fe incorpora el valor ético de la confianza, siendo una de las vías más fecundas de irrupción del contenido ético-social en el ordenamiento jurídico, y concretamente el valor de la confianza. Sirve de cauce para la integración de dicho ordenamiento conforme

¹ Jorge Adame Goddard, “El principio de la buena fe en el Derecho Romano y en los contratos internacionales y su posible aplicación a los contratos de deuda externa”, septiembre de 2004, párr. 2 http://www.robertexto.com/archivo10/buenafe_derrom.htm.

² Arturo Solarte Rodríguez, “La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta”, *Vniversitas*, 53, n° 108 (2004): 281–315.

³ Fernando Sainz Moreno, “La buena fe en las relaciones de la Administración con los administrados”, 21 de mayo de 2017, 297, https://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:zq5BlqzsZ3gJ:scholar.google.com/+PRINCIPIO+DE+BUENA+FE&hl=es&as_sdt=0,5&as_vis=1.

a reglas ético-materiales como la de la fidelidad y el crédito, la creencia o la confianza. La buena fe supone una regla de conducta o comportamiento “civiliter”, una conducta normal, recta, seria y honesta, la conducta de un hombre corriente, de un hombre medio.⁴

Se presenta a la buena fe con una connotación de realidad unitaria, cuyo contenido indeterminado y su valor de norma principio, al cual me referiré más adelante, implica una dificultad en cuanto a la determinación de si un comportamiento cumple con todas las exigencias necesarias para considerarse enmarcado dentro de la buena fe.

En un enfoque distinto, Fernando Sainz Moreno, sostiene que se presta un mal servicio al principio de buena fe cuando se dice que es una vía de comunicación entre los valores ético-sustanciales y los valores formales e institucionales del Derecho; y que no significa nada en sí mismo si se considera a este principio como una válvula por la que penetran los valores ético sociales.⁵

Profundiza el mismo autor, al decir que la trasposición de la noción de buena fe desde el campo del Derecho privado al Derecho público es difícil, sin embargo, corresponde considerar que la noción de buena fe importa al Derecho en general, sin perjuicio de que el significado sufra mutaciones cuando se incorpora a textos positivos concretos; teniendo entonces una existencia “ideal”, como principio general del Derecho; y otra “conceptual concreta”, como concepto jurídico positivado.⁶

Es decir que, el alcance al que hemos estado acostumbrados respecto de la concepción de la buena fe, esto es el tradicional revestimiento moral, jurídicamente presenta una variación, dado que su concepción al investirse como principio de Derecho, deja de ser un simple canal de los valores éticos para convertirse en una cuestión de derecho.

En función de lo hasta aquí anotado, considero que las posturas de los tratadistas citados no son adversas, sino que confluyen en su objeto y se complementan entre sí; es entonces que, llevada la buena fe a la esfera de los principios de Derecho, comporta no únicamente un concepto de orden moral, valor y buenas costumbres, sino que su institucionalización constituye una obligación para las partes de determinada relación o negocio jurídico, la creación de un derecho en la amplitud de su alcance y obligaciones.

⁴ Marcelo Laborde Goñi, “El principio de buena fe como rector del ejercicio de la función pública”, *Revista de Derecho Público*, (2016): 60 <http://www.revistaderechopublico.com.uy/revistas/50/archivos/Laborde50.pdf>.

⁵ Sainz Moreno, “La buena fe en las relaciones de la Administración con los administrados”, 294.

⁶ *Ibíd.*

La trasposición de este principio de la esfera privada a la pública, surtirá perfecta eficacia, el momento en que el Estado se someta a la ciudadanía, conforme precepto constitucional que claramente determina a ésta como el mandate, y a los órganos de aquel como los mandatarios.

1.1.1 La buena fe como principio

Entender los efectos jurídicos de la aplicación del principio de buena fe en las relaciones sociales, nos invita a estudiar la característica de principio que reviste a la buena fe en el derecho, y que ha permitido instalarlo en los distintos sistemas jurídicos, como en el alemán por ejemplo, en la cúspide del derecho de obligaciones, y como eje del sistema de obligaciones y contratos en el derecho internacional.

El profesor Robert Alexy sostiene que toda aseveración de existencia de un derecho fundamental, supone la vigencia de una norma de derecho fundamental; y que una norma fundamental según su estructura puede ser principio o regla.

Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas existentes. Por lo tanto los principios son mandatos de optimización. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces hay que hacer exactamente lo que ella exige. Por tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo posible, tanto en lo fáctico como en lo jurídico. La diferencia entre regla y principios no es de grado, sino cualitativa.⁷

Concebidos así los principios, esto es como mandatos de optimización, la buena fe como norma principio, se inmiscuye en toda actividad humana con trasfondo jurídico, y por tanto su concepto indeterminado se aplica a los casos atendiendo las particularidades de cada uno, no como una norma regla, sino como un concepto abstracto, que encausa a que el comportamiento de las partes se nutra y se revista del conjunto de valores aceptados por la sociedad como adecuados para el desarrollo de las relaciones jurídicas.

Por su parte, Ramiro Ávila Santamaría, sostiene que el principio establecido en el plano constitucional, carece de hipótesis y obligación concreta y que contiene un mandato de maximización. La regla materializa el principio, contiene hipótesis de hecho y obligación; en ese sentido dice que la realización de la justicia es el resultado de la

⁷ Arturo Zárate Castillo, "Teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy", *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional* 1, n° 17 (2007): 366, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5822>.

aplicación del derecho, por lo tanto el sistema no puede arrojar resultados injustos. Si la regla es conforme al principio, pero arroja resultados injustos, entonces se debe buscar otra regla y otro principio. La eficacia del derecho está en el impacto que la norma tenga en la realidad.⁸

Si bien en nuestro régimen jurídico constitucional no se encuentra concebido el principio de buena fe de forma expresa, éste ya se ha sido introducido formalmente al derecho administrativo ecuatoriano, como se verá en el capítulo siguiente de esta tesis, en ese sentido las cosas, la presencia de la buena fe en el derecho administrativo ecuatoriano, implica que la misma sea materializada en debida forma por las reglas, con la finalidad de obtener resultados justos.

El tratadista Karl Larenz, desde una perspectiva iusfilosófica concibió que los principios de derecho son pensamientos rectores de una regulación necesitados de concreción; y por su parte Ángel Sánchez de la Torre expresó que la característica de los principios, a pesar de ser una locución breve y concisa, es que revisten un potencial jurídico intenso.⁹

Entonces la buena fe como parte de los principios generales de derecho, es parte de las ideas fundamentales que soportan un sistema jurídico, con la intención de mantener el equilibrio y la armonía social, principalmente cuando la ley material y formal no alcanza a cumplir con este objetivo, lo que coadyuva a la realización de la justicia, y a través de ésta, a procurar el estado de bienestar.

Si bien los principios jurídicos se constituyen en elementos indispensables en el funcionamiento de una estructura jurídica, así mismo éstos, por sus características propias, son conceptos jurídicos indeterminados; al respecto el profesor Díez-Picazo, ha expresado:

... [L]as normas con estructura de principios se caracterizan por su vaguedad; es decir, su extensión no está bien delimitada o, si se prefiere, no es claro hasta dónde llega el ámbito de realidad que regulan. La vaguedad no es lo mismo que la ambigüedad. Esta última noción no hace referencia a la extensión, sino al significado mismo de los términos... La expresión «buena fe», en cambio, no es ambigua, ya que designa una realidad básicamente unitaria; pero es vaga, porque a menudo resulta muy difícil determinar si un comportamiento concreto es lo suficientemente leal como para respetar la exigencia de buena fe. La vaguedad es frecuente en la normas constitucionales (sic) y, en particular, en las que consagran derechos fundamentales. Suele decirse que estas

⁸ Ramiro Ávila Santamaría, “Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia”, (Quito: V&M Gráficas, 2008), 19-38.

⁹ Karl Larenz, Ángel Sánchez, citados en Laborde Goñi, “El principio de buena fe como rector del ejercicio de la función pública”, 57.

normas tienen una «textura abierta». En contra de lo que puede parecer a primera vista, esta vaguedad de las normas sobre derechos fundamentales no es necesariamente un defecto, sino que existen argumentos de peso a su favor. Corno ha mostrado Víctor FERRERES, la vaguedad o textura abierta de muchas normas sobre derechos fundamentales es fisiológica habida cuenta de la función que deben cumplir en el ordenamiento; y ello por dos razones. La primera es que, si no tuvieran una textura abierta, los derechos fundamentales vivirían bajo la tiranía del pasado, sin poder dar respuesta a nuevas exigencias sociales de libertad... La otra razón, aún más importante, es que los derechos fundamentales protegen valores o bienes jurídicos sobre cuyo significado no siempre existe un consenso generalizado; y, en una sociedad pluralista, es normal que así sea. Piénsese, verbigracia, que valores tales como la vida humana o la intimidad de las personas son frecuentemente objeto de vivas controversias. Así, con frecuencia, sólo mediante una formulación deliberadamente vaga es posible que los derechos fundamentales se adapten a la cambiante realidad social y al pluralismo ideológico, sin necesidad de reabrir constantemente el debate sobre los valores básicos en que se apoya la democracia constitucional.¹⁰

El profesor García de Enterría trata con palmaria claridad lo que tiene que ver con la indeterminación del principio de buena fe, así refiere a la vaguedad del mismo, despojándole de cualquier criterio de ambigüedad. En este orden las cosas, si bien el autor se muestra a favor de la llamada “textura abierta” de los principios; así mismo corresponde tener en cuenta que esa misma circunstancia hasta cierto punto abstracta, implica la participación de las creencias propias de quienes gobiernan y administran la cosa pública, en las relaciones jurídicas con los administrados.

A continuación, se tratarán los elementos subjetivos y objetivos del principio de buena fe.

1.1.2 La buena fe subjetiva y objetiva

La doctrina ha analizado al principio de buena fe en el marco de una concepción socio – jurídica para su estudio, es así que la buena fe ha sido concebida en dos tipos, la buena fe subjetiva y la buena fe objetiva, las cuales procedo a analizar, en función del aporte de los tratadistas sobre esta temática.

Martha Lucía Neme Villarreal, señala que:

La expresión buena fe subjetiva, que de manera general ha sido considerada como un estado de ignorancia y error, denota un estado de conciencia, un convencimiento; y se dice subjetiva justamente porque para su aplicación debe el intérprete considerar la intención del sujeto de la relación jurídica, su estado psicológico, su íntima convicción;

¹⁰ Luis María Díez-Picazo, “Sistema de derechos fundamentales”, (Madrid: Civitas, 2003), 47.

se trata por lo tanto de una idea de ignorancia, de creencia errónea acerca de la existencia de una situación regular, la cual se funda en el propio estado de ignorancia, o en la errónea apariencia de cierto acto, que se concreta en el convencimiento del propio derecho o en la ignorancia de estar lesionando el derecho ajeno.¹¹

La vinculación de la buena fe subjetiva al factor psicológico, implica entonces que, el comportamiento del sujeto, al responder a sus creencias, genere la convicción de que éste es conforme los valores y las buenas costumbres; mas, la indeterminación que reviste a este principio, puede generar justamente el llamado “estado de ignorancia” o la “errónea apariencia”, por lo que en tal virtud habrá de estar a la intención de los sujetos, es decir a verificar si su comportamiento no está revestido de culpa, como se comentará seguidamente.

En el mismo sentido, Arturo Solarte Rodríguez, manifiesta que:

En relación con la buena fe subjetiva se ha distinguido entre la concepción psicológica de la buena fe, entendida ésta como creencia o ignorancia del sujeto, y la concepción ética de la misma, noción ésta de origen germánico, según la cual la ignorancia o el error del sujeto sólo serán atendibles en la medida en que su comportamiento no sea culpable o, dicho de otra forma, tales situaciones sólo serán excusables si el sujeto, con una diligencia normal, no hubiera podido superar su apreciación errada de la realidad.¹²

Se suma a la concepción de que la buena fe se vincula con el fuero interno de la persona, la concepción ética, con la cual se pretende verificar que el comportamiento de los sujetos esté libre de culpa; y es que no se puede hablar de buena fe en una relación de cualquier tipo, no solamente en la jurídica, si la culpa está presente en el accionar inter partes, ya que a través de esta se rompen las reglas sociales. La autora citada anteriormente, en cuanto a la buena fe objetiva, precisa:

... se le ha entendido como principio jurídico que introduce en el contenido de las obligaciones deberes coherentes con un modelo de comportamiento objetivo, el del *bonus vir*, que se expresa a través de las reglas de honestidad y corrección propias de dicho modelo. De manera que este tipo de buena fe se erige en regla de conducta fundada en la honestidad, en la rectitud, en la lealtad y principalmente en la consideración del interés del otro visto como un miembro del conjunto social que es jurídicamente tutelado. La buena fe objetiva presupone que se actúe con honradez, probidad, honorabilidad,

¹¹ Martha Lucía Neme Villarreal, “Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos”, *Revista de Derecho Privado Externado*, (2009): 48-49,
<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ZVp83WmK5J8J:revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/viewFile/410/390+&cd=1&hl=es&ct=clnk&client=firefox-b-a>

¹² Solarte Rodríguez, “La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta”, 287.

transparencia, diligencia, responsabilidad y sin dobleces, entre otros deberes que emanan de permanentemente de su profuso carácter normativo.¹³

Digo entonces que, la buena fe objetiva involucra a los valores y preceptos ético-morales dentro de la esfera del ordenamiento jurídico, es decir que a través de la norma se llevan al plano jurídico a la honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia, responsabilidad, el interés ajeno con lo que se impone el deber de cumplimiento de éstos por la sociedad en un marco de objetividad, siendo por tanto el principio de buena fe fuente de derecho.

En la misma línea Arturo Solarte Rodríguez, en cuanto a la buena fe objetiva sostiene que:

... la buena fe es el contenido de un deber de conducta que se concreta en el deber de comportarse con corrección y lealtad en el tráfico jurídico. Este último es un principio “dogmático” o “sistemático”, el principio general de buena fe, que debe irradiar la interpretación de todo el ordenamiento, y que, al mismo tiempo, es, en algunas legislaciones, fuente de derecho, como principio general...¹⁴

Ahora bien, es de importancia resaltar lo sostenido por Solarte Rodríguez, respecto de que la buena fe se constituye en un principio dogmático o sistémico; y es que, como se mencionó anteriormente, el principio de buena fe como punto esencial del sistema de pensamiento jurídico, implica su aplicación transversal por la importancia que el mismo ostenta en las relaciones jurídicas de los individuos que componen la sociedad, sin que el Estado pueda estar al margen de dicha aplicación. La clasificación del principio de buena fe que realiza la doctrina, nos invita a analizar su real concepción; de allí que sostengo que la buena fe subjetiva, implica un primer momento, una conexión con el factor psicológico personal, que responde a la convicción o ignorancia del individuo, en cuanto a la juridicidad o antijuridicidad de su comportamiento, siempre libre de culpa o de intencionalidad. De otra parte, la buena fe objetiva responde a la generalidad, es el reflejo de lo socialmente aceptable, que se extrapola en la necesidad de mantener una convivencia armónica.

En este orden de ideas, los dos momentos que comprenden el principio de la buena fe, se conjugan, ya que, frente al imperio del factor objetivo a través de la organización

¹³ Neme Villarreal, “Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos”, 50.

¹⁴ Solarte Rodríguez, “La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta”, 288.

jurídica, el plano subjetivo necesariamente tiene que alinearse a éste; imponiéndose a la sociedad su observancia y cumplimiento en las relaciones jurídicas.

1.1.3 Los deberes secundarios de conducta

Se ha concebido a la buena fe como un principio relacionado fundamentalmente con un comportamiento adecuado a la moral y las buenas costumbres, con un trasfondo subjetivo y objetivo como se explicó anteriormente; sin embargo, no solamente ese es el contenido del principio de buena fe, sino que del mismo se desprenden los deberes secundarios de conducta, que articulan su plena aplicación en las relaciones jurídicas.

Solarte Rodríguez, sostiene que:

... que los deberes secundarios de conducta se pueden clasificar en atención a su finalidad en dos grandes categorías: deberes secundarios de finalidad negativa, como los deberes de protección, cuyo objetivo es impedir que se produzcan lesiones o menoscabos en los intereses personales o patrimoniales de los contratantes; y deberes secundarios de finalidad positiva, que están destinados a complementar a los deberes de prestación con el fin de que su cumplimiento se realice adecuadamente, ejemplo de los cuales serían los deberes de información, colaboración, consejo o fidelidad, entre los más relevantes. Siguiendo un criterio diferente, que consiste en determinar el momento en el que el deudor debe desarrollar la conducta necesaria para que la otra parte de la relación jurídica pueda obtener el resultado útil de la prestación, BETTI señala que los deberes secundarios de conducta, que él denomina “obligaciones complementarias”, pueden clasificarse en:

- a) los que son antecedentes a la celebración del contrato
- b) los que son concomitantes con el desarrollo de la relación contractual; y
- c) aquellos que son subsiguientes al cumplimiento de la prestación¹⁵

La buena fe no comprende solamente el conjunto de valores que importan a la sociedad en el tráfico jurídico de sus actuaciones, sino que son parte integrante de la misma los deberes de conducta, los cuales se manifiestan atendiendo el estado de la contratación, tal como lo afirma el autor en cita, y nos permiten comprender el alcance de las actuaciones que en el marco de la buena fe deben darse.

El deber de protección, “recaen sobre el deudor de una prestación principal y cuyo objeto consiste en evitar que sean lesionados intereses personales o patrimoniales de la contraparte...¹⁶”; la definición propuesta por el doctrinario Vladimir Monsalve se enmarca en el campo de la ejecución contractual toda vez que en la misma se carga la responsabilidad al deudor de una prestación principal, circunstancia que se configura una

¹⁵ Ibíd., 305.

¹⁶ Ibíd., 306 - 307.

vez suscrito el contrato; sin embargo, el deber de protección también tiene cabida en la etapa previa a la celebración del contrato,

La inclusión de los deberes de protección en el círculo de la relación precontractual no es algo ajeno a la culpa in contrahendo. Ya las negociaciones contractuales determinan que las partes que puedan ser dañadas están protegidas por estos deberes, que son en esencia precontractuales, que surgen en las negociaciones basadas en la confianza (in anspruch genommenes und gewahrtes Vertrauen)¹⁷.

La finalidad negativa del deber de protección, no es de exclusiva aplicación de las obligaciones derivadas del contrato suscrito, sino que el mismo debe ser observado por los participantes durante la etapa precontractual, con el propósito de cuidar de sus intereses.

Sobre el deber de información, Ernesto Rengifo García, sostiene que:

El deber de informar, en la edad de la información, ha adquirido mayor entidad y envergadura. De un deber social, ha pasado a estructurarse como un deber jurídico. En el contrato de compraventa, por ejemplo, tradicionalmente la información exigida al vendedor se refería a aquella vinculada a los vicios ocultos de la cosa. En la actualidad, el deber de información es más extenso e intenso y abarcaría, en principio, toda la información privada en poder del vendedor que pudiese afectar la decisión del comprador.¹⁸

Stiglitz señala que: “[e]l deber de informar constituye una obligación legal, fundada en una regla accesoria de conducta cuyo contenido consiste en cooperar, desde la etapa de las tratativas con quien se haya disminuido con relación a la persona que dispone de la información”.¹⁹

Solarte Rodríguez, por su parte señala que el deber de información tiene por regla general una manifestación positiva, que es el deber del sujeto informado de suministrar información objetiva, clara, oportuna y veraz, para que la contraparte disponga de elementos de juicio suficientes para adoptar una decisión; y otra negativa, que

¹⁷ Vladimir Monsalve Caballero, “Disertación para una nueva construcción en Colombia de la culpa in contrahendo”, *Revista de Derecho*, n° 27 (2007): 62, <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/viewFile/2648/1762>

¹⁸ Ernesto Rengifo García, “El deber precontractual de información”, 17 de septiembre de 2017, <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:amEnrkQh2E4J:www.rengifoabogados.com/sites/default/files/EI%2520Deber%2520Precontractual%2520de%2520Informacion.pdf+%&cd=1&hl=es&ct=cInk&client=firefox-b-ab>.

¹⁹ Rubén S. Stiglitz, “La obligación precontractual y contractual de información. El deber de consejo”, *vLex*, (1997): 43-54, <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/oacute-precontractual-contractual-50679632>.

corresponde al deber jurídico de abstenerse de engañar o de inducir en error al otro contratante.²⁰

Conforme las manifestaciones doctrinarias, el propósito del deber de información es que las relaciones jurídicas, en sus distintas fases, se efectúen en un marco de transparencia, no siendo posible que las partes reserven para sí información valiosa que encausa la decisión de éstas en la contratación, porque lógicamente esto devendría en un perjuicio para la parte que sin conocerla tomo una decisión, y que conociéndola hubiera adoptado la decisión totalmente contraria u opuesta, esto en el marco de su finalidad positiva.

La inobservancia al deber de información reporta un vicio en la relación contractual o negocial; toda vez que, no tener conocimiento completo y apropiado de aquello que comporta el negocio jurídico, se traducirá, con toda seguridad, en conflictos durante el curso de la ejecución del contrato, por el desbalance existente entre las partes frente al objeto de su relación jurídica, por estar una de ellas en una posición de ventaja al reservarse información privilegiada, en desmedro de la otra, que no ha sido debidamente informada.

Ahora bien, también es posible argumentar, que la parte que no tiene la información, no está desprovista de facultades para obtenerla, y que estaría compelida a obtenerla, para contar con los elementos suficientes que le permitan tomar una decisión adecuada a sus intereses; en ese sentido, no cabría una imputación respecto de la falta de información de la parte que sí dispone de aquella, sin embargo hay que considerar que por más búsqueda de información que se realice, en razón de la especialidad de lo que sea objeto de la negociación, habrá información o entendimiento privilegiado, que solamente puede ser entendido en su alcance apropiado a través de la manifestación de la parte que conozca de este objeto y se encargue de su especialidad.

Ahora bien, el deber de información también reporta una finalidad negativa, consistente en que se prohíbe el engaño o la entrega de información falsa, lo que a mi juicio implicaría una situación agravada de inobservancia de la buena fe en la relación precontractual, por existir una intención deliberada, que podría causar daño a la parte que sobre esa información irreal concreta el contrato.

Del deber de información se desprende el deber de consejo que "... se caracteriza porque el obligado a suministrarlo realiza una valoración de la información objetiva a su

²⁰ Solarte Rodríguez, "La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta", 307-308.

alcance, y, con base en un análisis de ventajas y desventajas, advierte o disuade a quien debe recibir el consejo sobre las consecuencias que tendría el tomar una decisión en uno o en otro sentido...”.²¹ Podríamos concebir entonces que el deber de consejo se constituye en un desarrollo al deber de información, dotándole de esta manera de un agregado adicional, una suerte de asesoramiento, que permita a la parte que va a tomar la decisión, que más se adecue a sus intereses, en el marco de la buena fe.

En cuanto al deber de colaboración, es considerado como hecho que genera responsabilidad durante la etapa precontractual, cuando por negligencia de uno de los contratantes se induce al otro a la relación de gastos innecesarios²². Entendido como deber de colaboración, implica la colaboración con la otra parte durante las negociaciones, asumiendo conductas activas, señalándose dos aspectos principales de este deber; por un lado es de donde se desprende el deber de información (que goza de cierta autonomía debido a su relevancia), y el de evitar gastos innecesarios²³.

Respecto del deber de fidelidad y lealtad, se ha definido a la lealtad como el cumplimiento de lo que exigen las leyes de la fidelidad; y a sobre fidelidad se ha dicho que sobre la base de la existencia de un acto o promesa primigenia, sus actos posteriores deben ser coherentes y armónicos; consecuentemente, la violación a la lealtad, implica la vulneración a la confianza de que un comportamiento sería conforme al acto o promesa primigenia que dio lugar a la relación jurídica que ahora se ve afectada²⁴.

El profesor Luis Parraguez, en cuanto al deber de lealtad que informan las tratativas preliminares señala que:

Ni el predicado de la buena fe ni la tutela de la confianza obligan a prosperar en el negocio que se discute; simplemente exigen lealtad incluso en el evento de decidir cada uno poner término a las tratativas... Por ello, agrega Ordoqui Castilla, “no se deben mantener negociaciones si no se quiere contratar o si se sabe que esas negociaciones no llegarán a un acuerdo final.” Delimitada de esta manera la cuestión, está claro que el fracaso de la negociación precontractual es una de las hipótesis previsibles y así debe entenderlo cada

²¹ Ibíd., 309.

²² Daniel C. Varacalli y Sebastián Picasso, “Responsabilidad precontractual y postcontractual”, *Lecciones y Ensayos*, n° 60 y 61 (1995): 215, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/60-61/responsabilidad-precontractual-y-postcontractual.pdf>

²³ Andrés Beltramo, “Las pourparlers en el derecho contemporáneo, un acercamiento integral a la responsabilidad precontractual”, *Revista Jurídica de Daños*, n° 4 (2012): 15, <https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=63649&print=2>

²⁴ María José Viana Cleves, “El principio de Confianza Legítima en el derecho Administrativo colombiano”, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007), 40-45.

uno de los que interviene. Lo que el estándar de buena fe no tolera es que ese fracaso sea desleal, injustificado o intempestivo²⁵.

Se concibe de esta manera que existe violación del principio de buena fe, cuando se produce cualquier tipo de deslealtad durante la fase precontractual, traducida en la frustración consciente de las expectativas legítimas de una de las partes en concretar el contrato, por retiro injustificado de las negociaciones preliminares.

La responsabilidad precontractual se funda en la inobservancia de los deberes secundarios de conducta, los cuales, como fuente del principio de buena fe, rigen la relación precontractual, consecuentemente, se conmina a los precontratantes a que adecuen sus acciones a lo dispuesto por los deberes de protección, de información, de consejo, de colaboración o cooperación y de lealtad o fidelidad, para no defraudar la confianza y las expectativas legítimas de las partes. .

1.2 El principio de buena fe en el derecho administrativo

Como se expuso en líneas anteriores, el principio de buena fe ha estado atado, o ha sido considerado con mayor fuerza en el plano del derecho privado, es decir en las relaciones contractuales donde los intervinientes son particulares, excluyéndole en la mayoría de las ocasiones de la esfera del derecho público, como si la administración pública estuviera prohibida de ejecutar su actuación en el marco de la buena fe, circunstancia que nos puede llevar a comprender inclusive, el comportamiento del concebido Estado represor de los derechos de los administrados.

Sin embargo el principio de buena fe independientemente de sus orígenes iusprivatistas, importa al derecho en general, por constituirse en un arquetipo que debe ser extrapolado indiscutiblemente a la conducta de la administración pública, visto que las relaciones de ésta con los administrados se encuentran revestidas de tal sensibilidad, que no es posible concebirlas apartadas de los valores, la ética, la corrección, la transparencia, el buen comportamiento, y otros que se encuentran concebidos en el principio de buena fe.

El profesor Ramón Parada, en su obra “Concepto y fuentes del derecho administrativo”, en cuanto a la aplicación del principio de buena fe en el derecho

²⁵ Luis Parraguez Ruiz, “La responsabilidad precontractual por ruptura de tratativas preliminares”, *Iuris Dictio*, n° 17 (2015): 174-176, https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_16/iurisdictio_016_009.pdf

administrativo, sostiene que: “[t]oda la actividad administrativa está sujeta al principio de legalidad y a los de igualdad, proporcionalidad, buena fe e interés público. No obstante, debe advertirse que algunos de estos principios se presentan —porque sin duda en ella encuentran el mayor grado de exigencia y rigorismo— como condiciones de la actividad de limitación o de policía”.²⁶

Conforme afirma el profesor Parada, la buena fe es uno de los principios rectores de las relaciones entre la administración y los administrados, como un mecanismo de limitación del Estado policía, de ahí que se puede advertir que el principio de buena fe como fuente de derecho administrativo repercute de forma vital en el derecho público administrativo, no solamente por la expectativa de que esa relación se desenvuelva en el marco de la confianza, la honestidad, la lealtad, etc., sino porque actúa como barrera de las prerrogativas del Estado, dicho de otro modo, se constituye en el modulador de la efectiva aplicación y vigencia de los derechos, impidiendo su menoscabo bajo la invocación de las facultades exorbitantes de la nación.

En la misma línea de pensamiento, el tratadista Fernando Sainz Moreno considera que en el ámbito del derecho administrativo la buena fe opera como limitación al ejercicio de un derecho subjetivo o de un poder jurídico; y que no por la posición institucional de la administración pública, ésta se encuentra exenta de la aplicación del principio de buena fe, si no que por el contrario exige su máxima vigencia, por lo intereses general que representa;²⁷ así mismo precisa que la buena fe del ciudadano frente a la Administración consiste en que ésta no va a ejercitar sus derechos y prerrogativas más allá del límite trazado, siempre en el marco del ordenamiento jurídico.²⁸

Se puede afirmar entonces que, el principio de buena fe es, por una parte, un instrumento de limitación de las actuaciones arbitrarias del Estado; y por otra, un mecanismo proteccionista y garantista de los derechos ciudadanos; con lo cual, el ejercicio de las actividades tendientes al cumplimiento de los fines y objetivos por parte de la administración pública, deben efectuarse de buena fe, sin que sus actuaciones puedan contraponerse lo que engloba este principio.

Coviello escribió:

²⁶ Ramón Parada, “Concepto y fuentes del derecho administrativo”, (Madrid: Editorial Marcial, 2012), 274.

²⁷ Sainz Moreno, “La buena fe en las relaciones de la Administración con los administrados”, 311.

²⁸ *Ibíd.*, 311.

La protección de la confianza legítima es el instituto del derecho público, derivado de los postulados del Estado de Derecho, de la seguridad jurídica y de la equidad, que ampara a quienes de buena fe creyeron en la validez de los actos (de alcance particular o general, sean administrativos o legislativos), comportamientos, promesas, declaraciones o informes de las autoridades públicas, que sean jurídicamente relevantes y eficaces para configurarla, cuya anulación, modificación, revocación o derogación provoca un daño antijurídico en los afectados, erigiéndose, bajo la observancia de esos componentes, en un derecho subjetivo que puede invocar el administrado, y que consiste, en su aspecto práctico, en la limitación de los efectos de la anulación, de tratarse de un acto (de alcance individual o general) inválido o del reconocimiento del derecho a una indemnización de no ser ello posible; ...²⁹

Recurriendo a la cita inmediata anterior, la Corte Interamericana de Justicia, en el caso *Gelman vs Uruguay* señaló que: “La vida en sociedad exige que el Estado sea confiable. El Estado tiene el deber de ser confiable y, como correlato, las personas tenemos el derecho a poder confiar en la palabra del Estado”.³⁰

La aplicación del principio de buena por parte de la administración pública, visto los intereses jurídicos que persigue bajo la invocación del estado bienestar, no puede quedar a libre discreción, sino que debe incorporarse obligatoriamente a todas las actividades y gestiones que ésta realiza. Como ha manifestado la Corte, no es posible entender a una relación Estado – administrados apartada de la confianza de sus actuaciones mutuas.

La buena fe importa al ordenamiento jurídico de forma integral, y cumple un papel de vital importancia en las relaciones jurídicas entre el Estado y los ciudadanos, pues de una parte legitima las actuaciones de éste en el cumplimiento de sus fines y propósitos, y de otra concreta la expectativa de confianza tenemos de que el accionar de la administración no solamente sea legal, sino como se indicó legítima.

1.3 El negocio jurídico administrativo

Conforme lo impuesto por la Constitución y la Ley, la administración pública está obligada a atender de manera satisfactoria las demandas de la sociedad, principalmente en cuanto a la provisión de servicios públicos oportunos y de calidad; para este propósito

²⁹ Pedro Coviello, “La protección de la confianza del administrado”, (*Lexis Nexis Abeledo-Perrot*, 2004), 37.

³⁰ Corte IDH, "Sentencia de 24 de febrero de 2011 (Fondo Reparaciones y Costas)", *Caso Gelman vs Uruguay*, 17 de septiembre de 2017, párr. 114, http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:LiekF5mJtI4J:www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&client=firefox-b-ab.

requiere servirse del mercado que se encuentra en manos de los administrados; es así que el Estado adquiere la connotación de comprador y los administrados de vendedores. Se constituye entonces, una relación jurídico comercial que envuelve características propias, y que debe desarrollarse cumpliendo los preceptos jurídicos dispuestos para la sociedad que rige.

En esta misma línea se pronuncia Jorge Fernández Ruiz, en su obra *Derecho administrativo*, al señalar: “la administración pública no puede realizar por sí sola todas sus encomiendas, por cuya razón recurre a la colaboración de los particulares, la cual obtiene de manera voluntaria o forzosa...”.³¹

Vista la necesidad pública –hecho-, le corresponde al derecho diseñar y normar la relación jurídica entre el Estado y los administrados, es así que aparece en la vida jurídica el derecho de la contratación pública, como parte del derecho administrativo.³² Ergo el derecho de la contratación pública regula las relaciones comerciales, en las cuales quien interviene como comprador principalmente, lo hace en ejercicio de una potestad estatal, es decir se torna en una materia de especialidad.

Producto de esa especialidad, se diseña un procedimiento que atiende a las distintas modalidades de contratación que se prevean en la normativa del sistema específico, el cual para el caso ecuatoriano comprende principalmente las fases: preparatoria, precontractual y contractual.

1.3.1 La fase preparatoria

La fase preparatoria de un procedimiento de contratación, comprende todas las acciones necesarias para la determinación e individualización del objeto de la contratación, haciendo un símil con el derecho procesal, aquí están comprendidos todos aquellos requisitos de “procedibilidad”, indispensables para la contratación.

1.3.2 La fase precontractual

³¹ Jorge Fernández Ruiz, “Derecho administrativo”, *Instituto de Investigaciones Jurídicas*, nº 1 (2016): 162.

³² Jaime Pintos Santiago, “Derecho global administrativo y de la contratación pública tras la cuarta generación de Directivas de la Unión Europea. Los principios generales de desarrollo humano y sostenibilidad ambiental” (tesis, Universidad de Castilla – La Mancha, España, 2015), 35, <https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/8924/TESIS%20Pintos%20Santiago.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Cumplidos los requisitos de la fase preparatoria se instaura la fase precontractual, punto central de este estudio, la cual arranca con la publicación del procedimiento en Portal de Compras Públicas, con el objeto de recibir ofertas, analizarlas y seleccionar la propuesta técnico económica que cumpla fielmente lo requerido por la entidad contratante, selección en la que participan criterios de costo y calidad, de acuerdo al procedimiento precontractual de que se trate, el cual es definido en virtud del objeto de la contratación.

Juan Ignacio Contardo González, en su obra *Reseña de "Daños y deberes en las tratativas preliminares de un contrato"* de Marcelo Barrientos Zamorano, precisa que trato preliminar es: “la concreción de las circunstancias que van a perfeccionar el futuro contrato, exentas de formalidades, llevados por los interesados o sus auxiliares, y que pueden o no anteceder a la formación del contrato, siendo su elemento diferenciador la ausencia de intención de obligarse (que en opuesto es elemento esencial de la oferta contractual)”.³³

Concuerdo con el contexto presentado por el autor, el cual es reforzado con el razonamiento de los autores que seguidamente procedo a citar, sin embargo, corresponde anotar que, en el caso de la contratación pública, absolutamente todas las fases que corresponden a un procedimiento de contratación, esto es en esencia preparatoria, precontractual y contractual, deben contar con las formalidades dispuestas por Ley, en razón de que uno de los actores proviene de la administración pública.

Teresa Rodríguez de las Heras Ballell, en su obra *la Etapa Precontractual en la Contratación Mercantil*, afirma que:

En el tráfico mercantil, el contrato, como acuerdo de voluntades, es esencialmente el resultado de un proceso de aproximación de posturas que tiene lugar en un determinado contexto transaccional. La extensión y la complejidad del proceso de deliberación, negociación de condiciones y formación del contrato dotan de una significativa relevancia a los tratos preliminares y al conjunto de situaciones previas conducentes a la perfección del contrato.³⁴

La etapa precontractual de forma general y simple es aquella que se produce en forma anterior a la celebración del contrato, pero que guarda íntima y estrecha relación

³³ Juan Ignacio Contardo González, “Reseña De Daños Y Deberes En Las Tratativas Preliminares De Un Contrato”, *Revista Chilena de Derecho* 36, n° 2 (2009): 449, <http://www.redalyc.org/resumen.oa?id=177014523011>.

³⁴ Teresa Rodríguez de las Heras Ballell, *La etapa precontractual en la contratación mercantil*, (Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2015), 1801, https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/20985/etapaprecontractual_rodriguezdelasheras_RIO_2015.pdf.

con éste, ya que en aquella se han producido todos los entendimientos de las partes que han permitido la formación de su voluntad en una convención traducida al negocio jurídico; ahora bien, la profundización de su estudio deviene en que la fase precontractual tiene a su vez períodos, subfases o etapas.

Alejandro Borda, en su obra *La Buena Fe en la Etapa Precontractual*, sostiene que:

En la vida diaria, los contratos se celebran sin una negociación previa... Pero otros contratos, quizás los que individualmente tengan una mayor importancia económica, necesitan esta negociación, que podrá llevar finalmente a concretar su celebración, o no... Por eso, se puede decir que cuando se trata de estudiar el contrato hay básicamente dos etapas: la primera, que abarca todos los actos que pueden realizarse durante el período previo a la celebración del contrato, que llamaremos las tratativas preliminares; y, la segunda, que comienza con la celebración del contrato y llega hasta su plena ejecución. En la etapa anterior a la celebración del contrato, pueden distinguirse, a su vez, dos períodos. Uno que va desde el inicio de las tratativas hasta la oferta, y en el que las partes discuten e intercambian ideas, buscan información, proyectan y analizan cláusulas que pueden incluirse en el futuro contrato; otro, a partir de la oferta, en adelante.³⁵

En la contratación pública el bien jurídico a proteger es el interés público, cuya consecución se materializa mediante los recursos públicos; en esa virtud, el cumplimiento de formalidades está orientado a ese objetivo de protección, por tanto, este tipo de contratación, goza de las fases mencionadas por el autor Borda, cuando se ha referido a las tratativas preliminares, con sus respectivas subfases desde el inicio hasta la oferta y desde la oferta en adelante, y desde la celebración del contrato hasta su plena ejecución. Sumemos algunos elementos a lo aquí indicado, conforme la siguiente cita.

El profesor Luis Parraguez Ruiz, en su obra “Responsabilidad precontractual por ruptura de tratativas preliminares”, al referirse a la precisión de lo precontractual, indica:

En esta fase se desenvuelve entonces un curso de discusión durante el cual los interesados formulan declaraciones que obviamente son precontractuales; y en el que es posible identificar dos momentos: 1. El período de las meras tratativas o tratos preliminares. El período de las meras tratativas o tratos preliminares, que se inicia con los primeros contactos o aproximaciones de los interesados respecto del negocio que tienen en mente, y concluye con la expedición de la propuesta u oferta de contrato...

2. El período de la oferta contractual. El período de la oferta contractual, es decir, de la propuesta seria y completa del contrato. Seria, porque lleva la intención del oferente de obligarse; y completa, o suficientemente precisa, exigencia esta última que prefiere la Convención de Viena, porque está dotada de los elementos esenciales del contrato que se propone (p. ej., la cosa y el precio en el contrato de compraventa), de tal manera que baste la simple aceptación de la persona a la que va dirigida, para que el contrato consensual

³⁵ Alejandro Borda, “La Buena Fe en la etapa precontractual”, *Vniversitas* 63, n° 129 (2014): 39–79, <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/11945>.

quede perfecto (artículo 145 del Código de comercio). En los contratos solemnes, aunque se haya producido aceptación de la oferta, la fase precontractual se extiende hasta el cumplimiento de las solemnidades que los perfeccionan, pues mientras ello no ocurra todavía no hay contrato.³⁶

De este aporte doctrinal, se destacan los elementos que comprenden la segunda subfase relacionada con el período de la oferta contractual, aquí se presentan componentes de suprema relevancia, como es la propuesta seria y completa del contrato. Es decir que la intencionalidad de contratar, se torna palpable a través de la presentación de la propuesta, lo que genera una expectativa cierta de las partes de celebrar el contrato.

Siendo la oferta el punto de partida y condición determinante de la presencia o no de responsabilidad precontractual, en razón de que la misma lleva intrínseca la condición cierta de confianza razonable de las partes de concretar el negocio jurídico, tratemos sobre su concepto.

La oferta, llamada también propuesta o policitud, es el acto por el cual una persona propone a otra la celebración de un contrato sobre bases determinadas. Su autor se denomina proponente, peticionante u oferente. Solo hay oferta cuando la declaración de voluntad contiene todos los elementos necesarios para que el contrato a que se refiere pueda formarse por la mera aceptación de la otra parte sin necesidad de una nueva declaración de voluntad del proponente. En esto se diferencia de las proposiciones o *pourparlers*.³⁷

Dadas las formalidades del derecho público, la mera aceptación de la oferta no genera el contrato en el derecho administrativo, si no que efectivamente debe constituirse una nueva declaración de voluntad de las partes, que se materializa a través de la suscripción de dicho contrato. En esta línea corresponde aterrizar la definición de oferta, no solamente al derecho administrativo, sino a la contratación pública.

El Dr. Jorge Enrique Romero Pérez, al referirse a la oferta en la contratación administrativa pública indica que:

La oferta es la propuesta formal que un interesado en contratar con la Administración dirige a ésta, aceptando la invitación que, dentro del procedimiento de licitación, implica el cartel...

Se trata de una proposición, sujeta a un procedimiento, tiempo y forma que, le manda una persona al Estado, como respuesta a la invitación (hecha mediante publicación en la

³⁶ Luis Parraguez Ruiz, "La responsabilidad precontractual por ruptura de tratativas preliminares", *Iuris Dictio*, n° 17 (2015): 174-176, https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_16/iurisdictio_016_009.pdf

³⁷ Arturo Alessandri Rodríguez, "De los contratos", (Chile: *Editorial Temis SA Editorial jurídica de Chile*, 2011), 13-16.

Gaceta) que efectúa la Administración Pública, para que se participe en una licitación pública o privada³⁸.

Como se puede apreciar, en la contratación administrativa, la oferta se encuentra revestida de un conjunto de características propias, las cuales se relacionan directamente con la modalidad de contratación, y emergen por virtud de la Ley, como: i) la formalidad, que como se explicó antes está presente en el derecho administrativo; ii) la aceptación a la invitación, es decir, en palabras prácticas, la adhesión al requerimiento de la contratante; iii) sujeta a procedimiento, tiempo y forma, a procedimiento en atención a las modalidades previstas por la norma; al tiempo, en razón de que solo podrán ser consideradas las propuestas que hayan sido presentadas dentro del espacio de tiempo fijado por la contratante; a la forma, de acuerdo a cómo la entidad contratante haya diseñado la presentación de la misma, en lo que se incluyen los documentos que la soportan.

Este conjunto de características de la oferta en los procedimientos de contratación administrativa, no distan de los que se presentan dentro de un procedimiento de contratación pública en el Ecuador, en el siguiente capítulo me referiré a la concepción de la oferta en materia de contratación pública, en nuestro país.

Dada la motivación de esta investigación, la determinación de las subfases, presentes en las tratativas preliminares, junto con la comprensión de la oferta, reportan importancia sustancial, en razón de que, como se verá más adelante, el apartamiento sin razón de una de las partes, durante el período de la oferta contractual, genera responsabilidad y obligación de reparación en favor de la parte que de buena fe estuvo gestionando la negocio jurídico, circunstancia que tiene preponderante relevancia en el plano del derecho público, en razón del impedimento presente en contra del Estado de actuar de manera arbitraria.

1.3.3 La fase contractual

Cumplida la adjudicación de la contratación, corresponde la suscripción del contrato, con el cual inicia su ejecución. Este tipo de contrato, por la calidad que ostenta

³⁸ Jorge Enrique Romero Pérez, “La oferta en la contratación administrativa pública”, *Revista Académica de Ciencias Jurídicas*, n° 53 (1985): 133-137, <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/download/17479/16989>

quien representa a la administración pública, ha sido calificado por la norma como contrato administrativo, contrato público. El profesor Fernández, al respecto sostiene que:

Se da la colaboración voluntaria bajo el esquema contractual, primero dentro del marco del derecho privado, y más tarde, con sujeción a un régimen jurídico especial, a consecuencia del advenimiento del derecho administrativo...

Los criterios doctrinales para diferenciar al contrato administrativo son variados, entre ellos destacan el subjetivo, el de la jurisdicción, el formal, el de la cláusula exorbitante, el legalista, el de los servicios públicos, el de la finalidad, y el mixto.³⁹

En cuanto a los criterios doctrinales para diferenciar el contrato administrativo, sin pretender restar la importancia que mantiene cada uno de ellos, tradicionalmente el que ha sobresalido es el subjetivo, del cual se obtiene que, un contrato es administrativo cuando una de las partes contratantes forma parte de la administración pública.⁴⁰

Considerando la temática de esta investigación, no corresponde profundizar en el estudio del contrato administrativo como tal, el cual ha sido en breves líneas tratado con la finalidad de abordar la fase contractual.

La breve revisión de las etapas de la contratación pública, permiten demostrar la especialidad que gira en torno a este tipo de contratación, la cual al contener elementos que motivan una cierta complejidad, la alejan de la contratación instantánea; pero esta complejidad a la que me refiero, no tiene que ver con su obstaculización o con una difícil prosecución, sino más bien, por su naturaleza de cosa pública, de cuya esencia debe emanar el cumplimiento del derecho.

En el segundo capítulo de esta investigación, se abordarán los textos normativos que regulan a estas fases de la contratación pública, con especial énfasis en lo que motiva este trabajo, esto es la fase precontractual y las implicaciones de la inobservancia de la buena fe, durante su ejecución.

1.4 Responsabilidad precontractual por inobservancia del principio de buena fe

La normativa jurídica de cada Estado permite que las personas actúen de acuerdo a parámetros de relativa libertad, es decir, en derecho público, por un lado, se tiene que

³⁹ Fernández Ruiz, "Derecho administrativo", 163, 165.

⁴⁰ *Ibíd.*, 165.

hacer solo lo que se encuentra establecido por la norma; en cambio en derecho privado se puede hacer todo lo que no se encuentra prohibido por la ley. Esto es lo que conlleva a decir que el término “relativo” se da porque es el mismo ordenamiento legal el que censura ciertas conductas humanas catalogándolas de ilícitas, por lo tanto, para que no se quebrante la armonía del ordenamiento, el individuo debe tener una conducta y accionar lícitos.

La naturaleza jurídica de la obligación ha distinguido dos momentos estructurales a saber, éstos son: el débito y la responsabilidad. Una noción de primera instancia es aquella referida por Luis Parraguez Ruiz, la cual conceptúa que “responsabilidad es un segundo momento obligacional cuya funcionalidad se aprecia cuando el deudor no da cumplimiento al débito y surge para el acreedor el derecho de concretar los mecanismos coactivos que el ordenamiento jurídico le franquea para satisfacer su crédito en los bienes del deudor”.⁴¹

Por tanto, responsabilidad no es más que el deber por parte del infractor de subsanar los daños ocasionados a otro, producto de su conducta, y para esto recurre a los medios que el ordenamiento jurídico le franquea, sea a través de normas – regla cuando el sistema jurídico en aplicación las contenga, o en frente a su ausencia tendrá que recurrir a las llamadas normas – principio.

El término responsabilidad tiene sus orígenes en el vocablo “responder”⁴² cuyo significado es prometer o pagar, sin embargo su origen jurídico tiene como antecedentes la Ley de Talió y la Ley Aquiliana, Código de Hammurabi, las Leyes de Manú y la Ley de Moisés , aunque este elemento, la responsabilidad, apareció por primera vez en Roma con la Lex Poetelia Papiria –compromiso patrimonial-.

La Ley de las XII Tablas, primitivo derecho romano, contenía principios de indemnización por responsabilidad, tales como: el incumplimiento de una promesa obligaba a pagar el doble, en caso de depositario desleal el perjudicado podía recibir hasta el doble del valor depositado, en el caso de usura la víctima podía recibir hasta cuatro veces más calculados sobre el monto de los intereses, entre otras.⁴³

⁴¹ Luis Parraguéz, “Manual de Derecho Civil Ecuatoriano”, vol. I; (Quito: Editorial El Conejo, 1986), 15.

⁴² Ricardo de Ángel Yágüez, “Sobre las palabras responder, responsable y responsabilidad”, *Estudios de Deusto*, (2002): 17, http://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:32V3tdBi9OMJ:scholar.google.com/+origen+del+termino+responsabilidad+responder&hl=es&as_sdt=1,5&as_vis=1.

⁴³ Sandro Schipani, "De La Ley Aquilia a Digesto 9, Perspectivas Sistemáticas del Derecho Romano y Problemas de la Responsabilidad Extracontractual", *Revista Derecho Privado* 12 (2007): 263.

La Ley de Tali3n contenía principios básicos como son la justicia y la igualdad – ojo por ojo, diente por diente-; por otro lado la Ley Aquiliana bajo el nombre “damnum iniuria datum”,⁴⁴ reprimía delitos, daños provocados injustamente, hechos ilegales que atentaban contra la propiedad privada, su característica fundamental fue que no aplicaba una pena, sino que a consecuencia de la infracción se imputaba una indemnización que debería ser mayor al perjuicio ocasionado.

Luis Moisset de Espanés sostiene que la responsabilidad, es una noción en virtud de la cual se atribuye a un sujeto el deber de cargar con las consecuencias de un evento cualquiera; ya sea por su propio obrar voluntario; o cuando la ley pone a su cargo las consecuencias de hechos naturales, por la existencia de una relación entre la cosa que ha provocado ese efecto y el sujeto a quien se atribuye la responsabilidad.⁴⁵

Entonces producido un daño derivado de las acciones particulares o de la infracción al ordenamiento jurídico, se impone el deber de reparación, que permita restablecer la situación jurídica de la persona al estado anterior, antes de la afección o daño.

La doctrina establece que la responsabilidad jurídica necesariamente debe contener dos elementos para ser catalogada como tal, el primero el hecho ilícito, producto del segundo elemento que constituye la violación de la norma jurídica.

Rubén S. Stiglitz, respecto del hecho ilícito, sostiene que:

La conducta es antijurídica, cuando supone la vulneración de un deber jurídico impuesto por el ordenamiento positivo. Se trata de una confrontación externa entre la conducta y el derecho objetivo. A los efectos de este cotejo, se aprehende al orden jurídico como un todo armónico coherente y, por tal motivo, no se puede conocer si un hecho es lícito o ilícito sin antes examinar la totalidad del ordenamiento. De manera que la antijuridicidad puede provenir tanto de la oposición a la ley, como al orden público, la buena fe, el deber de diligencia, el de lealtad, el de hablar claro, la moral o las buenas costumbres, los principios generales del Derecho, o de toda otra norma cultural reconocida jurídicamente.⁴⁶

Por lo tanto, durante la fase precontractual, el hecho ilícito al ser la conducta contraria al principio de buena fe, cuando causa perjuicios y daños al patrimonio de una de las partes de la relación negocial, configura la afección negativa hacia los bienes de la

⁴⁴ Jesús Jusseth Espinoza Herrera, "Damnum Iniuria Datum", *Revista de Derecho* 3 (2012): 205-220.

⁴⁵ Luis Moisset de Espanés, *El acto ilícito y la responsabilidad civil* (2017), 4 párr. <http://www.cea.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/articulos/artactoilicito>.

⁴⁶ Stiglitz, "Responsabilidad precontractual", 1.

otra persona, ocasionando el desequilibrio del sistema, el cual debe ser subsanado para que se mantenga la armonía social; es aquí donde nace la responsabilidad jurídica del autor de este desequilibrio, respecto de la cual se deberán imponer sanciones en su contra para reparar el sistema quebrantado.

1.4.1 Requisitos de la responsabilidad precontractual

La doctrina nacional y extranjera teniendo como punto de partida al contrato, han desarrollado sus tesis estableciendo dos momentos, uno la responsabilidad contractual; y, el otro, la responsabilidad extra contractual; en ese, la responsabilidad precontractual ha sido abordado por unos como extra contrato, y por otros como parte del contrato. En los últimos tiempos, y sobre la base de la teoría de Rudolph von Ihering, se ha ido desarrollando la llamada responsabilidad precontractual.

Lilian C. San Martín Neira, en su artículo, "Responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de negociaciones, en cuanto a los requisitos de la responsabilidad precontractual, indica:

Como se dijo, no obstante su naturaleza extracontractual, el fundamento de la responsabilidad precontractual es el quebrantamiento al deber de buena fe objetiva que impera durante todo el iter contractual. Sin embargo, es necesario cuestionarse hasta qué punto la buena fe objetiva obliga a las partes a mantener la palabra (todavía no empeñada) y continuar con las negociaciones hasta la conclusión del contrato. Es necesario determinar cuándo, o cómo, las partes llegan al punto de no retorno en virtud del cual ya no les resulta legítimo retirarse unilateralmente de las negociaciones. En tal sentido la Sentencia señala que "no se discute el derecho de retirarse de las tratativas, pues sería un derecho absoluto (...) Lo que se discute es bajo qué condiciones el retiro genera obligación de indemnizar el daño causado" (considerando segundo).

Siguiendo a Marcelo Barrientos, la Sentencia establece que "los requisitos para que opere" la responsabilidad precontractual son: "a) La creación de una razonable confianza en la conclusión o perfeccionamiento del contrato proyectado; b) El carácter injustificado e intempestivo de la ruptura de los tratos preliminares; c) La producción de un daño en el patrimonio de una de las partes y d) La relación de causalidad entre el daño al patrimonio por un lado y la confianza que fue promovida y resultó defraudada por el otro negociante" (considerando séptimo).

En consecuencia, de la Sentencia se desprende que los negociantes son libres para decidir arbitrariamente si celebrar o no el contrato que están negociando, pero solo mientras no hayan generado en el otro negociante la razonable confianza de que concluirán el proceso de negociación positivamente. Arribados a este punto, los negociantes dejan de tener libertad absoluta para decidir si concluirán o no el contrato y el retiro unilateral solo es

legítimo cuando resulte justificado, es decir, cuando hayan razones que autoricen la ruptura de las negociaciones; en caso contrario, surge la responsabilidad precontractual.⁴⁷

Me he referido a la buena fe objetiva, como medio con el cual se impone la obligación de los contratantes de actuar conforme la honestidad, la corrección, la transparencia, la buena conducta, en general, bajo la óptica de la protección de los intereses de la otra parte; en este sentido, se presenta una frágil línea divisoria en cuanto a la posibilidad de que se produzca o no la responsabilidad precontractual, por lo que corresponde estudiar los supuestos o requisitos que se exigen en derecho para la configuración de la misma.

1.4.1.1 La confianza razonable

La doctrina religiosa al referirse a la confianza razonable, lo ha hecho indicando que ésta representa un acto de fe.⁴⁸ Por su parte, la psicología, como ciencia de estudio del comportamiento humano, y a la exteriorización del mismo, concibe a la confianza razonable de la siguiente manera:

En la psicología jurídica francesa, el fenómeno de la confianza razonable se conoce como l'engagement comportamental, el cual consiste en que las partes o una de ellas sienten que se encuentran realmente en una situación de perseverancia y continuación de las negociaciones basándose en la exteriorización de ellas, de una forma coherente y reflexiva. Cuando las expectativas son legítimas, es decir, no son simples representaciones mentales de una de las partes, sino verdaderos actos homogéneos y razonables, de modo que un contratante medio del sector del tráfico al que pertenezca el negocio pretendido, en virtud de su naturaleza y de las circunstancias específicas, contaría que ellas son vinculantes, a pesar que no se haya concluido el contrato. En todo contrato se da o se prevé un núcleo propio expresamente acordado y otras vinculaciones que son las "consecuencias naturales" de aquello pactado.⁴⁹

A través de la ciencia psicológica, se ha buscado entender los procesos mentales del ser humano durante las negociaciones, y la exteriorización de los mismos; así, la

⁴⁷ Lilian San Martín Neira, "Responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de negociaciones", *Revista chilena de derecho* 40, n° 1 (2013): 319, doi:10.4067/S0718-34372013000100012.

⁴⁸ Ricardo Ramón Albelda, "Hans Küng: la teología desde un acto de confianza razonable. Una reducción humanístico - pragmática de la fe cristiana" (tesis, Universidad Católica Argentina, Argentina, 2005), 61, <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/greenstone/collect/tesis/archives/hans-kun.dir/doc.pdf>

⁴⁹ Vladimir Monsalve Caballero, "El comportamiento del contratante como determinante para la calificación de la ruptura injustificada de las negociaciones: visión desde el derecho europeo", *Vniversitas*, No. 119 (2009): 268, <http://www.redalyc.org/pdf/825/82515353016.pdf>

confianza razonable no surte el efecto necesario para que se produzca la responsabilidad precontractual, si es que ésta se encuentra simplemente en el fuero interno de la persona, sino que, para que se configure de manera categórica, debe cobrar vida en el plano material a través de actos demostrativos de la intención de concretar el negocio jurídico.

El profesor Díez-Picazo, respecto de la confianza razonable indica:

[...] en el tráfico jurídico, en el mundo de los negocios jurídicos, merece protección la confianza razonable suscitada objetivamente por una situación jurídica: que quien de buena fe realiza un negocio jurídico fundado en la confianza razonable que objetivamente le suscita la una situación de apariencia creada o mantenida por otra persona, debe ser protegido aunque de ello resulte un sacrificio para el interés o para el derecho de otro.⁵⁰

Bajo la consideración de que la confianza razonable envuelve hechos ciertos destinados a concretar un contrato, se precisa la necesidad de protección jurídica de quien de buena fe ha estado negociando. Con el enfoque realizado por el autor en cita, la infraestructura jurídica debe determinar un sistema de protección para quien de buena fe ha estado actuando durante la negociación, y en tal virtud, por haberse generado confianza razonable objetiva, cuando se produce la ruptura de la negociación de forma arbitraria, la protección de quien obró adecuadamente debe operar, así esto implique el desmedro del otro.

Se indica que la confianza razonable "... puede haberse generado por manifestaciones expresas o tácitas, (...) los actos desarrollados han generado una confianza razonable que el contrato iba a ser celebrado, y es en base a dicha confianza que la contraparte ha incurrido en gastos, tiempo y otros recursos".⁵¹

Podría afirmarse entonces que, para que exista la presencia de confianza razonable, ésta debe haber sido expresada en el mundo material, a través de manifestaciones expresas o tácitas, es decir que representa el conjunto de actuaciones con las que podría verificarse la seria intención de una de las partes de concretar el negocio jurídico.

Felipe Osterling y Alfonso Rebaza profundizan que:

⁵⁰ Luis Díez-Picazo, "Fundamentos del Derecho civil patrimonial", (Navarra: Thomson Civitas, 2007), 71-72.

⁵¹ Alfredo Chan Arellano, "Solo estamos saliendo: Sobre la buena fe en la etapa de las tratativas", *Ius Et Veritas*, No. 41 (2011): 44-57, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12051>

... [S]i las negociaciones se iniciaron de buena fe y alguno de los tratantes decidió terminar con ellas, actuando lealmente, no se genera responsabilidad. (...) si se rompe una tratativa injustificadamente, pero no se ha creado una confianza razonable en la celebración del contrato, tampoco se habrá generado responsabilidad. (...) las partes estarían actuando en función a su libertad de contratar, la cual en su acepción negativa importa el derecho a no contratar. Solo una vez traspasado este límite cobra relevancia el deber de buena fe y es entonces cuando la ruptura injustificada de las tratativas genera responsabilidad.⁵²

A fin de efectuar un razonamiento completo, se debe añadir que la libertad de contratación se entiende como el principio que "... permite que los particulares decidan con quién contratar, cuál será el objeto del contrato, cómo será regulada esa relación contractual e, incluso, cómo serán solucionadas o resueltas las diferencias que pudieran llegar a surgir entre las partes contratantes".⁵³

De lo señalado se observa cómo la libertad de contratación se constituye en la antesala de la confianza razonable, diríamos entonces que la libertad de contratación se instituye como un mecanismo de escogimiento, para dar paso a la exteriorización de los actos que, como se dijo anteriormente, reflejan confianza razonable. Se forma de esta manera una línea divisoria entre la libertad de contratación y la confianza razonable, y su limitación es la que da origen o no a la responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de relaciones.

1.4.1.2 El carácter injustificado e intempestivo de la ruptura de los tratos preliminares

Rubén S. Stiglitz, manifiesta que: "Tanto el incumplimiento obligacional como la amplia órbita de la responsabilidad extracontractual, que abarca los delitos y cuasidelitos en general, y toda violación del alterum non laedere, incluyendo en particular, la frustración injusta de tratativas precontractuales, son hipótesis de actos ilícitos".⁵⁴

Luis Moisset en su trabajo "El acto ilícito y la responsabilidad civil", manifiesta que para que se configure la ilicitud deben concurrir tres elementos: "a) elemento

⁵² Felipe Osterling Parodi y Alfonso Rebaza González, "La ruptura injustificada de tratativas contractuales", *Iuris Omnes*, (2008): 31-41, <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Ruptura%20Injustificada.pdf>

⁵³ Julio César Betancourt, "Libertad de Contratación, Orden Público y sus repercusiones en el marco de la Arbitrabilidad", *InDret*, No. 2 (2012): 2, http://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:xX_92KDjJ5kJ:scholar.google.com/+libertad+de+contrataci%C3%B3n&hl=es&as_sdt=1,5&as_vis=1

⁵⁴ Stiglitz, "Responsabilidad precontractual", 1.

objetivo: violación del ordenamiento jurídico; b) elemento subjetivo: voluntariedad del acto, que debe ser imputable al agente en razón de su dolo (delito), o de su culpa (cuasidelito); y c) el elemento externo o material: el daño”.⁵⁵

El contenido del elemento objetivo, violación del ordenamiento jurídico, comprende toda trasgresión a los componentes de la estructura jurídica que rige una sociedad, incluyendo los fraudes normativos que se produzcan, actuaciones que generan que el resultado sea antijurídico. En cuanto al elemento subjetivo, voluntariedad del acto, los tratadistas sostienen que para que se genere responsabilidad es indispensable la presencia de culpa o dolo por parte del agente, entonces nos encontramos frente a las figuras jurídicas de los delitos y los cuasidelitos, que se constituyen como hechos voluntarios, cuyo efecto civil es el nacimiento de la obligación de reparación del daño por parte del autor.⁵⁶ Sobre el tercer elemento, el daño, el mismo será analizado en el punto que sigue, como parte de los requisitos necesarios para que se configura la responsabilidad precontractual.

Que la ruptura de la relación negocial injusta, sea considerada como un acto ilícito, implica que este comportamiento producido en la etapa precontractual, es contrario a la norma jurídica o no tiene cobertura legal; contiene el elemento volitivo de quien sea aparta de la misma de forma intempestiva, por culpa o dolo; y que ese comportamiento ha generado un daño en contra de la parte que tenía expectativas ciertas de concretar el negocio.

Sin embargo, atendiendo el objeto de esta investigación, la simple aplicación de los elementos componentes de la ilicitud, al caso específico, no generarían responsabilidad precontractual per se, si no es que, acorde a lo señalado en el punto 1.3.2 de este trabajo, este apartamiento injusto e intempestivo se produzca durante el segundo período de las tratativas preliminares, esto es una vez presentada la oferta hasta antes de la suscripción del contrato. En este momento específico, y como se comentará en el segundo capítulo de esta tesis, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública ecuatoriana, ha determinado causas puntuales y específicas, por la cuales solamente la administración pública podría terminar de forma *justa* la relación precontractual.

⁵⁵

Moisset, “El acto ilícito y la responsabilidad civil”, 6-7.

1.4.1.3 El daño

Proveniente del latín *demere*, que significa, menguar, es el “valor de la pérdida sufrida o de los bienes destruidos o perjudicados”,⁵⁷ por lo tanto cualquier lesión contra un bien jurídicamente protegido, ya sea de carácter patrimonial o extra-patrimonial. Sin daño no se puede hablar de responsabilidad, entonces estamos frente al elemento fundamental de la responsabilidad precontractual, ya que, sin perjuicio patrimonial, no se configura el deber de resarcir, es por esto que a la responsabilidad civil se le ha dado el nombre de “derecho de daños”.

El daño surge a través del dolo, la culpa, el caso fortuito o sin la intervención de ninguno de los anteriores. El daño doloso implica indemnización y sanción penal; el culposo tan solo indemnización, y el fortuito exonera en la mayoría de los casos.

Hernán Vélez Vélez, en su artículo ¿Diversas concepciones sobre la configuración de la responsabilidad civil?, ¿cuáles concepciones sobre la configuración de la responsabilidad civil diferentes a la de "hecho ilícito - causalidad - daño" se presentan en el Derecho Privado?, sostiene que para que el perjuicio pueda ser considerado como tal, debe cumplir con ciertas características, debe ser económico (o patrimonial), directo, cierto, personal y lícito.⁵⁸

Sostiene el autor en referencia que el perjuicio debe ser económico y, al serlo, puede revestir dos modalidades: una disminución patrimonial (daño emergente) o un impedimento de una mejoría patrimonial (lucro cesante); hace notar que mientras el perjuicio es el reflejo patrimonial del daño, este último es la limitación, aminoración o deterioro de un bien jurídico realizados por una persona, en forma injustificada, esto es, bajo un actuar, activo o negativo, ilícito.⁵⁹

El perjuicio también debe ser directo, que se verifica con la relación de causalidad entre el acto ilícito y el daño; y entre el daño y el perjuicio; debe ser cierto, esto es, que debe tenerse certeza de que ocurrió, está ocurriendo, o de que ocurrirá como consecuencia del acto ilícito dañino; debe ser personal, solo puede demandar la reparación o indemnización de un perjuicio quien lo ha sufrido o, en su defecto, quienes prueben ser

⁵⁷ Alfredo Jaramillo, “Vocabulario Jurídico”, (Quito: Impreso en la Facultad de Ciencias Administrativas Universidad Central, 1993), 57.

⁵⁸ Hernán Vélez Vélez, “Different conceptions about the configuration of civil responsibility?, What conceptions about the configuration of civil liability other than that of ‘unlawful act - causality -damage’ are presented in the Private Law?”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* 46, n° 125 (2016): 411–41, doi:10.18566/rfdcp.v46n125.a08.

⁵⁹ *Ibíd.*

sus herederos; finalmente, debe ser lícito, el daño debe recaer sobre un bien jurídico que protege el derecho, con la finalidad de que pueda ser resarcido.⁶⁰

La afectación a los bienes jurídicamente protegidos, de los cuales el sujeto no tiene la obligación de soportar, representa el daño, el que se puede producir dentro de la esfera patrimonial o extra patrimonial del individuo, sin embargo y para el caso de responsabilidad precontractual, conforme los presupuestos determinados por la doctrina, el daño será eminentemente patrimonial, que se refleja en un perjuicio cuando confluyen los elementos o características necesarias para que el mismo pueda ser considerado como tal, entonces el perjuicio es la traducción material del daño producido al patrimonio de los negociantes.

1.4.1.4 Relación de causalidad entre confianza razonable y daño patrimonial ocasionado

Todo acto genera un resultado, positivo o negativo; para el caso que nos ocupa el resultado es de naturaleza negativa ya que irroga un perjuicio para la víctima,⁶¹ sin embargo para que este resultado dañoso sea imputable al autor, es imprescindible que se establezca la relación de causalidad entre el acto y el resultado. Ernesto Albán asegura que “en los delitos formales,⁶² dada la simultaneidad anotada, esta relación tampoco plantea problema; en los delitos materiales,⁶³ en cambio, hará falta comprobar exactamente que el resultado sea consecuencia de ese acto”.⁶⁴

El establecimiento del nexo causal ha llevado consigo complejidad, y para cumplir con el interés de saber a quién es atribuible un resultado considerado contrario al ordenamiento jurídico, la doctrina penal ha desarrollado numerosas teorías para dar solución a este problema.

⁶⁰ Ibíd.

⁶¹ Alfredo Jaramillo, “Vocabulario Jurídico”, 216. “Víctima, persona que padece daño por culpa ajena o por caso fortuito”.

⁶² Ernesto Albán, “Manual de Derecho Penal Ecuatoriano”, (Quito: Ediciones Legales, 1983) 127. “Delitos formales o de simple actividad, cuando de acuerdo a la tipicidad del delito, su ejecución exige un acto que incluye en sí mismo un resultado”.

⁶³ Ibíd. “Delitos materiales, cuando la tipificación del delito exige que el acto humano produzca un resultado simultáneo o posterior, perfectamente distinguible porque se trata de un cambio material que experimentan las personas o las cosas”.

⁶⁴ Ibíd., 139.

La teoría de la equivalencia de las causas o condición sine qua non,⁶⁵ teoría dominante en el derecho penal alemán, tiene como precedentes el axioma *causa causae*, *causa causati* (quien es causa de la causa, es causa del mal causado), y establece una equivalencia de causas porque todas son igualmente importantes para la consecución del resultado. Considera “causas” a todas las condiciones, factores y requisitos que colaboran en la producción de un resultado, sin las cuales éste no se hubiera producido. Sin embargo, esta teoría ha sido considerada de excesiva amplitud, ya que su aplicación rigurosa implica una ingente imputación de responsabilidades; es por esto que se desarrollan la teoría de la causalidad adecuada y la teoría de la causalidad eficiente, como formas de limitar su alcance.

La teoría de la causalidad adecuada,⁶⁶ determina que entre todas las causas productoras del resultado debe escogerse la más *idónea*, dejando de lado todas las demás, que siendo también factibles son consideradas inadecuadas. Albán sostiene que la eliminación de todas las causas puede resultar injusta, debido a que considera que algunas causas generalmente no idóneas pueden producir resultados perjudiciales; como una pequeña herida o una cucharada de azúcar, que en sí no son suficientes para matar, aunque causarían la muerte de un hemofílico o un diabético.⁶⁷

Al igual que la anterior la teoría de la causalidad eficiente⁶⁸ escoge de un conjunto de causas a aquella considerada, después del análisis de los hechos, como decisiva sobre el resultado; por lo tanto quien sea relacionado con esta causa es considerado el autor del hecho.

Estas teorías han sido consideradas básicas, pero tal como dije anteriormente, existen otras teorías como la teoría de la última condición,⁶⁹ la cual elimina las causas mediatas estableciendo como causa determinante a la última, es decir la más próxima al resultado.

Es de relevante importancia anotar las causas por las cuales se rompe el nexo causal, las mismas que se describen a continuación: 1) caso fortuito o fuerza mayor: lo componen los sucesos que al ser imprevistos no dependen de la voluntad humana y por lo tanto están exentas las figuras jurídicas de dolo y culpa. 2) hecho de un tercero, cuando

⁶⁵ *Teorías jurídicas de la relación de causalidad*, 17 de septiembre de 2017, 24-28 <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1559/4.pdf>.

⁶⁶ *Ibíd.*

⁶⁷ Ernesto Albán, “Manual de Derecho Penal Ecuatoriano”, 141.

⁶⁸ “Teorías jurídicas de la relación de causalidad”, 24-28.

⁶⁹ *Ibíd.*

el causante del daño es un sujeto ajeno a las partes; 3) hecho de la víctima, doctrinariamente se ha considerado a la culpa de la víctima como causal de inimputabilidad.⁷⁰

La relación de causalidad entre la confianza razonable y el daño, a través de las teorías planteadas doctrinariamente, es el medio que habilita la imputación del perjuicio al sujeto activo que ocasionó la defraudación del otro negociante, es bajo este paraguas que se configura la reparación, y con ello el restablecimiento del equilibrio del sistema jurídicamente quebrantado; sin nexo causal es imposible determinar responsabilidad, y consecuentemente practicar la reparación a que hubiere lugar.

1.4.2 Responsabilidad de los autores del daño ocasionado

En el entendido de que la responsabilidad precontractual opera en función de una afectación patrimonial, conforme se mencionó en el punto 1.4.1.3, esa afectación patrimonial configura una responsabilidad civil del autor, el cual es determinado en función del establecimiento del nexo causal, al que me he referido en el punto 1.4.14; en esa consideración, la responsabilidad civil o *derecho de daños*, ha sido definida como la que se imputa a un sujeto que ha causado un daño y que tiene la obligación de responder por el perjuicio ocasionado. Parraguéz aduce que responsabilidad civil es “la necesidad en que se encuentra el autor de un ilícito cualquiera de reponer los daños económicos ocasionados por él mismo, mediante la indemnización de perjuicios”.⁷¹

La fundamentación filosófica se ha basado en algunas teorías para que opere el derecho de daños. La teoría utilitaria manifiesta que el bienestar individual puede ser sacrificado siempre y cuando este sacrificio signifique un bienestar común más alto, “la norma principal de maximizar el bienestar social agregado -agregate social welfare-, se aplica al derecho de daños imponiéndole como fin la eficiente compensación y disuasión -compensation and deterrence-”.⁷²

⁷⁰ Héctor Patiño, “Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración. Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano”, *Revista de Derecho Privado* (2008): 376-398, revistas.uexnado.edu.co/index.php/derpri/article/download/2898/2539.

⁷¹ Luis Parraguéz, “Manual de Derecho Civil Ecuatoriano”, 155.

⁷² Edgardo López, “Introducción a la responsabilidad civil”, 17 de septiembre de 2017, párr. 6, <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:pRa6ysBy4nYJ:www.derecho.unt.edu.ar/publicaciones/Introdresponsabilidadcivil.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&client=firefox-b-ab>.

La teoría aristotélica kantiana, se basa en el derecho y en la justicia, tanto Kant como Aristóteles tiene como máximas a los principios de libertad e igualdad, “para esta teoría el derecho de daños tiene como fin no una eficiente compensación, sino una “justa” compensación y disuasión - just compensation and deterrence-”.⁷³

Por otro lado la justicia distributiva y conmutativa son las bases del resultado de la obligación o responsabilidad: la indemnización. La justicia distributiva de Aristóteles por su lado, maneja la tesis de la equitativa distribución de los recursos entre los individuos que componen la sociedad, esta distribución es de acuerdo al mérito o a la necesidad, de cualquier manera, esta teoría debe contener necesariamente la interacción del Estado y la sociedad, ya que siendo el Estado el rector de la sociedad políticamente organizada y consecuentemente su administrador, es el único encargado del manejo de los recursos del país y de su correcta utilización en beneficio de la comunidad.⁷⁴

La justicia conmutativa o correctiva, al contrario de la distributiva, no se basa ni en el mérito ni en la necesidad para la distribución de recursos, su fundamento consiste en una premisa negativa “nadie puede interferir con mis derechos”, quien lo hiciere es sujeto de reclamo por los daños producidos.⁷⁵

En la contratación pública ecuatoriana, específicamente en la fase precontractual que me ocupa, los sujetos precontratantes tienen las calidades de oferente y administración pública, y pese a la naturaleza privada –en la mayoría de casos- y pública, respectivamente, esta diferencia no implica la existencia de condiciones diferenciadoras en los efectos de la reparación, por los daños que se produzcan. Es decir que tanto los oferentes, como las entidades contratantes, responderían por los daños ocasionados a sus patrimonios, por responsabilidad precontractual, en razón de la inobservancia del principio de buena fe durante las tratativas preliminares, se podría decir entonces que, para los efectos de la reparación, ninguna de las partes se encuentra en condición de ventaja, desventaja o exención, puesto que la Constitución de la República del Ecuador y la Ley ecuatoriana, mandan la protección de los derechos, las garantías, y la reparación por los daños ocasionados, conforme se abordará en el segundo capítulo de esta tesis.

⁷³ Ibid., 7.

⁷⁴ Diego Poole Derqui, “La Justicia”, 17 de septiembre de 2017, 13 https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:-3YhrWZjXowJ:https://laicismo.org/data/docs/archivo_1214.pdf+&cd=5&hl=es&ct=clnk&client=firefox-b-ab.

⁷⁵ Ibid., 12.

Las entidades contratantes responden directamente por responsabilidad civil, en los términos que he comentado en el párrafo anterior, y adicionalmente el funcionario público, que con sus actos administrativos, ocasionó perjuicio, daño o detrimento de al patrimonio del administrado –oferente- también responde administrativamente por sus acciones, con la suspensión temporal del ejercicio del cargo, multas y la destitución del funcionario público, sanciones que se imponen de acuerdo a la falta cometida. Lo anterior sin perjuicio del derecho de repetición en contra del servidor público ocasionó el daño motivo de la responsabilidad civil, o la glosa correspondiente.

1.4.3 Valoración económica de la responsabilidad. Daño patrimonial y reparación

La culpa in contrahendo de Rudold von Jhering (1861), tiene que ver con las lesiones patrimoniales que debían ser reparadas en el marco establecido en el derecho romano. Este se constituye en uno de los antecedentes de mayor importancia en la teoría del daño. Así 39 años después de la publicación de esta obra, el código civil alemán y el italiano, establecieron la obligación de reparar los daños precontractuales, limitando este resarcimiento al interés negativo.

El antiguo Derecho romano concebía la obligación de reparar el daño por los gastos incurridos o por la pérdida de oportunidades, contra el vendedor de una herencia inexistente (*res commercium*);⁷⁶ y Jhering separó el interés del adquirente de un bien en interés contractual positivo y negativo.

El interés positivo proviene de los contratos válidos y al cumplimiento de las obligaciones de allí emanadas, cuya lesión supone una indemnización equivalente al beneficio económico que se recibiría con la ejecución normal del contrato; el interés negativo, se refiere al daño consecuencia de la nulidad del contrato, que lesiona la confianza que tenía de la otra parte, el resarcimiento se limitará a la restitución de la cosa entregada, al mayor valor de la cosa respecto del precio de venta, los gastos realizados en la celebración del contrato y la pérdida de otras oportunidades.⁷⁷

⁷⁶ Juan Iglesias, *Derecho romano: historia e instituciones*, (Madrid: Sello Editorial SL, 2010, 155.

⁷⁷ Jaime Mendieta, “La culpa in contrahendo historia, evolución y estado actual de la cuestión”, *Revista Mercatoria*, (2011): 43, <http://www.emercatoria.edu.co/PAGINAS/VOLUMEN10/HTML2/125.html>.

Los daños y perjuicios constituyen el llamado daño patrimonial, siendo el patrimonio el “conjunto de bienes pertenecientes a una persona natural o jurídica, o afectos a un fin, susceptibles de estimación económica”,⁷⁸ digo entonces que el daño patrimonial es cualquier afección a bienes ajenos sujeta de valoración económica.

Mendieta sostiene que: “La lesión al patrimonio, a los sentimientos o a los derechos fundamentales de la persona se puede causar de manera indistinta en presencia o no de una relación contractual. El daño como la aminoración patrimonial sufrida por la víctima debe ser reparado con independencia de si existe o no un vínculo contractual entre quien causa el daño y quien recibe la lesión al patrimonio.”⁷⁹

De Cupis dice: “lo que el derecho tutela el daño vulnera”.⁸⁰ En este sentido, producido el daño, los derechos patrimoniales por los perjuicios ocasionados pueden ser exigidos contractualmente o extra-contractualmente, y a su vez son estimados de acuerdo al daño emergente y al lucro cesante.

El daño emergente (*damnum emergens*), consiste en el menoscabo o pérdida patrimonial; y el lucro cesante (*lucrum cessans*), significa el perjuicio ocasionado en virtud del daño emergente, por lo tanto, constituyen las rentas dejadas de percibir debido al hecho dañoso ocurrido.⁸¹

Sin embargo a pesar de los requisitos impuestos por la jurisprudencia, el cálculo del lucro cesante a diferencia del daño emergente, está inmerso en algunas dificultades, propias de las circunstancias del caso concreto; para que la valoración sea establecida, el perito tiene que sujetarse según el derecho científico a que no basta la simple probabilidad de realizar la ganancia, tiene que existir una cierta probabilidad objetiva; por lo tanto deben ser analizadas todas las relaciones circunstanciales que rodean la causa, es decir, un análisis respecto de las rentas generadas si el hecho dañoso no hubiere ocurrido, principalmente lo concerniente a la frustración de las ganancias.

⁷⁸ Alfredo Jaramillo, “Vocabulario Jurídico”, 160.

⁷⁹ Jaime Mendieta, “La culpa in contrahendo historia, evolución y estado actual de la cuestión”, *Revista Mercatoria*, (2011): 43, <http://www.emercatoria.edu.co/PAGINAS/VOLUMEN10/HTML2/125.html>.

⁸⁰ Adriano De Cupis, “El daño, teoría general de la responsabilidad civil” (Barcelona, 1975): 109. “(...) lo que el derecho tutela, el daño vulnera. Si el derecho tutela un determinado interés humano, éste puede ser atacado por un daño, que será un daño en sentido jurídico (daño jurídico), en cuanto contra él apresta el derecho la propia reacción”.

⁸¹ Luis Moisset de Espanés, Guillermo Tinti y Maximiliano Calderón, “Daño Emergente y Lucro Cesante”, 17 de septiembre de 2017, párr. 8, http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:zPo0T525YK8J:www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/dano-emergente-y-lucro-cesante/at_download/file+&cd=5&hl=es&ct=clnk&client=firefox-b-ab.

Mendieta sostiene que el daño emergente abarca la pérdida de los elementos patrimoniales, se compone en principio de todos los gastos realizados respecto de la celebración del futuro contrato y lo que corresponda por las oportunidades y propuestas perdidas; y cita a Henao quien señala que: “cuando la lesión recae directamente sobre un bien, el lucro cesante está constituido por lo que éste deje de producir por el hecho dañino o las ganancias frustradas que se esperaban.”⁸²

Visto así el lucro cesante en la fase de negociación contractual, se concibe como los ingresos que la parte dejó de percibir, pero para aquello debe demostrarse la certeza de concreción del negocio jurídico, es decir que corresponde verificar que efectivamente existiría un ingreso que acrecentaría el patrimonio de la parte que se considera afectada; en este sentido el autor en cita precisa que la oferta irrevocable significa una cierta previsibilidad de celebración del contrato, debiendo analizarse el quantum del interés económico afectado, ya que la revocación de la oferta irrevocable no es el daño, sino el hecho generador de éste.⁸³

Suma a lo anterior la llamada pérdida de la oportunidad, indicando que: “La pérdida de oportunidad es calificada como una teoría de casualidad probabilística, ajena al daño eventual. Por consiguiente, se discute el nivel de certeza del acaecimiento del perjuicio futuro, dejando el criterio absoluto del todo o nada, para dar paso al porcentaje proporcional de pérdida del chance.”⁸⁴

Con lo anterior se torna efectivo plantear que en una negociación, la parte que actuando conforme el principio de buena fe, y prestando su total diligencia para que la contratación se produzca, en el marco de esa negociación puede perder oportunidades relacionadas con la concreción de otros negocios, consecuentemente el intempestivo y unilateral abandono de la relación negocial, implica el deber de resarcimiento respecto de las oportunidades perdidas de parte de quien actuó de buena fe, esto en el marco de la figura jurídica del lucro cesante.

Las concepciones doctrinarias hasta aquí incorporadas me han permitido efectuar la primera parte de este estudio, consistente en conocer los alcances del principio de buena fe, su aplicación en el tráfico jurídico en las relaciones entre administración y

⁸² Juan Carlos Henao, citado en Jaime Mendieta, “La culpa in contrahendo historia, evolución y estado actual de la cuestión”, 56.

⁸³ *Ibíd.*, 57.

⁸⁴ Juan Carlos Henao, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 24 de julio de 2008, citados en Jaime Mendieta, “La culpa in contrahendo historia, evolución y estado actual de la cuestión”, 59.

administrado, así como la responsabilidad en que se puede incurrir por la inobservancia del mismo como parte de un ordenamiento jurídico, la llamada responsabilidad precontractual; sobre la base de este análisis en el siguiente capítulo me enfocaré en la problemática de la fase precontractual en la contratación pública ecuatoriana.

Capítulo dos

La responsabilidad en la etapa precontractual de los procedimientos de contratación pública

La contratación pública en el Ecuador, se regula principalmente a través de la Constitución de la República del Ecuador, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y las resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública, SERCOP. En lo que tiene que ver con la fase precontractual, las normas enunciadas han previsto las disposiciones a ser cumplidas por los participantes en los procedimientos de contratación –oferentes y entidades contratantes-, a través de las distintas modalidades establecidas en la Ley para la contratación de bienes, servicios, obras y consultoría. En cuanto a la supletoriedad, se ha dispuesto la aplicación del Código Civil, en lo que tiene que ver con los contratos administrativos. En este capítulo, y en función de la normativa dispuesta, se estudiará el alcance de la responsabilidad precontractual en la contratación pública ecuatoriana.

2.1 El principio de buena fe en la legislación ecuatoriana

La Constitución de la República del Ecuador, manda, conforme Art. 226, que las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, 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, debiendo coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.

En el marco del principio de legalidad previsto en nuestra Constitución, los servidores públicos han debido ejercer sus funciones conforme lo previsto en la Ley, haciendo solamente lo que se encuentre permitido en el ordenamiento jurídico. El Código Orgánico Administrativo, ha dispuesto como uno de los principios del derecho administrativo ecuatoriano, el de juridicidad, por el cual, la actuación administrativa se

somete a la Constitución, a los instrumentos internacionales, a la ley, a los principios, a la jurisprudencia aplicable y al Código Orgánico Administrativo, precisando que la potestad discrecional se utilizará conforme a Derecho.

El Estatuto Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE, vigente desde el año 2002, manda que la administración pública central, deberá actuar respetando los principios de buena fe y confianza legítima. Así también, el Código Civil, cuerpo normativo fundamentalmente concebido para el derecho privado, ha prescrito la observancia de la buena fe, así: “Art. 1562.- Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella”.⁸⁵

El Código Orgánico Administrativo, en relación con el principio de buena fe indica: “Art. 17.- Principio de buena fe. Se presume que los servidores públicos y las personas mantienen un comportamiento legal y adecuado en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes”⁸⁶. Recordemos el esquema doctrinal del principio de buena fe, desarrollado en el primer capítulo de este trabajo, en donde se indicó que la buena fe objetiva se erige como regla de conducta fundada en la honestidad, en la rectitud, en la lealtad y en la consideración al interés del otro. Del contenido del Art. 17 transcrito, se observa que se ha vinculado al principio de buena fe, por una parte, a un comportamiento legal; y, por otra a un comportamiento adecuado, en mi opinión, la referencia a un comportamiento legal no es propiamente del principio de buena fe, si no del de legalidad o de juridicidad; en cuanto al comportamiento adecuado, me resulta un tanto laxo, visto el vasto desarrollo de la doctrina, conforme se ha dejado sentado. El legislador, pese a la indeterminación que reviste el principio de buena fe, pudo darle un contenido más preciso, que, sin ser ambiguo, mantenga la textura abierta, explicada por el profesor Luis María Díez-Picazo, con el objetivo de que este principio, cumpla su propósito en el derecho administrativo ecuatoriano.

Del marco jurídico expuesto, se desprende que el accionar de la administración pública, ha debido desarrollarse en observancia del principio de buena, y en lo que tiene que ver con la contratación pública, no solamente al momento de la ejecución contractual,

⁸⁵ Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial 46, Suplemento, 10 de mayo de 2005, art. 1572.

⁸⁶ Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, Registro Oficial 31, Suplemento, 20 de junio de 2017, art. 17.

sino durante todas las fases llevadas a cabo para la concreción del negocio jurídico administrativo, entre ellas la precontractual.

La positivización de este principio, como parte del derecho administrativo, implica que todos los que participen en un procedimiento de contratación pública, deberán, en todas sus fases, adecuar su comportamiento a la corrección, a la lealtad, a la honestidad, a la consideración del interés del otro, puesto que no hacerlo podría generar responsabilidad.

2.2 El procedimiento de contratación pública en el sistema jurídico ecuatoriano

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento de aplicación y las resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública, SERCOP, se han constituido en la normativa fundamental para regular el tratamiento de la contratación pública ecuatoriana, en este sentido se han previsto distintas fases del procedimiento de contratación pública, siendo una de ellas la llamada fase precontractual, sobre la que expondré a continuación.

El Artículo 49 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se refiere a la fase preparatoria y precontractual de todo procedimiento licitatorio, definiendo el alcance de cada una de ellas de esta manera:

De las Fases Preparatoria y Precontractual.- La fase preparatoria de todo procedimiento licitatorio comprende la conformación de la Comisión Técnica requerida para la tramitación de la licitación así como la elaboración de los pliegos.

La fase precontractual comprende la publicación de la convocatoria, el procedimiento de aclaraciones, observaciones y respuestas, contenidos y análisis de las ofertas, informes de evaluación hasta la adjudicación y notificación de los resultados de dicho procedimiento.⁸⁷

De los citados artículos previstos en la normativa del Sistema Nacional de Contratación Pública, me quiero referir a dos cuestiones, la primera que lamentablemente no encontramos en la Ley de la materia una definición general de lo que debemos entender comprende la fase precontractual, el citado Art. 49 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, refiere a la fase precontractual respecto de una de las

⁸⁷ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, Suplemento, 4 de agosto de 2008, art. 49.

modalidades de la contratación pública, la licitación, dejando por fuera a toda la gama de modalidades provista por el legislador para efectuar contrataciones por parte del Estado. Un procedimiento de contratación pública, cualquiera sea su modalidad, siempre tendrá una fase precontractual, y lo ideal hubiera sido que la Ley provea tal conceptualización.

El Servicio Nacional de Contratación Pública, SERCOP, vista la falta de definiciones por parte de la Ley, ha otorgado un detalle de componentes a cada una de las fases que pueden presentarse en un procedimiento de contratación. La Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072, codificada y actualizada al 12 de junio de 2018, en su Art. 2, Definiciones, se refiere al contenido de las fases preparatoria, precontractual y contractual. En cuanto a la fase preparatoria, se refiere a la misma, de la siguiente manera:

28. Fase preparatoria.- Fase de la contratación pública que incluye la elaboración y modificación del plan anual de contrataciones – PAC; la elaboración de estudios de mercado, elaboración de especificaciones técnicas y términos de referencia – TDR; elaboración del presupuesto referencial y emisión de certificación presupuestaria; elaboración de estudios, elaboración y aprobación de pliegos; conformación de la comisión técnica u otorgamiento de delegación; y, toda actividad hasta antes de la publicación del procedimiento en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública.⁸⁸

Es en la fase preparatoria en donde existe una actividad exclusiva de la administración, es decir es aquella donde la entidad pública, sobre el marco de una necesidad, efectúa todos los trámites previos tendientes a habilitar la fase precontractual, sin aparente mayor injerencia externa, especialmente en lo que tiene que ver con los llamados bienes y servicios normalizados.

La norma *ibídem*, también define a la fase precontractual, así:

29. Fase precontractual.- Fase de la contratación pública que se inicia con la publicación del procedimiento en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública; etapa de preguntas, respuestas y aclaraciones, modificaciones de condiciones contractuales o de pliegos; cancelación del procedimiento, etapa de recepción, apertura, convalidación de errores, verificación, y calificación de ofertas; informe de la comisión técnica o del delgado; resolución y publicación de la adjudicación o decisión de procedimiento desierto; y todo acto que esté comprendido entre la convocatoria hasta la adjudicación o declaratoria de desierto del proceso de contratación.⁸⁹

⁸⁸ Ecuador SERCOP, Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072, Documento Institucional, 31 de agosto de 2016, art. 2.

⁸⁹ *Ibídem*.

Aunque la norma indica que la fase precontractual es, en resumidas cuentas, aquella que comprende toda actividad entre la convocatoria, hasta la cancelación, la adjudicación o la declaratoria de procedimiento desierto, ergo entre la fase preparatoria y la fase contractual, empero de tomarse especial atención a lo indicado por la doctrina sobre las sub-etapas dentro de esta fase, es decir las tratativas antes de la presentación de la oferta, y las que se gestionan posteriormente, toda vez que esta delimitación ha permitido efectuar una apreciación más acertada respecto de la responsabilidad precontractual.

En cuanto a la presentación de la oferta, los proponentes, deben presentar sus propuestas técnico – económicas, ceñidas a los pliegos precontractuales (caso contrario son inhabilitadas y rechazadas), en esa virtud, el contrato se generará y formalizará, producida la aceptación de la entidad contratante de esa oferta –adjudicación-, a diferencia de lo indicado por el doctrinario Arturo Alessandri, citado en el primer capítulo de esta tesis, el contrato no se genera por la simple aceptación de la oferta, en nuestro caso con la adjudicación, sino que el futuro contratista deberá declarar su voluntad de ejecutar la contratación, a través de la firma del respectivo contrato.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, no ha previsto una definición de lo que es la oferta de forma general, sino que ha hecho referencia a la oferta habilitada, como aquella que cumple con los requisitos exigidos para la contratación, la llamada aceptación a la invitación, de la que traté en el capítulo anterior.

La Codificación de Resoluciones emitida por el Servicio Nacional de Contratación Pública, tampoco ha previsto esta definición, solamente se han hecho constar, los conceptos de oferta presentada y oferta ganadora en los procedimientos de subasta inversa corporativa de medicamentos o de alimentación escolar.

Sin embargo, en las condiciones generales de los contratos, correspondientes a los modelos de pliegos de uso obligatorio expedidos por el SERCOP, se define a la oferta como la propuesta para contratar, ceñida al pliego, presentada por el oferente a través de la cual se obliga, en caso de ser adjudicada, a suscribir el contrato y a la ejecución de la obra o proyecto, suministro de bienes, prestación del servicio, o ejecución de la consultoría, conforme corresponda.

Recordemos que la oferta en la contratación pública ecuatoriana se presenta, dentro del plazo establecido en el calendario del procedimiento, en una estructura de formulario único (formalidad), que comprenden la carta de presentación y compromiso, las especificaciones técnicas o términos de referencia, el detalle de experiencias y demás

requisitos previstos en la contratación de que se trate, junto con toda la documentación justificante de sus afirmaciones contenidas en el formulario único (sujeta a tiempo, procedimiento y forma). Vale hacer énfasis en que, conforme el formato de la Carta de Presentación y Compromiso de la oferta, los potenciales co-contratantes del Estado deben declarar que su oferta en todo aspecto es honrada y de buena fe, con lo cual se fija, así también, el contrapeso para el particular, en cuanto a la observancia del principio de buena fe en la relación negocial.

Los elementos de la acepción establecida por el SERCOP respecto de la oferta en las condiciones generales de los modelos de contrato, consideran a la misma como una proposición para contratar, toda vez que la entidad contratante debe evaluar esa oferta, con la finalidad de verificar si ésta contiene las exigencias previstas en los pliegos precontractuales, visto que dichas exigencias son de cumplimiento obligatorio; así mismo, señala que se obliga en caso de adjudicársele el contrato, a suscribirlo; condición que se refuerza con el contenido del formulario –presentación y compromiso–, en donde en su parte inicial se consigna esta declaración por parte del oferente, cuyo texto es de adhesión no pudiendo efectuarse ninguna modificación a su esencia, salvo el llenado de los datos, conforme allí se señala.

De lo anterior se puede colegir que, salvo excepciones puntuales a ciertos procedimientos como la subasta inversa electrónica, presentada la oferta la misma se torna en irrevocable para el oferente, es decir que la relación precontractual no podrá terminarse, sino únicamente en caso de que su oferta fuera rechazada o inhabilitada por la entidad contratante, de conformidad con la Ley. De igual manera tampoco podrá modificarla, siendo únicamente posible que la convalide, así mismo de acuerdo con lo previsto por la norma jurídica pertinente.

Finalmente, y a fin de delimitar el alcance de la fase contractual, el Servicio Nacional de Contratación Pública, la conceptualiza como sigue:

30. Fase contractual.- Fase de la contratación pública que incluye todas las actuaciones para cumplir con el contrato suscrito, registro en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública, la administración de la ejecución contractual, incluidos los registros de entregas parciales en caso de haberlas, presentación y pago de planillas, según el objeto de contratación y las actas de entrega - recepción provisionales y definitivas, según corresponde, además de la liquidación de los contratos en cualquiera de sus formas y la finalización del procedimiento; y en el caso de ser pertinente la realización de órdenes de trabajo, órdenes de cambio y contratos complementarios cubriendo la totalidad de los eventos.⁹⁰

⁹⁰ Ibídem.

Instrumentado el contrato, la fase contractual se ocupa de todo lo que tiene que ver con su ejecución, y a través del administrador del contrato, se velará por el cabal y oportuno cumplimiento de las obligaciones de las partes, en donde se involucran las prerrogativas del Estado, para la consecución del bien común.

Estas son las fases que la normativa ecuatoriana prevé como constitutivas del procedimiento para que se efectúen las compras del Estado, en las que, de acuerdo con lo dispuesto por la Ley, los negociantes participarán adecuando su comportamiento al principio de buena fe.

2.3 Consideraciones de la terminación de la relación precontractual, en el marco de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

La relación negocial entre la administración pública ecuatoriana y los oferentes, conforme la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, supone dos momentos en que pueda ser terminada, bajo las figuras de cancelación y de declaratoria de desierto de un procedimiento. Ahora bien, se presenta un tercer momento, cuando se ha producido una adjudicación y la administración pública quiere dejar sin efecto ese acto administrativo, por medio de la declaración de lesividad.

En esas circunstancias, el deber de lealtad del Estado, como Contratante, es más riguroso; ergo, no puede romper la negociación precontractual, si la causa que motiva dicho rompimiento no se funda en una motivación cierta, conforme derecho.

2.3.1 La cancelación del procedimiento

La Ley en referencia, en su artículo 34 establece:

Art. 34.- Cancelación del Procedimiento.- En cualquier momento entre la convocatoria y 24 horas antes de la fecha de presentación de las ofertas, la máxima autoridad de la entidad podrá declarar cancelado el procedimiento, sin que dé lugar a ningún tipo de reparación o indemnización, mediante acto administrativo motivado, en los siguientes casos:

1. De no persistir la necesidad, en cuyo caso se archivará el expediente;
2. Cuando sea necesario introducir una reforma sustancial que cambie el objeto de la contratación; en cuyo caso se deberá convocar a un nuevo procedimiento; y,
3. Por violación sustancial de un procedimiento precontractual.⁹¹

⁹¹ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 34.

De la previsión normativa, y para el caso que me ocupa, considero importante resaltar dos elementos, el primero la obligación de que el acto administrativo contenga la subsunción de los hechos a esta norma de derecho, en ese sentido, las circunstancias fácticas deberán enmarcarse con total claridad y expresión en las causales previstas en el ordenamiento jurídico para que la cancelación de un procedimiento sea válida, es decir que no podrá cancelarse un procedimiento bajo la invocación de que el objeto que perseguía la contratación no es necesario, y dentro del ejercicio fiscal en curso, lanzarse un procedimiento en igualdad de condiciones.

Como segundo elemento, el cual guarda una relación más directa con la responsabilidad precontractual, es la oferta; en ese sentido la cancelación podrá operar siempre que las ofertas no hayan sido presentadas, en una temporalidad precisada de forma específica, entre la convocatoria y 24 horas antes de la presentación de las ofertas.

Conforme lo sostenido por la doctrina, la línea limítrofe entre la presencia o ausencia de responsabilidad precontractual, está dada en función de un punto específico, la oferta; siendo así, la presencia de los derechos y garantías previstas en la Constitución –patrimonial, trabajo-, tienen su nexo causal, en el mismo punto específico.

El que la cancelación se pueda producir únicamente antes de la presentación de las ofertas, implica que la relación comercial no habría alcanzado la fase necesaria para que opere la responsabilidad precontractual; siendo ésta la consecuencia, las premisas mayor y menor no configuran transgresión de la norma –análisis inductivo-, dado que la protección garantista en los términos de la propia Constitución de la República del Ecuador, es regulada por el ordenamiento infraconstitucional, presentándose armonía en razón de que en este momento procedimental, no se ha producido expectativa cierta de concreción del negocio jurídico, en razón de la previsión normativa, es así que no se presenta afectación o daño al administrado oferente.

La Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, ha determinado tres causales por las cuales podría habilitarse la cancelación de un procedimiento, la primera y la segunda a mi entender, oportunidades para que la administración pública ejercite acciones relacionadas con la protección del patrimonio público, por no persistir la necesidad del objeto de la contratación, o para introducir una reforma elemental que cambie el objeto de la contratación, es decir que los productos motivo de la contratación y necesarios para la prestación del servicio público de que se trate, deban ser replanteados para satisfacer el bien común, el no contar con esta posibilidad, generaría afectación

irreparable en definitiva, no solamente para la administración junto con las responsabilidades a lugar conforme la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, sino también para todos los ecuatorianos.

Sobre la tercera causal prevista en la Ley, la violación sustancial del procedimiento, como en el Derecho en general acarrea la nulidad, consecuentemente no es posible continuar con el mismo frente a esta circunstancia, que se ha previsto como garantía del debido proceso y la seguridad jurídica.

Ahora bien, la cancelación del procedimiento significa un reproceso para la entidad contratante, a menos de que no persista la necesidad de la contratación, lo que generaría una afectación de índole económica y social, en razón de la oportunidad, que atendiendo el caso específico, podría traducirse en lucro cesante, por no contar a tiempo con el objeto de dicha contratación.

Seguidamente, me referiré a la responsabilidad precontractual, una vez presentada la oferta irrevocable, que como se dijo, motiva de forma material, una cierta previsibilidad de celebración del contrato, consecuentemente los efectos que se producen, son distintos de los presentes en la cancelación.

2.3.2 Declaratoria de procedimiento desierto

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en su artículo 33 establece:

Art. 33.- Declaratoria de Procedimiento Desierto.- La máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, declarará desierto el procedimiento de manera total o parcial, en los siguientes casos:

- a. Por no haberse presentado oferta alguna;
- b. Por haber sido inhabilitadas todas las ofertas o la única presentada, de conformidad con la ley;
- c. Por considerarse inconvenientes para los intereses nacionales o institucionales todas las ofertas o la única presentada. La declaratoria de inconveniencia deberá estar sustentada en razones económicas, técnicas o jurídicas;
- d. Si una vez adjudicado el contrato, se encontrare que existe inconsistencia, simulación o inexactitud en la información presentada por el adjudicatario, detectada por la Entidad Contratante, la máxima autoridad de ésta o su delegado, de no existir otras ofertas calificadas que convengan técnica y económicamente a los intereses nacionales o institucionales, declarará desierto el procedimiento sin perjuicio del inicio de las acciones que correspondan en contra del adjudicatario fallido; y,
- e. Por no celebrarse el contrato por causas imputables al adjudicatario, siempre que no sea posible adjudicar el contrato a otro oferente.

Una vez declarado desierto el procedimiento, la máxima autoridad o su delegado, podrá disponer su archivo o su reapertura.

La declaratoria definitiva de desierto cancelará el proceso de contratación y por consiguiente se archivará el expediente.

Podrá declararse el procedimiento desierto parcial, cuando se hubiere convocado a un proceso de contratación con la posibilidad de adjudicaciones parciales o por ítems.

La declaratoria de desierto o cancelación no dará lugar a ningún tipo de reparación o indemnización a los oferentes.⁹²

Partamos de la premisa de que la declaratoria de procedimiento desierto se produce únicamente cumplido el plazo para la presentación de las ofertas, y el que corresponde a la evaluación de dichas ofertas, recordando que, en esta instancia, el oferente que presentó su propuesta técnica – económica no puede retirarla, y que la entidad contratante tiene únicamente cinco causales para retirarse de la relación comercial.

Quienes participan con la esperanza de convertirse en cocontratantes del Estado, tienen como propósito, prima facie, una ganancia, un beneficio de orden pecuniario que satisfaga sus necesidades económicas; en esta virtud, se allanan a lo requerido por la entidad contratante, a través de la oferta, con la finalidad de que su aspiración se convierta en realidad. Este allanamiento al que me refiero, comporta las reglas de la contratación pública, previstas por las normas de la materia, en donde se conjuga el hecho –la necesidad- y el derecho –el procedimiento-.

El ideal económico social, pretende conseguirse mediante la funcionalidad del sistema jurídico, el cumplimiento exacto de la norma, como se requiere en derecho público, no solamente protege el debido proceso, que obligatoriamente debe ser aplicado por la administración pública en todo su quehacer, sino que garantiza la seguridad jurídica, es decir, que la expectativa de los oferentes, de recibir una utilidad de los negocios que pretenden concretar con el Estado, se soportan en pilares principios jurídicos, que se han instituido para que el sistema jurídico no se fracture.

El deber por parte de la administración pública de reconocer los derechos de los participantes en los procedimientos de contratación pública, junto con la certeza del derecho en cuanto a su publicidad y aplicación, son de aplicación general, por tanto todas las actuaciones arbitrarias o antijurídicas de parte de las entidades que contratan, que transgredan los principios de debido proceso y seguridad jurídica, implican el rompimiento del sistema, y como se dijo anteriormente, una cura para ese daño, es la reparación, por configuración de la responsabilidad precontractual. Lo propio sucedería

⁹² *Ibíd.*, art. 33.

en caso de que esa transgresión se realice de por parte de los oferentes, como se explicará más adelante.

En línea con lo esbozado en la cancelación del procedimiento, a la declaratoria de procedimiento desierto le importan los mismos dos elementos, esto es la motivación y la presentación de las ofertas. Así, la motivación no solamente que le da la connotación de legítimo al acto administrativo, si no que contrarresta la arbitrariedad y la antijuridicidad, que está prohibida para la administración pública.

La oferta como segundo elemento, se constituye en el corazón de la declaratoria de procedimiento desierto; es así que, todas las posibilidades contempladas por la Ley para que opere esta figura jurídica, tienen que ver con asuntos relacionados con la presentación o no de la oferta, o con su contenido.

Ahora bien, presentada la oferta, ¿es posible revocarla?, la normativa relacionada con el Sistema Nacional de Contratación Pública, no contempla esta posibilidad de parte de los oferentes, al contrario, y como señalé, éstos, a través de la Carta de Presentación y Compromiso de la Oferta, se obligan a suscribir el contrato en caso de ser adjudicatarios, y a mantener su oferta vigente por el tiempo establecido en los pliegos, que puede ser hasta la suscripción del contrato, pudiendo inclusive ser prorrogado por la entidad contratante.

Octavio Vincés Zegarra, en su obra “Voluntad y declaración ante la responsabilidad precontractual e ‘incontrahendo’ en los Códigos Civiles venezolano y peruano”, en cuanto a la relación de autonomía o dependencia de la oferta respecto del oferente y la filiación declaracionista o voluntarista de las codificaciones venezolana y peruana, ha efectuado la siguiente relación:⁹³

Tabla 1
Relación de autonomía o dependencia de la oferta en los Códigos Civiles venezolano y peruano

⁹³ Octavio Vincés Zegarra, “Voluntad y declaración ante la responsabilidad precontractual e ‘incontrahendo’ en los Códigos Civiles venezolano y peruano”, *Revista Anuario del Instituto de Derecho Comparado*, No. 38 (2015): 4-6, <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/55/55-14.pdf>.

Venezuela	Perú
En orientación voluntarista opta por la dependencia de la misma del oferente.	Apartándose de los principios voluntaristas a reglas más acordes con el valor de la seguridad jurídica, opta por conferir autonomía a la oferta para evitar retractaciones arbitrarias.
Artículo 1137 "El autor de la oferta puede revocarla mientras la aceptación no haya llegado a su conocimiento". Ruptura de relaciones intempestiva posible.	Des carta posibilidad práctica de ruptura intempestiva de las negociaciones por la revocación. El oferente habrá creado en virtud de su declaración una relación jurídica de sujeción de la cual no puede abstraerse en principio de su propia voluntad. Vigencia del valor de la seguridad jurídica a través de la previsibilidad objetiva a favor del destinatario de la oferta.
Artículo 1160, buena fe en el plano de ejecución e interpretación del contrato. No es admisible una interpretación literal ya que que estaríamos diciendo que es procedente actuar de forma dolosa en el momento de las tratativas.	Artículo 1362, buena fe en la negociación del contrato. Existencia de una situación de contacto entre las partes. Existencia de daño mediante revocación dolosa de la oferta. Inducción premeditada en contra de quien podría estar esperanzado en el perfeccionamiento del contrato.
Revocación no basta que sea injustificada, sino que además debe ser una actuación de mala fe, o al menos negligente, para que proceda la indemnización.	

Fuente: Voluntad y declaración ante la responsabilidad precontractual e 'incontrahendo' en los Códigos Civiles venezolano y peruano"

Elaboración: Propia.

Conforme el contenido de la Carta de Presentación y Compromiso de la Oferta, conforme los modelos oficiales expedidos por el SERCOP, se puede deducir que en el Ecuador se presenta una filiación declaracionista, es decir que nos encontramos frente a una relación negocial precontractual blindada por la Ley, en donde los oferentes están imposibilitados de revocar la oferta.

Todo procedimiento de contratación pública, de manera pura y objetiva, contiene el ideal de concretar la contratación y de satisfacer la necesidad de orden público; la no presentación de ofertas, conlleva entonces un retraso en la prestación del servicio público, puesto que toda contratación pública, lleva consigo la persecución del bienestar común.

Fue en Francia, debido a tres decisiones jurisprudenciales, que surge la noción de servicio público, y es esta jurisprudencia la que constituye el patrimonio mundial del Derecho Administrativo clásico. Las decisiones son: Arrêt Blanco del Tribunal de Conflictos, de 8 de febrero de 1873; Arrêt Terrier del Consejo de Estado, de 6 de febrero de 1903; Arrêt Feutry del Tribunal de Conflictos, de 29 de febrero de 1908; Arrêt Théron del Consejo de Estado, de 4 de marzo de 1910. Es en base a esta jurisprudencia que fue elaborada la teoría del servicio público en Francia.

Los servicios públicos hacen referencia a todas las actividades de la administración pública encaminadas a satisfacer, en forma regular y continua, las necesidades e intereses de la colectividad, ya sea por sí mismo o por medio de particulares a través de la concesión o delegación.

Sus palabras de forma independiente claramente reflejan la noción de servicio público por un lado la acepción de "servicio", consistente en las actividades de prestación asumidas directamente por la Administración o indirectamente, por un particular mediante concesión o delegación, sea cual fuere la forma el fondo tiene que ser generar

una utilidad de orden público general; y de "público", referente a la gestión asumida a favor de la colectividad.

Siendo la misión del Estado, la provisión de los servicios públicos, cualesquiera que fuera éste, la no presentación de ofertas, además de generar los mismos efectos que fueron referidos en la cancelación del procedimiento sobre la base de la causal tercera, resulta en una afectación directa al ciudadano, puesto que el no recibir el servicio público con oportunidad menoscaba sus derechos amparados y protegidos por la Constitución.

Por otra parte, corresponde considerar que, desde el inicio de su ejecución, toda articulación tendiente a concretar un procedimiento precontractual de contratación pública, tiene por objeto la consecución del contrato, y por medio de éste, la prestación del servicio público, en beneficio de la colectividad, en ese sentido, toda actividad material o inmaterial producida en ejercicio de la función pública, tiene un costo, puesto que la erogación del recurso público, no solamente comprende el precio de dicho contrato, sino que la erogación del recurso público está concebida desde el inicio de la planificación de dicha contratación.

En esa virtud, cuando las autoridades de las entidades contratantes declaran desiertos sus procedimientos de contratación pública, deben considerar todas las aristas que causan daño o perjuicio a la actividad administrativa, ergo detrimento a los recursos públicos, así se han pronunciado los autores del libro *Corrupción y Desarrollo*, Nicolás Rodríguez García y Fernando Rodríguez López, al decir que:

[L]a anulación del procedimiento precontractual... aún cuando no se haya llegado a disponer o librar nada del presupuesto vinculado al objeto del contrato, supone pérdidas de recursos públicos y, en su caso también privados... Costes que no pueden tampoco pasar desapercibidos pese a que en muchas ocasiones dichos gastos no se aprecien o no se lleguen a cuantificar, como por ejemplo sucede con el número de horas de trabajo perdidas en contrataciones fallidas.⁹⁴

Se aprecia entonces que la consecución de los fines del Estado, la prestación de los servicios públicos, se afectan en razón de procedimientos de contratación pública fallidos; la falta de presentación de las ofertas en razón de términos de referencia o especificaciones técnicas irracionales o imposibles de cumplir, resultan en un daño para el interés público, que comprende, no solamente la no realización de la compra esperada, ni el lucro cesante que podría generarse atendiendo el tipo de contratación de que se trate,

⁹⁴ Nicolás Rodríguez García y Fernando Rodríguez López, "Corrupción y Desarrollo", (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017), 251.

sino que también a éste deben sumarse los recursos públicos empleados para el desarrollo de los procedimientos precontractuales por parte de las entidades del Estado.

Pero, ¿qué sucede cuando las entidades contratantes o los oferentes se apartan de la relación comercial precontractual de manera arbitraria?, a continuación, efectuó este análisis, de acuerdo a las particularidades de cada una de las causales previstas por la Ley para que se produzca la declaratoria de procedimiento desierto.

2.3.2.1 La no presentación de ofertas

La primera causal prevista para que opere la declaratoria de procedimiento desierto, tiene lugar cuando no se presentaron ofertas dentro del plazo establecido para el efecto en el cronograma del procedimiento precontractual; hecho que depende de la voluntad de quienes tengan interés en participar en el procedimiento de contratación de que se trate; así, los potenciales contratistas, deciden si convertirse o no en oferentes del Estado, para lo cual cumplirán con todos los requisitos dispuestos por la entidad contratante.

En el capítulo anterior, se trató la forma en la que se concibe al principio de buena fe, y los efectos de éste, cuando existe un apartamiento durante la relación comercial, en este sentido, y habiéndose considerado que es la oferta la que significa una cierta previsibilidad de celebración del contrato, no puede generarse responsabilidad precontractual, por no configurarse un apartamiento arbitrario de la relación comercial, en los términos previstos por la doctrina, al no presentarse esa expectativa cierta de que el negocio jurídico vaya a concretarse.

2.3.2.2 La inhabilitación de las ofertas

La inhabilitación de las ofertas se produce solamente por los presupuestos establecidos en la Ley, de esta manera, una oferta se inhabilita cuando quienes participan se encuentren inmersos, por sí o por interpuesta persona en las inhabilidades generales y especiales, previstas en los artículos 62 y 63 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; 110 y 111 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, en lo resuelto por el Servicio Nacional de Contratación Pública. En caso de que esta verificación ocurriera en forma posterior, será

motivo para efectuar la terminación unilateral del contrato, de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 94, número 5, de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, artículo 31, dispone que, dentro de todo procedimiento precontractual, obligatoriamente debe existir un plazo para la convalidación de errores de la oferta, como mecanismo de reparación de la misma, relacionada con errores eminentemente de forma. Así, el artículo 23 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, prescribe:

Convalidación de errores de forma.- Las ofertas, una vez presentadas no podrán modificarse. No obstante, si se presentaren errores de forma, podrán ser convalidados por el oferente a pedido de la entidad contratante, dentro del término mínimo de 2 días o máximo de 5 días, contado a partir de la fecha de notificación. Dicho término se fijará a criterio de la Entidad Contratante, en relación al procedimiento de contratación y al nivel de complejidad y magnitud de la información requerida. El pedido de convalidación será notificado a todos los oferentes, a través del Portal www.compraspublicas.gov.ec.

Se entenderán por errores de forma aquellos que no implican modificación alguna al contenido sustancial de la oferta, tales como errores tipográficos, de foliado, sumilla o certificación de documentos.

Así mismo, dentro del período de convalidación los oferentes podrán integrar a su oferta documentos adicionales que no impliquen modificación del objeto de la oferta, por lo tanto podrán subsanar las omisiones sobre su capacidad legal, técnica o económica.⁹⁵

Las disposiciones tanto de la Ley como del Reglamento en cita, no son facultativas para las entidades contratantes, sino imperativas, por lo tanto, resulta en una afectación y vulneración de derechos de los participantes, el que dentro del calendario de un procedimiento de contratación no conste la sub fase relacionada con la convalidación de errores, puesto que la misma no es una actividad destinada exclusivamente a la evaluación que realiza la entidad contratante, sino que durante la misma, los oferentes están facultados para de oficio incorporar documentos que, sin modificar el contenido del objeto de la oferta, subsanen su capacidad técnica, económica o legal.

Sin embargo, en la práctica se ha podido apreciar que las entidades contratantes en varios casos han decidido no habilitar esta sub fase, bajo la consigna de que luego del análisis de ofertas no han encontrado errores sobre los cuales puedan requerirse convalidaciones, y además por acelerar el procedimiento precontractual, lo que genera un daño a los participantes que de oficio pudieron haber convalidado sus ofertas. A esto se

⁹⁵ Ecuador, *Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial Suplemento 588, de 12 de mayo de 2009, art. 23.

suma el hecho de que el Portal de Compras Públicas administrado por el Servicio Nacional de Contratación Pública, deja al arbitrio de las entidades contratantes la apertura o no de la sub fase de convalidaciones, atentando de esta manera lo establecido por las normas ya referidas.

Dentro del período de convalidación de las ofertas, la comisión técnica o el delegado de la ejecución del procedimiento precontractual, efectuado el análisis de las ofertas presentadas, está en la obligación de solicitar a los participantes enmienden los errores de forma presentados en las ofertas, nuevamente en esta actividad se impone el deber irrestricto de cumplir con lo previsto en la norma, sin que pueda injerir ningún apego o desapego por parte de los evaluadores.

Con la finalidad de llevar a cabo esta actividad, el Servicio Nacional de Contratación Pública emitió directrices para que pueda producirse la convalidación de errores de las ofertas, las cuales fueron recogidas en la Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072, codificada y actualizada al 12 de junio de 2018, así, artículo 157 delimita el alcance de los errores de naturaleza convalidable, así: i) la información documental para la verificación de los hechos debe existir con anterioridad a la presentación de las ofertas; ii) se podrá solicitar convalidación de la información que conste de los formularios y los documentos de la oferta; iii) la aclaración, ampliación o precisión respecto de una determinada condición cuando ésta se considere incompleta, poco clara o incluso contradictoria con respecto a otra información dentro de la misma oferta.

Para complementar lo anterior, el mismo cuerpo normativo, en el artículo 158, enlista los errores que no son objeto de subsanación, de la siguiente manera: i) la omisión de la firma en el formulario de la oferta; ii) la alteración o modificación del contenido de la carta de presentación y compromiso o de cualquier otro numeral del formulario de la oferta, de tal manera que se pueda entender la existencia de una oferta condicional; iii) la no presentación de cualquiera de los numerales del formulario de la oferta, conforme la condición y naturaleza jurídica del oferente; iv) la omisión o incumplimiento de cualquiera de los requisitos exigidos en el pliego, siempre que no existe referencia documental en la oferta. La existencia de errores no convalidables constituirá causal para el rechazo de la oferta.

La tipificación de la casuística para que pueda operar la convalidación de errores de las ofertas, exhorta a los evaluadores a ejecutar su labor en el marco de los principios de legalidad y buena fe, no hacerlo atenta en contra del principio de concurrencia, el de

seguridad jurídica, del debido proceso, del derecho patrimonial, y de la libertad del trabajo, consecuentemente genera responsabilidad.

En sentido amplio, una oferta es inhabilitada cuando no cumple con los parámetros exigidos por la entidad contratante, ergo se rechaza luego de evacuada la fase de evaluación de las ofertas. Aparentemente, nos encontramos frente a una actividad que no denotaría mayor complicación, puesto que esta circunstancia sería en principio, fácilmente verificable a través de la evaluación cumple/no cumple, y la ponderación en caso de que tenga lugar; sin embargo, se ha demostrado que dicha actividad no es del todo simple, puesto que existen varios elementos que pueden ocasionar un desbalance.

Se incurre en subjetividad e interpretación, cuando los requisitos mínimos establecidos en los pliegos de contratación, son ambiguos, oscuros o confusos, admitiendo de esta manera o propendiendo a la necesidad de que se efectúen apreciaciones, deducciones, o razonamientos no compatibles, con la actividad del evaluador que debe ser completamente objetiva.

Ahora bien, en el hipotético de que las especificaciones técnicas y los términos de referencia fueran claros, completos y detallados, se produce una situación agravada, cuando existe subjetividad o inclinación respecto de la evaluación de una oferta, ya sea para favorecerla o para inhabilitarla, en donde la intencionalidad en no actuar de forma imparcial, inexorablemente configurará dolo; recordemos que los pliegos precontractuales se constituyen en la reglamentación de una contratación, por lo tanto el apartamiento de lo allí especificado, tiene los efectos del apartamiento de la Ley.

Del estudio efectuado, se puede colegir que la actividad de convalidación dentro de un procedimiento de contratación pública entraña el doble filo de lo no subsanable y de lo subsanable; es decir que la subjetividad de los evaluadores incide en el deber objetivo de aplicación de la norma, lo que deslegitima y desvirtúa una actividad que propende a la protección de los oferentes, como deber secundario de conducta, bajo los principios de legalidad, juridicidad, buena fe y concurrencia, esta manera antojadiza de proceder, al amparo de la misma base legal, permite que se puedan tomar decisiones opuestas en función de lo mismo.

Tanto la convalidación de errores como la inhabilitación de las ofertas deberán ejecutarse en el marco de los principios de legalidad, juridicidad y buena fe, toda actividad que estuviere en desapego de estos principios, podría generar daño y consiguientemente la obligación de reparar ese daño.

2.3.2.3 Inconsistencia, simulación o inexactitud en la información presentada por el adjudicatario

Para abordar la inconsistencia, simulación o inexactitud, recurramos al Diccionario de la Real Academia de la Lengua, a fin de conocer el alcance de la definición de cada una de estas palabras. La inconsistencia está definida como la falta de consistencia, la que a su vez refiere a duración, estabilidad y solidez.⁹⁶

Respecto a la simulación se indica que es la “[a] alteración aparente de la causa, la índole o el objeto verdadero de un acto o contrato”.⁹⁷ Y finalmente en cuando a la inexactitud se indica: “[d]icho o hecho inexacto o falso”.⁹⁸

Podría decirse entonces que, en las tres acepciones indicadas, se presenta un denominador común, la falsedad, hecho contrario al principio de buena fe y contrario a los deberes secundarios de conducta de información y consejo. La norma se ha referido al inicio de las acciones que correspondan en contra del adjudicatario fallido, esto sería la notificación respectiva al SERCOP, a fin de que se le suspenda como oferente del Estado, pero esta no sería la única consecuencia, puesto que la simulación, inconsistencia o inexactitud de la oferta presentada, atenta contra la expectativa cierta de la entidad contratante de concretar el negocio jurídico, más aún cuando ya se le adjudicó el contrato, en esa virtud se habría generado un daño a la administración pública, por ende responsabilidad del adjudicatario de subsanar ese daño, cuya valoración dependerá las circunstancias propias del caso.

La invocación de la causal d) por parte de una entidad contratante no es una decisión que pueda tomarse a la ligera, esta disposición normativa lleva consigo la obligación de que las afirmaciones hechas por la adjudicante sean demostradas y probadas, dado que como concedores de un ilícito, deben ejecutar las acciones correspondientes en contra del adjudicatario fallido, es decir que la administración pública no puede simplemente declarar lesiva para el interés público la adjudicación emitida, sino también deberá denunciar los hechos ocurridos ante las autoridades respectivas.

⁹⁶ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Edición del Tricentenario, Actualización 2017, <http://dle.rae.es/>

⁹⁷ Ibíd.

⁹⁸ Ibíd.

Ahora bien, ¿la positivización de la causal d) a través de la reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, está acorde a los principios de eficiencia y eficacia de la administración pública, dentro del procedimiento precontractual?

Para absolver esta inquietud puntual, recordemos que lo previsto en la letra d) del Art. 33 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la cual tiene dos momentos a saber: el primero relacionado con la posibilidad de que una vez adjudicado el contrato, la Entidad Contratante podrá descalificar la oferta si encontrare que existe inconsistencia, simulación o inexactitud en la información presentada por el adjudicatario; y el segundo, la facultad de declarar desierto dicho procedimiento precontractual de no existir otras ofertas calificadas que convengan técnica y económicamente a los intereses nacionales o institucionales.

En cuanto al primer momento, considero que es atentatorio y contrario a los principios de eficiencia y eficacia de la administración pública; el procedimiento precontractual, contempla fases específicas para el desarrollo y culminación de una contratación pública, en ese sentido, es en la fase precontractual propiamente en donde las ofertas pasan por el tamiz de evaluación y calificación, con el propósito de verificar que las mismas cumplan con lo previsto en los pliegos precontractuales y con la Ley, para ser merecedoras de la adjudicación por parte del Estado, y para actuar en calidad de co-contratantes; en esa virtud, habilitar una verificación posterior de la información de las ofertas, conlleva una aceptación tácita de que las entidad contratantes puedan adjudicar contratos a oferentes, cuyas propuestas son contrarias a la ley, es decir que se *premia* a quienes no cumplen.

Así mismo, se debe tener en cuenta que esta norma prevé que la entidad contratante pueda actuar en cualquier momento posterior a la adjudicación del contrato, sin especificar, como en derecho público se requiere, si esta potestad tiene una temporalidad, es decir si la misma está vigente hasta antes de la firma del contrato, ya que como está presupuestada, podría entenderse como de posible aplicación en cualquier momento, como se dijo luego de la adjudicación. Esta circunstancia implica un grave perjuicio para el Estado, por el daño emergente y el lucro que se generaría por la terminación o imposibilidad de concretar el objeto contractual.

Sobre el segundo momento de la disposición contenida en la letra d) del Art. 33 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, éste se constituye en el complemento sine qua non que habilita la declaratoria de desierto de un procedimiento,

previamente adjudicado, es decir que la entidad contratante solo podrá actuar en consecuencia, cuando las ofertas calificadas no convengan técnica y económicamente a los intereses nacionales o institucionales.

Respecto de la conveniencia a los intereses nacionales o institucionales, efectúo el análisis correspondiente en el número siguiente, en esta ocasión, haré referencia a que, así mismo, las “otras ofertas calificadas” pueden contener información simulada, inexacta o inconsistente, repitiéndose el círculo del vicio, lo que indiscutiblemente tiene una connotación más jurídica que de otro orden, si las ofertas se califican, es porque cumplen técnica y económicamente con la necesidad estatal, consecuentemente, la declaratoria de inconveniente a los intereses nacionales e institucionales de las ofertas calificadas, es de aplicación restringida.

La declaratoria de procedimiento desierto con sustento en la causa en análisis, debe ser probada, para lo cual corresponderá el inicio del proceso respectivo, lo que implica que potencialmente el procedimiento se mantenga en suspenso por un tiempo que dependerá de la resolución de la autoridad competente, lo que repercute en el objeto de la contratación directamente, y el fin que con ésta se persigue; además, solo con la decisión del caso, se podrá vislumbrar si es obligación del particular reparar al Estado por los daños y perjuicios causados, o del Estado reparar al particular, por la misma causa, si es que la reclamación de la contratante ha sido infundada, en cualquiera de los casos se atenta, así mismo, contrato los deberes secundarios de conducta de proyecto y de fidelidad o lealtad.

2.3.2.4 Inconveniencia para los intereses nacionales o institucionales

Previo al análisis, recordemos que el contenido de la causal c) del artículo 33 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, indica de manera expresa que, un procedimiento de contratación pública se declarará desierto, por considerarse inconvenientes para los intereses nacionales o institucionales todas las ofertas o la única presentada, y que la declaratoria de inconveniencia deberá estar sustentada en razones económicas, técnicas o jurídicas. También se indica que esta declaración por parte de la administración no implica reparación o indemnización alguna.

¿Si una entidad contratante convoca a un procedimiento de contratación, fijando para el efecto las condiciones que han de cumplir los participantes, y consecuencia de ello existen ofertas habilitadas, en qué medida pueden considerarse esas ofertas habilitadas,

cumplidoras de las exigencias de la administración pública, como inconvenientes a los intereses institucionales, cuando son un reflejo del pedido de la entidad contratante? Evidentemente la respuesta a tal inquietud nos lleva a una aplicación prácticamente excepcional, restringida y mínima de la norma en cuestión.

Este presupuesto de ley, como sustento de una declaratoria de procedimiento desierto, es un presupuesto integral, que no puede ser fraccionado, es decir no puede tener una aplicación utilitaria o sesgada. La inconveniencia a los intereses nacionales o institucionales no puede invocarse como un hecho aislado, separado de la circunstancia que debe originarla para que pueda tener una legítima aplicación, que es la oferta, así las cosas deviene en antijurídico invocar lo previsto por la norma en la primera oración de la causal c) del artículo 33 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y dejar de lado la disposición contenida en la oración a continuación del punto seguido, como si ésta se tratara de una circunstancia distinta, cuando a todas luces aparece como complementaria de la causal en revisión.

Abordemos el concepto indeterminado “intereses nacionales o institucionales”. La Constitución de la República del Ecuador, a lo largo de su articulado, menciona repetidamente al “interés público” y al “interés general”, vinculándoles a prácticamente todo el ejercicio de la actividad pública y privada, y a la protección de los derechos allí consagrados. Bajo esta óptica, no puede existir distorsión entre el interés público, el interés general, el interés nacional, el interés institucional y el interés particular, ya que todos deben responder al espíritu constitucional.

Carla Huerta Ochoa, se refiere al interés público o general, así:

El “interés público” es un concepto abstracto cuya aplicación a casos concretos ha de determinarse y transformarse en decisiones jurídicas. La precisa definición del interés público o general se constituye en garantía de los intereses individuales y de los colectivos simultáneamente, y se concreta en normas protectoras de bienes jurídicos diversos que imponen límites a la actuación pública y privada.⁹⁹

La dualidad del interés público, como concepto indeterminado, por una parte, pretende legitimar los actos administrativos, garantizando los derechos individuales y

⁹⁹ Carla Huerta Ochoa, “El concepto de interés público y su función en materia de seguridad nacional”, *Diario Oficial de la Federación*, (2005): 134, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2375/8.pdf>

colectivos; y, por otra, limita las potestades de la administración pública, así como a los actos de los particulares.

La planificación del gobierno ecuatoriano en los últimos diez años, ha articulado el cumplimiento de sus fines y objetivos a un Plan Nacional de Desarrollo, cuya vigencia, al momento, corresponde al período 2017-2021, en este documento se encuentra la cadena de funcionamiento de toda la actividad administrativa, cuyos eslabones vendrían a ser las entidades públicas a través de sus actos administrativos –su gestión administrativa–.

Esta planificación del gobierno, fundamenta la realización de los objetivos nacionales de desarrollo, en el interés público, por esta razón y de acuerdo a la articulación de dicho plan, el interés nacional e institucional de las entidades contratantes, no puede ser distinto del interés público o general, es decir que el hecho de que una oferta sea inconveniente a los intereses institucionales o nacionales, tendrá como efecto una inconveniencia al interés público o general.

Para que una entidad contratante, pueda invocar una declaratoria de procedimiento desierto por inconveniencia nacional o institucional de la oferta o de las ofertas, deberá obligatoriamente, en atención al principio de legalidad, probar y motivar en el caso específico esa inconveniencia en la oferta, esto es lo que nuestra norma ha recogido como fundamento económico, técnico o jurídico; y esta motivación, estará compeliada a realizarse con elementos de cognición y no de volición, puesto que éstos últimos no son admitidos por los conceptos indeterminados.¹⁰⁰

Sin embargo, existen casos en que las entidades contratantes han contravenido los principios de legalidad, de buena fe y los deberes secundarios de conducta de protección y de fidelidad o lealtad, puesto que han declarado desiertos a sus procedimientos de contratación pública, bajo una aparente inconveniencia nacional o institucional, aparente porque la misma no se encuentra sustentada conforme lo dispone la Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública, por no haberse probado, empero ese acto administrativo se encuentra carente de motivación, lo que lo nulita de pleno derecho, de acuerdo con nuestra Constitución y la Ley. A continuación, tengo a bien citar algunos ejemplos:

1.- Dirección de Aviación Civil.- Resolución de Declaratoria de Desierto y Reapertura No. DGAC 513/2014, “Servicio de Transporte de Personal para la Dirección Regional I y de la Dirección General de Aviación Civil de la ciudad de Quito”. Se declara

¹⁰⁰ María Villoslada Gutierrez, “El control de la discrecionalidad” (tesis, Universidad de La Rioja, España, 2012), 11, https://biblioteca.unirioja.es/tfe_e/TFE000238.pdf

desierto este procedimiento de contratación, invocando el Art. 33, letra c) de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en razón de que se ha verificado que existe una omisión en los pliegos precontractuales del recorrido nocturno.¹⁰¹ De la simple lectura de esta resolución se evidencia arbitrariedad y responsabilidad precontractual en razón de que no está fundada en que las ofertas sean inconvenientes a los intereses institucionales por razones de orden técnico, económico o jurídico, sino que el error es de exclusiva responsabilidad de la entidad contratante, la cual ha producido con este acto, una ruptura injustificada en los términos de la causal en análisis.

2.- Ministerio de Salud Pública.- Resolución de Declaratoria de Procedimiento Desierto y Archivo No. 270, “Campaña de interrupción del virus del sarampión a nivel nacional”, carente de toda motivación, se limita a indicar que la oferta presentada es inconveniente a los intereses institucionales,¹⁰² no contiene ninguna sustentación de la inconveniencia en parámetros económicos, técnicos o jurídicos. Aquí también se evidencia arbitrariedad y ruptura injustificada de la relación negocial precontractual.

3.- Corporación Financiera Nacional.- Resolución de Declaratoria de Proceso Desierto No. CFN-207-2016, “Consultoría para el desarrollo y el diseño informático del modelo de análisis financiero para la concesión de crédito (optimización y automatización)”. Sustenta la declaratoria de procedimiento desierto por encontrarse falencias en la calificación de las ofertas por parte de la Comisión Técnica, y que en tal virtud el procedimiento tiene errores insubsanables de fondo.¹⁰³ Nuevamente un abuso y arbitrariedad, ya que los errores en la calificación de las ofertas, nada tiene que ver con que una oferta sea inconveniente a los intereses institucionales, de la misma manera no existe justificación técnica, económica o jurídica.

4.- Corporación Eléctrica del Ecuador CELEC EP -Unidad de Negocio Hidroazogues.- Resolución de Declaratoria de Desierto No. HAZ-RES-0110-14, “Auditoría Ambiental Interna para los planes de manejo ambiental de los aprovechamientos Alazán, Dudas y San Antonio, del Proyecto Hidroeléctrico Mazar – Dudas ...”. Justifica el acto administrativo, al amparo del Art. 33 letra c) de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en razón de que haber existido

¹⁰¹ Ecuador Dirección de Aviación Civil, Resolución de Declaratoria de Desierto y Reapertura No. DGAC 513/2014, 12 de noviembre de 2014.

¹⁰² Ecuador Ministerio de Salud Pública.- Resolución de Declaratoria de Procedimiento Desierto y Archivo No. 270, 31 de julio de 2012.

¹⁰³ Ecuador Corporación Financiera Nacional, Resolución de Declaratoria de Proceso Desierto No. CFN-207-2016, 21 de noviembre de 2016.

imposibilidad de cargar el acta de calificación de las ofertas, por imprevistos del sistema informático.¹⁰⁴ Al igual que las referencias anteriores, se rompe con la motivación, por no existir subsunción de los hechos en el derecho. Esta también se constituye en una ruptura arbitraria e injustificada de la relación negocial.

5.- Consejo de Evaluación, Acreditación y Aseguramiento de la Calidad de Educación Superior.- Resolución No. 087-P-CEAACES-2015, “Servicio de Transporte para los servidores públicos y trabajadores del Consejo de Evaluación, Acreditación y Aseguramiento de la Calidad de Educación Superior”. La causa para declarar desierto este procedimiento de contratación, es la falta de tiempo para preparar los oficios para notificar a los oferentes respecto de la convalidación de errores de las ofertas, por lo que invocan el artículo 33, letra c, de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.¹⁰⁵ Nuevamente se evidencia la inexistencia de motivación, la falta de tiempo que aduce la entidad contratante para despachar oficios de convalidación de errores, no se enmarca en el presupuesto del artículo y letra precisados, existe negligencia en la actuación de la entidad contratante, y los oferentes no pueden verse afectados por estas circunstancias.

Ciertamente, tampoco nos encontramos frente a una actuación discrecional de parte de la autoridad pública, tengamos en cuenta que la discrecionalidad conforme lo previsto por el Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los Actos de la Administración Pública, presume la racionalidad de esta potestad, a fin de que no sea arbitraria, ni sea utilizada para producir una desviación de poder, y deberá estar probada y valorada a través de informe previos.

En total consonancia opera la norma del sistema de contratación pública, que está siendo abordada en este punto, puesto que se ha dispuesto de forma obligatoria que la inconveniencia de las ofertas por intereses nacionales o institucionales sea justificada mediante informes técnicos, económicos y jurídicos, que conforme el momento precontractual, deben ser presentados por la comisión técnica o el delegado del procedimiento precontractual, a fin de que se constituyan en insumos de la formación de la voluntad administrativa.

¹⁰⁴ Ecuador Corporación Eléctrica del Ecuador CELEC EP -Unidad de Negocio Hidroazogues, Resolución de Declaratoria de Desierto No. HAZ-RES-0110-14, 9 de septiembre de 2014.

¹⁰⁵ Ecuador Consejo de Evaluación, Acreditación y Aseguramiento de la Calidad de Educación Superior, Resolución No. 087-P-CEAACES-2015, 3 de septiembre de 2015.

La discrecionalidad al no poder sobrepasar el principio de legalidad, no se aplica como medio de elusión en la presentación de los informes económico, técnico o jurídico, que deben sustentar la inconveniencia de las ofertas a los intereses nacionales o institucionales, ergo al interés público o general, al que me he referido.

Las afirmaciones utilizadas por las entidades contratantes para declarar un procedimiento de contratación pública desierto, al no corresponder al tenor de la norma –artículo 33 letra c) de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública–, indicadas en los ejemplos citados, demuestran que los operadores públicos no están actuando conforme lo previsto en la norma, ergo el sistema jurídico creado por el legislador no cumpliría su rol, de probarse de que este hecho no es aislado.

Declarar desierto un procedimiento de contratación pública, contraviniendo lo previsto por artículo 33, letra c, de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, implicaría una terminación unilateral de la relación negocial sin que exista una causa justificada en el marco de las normas establecidas, consecuentemente y frente a estas circunstancias, los oferentes que son apartados intempestivamente de la relación negocial deben ser reparados, por la responsabilidad precontractual en la que incurre el Estado, por transgredir los principios de legalidad, de buena fe, y los deberes secundarios de conducta de protección y de lealtad o fidelidad en la relación negocial, sin perjuicio de la infracción al derecho a la contratación y al trabajo, consagrados en nuestra Constitución.

En caso de que, aplicado el silogismo jurídico, se tuviera como cierta la conclusión en función de lo dispuesto por la Ley, el oferente habría infringido el principio de buena fe, junto con los deberes secundarios de conducta de protección y de lealtad o fidelidad, por defraudar las expectativas ciertas de la administración pública de concreción del negocio jurídico administrativo.

2.3.2.5 Falta de celebración del contrato por causas imputables al adjudicatario

En este momento del iter contractual, la oferta ha sido presentada y aceptada, esa aceptación se ha producido por el cumplimiento de los requisitos técnicos, económicos y legales; y, como resultado se le ha adjudicado el contrato, podría decirse entonces, que las expectativas de la entidad contratante de que se concierte el contrato, no se fundan en

la oferta exclusivamente, sino también en el acto administrativo de adjudicación del contrato.

En presencia de la falta de suscripción del contrato por el adjudicatario, dentro del término fijado por Ley, se produce el rompimiento de la relación negocial por parte del oferente, apartamiento que tendría el carácter de injustificado, contrariando de esta manera, al principio de buena fe y a los deberes secundarios de conducta de protección y de fidelidad o lealtad.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en el artículo 69, dispone que en caso de que un adjudicatario no suscriba el contrato, dentro del término previsto, deberá ser declarado adjudicatario fallido y suspendido el RUP, siendo ésta la sanción por su comportamiento contrario la normativa del Sistema de Contratación Pública ecuatoriano.

Sin embargo, esa medida sancionatoria no repara por sí misma el daño producido a la entidad contratante, puesto que, de no existir ofertas calificadas, el objeto del contrato no sería recibido conforme la planificación, la prestación del servicio público podría verse afectado, y los recursos utilizados para el desarrollo de ese procedimiento se constituirían en un gasto, que no ha reportado un beneficio. En este sentido, el adjudicatario que ha cometido esta infracción, debería responder por el daño ocasionado.

Por otro lado, si la falta de celebración del contrato por parte del adjudicatario deriva de una acción u omisión del Estado, nos encontramos en un escenario distinto, y por simple lógica, al no poder el Estado beneficiarse de su propia culpa, estaría imposibilitado de declarar el procedimiento desierto invocando esta causal; actuar en contrario, conllevaría una indemnización al adjudicatario, por su negativa a suscribir el contrato de que se trate. En este contexto, se trasgreden los mismos deberes secundarios de conducta, de protección y de fidelidad o lealtad.

2.3.3 La lesividad

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, ha definido a la adjudicación de la siguiente forma: “Art. 6.- Definiciones. 1. Adjudicación: Es el acto administrativo por el cual la máxima autoridad o el órgano competente otorga derechos y obligaciones de manera directa al oferente seleccionado, surte efecto a partir de su

notificación y solo será impugnabile a través de los procedimientos establecidos en esta Ley”.¹⁰⁶

En vista de la categorización de la adjudicación como acto administrativo, es pertinente remitirnos a lo previsto por el Estatuto Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE y por el Código Orgánico Administrativo. El Estatuto Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE, en su artículo 65 indica que acto administrativo es: “[e]s toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa.”¹⁰⁷

El Código Orgánico Administrativo, precisa que acto administrativo es: “... la declaración unilateral de voluntad, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales o generales, siempre que se agote con su cumplimiento y de forma directa. Se expedirá por cualquier medio documental, físico o digital y quedará constancia en el expediente administrativo.”¹⁰⁸

Podemos apreciar, que la definición otorgada por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, contiene los elementos esenciales de lo que ha sido considerado como acto administrativo por el Estatuto Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE, y por el nuevo Código Orgánico Administrativo; en ese sentido, lo que se ha hecho es sumar factores específicos y especiales que atañen a la contratación pública.

Bajo la consideración de que la adjudicación como acto administrativo, genera efectos jurídicos directos de carácter individual, ésta no puede ser invalidada por la entidad contratante de forma directa. Así lo ha establecido el señor Procurador del Estado, al precisar:

Las resoluciones de adjudicación en materia de contratación pública, que han sido debidamente notificadas, crean derechos a los adjudicatarios beneficiados, independientemente de la legitimidad del procedimiento aplicado.

Por lo tanto, ... no las puede revocar de oficio, como lo establece el artículo 90 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Punción Ejecutiva, porque al tratarse de actos administrativos que han generado derechos a sus beneficiarios, y debido a su irrevocabilidad en sede administrativa, es necesario que dichos actos administrativos por estar viciados desde su nacimiento, sean declarados nulos mediante la acción de lesividad

¹⁰⁶ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 6.

¹⁰⁷ Ecuador, *Estatuto Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*, Registro Oficial 536, 18 de marzo de 2002, art. 65.

¹⁰⁸ Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, art. 98.

prevista en el Art. 97 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva; numeral 11 del artículo 217 del Código Orgánico de la Función Judicial y 23 letra d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que deberá interponer la propia administración, ... ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo.

De manera previa a la interposición del recurso de lesividad, ... deberá emitir en cada caso, la correspondiente resolución de declaratoria de lesividad, la misma que deberá ser debidamente motivada conforme disponen la letra 1) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República, en concordancia con el artículo 31 de la Ley de Modernización del Estado.¹⁰⁹

Conforme lo expresado por el señor Procurador General del Estado, el acto administrativo de adjudicación se torna infranqueable de manera directa por la administración pública, consecuentemente no puede ser revocado de oficio, debiendo por tanto instaurarse un proceso judicial en sede contencioso administrativa, a fin de que sea el juez, quien luego de la verificación jurídica correspondiente, resuelva si el acto administrativo declarado lesivo, es nulo y por lo tanto deja de existir del mundo jurídico.

La prohibición de revocatoria de oficio de los actos administrativos favorables por parte de la administración pública, como medio de garantía de los derechos de los administrados, se erige en el ideal del funcionamiento de la administración pública y de la administración de justicia; de la administración pública, con miras a limitar actuaciones arbitrarias o abusivas, y de la administración de justicia, en el entendido de que la misma conocerá y sustanciará este proceso de conocimiento en aplicación de los principios de oportunidad y eficiencia.

Pero el ideal de la norma pierde toda eficacia, al presentarse una realidad procesal contenciosa administrativa que no atiende las causas con la dinámica que requiere el sistema, bajo el esquema de protección de garantías; en este escenario, la administración pública, está obligada a esperar la solución de la administración de justicia, solución que, al momento, conllevaría un par de años en emitirse, una vez evacuadas las audiencias, preliminar y de juicio.

Esta realidad procesal, obliga a la contratante a mantener un procedimiento de contratación en estado de suspensión, mientras se resuelve el juicio de lesividad, lo que genera que la contratación pública no pueda concretarse, por estar impedida de efectuar cualquier acto de compra en función de ese procedimiento inconcluso, cuyo resultado

¹⁰⁹ Ecuador, *Procuraduría General del Estado*. 2010. *Oficio PGE No. 17511*, Registro Oficial Suplemento 377, 12 de noviembre de 2010.

repercutiría en la falta de prestación del servicio público relacionado con la compra suspendida.

El Código Orgánico Administrativo, se refiere a la revocatoria de los actos favorables, y específicamente a procedencia de la acción de lesividad en los siguientes términos:

Art. 115.- Procedencia. Con la finalidad de proponer la acción de lesividad ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente, las máximas autoridades de las respectivas administraciones públicas, previamente deberán, de oficio o a petición de parte, declarar lesivos para el interés público los actos administrativos que generen derechos para la persona a la que el acto administrativo provoque efectos individuales de manera directa, que sean legítimos o que contengan vicios convalidables.¹¹⁰

La declaración judicial de lesividad, previa a la revocatoria, tiene por objeto precautelar el interés general. Es impugnabile únicamente en lo que respecta a los mecanismos de reparación decididos en ella.

El acto administrativo con vicios convalidables, no puede anularse en vía administrativa cuando la persona interesada o el tercero que resultarían afectadas presentan oposición. En tal supuesto, la anulación únicamente se efectuará en vía judicial.

En aras a efectuar un razonamiento aterrizado en la vida jurídica ecuatoriana, considero oportuno traer a este estudio lo previsto por el Estatuto Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, para analizar cómo ha estado operando el sistema, ERJAFE:

Art. 97.- LESIVIDAD.- La anulación por parte de la propia Administración de los actos declarativos de derechos y no anulables, requerirá la declaratoria previa de lesividad para el interés público y su impugnación entre el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente.

La lesividad deberá ser declarada mediante Decreto Ejecutivo cuando el acto ha sido expedido ya sea por Decreto Ejecutivo o Acuerdo Ministerial; en los otros casos, la lesividad será declarada mediante Resolución del Ministro competente.

La acción contenciosa de lesividad podrá interponerse ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo en el plazo de tres meses a partir de la declaratoria de lesividad.¹¹¹

Como es para todos conocido, el Procurador General del Estado se ha pronunciado en el sentido de que la administración pública no puede dejar sin efecto los actos

¹¹⁰ Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, art. 115.

¹¹¹ Ecuador, *Estatuto Régimen Jurídico Administrativo Función Ejecutiva*, art. 97.

administrativos de adjudicación de contratos, y que para que dicho acto pueda ser expulsado del mundo jurídico debe primero ser declarado lesivo para el interés público por la autoridad administrativa, y efectuarse la acción judicial correspondiente.

Ahora bien, tanto el régimen jurídico administrativo impuesto por el ERJAFE, como el que prevé el Código Orgánico Administrativo, son coincidentes en que un acto administrativo declarador de derechos individuales, para el caso la adjudicación, no puede dejarse sin efecto de oficio, sino que han de seguir el trámite previsto normativamente.

Sin embargo, parece interesante, comparar las disposiciones jurídicas relacionadas con la lesividad entre el ERJAFE y el Código Orgánico Administrativo, y esto no con la intención de presentar una confrontación en las referidas normas, toda vez que como conocemos, atentos al principio de jerarquía, y en orden a lo previsto por el mismo Código Orgánico Administrativo, el que prevalece es este último, sino con la finalidad de tener un entendimiento generalizado, de cómo opera una y otra.

Partamos desde el más antiguo, el Estatuto Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ERFAJE, habilita la anulación de los actos declarativos de derechos y no anulables, mientras que el Código Orgánico Administrativo, bajo el título revocatoria de actos favorables, prescribe que la acción de lesividad cabe para los actos administrativos que generen derechos que sean legítimos o que contengan vicios convalidables.

De lo anterior, es evidente la variación que se produce, es decir que hemos estado ejecutando la lesividad para la anulación de actos no convalidables; mientras con el nuevo régimen de derecho administrativo, la lesividad se orienta a tener asidero jurídico para revocar los derechos legítimos o que sean anulables.

La doctrina, se refiere a la diferencia entre la revocatoria y la anulación del acto administrativo, sosteniendo que, en lo principal, ésta radica en las cuestiones de validez, mientras que la anulación opera para actos administrativos inválidos, la revocatoria, por el contrario, tiene por cierto que el acto administrativo ha sido válido.¹¹²

En armonía con el principio del derecho administrativo, de que la administración pública no puede contradecir sus actos propios, en el derecho administrativo ecuatoriano, a través del criterio de la Procuraduría General del Estado, se ha aclarado que para dejar sin efecto una resolución de adjudicación de contrato, ésta deberá ser declarada lesiva, y

¹¹² Jesús González Pérez, “La revocación de los actos administrativos en la jurisprudencia española”, *Revista de administración pública*, no 1, (1950); 149-150, <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:LFqXBfQhb9IJ:https://dialnet.unirioja.es/desca/rga/articulo/2111801.pdf+&cd=2&hl=es&ct=clnk&gl=ec&client=firefox-b-ab>

ser judicializada, para que dicho acto sea expulsado del mundo jurídico, en principio para actos no convalidables y posteriormente para actos legítimos o convalidables, conforme las normas en referencia; entendiéndose que si la administración se aparta de lo previsto en la norma se produce un ilícito, y por ende responsabilidad precontractual.

Lo anterior responde al desarrollo y estudio de la doctrina administrativa, puesto que al haberse generado derechos a favor de los administrados, los mismo no pueden unilateralmente dejar de existir, es en este sentido que se recurre a la justicia para la revisión y decisión que corresponda, sin embargo, se presenta una contradicción por parte del Código Orgánico Administrativo, al disponer en el artículo 117 que la competencia de revocatoria de los actos favorables le corresponde a la máxima autoridad administrativa, siendo lo correcto que la competencia que le corresponde a la máxima autoridad administrativa es la declaratoria de lesividad y no la revocatoria de los actos favorables.

2.4 Reparación por terminación injustificada de la relación precontractual

La Constitución de la República del Ecuador, dispone:

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

... 9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por... las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

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...¹¹³

La norma suprema dispone claramente que, en caso de violación a los derechos de los particulares, procederá la reparación por parte del causante de ese daño; bajo esta consideración, las entidades contratantes que, en la ejecución de la fase precontractual de un procedimiento de contratación pública, no cumplieren con la aplicación de la

¹¹³

Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 11.

Constitución y la Ley, y generaren un daño a los participantes, responden por la reparación de dicho daño.

No existe en nuestro país, normativa que trate la responsabilidad precontractual. Como se mencionó en el capítulo que antecede, este tipo de responsabilidad, al generarse fuera de la presencia de un contrato, en lo que tiene que ver con la obligación de reparación por parte del ente público, ha sido vinculada a la responsabilidad extracontractual del Estado.

El Art. 330 del Código Orgánico Administrativo, respecto de la responsabilidad extracontractual del Estado, indica:

Art. 330.- Responsabilidad extracontractual. Las instituciones del sector público, con excepción de la función judicial cuya responsabilidad está determinada en su propia ley, responden por el daño debidamente calificado proveniente de sus actuaciones u omisiones, incluso cuando estas sean lícitas, siempre que el particular perjudicado no tenga la obligación jurídica de soportarlo, en los términos de la reparación por daños prevista en este Código¹¹⁴.

Se puede apreciar que el citado Art. 330, imputa responsabilidad a todo daño debidamente calificado proveniente de las actuaciones y omisiones de los servidores públicos, y agrega que, aunque éstas fueran lícitas, cuando no exista obligación jurídica de soportar ese daño por parte del afectado, el Estado tendrá la obligación de reparar, digo entonces que se presenta la efectiva armonía entre esta norma del Código Orgánico Administrativo y la precitada norma constitucional.

Sin embargo, el Art. 331 del Código Orgánico Administrativo, impone la concurrencia de tres requisitos para que se verifique la responsabilidad extracontractual, así:

Art. 331.- Requisitos. Para la responsabilidad extracontractual se verificará la concurrencia de los siguientes requisitos:

1. La falta o deficiencia en la provisión de un servicio público o cualquier otra prestación al que el particular tenga derecho.
2. El daño calificado de conformidad con este Libro.
3. La existencia de un nexo causal entre el daño calificado y la acción u omisión de las administraciones públicas o el hecho dañoso que violente el derecho¹¹⁵.

¹¹⁴ Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, art. 330.

¹¹⁵ *Idíd.*, art. 331.

La exigencia de la norma de que se presenten tres requisitos concurrentes, entre éstos el primero referido a una prestación de servicio público o cualquier otra prestación, que en el Derecho en general, se relaciona con una obligación que debe realizar el deudor, para satisfacer las exigencias del acreedor, significa que la responsabilidad extra contractual del Estado, ha sido restringida, en lo que tiene que ver con la disposición constitucional que hace mención a cualquier acción u omisión del servidor público, lo cual deja por fuera la aplicación del procedimiento previsto por el Código Orgánico Administrativo para la reclamación por responsabilidad extracontractual, con lo cual queda por fuera el ejercicio de esta reclamación en lo atinente a la responsabilidad precontractual, en materia de contratación pública, lo que puede ser interpretado como franca confrontación a la norma constitucional.

El invocado Código Orgánico Administrativo, en relación con el comportamiento de las personas, dispone:

Art. 40.- Abstención de conductas abusivas del derecho. Las personas ejercerán con responsabilidad sus derechos, evitando conductas abusivas. Se entiende por conducta abusiva aquella que, fundada en un derecho, causa daño a terceros o al interés general.

Las personas se abstendrán de emplear actuaciones dilatorias en los procedimientos administrativos; de efectuar o aportar, a sabiendas, declaraciones o documentos falsos; o formular afirmaciones temerarias u otras conductas contrarias al principio de buena fe¹¹⁶.

Lo que se resalta del contenido de este artículo, es el entendimiento que se da a la conducta abusiva, precisándose que, aunque ésta se funde en un derecho, es abusiva si causa daño a terceros o al interés general, y así las califica como contrarias al principio de buena fe. Este tipo de normas regla, son las que permiten llevar a la práctica de la justicia, conforme modelo neoconstitucional al que está sometido nuestro ordenamiento jurídico, el que los juzgadores analicen las consideraciones fácticas que correspondan al caso en específico, ergo efectúen el razonamiento lógico jurídico, lo que implica la transmutación de la boca de la ley a cerebro de la ley.

La acción de responsabilidad precontractual del Estado por ruptura injustificada, unilateral y arbitraria de la relación negocial, es de ejercicio nulo en el Ecuador, de la búsqueda efectuada no encontré ni un solo caso propuesto, y esto probablemente sea en razón de la disposición de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

¹¹⁶ Ibíd., art. 40.

que indica que, en todos los procedimientos precontractuales previstos en la Ley, los oferentes participarán a su riesgo.

Sin embargo, esa referencia de que los oferentes participan a su riesgo no puede ser tomada como cobertura para la vulneración de los derechos de los participantes, quienes efectivamente participan a su riesgo, en la medida en que el procedimiento de contratación pública se lleve a cabo conforme los principios de legalidad, juridicidad, debido proceso, seguridad jurídica y buena fe.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dispone conforme artículo 69, lo siguiente:

... Cuando por causas imputables al adjudicatario no se suscriba el contrato dentro del término correspondiente, la entidad deberá declararlo como adjudicatario fallido y disponer su suspensión del RUP. De existir ofertas habilitadas, la entidad, de convenir a sus intereses, adjudicará el contrato al oferente que hubiera presentado la siguiente oferta de mejor costo.

Si el contrato no se celebrare por causas imputables a la Entidad Contratante, el adjudicatario podrá demandar la correspondiente indemnización de los daños y perjuicios o reclamar administrativamente los gastos en que ha incurrido, siempre que se encuentren debida y legalmente comprobados. La entidad a su vez deberá repetir contra el o los funcionarios o empleados responsables.¹¹⁷

Nuestro Código Civil en su artículo 1572, determina que, “la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.”¹¹⁸

Esta disposición de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, es la única norma infra constitucional en esta materia, que contiene elementos de responsabilidad por ruptura injustificada de la relación negocial durante la fase precontractual; nótese que de forma específica la norma aborda la ruptura entre la adjudicación y la suscripción del contrato.

De lo anterior se obtiene que, en ese momento del procedimiento de contratación pública, la responsabilidad se presenta en doble vía, la primera como una sanción al privado, al adjudicatario, por no suscribir el contrato dentro del término previsto para el efecto, a través de su inclusión en los registros públicos como adjudicatario fallido, a lo

¹¹⁷ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, Suplemento, 4 de agosto de 2008, art. 69.

¹¹⁸ Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial 46, Suplemento, 10 de mayo de 2005, art. 1572.

cual me he referido, cuando abordé el asunto relacionado con la declaratoria de procedimiento desierto; y la segunda, al público, a la administración pública, abriendo la posibilidad para que se produzca una indemnización de daños y perjuicios en favor del adjudicatario perjudicado por la falta de seriedad de la entidad contratante, o una reclamación administrativa por los gastos en que se ha incurrido, siempre que estos hayan sido probados.

Para analizar este punto, y en vista de que en el Ecuador no se ha encontrado doctrina legal al respecto, me permito exponer un fallo judicial del vecino país Colombia, con el objeto de apreciar que se le da en ese país, a este asunto. El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, mediante sentencia de 27 de marzo de 2014, en un caso de contratación pública, en el cual la Entidad Contratante de forma injustificada se negó a suscribir el contrato, consideró:

Es decir que, en criterio de la Sala, atendiendo el precedente jurisprudencial en cita, en aquellos eventos en que no se haya celebrado el contrato estatal o que no se cuestione la legalidad de los actos administrativos precontractuales –por ejemplo, el acto de adjudicación–, la acción procedente para obtener el resarcimiento de los daños antijurídicos que con dicha situación se pudieron haber generado es la de reparación directa, máxime si se tiene en cuenta que la decisión de no continuar con la firma del contrato y su ejecución constituyen, a todas luces, una omisión administrativa, cuyo análisis en términos de responsabilidad civil extracontractual corresponde ventilar por el cauce procesal contemplado en el artículo 86 del C.C.A...

En este orden de ideas, se configura la responsabilidad precontractual o por daño in contrahendo cuando la administración pública o los proponentes sufren un daño antijurídico como consecuencia de una acción o omisión atribuible a la otra parte durante la etapa de la formación de la voluntad, que determina la imposibilidad de seleccionar el proponente, o la adjudicación irregular de la licitación, o la falta de perfeccionamiento del contrato, caso en el cual la administración compromete su responsabilidad civil, como también la compromete el proponente que retira su oferta o que se niega a celebrar el contrato en las condiciones propuestas y aceptadas...

En el ámbito del derecho administrativo la imputación de responsabilidad por los daños causados en la etapa precontractual no se hace con fundamento en la culpa, ni en el riesgo ni en el enriquecimiento injusto, o la reciprocidad de prestaciones del contrato bilateral, sino en los principios de la buena fe y de legalidad...

De manera que si la entidad licitante y los proponentes no obran conforme a ella, contravienen las exigencias éticas del ordenamiento positivo y nace para el sujeto afectado el derecho a obtener la reparación del daño que ha sufrido...

En los eventos en que las entidades estatales se abstienen de adjudicar un contrato a quien legalmente debió ser beneficiado con tal decisión en el proceso licitatorio, o cuando adjudican a quien no merecía dicho beneficio, surge la responsabilidad patrimonial a cargo de la administración, porque en estas hipótesis se le ha negado al oferente, en forma injustificada, la posibilidad de ser contratista del Estado, circunstancia que puede generar

un perjuicio patrimonial que, desde luego, exige la prueba específica del mismo y de su alcance...¹¹⁹

El análisis del Consejo de Estado expuestas en la sentencia en cita, recogen en gran medida, la mayoría de los razonamientos y comentarios realizados a lo largo de esta tesis. En este punto, enfatizo que la indemnización de daños y perjuicios, se produce respecto de la ruptura injustificada de relaciones precontractuales en cualquier momento, luego de presentada la oferta, y no solamente, como en el caso ecuatoriano, una vez producida la adjudicación del contrato.

La normativa vinculada al Sistema Nacional de Contratación Pública en el Ecuador, incluye disposiciones encaminadas al ejercicio de la reclamación y de la impugnación de las actuaciones en los procedimientos de contratación pública, por lo tanto, todo el que se sienta afectado por dichos actos puede ejercer su reclamo en vía administrativa y vía judicial.

De lo anterior, esperaríamos que el ejercicio de dicha reclamación, en caso de verificarse la pretensión, ofrezca así mismo una reparación efectiva e integral; en este punto me quiero referir de forma específica a los oferentes que teniendo toda la calificación y la cualificación para ser acreedores de un contrato del Estado no lo han sido.

Es así que, frente a estas circunstancias, quienes son contrapartes de la administración pública en una relación de compra venta, no han visto satisfechas íntegramente sus aspiraciones cuando se produce la adjudicación en favor de otro, en perjuicio del oferente calificado, por no materializarse a través de la justicia la efectiva reparación.

La doctrina legal colombiana que ha sido tomada como punto de comparación, citada ut supra, se refiere a esta particularidad, a través de tres posiciones jurisprudenciales, a saber:

4.2.1. Primera posición jurisprudencial. En una primera época, el Consejo de Estado consideró que cuando se deja de adjudicar un contrato, a quien demuestra haber

¹¹⁹ Consejo de Estado, “Sentencia de 27 de marzo de 2014”, Caso Fundación Internacional de Liderazgo Ambiental vs. Departamento del Valle del Cauca, 27 de marzo de 2014, párr. 89, 111, 112, 114, 119, 120, 141, https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:V1OonLLCAlcJ:https://sintesis.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/sentencia/2014/CE%2520SIII%2520E%252024454%2520DE%25202014/CE%2520SIII%2520E%252024454%2520DE%25202014_ORIGINAL.doc+&cd=2&hl=es&ct=clnk&gl=ec&client=firefox-b-ab

presentado la mejor oferta en una licitación, se le debe indemnizar, en forma plena, tanto el lucro cesante como el daño emergente.

Dice la jurisprudencia en este sentido que:

Ante la anulación del acto administrativo de adjudicación y demostrado como está que la sociedad MUEBLES METÁLICOS FAMET LTDA tenía derecho a que se considerara su propuesta en el proceso de selección de la licitación 00-11-88 y a que se le adjudicara el ítem 4 de la misma y ante la imposibilidad de retrotraer al estado inicial dicho proceso o de que el juez obligue a la Administración a contratar, deberá indemnizársele por los perjuicios materiales causados en su doble dimensión de daño emergente y lucro cesante, como fueron solicitados en la demanda y que fueron acreditados mediante la prueba pericial practicada para el efecto...

Finalmente, hay que destacar que en esta misma providencia se hace una diferencia entre la indemnización por la indebida adjudicación o la falta de adjudicación y la denominada “pérdida de la oportunidad”. Ésta última se configura cuando durante un proceso de selección, una oferta que cumplía los requisitos para competir con las demás presentadas, ni siquiera fue evaluada por la administración.

En este último supuesto la indemnización que ha concedido el Juez administrativo no es equivalente al 100% de la utilidad esperada sino un porcentaje inferior, definido por él, para lo cual acude a la valoración en equidad, como criterio para fijar la indemnización...

4.2.2. Segunda posición jurisprudencial. En otro momento de la jurisprudencia, la Sala estimó que la indemnización debida por la administración al perjudicado, cuando se ha dejado de adjudicar un contrato a quien tenía derecho a ella, no podía equivaler al 100% de la utilidad esperada -como se indemnizó en el caso anterior-, por dos razones, principalmente:

Primero, porque la utilidad esperada no es algo seguro, sino una mera expectativa, y bien podría resultar inferior, de haberse ejecutado el contrato realmente.

Segundo, el hecho de que el eventual adjudicatario, y luego contratista, no haya asumido ningún riesgo técnico, económico o administrativo con la ejecución real del contrato, además de no haberse hecho ningún esfuerzo laboral en la consecución de la utilidad esperada, no justifica la indemnización de la totalidad de la mentada utilidad...

Según esta posición, la indemnización correspondería a un porcentaje de la utilidad esperada, determinada por el juez, en aplicación del principio del arbitrio judicial, ya que, atendiendo a los dos criterios expuestos, el 100% de dicha utilidad no se corresponde con el daño sufrido.

4.2.3. Tercera posición jurisprudencial. En la última época de la jurisprudencia, que es la vigente, se retornó a la primera de las tesis expuestas, es decir a la indemnización del 100% de la utilidad esperada, bajo los siguientes argumentos:

En primer lugar, la indemnización que se debe pagar al oferente que debió ser favorecido con la adjudicación, corresponde al porcentaje de la utilidad que esperaba obtener, según se haya establecido en su oferta. No es posible conceder una indemnización superior, porque cualquier monto por encima de éste constituye un daño eventual, es decir, que carece de certeza, y por eso mismo resulta jurídicamente imposible indemnizarlo.

En segundo lugar, la indemnización debe equivaler al 100%, porque no es posible para el juez deducir que el contratista no habría obtenido la totalidad de la utilidad que esperaba,

de haber podido ejecutar el contrato. Es decir, el hecho de que no haya tenido que hacer un esfuerzo, administrativo, financiero o técnico, no significa que necesariamente su utilidad hubiera sido inferior...

Para que esta forma de valorar el perjuicio pudiera desecharse, sería menester que en el proceso se hubiera discutido la desproporción de la utilidad esperada, o la existencia de una especial dificultad que tendría el proponente para alcanzarla, lo cual, sin duda alguna, necesita de la prueba correspondiente que desvirtuara el monto de la utilidad. Esto, sin embargo, no ocurre en el presente proceso.¹²⁰

En el primer capítulo de esta tesis, se abordó la teorización de la reparación generada a consecuencia de la responsabilidad precontractual, y dentro de aquella al interés positivo y negativo. La doctrina legal expuesta en las líneas inmediatas anteriores, guarda correspondencia con el llamado interés positivo, ergo con una reparación de carácter amplio.

La reparación por responsabilidad precontractual en la contratación pública ecuatoriana, tiene en cierta medida un carácter dual, por un lado, se presenta como interés positivo cuando se habilita la reclamación de daños y perjuicios; y por otro, una suerte de negativo, cuando se faculta a una reclamación administrativa por los gastos efectivamente incurridos, sin embargo, la restricción de la norma a que la reparación opere solamente luego de producida la adjudicación, se constituye en una puerta angosta, que deja por fuera el resto de supuestos donde también opera la responsabilidad precontractual, a los que me he referido.

En esa consideración, y conforme principio de jerarquía normativa, por estar los derechos de los oferentes y adjudicatarios protegidos constitucionalmente, éstos no pueden ser menoscabados por leyes restrictivas de un mandato supremo, y menos aún violentados por fraude normativo o por indebida aplicación del sistema jurídico ecuatoriano.

Como reverso de la moneda se presenta el deber de reparar al Estado por parte de los oferentes que no actúan en el iter contractual de buena fe. Los oferentes como parte de su propuesta formal para ser adjudicatarios de un contrato público, presentan la Carta de Presentación y Compromiso, documento que ha sido de cumplimiento obligatorio,

¹²⁰ Consejo de Estado, “Sentencia de 27 de marzo de 2014”, Caso Fundación Internacional de Liderazgo Ambiental vs. Departamento del Valle del Cauca, 27 de marzo de 2014, párr. 26-42, https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:V1OonLLCAlcJ:https://sintesis.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/sentencia/2014/CE%2520SIII%2520E%252024454%2520DE%25202014/CE%2520SIII%2520E%252024454%2520DE%25202014_ORIGINAL.doc+&cd=2&hl=es&ct=clnk&gl=ec&client=firefox-b-ab

conforme las disposiciones del SERCOP, y que no puede tener ninguna variación en su texto, mismo que ha sido previamente definido, so pena de descalificación.

Es así que, dentro del contenido de esta Carta de Presentación y Compromiso, el oferente acepta que indemnizará por daños y perjuicios a la entidad contratante por las violaciones a las declaraciones efectuadas en ese documento, especificándolas, las cuales tienen que ver con las diferentes fases del iter contractual, que han sido objeto de análisis, cuando me referí a la terminación de la relación negocial.

La responsabilidad precontractual por violación del principio de buena fe en la contratación administrativa, no es exclusiva de una de las partes, en función del comportamiento de éstas y atendiendo a las previsiones normativas, cualquiera de ellas estaría en obligación de reparar, en caso de que su actuación haya quebrantado la confianza legítima de la otra, los daños ocasionados.

Conclusiones

1. En los procedimientos de contratación pública, los participantes de la relación negocial, entendiéndose oferentes y contratante, deben observar el principio de buena fe y los deberes secundarios de conducta, a lo largo del desarrollo del iter contractual.
2. El procedimiento precontractual establecido para las distintas modalidades previstas de contratación previstas por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, implica por una parte que las ofertas que se presenten sean irrevocables; y por la otra, que la relación negocial pueda terminar solamente de conformidad con las causales establecidas en la referida Ley.
3. Las entidades contratantes no pueden simplemente referirse a la inconveniencia institucional o nacional, para declarar desiertos a los procedimientos de contratación que publican, la inconveniencia tiene que demostrarse, y para esto es necesario la emisión de los informes técnico, económico o jurídico a que haya lugar, siempre en relación con las ofertas.
4. Luego de presentada la oferta, la ruptura o apartamiento injustificado de una de las partes, durante la relación negocial, que genere un daño, deberá ser reparada a favor de la parte que tenía expectativas ciertas de concretar el negocio.
5. El sistema jurídico ecuatoriano no ha previsto la figura de responsabilidad precontractual. Al positivarse la responsabilidad extracontractual en el Código Orgánico Administrativo, se ha restringido la aplicación de la disposición constitucional contenida en Artículo 11, número 9.
6. La previsión contenida en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que refiere a que los oferentes participan a su propio riesgo, no puede ser utilizada como medio para quebrantar el Estado de derechos y justicia consagrado en la Constitución de la República.
7. La contradicción prevista por el Código Orgánico Administrativo en relación con la revocatoria de actos favorables de oficio, resulta en una lesión al principio de seguridad jurídica.

Recomendaciones

1. Regular dentro del derecho sustantivo y adjetivo de nuestro país la acción de responsabilidad precontractual, por ruptura injustificada de la relación negocial.
2. Reformar el Art. 33 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, a efectos de que: i) se aclare el alcance del contenido de la letra d), puesto que es al momento de calificación de las ofertas, en donde se debe verificar el cumplimiento de las ofertas, y la no existencia de inhabilidades de parte de los oferentes; ii) se disponga la reparación a favor de la parte que ha sufrido un daño, por ruptura injustificada de la relación negocial; iii) se revisen las causales previstas en la norma, con la finalidad de que se constituyan en verdaderos mecanismos reguladores de la problemática que se produce luego de la presentación de las ofertas.
3. Revisar la gestión de causas en las Unidades Judiciales de lo Contencioso Administrativo, con el propósito de que las acciones de lesividad sean atendidas con oportunidad, y de esta manera no existan procedimientos suspendidos por largo tiempo, mientras se produce la resolución de los jueces.
4. Reformar el Código Orgánico Administrativo, en cuanto a la contradicción existente en la revocatoria de actos favorables, con el propósito de que exista completa certeza de que la administración pública no puede revocar de oficio dichos actos.
5. El Estado debe, de forma inmediata, realizar una capacitación a los agentes del sector público, de manera que se conciencie el grave perjuicio que significa para la administración central el subsanar los daños ocasionados a particulares debido a la culpa o dolo del funcionario público por ruptura injustificada de la relación precontractual; de la misma manera, se le debe advertir de las acciones que pueden ejercerse en su contra, en razón de su mal desempeño laboral, ya que al estar de por medio el presupuesto del Estado (dinero de todos los ecuatorianos), éste tiene el deber inexcusable de ejercer acción de repetición para recuperar los haberes erogados.

Bibliografía

- Albán, Ernesto. 1983. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*. Quito: Ediciones Legales.
- Alessandri Rodríguez, Arturo. 2011. *De los contratos*. Chile: Editorial Temis SA Editorial jurídica de Chile.
- Amunátegui Perelló, Carlos. 2013. “Acción de responsabilidad y teoría de las inmisiones”. *Revista de derecho (Valparaíso)*, no 40: 53–73. doi:10.4067/S0718-68512013000100002.
- Ávila Santamaría, Ramiro. 2008. *Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia*. Quito: V&M Gráficas.
- Beltramo Andrés. 2012. “Las pourparlers en el derecho contemporáneo, un acercamiento integral a la responsabilidad precontractual”, *Revista Jurídica de Daños*, no 4: 15. <https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=63649&print=2>
- Betancourt, Julio César. 2012. “Libertad de Contratación, Orden Público y sus repercusiones en el marco de la Arbitrabilidad”. *InDret*, No. 2: 2. http://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:xX_92KDjJ5kJ:scholar.google.com/+libertad+de+contrataci%C3%B3n&hl=es&as_sdt=1,5&as_vis=1
- Borda, Alejandro. 2014. “La Buena Fe en la etapa precontractual”. *Vniversitas* 63 (129): 39–79. <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/11945>.
- Chan Arellano, Alfredo. 2011. “Solo estamos saliendo: Sobre la buena fe en la etapa de las tratativas”. *Ius Et Veritas*, No. 41: 44-57. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12051>.
- Consejo de Estado. “Sentencia de 27 de marzo de 2014”. *Caso Fundación Internacional de Liderazgo Ambiental vs. Departamento del Valle del Cauca*. 27 de marzo de 2014. https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:V1OonLLCAlcJ:https://sintesis.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/sentencia/2014/CE%2520SII%2520E%252024454%2520DE%25202014/CE%2520SIII%2520E%252024454%2520DE%25202014_ORIGINAL.doc+&cd=2&hl=es&ct=clnk&gl=ec&client=firefox-b-ab
- Corte IDH. "Sentencia de 24 de febrero de 2011 (Fondo Reparaciones y Costas)". *Caso Gelman vs Uruguay*. 17 de septiembre de 2017. <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:LiekF5mJtI4J:www.cor>

teidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&client=firefox-b-ab.

- Coviello, Pedro. 2004. La protección de la confianza del administrado. Lexis Nexis Abele-do-Perrot.
- Cruz Castro, Fernando. 2011. “La violencia del derecho penal. Represión punitiva, discriminación y la postergación del estado social”. *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*: 688-719. <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/viewFile/12435/11689>.
- De Cupis, Adriano. 1975. El daño, teoría general de la responsabilidad civil. Barcelona.
- De Membiela, Juan B. Lorenzo. 2008. “El principio de confianza legítima como criterio ponderativo de la actividad discrecional de la administración pública”. *Revista de Administración Pública* 0 (171): 249-263. <https://recyt.fecyt.es/index.php/RAP/article/view/47904>.
- Díez-Picazo, Luis María. 2003. Sistema de derechos fundamentales. Madrid: Civitas.
- Díez-Picazo, Luis. 2007. Fundamentos del Derecho civil patrimonial. (Navarra: Thomson Civitas.
- Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Edición del Tricentenario, Actualización 2017. <http://dle.rae.es/>
- Dromi, Roberto. 1995. Derecho Administrativo. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina.
- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- Ecuador. *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Registro Oficial 395, Suplemento, 4 de agosto de 2008.
- Ecuador. *Código Orgánico Administrativo*. Registro Oficial 31, Suplemento, 20 de junio de 2017.
- Ecuador. *Código Civil*. Registro Oficial 46, Suplemento, 10 de mayo de 2005.
- Ecuador. *Estatuto Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*. Registro Oficial 536, 18 de marzo de 2002.
- Ecuador. *Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Registro Oficial Suplemento 588, de 12 de mayo de 2009.
- Ecuador SERCOP. *Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072*. Registro Oficial Edición Especial 245, 29 de enero de 2018.

- Ecuador Dirección de Aviación Civil. *Resolución de Declaratoria de Desierto y Reapertura No. DGAC 513/2014*, 12 de noviembre de 2014.
- Ecuador Ministerio de Salud Pública. *Resolución de Declaratoria de Procedimiento Desierto y Archivo No. 270*, 31 de julio de 2012.
- Ecuador Corporación Financiera Nacional. *Resolución de Declaratoria de Proceso Desierto No. CFN-207-2016*, 21 de noviembre de 2016.
- Ecuador Corporación Eléctrica del Ecuador CELEC EP -Unidad de Negocio Hidroazogues. *Resolución de Declaratoria de Desierto No. HAZ-RES-0110-14*, 9 de septiembre de 2014.
- Ecuador Consejo de Evaluación, Acreditación y Aseguramiento de la Calidad de Educación Superior. *Resolución No. 087-P-CEAACES-2015*, 3 de septiembre de 2015.
- Ecuador Procuraduría General del Estado. *Oficio PGE No. 17511*. Registro Oficial Suplemento 377, 12 de noviembre de 2010.
- Espinoza Herrera, Jesús Jusseth. 2012. "Damnum Iniuria Datum". *Revista de Derecho* 3: 205-220.
- Fernández Ruiz, Jorge. 2016. "Derecho administrativo". *Instituto de Investigaciones Jurídicas*, no 1: 162.
- García Rubio, María Paz. "La responsabilidad precontractual en la propuesta de modificación del derecho de obligaciones y contratos", *Universidad de Santiago de Compostela*, 2010, https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2010-40162101642_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_La_responsabilidad_precontractual_en_la_propuesta_de_modificaci%F3n_del_derecho_de_obligaciones_y_contratos.
- Goddard, Jorge Adame. 2004. "El principio de la buena fe en el Derecho Romano y en los contratos internacionales y su posible aplicación a los contratos de deuda externa". Septiembre de 2004. http://www.robertexto.com/archivo10/buenafe_derrom.htm.
- González, Contardo e Ignacio, Juan. 2009. "Reseña De Daños Y Deberes En Las Tratativas Preliminares De Un Contrato". *Revista Chilena de Derecho* 36 (2): 449-452. <http://www.redalyc.org/resumen.oa?id=177014523011>.

- González Pérez, Jesús. 1950. “La revocación de los actos administrativos en la jurisprudencia española”. *Revista de Administración Pública*, no 1: 149-150. <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:LFqXBfQhb9IJ:https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2111801.pdf+&cd=2&hl=es&ct=clnk&gl=ec&client=firefox-b-ab>.
- Huerta Ochoa, Carla. 2005. “El concepto de interés público y su función en materia de seguridad nacional”. *Diario Oficial de la Federación*: 134. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2375/8.pdf>
- Iglesias, Juan. 2010. *Derecho romano: historia e instituciones*. Madrid: Sello Editorial SL.
- Jaramillo, Alfredo. 1993. *Vocabulario Jurídico*. Quito: Impreso en la Facultad de Ciencias Administrativas Universidad Central.
- Laborde Goñi, Marcelo. 2016. “El principio de buena fe como rector del ejercicio de la función pública”. *Revista de Derecho Público*. 55-72. <http://www.revistaderechopublico.com.uy/revistas/50/archivos/Laborde50.pdf>.
- López, Edgardo. “Introducción a la responsabilidad civil”. 17 de septiembre de 2017. <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:pRa6ysBy4nYJ:www.derecho.unt.edu.ar/publicaciones/Introdresponsabilidadcivil.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&client=firefox-b-ab>.
- Mendieta, Jaime. 2011. “La culpa in contrahendo historia, evolución y estado actual de la cuestión”. *Revista Mercatoria* (2): 40-74, <http://www.emercatoria.edu.co/PAGINAS/VOLUMEN10/HTML2/125.html>.
- Mesa Valencia, Andrés Fernando. “El principio de la buena fe: el acto propio y la confianza legítima”. Tesis, Universidad de Antioquia, Colombia, 2013. <http://www.udea.edu.co/wps/wcm/connect/udea/909e564e-fd39-4346-815d-f507cf555b7b/Principio+de+la+buena+fe%3B+acto+propio+y+confianza+legitima.pdf?MOD=AJPERES>.
- Moisset de Espanés, Luis. 2017. *El acto ilícito y la responsabilidad civil*. <http://www.cea.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/articulos/artactoilicito>.
- Moisset de Espanés, Luis, Tinti, Guillermo y Calderón, Maximiliano. “Daño Emergente y Lucro Cesante”. 17 de septiembre de 2017. http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:zPo0T525YK8J:www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/dano-emergente-y-lucro-cesante/at_download/file+&cd=5&hl=es&ct=clnk&client=firefox-b-ab.

- Monsalve Caballero, Vladimir. 2009. "El comportamiento del contratante como determinante para la calificación de la ruptura injustificada de las negociaciones: visión desde el derecho europeo". *Vniversitas*, No. 119: 268. <http://www.redalyc.org/pdf/825/82515353016.pdf>
- Monsalve Caballero, Vladimir. 2007. "Disertación para una nueva construcción en Colombia de la culpa in contrahendo". *Revista de Derecho*, no 27: 62. <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/viewFile/2648/1762>
- Neme Villarreal, Martha Lucía. 2009. "Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos". *Revista de Derecho Privado Externado* (17): 45-76. <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/viewFile/410/390>.
- Osterling Parodi, Felipe y Rebaza González, Alfonso. 2008. "La ruptura injustificada de tratativas contractuales". *Iuris Omnes*: 31-41. <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Ruptura%20Injustificada.pdf>.
- Oviedo Albán, Jorge. 2007. "Tratos preliminares y responsabilidad precontractual". *Vniversitas* 57 (115): 83-116. <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14577/11759>.
- Parada, Ramón. 2012. *Concepto y fuentes del derecho administrativo*. Madrid: Editorial Marcial.
- Parraguéz, Luis. 1986. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano*. Quito: Editorial El Conejo.
- Parraguez Ruiz, Luis. 2015. "La responsabilidad precontractual por ruptura de tratativas preliminares". *Iuris Dictio*, no 17: 174-176.
- Patiño, Héctor. 2008. "Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración. Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano". *Revista de Derecho Privado*: 376-398. revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/download/2898/2539.
- Pintos Santiago, Jaime. 2015. "Derecho global administrativo y de la contratación pública tras la cuarta generación de Directivas de la Unión Europea. Los principios generales de desarrollo humano y sostenibilidad ambiental". Tesis, Universidad de Castilla – La Mancha, España. <https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/8924/TESIS%20Pintos%20Santiago.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- Poole Derqui, Diego. “La Justicia”. 17 de septiembre de 2017. https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:-3YhrWZjXowJ:https://laicismo.org/data/docs/archivo_1214.pdf+&cd=5&hl=es&ct=clnk&client=firefox-b-ab.
- Ramón Albelda, Ricardo. 2005. “Hans Küng: la teología desde un acto de confianza razonable. Una reducción humanístico - pragmática de la fe cristiana”. Tesis, Universidad Católica Argentina, Argentina. <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/greenstone/collect/tesis/archives/hans-kun.dir/doc.pdf>
- Renjifo García, Ernesto. 2017. “El deber precontractual de información”. 17 de septiembre. <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:amEnrkQh2E4J:www.rengifoabogados.com/sites/default/files/El%2520Deber%2520Precontractual%2520de%2520Informacion.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&client=firefox-b-ab>.
- Rodríguez de las Heras Ballell, Teresa. La etapa precontractual en la contratación mercantil. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2015. https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/20985/etapaprecontractual_rodriguezde_lasheras RIO 2015.pdf.
- Rodríguez García, Nicolás y Rodríguez López, Fernando. 2017. Corrupción y Desarrollo”. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Romero Pérez, Jorge Enrique. 1985. “La oferta en la contratación administrativa pública”, *Revista Académica de Ciencias Jurídicas*, no 53: 133-137. <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/download/17479/16989>
- Saavedra Becerra, Ramiro. 1990. La responsabilidad extracontractual de la administración pública. Medellín: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Sainz Moreno, Fernando. “La buena fe en las relaciones de la Administración con los administrados”. 21 de mayo de 2017. https://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:zq5BlqzsZ3gJ:scholar.google.com/+PRINCIPIO+DE+BUENA+FE&hl=es&as_sdt=0,5&as_vis=1.
- San Martín Neira, Lilian. 2013. “Responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de negociaciones”. *Revista chilena de derecho* 40 (1): 315-322. doi:10.4067/S0718-34372013000100012.

- Schipani, Sandro. 2007. "De La Ley Aquilia a Digesto 9, Perspectivas Sistemáticas del Derecho Romano y Problemas de la Responsabilidad Extracontractual". *Revista Derecho Privado* 12: 263.
- Solarte Rodríguez, Arturo. 2004. "La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta". *Vniversitas* 53 (108): 281–315.
- Stiglitz, Rubén S. 1992. "La obligación precontractual y contractual de información. El deber de consejo". *vLex*: 43-54. <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/oacute-precontractual-contractual-50679632>.
- Teorías jurídicas de la relación de causalidad. 17 de septiembre de 2017. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1559/4.pdf>.
- Varacalli Daniel C. y Picasso Sebastián. 1995. "Responsabilidad precontractual y postcontractual". *Lecciones y Ensayos* no. 60 y 61: 215. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/60-61/responsabilidad-precontractual-y-postcontractual.pdf>
- Vélez Vélez, Hernán. 2016. "Different conceptions about the configuration of civil responsibility?, What conceptions about the configuration of civil liability other than that of 'unlawful act - causality - damage' are presented in the Private Law?". *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* 46, no 125: 411–41. doi:10.18566/rfdcp.v46n125.a08.
- Viana Cleves María José. 2007. *El principio de Confianza Legítima en el derecho Administrativo colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Vinces Zegarra, Octavio. 2015. "Voluntad y declaración ante la responsabilidad precontractual e 'incontrahendo' en los Códigos Civiles venezolano y peruano". *Revista Anuario del Instituto de Derecho Comparado*, (38): 1-8. <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/55/55-14.pdf>.
- Villoslada Gutierrez, María. 2012. "El control de la discrecionalidad. Tesis, Universidad de La Rioja, España. https://biblioteca.unirioja.es/tfe_e/TFE000238.pdf
- Yágüez, Ricardo de Ángel. 2002. "Sobre las palabras responder, responsable y responsabilidad". *Estudios de Deusto*: 17. http://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:32V3tdBi9OMJ:scholar.google.com/+origen+del+termino+responsabilidad+responder&hl=es&as_sdt=1,5&as_vis=1.
- Zárate Castillo, Arturo. "Teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy". *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional* 1, no

17 (2007): 366. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5822>.