



**UNIVERSIDAD LAICA VICENTE ROCAFUERTE
DE GUAYAQUIL**

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DERECHO

CARRERA DE DERECHO

**PROYECTO DE INVESTIGACIÓN
PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DEL ECUADOR**

TEMA

**LA INOBSERVANCIA DE LA JUSTIFICACIÓN PARA CONTRATAR EN LA
ETAPA PRECONTRACTUAL Y SU INCIDENCIA EN EL PROCESO DE
CONTRATACIÓN PÚBLICA.**

TUTOR

MsC. MILTON MODESTO GARCIA CASTRO

AUTOR

CRISTIAN GEOVANNY RUIZ REYES

GUAYAQUIL

2020



REPOSITARIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA	
FICHA DE REGISTRO DE TESIS	
TÍTULO Y SUBTÍTULO: La inobservancia de la justificación para contratar en la etapa precontractual y su incidencia en el proceso de contratación pública.	
AUTOR/ES: Cristian Geovanny Ruiz Reyes	REVISORES O TUTORES: Msc. Milton Modesto García Castro
INSTITUCIÓN: Universidad Laica Vicente Rocafuerte de Guayaquil	Grado obtenido: Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República
FACULTAD: CIENCIAS SOCIALES Y DERECHO	CARRERA: DERECHO
FECHA DE PUBLICACIÓN: 2020	N. DE PAGS: 114
ÁREAS TEMÁTICAS: Derecho	
PALABRAS CLAVE: contratación – empresa pública – responsabilidad – igualdad de oportunidades – Estado	
RESUMEN: El presente proyecto investigativo titulado la inobservancia de la justificación para contratar en la etapa precontractual y su incidencia en el proceso de contratación pública, tiene como finalidad principal identificar por qué las entidades estatales estando en la etapa precontractual dejan de contratar con los distintos contratistas, vulnerando así el principio de la buena fe, hay que dejar en claro que la etapa precontractual es sumamente importante ya que, es aquí donde se crearan los principales cimientos de la relación de negocios la cual generara una confianza, con el fin de llegar a una adjudicación eficaz y transparente. El principio de la buena fe se constituye como una forma de defender y proteger los intereses de las partes, limitando actuaciones arbitrarias, hay que dejar en claro que la ruptura injustificada en la etapa precontractual tendrá una reparación con la parte que esperaba que se concrete y esto se lo conoce como	

responsabilidad precontractual. En sentido metodológico, la investigación se desarrolla con un enfoque cuantitativo y cualitativo, incorporando el empleo del método hipotético deductivo, teniendo como resultado la creación de un nuevo artículo en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública referente a la buena fe, debido a las vulneraciones constantes a este principio por parte de la entidad contratante y los contratistas, con esto se busca garantizar que en las contrataciones exista la formalidad de este principio y así buscar una igualdad precontractual donde se llegue a la adjudicación del contrato sin contratiempos.

N. DE REGISTRO:	N. DE CLASIFICACIÓN:	
DIRECCIÓN URL		
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO
CONTACTO CON AUTOR/ES: Cristian Geovanny Ruiz Reyes	Teléfono: 0996872009	E-mail: abgcruiz@hotmail.com
CONTACTO EN LA INSTITUCIÓN:	MG. MARCO ORAMAS SALCEDO AB. DECANO Teléfono: (04) 2596500 Ext. 253 E-mail: info@ulvr.edu.ec MsC. CARLOS PÉREZ LEYVA AB. DIRECTOR DE CARRERA Teléfono: (04) 2596500 Ext. 233 E-mail: cperezleyva@ulvr.edu.ec	

CERTIFICADO DE ANTIPLAGIO ACADÉMICO



Urkund Analysis Result

Analysed Document: Tesis cristian final completo urkund.docx (D59194966)
Submitted: 11/19/2019 4:53:00 PM
Submitted By: abgcruiz@hotmail.com
Significance: 2 %

Sources included in the report:

Tesis MONSERRAT OLEAS.docx (D42631494)
<https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/6164/1/El%20principio%20de%20buena%20fe%20como%20fuente%20de%20deberes%20secundarios.pdf>
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5238039.pdf>

Instances where selected sources appear:

9

A handwritten signature in blue ink, appearing to read "Hilton Cruz", enclosed within a blue oval stamp.

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS PATRIMONIALES

El estudiante egresado **CRISTIAN GEOVANNY RUIZ REYES** declara bajo juramento, que la autoría del presente proyecto de investigación, **LA INOBSERVANCIA DE LA JUSTIFICACIÓN PARA CONTRATAR EN LA ETAPA PRECONTRACTUAL Y SU INCIDENCIA EN EL PROCESO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA**. Corresponde totalmente al suscrito y me responsabilizo con los criterios y opiniones científicas que en el mismo se declaran, como producto de la investigación realizada.

De la misma forma, cedo los derechos patrimoniales y de titularidad a la Universidad Laica **VICENTE ROCAFUERTE** de Guayaquil, según lo establece la normativa vigente.

Autor

Firma:


CRISTIAN GEOVANNY RUIZ REYES

C.I. 0926515834

CERTIFICACIÓN DE ACEPTACIÓN DEL TUTOR

En mi calidad de Tutor del Proyecto de Investigación **LA INOBSERVANCIA DE LA JUSTIFICACIÓN PARA CONTRATAR EN LA ETAPA PRECONTRACTUAL Y SU INCIDENCIA EN EL PROCESO DE CONTRATACION PÚBLICA** designado por el Consejo Directivo de la Facultad de Ciencias Sociales y Derecho de la Universidad Laica VICENTE ROCAFUERTE de Guayaquil.

CERTIFICO:

Haber dirigido, revisado y aprobado en todas sus partes el Proyecto de Investigación titulado: **LA INOBSERVANCIA DE LA JUSTIFICACIÓN PARA CONTRATAR EN LA ETAPA PRECONTRACTUAL Y SU INCIDENCIA EN EL PROCESO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA** presentado por el estudiante **CRISTIAN GEOVANNY RUIZ REYES** como requisito previo, para optar al Título de **ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DEL ECUADOR**, encontrándose apto para su sustentación.

Firma:

MSC. MILTON MODESTO GARCIA CASTRO

C.C. N° 0906617139

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios por darme la energía que necesitaba, a mi mamá por ser fundamental en mi proceso académico y estar siempre presente con su ayuda, a mi papá por estar cuando lo requería sirviéndome de apoyo, mi hermano por ser la persona que ayudo siempre que lo necesitaba y a mi tutor por ser pieza fundamental en la formación de este proyecto investigativo y darme las directrices necesarias para su respectiva realización. De todo corazón Muchas Gracias.

DEDICATORIA

Este proyecto investigativo se lo dedico a mi mamá, mi papá y mi hermano por ser pieza fundamental a lo largo de los años que estuve en mi carrera universitaria. Gracias por creer en mí.

RESUMEN

El presente proyecto investigativo titulado la inobservancia de la justificación para contratar en la etapa precontractual y su incidencia en el proceso de contratación pública, tiene como finalidad principal identificar por qué las entidades estatales estando en la etapa precontractual dejan de contratar con los distintos contratistas, vulnerando así el principio de la buena fe, hay que dejar en claro que la etapa precontractual es sumamente importante ya que es aquí donde se crean los principales cimientos de la relación de negocios la cual generara una confianza, con el fin de llegar a una adjudicación eficaz y transparente.

El principio de la buena fe se constituye como una forma de defender y proteger los intereses de las partes, limitando actuaciones arbitrarias, hay que dejar en claro que la ruptura injustificada en la etapa precontractual tendrá una reparación con la parte que esperaba que se concrete y esto se lo conoce como responsabilidad precontractual.

En sentido metodológico, la investigación se desarrolla con un enfoque cuantitativo y cualitativo, incorporando el empleo del método hipotético deductivo, teniendo como resultado la creación de un nuevo artículo en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública referente a la buena fe, debido a las vulneraciones constantes a este principio por parte de la entidad contratante y los contratistas, con esto se busca garantizar que en las contrataciones exista la formalidad de este principio y así buscar un igualdad precontractual y se lleguen a la adjudicación del contrato sin contratiempos.

ABSTRACT

The present research project entitled the non-observance of the justification for hiring in the pre-contractual stage and its impact on the public procurement process, has the main purpose of identifying why the state entities being in the pre-contractual stage stop contracting with the different contractors, violating Thus the principle of good faith, it should be made clear that the pre-contractual stage is extremely important since it is here that the main foundations of the business relationship will be created which will generate trust, in order to reach an effective award and transparent

The principle of good faith is constituted as a way of defending and protecting the interests of the parties, limiting arbitrary actions, it should be made clear that the unjustified break in the pre-contractual stage will be repaired with the part that was expected to be completed and this is known as pre-contractual liability.

In a methodological sense, the research is carried out with a quantitative and qualitative approach, incorporating the use of the hypothetical deductive method, resulting in the creation of a new article in the Organic Law of the National Public Procurement System regarding good faith, due to the constant violations of this principle by the contracting entity and the contractors, with this it is sought to guarantee that the formality of this principle exists in the hiring and thus seek a pre-contractual equality and that the contract is awarded without setbacks.

ÍNDICE

REPOSITARIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA	ii
CERTIFICADO DE ANTIPLAGIO ACADÉMICO	iv
DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS PATRIMONIALESv	
CERTIFICACIÓN DE ACEPTACIÓN DEL TUTOR.....	vi
AGRADECIMIENTO	vii
DEDICATORIA	vii
RESUMEN	viii
ABSTRACT.....	ix
CAPÍTULO I.....	1
1.1.INTRODUCCIÓN	1
1.2. Planteamiento del problema	2
1.3. Formulación del Problema.....	4
1.4. Sistematización del Problema.....	4
1.5. Objetivos de la investigación.....	4
1.5.1. Objetivo General.....	4
1.5.2. Objetivos Específicos	4
1.6. Justificación de la investigación	5
1.7. Delimitación de la investigación	5
Delimitación espacial: Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Portoviejo.....	5
Delimitación temporal: Mayo 2019 – Noviembre 2019.....	5
1.8. Hipótesis.....	5
1.9. Variable independiente: inobservancia de una correcta justificación para contratar vulnerando al principio de buena fe.....	5
1.10. Variable dependiente: etapa precontractual y su incidencia en contratación pública.	5
CAPÍTULO II.....	6

MARCO TEÓRICO.....	6
2. Marco referencial.....	6
2.1. Antecedentes de la investigación.....	6
2.1.1 Efectos en los contratos administrativos	7
2.2. La Inobservancia de la Justificación para contratar.....	8
2.2.1. Afectaciones y Perjuicios	9
2.3. Buena Fe	10
2.3.1. Buena fe subjetiva.....	12
2.3.2. Buena fe objetiva	13
2.4. Deberes en la fase precontractual	14
2.4.1. Información.....	14
2.4.2. Confidencialidad	15
2.4.3. Incumplimiento de los deberes precontractuales	15
2.5. Fase precontractual	15
2.5.1. Teoría de la individualización de los periodos precontractuales	16
2.5.2. Proceso en la fase precontractual	17
2.5.3. Teoría de la Culpa in contrahendo	17
2.6. Dolo y error	19
2.7. Daño.....	21
2.7.1. Daño emergente en la formación del contrato	21
2.7.2. Lucro cesante en la formación del contrato	21
2.8. Responsabilidad precontractual.....	22
2.9. Naturaleza jurídica precontractual.....	24
2.9.1. Importancia de oferta en la fase precontractual	24
2.10. Derecho contractual.....	24

2.10.1. Teorías ex ante y ex post del derecho contractual	25
2.10.2. Proceso en la fase contractual	25
2.10.3. Procedimiento en la fase precontractual R.O 433.....	26
2.11. Principios de la contratación pública visto desde la doctrina.....	26
2.12. Conceptos de contratación pública	29
2.12.1. Origen y desarrollo de la contratación pública	30
2.12.2. Proceso en contratación pública.....	31
2.12.3. Partes intervinientes en la contratación pública.....	32
MARCO CONCEPTUAL.....	34
MARCO LEGAL.....	40
Constitución de la República del Ecuador.....	40
Principio de buena fe	40
Deber y reparación por terminación injustificada de la relación precontractual	40
Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública	41
Procedimiento de contratación pública.....	41
Terminación de la relación precontractual en LOSNCP.....	42
Procedimiento Desierto.....	42
Responsabilidad en la etapa precontractual	43
Reclamos de los Oferentes.....	44
Reglamento general a la ley orgánica del Sistema Nacional de contratación pública	45
Reclamos.....	45
Código Civil	46
Buena fe contractual en el Código Civil.....	46
Código orgánico administrativo	47
Derecho Comparado.....	48

La buena Fe en el Código civil chileno	48
Buena Fe en el Código Civil Peruano	48
Ley de contrataciones del Estado de Perú	49
Ley de Compras Públicas de Chile	49
CAPÍTULO III.....	51
MARCO METODOLÓGICO	51
3.1. Metodología de la investigación.....	51
3.2. Tipos de investigación:	51
3.3. Enfoques de la investigación:	52
3.4. Método de la investigación:.....	52
3.5. Técnicas de la investigación:.....	52
3.6. Población:	53
3.7. Muestra:	53
CAPÍTULO IV	80
Exposición de motivos.....	80
Propuesta	81
Conclusiones.....	84
Recomendaciones	85
Bibliografía.....	86
ÍNDICE DE TABLA	54
TABLA 1 <i>Entrevista al abogado Diego Manuel Rojas Landívar del departamento Jurídico del Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón de Portoviejo.....</i>	54
TABLA 2 <i>Entrevista realizada al Arquitecto Mauricio José López Cáceres del departamento de Compras Públicas del Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón de Portoviejo.....</i>	58

TABLA 3 <i>Entrevista a la abogada María Luciana Vera Armendáriz del departamento Jurídico del Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón de Portoviejo</i>	62
TABLA 4 <i>Entrevista al Ingeniero Juan Carlos Rodríguez Carpio del departamento de Contratación Pública del Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón de Portoviejo</i>	66
TABLA 5 <i>Entrevista a la abogada Marcos Javier Plaza Reyes del departamento Jurídico del Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón de Portoviejo</i>	71
TABLA 6 <i>Entrevista a empresa privada</i>	74
TABLA 7 <i>Empresa Privada TRAUDET S.A.</i>	76
TABLA 8 <i>Empresa Privada TRAUDET S.A.</i>	78
ANEXOS	96

CAPÍTULO I

1.1. INTRODUCCIÓN

La palabra inobservancia viene del latín inobservantia esta quiere decir cuando no hay observancia, lo que nos lleva a que hay un poco de cuidado en un determinado reglamento o a un principio o estatuto, ahora, el término o principio buena fe es sumamente importante en la legislación ecuatoriana, la misma tiene vigencia en el área social y la misma existe en las relaciones de negocios y jurídicas donde habrá la presunción de un comportamiento basado en la confianza y lealtad. El principio tiene en exceso valores preestablecidos, y llevándose a cabo en la etapa contractual y precontractual. El principio de la buena fe en la etapa precontractual, tiene una finalidad que busca evitar un impacto negativo y abusivo lo que es totalmente contrario al principio.

El principio de buena fe es la norma que incita a las personas a tener un correcto comportamiento el cual ayuda a un ajustamiento del comportamiento en la etapa precontractual. Hablando de la actuación leal, existen obligaciones concretas que deberían cumplir las personas que se relacionan jurídicamente, este vínculo se basa en el mutuo acuerdo de las partes y en las necesidades, lo que se convertirá en un lazo de confianza para los involucrados, producto de esto, el principio de la buena fe trabaja en beneficio a los derechos de forma subjetiva.

El principio de la buena fe no termina como un comportamiento de las partes, sino que constituye una norma dirigida al juez, donde se buscará una equidad de ejecución en la relación de negocios sin generar perjuicios, la “buena fe” tiene una difícil conceptualización pero por esto no deja de ser pieza fundamental en las relaciones de negocios, precontractuales y contractuales.

En la actualidad, existen diversos tipos de problemas con respecto a la falta del principio de la buena fe; por ejemplo que no se logre una adjudicación transparente debido a que los acuerdos que se pactaron en la etapa precontractual fueron incumplidos, o por falta de anticipos por parte de la entidad contratante, encontrando así un problema muy importante que debe de ser resuelto de manera inmediata. Es por ese motivo el desarrollo de este proyecto para encontrar una solución eficaz y se puedan subsanar estos problemas.

1.2. Planteamiento del problema

La inobservancia de la justificación para contratar en la etapa precontractual y su incidencia en el proceso de contratación pública, prevalece el principio de buena fe en contratación pública donde, en nuestro país, se ha mantenido de forma subjetiva, sin embargo, la buena fe es de suma importancia en el derecho general ya que será bajo este fundamento donde se generara la confianza, donde se creará expectativas esperadas por los administrados en sus relaciones con las entidades contratantes, este principio toma importancia en el derecho administrativo, resultado de éste en el derecho de la contratación pública.

El principio de la buena fe tiene una división como lo es la buena fe subjetiva y buena fe objetiva. La buena fe subjetiva, también llamada buena fe psicológica o buena fe creencia, consiste en la creencia a partir de un error excusable donde la conducta no va contra derecho, como primer punto, cuando se cree que no se está perjudicando o dañando el interés ajeno tutelado por el derecho, en segundo lugar, se trata de la creencia o error de una persona, generando un beneficio indebido en otro sujeto con quien se está relacionando.

La buena fe objetiva, la cual es llamada también buena fe en sentido ético, consiste en la creencia y confianza que un sujeto tiene, donde surtirá específicamente los mismos efectos que de forma normal ha producido en casos iguales. Son las reglas objetivas de la honradez, que llevan a creer en la palabra y habrá una actitud de rectitud, es decir que, la buena fe objetiva es la exigencia de que las partes obren con honestidad, lealtad, transparencia y cooperación. Analizados y explicados los tipos de la buena fe, se señala que toda interpretación normativa debería de ser adaptable con el principio de la buena fe, rechazándose así todo resultado jurídico que sea contrario.

Una vez explicado de forma breve sobre la inobservancia de la justificación para contratar y como está ligado al principio de buena fe, se detallará las diferentes etapas de la fase precontractual las cuales son:

- Convocatoria o invitación;
- Aclaraciones observaciones y respuestas;
- Presentación de ofertas;
- Apertura de ofertas;

- Convalidaciones;
- Evaluación y recomendación de adjudicación;
- Adjudicación.

El término precontractual tiene su definición como previo al contrato, es decir, al acuerdo de voluntades entre dos o más partes próximos a constituirse, donde se regulará, extinguirá o formará una relación jurídica. En la etapa precontractual, es donde se elaborará la relación de negocios, las partes se comportaran de buena fe, y llevaran las tratativas preliminares, teniendo en cuenta los intereses de la otra parte, esto conllevará a la conclusión de la relación de negocios con la suscripción del contrato.

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.

La figura jurídica de la 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 infra constitucionales que se encuentren en contradicción.

Esta investigación pretende desvelar 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 su reglamento, constitucional, civil y administrativo.

En la investigación se realizará un estudio del principio de buena fe como un elemento primordial del derecho administrativo y de la ley orgánica del sistema nacional de contratación pública en adelante LOSNCP, haciendo hincapié en su aplicación de lado de los actores

contratantes de la administración pública y contratistas en los procedimientos de compras públicas, y más aún en la etapa precontractual.

Abordando el tema con más profundidad, es importante conocer las terminaciones de la relación precontractual ya que la LOSNCP fija dos momentos específicos en el cual se podrá terminar la relación contractual formada, bajo la figura de cancelación el cual está establecido en el artículo 34 de la ley y, la declaratoria de procedimiento desierto contemplado en el artículo 33 de dicha ley, pero se presenta un tercer tipo el cual es cuando se produce la adjudicación pero la administración pública desea dejar sin efecto dicho acto administrativo por medio de la declaración de lesividad.

1.3. Formulación del Problema

¿En qué medida la inobservancia de la justificación en la etapa precontractual incide en el desarrollo final en la contratación pública?

1.4. Sistematización del Problema

- ¿Cuáles son las medidas del Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Portoviejo para evitar la inobservancia del principio de buena fe en la etapa precontractual?
- ¿Cómo determinar la inobservancia del principio de buena fe en la etapa precontractual?
- ¿Se aplican las indemnizaciones en caso de ruptura intempestiva sin causa justificada a la parte afectada por los perjuicios causados?

1.5. Objetivos de la investigación

1.5.1. Objetivo General

Analizar como la inobservancia en la etapa precontractual afecta en la adjudicación y en la ejecución de los contratos.

1.5.2. Objetivos Específicos

- Examinar los beneficios en la fase precontractual de la observancia del principio de buena fe.

- Identificar las rupturas injustificadas más frecuentes en la fase precontractual que atentan con el principio de buena fe.
- Establecer la incidencia en contratación pública debido a la inobservancia de la buena fe.

1.6. Justificación de la investigación

Este proyecto va dirigido a desarrollar una correcta argumentación e investigación de la inobservancia de la justificación en la etapa precontractual y su incidencia en la contratación pública para lograr que haya una correcta adjudicación y ejecución de los contratos y de esta manera poder obtener un resultado y un análisis lógico jurídico del tema tomando en consideración todos los recursos que aporten el correcto uso de normas jurídicas que me permitieron cumplir con los presupuestos solicitados para el desarrollo de este proyecto investigativo.

1.7. Delimitación de la investigación

Delimitación espacial: Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Portoviejo.

Delimitación temporal: Mayo 2019 – Noviembre 2019

1.8. Hipótesis

Si se aplica la correcta justificación en la fase precontractual de la contratación pública, se beneficiaría la adjudicación y la ejecución de los contratos.

Líneas de investigación

Línea de Investigación Institucional.

2. Sociedad civil, derechos humanos y gestión de la comunicación.

1.9. Variable independiente: inobservancia de una correcta justificación para contratar vulnerando al principio de buena fe.

1.10. Variable dependiente: etapa precontractual y su incidencia en contratación pública.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2. Marco referencial

2.1. Antecedentes de la investigación

El contrato administrativo o contrato público es un acuerdo de partes y es ahí donde tienen origen las relaciones jurídicas, lo que significa que las partes contractuales adquieren derechos y obligaciones, y cuando el contrato queda en la fase precontractual sin una justificación, se vulnera el principio de buena fe, ya que en algunas ocasiones los oferentes son quienes invierten tiempo y dinero para lograr la adjudicación de los contratos, existiendo así una desigualdad de condiciones entre contratantes (Casaretto, 2002).

Rafael Entrena Cuesta quien es un tratadista español nos habla en su libro “Curso de Derecho Administrativo” señala que “La supremacía del interés público, es un soporte de relación jurídica administrativa, la cual obtiene esta naturaleza por la intervención de la administración pública (Moreta, 2014).

El contrato público no constituye una igualdad de condiciones jurídicas de partes, ya que existen cláusulas que benefician a la administración pública que contrata cuando hay un interés social de por medio, sin que importe el perjuicio que provocaría al contratista (Casaretto, 2002).

Marienhoff expresa el siguiente concepto acerca del contrato. Es un acuerdo de partes con voluntades iguales donde se generan obligaciones, entre el Estado que ejecuta la parte administrativa y un particular, donde se llega a un acuerdo para satisfacer las necesidades públicas (Moncada, 2014).

Es un modelo jurídico donde se expande la actividad de la administración como una entidad de orden público genérico, ya sea en el área pública como privada, donde la individualización va a depender de distintos efectos jurídicos (Moncada, 2014).

Cuando se realiza un contrato con la administración pública se adquieren obligaciones en este caso, los contratistas deben de cumplir con todo lo estipulado en las cláusulas, ya que existe un interés de beneficio social, en caso de no realizarse de acuerdo al plan de trabajo ya sea un

incumplimiento por falta de tiempo y cumpliéndose los plazos que la ley otorga, existirá una multa por mora, aunque los factores que llevaron a esta demora hayan sido externos.

Francesco Messineo y Jorge Mosset Iturraspe sostuvieron que en la etapa de formación del contrato debe existir la buena fe donde las partes se acercan para conversar de un posible contrato y dan inicio a un particular contrato social y donde prevalece una confianza que la ley no la regula naciendo la buena fe (Borda, 2014).

A su vez es una integración contractual de operación técnico jurídico donde existe un acuerdo de partes para una construcción de un contrato, donde el contenido del contrato será constituido por un acuerdo de partes (Facco, 2009).

2.1.1 Efectos en los contratos administrativos

La administración pública como tal tiene los derechos de exigir el cumplimiento del contrato, quiere decir que no puede haber cambios sustanciales que afecten de alguna manera, u obligar que se realice en el tiempo pactado, lo que quiere decir que se respete el plan de trabajo el cual el contratista está sujeto. Una muy importante creadora de cláusulas necesarias el cual es el derecho a cambiar, expandir o complementar y es exclusivo de la administración pública (Casaretto, 2002).

Por el lado del contratista tenemos el derecho a mantener el objeto original del acuerdo lo que quiere decir que, no se aceptará un cambio una vez efectuado el contrato, contempla también un respeto al precio pactado o la forma a pagar, así se mantendrá un correcto balance económico, el contratista también tendrá derecho a terminar el contrato siempre que sean justificadas sus causas y el más relevante, presentar lo pactado en el tiempo estipulado para la ejecución contractual (Casaretto, 2002).

En la contratación que ejecuta la administración pública participan partes jurídicas, donde la entidad presente ya sea en proceso de selección o ejecución del contrato, se resalta que la entidad pública tienen que manifestar su deseo de ejecutar el contrato de buena fe sin exoneración alguna de actuar de esa manera y pedir el cumplimiento obligatorio a las otras partes de la buena fe (Laborde, 2016).

2.2. La Inobservancia de la Justificación para contratar

Las rupturas injustificadas de la relación de negocios es decir en la etapa precontractual, implican la inobservancia del principio de buena fe, es decir, si se produce un daño, la parte que injustificadamente abandone las tratativas preliminares, deberá reparar a la parte que tenía expectativas sobre la celebración efectiva del negocio jurídico, esto es, lo que se conoce como responsabilidad precontractual (Salazar, 2018).

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 contractual. Actuar de esta manera, implica, en caso de daño, la reparación por el rompimiento unilateral, injustificado o arbitrario, reparación que se sustenta en la violación del principio de buena fe, que las partes están obligadas a observar (Salazar, 2018).

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 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 (Salazar, 2018).

La cancelación del procedimiento sin una justificación previa va a significar un retroceso para la entidad contratante y por consiguiente a los oferentes participantes lo que, generará una afectación de índole económico y social ya que, se perderá tiempo y material que pudo ser invertido en otro concurso, convirtiéndose en un daño emergente por lo que es afectado en el momento y en lucro cesante por lo que pudo convertirse en ganancia (San Martín, 2013).

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 (Salazar, 2018).

2.2.1. Afectaciones y Perjuicios

En la contratación pública ecuatoriana, específicamente en la fase precontractual, los sujetos contratantes tienen las calidades de oferente y administración pública, y pese a la naturaleza privada 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 de la justificación para contratar y del principio de buena fe durante las tratativas preliminares (Salazar, 2018).

El perjuicio que se comete es de índole económico y, al serlo, puede revestir dos modalidades una, disminución patrimonial como lo es el 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 de forma injustificada (Salazar, 2018).

El acto precontractual ilegítimo no consiste en haberse resistido a celebrar el contrato, sino en haber negociado de mala fe con respecto de los intereses de la otra parte, como en este caso sería las rupturas de las negociaciones. En consecuencia, el perjuicio está dado ya que se depositó confianza tiempo y actos de buena fe de la contraparte (San Martín, 2013).

Es preciso referirse desde un principio a tres fases esenciales que son preparación, celebración y ejecución de un negocio jurídico:

- La preparación es necesaria siempre en los pactos preliminares ya que se trata de actos con índice de riesgo alto, donde el tratado brinda una libertad a las partes para que puedan manifestar sus intereses y poder sanar todo lo que el contrato demanda antes de estar vinculados a ella;
- Por lo general, una celebración de un contrato no se realiza rápidamente porque se necesita de varios encuentros donde se dialogará distintos puntos de vista y existirán disputas pero es crucial para lograr la celebración del contrato en la etapa precontractual;
- Por último, tenemos la ejecución del contrato donde se asumen deberes contractuales (Altamirano, 2016).

2.3. Buena Fe

En el principio de buena fe nace la doctrina de los deberes de conducta que tuvo sus inicios en interesantes estudios realizados a finales del siglo XIX y principios del XX por la escuela alemana e italiana, la cual logró unificar sus criterios integradores respecto al alcance y naturaleza de los mismos, fundamentando que las partes desde el mismo momento en que comienzan las negociaciones hasta cuando logran concretar sus acuerdos de voluntades (Caballero, 2008).

Siempre es necesario que la buena fe tenga un incentivo porque es un principio de orden jurídico en integridad, y el derecho en las obligaciones en distintas manifestaciones es un elemento estructural con jerarquía y fuerza en todas las relaciones jurídicas, siendo hoy en día una herramienta necesaria para prevenir cláusulas que vayan en contra de derecho, siendo así un contrato equitativo (Tolosa V. L., 2017).

Osorio decía que “la exigencia de la buena fe se arma como una fuente de las obligaciones y de los límites de la conducta humana, como principio debe funcionar en el cumplimiento de toda clase de obligaciones y deberes, como en el ejercicio de los derechos de cualquier especie (Caballero, 2008).

Es un fenómeno que integra un contrato donde existen muchas fuentes siempre que exista voluntad de las partes para que así pueda nacer un vínculo de negocio con eficacia, donde la buena fe obtiene el puesto número uno en razón que tiende a producir efectos jurídicos permitiendo expresar un negocio (Facco, 2009).

Betti señala que “la buena fe tiene una compatibilidad con una exigente convivencia y una solidaridad social exigente donde, vamos a ver que hay una naturaleza que obliga a acciones positivas y negativas (Caballero, 2008).

La buena fe es ético social que como ya se estudió, se refiere a conceptos de lealtad, honradez, fidelidad y rectitud en la materia de negociación. Se lo conoce como un modelo de conducta, ya que las partes deberán de regirse al tiempo que dure el negocio e inclusive en la etapa precontractual y también cuando ya se dé por finalizado (Boetsch Gillet, 2015).

Es preciso decir que la buena fe es exigible desde el momento en que se dé un negocio jurídico por medio de contratos y lo que dure la etapa de cumplimiento, va adquirir mucha relevancia si se suscita un reclamo de buena fe en el ámbito de operación (Facco, 2009).

Saavedra nos dice que la buena fe contractual indica que las partes se someten con confianza a la conducta correcta para que se dé la realización de la obligación creyendo que no habrá engaño alguno (Boetsch Gillet, 2015).

Manuel de la Puente nos decía que la buena fe es un elemento de relación humana que se va añadiendo al derecho pero este principio no es así por naturaleza sino por especificaciones técnicas lo cual se determina a que la misma se convierta en un término jurídico, lo cual quiere decir que la buena fe no es una creación de los legisladores más bien se adapta a un principio propio de la conducta humana (Zusman, 2005).

Por su parte nos manifiesta Gillet que la confianza crea la base que no debe faltar en todas las relaciones ya que esto es fundamental para el contrato (Boetsch Gillet, 2015).

Solarte Rodríguez Arturo en su libro la buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta nos señala que, el significado de la buena fe ha sido uno de los más complicados de realizar en derecho, ya que tiene nociones de mucha amplitud la cual ha obtenido desde que nació y se realizó por los juristas en Roma y por su complejidad merece una gran importancia, en la actualidad es la base un principio general de derecho calificándose como supremo y absoluto, proyectándolo como primero de los derechos de obligaciones (Solarte, 2004).

Diez Picazo por su parte nos dice que la buena fe es una conducta ética de acuerdo a la conciencia de la sociedad, lo que se interpreta como lealtad entendiéndose que las partes al momento de redactar un contrato se manifestaron de forma leal y correcta sin guardar situaciones que vayan a generar confusión (Zusman, 2005).

Asúa González y García Rubio nos dicen que está claro decir que el rompimiento de las relaciones de forma injustificada, la celebración de contrato idóneo por lesión de la buena fe en la etapa precontractual, da como consecuencia desventaja clara para la parte afectada por vulneración de deberes precontractuales (Duque, 2012).

La buena fe al igual que el de la libertad es un principio general en derecho, es transversal al igual que las relaciones en jurisprudencia y esto lo convierte aplicable al ámbito público administrativo (Laborde, 2016).

Hay que considerar que la buena fe es un tema de concepto difícil pero que de igual forma obtiene gran relevancia en el ámbito jurídico, donde se distingue la buena fe subjetiva y buena fe objetiva (Borda, 2014).

La buena fe se mezcla con una total confianza jurídica, las partes en materia se manifiestan con la predisposición de que la otra parte en un cierto momento será el titular de un derecho que se pretende incorporar en un pacto o patrimonio (Solarte, 2004).

2.3.1. Buena fe subjetiva

Inicia de un error excusable donde la conducta no va a ir contra el derecho, esto engloba dos resultados, primero que no daña un interés ajeno tutelado por el derecho y no hace caso omiso al daño que se provoca. Y segundo existe la creencia de que por error una persona crea ventaja indebida en relación a otro sujeto con quien guarda un vínculo contractual (Borda, 2014).

La buena fe subjetiva se comprende como creencia o ignorancia y el entendimiento ético del mismo, donde el error o la ignorancia de la parte solo sean atendidos en medida de que su comportamiento no haya sido de culpabilidad, o explicado de otra manera las situaciones solo serán excusables si la parte no ha podido ganar su percepción errada de la realidad (Solarte, 2004).

La buena fe subjetiva tiene una creencia, una convicción a una conciencia de rectitud esto quiere decir que se está realizando el acto con lealtad y como el derecho manda, en otras palabras es una sola conciencia de estar obrando con honestidad, siendo leal y correctamente sin incurrir a un error, también podemos decir que está ligada con la ignorancia justificación así el error que se cometa lo cual no exige el cumplimiento de cierta conducta (Tolosa V. L., 2017).

López Santa María quien es reseñado por Bonet dice que. La convicción interna y psicológica de descubrir al sujeto en una posición jurídica usual, aunque analizando de un lado objetivo no lo es, aun así exista error, en otras palabras el derecho no culparía a la parte que se encuentre en una postura jurídica inusual, sea por desconocimiento de un vicio propio o ajeno (Bonet, 2014).

Esta buena fe subjetiva, no absuelve al particular de la responsabilidad de sus acciones, sino que la norma tiene un proceder especial para aquellos que actúen de forma irregular, pero sin propósito de hacerlo, lo que significa con buena fe, aunque existen situaciones que es difícil distinguir si se realizan las acciones de buena o mala fe ya que es un obrar interno del particular (Guzman, 2017).

Se puede decir que la buena fe subjetiva consiste en una situación psicológica la cual empieza ya sea por un lapsus de descuido o desconocimiento de ahí parte que el accionar de un particular llegue hacer objetivamente antijurídico, donde el derecho lo juzga como honrado ya que el particular se encontraba en un postura subjetiva y por su parte el lapsus de descuido parte de la titularidad de su propio accionar (Neme, 2009).

2.3.2. Buena fe objetiva

Es muy importante saber que es por un lado un concepto técnico jurídico a la actitud o proceder que tiene como factor ser visualizado en las relaciones que las partes decretan (Solarte, 2004).

En la buena fe objetiva en cambio se deja a un lado el ámbito psicológico del sujeto conduciendo al lado de las conductas es decir de ética, un deber de conducta correcta leal en el ámbito jurídico donde se aprecia lo socialmente correcto es decir modelo del particular razonable (Bonet, 2014).

Lo que la buena fe objetiva nos quiere dar a entender es que aquí se impone un ordenamiento como un deber netamente jurídico de comportamiento realizando así un acto de forma responsable conforme a derecho y no como la buena fe subjetiva la cual era con mera conciencia o creencia, esto quiere decir que hay una ejecución de verdaderos deberes de conducta mediante actos específicos para que así se pueda ejecutar lo pactado (Tolosa V. L., 2017).

La buena fe objetiva supone que el actuar siempre será con honradez, transparencia, responsabilidad entre otros deberes donde será de total carácter normativo, es decir que es propia de ejecutar obligaciones con una exigencia de comportamiento (Neme, 2009).

Por otro lado, la buena fe objetiva, implica un sin número de comportamientos y actuaciones que son apreciados y valorados con un patrón de comportamiento ideal de hombre correcto y con raciocinio, tratándose de apegar el comportamiento de manera correcta, leal y

honrada, así que juzgar la buena fe objetiva, el juez tendrá que dejar de lado la intencionalidad de la persona y revisar sus actuaciones para decidir si en efecto se procedió con rectitud (Guzman, 2017).

La buena fe objetiva se comprende como principio jurídico con deberes a una conducta objetiva la cual se da a entender por medio de las reglas de honestidad y rectitud, quiere decir que se actúe con honorabilidad, pulcritud, transparencia ya que predomina un carácter normativo (Neme, 2009).

2.4. Deberes en la fase precontractual

Los deberes más importantes en la fase precontractual, emanados del principio de buena fe, serían los de información, y confidencialidad (Guzman, 2017).

2.4.1. Información

Las partes tienen que exponer de forma mutua todos los puntos que se presuman importantes para la consumación del contrato es muy importante que las partes sepan cuáles son los puntos ya sea de tipo objetivo como subjetivo que estarán inmersos en la celebración del mismo (Albán, 2008).

Es recomendable en palabras técnicas, referirnos a una obligatoriedad de dar información ya que en la fase precontractual aún no existe un enlace o un deber subjetivo, es decir que, no existe la prestación, incumplido este deber se podrá pedir de forma obligatoria que se cumpla, ahora una vez pactado el contrato no debería importar este deber, aunque existe una pretensión de forma general que es quitar efectos del negocio, y la parte afectada tendrá de forma exigible una reparación de daños causados (Duque, 2012).

En la responsabilidad precontractual se manifiesta una falta de cumplir con el deber de la buena fe por medio de la desinformación en la fase previa a la realización contractual, donde se determina que debe existir una indemnización por todos los perjuicios que se cometen, es decir las partes deben manifestar de forma recíproca todo lo relevante sobre la manifestación contractual (Altamirano, 2016).

2.4.2. Confidencialidad

Retener en total resguardo la información ya sea personal o que sean de importancia que se hayan sabido en el proceso precontractual, es aquí donde nace este deber de confidencialidad que obliga a la reserva total y no usar para beneficio propio o para provocar un perjuicio a quien proporcionó (Albán, 2008).

Existe una regla de forma general que nos dice que no existe obligación de confidencialidad de lo que ya se habló en la fase preliminar, pero mientras se realizan los avances del negocio se recibirá detalles específicos y es aquí donde nace el deber de la confidencialidad, que trata de no usar o aprovechar la información que se recibió, más bien se tiene que producir un confianza para que se celebre el contrato de forma idónea (Altamirano, 2016).

2.4.3. Incumplimiento de los deberes precontractuales

Actualmente Garcia Rubio ha expresado que, no cumplir con los deberes precontractuales tiene y sigue teniendo un trato jurídico precontractual especificando solamente el dolo, el error o la culpa in contrayendo generándose conflictos por el incumplimiento evitando así la responsabilidad que acarrea dicho acto por lesión (Garcia Rubio, 2011).

2.5. Fase precontractual

Cuando nos referimos al término precontractual siempre abordamos los conceptos de que si es contractual o no contractual y a su vez también hablamos de los principios que nacen como lo es la buena fe, el abuso de derechos la equidad, una negociación justa, un plazo para realizar un reclamo de una responsabilidad, también nos topamos con la culpa in contrahendo la cual es evitada siendo remplazada por la responsabilidad precontractual (Martínez, 2010).

Existen distintas responsabilidades como la de acción, omisión o de hecho donde de alguna forma estará vinculado al contrato, el valor que tenga esta asociación contractual pondrá como condición la calificación de la responsabilidad (García, 2008).

San Martín nos plantea que, si no llegase a ver un mutuo acuerdo no existirían obligaciones entre las partes, sin embargo mientras lo que dure la negociación del contrato o pacto existirán siempre deberes de cuidado mediante un acuerdo que generara principios preliminares siendo estos recíprocos convirtiendo así la fase precontractual en extracontractual (San Martín, 2013).

2.5.1. Teoría de la individualización de los periodos precontractuales

Existen tres pasos específicos al momento que se piensa entrar a la etapa precontractual los cuales son ideación y elaboración, perfección y de cierre precontractual donde cada uno tendrá su explicación a continuación:

- El primero lo tenemos como el periodo de la ideación y de elaboración, siendo así, que en la primera etapa las partes podrán interrumpir o modificar a su criterio los acuerdos incluso podrán dejar a un lado el hecho de contratar, ya que debe existir una voluntad concreta junto con el deseo de elaborar un futuro proyecto contractual. Hay que aclarar que el contrato aun es el objeto y no el contenido de la voluntad;
- Como segundo tenemos un periodo de perfección y concretar la propuesta donde aquí la voluntad que se manifestó en el primer periodo se convierte en un deseo dirigido a terminar la propuesta o bien que se acepte el contrato, en esta segunda etapa aun esta como objetivo la cristalización contractual, donde aún es posible que por la voluntad de una de las partes puedan modificar la propuesta, lo que lo convierte en una acción subjetiva sin ninguna obligatoriedad;
- El tercer periodo es la que más relevancia o importancia tiene ya que aquí es donde se ha completado todo lo que se quiera realizar en el contrato donde la voluntad de las partes mediante mutuo acuerdo se fijarán en la propuesta plasmada en las etapas anteriores pero que aún no ha sido emitida, convirtiéndose en necesaria la propuesta, siendo el contrato la finalidad jurídica (Saavedra, 2009).

Análisis de la teoría

Es claro que en esta teoría hay una división de tres periodos en la etapa precontractual en la cual tenemos un proceso de ideas de las partes, donde buscan elaborar lo más claro posible lo que se quiere lograr, pudiendo modificar con libertad y siendo expuesto a diferencias ya que aun en esta fase es factible retirarse sin concretar dicho acto contractual, como segundo periodo tenemos la perfección de la idea es aquí donde la voluntad de las partes contratantes tendrán como objetivo mutuo terminar lo que han empezado es decir elaborar el contrato y como tercer periodo esta la materialización contractual, es aquí donde van a plasmar la propuesta final y dando como resultado el contrato siendo factor fundamental que las partes tengan la misma voluntad.

2.5.2. Proceso en la fase precontractual

Según la abogada Alejandra Carrera de la Procuraduría General del Estado señala que el proceso de la fase precontractual es el siguiente:

1. Como primer paso es la convocatoria o invitación donde se realiza la publicación en el portal y/o medios internacionales;
2. Luego se podrá efectuar todas las aclaraciones u observaciones donde los proveedores realizarán preguntas y la encargada de responder es la máxima autoridad, sus delegados, o la comisión técnica, se podrá modificar el pliego sin alterar el objeto del contrato;
3. En el tercer puesto tenemos la presentación de ofertas y es aquí donde se entrega en la fecha indicada la oferta técnica donde se receptan los documentos necesarios y de forma obligatoria deberán cumplir con todos los requerimientos;
4. Siguiendo el paso se realiza la apertura de ofertas a través del portal con precio, valor y descripción básica;
5. Tenemos la convalidación donde los errores de forma no implican modificación y hay un término de dos días y un máximo de cinco para la notificación de la convalidación, se podrá presentar documentos adicionales;
6. Luego tenemos la evaluación de ofertas realizadas por la comisión técnica donde se verificarán los parámetros de la calificación visto en los pliegos, la oferta técnica, dando el informe en un término de diez días con cinco adicionales;
7. Realizado todos estos pasos tenemos como resultado la adjudicación o declaratoria de desierto la cual puede ser total o parcial (Carrera, 2018).

2.5.3. Teoría de la Culpa in contrahendo

La culpa in contrahendo está inmersa en el ámbito contractual y mientras se produce un perjuicio nace la relación precontractual donde ya es considerado como una unión social o también un derecho cuasi delictual, es decir existiría una responsabilidad extracontractual, que son distintas situaciones donde no hay contrato (Martínez, 2010).

La culpa in contrahendo ha tenido una evolución donde se puede incluir responsabilidades en el tema contractual, permitiendo así elegir o acumular acciones o que la norma de la responsabilidad contractual sean aplicables en la responsabilidad precontractual (García, 2008).

Esto es cuando se generan perjuicios al momento de realizar un contrato donde el consentimiento no es el manifestado anteriormente es decir con vicio donde existiría dolo en la etapa precontractual provocando perjuicios en la víctima (López, 2016).

La culpa in contrahendo en casos de error se generaliza es decir que si una de las partes tiene la culpa que cause la frustración de la celebración contractual, esta tiene la obligación de reparar todo el daño y pérdida que este provoque ya que existía una confianza generada desde un principio y es aquí donde nace la culpa in contrahendo (López, 2016).

La culpa in contrahendo recoge que la ley es de aplicación a un deber extracontractual que tenga su origen en tratos previos a la celebración de un contrato, independientemente si el contrato llegase a tener su celebración o no, solamente la ley será de aplicación a la contratación si llegase a celebrar dicho pacto de partes (García Rubio, 2011).

2.5.3.1. Culpa in contrahendo en Estados Unidos, Alemania, Francia e Italia

- En Estados Unidos está la teoría de la consideración donde tiene sus inicios en el siglo XV la cual da como resultado que es un requisito fundamental de reciprocidad para que puedan ser exigibles todas las promesas contractuales fundándose en el beneficio que obtiene por la promesa que es retribuida;
- En Alemania se lo denominan como actos que producen daños meramente patrimoniales que no pueden ser reparados de forma extracontractual, la culpa in contrahendo es fundada básicamente en la idea de contacto social, donde las partes lo realizan producto de un evento específico, por ejemplo la realización de una oferta contractual o el principio de un trato preliminar y donde los daños que se puedan producir son escasos y solo hay el deber de no causar daño, producto de la culpa in contrahendo surgió la teoría de los deberes de protección donde en los negocios existirán deberes de las partes ya que este acercamiento puede provocar daños a la contraparte;

- Francia tiene un sistema donde señala que toda acción de daño que una de las partes provoque obliga a la contraparte a repararlo quien por culpa suya se haya realizado, en tema contractual se puede decir que la parte que se retire sin justificación alguna y conociendo que producto de esta decisión se invalidará el trato, se estará cometiendo culpa y provocando daños por la frustración contractual;
- En el sistema Italiano la culpa in contrahendo tiene un origen extracontractual ya que hay una ausencia de normas sobre la responsabilidad precontractual, donde nos dice que las partes al momento de contraer un trato debe hacerlo con buena fe formando una forma de responsabilidad extracontractual (Saavedra, 2009).

Análisis de la teoría

Podemos decir que la culpa in contrahendo no es más que la culpa contractual donde se puede ver reflejada ya sea en la etapa de formación de contrato como en los que ya han sido elaboradas y perfeccionadas, y si en caso existe inobservancia habrá un resarcimiento de daños que haya sido provocado, ya que existía una confianza depositada.

2.6. Dolo y error

En las distintas situaciones donde existe el error también acarrea el dolo, es decir no solo la víctima podrá ejercer la acción de nulidad sino que también podrá aplicar una indemnización de daños (López, 2016).

- El dolo es una acción que no concuerda con la buena fe donde una de las partes realiza para que la otra parte caiga en un error importante al momento de estar en la etapa de contratar;
- Sánchez por su parte nos dice que el dolo es un vicio de las voluntades, esto quiere decir que es una manipulación con fraude realizada para engañar a la parte afectada de un acto jurídico;
- El dolo no es un vicio de la voluntad distinto al error ya que cuando existe engaño por una de las partes esto es un error lo que quiere decir una realidad totalmente distorsionada;

- Francisco Saavedra se refiere a que es un método que se utiliza para engañar a una de las partes para así provocar el error, con el fin de elaborar la celebración del acto jurídico (Saavedra, 2009).
- Es claro decir que, existe una relación entre el dolo y el error, donde queda como deber determinar qué pasará si el error es instrumentalizado por el dolo donde se llamaría error esencial, la cual es cuando existe una ausencia de voluntad, en cambio el dolo es cuando hay voluntad pero viciada, estos son sancionados de distintas formas, el error con nulidad absoluta y el dolo con la nulidad relativa (Sánchez, 2019).

En lo anterior expuesto podemos observar que existe una voluntad común, la cual consiste en la presencia del dolo donde la realización del mismo se hace sin comprensión alguna y lo mismo pasa con el error, entonces vemos que lo que lo provoca es el error que es inducido por el dolo actuando como un vicio de voluntad de una de las partes, generando el error de forma equivocada.

2.6.1. Perjuicios en la fase precontractual de la Europa continental

En la Europa continental hay tendencias a darse cuenta de la responsabilidad por los perjuicios que se cometen en la fase precontractual, como una naturaleza en la fase contractual creando así la presunta culpa por la parte que hace el perjuicio, hasta llega a existir indemnizaciones poniendo a los tratadistas a buscar la manera de que sea de forma obligatoria (Albán, 2008).

2.6.1.1. España

Se hará responsable por la responsabilidad contractual aquellos que en la fase precontractual han realizado o tenido un comportamiento que afecte a la otra parte y son contrarios a la buena fe (Duque, 2012).

2.6.1.2. Colombia

En la doctrina las primeras apariciones de los daños en la etapa precontractual se fijaban únicamente en la nulidad por la culpa in contrahendo y con el pasar del tiempo fue tomando mayor importancia en la formación contractual, donde se evidenciaba las lesiones y daños de la confianza producto de la nulidad (Mendieta, 2011).

2.7. Daño

Mendieta considera el daño como la lesión de un derecho ajeno la cual se refiere a un rompimiento económico que se recibe en el patrimonio del afectado, donde la parte moral lo acecha, ofendiendo los sentimientos es aquí donde se constituye el daño la cual tendrá que ser indemnizada para devolver la calma contractual por medio de la compensación (Mendieta, 2011).

2.7.1. Daño emergente en la formación del contrato

El daño emergente que se comete es de interés primordial mientras sea el patrimonio de la parte afectada, es decir engloba una pérdida del patrimonio muy necesario, todo daño realizado en la fase precontractual tiene un interés económico (Mendieta, 2011).

Hay que recalcar que el daño emergente es todo daño que se ejecuta de acción inmediata es decir una pérdida económica que afectará a la ejecución de un contrato, en la etapa precontractual, es de suma importancia realizar todas las aclaraciones debido a que si existe un daño emergente nacerá una responsabilidad por el ilícito que se cometa, hay que tener en claro que si se cometiere dicha acción existirá una vulneración de principios, principalmente el de la buena fe.

2.7.2. Lucro cesante en la formación del contrato

Cuando hablamos de la etapa precontractual se pueden generar daños que caen sobre un bien o daños económicos, el lucro cesante se reflejará en lo que no se perciba o lo que no se esperaba percibir en la celebración de un contrato, donde el perjudicado tiene el deber de evitar la durabilidad de este daño (Mendieta, 2011).

Podemos decir que el lucro cesante es producto de un daño patrimonial la cual se refiere a una ganancia que la parte afectada ha dejado de percibir o también en la pérdida de ingresos que se ha sufrido, producto de una acción lesiva, lo mismo que sucede en la responsabilidad contractual donde se sobreentiende que en la acción de reparar entra el daño que se comete en ese momento y también lo que se deja de percibir producto de ese daño, el lucro cesante tiene como principal objeto el resarcimiento económico (Domingo, 2018).

2.7.3. Daños producto del lucro cesante

Se determinan como factores para cuantificar el daño:

- El lucro que se dejó de percibir;
- Ganancias futuras frustradas;
- Pérdidas de beneficios;
- Pérdida de una subvención es decir ayuda económica de origen estatal para realizar o mantener obras;
- Un decremento del patrimonio;
- Disminución de ingresos por falta de oportunidades (Domingo, 2018).

2.8. Responsabilidad precontractual

La responsabilidad precontractual se lo conceptualizan como tema netamente moral y no tanto en ámbito jurídico (Ruiz, 2015).

Es un deber que tiene su origen en el contacto social, es decir un lazo que se forma entre las partes futuras a contratar donde existe una mutua confianza (Ruiz, 2015).

Ruiz habla que todos los contratos o pactos preliminares son solamente un deber objetivo que se forma a través de una comunicación precontractual que obtienen sus particulares cualidades (Ruiz, 2015).

No se especifica una responsabilidad precontractual, solamente los conectados a la falta de buena fe durante el convenio contractual, y las situaciones de dolo o fraude no son muy claros (Martínez, 2010).

En la etapa precontractual aunque no exista la formación del contrato o puede que el contrato haya resultado nulo, existen deberes ya de todos los que tuvieron participación donde se debe aplicar las normas jurídicas, durante esta etapa se encuentran al frente de una obligación que de no cumplirse se va a originar una lesión contractual (Fandiño, 2013).

Es necesario mencionar que por tratarse de partes determinadas con deberes específicos en el cual prevalece el principio de buena fe, el incumplimiento de todos estos deberes llevará sin duda alguna a una responsabilidad de contrato (Fandiño, 2013).

La responsabilidad precontractual en síntesis surge ante la ausencia de un vínculo obligatorio, contractual, esto puede ser cuando aún se encuentran en la fase de negociaciones para que el contrato se efectúa por el cumplimiento de formalidades o bien la entrega de lo pactado (San Martín, 2013).

2.8.1. Teoría de Thol

Esta teoría con respecto a la responsabilidad resalta la protección de la buena fe el cual debe ser otorgado por la parte que tiene la suficiente confianza, certeza y persistencia de la oferta que ya ha sido establecida, por lo que actúa conforme a la responsabilidad que acarrea dicha obligación (Saavedra, 2009).

Análisis de la teoría

En la teoría de Thol la cual nos habla sobre su punto de vista con respecto a la responsabilidad parte de la idea donde la buena fe juega un papel muy importante, ya que es una protección que brindan las partes para que la obligación contractual que está por nacer pueda ser ejecutada, es importante aclarar que la confianza de las partes tiene un rol muy importante porque es visto como una responsabilidad o un deber.

2.8.2. Teoría de Windscheld

Básicamente esta teoría se va a centrar en que las partes que conforman dicho trato, repararan todos los daños o perjuicios que sean ocasionados por la confianza del individuo o entidad afectada sobre la futura adquisición de un derecho lo que acarrea a una responsabilidad, creando una frustración contractual producto de la confianza, donde no se tenía ningún conocimiento y tampoco estaba en la obligación de dar a conocer (Saavedra, 2009).

Análisis de la teoría

Lo que trata de decirnos la teoría de Windscheld es que los perjuicios ocasionados como producto de la vulneración de confianza sea la entidad contratante como el contratista tienen la obligación de resarcir y subsanar todo lo cometido producto de su actuar lesivo a la confianza, convirtiéndose en una responsabilidad.

2.9. Naturaleza jurídica precontractual

La fase precontractual en la Europa continental era obligatorio regirse a un correcto comportamiento guiado por la buena fe junto con los deberes de obrar de una forma adecuada, por otro lado tenemos la libertad de contratar donde las partes tienen el libre albedrío de ejecutar el contrato o no (Albán, 2008).

La expresión responsabilidad últimamente hace referencia de la ruptura sin justificación de lo pactado, asumiendo las partes deberes especialmente la de *culpa in contrahendo* la cual significa la creación de situaciones como nulidad de contrato ya sea dolo o fraude, lesiones a las partes o pérdidas económicas en etapa precontractual (Martínez, 2010).

Es importante tener en claro la responsabilidad de quien provoque lesiones a la otra parte, mientras se encuentren en la etapa precontractual, sea por ejecución de contrato inválido o por aumentar la buena fe a sabiendas que no se procederá (Fandiño, 2013).

Las fuentes de Roma no determinaban que los daños ocasionados en un contrato frustrado tenga que ser calificado como un daño, ya que este tenía una forma totalmente limitada es decir por pacto de personas o entregas de cosas y tampoco procedía el dolo ya que se tenía que probar con un ánimo de realizarlo (San Martín, 2013).

2.9.1. Importancia de oferta en la fase precontractual

La oferta en esta fase previa es muy importante para que se pueda celebrar un contrato ya que aún no hay una preparación, por lo que solo es un acto jurídico donde se producen efectos y donde también el contrato se podrá realizar de forma perfecta, esto quiere decir que si no llegase a existir una oferta no se podrá celebrar el contrato, y es tanta la importancia, debido a que existen condiciones infaltables para que exista una formación de mutuo acuerdo (Altamirano, 2016).

2.10. Derecho contractual

Cuando hablamos de derecho contractual nos referimos a obligaciones con una adaptación netamente voluntaria, es por eso que, el consentimiento de las partes es muy importante, entonces los derechos contractuales son personales, lo que significa que el titular puede pedir a la otra parte, quien tiene la obligación de cumplir con lo prometido y estas pueden ser obligaciones de dar, hacer o no hacer (Heiva, 2015).

2.10.1. Teorías ex ante y ex post del derecho contractual

- Ex ante es una teoría la cual tiene una perspectiva que mira hacia el futuro, tomando como ejemplo en una decisión de adaptación de una regla, tendremos que preparar preguntas como ¿qué efectos se producirá producto de esta regla? o ¿qué consecuencias acarrea dicha regla?, esta teoría tiene una asociación con el consecuencialismo o el utilitarismo teniendo como base la filosofía moral y política;
- La teoría ex post es contrario a la teoría ex ante ya que tiene un punto de vista a lo histórico y esto nos quiere decir que mira hacia el pasado, pondremos como ejemplo la elección de que si algo es justo o injusto y exista un daño, nos formularíamos las siguientes preguntas ¿Quién tuvo un actuar incorrecto o quién cometió la acción dañina? ¿Existió violación a derechos?, en filosofía política y moral tiene una asociación deontológica (Heiva, 2015).

2.10.2. Proceso en la fase contractual

- Suscripción del contrato tiene que ser por escrito el cual no tendrá la necesidad de ser escritura pública y tendrá un término de quince días desde que se adjudica y existe una excepción en los casos de asociaciones o consorcios el cual será de 30 días;
- La capacidad y competencia para contratar la tienen la máxima autoridad administrativa de la entidad que vaya a contratar, los ministros y todos los representantes que de forma legal representen y todos los delegados a su vez no podrán celebrar contratos con el Estado todos los incapaces generales, presidentes y vicepresidentes, los cónyuges hasta cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad y todos los funcionarios que estén vinculados a alguna etapa de dicho procedimiento;
- Disponibilidad presupuestaria quiere decir que se constata de una existencia crediticia en los presupuestos estatales para que así puedan ser utilizados en la programación inicial;
- Las garantías son de forma irrevocable y de cobro inmediato la cual es otorgada por instituciones que son establecidas por el país (Carrera, 2018).

2.10.3. Procedimiento en la fase precontractual R.O 433

En su artículo 17 del Registro Oficial 433 del 6 de Febrero del 2015 establece el siguiente procedimiento:

1. Se revisará en el portal de compras públicas el proceso de contratación.
2. Se acompañará aleatoriamente en los procesos de contratación desde la etapa de apertura de sobres hasta la etapa de adjudicación al proveedor.
3. Se revisará los documentos habilitantes que permitan la prosecución del proceso esto quiere decir, pliegos, resolución de inicio, convocatoria, actas en general, resolución de adjudicatario, certificación presupuestaria, informes del delegado o comisión técnica, ofertas presentadas de los oferentes, preguntas o aclaraciones, cuadro de calificación, garantías y en general cualquier otro documento previo requisito y autorización se requiera.

2.11. Principios de la contratación pública visto desde la doctrina

2.11.1. Principio de legalidad

El principio de legalidad es una institución del derecho público la cual permite una correcta aplicación de los órganos del Estado, se usa también como un mecanismo donde el funcionario obtendrá responsabilidades si ocurre un exceso por ejercer su cargo (Mora, 2005).

Es una forma de conocer toda la fundamentación legal que protege la materia de contratación pública donde vamos a poder conocer cuál es el procedimiento a seguir por medio de la identificación de la norma sujetándose así a todas las disposiciones que el Estado y sus entidades de la mano con la ley dicten (Villacís, 2001).

2.11.2. Principio de trato justo

Referente al principio de trato justo va ligado a la equidad que son contemporáneos en el ámbito público donde se trata de que la autoridad administrativa y los contratistas se vean de manera justa y equitativa promoviendo el trato justo, donde la autoridad pública tiene la responsabilidad de asegurar un orden en los bienes y servicios que busca, también este principio nos dice que deben de existir las mismas oportunidades para todos los concursantes en dicho proceso (Gonzalez, 2014).

Implica a que todos los proveedores ya sean de obras, bienes y servicios tendrán las facilidades de contratar con la entidad estatal con las mismas condiciones que todos, esto quiere decir que no existen los privilegios, ni ventajas (Zuñiga, 2011).

2.11.3. Principio de igualdad y calidad

Siempre existirá la presencia de este principio igualdad ya que es aquí donde se formará un trato igual entre las partes de cara a los procesos precontractuales, donde existirá una libertad y un conocimiento de los procesos a seguir guiados por los lineamientos de la entidad contratante, también tenemos el principio de calidad donde el Estado es el encargado de dar a conocer a la sociedad los que se va a adquirir, las razones del por qué se va a adquirir dicho bien y el estudio previo realizado (Moncada, 2014).

La igualdad nos da a entender que todos los interesados tienen las herramientas para poder participar en el proceso de contratación pública, lo cual también implica a que los entes que van a contratar al publicar el proceso no debe existir ningún tipo de limitación que impongan a ciertos oferentes en una condición de superioridad, es decir que no existe una igualdad de condiciones (Villacís, 2001).

2.11.4. Vigencia de tecnología

Los bienes, servicios o de obras tienen que ejecutar todas las condiciones modernas y de tecnología para así poder cumplir con todo lo que se requiere desde que se pacta, con la posibilidad de seguir en una adecuación tecnológica si se llegase a necesitar (Zuñiga, 2011).

El principio de vigencia tecnológica, más que un principio es un condición donde se refleja una necesidad donde todos los procedimientos, deben de ser electrónicos y actuales donde deberá de resultar una referencia tecnológica alta para la realización de procedimientos que están prevenidos por la ley efectuando así una garantía para un normal funcionamiento en el portal y el uso correcto de las herramientas electrónicas (Gonzalez, 2014).

2.11.5. Oportunidad y transparencia

El principio de oportunidad es una potestad que tienen la parte que desea contratar con el Estado, es decir una participación en procesos estatales, por otro lado el principio de transparencia va junto con el principio de publicidad ya que en la actualidad la tecnología ayuda a que toda la

sociedad pueda ver más de cerca los procedimientos que ejecuta la administración pública (Moncada, 2014).

Todo sistema normado en la contratación pública deberá estar apoyado con prácticas administrativas las cuales van a dar como resultado previsibilidad para los futuros contratantes, donde esta va a permitir evaluar todos los costos y riesgos que al momento de efectuar el contrato pueda acarrear, dando como posibilidad un competencia más general y justa, también se podrá ajustar una mayor publicación de disposiciones que se requieran y datos de interés general, dicho en otras palabras la transparencia en la etapa precontractual dará la posibilidad de que todos los participantes puedan conocer todo el mecanismo de los contratos que serán adjudicados sea cual sea el proceso (Beltrán & Giraldo, 2007).

2.11.6. Libre concurrencia y publicidad

Este principio nos da los medios de poder oponerse entre las partes, también prohíbe al Estado de obligar condiciones que restringen la libre participación, este principio tiene límites ya que son asuntos de interés público exigiendo así un control, por otro lado tenemos la publicidad donde nos dice que las entidades contratantes tienen la obligación de publicar para que el mayor número de proveedores tengan conocimiento y el Estado tengan un mayor número de ofertas (Zuñiga, 2011).

Este principio significa que para todo ente del sector público procederá la contratación debiendo existir una competencia de iguales condiciones y con varios oferentes, donde la entidad va a poder elegir la que más conveniente sea para el interés demostrado, además también indica que tiene que contar con un proceso de selección claro y transparente que sea de conocimiento público (Villacís, 2001).

La libre concurrencia es un principio diseñado para los procedimientos de contratación pública donde se generará competencia entre todos los que estén con el interés para competir, explica que los procesos por su naturaleza son abiertos y específicos, es decir que describan los requisitos que se necesitan para contratar (Beltrán & Giraldo, 2007).

2.11.7. Participación nacional

Los pliegos tendrán perspectivas donde exista un incentivo promoviendo así que la población local y también nacional participe, claro está que son de preferencia proveedores de servicios, obras y bienes (Zuñiga, 2011).

En la LOSNCP artículo 6 numeral 23 habla sobre participación nacional indica que aquellos participantes que están inscritos en el RUP (registro único de proveedores) cuya oferta sea considerada de origen nacional (Asamblea Constituyente , 2008).

Se entiende al principio de participación nacional como el principal promotor al momento de contrataciones públicas para que así pueda existir la mayor participación posible de proveedores los cuales deberán de cumplir con las condiciones expuestas (Gonzalez, 2014).

2.12. Conceptos de contratación pública

Es un proceso donde la entidad pública junto con sus organismos regulados adquieren obras, bienes y servicios, donde la meta de las contrataciones es estimular la actividad económica donde se protegen la industria estatal, efectuándose en concursos con transparencia y público (Tolosa, Irizar, & Tola, 2017).

La administración en ámbito público es el principal ente que consume los servicios que ofrecen los proveedores en todo ámbito, esto quiere decir que se entiende como un gasto público de lo que se ofrece es decir servicios, obras y bienes realizando así una importante participación económica de un país (Tolosa, Irizar, & Tola, 2017).

Las compras públicas tiene como principal características la competencia donde el Estado tiene como actuación dirigir a las pequeñas y medianas empresas que concursan, esto quiere decir que el Estado es el principal consumidor de la materia prima con el objetivo de proporcionar a las distintas entidades todo lo necesario para su correcto funcionamiento (San Miguel Giralt, 2017).

En la materia de contratación pública se necesita de forma obligatoria antes de iniciar cualquier proceso la identificación transparente del objeto es decir el motivo y la fundamentación legal que sustente dicho acto, a su vez es de mucha importancia que se identifique de donde tiene origen el presupuesto que se ha designado para el financiamiento de la contratación ya que esto determinará el proceso a seguir (Villacís, 2001).

En la contratación pública el contrato estatal se puede entender como una herramienta de colaboración ya sea en el sector público como en el sector privado donde hay requerimientos de exigencia para distintas necesidades, entonces se forma una tendencia de formación contractual por parte del ente público imponiendo un sistema y fomentando la negociación con las personas capaces de solventar dicha necesidad, quiere decir que el Estado no busca exigir una voluntad para llegar a concretar sus fines sino llegar a un acuerdo con los particulares por medio de la participación (Beltrán & Giraldo, 2007).

2.12.1. Origen y desarrollo de la contratación pública

La contratación pública no goza de un concepto con autonomía ya que se denomina como un acto administrativo, donde es el Estado quien tiene la potestad de contraer obligaciones, es aquí donde existen antecedentes en el derecho romano y monarquías medievales, evolucionando por lo cambios legislativos que fue expuesto para una regulación de obras de carácter público (Cuenca, García, & Martínez, 2010).

2.12.1.1. Orígenes en Francia y Latinoamérica

- En Francia aparece la contratación pública a principios del siglo XX donde tuvo tres motivaciones para realizar reglas entre la participación entre Estado y particulares:
 1. La regulación del “*travaux publics*” la cual tenía un financiamiento por medio de cobro de peajes los cuales se dirigían a la casa real, a la superintendencia y al tesoro general, una vez que sucede la revolución francesa crean la dirección de puentes y caminos la cual en un futuro se transformaría en el ministerio de trabajos públicos;
 2. Para la protección de todos los bienes públicos del imperio se crearon normas donde harían parte el Estado y los particulares, donde el interés general iba a tener la supremacía;
 3. En este punto tenemos todas las obligaciones que conllevaba la relación entre el Estado y los particulares, conforme pasaba el tiempo nuevos servicios distintos iban a ser creados conllevando a una regulación de relación, ya que servicios como la telefonía (1879 a 1889), la empresa

automotriz, construcción de puentes con peajes y de ferrocarriles eran de interés público;

- En Latinoamérica surgió la creación del derecho administrativo con una influencia muy grande de Francia y España, independizando en contrato administrativo y sosteniendo que tienen la misma naturaleza y principios los contratos públicos con los privados pero con un régimen distinto y siempre prevaleciendo la igualdad de las partes siendo este de esencia bilateral entre la entidad pública y el particular participante (Cuenca, García, & Martínez, 2010).

2.12.2. Proceso en contratación pública

Como procesos para una correcta contratación tenemos

- Necesidad;
- Planificación;
- Estudios;
- Presupuesto;
- Elaboración de pliegos;
- Calificación y adjudicación;
- Ejecución del contrato (Páez Flor, 2013).

2.12.2.1. Necesidad, planificación y estudios

La necesidad se refiere que la entidad establece que en un área específica tiene una necesidad que necesita abordar, en la planificación se especifica que se va a adquirir, procediendo así a la búsqueda entre los oferentes y en lo que concierne a los estudios se hace en caso de que sea consultoría términos de referencia y en especificaciones técnicas cuando es bienes, ejecución de obras o servicios (Páez Flor, 2013).

2.12.2.2. Presupuesto y elaboración de pliegos

El primero tiene una especificación donde el área financiera va a emitir una certificación del presupuesto el cual va a indicar que hay fondos creando así el expediente para que proceda la autorización de la autoridad máxima para que el proceso se dé por inicio, en la elaboración de pliegos tenemos que una vez creado dicho expediente se enviará a adquisiciones para que los pliegos puedan ser generados el cual contendrá plazo, términos, cronograma, comisión técnica y

en este documento se plasmara todas las responsabilidades del oferente que vaya ser adjudicado (Páez Flor, 2013).

2.12.2.3. Calificación, adjudicación y ejecución del contrato

En el proceso de calificación y adjudicación tenemos la evaluación de ofertas evidentemente va a depender de qué tipo de método se vaya adjudicar y en la ejecución del contrato tenemos todo lo referente al cumplimiento contractual respetando los plazos siempre con la supervisión de fiscalización (Páez Flor, 2013).

2.12.3. Partes intervinientes en la contratación pública

2.12.3.1. Entidad contratante

- Podemos decir que la entidad contratante tiene que formar parte del estado y es la que va a adquirir la obra, el bien o el servicio;
- Esta entidad es la que está encargada de dar por iniciado dicho proceso de contratación;
- Seleccionara al mejor proveedor utilizando las herramientas;
- Usará los comentarios lógicos y profesionales al momento de seleccionar la calidad y condiciones como lo son precios o plazos;
- La entidad estará encargada de dar por finalizado el proceso por medio de la adjudicación, cancelación o declarando desierto un proceso;
- La entidad contratante ejecutará y suscribirá el contrato;
- Buscará el beneficio de lo ofertado por los proveedores para dar el cumplimiento del fin social principal (Pucha, 2016).

2.12.3.2. Proveedor

- La persona natural o jurídica ya sea de nacionalidad ecuatoriana o extranjera que se encuentre legalmente inscrito en el RUP (registro único del proveedor) estará con plena habilitación para la ejecución de obras, proveer de bienes y para la prestación de servicios incluidos lo de consultoría, que necesite la entidad contratante;
- El proveedor va a recibir una invitación a través del portal para que tenga participación en el proceso de selección o que presente una oferta formal;

- Si cumple con todos los requisitos y la oferta presentada es satisfactoria se le hará la adjudicación del contrato suscribiéndolo o ejecutándolo (Pucha, 2016).

2.12.3.3. Teoría general de la administración pública y servicio público

Antes de que exista el derecho administrativo, la política como tal reconocía un concepto que es el interés general fundamental para un buen gobierno definiéndolo como el interés de una comunidad organizada políticamente y donde Platón decía que la finalidad de los que gobiernan era guiar, por su parte Aristóteles nos planteaba que se usaba como una forma de identificación de una constitución o un gobierno netamente puro, Rousseau lo indicaba como una limitación de poder soberano, a su vez Moro lo reconocía como un presupuesto donde existiría una verdadera utopía, y es así como el interés general pasa de ser una fuente primordial del derecho administrativo a cambiar en un criterio donde especificarían el estado de necesidad por una intervención de la administración pública (Cuenca, García, & Martínez, 2010).

La definición del servicio público parte a finales del siglo XIX creada por el derecho francés como aplicación del derecho público a la actividad de los particulares diferentes a la administración y a todos los contratos que se realicen, la teoría constitucional sustituye la soberanía por el servicio público como un elemento estatal, podemos decir que tiene dos conceptos distintos el servicio público como lo es el concepto orgánico donde su identificación trata de un órgano formado por hombres donde existe una competencia técnica teniendo como resultado una gestión pública con poderes separados, y como segundo concepto el material clásico donde el principal deber es hacer una actividad para satisfacer una necesidad de interés general siendo este realizado por una entidad pública (Cuenca, García, & Martínez, 2010).

Análisis sobre la contratación pública

Es claro que en la contratación pública el proceso es totalmente transparente donde todos los proveedores tendrán la igualdad de oportunidades al momento de ofertar, siempre que se siga el proceso correcto y que cumplan con los requisitos necesarios para la satisfacción de la entidad contratante, siendo así una colaboración entre la parte privada y el Estado.

MARCO CONCEPTUAL

Buena fe: la buena fe es un convencimiento de quien realiza un acto o también un hecho jurídico donde se verificara que sea justo, verdadero y lícito, dicho concepto tiene una importancia en el tema contractual y de derechos reales los cuales pueden ser (propiedad, posesión, servidumbres) al igual que en el tema de prescripción (Ossorio, 1974).

La buena fe es celebrada por medio de un hecho real y lícito el cual goza de honradez, transparencia, justicia, sin dolo ni malicia con una convicción de hacer el bien manteniendo una conducta de rectitud y solidaridad.

Buena fe contractual: la buena fe es aplicada solamente al cumplimiento de las obligaciones contractuales, donde podemos sacar dos aspectos muy importantes que son la buena fe creencia el cual se refiere al conocimiento de no estar actuándose en detrimento de un interés legítimo y la buena fe lealtad donde hay una intención de cumplir con todos los deberes jurídicos que resultan del contrato (Ossorio, 1974).

Esto significa que la buena fe es parte fundamental, y uno de los principios más importantes para la realización de los contratos debido a que cuando las partes celebran vínculos contractuales contraen derechos y obligaciones, bajo el manto de lo legal.

Culpa in contrahendo o precontractual: se trata de la violación de las obligaciones de diligencias que las partes deben observar, no solo cuando se piensa ejecutar el contrato sino en el transcurso de las relaciones que le preceden, esto surgirá el efecto de que ninguna de las partes queden libres del peligro de constituirse víctimas de la falta de diligencia de la otra, a esta culpa precontractual la denominan culpa in contrahendo aunque es común que algunos autores den notar diferencias entre ambas (Ossorio, 1974).

La culpa in contrahendo se refiere a una culpa que tiene sus inicios en la etapa precontractual y puede continuar durante el proceso de contratación, lo cual generará una vulneración de obligaciones al momento que se ejecute cualquier tipo de relación contractual.

Contrato: es un acuerdo de dos o más personas o partes sobre un objeto de interés jurídico, a su vez también podemos decir que el contrato constituye una especie particular de convención, donde su carácter propio trata de producir obligaciones, quiere decir que existirá contrato cuando varias partes llegan a un mutuo acuerdo sobre una declaración de voluntad común, podemos decir

también que es un concierto de dos o más voluntades sobre una voluntad común con el fin de regla relaciones de ámbito jurídico obligándose a dar una cosa o a prestar un servicio (Cabanellas, 2003).

Es un vínculo celebrado bajo el mutuo acuerdo entre dos o más partes que guardan intereses económicos, jurídicos y hay, obligaciones con una condición de dar y recibir, el contrato puede ser oral o escrito.

Contrato público: es el que está regido por normas de orden público, es decir corresponde al ámbito de derecho público va a constar por escritura pública, no se va a mantener en secreto y ha sido manifestado por las partes sin que estos hayan recurrido a los entes de publicidad (Ossorio, 1974).

El contrato público se refiere a una celebración de mutuo acuerdo donde una de las partes es la administración pública y la otra parte es del sector privado, esta última estará sometida a un régimen jurídico frente a una administración específica, lo cual generará beneficios para la sociedad.

Procedimiento: en general podemos decir que es la acción de proceder como método o ejecución en la justicia, trámites judiciales o administrativos lo que quiere decir que es un grupo de actos, diligencias y resoluciones que dan a entender el inicio, la instrucción y el correcto desenvolvimiento en causas y procesos administrativos (Cabanellas, 2003).

Se refiere a procedimiento como el conjunto de varios pasos a seguir, una serie de métodos que sirven para tramitar o ejecutar acciones judiciales o administrativas, para así evitar errores futuros y obtener un resultado deseado u óptimo promoviendo siempre la celeridad y la eficacia.

Derecho administrativo: Es un contrato celebrado entre el Estado o también otra corporación pública con una empresa privada o con un particular, para que se pueda ejecutar una obra pública o puede ser también para la explotación de un servicio que sea de interés general o social (Cabanellas, 2003).

Derecho administrativo es una rama del Derecho la cual busca regular, coordinar y organizar el funcionamiento de deberes y obligaciones de la administración pública, con la finalidad de llegar a una ejecución de distintas obras y servicios que se desarrollan en el ámbito público y son de interés social general.

Contratista: es el cual toma en su cargo por medio de un contrato, la ejecución de alguna cosa celebrando así un contrato con el estado, con la provincia o el municipio para el suministro de obras, bienes o servicios (Cabanellas, 2003).

El contratista es una parte que interviene en el contrato y puede ser una entidad privada o una persona, siendo el encargado de realizar las obras o servicios requeridos por la entidad contratante, con el fin de generar desarrollo social.

Pliego de peticiones: son bases generales por la cual el gobierno, corporaciones oficiales o las empresas privadas llegan a un establecimiento público y antes de la adjudicación de una obra o de la prestación de un servicio entendiéndose que son actos que deben efectuarse de manera pública (Enciclopedia Jurídica, 2014).

El pliego de peticiones es una serie de requisitos, demandas, o solicitudes indispensables que busca la entidad contratante de manera pública y transparente a través de un concurso, el pliego de peticiones es la parte primordial para que se pueda adjudicar un contrato.

Daño: un perjuicio el cual es causado a una persona o cosa como consecuencia de un evento determinado, donde tiene una clasificación natural, daño material que es cuando se afecta al patrimonio o bienes de una persona donde también están inmersos los daños físicos a la misma, o el daño moral como un perjuicio de una valoración económica lo que tienen en común esta clasificación es que ambos son indemnizables (Enciclopedia Jurídica, 2014).

Daño es un acto que afecta de manera directa al patrimonio o bienes de una persona, como resultado de hecho específico estos pueden ser provocados de manera física, natural, moral y en la contratación pública pueden ser daños de forma técnica o natural perjudicando así a una de las partes contratantes.

Daño emergente: es una pérdida la cual es producida en el patrimonio o en los bienes de una persona producto de un acto u omisión ilícita, se caracteriza por ser un daño cierto y actual, en su versión latina es conocida como *damnum emergens* siendo este un daño o pérdida real y efectiva (Enciclopedia Jurídica, 2014).

El daño emergente es aquel daño que surge en el acto es decir, al momento del cometimiento del hecho que provoco un perjuicio notable e inmediato a una de las partes

contratantes, se debe tener en cuenta que este daño generará pérdidas, las cuales deben ser indemnizadas.

Lucro cesante: es todo aquello que una persona deja de percibir por el incumplimiento del deudor, ya sea por un delito o un cuasidelito o por un hecho de la cosa, lo que quiere decir un cese en las percepciones futuras que son previsibles y que no son meramente hipotéticas (Enciclopedia Jurídica, 2014).

Lucro cesante es lo que la persona perjudicada deja de percibir, por causa del daño es decir, que no obtendrá beneficio futuro alguno.

Precontrato: es un contrato en el cual las partes involucradas se comprometen a celebrar a futuro que ahora no pueden o no quieren concluir, tradicionalmente el precontrato es un contrato en sí mismo, donde las partes tendrán la obligación de celebrar a futuro, el objeto de la misma va a consistir en la futura prestación de un nuevo consentimiento contractual, podemos decir que en esencia es una obligación de hacer o dicho de otra forma, una prestación de emitir en un futuro una declaración de voluntad, como doctrina moderna podemos decir que el precontrato es un contrato moderno y como no existe la obligación de contratar en un futuro se va a contraer una obligación de colaborar para que pueda ser establecido (Real Academia de la Lengua, 1713).

El precontrato es un contrato preliminar donde dos o más personas o entidades, se comprometen a celebrar en un tiempo determinado un acuerdo contractual, lo que generará una obligación o prestación futura de ambas partes, con la finalidad de hacer cumplir con las voluntades preestablecidas.

Contratación pública: la contratación pública tiene por objeto ordenar, canalizar y ordenar en el ámbito administrativo que son necesarias para su ajuste al interés público donde prevalecerán los principios para su sostenibilidad, donde se regirá un procedimiento con el fin de ordenar todo tipo de contratos y a una formación de voluntades contractuales de la entidad pública como también la selección y adjudicación del contrato que se esté tratando (Real Academia de la Lengua, 1713).

La Contratación pública es una relación entre la administración pública y una entidad privada o un oferente, tiene por finalidad generar desarrollo social y económico, que abarca varios

tipos de contratación donde su proceso y procedimiento para poder contratar con la administración pública debe ser cumplido de conformidad a la LOSNCP y el RLOSNCP.

Proceso: podemos decir que es un conjunto de actos y de trámites donde se busca determinar una pretensión entre distintas partes y donde va a terminar con una decisión jurídicamente fundamentada integrando a este proceso actos como trámites, normas regulatorias como lo son los procedimientos y documentos que plasman la conclusión del proceso (Real Academia de la Lengua, 1713).

Es una secuencia de pasos los cuales van enfocados en lograr un resultado, es decir que es un mecanismo para mejorar y establecer un orden, eliminando distintos problemas que susciten de manera rápida y efectiva.

Nulidad: es un acto de invalidez es decir falta de idoneidad de un acto donde no se podrá producir los efectos jurídicos pretendidos, lo que quiere decir que la nulidad es el grado más alto de ineficacia jurídica, donde la ineficacia o nulidad procede del mismo acto donde será nulo no solamente cuando le hace falta de algún elemento esencial de un acto de una de las partes sino también cuando ha sido sancionado por la falta de requisitos formales, donde el órgano competente declarara invalidez del acto o contrato por haber efectuado las causas ya conocidas produciendo un vicio esencial, condicionando el contrato y prosperando la acción de nulidad (Real Academia de la Lengua, 1713).

La nulidad es un acto de invalidez de cualquier tipo de acto o proceso que se haya iniciado con anterioridad que no cumple con los requisitos, formalidades o solemnidades de carácter primordial, dejándolo sin efecto.

Dolo: el dolo trata de cometer intencionalmente un resultado típico, con todo el conocimiento y conciencia de la antijuridicidad del hecho cometido, también se lo conoce como delito intencional o doloso (Amuchategui, 2012).

El dolo es cuando una persona actúa con alevosía, malicia, utilizando engaños y teniendo una voluntad deliberada para cometer cualquier tipo de delito o acto ilícito.

Obligación: tradicionalmente se le ha dado un significado como un vínculo jurídico donde una parte se encuentra obligada a ejecutar algo en favor de la otra parte, juristas más modernos definen como una relación jurídica donde, una parte tiene la total facultad para exigir a la otra parte la prestación de un servicio convirtiéndolo en un derecho exigible (Rojina, 1998).

La obligación es un vínculo que tiene toda persona con alguien o con el Estado, y en contratación pública las partes tienen responsabilidad de cumplir con esa obligación que fue pactada de mutuo acuerdo desde la etapa precontractual, pasando por la etapa contractual, hasta su finalización.

Principios: los principios son fundamentales en derecho y se utilizan como método de auxilio para los legisladores con el fin de estructurar instituciones procesales, como también para ayudar a las entidades de aplicación de derechos, constituye como herramienta interpretativa ya que puede ser usado para esclarecer los vacíos legales que se puedan presentar en la norma, es decir que los principios son las directrices básicas que buscan orientar un proceso para un ordenamiento jurídico determinado (Ferreya & Rodriguez, 2009).

Los principios es todo lo que envuelve el Derecho y cualquier actividad que se celebre con la administración pública, es importante mencionar que todos los principios establecidos en las normas vigentes permiten que las relaciones precontractuales y contractuales sean óptimas sin vulneración de Derechos y con igualdad de oportunidades.

Estado: es un sistema político en las sociedades, un fenómeno político implantado en una sociedad y en un tiempo determinado con una centralización de poder y es establecida de forma legítima y jurídica, es una organización de relaciones sociales con una sola dirección y con funciones específicas donde la sociedad es la encargada de asignarle, se puede identificar como una nación o un territorio reclamado como propio (Gamas, 2001).

El Estado es una organización que está constituida por diferentes instituciones, las cuales tienen autoridad y potestad, su finalidad es mantener el orden, desarrollo del país teniendo su propia soberanía interna y externa sobre un territorio específico.

MARCO LEGAL

Constitución de la República del Ecuador

Principio de buena fe

Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley, tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.

La constitución como carta magna y garantista de derechos nos dice que tiene como deber fundamental el fiel cumplimiento de todo lo que se pretenda ejecutar, donde todos los que forman parte del Estado tienen la obligación de trabajar bajo el principio de buena fe, en el caso precontractual cuando se está a punto de realizar una contratación el principio de buena fe debe de prevalecer para una idónea relación jurídica, manteniendo una tradicional aplicación a las relaciones jurídicas y una correcta aplicación de forma transparente, nuestro código civil expresa como una naturaleza la buena fe al momento de contraer una obligación (Asamblea Constituyente, 2008).

Deber y reparación por terminación injustificada de la relación precontractual

Art. 11.- #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 la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos (Asamblea Constituyente, 2008).

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. El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso (Asamblea Constituyente, 2008).

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos. La constitución expresa que, en caso de violación a los derechos se procederá a la reparación por el causante del daño entonces, las entidades contratantes al momento de llegar a la parte de la ejecución en la fase precontractual de un procedimiento de contratación pública y que no cumplieren con esta norma y generen un daño a los participantes, tendrán que responder por medio de la reparación del daño cometido, esto generara un responsabilidad extracontractual con el Estado, entonces la principal causa para que pueda existir la reparación o indemnización es el daño producido por el servidor público, quedando el Estado con toda la libertad de procesar y respetando el derecho de los ciudadanos (Asamblea Constituyente, 2008).

Política Fiscal

Art. 288.- Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas. Explicando en breves rasgos claramente vemos como existen criterios que el estado debe cumplir al momento de que existan compras públicas, donde habrá la prioridad nacional siendo aún más específico, es decir centrados en la economía popular fomentando la producción de las micro pequeñas y medianas empresas generando empleo y producción (Asamblea Constituyente, 2008).

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

Procedimiento de contratación pública

Art. 49.- 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, las fases preparatoria y precontractual se regularán en el Reglamento de esta Ley

Dicho artículo nos da a entender una conceptualización de la fase precontractual solo de una modalidad como lo es la de licitación, dejando a un lado las demás formas de contratar por parte del Estado, cabe recalcar que todo procedimiento en la contratación pública siempre tendrá una fase precontractual ya que es ahí donde se forja la relación jurídica y se llega el acuerdo mutuo para que pueda existir un contrato, es por este motivo que la SERCOP en vista que en la ley falta conceptualización en la Resolución No RE-SERCOP-2016-0000072 explica más referente a las fases preparatoria, precontractual y contractual, la cual será explicada más adelante (Asamblea Constituyente , 2008).

Terminación de la relación precontractual en LOSNCP

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

Podemos decir que existe un tiempo específico para que exista una responsabilidad precontractual, la cual es entre la convocatoria y 24 horas antes de que sean presentadas las ofertas, entonces durante ese tiempo previsto en la ley podrá ser cancelado el procedimiento sin ningún tipo de reparación o indemnización siempre que exista una motivación en dicho acto administrativo, esto también implica que, la cancelación del procedimiento solo se puede producir antes de la presentación de ofertas, esta fase no llena los requisitos necesarios para que exista una responsabilidad precontractual (Asamblea Constituyente , 2008).

Procedimiento Desierto

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 (Asamblea Constituyente , 2008).
- B. Por haber sido inhabilitadas todas las ofertas o la única presentada, de conformidad con la ley (Asamblea Constituyente , 2008).
- 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 (Asamblea Constituyente , 2008).
- 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 (Asamblea Constituyente , 2008).
- E. Por no celebrarse el contrato por causas imputables al adjudicatario, siempre que no sea posible adjudicar el contrato a otro oferente (Asamblea Constituyente , 2008).

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 (Asamblea Constituyente , 2008).

Para que pueda ser procedente la declaratoria de procedimiento desierto tiene que cumplirse el plazo de las presentaciones de ofertas y donde la entidad contratante tiene cinco posibilidades para terminar la relación las cuales son nombradas en el artículo anterior estas son en caso de que no haya oferta alguna en el portal o que la misma entidad inhabilite las ofertas existentes, en caso de que no se llegue a un acuerdo esto es, acuerdos económicos o alguna razón técnica que derive a la no subsanación del interés, o porque existen inconsistencia en la información presentada por parte del oferente.

Responsabilidad en la etapa precontractual

Art. 99.- Responsabilidades.- En todos los procedimientos precontractuales previstos en esta Ley, los oferentes participarán a su riesgo

Los miembros de la asociación o consorcio contratista serán responsables solidaria e indivisiblemente por el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la oferta y del contrato, indistintamente del plazo de duración de la asociación, la ejecución del contrato es indivisible y completa para los asociados, a efectos de determinar su experiencia y cumplimiento (Asamblea Constituyente , 2008).

La máxima autoridad de la entidad, así como los funcionarios o servidores de la misma que hubieren intervenido en cualquiera de las etapas de los procedimientos precontractuales de preparación, selección, contratación así como en la ejecución misma de los contratos serán personal y pecuniariamente responsables por el incumplimiento de las disposiciones de esta Ley, sin perjuicio, de ser el caso, de la responsabilidad penal a que hubiere lugar (Asamblea Constituyente , 2008).

La Entidad contratante, obligatoriamente seguirá la acción correspondiente, en contra de él o los funcionarios o empleados por cuya acción u omisión la entidad debió indemnizar a contratistas o proveedores, por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales o legales (Asamblea Constituyente , 2008).

Las responsabilidades que se tienen en la fase precontractual indica que los oferentes actuarán bajo su propio riesgo, esto no quiere decir que la entidad contratante vaya a tener una actuación sin obligaciones, es más la buena fe precontractual jugara un papel muy importante ya que generara una responsabilidad entre las partes, tanto funcionarios y servidores serán pecuniariamente responsables por los incumplimientos y perjuicios que se provoquen debiendo indemnizar a los contratistas ya sea por acción u omisión lo cual acarrea un incumplimiento precontractual.

Reclamos de los Oferentes

Art. 102.- Reclamaciones para todos los efectos de esta Ley, quienes tengan interés directo, que se consideren afectados por las actuaciones realizadas por entidades contratantes previstas en el artículo 1 de esta ley podrán presentar un reclamo motivado ante el Servicio Nacional de Contratación Pública, quien en caso de considerar la existencia de indicios de incumplimiento de las normas de la presente ley, su reglamento y las regulaciones, normas técnicas y demás normativa emitida por el Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP, notificará

de este particular a la máxima autoridad de la entidad contratante, quién dispondrá la suspensión del proceso por el plazo de siete días hábiles, en el que deberá presentar las pruebas y argumentos técnicos correspondientes, al término del plazo previsto en este artículo, la máxima autoridad de la entidad contratante podrá implementar las rectificaciones que correspondan, o continuar con el proceso, el Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP podrá sugerir medidas necesarias para rectificar el proceso y, de ser el caso, la suspensión definitiva del procedimiento precontractual y notificará a los órganos de control competentes (Asamblea Constituyente , 2008).

Existe la forma de reclamación por parte de los oferentes afectados ante el SERCOP donde el reclamo será debidamente motivado, para que exista este tipo de inconvenientes debe existir una acción lesiva que conlleve a un perjuicio directo, violentando el principio de buena fe, el cual es muy importante en la etapa precontractual lo cual generara retrasos y perdidas perjudicando así la contratación pública y al interés social donde se pretendía trabajar (Asamblea Constituyente , 2008).

Reglamento general a la ley orgánica del Sistema Nacional de contratación pública

Reclamos

Art. 150.- Derecho a reclamar.-Los oferentes que se consideren afectados en sus intereses por actos administrativos emitidos por las entidades previstas en el artículo 1 de la Ley, por asuntos relacionados con su oferta, respecto al trámite precontractual o de la adjudicación, tendrán derecho a presentar las reclamaciones de conformidad al procedimiento previsto en el presente capítulo (Asamblea Constituyente , 2008).

1. La formulación de observaciones, consideraciones y reservas de derechos, cuando se impugnaren los actos de simple administración (Asamblea Constituyente , 2008).

2. La enmienda, derogación, modificación o sustitución total o parcial de actos administrativos relacionados con los procedimientos de contratación en los que intervengan (Asamblea Constituyente , 2008).

El reclamo se presentará por escrito ante el órgano autor del hecho, comportamiento u omisión; emisor del acto administrativo; o ante aquel al cual va dirigido el acto de simple administración, en el término de cinco días contados a partir de la notificación, el órgano puede dictar medidas de mejor proveer, y otras para atender el reclamo, el órgano ante quien se presente

el reclamo tendrá un término de quince días para resolverlo, contado a partir de la fecha de la providencia de calificación del reclamo el reclamo y su resolución serán publicados en el Portal www.compraspublicas.gov.ec (Asamblea Constituyente , 2008).

En el RLOSNCP nos dice que se ve más como un derecho al reclamo por parte del oferente por las ofertas en la fase precontractual que no fueron viables, y podemos decir que en su numeral uno dice que toda declaración de forma unilateral interna realizada, provoque efectos jurídicos adversos para el oferente pero que, de forma individual para la entidad contratante se formule una reserva de información u observaciones, y distintas situaciones de cambio en el procedimiento de contratación que se está ejecutando, y todo esto tendrá un tiempo determinado de resolución de conflicto (Asamblea Constituyente , 2008).

Código Civil

Buena fe contractual en el Código Civil

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. Es claro el énfasis que trata este artículo donde nos dice que será la buena fe y la naturaleza contractual los puntos más importantes para que pueda efectuarse sin ningún inconveniente la relación jurídica, y es por eso que nombra a la costumbre ya que gracias a este comportamiento se sobreentiende que todo pacto jurídico que esta pronto a efectuarse se realizara de mutuo acuerdo y con buenas intenciones y su finalización será la realización de lo pactado, entonces podemos decir que el código civil dicta que se genera una obligación tanto de dar como de recibir ya que es su naturaleza (Congreso Nacional, 2015).

Código Civil

Indemnización de perjuicios

Art. 1572.- 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. Lo que nos expresa el artículo es que al momento de suscribir un contrato en la etapa precontractual se pacta ideas principales la cual está inmersa, el tiempo que deberá realizarse, el factor oneroso, el tipo obra a ejecutarse es decir ya

existe el conocimiento de partes de cómo tiene que efectuarse todo, entonces partiendo de esta idea, si no se cumple al pie de la letra se producirá un retraso ya sea en el momento o a futuro, o a su vez que no se cumpla como fue establecido, esto generara la elaboración de un reclamo donde se pedirá una indemnización por todos los daños efectuados y a su vez podemos decir que se está vulnerando el principio de la buena fe la cual es muy importante tanto en la fase precontractual como en la contractual (Congreso Nacional, 2015).

Código orgánico administrativo

Buena fe

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. En el Código Orgánico Administrativo nos explica que ve al principio buena fe como una presunción, donde los servidores públicos y todas las personas se van regir de un comportamiento que es correcto al momento de realizarse alguna gestión de índole estatal, entonces se puede decir que su comportamiento deriva de la costumbre donde el ser humano realizara sin ninguna acción lesiva lo que se pretenda, respetando así sus derechos y prevaleciendo el principio (Asamblea Nacional, 2017).

Resolución del Servicio Nacional de Contratación Pública 72

Registro Oficial Edición Especial 245 de 29-ene.-2018

Última modificación: 12-jun.-2018

En dicha resolución publicada en el Registro Oficial No. 245-2018 expresa con respecto a la definición de la fase precontractual lo siguiente:

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.

Lo que busca es que exista un ordenamiento, el cual regule la fase precontractual dejándonos en claro que, es aquella que se encuentra entre la convocatoria hasta la adjudicación o declaratoria de procedimiento desierto, permitiendo así una apreciación más específica, clara y concreta, esta fase genera un responsabilidad precontractual tipificado en el artículo 99 de la LOSNCP donde indica que, los oferentes actuarán bajo su propio riesgo, siendo necesario que la etapa precontractual se conceptualice en el sistema de contratación pública. Los negociantes participarán adecuando su comportamiento al principio de buena fe evitando su vulneración, sirviendo como elemento principal de la contratación, para poder llegar a una correcta y ágil adjudicación, hay que puntualizar que, es necesario que exista una socialización de requerimientos de forma transparente por parte de la Entidad Contratante y los oferentes, convirtiendo a esta fase en una actividad principal para que se efectúe una contratación (Registro Oficial Edición Especial 245, 2018).

Ley Orgánica del sistema nacional de contratación pública

En la LOSNCP en su artículo 6 numeral 5 nos habla del concepto de contratación pública donde dice que se refiere a todo procedimiento que tenga que ver a adquirir o arrendar bienes, ejecutar obras de orden público y también de prestación de servicios, también se refiere a la adquisición de bienes cuando se trate de fabricación producción o manufactura el procedimiento a seguir es de adquisición de bienes (Asamblea Constituyente , 2008).

Derecho Comparado

La buena Fe en el Código civil chileno

Art. 1546.- 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 (Bello, 1856).

Buena Fe en el Código Civil Peruano

Art. 1362.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes. Podemos partir desde el concepto de nuestra legislación ecuatoriana donde dice completamente igual al de la legislación chilena, esto se debe a que tuvo

una influencia muy fuerte con respecto a su elaboración y donde su corriente principal para la buena fe es vista como una naturaleza y una costumbre que acarrea una obligación contractual, por otro lado el código civil peruano emana una negociación precontractual donde debe de existir un común acuerdo, también mientras es celebrado y cuando ya está siendo ejecutado, viendo a la buena fe como una regla a seguir (Humanos, 1984).

Ley de contrataciones del Estado de Perú

Cancelación

Art. 30.- La Entidad puede cancelar el procedimiento de selección, en cualquier momento previo a la adjudicación de la Buena Pro, por razones de fuerza mayor o caso fortuito, cuando desaparezca la necesidad de contratar o cuando persistiendo la necesidad, el presupuesto asignado sea insuficiente o tenga que destinarse a otros propósitos de emergencia declarados expresamente, u otras razones justificadas, bajo su exclusiva responsabilidad, de conformidad con lo establecido en el reglamento. La Entidad no incurre en responsabilidad respecto de los proveedores que hayan presentado ofertas por el solo hecho de actuar de conformidad con el presente artículo. La ley peruana nos dice que su procedimiento podrá ser cancelado antes de la adjudicación del contrato a diferencia de nuestra legislación ecuatoriana que nos dice que se podrá cancelar en cualquier momento de la convocatoria y hasta 24 horas antes de la fecha de presentación de ofertas, (Justicia, 2016).

Ley de Compras Públicas de Chile

Facultades de la Administración

Art.13.- Los contratos administrativos regulados por esta ley podrán modificarse o terminarse anticipadamente por las siguientes causas

- a) La resciliación o mutuo acuerdo entre los contratantes (Hacienda, 2003).
- b) El incumplimiento grave de las obligaciones contraídas por el contratante (Hacienda, 2003).
- c) El estado de notoria insolvencia del contratante, a menos que se mejoren las cauciones entregadas o las existentes sean suficientes para garantizar el cumplimiento del contrato (Hacienda, 2003).

d) Por exigirlo el interés público o la seguridad nacional (Hacienda, 2003).

e) Las demás que se establezcan en las respectivas bases de la licitación o en el contrato. Dichas bases podrán establecer mecanismos de compensación y de indemnización a los contratantes.

En la ley de compras públicas de Chile estipula como una facultad administrativa la de terminar anticipadamente los contratos, una de las cosas en común de las leyes en contratación de Chile, Perú y Ecuador para dar por terminado un contrato es el estado de necesidad, es decir que no requiere con urgencia la realización de la obra, y algo que recalcar es que la legislación ecuatoriana en la LOSNCP en su artículo 34 numeral 3 estipula la etapa precontractual, refiriéndose que se podrá terminar la relación precontractual por violación del procedimiento, algo que carecen las leyes de Chile y Perú (Hacienda, 2003).

CAPÍTULO III

MARCO METODOLÓGICO

3.1. Metodología de la investigación

Al momento de llegar a este punto de la investigación será de mucha importancia especificar todo el desarrollo del tema que se está realizando específicamente en la etapa precontractual, donde el enfoque de la investigación será de forma cualitativa y cuantitativa en el cual tendremos resultados de la realidad del procedimiento y de lo no cuantificable, es válido expresarse como los siguientes autores el cual su concepto es, (Perez, Ocampo, & Sanchez, 2015) la metodología podemos decir que se refiere a un conglomerado de formas y técnicas con valor científico donde su aplicación durante el proceso hará que se logre el resultado esperado con una validación teórica, sirviendo así de soporte conceptual de la investigación realizada.

3.2. Tipos de investigación:

Histórica: Esta investigación da a entender una realización de sucesos o eventos del interés de la investigación para que así se puede establecer una experiencia como un método práctico (Guerra, 2002).

Documental: Es un estudio en la cual aquellos documentos y registros tienen un apoyo y es aquí donde se obtendrá la información vital que dará un soporte físico a la investigación (muggenburg & Perez, 2007).

Exploratoria: En este tipo de estudio se enfoca en un campo muy poco conocido existiendo un problema que tiene que ser aclarado, lo que quiere decir que el problema se convierte en un objetivo investigativo el cual debe ser explorado, esta deberá incluir análisis de literaturas y consultas con profesionales del tema (Jimenez, 1998).

Descriptiva: Este tipo de estudios se centra básicamente en la obtención de los conocimientos, en este punto el problema tiene un avance y va a necesitar de vías alternas para que den claridad al problema, en muchas ocasiones la solución está en simplemente conocer sus causales (Jimenez, 1998).

Explicativa: En este tipo de investigación analizan de forma analítica, explican y contestan la causa de un fenómeno determinado donde se tratara de realizar una explicación, una relación o una asociación de variables (muggenburg & Perez, 2007).

3.3. Enfoques de la investigación:

Cuantitativo: la investigación cuantitativa se refiere a un acercamiento de todas las ciencias naturales, donde la principal preocupación son las definiciones, esta investigación buscara la objetividad donde la realidad es una y donde podrá ser observada sin que sea afectada, metafóricamente hablando la ciencia es como un espejo donde las cosas son reflejadas como son (Ramirez & Zwerg, 2012).

Cualitativo: Los autores e investigadores de este enfoque afirman que es una forma más eficiente de entender el problema que está siendo estudiado de una forma más completa, donde no se creará en una única verdad es decir que no hay una realidad objetiva, entonces al momento de realizar una investigación existirán diferentes alternativas de resultado (Ramirez & Zwerg, 2012).

3.4. Método de la investigación:

Analítico: En este método lo podemos definir como una forma ordenada en el cual podemos llegar a un mismo fin determinado, entonces podemos decir que es la vía en la cual se puede proceder de una forma ética, lo que quiere decir que llegaremos a un resultado por medio de los elementos de un fenómeno constitutivo (Lopera & Ramirez, 2010).

Hipotético deductivo: la esencia de este método de investigación se fija en ejecutar la verdad o lo falso, la cual nos servirá para poner a prueba la hipótesis la cual se necesita contraejemplos y se determine si se cumple o no, lo cual quiere decir que si se logra contradecir se puede refutar la veracidad de la hipótesis (Rodriguez & Perez, 2017).

3.5. Técnicas de la investigación:

Encuesta: la realización de un trabajo investigativo mediante una encuesta va a requerir de una fase donde se será programada y también tendrá de una esquematización donde luego se realizaran distintos progresos, donde lo importante será la aplicación de los planteamientos previamente establecidos, la encuesta en forma de tecnicismo recoge toda la información donde lo que va a prevalecer es una filosofía transformándolo en un método donde se adoptara distintas formas de investigación (Alvira, 2011).

Entrevista: esta técnica de la entrevista sirve de gran ayuda para una investigación ya que es un método efectivo de recabar datos, donde tiene una definición como una conversación con un determinado fin siendo un instrumento de dialogo es decir que existe una comunicación interpersonal entre el sujeto que será estudiado y el investigador con el único fin de tener respuestas a las problemáticas ya especificadas (Diaz & Torruco, 2013).

3.6. Población:

Podemos decir que es un conglomerado de casos, el cual cumplirá con distintos criterios, siendo necesario una aclaración que cuando nos referimos a un estudio de la población no solamente se refiere a profesionales o gente común sino también a muestras biológicas o animales, organizaciones objetos, según sea el tema, para todo lo dicho al final también se puede utilizar el término universo de estudio, es muy importante ser específicos la población que será estudiada ya que cuando la investigación concluya deberá existir una muestra (Arias & Villasis, 2016).

3.7. Muestra:

Podemos decir que la muestra es indispensable ya que obtendremos un resultado, los cuales nos van a permitir conocer valores de una determinada y específica población, las formas el tamaño y el tipo de muestras son importantes ya que conforme pasa el proceso nos permitirá brindar una información clara de un tema en específico (Argibay, 2009).

En la investigación aplicaré la técnica de la entrevista ya que la población a la que me voy a enfocarme es de ámbito técnico - profesional y específico debido a la problemática de mi investigación, donde buscaré a profesionales que prestan sus servicios en el sector público con una especificidad en compras públicas que sepan cómo responder a las interrogantes que les voy a plantear y que de esa manera puedan ser resueltas, para así poder llegar a un esclarecimiento profundo de la mi investigación .

Es relevante mencionar que en esta investigación se tomará en cuenta las entrevistas a cinco profesionales que desempeñan cargos públicos en el área de compras públicas en el Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Portoviejo. Así como a tres profesionales que desempeñan puestos en el Departamento de Compras Públicas correspondiente a la empresa privada denominada TRAUDET S.A, en calidad de oferente.

ENTREVISTA



Universidad Laica Vicente Rocafuerte de Guayaquil

Facultad de Ciencias Sociales y Derecho Carrera de Derecho

TABLA 1 *Entrevista al abogado Diego Manuel Rojas Landívar del departamento Jurídico del Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón de Portoviejo*

Tema	La inobservancia de la justificación para contratar en la etapa precontractual y su incidencia en el proceso de contratación pública.		
Objetivo	Mediante la entrevista al personal profesional del GAD de Portoviejo en el ámbito de contratación pública, se busca Analizar como la inobservancia en la etapa precontractual afecta en la adjudicación y ejecución de los contratos, que beneficios conlleva la aplicación de la buena fe, examinar los beneficios si en la fase precontractual se aplica la observancia al principio de buena fe y también identificar las rupturas injustificadas más frecuentes en la fase precontractual que atentan con el principio de buena fe.		
Indicaciones	Lea y conteste las siguientes preguntas		
Ítem	Pregunta	Respuesta	Observación
1	¿De qué manera cree usted que la inobservancia del principio de buena fe en la etapa precontractual, afecta a la adjudicación de un contrato?	Claro que Afecta porque hay proveedores que al momento de participar ponen que tienen experiencia y no es verdad no tiene la experiencia necesaria para ejecutar el trabajo	

		lo cual crea problemas a una adjudicación.	
2	¿Considera usted que las empresas estatales cumplen con el principio de buena fe en la etapa precontractual?	Por ley debería de existir el fiel cumplimiento pero a mi pensar, las empresas estatales no cumplen con el principio de la buena fe porque a veces los contratos están direccionados es decir para favorecer a unos pocos.	Cuando se refiere a direccionados nos quiere decir que ya vienen preestablecidos los contratos es decir que la entidad contratante tiene establecido con quien contratar.
3	¿Qué beneficios cree usted que aporta en la etapa precontractual la observancia del principio de buena fe?	Que pueden participar todos los proveedores y oferentes de forma equitativa, justa, transparente y confiable.	
4	¿Cuáles son las rupturas injustificadas más frecuentes al momento de estar en la etapa precontractual?	A veces puede ser por los estudios de tierra que no son correctos, y las especificaciones no son claras lo que acarrea al no cumplimiento de todas	

		las estipulaciones fijadas y necesarias.	
5	¿Considera usted que la etapa precontractual brinda las garantías necesarias para asegurar una contratación transparente?	En todos los casos por ley se debe cumplir las garantías necesarias, pero no siempre se da una contratación de forma transparente.	
6	¿Quién considera usted que vulnera más el principio de buena fe, la entidad contratante o el contratista y por qué?	Por ley no se debe vulnerar pero en mi opinión la entidad contratante, porque es la que realiza los pliegos y es ahí donde se vulnera el principio de buena fe.	
7	¿En qué procesos de contratación pública considera usted que se vulnera más el principio de buena fe?	Considero que en el de obras y servicios se vulnera más el principio de buena fe, ahora en la actualidad existe un formulario el cual se lo descarga, lo llena y cuando se presenta existe más apertura para los contratistas.	

8	¿Sobre quién piensa usted que recae la mayor responsabilidad en la etapa precontractual, en el contratante, contratista o ambas y por qué?	Considero que en el contratante porque el contratista me entrega el producto y la mayor responsabilidad es mía ya que yo soy el que está pidiendo lo que necesito como entidad contratante por ejemplo necesito 9 volquetas y el contratista me da las 9 volquetas y al momento de usarla necesitaba 12, recae la mayor responsabilidad sobre mí ya que yo fui el que solicite y acepte dichas volquetas.	
9	¿Considera usted que se aplican las indemnizaciones por los perjuicios causados a la parte afectada, en caso de terminar una negociación de forma injustificada?	Siempre que se acaba en la etapa precontractual no se aplican las indemnizaciones.	
10	¿Por qué considera usted que el contratista no toma medidas legales en contra de la entidad contratante cuando está en etapa precontractual y de forma injustificada el	Según el artículo 33 de LOSNCP no da lugar a ningún tipo de reparación sea desierto o indemnización, puede	

	contratante termina la negociación?	realizar las medidas legales pero será archivada.	
<p>Análisis: Se puede observar que el entrevistado logra detectar al principio de la buena fe como un factor fundamental durante la etapa precontractual, pero fue muy claro en decir que aunque la ley diga que la buena fe debe de existir en una relación de negocios, las entidades contratantes no cumplen con el fiel cumplimiento de este principio detectando así, que el principal vulnerador como son las entidades estatales, y también existe la problemática según la perspectiva del entrevistado que las contrataciones no son transparentes en su totalidad sacando a luz un problema que debe ser corregido con las medidas necesarias.</p>			

Elaborado: Ruiz, C (2019)

TABLA 2 Entrevista realizada al Arquitecto Mauricio José López Cáceres del departamento de Compras Públicas del Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón de Portoviejo.

Ítem	Pregunta	Respuesta	Observación
1	¿De qué manera cree usted que la inobservancia del principio de buena fe en la etapa precontractual, afecta a la adjudicación de un contrato?	Pienso que en la etapa precontractual uno no mide la buena fe ni como entidad contratante ni como contratista, debido a que aún no están contratando y la buena fe es subjetiva no se logra medir de una forma literal.	
2	¿Considera usted que las empresas estatales cumplen	Si considero que siempre existe un cumplimiento del	

	con el principio de buena fe en la etapa precontractual?	principio de buena fe por parte de las empresas estatales ya que ellos siguen lineamientos preestablecidos donde se rigen por la ley ya existente.	
3	¿Qué beneficios cree usted que aporta en la etapa precontractual la observancia del principio de buena fe?	Pienso yo que ninguno debido a que no está adjudicado el contrato aun, pero igual hay que recalcar que no hay que obviar este principio.	
4	¿Cuáles son las rupturas injustificadas más frecuentes al momento de estar en la etapa precontractual?	Considero yo que en mi experiencia la más frecuente es la cancelación del proceso por parte de la entidad contratante.	
5	¿Considera usted que la etapa precontractual brinda las garantías necesarias para asegurar una contratación transparente?	No, porque más adelante cualquier imprevisto puede ocurrir en la etapa contractual y lo pueden declarar desierto.	Aquí vemos como recalca a los imprevistos como posibles detonantes de vulneración de garantías por incumplimientos.
6	¿Quién considera usted que vulnera más el principio de buena fe, la entidad	Considero que el contratista, porque él es quien presenta más	

	contratante o el contratista y por qué?	incumplimientos en esta etapa por ejemplo puede ser que se espere una experiencia necesaria para ejecutar la obra o que no tenga la capacidad de maquinarias necesarias para realizar lo que la entidad contratante espera.	
7	¿En qué procesos de contratación pública considera usted que se vulnera más el principio de buena fe?	Generalmente sucede en el de obras porque cuando hablamos de servicios uno puede poner plazos más inmediatos los cuales pueden ser cumplidos.	
8	¿Sobre quién piensa usted que recae la mayor responsabilidad en la etapa precontractual, en el contratante, contratista o ambas y por qué?	Pienso que el contratante, porque es la entidad quien lleva el correcto orden del procedimiento recayendo así la mayor responsabilidad en la etapa precontractual siendo responsable de que se lleve a cabo las	

		peticiones que se requieran.	
9	¿Considera usted que se aplican las indemnizaciones por los perjuicios causados a la parte afectada, en caso de terminar una negociación de forma injustificada?	Si se aplica porque la ley lo determina, a menos de que yo no tenga una justificación de porque ya no quiero contratar.	
10	¿Por qué considera usted que el contratista no toma medidas legales en contra de la entidad contratante cuando está en etapa precontractual y de forma injustificada el contratante termina la negociación?	Considero que por prejuicio propio, porque quiere evitar que en la próxima postulación no lo contraten por repercusiones.	

Análisis: Se puede ver que la buena fe en la etapa precontractual es de forma subjetiva, es decir que no puede ser medida de ninguna forma y a mi parecer vemos que no hay una garantía ni para los contratistas ni para las entidades contratantes, pero nos dice que una contratación no brinda una transparencia absoluta ya que resalta los imprevistos que puedan suceder y hace totalmente responsable a la entidad contratante de todo lo que pueda suceder en la etapa precontractual, pero el contratista es quien vulnera más el principio de la buena fe, ya sea por incumplimientos que suceden o por factores de desconocimientos técnicos.

Elaborado: Ruiz, C (2019)

TABLA 3 Entrevista a la abogada María Luciana Vera Armendáriz del departamento Jurídico del Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón de Portoviejo.

Ítem	Pregunta	Respuesta	Observación
1	¿De qué manera cree usted que la inobservancia del principio de buena fe en la etapa precontractual, afecta a la adjudicación de un contrato?	Creo yo que no afecta en nada, ya que se elabora un estudio previo para obtener un objeto determinado el cual tiene especificaciones, presupuestos y cronogramas.	
2	¿Considera usted que las empresas estatales cumplen con el principio de buena fe en la etapa precontractual?	Considero que si se cumple el principio de buena fe ya que todos los contratos y en la etapa precontractual llevan implícito este principio en el cual se busca ayudar a la sociedad en general a través de obras y servicios que signifiquen un progreso general.	Es importante ver cómo dice que el principio de buena fe está implícito en la etapa precontractual en pro de ayuda a la sociedad.
3	¿Qué beneficios cree usted que aporta en la etapa precontractual la observancia del principio de buena fe?	Pienso que es lo primordial es decir el éxito para la ejecución de una obra es la buena fe, es lo	

		primero que se piensa al momento de contratar, generando un beneficio de confianza de partes.	
4	¿Cuáles son las rupturas injustificadas más frecuentes al momento de estar en la etapa precontractual?	Puedo decir que es cuando existe una mala elaboración del contrato ya sea por errores de escritura, o de cálculo ejemplo, estando en el departamento de contabilidad y pasando por los filtros ven que existe un error de cálculo lo que obliga a retroceder por todos los procesos hasta llegar al contratista para subsanar el error o también por temas de presupuestos.	
5	¿Considera usted que la etapa precontractual brinda las garantías necesarias para asegurar una contratación transparente?	Si considero que se brindan las garantías necesarias, ya que la entidad contratante siempre quiere generar, agilitando de forma eficiente y	

		transparente la contratación.	
6	¿Quién considera usted que vulnera más el principio de buena fe, la entidad contratante o el contratista y por qué?	Considero que ninguna de las dos partes realizara actos de mala fe, porque no existe la necesidad de entregar información falsa o errada, ya que ambas partes busca trabajar y generar en beneficio de la sociedad.	
7	¿En qué procesos de contratación pública considera usted que se vulnera más el principio de buena fe?	Cuando por desconocimiento técnico se celebra un contrato de obras y el contratista no sabe cómo ejecutarlo vulnerando la confianza mutua que se debe tener y es en la etapa precontractual donde nace dicha confianza.	
8	¿Sobre quién piensa usted que recae la mayor responsabilidad en la etapa precontractual, en el contratante, contratista o ambas y por qué?	La mayor responsabilidad recae en la entidad contratante, porque es el que quiere realizar una obra.	

9	¿Considera usted que se aplican las indemnizaciones por los perjuicios causados a la parte afectada, en caso de terminar una negociación de forma injustificada?	Pienso que si la entidad contratante dice que no necesita el producto, está la ley para que se realice las indemnizaciones totales de un contrato	
10	¿Por qué considera usted que el contratista no toma medidas legales en contra de la entidad contratante cuando está en etapa precontractual y de forma injustificada el contratante termina la negociación?	Por lo general pienso yo que si se da estos casos en una contratación, pero se busca no generar perjuicios hacia la entidad contratante donde se quiere asegurar futuras participaciones y se le sea adjudicados contratos, claro está como lo estipula la ley	

Análisis: Este punto de vista es muy interesante ya que nos dice como la inobservancia del principio de buena fe afecta a pesar de la existencia de un estudio previo y es aquí donde podemos ver un esquema preestablecido con un cronograma, y especificaciones a seguir, también hizo una conceptualización entre el Estado y la sociedad, diciendo que la entidad contratante jamás busca hacer un daño y que es todo lo contrario, es decir favorecer a la sociedad a solventar las necesidades a través de obras y servicios buscando así un bienestar común, y como se ha venido repitiendo hace énfasis que la entidad contratante es la mayor responsable en la etapa precontractual, siendo este el encargado principal para que se realicen todo lo que se necesita.

Elaborado: Ruiz, C (2019)

TABLA 4 Entrevista al Ingeniero Juan Carlos Rodríguez Carpio del departamento de Contratación Pública del Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón de Portoviejo

Ítem	Pregunta	Respuesta	Observación
1	¿De qué manera cree usted que la inobservancia del principio de buena fe en la etapa precontractual, afecta a la adjudicación de un contrato?	En la adjudicación de un contrato no existiría mala fe ejemplo se va a fabricar una puerta donde hay cosas específicas es decir que hubo un estudio previo, lo que quiero decir es que en la contratación pública por lo general no existe mala fe pero si existen errores por parte de los dos lados es decir contratante y contratista.	
2	¿Considera usted que las empresas estatales cumplen con el principio de buena fe en la etapa precontractual?	Claro que si se cumple con el principio de la buena fe ya que no se busca hacer un perjuicio o daño a la gente y es por eso que la etapa precontractual es importante ya que es ahí donde se	

		estipulará las principales cláusulas a cumplir.	
3	¿Qué beneficios cree usted que aporta en la etapa precontractual la observancia del principio de buena fe?	Cuando existe voluntad de las partes hay un claro ejemplo de la buena fe precontractual, donde se buscara una buena oferta y las características sean claras y de beneficio de la entidad, en el cual existirá un proceso para adquirir la de mejor costo.	Es importante ver como recalca la voluntad de las partes como un beneficio de la observancia del principio de buena fe.
4	¿Cuáles son las rupturas injustificadas más frecuentes al momento de estar en la etapa precontractual?	Pienso yo por mi experiencia que las rupturas injustificadas más frecuentes son los términos de referencia en las bases precontractuales.	

5	¿Considera usted que la etapa precontractual brinda las garantías necesarias para asegurar una contratación transparente?	Yo considero que si se cumplen con todos los requisitos, plazos, montos y demás requisitos de ley pues considero que si se brindan las garantías necesarias lo que automáticamente asegurará una contratación más equitativa y transparente.	
6	¿Quién considera usted que vulnera más el principio de buena fe, la entidad contratante o el contratista y por qué?	Pienso que ni el contratista o la entidad contratante tiene las ganas de vulnerar el principio de buena fe porque ambos quieren trabajar, producir y generar fuentes de trabajo, ingresos y un progreso social conjunto.	
7	¿En qué procesos de contratación pública considera usted que se vulnera más el principio de buena fe?	Yo considero que en el proceso de servicio existe una vulneración del principio de buena fe ya que es el tipo de	

		proceso donde el tiempo es el mas a priori y es el que más se vulnera	
8	¿Sobre quién piensa usted que recae la mayor responsabilidad en la etapa precontractual, en el contratante, contratista o ambas y por qué?	Considero que la entidad contratante tiene la mayor responsabilidad ya que somos nosotros quienes necesitamos los objetos y si se llega a fallar en cualquiera de los cálculos significaría un retraso de un contrato.	
9	¿Considera usted que se aplican las indemnizaciones por los perjuicios causados a la parte afectada, en caso de terminar una negociación de forma injustificada?	Pienso que si pero la mayor responsabilidad es del administrador de contrato, el cual tiene la responsabilidad de controlar el contrato y en base a ley si se termina el contrato la entidad está en toda la potestad de contratar con otro contratista.	
10	¿Por qué considera usted que el contratista no toma medidas legales en contra de	Siempre existe este tipo de problemas donde se gasta tiempo	

	<p>la entidad contratante cuando está en etapa precontractual y de forma injustificada el contratante termina la negociación?</p>	<p>y hay demandas porque no se dieron los anticipos para empezar a ejecutar una obra y es aquí donde se perjudica al contratista ya sea por tiempo y lucro cesante y se pierden oportunidades ya que por querer contratar con dicha entidad y se termina en etapa precontractual deja de contratar con otras entidades.</p>	
--	---	---	--

Análisis: Es importante establecer una voluntad de las partes en la etapa precontractual ya que es en esta etapa donde se plantearan los cimientos de una relación contractual futura y es a través de esta voluntad de las partes donde se ve en realidad una buena fe precontractual, también habla sobre un progreso social conjunto donde recalca que ni la entidad contratante ni el contratista vulnera el principio de buena fe por falta de necesidad, ya que lo que en realidad se busca es generar trabajo, y progreso de forma conjunta para que la única beneficiada sea la sociedad en general, como último recalca la importancia de entidad contratante en la etapa precontractual ya que es quien será que publique lo necesario para la realización de obra u obtener un servicio, y si esta planificación falla significaría un retraso total delo que se quiere realizar.

Elaborado: Ruiz, C (2019)

TABLA 5 Entrevista a la abogada Marcos Javier Plaza Reyes del departamento Jurídico del Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón de Portoviejo.

Ítem	Pregunta	Respuesta	Observación
1	¿De qué manera cree usted que la inobservancia del principio de buena fe en la etapa precontractual, afecta a la adjudicación de un contrato?	Pienso que no afecta la inobservancia de la buena fe porque la adjudicación se da en base a los requisitos estipulados en los contratos.	
2	¿Considera usted que las empresas estatales cumplen con el principio de buena fe en la etapa precontractual?	Pienso que las empresas estatales si cumplen con este principio de buena fe, y aplicarlo en la etapa precontractual es importante ya que es aquí donde se fijara los requisitos esenciales para la realización y adjudicación.	
3	¿Qué beneficios cree usted que aporta en la etapa precontractual la observancia del principio de buena fe?	Tanto para el contratante y el contratista deben de garantizar este principio de buena fe para que exista transparencia lo que generara como	

		beneficio una mayor confianza de partes.	
4	¿Cuáles son las rupturas injustificadas más frecuentes al momento de estar en la etapa precontractual?	Cuando el contratista no cumple con los requisitos que están estipulados en el proceso precontractual lo cual genera retrasos, esto puede ser de desconocimiento técnico o falta de material para la ejecución.	
5	¿Considera usted que la etapa precontractual brinda las garantías necesarias para asegurar una contratación transparente?	En mi opinión digo que no existe una transparencia aunque en la norma estipula todo lo contrario.	
6	¿Quién considera usted que vulnera más el principio de buena fe, la entidad contratante o el contratista y por qué?	Pienso que vulnera más el contratista ya que muchas veces no cumple y son irresponsables, donde tienen varias obras y no se concentran en una sola incumpliendo con el tiempo estipulado.	

7	¿En qué procesos de contratación pública considera usted que se vulnera más el principio de buena fe?	Pienso que se vulnera más el principio de la buena fe en el contrato de obras porque existe un incumplimiento de los tiempos establecidos	
8	¿Sobre quién piensa usted que recae la mayor responsabilidad en la etapa precontractual, en el contratante, contratista o ambas y por qué?	Pienso que en el contratante porque él pone las condiciones precontractuales y contractuales a través de especificaciones de acuerdo a las necesidades y otorgando así la mayor responsabilidad.	La etapa precontractual es importante por las condiciones que se implementan en esta etapa haciendo a la entidad contratante la mayor responsable.
9	¿Considera usted que se aplican las indemnizaciones por los perjuicios causados a la parte afectada, en caso de terminar una negociación de forma injustificada?	Si considero que son aplicadas las indemnizaciones como lo estipula la ley, y por parte de la justificación, esta debe de existir siempre y detallada.	
10	¿Por qué considera usted que el contratista no toma medidas legales en contra de la entidad contratante cuando está en etapa precontractual y	Pienso que es por las leyes de este país ya que no se ofrecen las garantías necesarias, quiero decir que si el	

	de forma injustificada el contratante termina la negociación?	contratista demanda a la empresa estatal luego existen represalias y no se vuelve contratar con ese contratista.	
<p>Análisis: Es muy importante analizar los requisitos preestablecidos es decir que a su perspectiva profesional donde hace un énfasis importante en decir que es en la etapa precontractual donde se fijará todo para una correcta adjudicación futura viendo así a la entidad contratante como cumplidora de los derechos y por ende del principio de la buena fe, pero recalca que aunque la ley dicta que los procesos deben de realizarse con transparencia a su opinión no es así ya que muchas veces son direccionados.</p>			

Elaborado: Ruiz, C (2019)

Entrevista a la Empresa Privada TRAUDET S.A.

TABLA 6 *Entrevista a empresa privada*

Tema	La inobservancia de la justificación para contratar en la etapa precontractual y su incidencia en el proceso de contratación pública.		
Objetivo	Mediante la entrevista a oferentes o contratistas de la empresa privada TRAUDET S.A. la cual se dedica a la construcción de todo tipo de edificaciones, busco analizar como la inobservancia en la etapa precontractual afecta en la adjudicación y ejecución de los contratos, que beneficios conlleva la aplicación de la buena fe, examinar los beneficios si en la fase precontractual se aplica la observancia al principio de buena fe y también identificar las rupturas injustificadas más frecuentes en la fase precontractual que atentan con el principio de buena fe.		
Ítem	Pregunta	Respuesta	Observación

1	¿De qué manera cree usted que la inobservancia del principio de buena fe en la etapa precontractual, afecta a la adjudicación de un contrato?	Pienso que afecta mucho debido a que es muy importante la buena fe como una costumbre y lo que se busca es llegar a que nos contraten, por eso estando en la etapa precontractual llegamos a los términos que favorecen a los dos lados para una adjudicación.	
2	¿Quién considera usted que vulnera más el principio de buena fe la entidad contratante o el contratista y por qué?	Como contratista considero que vulnera más la entidad contratante porque no cumplen con las especificaciones que se realizaron en la etapa precontractual.	
3	¿Qué beneficios cree usted que aporta en la etapa precontractual el principio de buena fe?	Pienso que se genera una confianza producto de la buena fe y esa confianza es muy importante para la futura contratación.	
4	¿Considera usted que los contratistas cumple con el principio de buena fe en la etapa precontractual?	Claro que si ya que lo que se busca es contratar y generar trabajo y tenemos algo en claro que los trabajos que se realizan en ese tipo de contratos es para el beneficio de la sociedad.	

5	¿Sobre quién piensa usted que recae la mayor responsabilidad en la etapa precontractual, en el contratante, contratista o ambas y por qué?	Considero que de ambas partes porque es en la etapa precontractual donde existirá mayor confianza y donde mayor responsabilidad hay.	
Análisis	Podemos ver que hay un patrón por parte de los contratista debido a que consideran la etapa precontractual como una generadora de confianza donde ellos buscan siempre que se les de la adjudicación del contrato, y como vulneradora del principio de la buena fe tenemos a la entidad contratante ya que faltan con todo lo que se estipulo en la etapa precontractual.		

Elaborado: Ruiz, C (2019)

TABLA 7 Empresa Privada *TRAUDET S.A.*

Ítem	Pregunta	Respuesta	Observación
1	¿De qué manera cree usted que la inobservancia del principio de buena fe en la etapa precontractual, afecta a la adjudicación de un contrato?	Si se llega a inobservar este principio será muy perjudicial ya que si se afecta a la adjudicación del contrato, porque tener buena fe por ambas partes es primordial en la etapa precontractual	
2	¿Quién considera usted que vulnera más el principio de buena fe la entidad contratante o el contratista y por qué?	La buena fe lo considero como una práctica común entre entidad contratante y nosotros los contratistas no veo que hay vulneración ya lo que se busca en una palabra es trabajar.	

3	¿Qué beneficios cree usted que aporta en la etapa precontractual el principio de buena fe?	El beneficio principal para mí es la adjudicación del contrato	
4	¿Considera usted que los contratistas cumple con el principio de buena fe en la etapa precontractual?	Pienso que si cumple con la buena fe en esta etapa ya que somos los principales interesados en contratar con el Estado.	
5	¿Sobre quién piensa usted que recae la mayor responsabilidad en la etapa precontractual, en el contratante, contratista o ambas y por qué?	Tanto la entidad contratante como el contratista tienen responsabilidad en la etapa precontractual, el Estado con una elaboración de pliegos claros y los contratistas que cumplan con las especificaciones requeridas.	
Análisis	Como análisis podemos decir que la buena fe lo ve como un factor primordial en la etapa precontractual viéndolo como una práctica común en la contratación pública donde lo primordial que se busca adquirir es la adjudicación del contrato y los contratistas son los principales interesados en contratar con el Estado, la responsabilidad le es adjudicada a las dos partes ya que los dos son los que tienen responsabilidades que deben de ser cumplidas.		

Elaborado: Ruiz, C (2019)

TABLA 8 Empresa Privada *TRAUDET S.A.*

Ítem	Pregunta	Respuesta	Observación
1	¿De qué manera cree usted que la inobservancia del principio de buena fe en la etapa precontractual, afecta a la adjudicación de un contrato?	Considero que la buena fe en la etapa precontractual es importante ya que es una forma de seguro que se tiene entre el Estado y el contratista, si no hay este principio afecta a la adjudicación futura.	
2	¿Quién considera usted que vulnera más el principio de buena fe la entidad contratante o el contratista y por qué?	Pienso que ninguno busca vulnerar la buena fe precontractual ya que se busca celeridad en este proceso.	
3	¿Qué beneficios cree usted que aporta en la etapa precontractual el principio de buena fe?	Pienso que genera confianza mutua, celeridad, fiel cumplimiento de todo lo establecido, generando así un precedente para futuras adjudicaciones.	
4	¿Considera usted que los contratistas cumple con el principio de buena fe en la etapa precontractual?	Es un hecho que sí, ya que se busca la adjudicación siempre que se cumpla con todo lo establecido en la etapa precontractual.	
5	¿Sobre quién piensa usted que recae la mayor responsabilidad en la etapa precontractual, en el	Pienso que en nosotros los contratistas recaen más responsabilidades, ya que somos los que tenemos que	

	contratante, contratista o ambas y por qué?	cumplir con los parámetros que se establecen en la etapa precontractual, para poder llegar a la adjudicación.	
Análisis	Es importante ver como se refiere a la buena fe, como un tipo de seguro subjetivo entre ambas partes, también hace énfasis a la celeridad que es algo que las dos partes buscan, viendo a la confianza como un beneficio y otorgando la mayor responsabilidad a los contratistas.		

Elaborado: Ruiz, C (2019)

CAPÍTULO IV

Exposición de motivos

De acuerdo a la investigación y luego de haber efectuado un análisis exhaustivo basado en la LOSNCP con el fin de evitar las cláusulas de multas estipuladas en el artículo 71 de dicha ley, donde se estipula que, se impondrán por retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales conforme al cronograma valorado, así como por incumplimientos de las demás obligaciones, observando que esto está en concordancia con lo preceptuado en el artículo 1551 del Código Civil ya que, manifiesta el cumplimiento de una obligación la cual está sujeta a una pena donde se busca evitar retardos y, el artículo 72 de la LOSNCP que hace mención a los contratos modificatorios por errores de buena fe, donde la entidad podrá enmendar errores manifiestos y de cálculos, provocando así demoras en las obras.

Se ha tomado para el presente caso la sentencia N.º 050-10-SEP-CC, causa No. 0193-09-EP expedida por la Corte Constitucional del Ecuador, de octubre 24 de 2010, demanda planteada por un incumplimiento de contrato donde se establece que la ley del contrato debe cumplirse de buena fe. En nuestro Código Civil se ha consagrado como principio regulador de las relaciones obligatorias el de la buena fe, que es un derecho donde descansan las obligaciones. En el artículo 1562 señala que, 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 y, finalmente, sobre este aspecto el artículo 1576 IBIDEM dispone que, conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.

En la misma sentencia señalaban que en materia contractual, el Código Civil descansa en tres principios fundamentales, el de la autonomía de la voluntad o de libertad contractual, el de que los contratos son ley para las partes y la norma de que los contratos deben cumplirse de buena fe. Duguit señala que la autonomía de la voluntad es el poder de querer jurídicamente y que por lo mismo el derecho a que ese querer sea protegido socialmente. Alessandri, por su parte, manifiesta que, la autonomía de la voluntad consiste en la libre facultad de los particulares para celebrar el contrato que les plazca y determinar su contenido, efectos y duración.

Dicho esto, es muy importante que en la etapa precontractual se llegue a una confianza mutua, la cual nos servirá para garantizar una contratación eficaz y transparente, donde la buena fe como principio predominante, será de suma importancia para que, tanto en la etapa precontractual y contractual no exista ningún tipo de retraso o inconveniente y debiendo este estar tipificado en la LOSNCP.

Propuesta

En base al presente proyecto investigativo la propuesta estudiada es que se realice una reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública donde se agregará en el artículo 4 el principio buena fe, adicionalmente se debe insertar el artículo 4.1 donde conste la conceptualización del principio de la buena fe como tal, ejecutándose así la legalidad que es necesaria y que haya un respaldo cuando sucedan vulneraciones de las partes.

CONSIDERANDO

Que, el artículo 11 de la Constitución de la República numeral 9, expresa que “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 la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos”.

Que, el artículo 66 numeral 16 de la Constitución de la República nos habla del reconocimiento sobre el derecho a la libertad de contratación la cual se garantizara a las personas.

Que, el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador nos dice que “Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley, tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”.

Que, el artículo 288 nos dice que las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social, donde se priorizarán los

productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas.

Que, el artículo 4 expresa los principios para la aplicación de esta Ley y de los contratos que de ella deriven, “se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional”, sin existir el principio de la buena fe.

Que, el artículo 99 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública habla sobre las responsabilidades que se tienen en la fase precontractual indicando que los oferentes actuaran bajo su propio riesgo, esto no quiere decir que la entidad contratante vaya a tener una actuación sin obligaciones, es más la buena fe precontractual jugara un papel muy importante ya que generara una responsabilidad entre las partes.

Que, en el artículo 17 del Código Orgánico Administrativo nos expresa un concepto de la buena fe Principio de buena fe, donde se presume que los servidores públicos y las personas mantienen un comportamiento legal y adecuado en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes.

En ejercicio de las atribuciones que le faculta el numeral 6 del artículo 120 de la Constitución de la República del Ecuador donde la Asamblea Nacional tendrá la atribución de expedir, codificar, reformar y derogar leyes se resuelve:

SE EXPIDA LA REFORMA A LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA AGREGÁNDOLE EL ARTÍCULO 4.1.

Art. 1.- Agréguese al **Art 4** de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública el siguiente principio:

- **Art. 4.-** Principios.- Para la aplicación de esta Ley y de los contratos que de ella deriven, se observarán los **principios de Buena fe**, legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional.

- **4.1 Buena fe** Se presume la buena fe en todas las etapas de la Contratación Pública garantizando así el fiel cumplimiento de lo pactado, generando obligaciones, deberes y responsabilidades que tendrán que ser ejecutadas conforme a la ley.

Art. 2.- Póngase en conocimiento del Servicio Nacional de Contratación pública para su publicación en la página web www.compraspúblicas.gob.ec

Art. 3.- Disponer que el Servicio Nacional de Contratación Pública se encargue del trámite y procedimiento correspondiente y que se ponga en conocimiento a los participantes de esta norma.

Artículo Final. Esta reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial correspondiente. Esto fue dado y firmado en la Ciudad de Quito, Provincia del Pichincha, dentro de la Sala de Sesiones de la Honorable Asamblea Nacional Constituyente, a los dieciocho días del mes de noviembre del año dos mil diecinueve.

Presidente de la Asamblea Nacional

Secretario de la Asamblea Nacional

Conclusiones

A través de la investigación y en el desarrollo de las entrevistas se llega a considerar la vulneración por parte de la entidad contratante al momento de contratar debido a que parece no existir un control riguroso en el proceso de la etapa precontractual y dejando en claro que el principio de buena fe no está incluido en la etapa precontractual, también se puede señalar que en los contratos hay las especificaciones señaladas las cuales deben de cumplirse de forma específica y es ahí donde, debido a las formalidades se deja a un lado el principio de la buena fe ya que no se crea un vínculo de negocio basado en la confianza.

Se puede observar que el contratista por querer obtener una variación de contratos al mismo tiempo deja a un lado distintas obras inobservando de esta manera el principio de buena fe sin una justificación en la etapa precontractual, ya que es aquí donde se estipuló que se dé el fiel cumplimiento de los plazos y aun así no habrá las garantías necesarias para que la obra o servicio sea terminada.

Podemos decir que el principio de buena fe en la etapa precontractual desarrolla un papel fundamental para el cumplimiento de las partes contratantes, ya que quien lo realiza son las entidades estatales siendo la sociedad en general el motivo primordial de estas acciones, y es por eso que es a priori que se brinden las garantías necesarias en la etapa precontractual, para llegar a la adjudicación de los contratos.

Se establece a la entidad estatal como la mayor responsable en la etapa precontractual ya que son los principales actores de realizar los pliegos de peticiones, y si llegase a existir un fallo en las especificaciones que son producto de un estudio mal elaborado, generará atraso en las obras, bienes o servicios dejando descubierto las falencias que puedan ocurrir en estas entidades.

Recomendaciones

Como recomendación principal que se expida la reforma a LOSNCP agregándole al artículo 4 el principio de la buena fe y la creación del artículo 4.1 que conceptualiza este principio viendo que es necesario que exista la legalidad de este principio en la ley, por su importancia en las etapas de la contratación pública.

Que se añada la forma de efectuar controles regulatorios dentro del derecho al momento de estar en la etapa precontractual, es decir que exista un mayor control para el fiel cumplimiento de los pactos que se lleguen hacer en esta etapa también es necesario que, la entidad contratante y los contratistas de forma conjunta lleguen a mutuos acuerdos con respecto al fiel cumplimiento del futuro contrato, siendo este transparente y que sean de fácil cumplimiento para poder así evitar retrasos en lo que se quiere lograr.

Se recomienda al Estado realizar inducciones a los funcionarios y servidores del sector público con la finalidad de prevenir daños graves a su economía, y evitar acciones lesivas debido a que está presente el presupuesto del Estado y tiene el deber inexcusable de ejercer la acción de repetición, lo cual servirá para recuperar el capital perdido, lo que significa que la administración central subsanara los daños que se cometió sea por culpa o dolo, y lo que se busca es evitar todas estas acciones.

Se recomienda que se revisen de forma exhaustiva los pliegos que son elaborados en la etapa precontractual, debido a que muchas veces los errores que se cometen son debido a falta de un correcto estudio del futuro contrato y esto acarrea que se omitan disposiciones que son esenciales para una óptima adjudicación futura.

Bibliografía

- Albán, J. O. (18 de junio de 2008). *www.redaly.org*. Obtenido de *www.redaly.org*:
<https://www.redalyc.org/pdf/825/82511504.pdf>
- Altamirano, C. C. (13 de enero de 2016). *www.repositorio.usfq.edu.ec*. Obtenido de *www.repositorio.usfq.edu.ec*:
<http://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/5655/1/122747.pdf>
- Alvira, f. (2011). *La encuesta, una perspectiva general metodologica* . madrid: Centro de investigacion sociologicas.
- Amuchategui, R. G. (2012). *Derecho Penal*. México : Oxford.
- Argibay, J. C. (2009). *Muestra en investigacion cuantitativa*. Buenos Aires: Universidad de ciencias empresariales y sociales.
- Arias, G., & Villasis, J. (2016). *El protocolo de investigacion III la poblacion de estudio* . ciudad de mexico: colegio mexicano de inmunologia .
- Asamblea Constituyente . (4 de agosto de 2008). *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Montecristi: Cooperación de estudios y Publicación. Obtenido de *www.portal.compraspublicas.gob.ec*: <https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/2018/10/LOSNCPC-ultima.pdf>
- Asamblea Constituyente . (2008). *Reglamento General a la Ley Organica del Sistema Nacional de Contratacion Pública*. montecristi: Cooperacion de estudios y publicaciones .

Asamblea Constituyente. (20 de octubre de 2008). *Constitución de la república del Ecuador*.

Montecristi: Cooperación de Estudios y Publicaciones. Obtenido de www.oas.org:

https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ecu/sp_ecu-int-text-const.pdf

Asamblea Nacional. (2017). *Código Organico Administrativo*. Montecristi: Cooperación de Estudios y Publicaciones.

Bello, A. (1856). *Código Civil Chileno*. Santiago: Editorial Jurídico de Chile.

Beltrán, S. G., & Giraldo, L. R. (1 de abril de 2007). www.repositorio.cepal.org. Obtenido de www.repositorio.cepal.org:

<https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/3550/S2007302.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Boetsch Gillet, C. (Diciembre de 2015). www.books.google.com.ec. Obtenido de

www.books.google.com.ec: [https://books.google.com.ec/books?id=1-](https://books.google.com.ec/books?id=1-tTDwAAQBAJ&pg=PA89&hl=es&source=gbs_toc_r&cad=3#v=onepage&q&f=false)

[tTDwAAQBAJ&pg=PA89&hl=es&source=gbs_toc_r&cad=3#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.ec/books?id=1-tTDwAAQBAJ&pg=PA89&hl=es&source=gbs_toc_r&cad=3#v=onepage&q&f=false)

Bonet, E. V. (18 de septiembre de 2014). www.eprints.ucm.es. Obtenido de www.eprints.ucm.es:

<https://eprints.ucm.es/27464/1/La%20Inobservancia%20del%20Deber%20de%20Buena>

[%20Fe%20como%20Causa%20de%20Incumplimiento%20Contractual%20-](https://eprints.ucm.es/27464/1/La%20Inobservancia%20del%20Deber%20de%20Buena)

[%20Eugenio%20Valladares%20Bonet%20%28versi%C3%B3n%20E-Prints%29.pdf](https://eprints.ucm.es/27464/1/La%20Inobservancia%20del%20Deber%20de%20Buena)

Borda, a. (30 de mayo de 2014). www.redalyc.org. Obtenido de www.redalyc.org:

<http://www.redalyc.org/pdf/825/82534126003.pdf>

Caballero, V. M. (22 de octubre de 2008). www.redalyc.org. Obtenido de www.redalyc.org:

<http://www.redalyc.org/pdf/851/85112306003.pdf>

Cabanellas, G. (7 de agosto de 2003). *Diccionario Jurídico*. Buenos Aires : Eliasta. Obtenido de www.s3.amazonaws.com:

https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/38161902/DICCIONARIO_JURIDICO_ELEMENTAL.Cabanellas_Ed.2003.pdf?response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DDICCIONARIO_JURIDICO_ELEMENTAL_Cabanella.pdf&X-Amz-Algorithm=AWS4-HMAC-SHA256&X-Amz-Credenti

Carrera, C. A. (1 de agosto de 2018). *www.pge.gob.ec*. Obtenido de www.pge.gob.ec:

<http://pge.gob.ec/joomlatools-files/docman-files/Direcciones%20y%20Servicios/Contratacion%20Especial/Fases%20del%20Proceso%20de%20Contratacion%20Ab.%20Alejandra%20Castro.pdf>

Casaretto, R. M. (15 de Febrero de 2002). *www.revistajuridicaonline.com*. Obtenido de

www.revistajuridicaonline.com: https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2002/02/15_Control_de_Contratos_Administrativos.pdf

Congreso Nacional. (2015). *Código Civil*. quito: cooperacion de estudios y publicaciones.

Cuenca, C. C., García, L. L., & Martínez, V. J. (8 de agosto de 2010). *www.books.google.com.ec*.

Obtenido de www.books.google.com.ec:
https://books.google.com.ec/books?id=3XVcFU_wA7AC&dq=teor%C3%ADas+en+contratacion+publica&hl=es&source=gbs_navlinks_s

Díaz, L., & Torruco, U. (2013). *La entrevista recurso flexible y dinamico*. mexico df:

universidad nacional autonoma de mexico.

Domingo, V. E. (9 de abril de 2018). *www.books.google.com.ec*. Obtenido de

www.books.google.com.ec:

https://books.google.com.ec/books?hl=es&lr=&id=CL5UDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA7&dq=da%C3%B1o+emergente+y+lucro+cesante+contractual&ots=wfla-1yxQe&sig=0QL4xrY-Hwtc9er5KfjoSskIv6s&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false

Duque, P. V. (1 de enero de 2012). *www.books.google.com.ec*. Obtenido de

www.books.google.com.ec:

<https://books.google.com.ec/books?hl=es&lr=&id=fnWKAgAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA3&dq=fase+precontractual&ots=qWvyis0ut8&sig=piezKQI0iSUGrTXgEL11Q-4mILM#v=onepage&q=fase%20precontractual&f=false>

Enciclopedia Jurídica. (7 de agosto de 2014). *www.encyclopedia-juridica.biz14.com*. Obtenido de

www.encyclopedia-juridica.biz14.com: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/pliego/pliego.htm>

Facco, J. H. (junio de 2009). *www.redalyc.org*. Obtenido de *www.redalyc.org*:

<http://www.redalyc.org/pdf/4175/417537596007.pdf>

Fandiño, B. M. (22 de marzo de 2013). *www.redalyc.org*. Obtenido de *www.redalyc.org*:

http://www.redalyc.org/pdf/825/Resumenes/Resumen_82528731003_1.pdf

Ferreira, d. l., & Rodriguez, J. M. (2009). *Manual de derecho procesal civil I*. Córdoba:

Alveroni Ediciones.

Franco, V. A. (14 de enero de 2008). *www.eumed.net*. Obtenido de *www.eumed.net*:

<http://www.eumed.net/libros-gratis/2015/1449/index.htm>

Gamas, T. J. (2001). *Derecho constitucional mexicano*. México: Porrúa.

- Garcia Rubio, M. P. (1 de abril de 2011). *www.boe.es*. Obtenido de *www.boe.es*:
https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2010-40162101642
- García, A. R. (1 de octubre de 2008). *www.indret.com*. Obtenido de *www.indret.com*:
http://www.indret.com/pdf/590_es.pdf
- Gonzalez, T. J. (2 de agosto de 2014). *www.repositorio.uasb.edu.ec*. Obtenido de *www.repositorio.uasb.edu.ec*:
<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5301/1/TD078-DDE-Gonzalez-La%20contratacion.pdf>
- Guerra, T. (2002). *La metodologia de la invetigacion historica una crisis compartida*. san martin: universidad adventista del plata.
- Guzman, A. M. (3 de marzo de 2017). *repositorio.ucsg.edu.ec*. Obtenido de *repositorio.ucsg.edu.ec*: <http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/8139/1/T-UCSG-PRE-JUR-DER-113.pdf>
- Hacienda, M. d. (2003). *Ley de Compras Públicas*. Santiago: editorial juridica de Chile.
- Heiva, M. (8 de agosto de 2015). *www.archivos.juridicas.unam.mx*. Obtenido de *www.archivos.juridicas.unam.mx*:
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3876/22.pdf>
- Humanos, M. d. (1984). *Codigo Civil*. Lima: editorial PUC.

Jimenez, R. (1998). *Metodologia de la investigacion elementos basicos para la investigacion clinica*. la habana: ciencias medicas del centro nacional de informacion de ciencias medicas.

Justicia, M. d. (2016). *Ley de Contrataciones del Estado*. lima: Juristas Editores.

Laborde, G. M. (7 de octubre de 2016). *www.revistaderechopublico.com*. Obtenido de www.revistaderechopublico.com:
<http://www.revistaderechopublico.com.uy/revistas/50/archivos/Laborde50.pdf>

Lopera, J., & Ramirez, C. (2010). *El metodo analitico como metodo natural*. roma: euro mediterranean university institute.

López, P. P. (9 de abril de 2016). *www.redalyc.org*. Obtenido de www.redalyc.org:
<http://www.redalyc.org/pdf/197/19751022014.pdf>

Martínez, A. J. (2013). *Teoria de las obligaciones*. México: Porrúa.

Martínez, G. T. (9 de abril de 2010). *www.redalyc.org*. Obtenido de www.redalyc.org:
<http://www.redalyc.org/pdf/3710/371041340009.pdf>

Mendieta, J. (1 de diciembre de 2011). *www.revistas.uexternado.edu.co*. Obtenido de www.revistas.uexternado.edu.co:
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/3048/2697>

Moncada, B. S. (1 de agosto de 2014). *www.dspace.udla.edu.ec*. Obtenido de www.dspace.udla.edu.ec: <http://dspace.udla.edu.ec/bitstream/33000/1766/1/UDLA-EC-TAB-2014-43.pdf>

- Mora, F. (7 de diciembre de 2005). *www.redalyc.org*. Obtenido de *www.redalyc.org*:
<http://www.redalyc.org/pdf/257/25701209.pdf>
- Moreta, F. M. (18 de septiembre de 2014). *repositorio.uasb.edu.ec*. Obtenido de *repositorio.uasb.edu.ec*: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4157/1/T1483-MDE-Fernandez-Los%20contratos.pdf>
- muggenburg, & Perez. (2007). *Tipos de estudio en el enfoque de investigacion cuantitativa*. Mexico df: universidad nacional autonoma .
- Neme, V. M. (17 de diciembre de 2009). *www.redalyc.org*. Obtenido de *www.redalyc.org*:
<http://www.redalyc.org/pdf/4175/417537591002.pdf>
- Ossorio, M. (7 de agosto de 1974). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Santiago de Chile: Heliastas. Obtenido de *www.herrerapenalaza.com*:
<http://www.herrerapenalaza.com/images/biblioteca/Diccionario-de-Ciencias-Juridicas-Politicasy-Sociales---Manuel-Ossorio.pdf>
- Páez Flor, E. D. (1 de abril de 2013). *www.repositorio.puce.edu.ec*. Obtenido de *www.repositorio.puce.edu.ec*:
<http://repositorio.puce.edu.ec/bitstream/handle/22000/5578/T-PUCE-5719.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Perez, M., Ocampo, F., & Sanchez, K. (2015). *Aplicacion de la Metodologia de la investigacion para identificar las emociones*. Mexico: Centro de Estudios e investigaciones para el Desarrollo.

- Pucha, J. (7 de agosto de 2016). *www.dspace.unach.edu.ec*. Obtenido de [www.dspace.unach.edu.ec: http://dspace.unach.edu.ec/bitstream/51000/1563/1/UNACH-FCP-DER-2016-0012.pdf](http://www.dspace.unach.edu.ec/bitstream/51000/1563/1/UNACH-FCP-DER-2016-0012.pdf)
- Ramirez, F., & Zwerg, A. (2012). *Metodologia de la investigaciones* . medellin: universidad EAFIT.
- Real Academia de la Lengua, e. (7 de agosto de 1713). *Diccionario del español Jurídico*. Madrid: Asociación de academias de la lengua española. Obtenido de www.rae.es: <https://dej.rae.es/>
- Registro Oficial Edición Especial 245. (29 de enero de 2018). *www.hgdc.gob.ec*. Obtenido de www.hgdc.gob.ec: https://www.hgdc.gob.ec/images/BaseLegal/resolucion_serco_000072-2016%20lineamientos%20contratacion%20publica.pdf
- Rodriguez, A., & Perez, A. (2017). *metodos centificos de indagacion y de construccion del conocimiento*. Bogotá: Universidad EAN.
- Rojina, V. R. (1998). *Compendio de Derecho Civil III*. México: Porrúa.
- Ruiz, P. L. (17 de julio de 2015). *www.usfq.edu.ec*. Obtenido de www.usfq.edu.ec: https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_16/iurisdictio_016_009.pdf
- Saavedra, V. R. (7 de agosto de 2009). *www.pdfs.semanticscholar.org*. Obtenido de www.pdfs.semanticscholar.org:

https://pdfs.semanticscholar.org/a3ce/3cf5058c5486d8c810823066e25bc873ca8d.pdf?_ga=2.190949986.998434035.1565214472-358384015.1565214472

San Martín, N. L. (1 de abril de 2013). *www.scielo.conicyt.cl*. Obtenido de *www.scielo.conicyt.cl*: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-34372013000100012&script=sci_arttext

San Miguel Giralt, J. (30 de noviembre de 2017). *www.redalyc.org*. Obtenido de *www.redalyc.org*: <http://www.redalyc.org/pdf/825/82553417012.pdf>

Sánchez, C. D. (11 de junio de 2019). *www.revistajusticiayderecho.com*. Obtenido de *www.revistajusticiayderecho.com*: <https://revistajusticiayderecho.com/index.php/rjyd/article/view/72/20>

Solarte, R. A. (15 de octubre de 2004). *www.redalyc.com*. Obtenido de *www.redalyc.com*: <https://www.redalyc.org/pdf/825/82510807.pdf>

Tolosa, E., Irizar, M., & Tola, E. (18 de abril de 2017). *www.redalyc.org*. Obtenido de *www.redalyc.org*: <https://www.redalyc.org/pdf/174/17450967003.pdf>

Tolosa, V. L. (17 de abril de 2017). *www.scielo.org.co*. Obtenido de *www.scielo.org.co*: <http://www.scielo.org.co/pdf/esju/v19n2/0124-0579-esju-19-02-00013.pdf>

Villacís, M. M. (1 de octubre de 2001). *www.revistajuridicaonline.com*. Obtenido de *www.revistajuridicaonline.com*: https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2002/02/15_Contratacion_Publica.pdf

Zuñiga, R. C. (18 de julio de 2011). *www.revistajuridicaonline.com*. Obtenido de [www.revistajuridicaonline.com: https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2011/12/67_a_82_la_contratacion.pdf](https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2011/12/67_a_82_la_contratacion.pdf)

Zusman, S. (1 de agosto de 2005). *www.revistas.pucp.edu.pe*. Obtenido de [www.revistas.pucp.edu.pe](http://revistas.pucp.edu.pe): <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8787/9176>

ANEXOS

Anexo 1 Formato de preguntas realizadas en entrevista

Tema	La inobservancia de la justificación para contratar en la etapa precontractual y su incidencia en el proceso de contratación pública.		
Objetivo	Mediante la entrevista al personal profesional del GAD de Portoviejo en el ámbito de contratación pública, se busca Analizar como la inobservancia en la etapa precontractual afecta en la adjudicación y ejecución de los contratos, que beneficios conlleva la aplicación de la buena fe, examinar los beneficios si en la fase precontractual se aplica la observancia al principio de buena fe y también identificar las rupturas injustificadas más frecuentes en la fase precontractual que atentan con el principio de buena fe.		
Indicaciones	Lea y conteste las siguientes preguntas		
Ítem	Pregunta	Respuesta	Lugar
1	¿De qué manera cree usted que la inobservancia del principio de buena fe en la etapa precontractual, afecta a la adjudicación de un contrato?		
2	¿Considera usted que las empresas estatales cumplen con el principio de buena fe en la etapa precontractual?		
3	¿Qué beneficios cree usted que aporta en la etapa precontractual la observancia del principio de buena fe?		
4	¿Cuáles son las rupturas injustificadas más frecuentes al momento de estar en la etapa precontractual?		
5	¿Considera usted que la etapa precontractual brinda las garantías necesarias para asegurar una contratación transparente?		

6	¿Quién considera usted que vulnera más el principio de buena fe, la entidad contratante o el contratista y por qué?		
7	¿En qué procesos de contratación pública considera usted que se vulnera más el principio de buena fe?		
8	¿Sobre quién piensa usted que recae la mayor responsabilidad en la etapa precontractual, en el contratante, contratista o ambas y por qué?		
9	¿Considera usted que se aplican las indemnizaciones por los perjuicios causados a la parte afectada, en caso de terminar una negociación de forma injustificada?		
10	¿Por qué considera usted que el contratista no toma medidas legales en contra de la entidad contratante cuando está en etapa precontractual y de forma injustificada el contratante termina la negociación?		
Análisis:			

Elaborado: Ruiz, C (2019)

Anexo 2 Formato de entrevista realizada a Empresa Privada TRAUDET S.A.

Ítem	Pregunta	Respuesta	Observación
1	¿De qué manera cree usted que la inobservancia del principio de buena fe en la etapa precontractual, afecta a la adjudicación de un contrato?		
2	¿Quién considera usted que vulnera más el principio de buena fe la entidad contratante o el contratista y por qué?		
3	¿Qué beneficios cree usted que aporta en la etapa precontractual el principio de buena fe?		
4	¿Considera usted que los contratistas cumple con el principio de buena fe en la etapa precontractual?		
5	¿Sobre quién piensa usted que recae la mayor responsabilidad en la etapa precontractual, en el contratante, contratista o ambas y por qué?		
Análisis			

Elaborado: Ruiz, C (2019)

Anexo 3 Fotos de entrevistas realizadas

Entrevista al abogado Diego Manuel Rojas Landívar del departamento jurídico del GAD de Portoviejo.



Entrevista realizada al arquitecto Mauricio Jose Lopez Cáceres del departamento de compras públicas del GAD de Portoviejo.



Entrevista realizada a la abogada María Luciana Vera Armendáriz del GAD de Portoviejo.



Entrevista realizada al abogado Marcos Javier Plaza Reyes del Departamento jurídico del GAD de Portoviejo



Entrevista realizada al ingeniero Juan Carlos Rodríguez Carpio del departamento de compras públicas del GAD de Portoviejo.

