



UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE CUENCA

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS

SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

TEMA

**RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL
ESTADO POR LA NO ADJUDICACIÓN LEGAL DE
UN CONTRATO DE LICITACIÓN DE OBRA
PÚBLICA**

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN
DEL TÍTULO DE ABOGADA DE LOS TRIBUNALES DE
JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

AUTORA: SELENE PATRICIA JIMBO BRITO

DIRECTOR: ABG. FABIAN ALEJANDRO ROMERO JARRÍN

CUENCA- ECUADOR

AÑO 2022

DIOS, PATRIA, CULTURA Y DESARROLLO



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS

SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

TEMA

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO
POR LA NO ADJUDICACIÓN LEGAL DE UN CONTRATO DE
LICITACIÓN DE OBRA PÚBLICA

TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN
DEL TÍTULO DE ABOGADA DE LOS TRIBUNALES DE
JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

AUTORA: SELENE PATRICIA JIMBO BRITO

DIRECTOR: ABG. FABIAN ALEJANDRO ROMERO JARRÍN

CUENCA - ECUADOR

2022

DIOS, PATRIA, CULTURA Y DESARROLLO

Declaratoria de Autoría y Responsabilidad

SELENE PATRICIA JIMBO BRITO portador(a) de la cédula de ciudadanía N° **1900632769**. Declaro ser el autor de la obra: **“RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR LA NO ADJUDICACIÓN LEGAL DE UN CONTRATO DE LICITACIÓN DE OBRA PÚBLICA”**, sobre la cual me hago responsable sobre las opiniones, versiones e ideas expresadas. Declaro que la misma ha sido elaborada respetando los derechos de propiedad intelectual de terceros y eximo a la Universidad Católica de Cuenca sobre cualquier reclamación que pudiera existir al respecto. Declaro finalmente que mi obra ha sido realizada cumpliendo con todos los requisitos legales, éticos y bioéticos de investigación, que la misma no incumple con la normativa nacional e internacional en el área específica de investigación, sobre la que también me responsabilizo y eximo a la Universidad Católica de Cuenca de toda reclamación al respecto.

Cuenca, **22 de agosto de 2022**



F:

Selene Patricia Jimbo Brito

C.I. 1900632769

CERTIFICO

Certifico que el presente Trabajo de Investigación fue desarrollado por **SELENE PATRICIA JIMBO BRITO**, con el Tema **“RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR LA NO ADJUDICACIÓN LEGAL DE UN CONTRATO DE LICITACIÓN DE OBRA PÚBLICA”** bajo mi supervisión.



AB. FABIAN ALEJANDRO ROMERO JARRÍN
Tutor

DEDICATORIA

Esta tesis la dedico a mi ángel en el cielo mi papá y a mi ángel en la tierra mi madre, ya que sin el apoyo de estas dos personas tan importantes en mi vida no hubiese podido obtener mi título universitario.

A mi mamá por estar conmigo siempre y hacerme entender que todo esfuerzo por más difícil y complejo que parezca tendrá su recompensa.

A Dios por siempre mantenerme firme con mis sueños, y brindarme esa fortaleza necesaria para seguir adelante, nada fue fácil porque tuve que alejarme de personas importantes como mi hijo para poder alcanzar una de mis metas.

A mi príncipe Jeremy este gran sueño te lo dedico, porque eres y serás mi fortaleza y alegría en todo momento, tu luz me permitió ver más allá del conformismo, tú me permitiste ver esa luz de éxito y poder cumplir uno de mis sueños.

AGRADECIMIENTO

“Nuestra recompensa se encuentra en el esfuerzo y no en el resultado, un esfuerzo total es una victoria completa”

M. Gandhi

Expreso mi gratitud y agradecimiento a cada uno de mis docentes que formaron parte de esta preparación académica, gracias por ser una guía en toda mi carrera universitaria, gratitud eterna para cada uno de ustedes.

Agradezco al Dr. Fabián Romero, por ser mi mentor y guía en el proceso de elaboración de mi tesis, puesto que con su paciencia y dedicación logre culminar con éxito mi trabajo de titulación.

RESUMEN

La responsabilidad extracontractual del Estado en la legislación ecuatoriana puede ser considerada de forma objetiva o subjetiva; en el ámbito de la contratación pública es fundamental determinar si se podría establecer una responsabilidad extracontractual objetiva al no existir una adjudicación debida de un contrato de licitación de obra pública, tomando en consideración la normativa administrativa y constitucional respecto de la responsabilidad del Estado. Es así que para determinar el mismo, el enfoque de la investigación será cualitativo, basado en la metodología exploratoria y descriptiva del derecho; exploratorio ya que, mediante revisión bibliográfica, análisis de artículos científicos y jurisprudencia se recolectará información necesaria puesto que el primer objetivo es analizar si la no adjudicación legal de la contratación pública, produce una actuación ilegal por parte de un ente público; en el segundo objetivo utilizaremos el método descriptivo para determinar qué tipo de responsabilidad tiene el Estado y si debe ser reparado el oferente por el hecho de ser apartado de forma arbitraria de ser contratista en la fase de adjudicación.

PALABRAS CLAVES: responsabilidad extracontractual, adjudicación, licitación, legalidad, daño.

ABSTRACT

The State itself is responsible for each of the actions or omissions of its public employees in the exercise of their functions. The relevant issue is to determine whether arbitrarily relegating a provider from being a contractor of the State and being in a pre-contractual phase causes damage to the provider that must be repaired, considering that despite participating at their own risk and expense, they obtain rights that must be respected in each of the contracting phases, in such a way that, when there are inefficiencies or irregularities in the decision-making process, they must be analyzed to be subsequently repaired, based on the administrative and constitutional regulations regarding the responsibility of the State.

To determine it, this research approach will be qualitative, based on the exploratory and descriptive methodology of law. To analyze whether the legal non-awarding public contracts produce an illegal action from a public entity (first goal of this research), the exploratory method was used to collect the necessary information through literature review, analysis of scientific articles, and jurisprudence. In the second objective, the descriptive approach was used to determine what type of extracontractual liability the State has and whether the provider should be compensated for being arbitrarily removed from being a contractor in the awarding phase.

KEYWORDS: tort liability, award, bidding, damage.

ÍNDICE

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y RESPONSABILIDAD	I
CERTIFICADO DEL TUTOR	II
DEDICATORIA	III
AGRADECIMIENTO	IV
RESUMEN	V
PALABRAS CLAVES	V
ABSTRACT	VI
KEYWORDS	VI
ÍNDICE	VII
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	4
1.1 Antecedentes de la Contratación Pública	4
1.2 La Contratación Pública en el ámbito administrativo.....	7
1.3 Principios que rigen la Contratación Pública.....	9
1.3.1 Principio de legalidad dentro del área de contratación pública	10
1.3.2 Principio de trato justo en el área de la contratación pública...	13
1.3.3 Principio de igualdad en el área de la contratación pública.....	14
1.3.4 Principio de concurrencia en el área de la contratación pública	17
1.3.5 Principio de transparencia en el área de la contratación pública	20
1.4 ¿Qué es la Licitación en la contratación pública?	22
1.5 Fin que persigue la licitación	24
1.6 La adjudicación como acto administrativo.....	25
1.7 La adjudicación como fase final de la etapa precontractual.....	26
CAPÍTULO II	30
2.1 La responsabilidad	30
2.2 Evolución de la responsabilidad extracontractual	33
2.3 Generalidades de la Responsabilidad Extracontractual.....	34
2.3.1 Responsabilidad objetiva	38

2.3.2	Responsabilidad subjetiva.....	40
2.4	ELEMENTOS SEGÚN LA DOCTRINA PARA QUE SE CONFIGURE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO.....	43
2.4.1	Daño en la responsabilidad.....	43
2.4.2	Culpa en la responsabilidad.....	46
2.4.3	Nexo causal.....	49
2.5	Concurrencia de requisitos para establecer Responsabilidad Extracontractual según el COA.....	53
2.6	Causas exonerativas de responsabilidad.....	54
2.6.1	Fuerza mayor o caso fortuito.....	55
2.7	Responsabilidad extracontractual del Estado por la no adjudicación legal de una contratación pública.....	57
	CONCLUSIONES.....	66
	RECOMENDACIONES.....	68
	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	69
	ANEXOS.....	74

INTRODUCCIÓN

El proceso de contratación pública en el Ecuador ha tenido constantes modificaciones en la normativa desde el siglo XIX, pero en la actualidad la ley que rige todo el sistema de contratación es la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP), conjuntamente con el ente regulador como es el Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP). Al referirnos a la administración pública, nos podríamos enfocar en distintos ámbitos, pero el tema de interés en nuestra investigación es en materia de contratación, respectivamente en el procedimiento de licitación, y es el Estado el ente encargado de hacer cumplir la normativa vigente para que dicho procedimiento surja en base a los principios establecidos en la LOSNCP desde su fase preparatoria.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública tiene varios objetivos primordiales, entre ellos está el garantizar ciertos principios establecidos en su normativa como es el de transparencia, legalidad, y sobre todo igualdad en la adjudicación de contratos, evitando todo tipo de arbitrariedades del servidor público en lo que se refiere a la contratación pública.

Resulta oportuno manifestar que los servidores públicos al cumplir o ejercer sus funciones estatales, pueden generar un daño a sus administrados, y es ahí donde surge la figura de la responsabilidad del

Estado pudiendo ser la misma contractual o extracontractual, figura jurídica en la que permite que el Estado pueda ser demandado por los particulares por el daño que ha ocasionado uno de sus servidores públicos en ejercicio de sus actividades.

Ante esta circunstancia y al ser un derecho constitucional, es el Estado el que tiene responsabilidad de responder por los daños ocasionados, puesto que los oferentes al sentirse perjudicados por los servidores públicos ejercerán su derecho en contra del Estado para que el daño sea resarcido conforme lo exige la normativa.

Es así que dentro de la presente investigación en el capítulo primero se tomará en consideración temas de interés desde el punto de vista doctrinario como es la contratación pública, su avance jurídico y como es manejado actualmente dentro de la administración pública; como también se realizará un análisis sobre ciertos principios considerados esenciales desde un punto de vista personal en lo que refiere a la contratación pública, esto haciendo referencia que de por medio prevalecen los derechos de los oferentes; de igual manera hacer mención sobre la licitación y el fin que persigue dicho procedimiento, la adjudicación como etapa final de la fase precontractual de la contratación y como acto administrativo esto basado en un método exploratorio, en el que recolectaremos información doctrinaria, jurisprudencial y en base a la normativa vigente se logrará establecer puntos claros sobre diferentes actuaciones de la administración pública.

En el capítulo segundo nos enfocaremos en establecer conceptos según doctrinarios y como también en base a análisis jurisprudenciales en los que denotaremos decisiones judiciales que varían según su criterio subjetivo respecto de la responsabilidad, responsabilidad extracontractual, responsabilidad extracontractual subjetiva y objetiva, y sobre todo determinar desde la normativa constitucional y administrativa si el Estado tiene responsabilidad extracontractual de reparar el daño al oferente que ha sido apartado de ser contratista del Estado, esto analizado mediante un método descriptivo, en el que se pueda detallar y analizar cada uno de los puntos principales y primordiales dentro del tema a investigar en este apartado.

CAPÍTULO I

1.1 ANTECEDENTES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La administración pública como tal a lo largo de su historia ha mantenido constantes cambios y reformas en lo que se refiere a la contratación pública puesto que a medida que el tiempo transcurre las necesidades se vuelven más rigurosas y sobre todo con el objetivo de mantener un control debido y fiscalización legal sobre el área de contratación pública surgen estos avances en la normativa jurídica, ya que el interés administrativo es regular y normar cada una de las etapas de su procedimiento precontractual y contractual, por lo que resulta oportuno hacer mención sobre cada uno de sus avances normativos.

Alrededor del siglo XIX la contratación pública se encontraba regida por lo que fue la Ley Orgánica de Hacienda, esta tuvo como objetivo primordial el establecer que las instituciones públicas podrían contratar únicamente mediante licitaciones, cumpliendo con todo lo dispuesto sobre el proceso como tal, cabe recalcar que el proceso de licitación no contaba con ciertos ejes y lineamientos con los que cuenta actualmente, sin embargo su función era empezar a establecer bases para un manejo correcto de la contratación (Ley Orgánica de Hacienda, 1927, como se citó en (Viscarra Soliz, 2021).

Ya en el año de 1960 se realizan ciertos cambios en la Ley de Hacienda, haciendo referencia que es necesario designar un presupuesto específicamente para la contratación pública; es así que ya en el año de 1964 se da paso a lo que fue la Ley de Licitación y Concurso de Ofertas, donde por primera ocasión se habla sobre la adquisición de ciertos bienes, prestación de servicios y como es la contratación, todo esto ya con la disposición de un presupuesto estatal; y al existir ya la disposición de estos fondos estatales, se empieza a establecer normas que los oferentes deben cumplir el momento de presentar sus ofertas, mismas que deben ser claras y sobre todo precisas en cuanto a los costos.

Poco a poco podemos darnos cuenta que la contratación estatal va tomando forma y sobre todo respetando ciertos parámetros y condiciones que son estipuladas en la normativa actual, con el único fin de garantizar o evidenciar que se cumple con las formalidades exigidas durante la contratación pública, siempre y cuando sea de acuerdo a cada una de las necesidades públicas.

La ley de Licitación y Concurso de Ofertas es derogada totalmente por la Ley de Contratación Pública, una ley que se encaminó directamente en establecer un marco jurídico organizado en el tema de contratación (Ley de Contratación Pública, 1990, como se citó en (Viscarra Soliz, 2021), es así

que se establece administrativamente cada uno de los procedimientos precontractuales que deben ser respetados en el marco de la contratación pública; existieron reformas, codificaciones, pero esta a su vez es reformada alrededor del año 2003, y ya en agosto del año 2008 es derogada totalmente, dando paso a lo que hoy llamamos la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, misma que se rige con un ente regulador como es el Servicio Nacional de Contratación Pública (Viscarra Soliz, 2021).

Si bien es cierto que en sus principios la contratación pública no contaba con un programa que rija cada una de las contrataciones durante todo el año fiscal, y mucho menos contaba con un presupuesto designado exclusivamente para la contratación; en la actualidad pese a tener un régimen más organizado, se debería exigir en todas sus etapas que el tema de la legalidad, la transparencia, igualdad de derechos de los oferentes y el control estricto de los procedimientos desde su fase precontractual se cumpla conforme a la normativa y respetando los principios establecidos en esta ley, que por ende al tratarse de contratación estatal y al estar bajo la normativa que la rige debe ser aplicado y sobre todo respetar los derechos tanto de los oferentes como de la entidad contratante en igualdad de condiciones.

1.2 LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO

La contratación estatal se ha mantenido en constantes cambios inclusive desde la parte técnica se ha dado paso a una contratación donde la tecnología suma un importante aporte, ya que lo convencional quedó totalmente fuera de contexto dando espacio en casi todas sus etapas a la tecnología, es por tal circunstancia que el tema de la responsabilidad en el caso de los servidores públicos es aún más grande respecto del resultado de cada una de sus acciones sobre todo en el tema de adjudicación de contratos públicos.

Dentro de la administración estatal, la contratación pública juega un rol importante y fundamental en el ámbito de su gestión administrativa, puesto que los recursos a utilizar deben ser bien manejados pensando en el bienestar colectivo, por el hecho de ser un presupuesto estatal que se adquiere y es destinado en beneficio de la colectividad, y a la vez se vuelve un elemento dinamizador de la economía nacional, donde se vincula el sector privado con el sector público, pero también puede facilitar diversos ambientes donde puedan generarse actos de corrupción, es por tal circunstancia que la transparencia dentro de estos procesos de contratación debe ser considerada una prioridad; el Parlamento Europeo denota ciertos aspectos significativos dentro de la contratación estatal en el que hace alusión que:

La contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020, siendo uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos, facilitando la participación de las pequeñas y medianas empresas en la contratación pública y permitiendo que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes.(Zabalegi, 2014, p. 5)

Resulta indispensable considerar que la contratación del sector público debe ser totalmente transparente y sobre todo eficaz, por el solo hecho de estar implicados recursos públicos que son de total soporte para la economía tanto local como nacional, de igual manera resulta necesario manifestar que, debe existir esa armonización en cada una de las instancias del sistema de contratación pública, para poder determinar que se cumple con lo dispuesto en la normativa que la rige como es la “Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en adelante LOSNCP”(Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación pública, 2018, p. 1).

Básicamente la contratación pública se constituye como una estructura jurídica del sector administrativo en el que su objetivo primordial es estar al servicio en este caso de los poderes estatales para el efectivo cumplimiento de sus fines, ya que esta es una de las figuras mediante las cuales se redistribuye la riqueza y por ende debe ser manejada con total

transparencia, por lo que su buena gestión es importante dentro del país sobre todo por el tema económico (Zabalegi, 2014), estos recursos utilizados alcanzan al menos el “15% del PIB, de los países de América Latina”(Rezzoagli, 2016, p. 6).

1.3 PRINCIPIOS QUE RIGEN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

En lo que refiera al área de la contratación pública rigen ciertos principios que deben ser aplicados con todo el rigor dentro de la función administrativa, dado que estos impulsan para que exista o surja un buen desenvolvimiento jurídico administrativo, su objetivo es que cada uno de los principios deben ser respetados por cada una de las entidades administrativas el momento de elegir la mejor oferta, ya que en el tema de licitaciones, lo ideal es adjudicar la oferta que más se ajuste al pliego requerido, dejando de lado todo tipo de arbitrariedades, y al aplicar los principios reconocidos en la LOSNCP, se está garantizando “la disminución de posibles prácticas anticompetitivas o ilegales”(Ascanio Pacheco, 2021, p. 339).

Según la (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación pública), en el artículo 4 respectivamente, pone de manifiesto que es necesario que el ente público aplique en los contratos que deriven de esta misma ley cada

uno de los principios establecidos en la normativa, es por tal motivo que he considerado conveniente analizar ciertos principios, en apego a nuestro tema de investigación, tales como;

1.3.1 Principio de legalidad dentro del área de contratación pública

Este principio es conocido como aquel principio que limita cada una de las actuaciones ya sea de funcionarios del sector público o cada uno de los poderes administrativos, determinando que cada una de sus actuaciones deben sujetarse a lo dispuesto en la LOSNCP y COA, pudiendo ser parte de esta actuación también lo dispuesto en la Constitución como norma suprema; este principio es considerado fundamental dentro del estatus jurídico de un Estado de derecho.

El autor Cabanellas de las Cuevas define a este principio como aquel que tiene, "Calidad de legal o proveniente de la ley. Legitimidad. Licitud. Régimen político fundamental de un Estado; especialmente establecido por su Constitución" (Cabanellas de las Cuevas, 2011, p. 229).

El cumplimiento estricto del principio de legalidad, es una exigencia radical que deben cumplir cada uno de los órganos del Estado, esto como sustento para la seguridad jurídica del mismo, dentro de la contratación

pública las normas que rigen la misma es; la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Código Orgánico Administrativo.

En este punto es necesario detallar ciertos aspectos del principio de legalidad con referencia a la contratación pública, puesto que si bien dicho principio exige que cada una de las actuaciones sea acorde a la normativa, hay ciertos aspectos dentro del control administrativo que omiten este principio basándose en un criterio subjetivo en el momento de la toma de decisiones de ciertos actos administrativos, por ende es imprescindible considerar que toda actuación dentro de la administración estatal debe estar sujeta al principio de legalidad, para ser considerada lícita y jurídica dentro de lo que le permita la ley.

Podemos hacer una breve referencia al control de legalidad administrativo, figura jurídica existente dentro de lo que es el sector público, en la que podemos manifestar que este tema de control de legalidad se torna un desafío constante e importante, ya que el solo hecho de tratar de exigir este control estricto de legalidad en el sistema administrativo, es tratar de exigir a la misma administración que rinda de manera muy detallada una explicación de sus propios actos, y poder confrontar de cierto modo la realidad, ya que su actuación debe estar vinculada a lo que

manifiesta la normativa vigente; donde no deberían existir actuaciones arbitrarias e ilegítimas que tal vez no puedan ser contrarrestadas jurídicamente(Montes, 2009).

El hecho de ser considerado el principio de legalidad como uno de los principios fundamentales dentro de la contratación pública, es entender que desde el plano jurídico es necesario que cada una de las actuaciones deban regirse conforme al sistema normativo; en la mayor parte de legislaciones se reconoce el principio de legalidad como un factor fundamental sobre todo en el ámbito del derecho público, y aún más al hablar de un Estado de derecho todos los actos que se realicen deben ser ejecutados conforme a la normativa, caso contrario los mismos podrían ser considerados inválidos o se volverían inaplicables al carecer del principio de legalidad.

Por esencia podríamos ostentar que la contratación pública como tal en todas sus etapas debería ser estricta puesto que están de por medio intereses estatales y sobre todo intereses económicos de carácter público, que va en beneficio de la colectividad, de ahí surge la estricta necesidad de exigir que se cumplan a cabalidad los principios reconocidos en la LOSNCP, con el objeto de que no exista vulneración de derechos al oferente en ninguna etapa de la contratación, sea esta su fase precontractual o contractual, es así que podemos determinar que el

principio de legalidad, es base fundamental para que exista una seguridad jurídica total en un proceso de contratación, y entender que al relacionarse con una entidad pública, también es exigir el estricto cumplimiento de mencionado principios ya que la institución no puede actuar con arbitrariedad en la toma de decisiones.

1.3.2 Principio de trato justo en el área de la contratación pública

El principio de trato justo lo debemos considerar de igual manera como uno de los principios fundamentales al referirnos a la contratación pública, puesto que se menciona que cada uno de los proveedores ya sea de bienes, obras o servicios, se le deberá permitir contratar con el Estado en las mismas condiciones que el resto de los oferentes, garantizando que no debe existir ninguna clase de privilegios, o ventajas, salvo que exista excepciones dispuestas en la LOSNCP o el COA.

Cada uno de los actores que forman parte del Sistema Nacional de Contratación Pública, deben tener presente que el trato justo es un derecho que gozan dentro de la Contratación pública, ya sea en su fase “preparatoria, precontractual, contractual o de ejecución”(2015, p. 10) con la efectiva aplicación de este derecho se intenta evitar todo tipo de actos que perjudiquen los intereses en sí del Estado, y como también actuaciones subjetivas o discrecionales que intenten ejecutar los funcionarios, esto con

el objetivo de mantener una relación “en términos transparentes, éticos y morales”(2015, p. 38), de la entidad estatal con los oferentes.

Es fundamental mencionar que este principio de trato justo lo podemos encontrar de forma referencial en la norma constitucional, como igualdad formal e igualdad material, misma que hace alusión que se debe exigir un trato justo e igualitario en cada una de las entidades del Estado, por lo que resulta necesario mantener un trato igualitario con todos los oferentes o con todos aquellos actores que formen parte de la Contratación Pública. Al dar fiel cumplimiento de este principio se intenta dejar de lado todo tipo de favoritismos y a la vez evitar que actúen con subjetividad ya sea durante la fase precontractual, contractual o en su fase de ejecución.

1.3.3 Principio de igualdad en el área de la contratación pública

Este principio es aplicado en todas las ramas del derecho, por el motivo que es relacionado el mismo como símbolo de justicia desde tiempos remotos, considerándolo así como un derecho fundamental de las personas, este principio se encuentra incluso reconocido por la norma suprema ecuatoriana en el artículo 66 numeral 4 y ya en el ámbito de la contratación pública es considerado como un principio esencial y fundamental al momento de contratar, puesto que todos los particulares

deben ser tratados por igual en cualquier etapa del procedimiento, resulta necesario ostentar que la igualdad puede ser vista desde distintos ámbitos;

- ✓ Existe una igualdad constitucional, que es reconocida por la norma suprema de un Estado y
- ✓ La igualdad ante el órgano Administrativo, que en materia de contratación estatal es la institución pública la que debe mantener esta igualdad con sus oferentes, ya que es la responsable sobre cualquier acto arbitrario e ilegítimo.

La segunda es la que se ajusta a nuestro estudio, por la razón que cuando hablamos de contratación pública, lo que nos interesa saber es que cada uno de los oferentes al estar frente a una licitación, deben ser tratados en igualdad de sus derechos, y evitar en todo momento cualquier tipo de discriminaciones o arbitrariedades, que beneficie a uno en detrimento de otro oferente. Todos estos aspectos sobre la igualdad son de suma importancia que se cumplan a cabalidad por el sistema administrativo, ya que solo así se podrá medir el índice de moralidad con el que cuente la parte administrativa al hablar de una contratación justa, transparente y eficaz en todas sus instancias, y aún más al determinar que es un principio que se encuentra reconocido en la normativa constitucional que debe ser de aplicación directa e inmediata.

Existen dos fases diferenciadas y particulares que hacen mención sobre el principio de igualdad;

La primera de ellas se caracteriza por la obligación que tiene la Administración de mantener en total igualdad los derechos y las obligaciones de cada uno de los participantes u oferentes en el caso de una licitación; este actuar fulmina de nulidad todo tipo de actividad estatal que esté ligada a cualquier tipo de favoritismos hacia uno o varios de los participantes, al igual que la consideración de las ofertas que no hayan cumplido con todos los requisitos emergentes de la documentación de la licitación.(Cassagne, 2013, p. 337)

Es así como, según este principio la administración debe descartar cualquier tipo de favoritismos, o ciertos privilegios a unos y dejar de lado a otros de manera arbitraria entorpeciendo sus derechos, ya que sería como dejar de lado lo que establece la ley, la doctrina y la jurisprudencia respecto del principio de igualdad, considerado como un derecho fundamental.

Puede determinarse que este principio, es considerado necesario y primordial dentro del procedimiento licitatorio, desde la formulación de los pliegos hasta la adjudicación misma de la licitación, ya que sobre esta igualdad de condiciones depende un contrato de éxito sin irregularidad, ni discriminación alguna, respetando cada una de las cláusulas establecidas y favoreciendo sobre todo a un desarrollo efectivo entre cada uno de los oferentes.

1.3.4 Principio de concurrencia en el área de la contratación pública

Principio necesario y primordial al hablar de contratación pública, y sobre todo en lo que se refiere al tema de licitaciones, puesto que tiene como objetivo promover que exista una gran concurrencia de oferentes capaces que pudieren ser los elegidos para la ejecución de una obra, con este principio se evita que la administración pública sea quien aplique ciertas restricciones que impida a algún oferente su acceso; es necesario hacer mención que el procedimiento de contratación pública, es un proceso de selección totalmente público, donde cualquier interesado que se encuentre en capacidad de cumplir con los requisitos exigidos puede presentar su oferta, misma que entrará a un proceso de selección, donde la oferta que resulte más conveniente y que cumpla con el requerimiento estipulado, será la seleccionada.

Cassagne respecto al principio de concurrencia manifiesta que:

El principio de concurrencia asegura a la Administración, la participación de un mayor número de oferentes, lo que permite tener un proceso de selección aún más amplio y de esta manera estar en mejor posibilidad de obtener las mejores condiciones en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes. (Cassagne, 2013, p. 330)

Como bien se ha manifestado, este principio es esencial en el ámbito de la contratación pública, visto desde dos perspectivas: Se protege por un lado los derechos de cada una de los particulares al presentar su oferta ya que; “reuniendo los requisitos establecidos por la Administración, pretendan acceder al contrato administrativo, de forma más concurrente y de esta forma se denota también una manifestación clara del principio de igualdad”(Cassagne, 2013, p. 330).

Y por otro lado es eficaz puesto que la cantidad de oferentes aumentaría por el principio de concurrencia, y facilitaría por ende a la Administración escoger la oferta más conveniente y sobre todo la que satisfaga aún más sus intereses, dando paso a una mejor administración de los fondos públicos dispuestos para el contrato.

Es necesario hacer hincapié que;

La libre posibilidad que tienen los oferentes de participar en la selección de la licitación sin coacción, tanto en lo referido al ingreso por iniciativa propia a la licitación como durante el desenvolvimiento del proceso, significa la imposibilidad para la Administración de imponer cláusulas restrictivas irrazonables, arbitrarias o artificiosas, evitando a que se susciten menores espacios de corrupción y de connivencias.(Cassagne, 2013, p. 331)

Si bien tenemos presente que el principio de libre competencia es fundamental dentro de un procedimiento licitatorio, existen ciertas excepciones que son dispuestas en la misma normativa que lo rige como es la LOSNCP, en sus artículos 62 y 63 respectivamente de la normativa.

Es fundamental tomar en consideración cada uno de los artículos mencionados anteriormente, y que constan dentro de la normativa el momento de elegir la mejor oferta en un proceso licitatorio, puesto que cada una de estas excepciones no es que vayan en contra del principio de libre competencia, sino que son excepciones para contar con un proceso transparente y eficaz.

Una vez hecho mención sobre el objetivo con el que cumple el principio de libre competencia, podemos determinar que tanto la normativa como la doctrina establecen que este principio fue creado para que exista un índice alto de ofertas, garantizando una participación concurrente de oferentes, pero a la vez establece también ciertas excepciones que deben ser tomadas en consideración por la Administración Pública el momento de seleccionar la oferta más conveniente o más idónea para cumplir con los fines institucionales dispuestos.

1.3.5 Principio de transparencia en el área de la contratación pública

Es un principio que, por su gran importancia y aporte dentro de la legislación ecuatoriana, se encuentra establecido en la norma constitucional del Ecuador, pero también se encuentra inmerso dentro de la LOSNCP, ya que es considerado como un principio trascendental dentro de la actividad de la Administración Pública, y por ende es necesario tomar en consideración que la transparencia dentro de la actividad administrativa no es únicamente para garantizar la misma, sino también para que cada uno de los procedimientos de dicha contratación estatal se rijan bajo los valores de ética y sobre todo con absoluta moralidad, tratando de ser llevados de forma imparcial sin favorecer a uno en perjuicio de otro.

Es un principio creado también con el objetivo de tratar de erradicar todo tipo de corrupción existente dentro de la Administración Pública, ya que llevar con total transparencia cada uno de sus procesos es la meta planteada según la normativa vigente; actualmente en los procesos de contratación pública la utilización de medios tecnológicos han tenido un gran auge, como ya se ha mencionado en líneas anteriores se creó el portal de compras públicas, un portal donde se publica tanto la documentación para la contratación, como la calificación de cada una de las ofertas, con esto se intenta a nivel administrativo que exista de cierto modo transparencia en cada una de las actividades administrativas, y todo esto

relacionado con el principio de publicidad ya que mediante la circulación de la información se permite dar a conocer a los ciudadanos las actividades de interés dentro de la contratación pública.

Resulta necesario culminar mencionando que este principio al ser considerado elemental dentro de la contratación pública va ligado y exige el cumplimiento estricto y necesario de varios principios como es el de “legalidad, moralidad, publicidad, participación real y efectiva, responsabilidad y control” (Soria Galarza, 2011, p. 26), Dado que si existe total transparencia dentro de cada uno de los procedimientos de contratación pública, se está dando esa fiabilidad a cada uno de los oferentes que han sido parte del procedimiento licitatorio.

Con cada uno de los principios antes descritos y analizados, podemos hacer énfasis y manifestar que, si estos son aplicados por parte de la entidad contratante el momento de adjudicar a un oferente, podríamos indicar que existe una contratación eficaz y eficiente en el área de contratación, puesto que cada uno de ellos cumple una función importante y necesaria en el análisis de las ofertas, tratando de evitar todo tipo de actos arbitrarios e ilegítimos.

1.4 ¿QUÉ ES LA LICITACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA?

La licitación “desde la perspectiva jurídica administrativa, tiene el propósito de determinar al co-contratante financiera, técnica y moralmente idóneo de la administración pública, en razón del precio y condiciones que ofrece su propuesta en respuesta a una convocatoria” (Fernández Ruiz, 2015, p. 78). En consecuencia, es un proceso por el cual el oferente o en términos de Fernández Ruiz el co-contratante debe cumplir con requisitos previstos por la administración pública para ser adjudicados como tal, luego de ser analizadas las ofertas y elegir la oferta más favorable y conveniente respecto del interés colectivo.

Es conocida también la licitación como un proceso dentro de la administración de carácter participativo o de competencia, que tiene como fin establecer ciertos tipos de lineamientos, y son aplicados para “contratar la adquisición de bienes o servicios no normalizados, ejecución de obras y en los casos que es imposible aplicar los procedimientos dinámicos”(Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación pública, 2018, p. 28) ;es necesario conocer dentro de este tipo de procedimiento su correcto manejo, ya que el desconocimiento del mismo puede generar ciertos inconvenientes tanto a los interesados como a la entidad que contrata; el tema de la responsabilidad profesional de los contratistas, es sumamente importante dentro del marco jurídico administrativo, ya que este podría tener como

consecuencia un daño, en el caso que no sean acatados los lineamientos planteados (Rincón, Mora, 2017).

Uno de los principales lineamientos con los que debe cumplir la licitación, dentro un proceso precontractual es escoger la oferta que resulte más conveniente para la entidad pública y para la colectividad, teniendo claro que no debe ser considerada la adjudicación desde un criterio subjetivo estatal, sino debería ser considerada la mejor oferta, pero a partir de un criterio objetivo, respetando ciertos principios reconocidos en la normativa como el de transparencia, igualdad, y sobre todo el de legalidad, tanto de la entidad estatal como la del oferente, ya que si bien se debe precautelar los intereses estatales, pero también debe existir un debido cumplimiento de cada una de las fases precontractuales y contractuales, ya que el Estado tiene responsabilidad por las acciones u omisiones de sus servidores o funcionarios públicos.

Manifiesta la doctrina que todo contrato que vaya a sujetarse a un procedimiento de licitación no podrá celebrarse mientras no exista pleno cumplimiento de cada uno de los requisitos, pese a estar en una fase precedente, debe darse un estricto cumplimiento de cada uno de los lineamientos requeridos, y esto es lo que le diferencia a la licitación del sinnúmero de procedimientos que existen dentro de la contratación pública.

La justicia y sobre todo la equidad dentro del procedimiento licitatorio son piezas claves dentro de la administración pública, por la circunstancia que al respetarse estos dos principios al momento del procedimiento de selección al oferente, es asegurar una selección o adjudicación justa y legal, donde los requisitos hayan sido cumplidos a cabalidad y como los lineamientos lo hayan estipulado, ya que se encuentra “sujeta a un régimen de derecho público”(Fernández Ruiz, 2015, p. 79), en el que se trata de omitir todo acto de corrupción, es la base de la licitación y el motivo por el cual ha tenido un gran avance en varias legislaciones, sobre todo en los estados considerados de derechos y justicia.

1.5 FIN QUE PERSIGUE LA LICITACIÓN

La licitación en el régimen jurídico ecuatoriano es entendida como aquel proceso de libre acceso, su propósito es sobre todo respetar o aplicar el principio de libre concurrencia en el que todas las personas que estén en capacidad puedan acceder al mismo, cumpliendo con todos los lineamientos y condiciones establecidas en el pliego; al aplicar este principio de concurrencia, se permite a la vez a la administración estatal que determine cuál será la mejor oferta en cuanto a la calidad, al financiamiento dispuesto, el precio, y como también la parte técnica es importante en la toma de decisiones, considerando que una actuación

arbitraria acarrearía consecuencias negativas para la institución administrativa.

El principio de libre concurrencia como lo mencionamos anteriormente dentro del procedimiento licitatorio es imprescindible porque tiene como fin garantizar que cada una de las personas que estén en capacidad puedan participar como oferentes, y presenten sus ofertas dentro de los plazos comprendidos para facilitar de cierta forma a la Administración Pública determinar cuál es el mejor oferente que reúne los requisitos exigidos, tomando en cuenta que no solo se debe enfocar o dar importancia al mejor precio, sino también es indispensable elegir a la oferta idónea en cuanto a la parte técnica ya que esta en un futuro puede verse afectada en el caso de obras públicas que no utilicen materiales de buena calidad, generando a la larga mayores gastos para la Administración Pública.

1.6 LA ADJUDICACIÓN COMO ACTO ADMINISTRATIVO

La adjudicación como un acto administrativo dentro de un procedimiento licitatorio, es considerado como “la manifestación unilateral de voluntad de la administración, aquella que permite establecer bajo criterios objetivos, aquella oferta que mejor responda a las necesidades manifestadas en el pliego de condiciones”(Puentes Araujo, 2019, p. 63), no forma parte de una

celebración de un contrato puesto que en esta fase solo existe la manifestación unilateral de voluntades.

Al hablar de una manifestación unilateral debemos tener presente que es la máxima autoridad quien procede a seleccionar la oferta más óptima según los requerimientos estipulados en el pliego, misma que mediante un acto administrativo expresa por cuestiones de hecho y de derecho el porqué de la toma de su decisión, a esta fase se le denomina como adjudicación. Dicho acto administrativo de adjudicación es un “acto precontractual que lleva in situ la obligación del contratante de perfeccionar con el oferente elegido el respectivo contrato”(Puentes Araujo, 2019, p. 64), pese a que no forma parte de la celebración de un contrato pero es “presupuesto sine qua non”(Puentes Araujo, 2019, p. 64) para la posterior celebración del mismo, ya que crea tanto deberes como obligaciones entre el adjudicatario y la administración.

1.7 LA ADJUDICACIÓN COMO FASE FINAL DE LA ETAPA PRECONTRACTUAL

Es importante determinar que dentro de la fase precontractual de una licitación se encuentran ciertas etapas según la LOSNCP, en el artículo 49 manifiesta que “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”(Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación pública, 2018, p. 28), es así que dentro de nuestra etapa de interés o análisis es la fase final de la etapa precontractual como es el acto de adjudicación, un acto administrativo que sin duda es fundamental para una posterior celebración de un contrato.

Dicho esto, podemos hacer mención que la adjudicación al ser parte de la etapa precontractual de contratación, juega un rol fundamental dentro de las funciones de la entidad contratante, esta debe ser manejada con ética y total transparencia. Es en esta etapa donde la entidad contratante debe aplicar cada uno de los principios establecidos en el artículo 4 de la LOSNCP anteriormente analizados, esto para dar cumplimiento o ejecutar una correcta celebración del contrato, donde la selección de la oferta sea objetiva en beneficio del desarrollo del ente estatal (Vega & Cárdenas, 2019).

Como se mencionó en líneas anteriores la adjudicación es una etapa fundamental e importante tanto para la entidad contratante como para los oferentes, ya que no se debería valorar únicamente lo que se estipula en los pliegos, sino también se debería analizar cada una de las exigencias respecto de sus necesidades, para ello existen dos tipos de criterios de adjudicación, como son los objetivos y subjetivos; el primero se enfoca

básicamente en evaluar la oferta en base a fórmulas o porcentajes como es el precio, mientras que el subjetivo se enfoca en una apreciación o valoración subjetiva del técnico en base a las necesidades y exigencias de la entidad contratante.

La resolución de adjudicación de la entidad contratante, como ya se mencionó es un acto administrativo, que otorga cada uno de los derechos y sobre todo obligaciones al oferente que ha sido seleccionado en el procedimiento de licitación, surge de este modo una declaratoria unilateral de voluntades, puesto que únicamente es la máxima autoridad de la entidad que contrata la que define esta adjudicación, en base a la oferta que resulte más conveniente e idónea para la contratación y sobre todo para los intereses institucionales.

Lo mencionado se encuentra estipulado en la LOSNCP en el artículo 6 en el que define a la adjudicación como un “acto administrativo por el cual la máxima autoridad o el órgano competente otorga derechos y obligaciones de manera directa al oferente seleccionado, surte efecto a partir de su notificación, será impugnabile a través de los procedimientos establecidos en esta Ley” (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación pública, 2018, pp. 5-6).

Resulta pertinente detallar que la fase de adjudicación, es la fase con la que culmina la etapa precontractual del procedimiento de licitación, una etapa que si bien no existe un vínculo contractual de por medio es fundamental y necesario para una posterior celebración del contrato, puesto que si una de sus exigencias no fue cumplida o acatada, esta puede tener consecuencias negativas para la institución o ente encargado de contratar, ya que sus irregularidades se verán expuestas posterior al proceso de adjudicación, tal como la ley dispone que “el Estado es responsable por los daños a consecuencia de la falta o deficiencia en la prestación de servicios públicos o las acciones u omisiones de los servidores públicos”(Código Orgánico Administrativo, 2017, p. 4).

Considero que es una etapa significativa dentro de un procedimiento licitatorio, donde la decisión tomada por la máxima autoridad deberá ser basada en criterios objetivos y sin el ánimo de perjudicar a ninguno de los oferentes, ya que una decisión arbitraria acarrea consecuencias negativas no solo para el oferente que puede ser relegado, sino para la institución administrativa.

CAPÍTULO II

2.1 LA RESPONSABILIDAD

El concepto de responsabilidad, actualmente podría variar conforme señalan algunos doctrinarios, y sobre todo tomando en cuenta el ámbito en que este puede ser estudiado, puesto que dentro del área de derecho consideran que es preferible referirse a la teoría del daño, mas no a la responsabilidad en sí, pero las nuevas teorías al hacer mención sobre la responsabilidad civil, es plantearse el punto resarcitorio de un daño, y más aún cuando ya se sabe que existe de por medio un sujeto pasivo; (Gherzi Carlos, 1992, como se citó en (Díaz Barriga, 2000), es imprescindible tener presente que la responsabilidad puede traer consecuencias negativas ante un sujeto siempre que este haya cometido una conducta reprobable, es decir no permitida por el Estado, es ahí cuando relativamente se hace uso de la norma como tal, generando responsabilidad ineludible sobre un sujeto sobre quien recae la idea de reparación del daño.

Resulta difícil fijar un solo concepto de responsabilidad, ya que la manifestación en sí de la actividad del ser humano, trae consigo responsabilidad, y está ligada a la definición de personalidad, puesto que como resultado de la conducta no se puede hablar de una sanción ni de una indemnización si no hay un sujeto pasivo sobre quien recaiga la

obligación de cumplir con la indemnización. Este argumento relacionado con lo que manifiesta sobre la responsabilidad Kelsen en su obra la teoría pura del derecho, “un individuo se encuentra jurídicamente obligado a determinada conducta cuando su conducta contraria a la norma es condición de un acto coactivo/ sanción”(Fernández Fernández, 2014, p. 99), es así que mientras no exista esa sanción o no sea considerada la conducta contraria a la norma no podemos hablar ni si quiera de una responsabilidad jurídica.

Al ser el tema administrativo de nuestro interés, es preciso establecer dentro de la responsabilidad que tiene el Estado, la competencia y el ejercicio de cada una de sus funciones para poder fijar el concepto de responsabilidad estatal; es así que la competencia, se designa a aquel “conjunto de actividades que el órgano puede legítimamente realizar”(Gordillo, 2013, p. 169), dentro de cada una de las funciones que es atribuida a los órganos legítimos del estado.

Mientras que el ejercicio como tal de la función administrativa, descende de “que se delega al órgano una parte de lo que es la función administrativa”(Gordillo, 2013, p. 169); determinando así que la competencia son aquellas limitaciones que tienen cada uno de los funcionarios públicos, mismas que se encuentran debidamente expresas en el ordenamiento jurídico, y por ende esta limitación va de la mano con

la legalidad del ejercicio de la función. “El ejercicio de la función solo será legítimo cuando lo realice en su competencia”(Gordillo, 2013, p. 169).

Tomando como referencia lo mencionado por el autor Alf Ross, establece que lo más importante dentro del derecho es determinar quién será el responsable del daño para que cumpla con la obligación de resarcir el mismo, puesto que lo esencial dentro de la teoría del derecho es determinar a ese sujeto sobre el que recaerá la responsabilidad dentro del ámbito jurídico o ante los tribunales quien debe asumir su condena, y esto es lo que realmente le interesa o es lo trascendental en la vía jurídica; en el análisis y resolución de los tribunales es donde se puede llegar a consolidar “el estado de derecho y la salud de sus instituciones, considerándose una norma eficaz y un tribunal eficiente”(Fernández Fernández, 2014, p. 107).

La responsabilidad como tal es creada en el derecho para responder ante todo daño que es causado en el patrimonio pudiendo ser este moral o económico; establecer la responsabilidad es un punto importante al momento de resarcir el daño causado, pero sobre todo es sustancial que se analice cada caso, puesto que el grado de culpabilidad varía según los factores que inciden para el cometimiento de dicha conducta.

2.2 EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

La responsabilidad extracontractual ha tenido grandes avances en el Estado ecuatoriano, mismos que son oportunos tomarlos en consideración, ya que su evolución y cambio denotan aspectos significativos para la administración pública.

Es así que remontándonos al año 1946 en la Constitución del Ecuador, en los artículos 160 y 178 indicaba que, cualquier autoridad que se encuentre ejerciendo sus funciones, y a consecuencia de ello viole algún derecho constitucional legalmente reconocido, acaecería responsabilidad por cada uno de los daños o perjuicios que podrían causar debiendo reparar con sus propios bienes; mientras que, en la constitución del año 1967 se establecía que al estar frente a la vulneración de un derecho de una persona particular, se tiene que indemnizar por cada uno de los daños ocasionados ya sea a sus bienes o derechos, dando lugar de cierto modo a la teoría objetiva de la responsabilidad extracontractual del Estado, ya que únicamente se debía comprobar que perjuicio se causó y quien lo causó, no hacía falta otra prueba en mención (Lucía & Andrés, 2017).

Mientras que en el año de 1998 en la norma suprema ecuatoriana, se hace hincapié a la teoría subjetiva de la responsabilidad, determinando que,

en el caso de existir deficiencia en la prestación de algún servicio público era tarea del administrado demostrar la misma; pero ya en la norma suprema emitida en el año 2008 en el artículo 11 numeral 9, expresa claramente que el mayor compromiso que tiene el Estado como tal es el de hacer respetar los derechos constitucionales, y en el caso de no cumplir con lo dispuesto, se verá obligado a la reparación de los derechos, viéndose legalmente el Estado obligado de reparar el daño causado.

Así mismo en el Código Orgánico Administrativo vigente, en adelante COA establece como tal a la responsabilidad extracontractual en su artículo 330 que; “las instituciones del sector público, responderán por el daño debidamente calificado proveniente de sus actuaciones u omisiones, incluso cuando estas sean lícitas”(Código Orgánico Administrativo, 2017, p. 69), es así que actualmente en el ámbito administrativo, no se vuelve una exigencia únicamente que exista un vínculo contractual para que el Estado pueda responder por los daños causados, sino también es responsable inclusive cuando no existe relación contractual ya que por encontrarse dentro de sus funciones, es responsable por el daño siendo este debidamente calificado.

2.3 Generalidades de la Responsabilidad Extracontractual

Es indispensable definir el término responsabilidad extracontractual, para poder abordar temas específicos dentro del mismo, puntualmente en el área de la contratación pública; este tipo de responsabilidad a tenido grandes avances en la sociedad moderna y sobre todo en el Ecuador al ser considerado como un Estado constitucional de derechos y justicia y contar con un sistema jurídico estructurado, donde el Estado al realizar ciertas acciones u omisiones que causen daño al administrado - oferente debe ser estrictamente reparado, acorde al daño que ha ocasionado pese a no estar vinculados por la celebración de algún tipo de contrato.

La responsabilidad extracontractual hace alusión como su término lo indica a aquella responsabilidad que se muestra ajena o es contraria a la obligación contractual, es decir en esta fase no existe aún un vínculo de contrato, pero el hecho de realizar un acto que ocasiona un daño este puede ser resarcido según lo determine la ley tomando en consideración que puede darse la violación de un derecho o existe una actuación ilegal o arbitraria del ente público al referirnos específicamente a la responsabilidad extracontractual del Estado (Martínez Morales, 2017).

Al hablar de responsabilidad contractual o extracontractual existen ciertas diferencias, pero según la doctrina estas se encuentran básicamente unificadas, y lo que debe prevalecer en sí es el acto del daño, ya que no puede existir responsabilidad contractual ni extracontractual sin

haberse probado el daño. Es importante mencionar que el término responsabilidad va de la mano con la definición de obligación, por el motivo que, “quien es responsable, en sentido jurídico tiene una obligación a su cargo”(Ibarra Barriga, 2017, p. 118), y esa obligación es de responder por el daño ocasionado; por ende el solo hecho de asumir una obligación patrimonial o económica, a consecuencia de un acto que ha ocasionado un daño, sea este por la acción o por la omisión de una de las actividades de la administración estatal, da lugar a lo que conocemos por responsabilidad extracontractual del Estado (Lucía & Andrés, 2017).

(Obdulio Velásquez Posada, 2015, como se citó en (Ibarra Barriga, 2017), se acoge al derecho de responsabilidad manifestando que:

debido a que el fenómeno de reparación de un daño cubre todas las áreas del derecho, por lo tanto, no hay diferencias sustanciales entre la responsabilidad civil extracontractual y la puramente contractual. Por el lado de la responsabilidad estatal, si bien goza de un régimen, jurisdicción y principios propios, su naturaleza versa sobre el mismo problema jurídico; esto es, la **obligación de reparar un daño antijurídico imputable** (2017, p. 118).

Es así que en el ámbito jurídico el solo hecho de verse obligado a reparar un daño que ha sido ocasionado es ser responsable, y por ende acaece el derecho de responsabilidad; de tal manera que al referirnos a la responsabilidad extracontractual del Estado, es referirnos a la obligación

que tiene el Estado de reparar un daño, que ha causado al administrado, pese a no existir una relación/ vínculo contractual, pero teniendo como “fundamento el principio que prescribe que nadie puede causar daño a otro y que una persona es responsable cuando queda obligada a reparar el daño sufrido a otra”(Ibarra Barriga, 2017, p. 118).

Son varias las teorías respecto al concepto y la obligación de reparar el daño cuando existe responsabilidad extracontractual del Estado, pero existe una tensión en lo que refiere a la búsqueda de la justicia por parte de cada uno de los administrados y el desarrollo estrictamente jurisprudencial, ya que existe una total dejadez por parte del Estado en tratar de regular este tema, puesto que es como juzgarse relativamente ellos mismos, entonces como podríamos luchar contra este tipo de circunstancias, que claro está que afecta a los administrados mas no a los administradores, es el motivo por el que muchas de las veces se deja en total abandono este tipo de responsabilidades, pese a que se prueba el daño ocasionado de parte de los administradores, pero por tratarse de juicios contra el Estado los oferentes optan por limitarse en su defensa, asumiendo que la resolución será en su contra.

Las acciones en el ámbito contencioso administrativo, son mecanismos necesarios e indispensables para poder evitar todo tipo de actos arbitrarios y sobre todo para mantener un control judicial interno, con el fin de

encontrar una justicia esperada y anhelada por cada uno de los administrados, previniendo todo tipo de lesión de derechos.

La responsabilidad extracontractual como ya lo hemos manifestado, no surge de la violación de un vínculo jurídico entre dos o más personas, sino surge de la violación de un deber considerado general, es decir la violación de una norma que es regla general para todos, ya que el simple hecho de lesionar la norma/el bien jurídico de otra persona, obliga a la persona quien ocasiona dicha lesión que cumpla con el resarcimiento del daño, mismo que vendría a ser considerado el objeto primario en la figura jurídica de la obligación. Cabe destacar que dentro del ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado se deriva la responsabilidad objetiva y la subjetiva, mismas que serán detalladas a continuación.

2.3.1 Responsabilidad objetiva

La responsabilidad objetiva como tal no mantiene un solo argumento o principio que vaya a ser justificado en el mundo del derecho, sino mantiene un conjunto de diferentes criterios en los que, al combinarse garantizan un reconocimiento tanto legal como jurisprudencial evidente en este tipo de responsabilidad. Es así que desde el punto de vista doctrinario se determina que:

la responsabilidad objetiva debe ser el régimen de responsabilidad adecuado para actividades en las que existe una cierta probabilidad de causar daños considerables a pesar de haberse observado las medidas de cuidado razonablemente exigibles.(Basozabal Arrue, 2015, p. 59)

En la responsabilidad objetiva cualquier acto que genere un riesgo para un tercer sujeto, trae consigo una responsabilidad objetiva, conocida también como aquella “responsabilidad por riesgo creado”(Fernández Fernández, 2014, p. 97); puesto que no es necesario el análisis de la conducta e identificar el grado de culpa del denominado causante, sino que el solo hecho de estar inmerso dentro del “supuesto de riesgo, es responsable y se tiene que reparar el daño generado, y en su caso los perjuicios causados”(Fernández Fernández, 2014, p. 97).

Existe un análisis económico en el que se ostenta que la responsabilidad objetiva juega un papel muy significativo en lo que refiere al tema de prevención, no por el hecho de aplicar una responsabilidad por culpa, sino más bien por hacer frente a la realidad en la que tiene que resarcir los daños ocasionados por la actividad objetivamente negligente (Basozabal Arrue, 2015). Podemos establecer dos tipos de responsabilidad dentro de este tema, como es la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva; si bien estas dos tienen ciertas aproximaciones desde el momento “en que la culpa se valora de manera objetiva, comparando la acción que tuvo lugar y la que hubiese sido conforme a la diligencia exigible; y además sus esferas

se aproximan muy significativamente cuando se elevan los estándares de diligencia”(Basozabal Arrue, 2015, p. 52).

La responsabilidad objetiva es la responsabilidad que recae sobre el Estado “por las acciones u omisiones de sus funcionarios públicos que hubieren ocasionado un daño o perjuicio ilegítimo a un particular, demostrando la existencia del daño y el vínculo de causalidad, entre el perjuicio ocasionado y la acción del Estado”(Cumbicus Soto & Oramas Salcedo, 2019, p. 7).

De esta forma, podemos determinar que en un juicio establecer responsabilidad objetiva es una de las mayores ventajas que se adquiere en cuanto a la reparación del daño, ya que no realiza un estudio sobre la culpa del acto, únicamente se enfoca en el resultado, esto puede favorecer en sistemas jurídicos con poca trascendencia, ya que no existe un análisis ampliado para establecer la responsabilidad como tal, en base a la verificación de la culpa sino el simple hecho de existir daño, se considera que estos deben ser reparados o indemnizados conforme a los daños y perjuicios causados.

2.3.2 Responsabilidad subjetiva

La teoría de la responsabilidad subjetiva según la doctrina, menciona que puede generarse responsabilidad extracontractual, con la existencia de tres elementos como es; el daño ocasionado, culpabilidad, y la antijuridicidad debidamente;

(...) bajo esta luz, ante una conducta ilícita extracontractual, el intérprete deberá determinar la existencia de un daño y de su causa, establecer si ese daño es antijurídico y si lo es, realizar su imputación a un sujeto determinado en razón de su culpabilidad. (Centro de información jurídica en línea, 2007, p. 2)

Este tipo de responsabilidad, es conocida también como responsabilidad por culpa, y puede darse de dos formas como es, directa o a la vez de manera indirecta:

La responsabilidad subjetiva directa es conocida también como hecho propio, ya que la propia conducta que tuvo el sujeto, es la que le obliga a resarcir lo ocasionado por su conducta; mientras que la responsabilidad subjetiva indirecta, o conocida por “hecho ajeno, el sujeto realizó la actuación que ocasionó el daño no es el mismo a quien responsabiliza”(Centro de información jurídica en línea, 2007, p. 5)

Como ya se manifestó el factor principal que debe incurrir para establecer responsabilidad subjetiva sobre el autor de la conducta es la

culpa, por lo que resulta ineludible analizar con mucha cautela tanto la acción como la omisión del sujeto para poder determinar si existe o no responsabilidad y poder establecer el grado de culpa. Como su mismo término subjetivo lo refiere, “lo subjetivo pertenece a lo inconsciente del ser humano, es decir la voluntad para actuar es una parte demasiado personal como para determinar la intención”(Fernández, 2017, p. 177), es así que resulta complicado poder determinar cuando existe una responsabilidad subjetiva, sus fundamentos pueden resultar complejos y poco aceptables.

Este tipo de responsabilidad es sin duda muy amplia ya que su “campo de actuación se enfoca sobre todo en el daño moral, y es ahí donde la culpa tiene un componente importante para su conformación”(Fernández, 2017, p. 182), es por tal motivo que en los tribunales estos casos de daño moral, resultan ser complejos de resolverlos, ya que al ser subjetivos por naturaleza propia “carecen de parámetros de valoración del daño, así como los litigantes no tienen conocimientos suficientes para establecer relación conducta-daño y daño-indemnización, para estas situaciones se debería contar con un cálculo de daños y perjuicios en razón del daño moral causado”(Fernández, 2017, p. 182), esto beneficiaría a los juristas, para contar con una base estrictamente sólida, en el que mediante estos cálculos podrían contemplar un resarcimiento al daño moral, misma que puede ser monetaria.

2.4 ELEMENTOS SEGÚN LA DOCTRINA PARA QUE SE CONFIGURE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

Es así como al existir diversos tipos de responsabilidad, el Estado se encuentra en la obligación de reparar el daño o perjuicio ocasionado a sus administrados u oferentes en el caso de la contratación pública, pero para ello según ciertos doctrinarios mencionan que es necesario que exista la concurrencia de ciertos elementos para que se configure la responsabilidad extracontractual como son; daño, culpa, nexo causal;

2.4.1 Daño en la responsabilidad

Es entendido como todo quebranto o perjuicio que la víctima sufre, dicha afectación puede ser de carácter patrimonial o a su vez de carácter personal. Según la Corte Suprema de Justicia de Colombia, advierte que el daño para ser comprobado como tal, debe ser exclusivamente demostrado por la víctima, y por ende debe existir el nexo de causalidad del hecho y el daño, en el caso de no ser comprobado son los jueces los encargados de negar y hacer justicia entorpeciendo la pretensión que pudiese ser causa de una responsabilidad contractual o extracontractual del estado (Sarmiento, Medinas, Plazas, 2017).

El autor (Martínez Rave, 2003, como se citó en (Wilches Bornacelli, 2016) manifiesta que:

(...) se entiende por daño a aquellos actos que afectan el patrimonio económico de las personas, los que modifican la situación pecuniaria del perjudicado. Por eso se conocen también como perjuicios patrimoniales, en oposición a los perjuicios morales que afectan los aspectos emocionales, psicológicos, o afectivos de la persona. (2016, p. 103)

Así como la mayor parte de autores definen al daño como aquella lesión que causa directamente perjuicios a otra persona y a la vez es antijurídico, es pertinente definir también sobre aquellas teorías que se refieren sobre aquellos daños considerados como lícitos y los que se dan de manera muy consecutiva en la actualidad, ya que desde la perspectiva legal no son antijurídicos, de ahí surge la idea de que no solo un acto ilícito debe ser indemnizado sino también un daño considerado lícito puesto que no solo se debe hablar de responsabilidad cuando se ha transgredido la norma, sino el sistema judicial debe enfocarse aún más en compensar a aquel sujeto que ha sufrido un daño que evidentemente es justo y lícito (Muñoz, 2016).

Cabe tomar en consideración lo que pone de manifiesto el COA, en su artículo 334 inciso segundo, ya que de manera clara puntualiza que, “la responsabilidad extracontractual del estado no se generará cuando los

daños han sido derivados de hechos o circunstancias, que no se hubieren podido prever” (Código Orgánico Administrativo, 2017, p. 69), como es el caso de una fuerza mayor o un caso fortuito, en estas circunstancias el Estado no tiene responsabilidad alguna, pero si se da el caso que se ha producido un daño, violando ciertos derechos de tal manera que deberán ser reparados, de acuerdo a la acción u omisión cometida por parte de la administración estatal.

Existen ciertos tipos de daño, que es necesario analizarlos, puesto que cuando existe responsabilidad extracontractual, puede verse inmersa dentro de uno de ellos;

i. Daño emergente

Es entendido como aquel daño que sufre la víctima, por todos aquellos gastos que se obtuvieron mediante un hecho acontecido, es decir “la suma de dinero, bienes y servicios, apreciables en el mismo que tuvieron que salir del patrimonio de alguien por causa del perjuicio causado”(Sarmiento, Medinas, Plazas, 2017, p. 9). Sufriendo una baja total respecto de la situación económica del individuo, pese a que estos pueden ser reparados pecuniariamente.

ii. Lucro cesante

Existe lucro cesante cuando una persona pese a ser afectada por el daño causado, se afecta también a aquellos ingresos que se pudieron haber obtenido en el transcurso de los días, y debido a este daño no podrá ingresar o aumentar el patrimonio en este caso de la víctima, podemos decir también que de una u otra manera se genera una “frustración de enriquecimiento al individuo” (Prócel, 2011, p. 43).

2.4.2 Culpa en la responsabilidad

La culpa es un elemento necesario según algunos doctrinarios para determinar la responsabilidad, puesto que no solo hace falta determinar el daño causado, sino también es necesario probar si este daño ha sido causado por culpa o dolo, debiendo haberse probado así la relación necesaria de causalidad es decir la acción realizada con la consecuencia que ha sido generada. Este término es empleado para asociar a una conducta que ha sido contraria a lo que dispone el derecho, siendo utilizada tanto en la figura de la responsabilidad contractual como en la extracontractual, ya que únicamente es la culpa el término adecuado para referirse a toda aquella conducta que es considerada reprochable para la sociedad.

La definición o extensión que varios autores le dan al término culpa, sin duda alguna en ocasiones es reprobable, puesto que relacionan con la ideología de que puede existir un daño pero sin culpa o un acto dañoso donde realmente hubo culpa de por medio, es necesario efectuar un “juicio de valor en el que al realizar una apreciación *in abstracto*, se utilizará exclusivamente para establecer la culpa, y la apreciación *in concreto* sirve para determinar el dolo”(Mantilla Espinosa & Ternera Barrios, 2004, p. 58).

Si bien es cierto que tanto el dolo como la culpa son elementos que forman parte de un juicio de valor, estos requieren de un examen netamente subjetivo, donde se analice el comportamiento del sujeto, con el fin de determinar cuál fue la intención que se tuvo para causar dicho daño, y a esta teoría se suma un segundo supuesto que es comprobar la negligencia, la impericia, y la imprudencia; esta ideología fue adoptada y aplicada en el siglo XIX, pero ya en el siglo XX no se realiza ningún juicio de valor por parte de los jueces, ya que es una teoría que abarca grandes críticas actualmente por doctrinarios, manifestando que al mantener una teoría general sobre la responsabilidad que va de la mano con contenido moral, trae consigo ciertas contradicciones como es, sostener una teoría de existencia de culpa por el solo hecho de aplicar la indemnización de perjuicios excluyendo juicios de valor de comportamiento, es básicamente ocultar todo tipo de regímenes netamente objetivos en lo que concierne a la responsabilidad.

El autor Schipani, manifiesta en su doctrina que los juicios de valor son esenciales el momento de determinar la culpa de una conducta, ya que el término culpa en derecho conlleva una calificación de la misma, un juicio de valor “conserva una unidad con la voz culpae, que significa en unos casos inculpar, en otros reprochar” (San Martín Neira, 2018, p. 557).

En el pensamiento tradicional, según (Bacache Gibelli, 2007, como se citó en (San Martín Neira, 2018, p. 563) determina que existieron también dos tipos de culpa, como es la objetiva y la subjetiva, la primera consiste en aquella violación únicamente de un deber u obligación existente, mientras que la segunda, es para referirse a aquellas aptitudes que mantiene el autor el momento de realizar dicho acto y por ende con el discernimiento de sus consecuencias.

Existen referencias doctrinarias sumamente importantes en las que hacen un análisis mencionando que “sistemas jurídicos como el de Francia e Italia, han intentado establecer un tipo de culpa objetiva, para darle mayor certidumbre a la responsabilidad derivada de una conducta culposa, pero resulta muy aventurado dotar a la culpa de un sentido objetivo” (Fernández, 2017, p. 179), ya que el principal elemento para establecer culpa es el psicológico, entonces por naturaleza propia es subjetiva, pero “el Estado ha tratado de tipificar el mayor número de conductas irresponsables e

ilícitas para tener una sanción directa sin considerar la parte psicológica”(Fernández, 2017, p. 180).

Una vez hecho mención sobre varias teorías respecto del término culpa, podríamos definir que para cada uno de los doctrinarios tiene un valor diferente según su pensamiento, puesto que unos consideran que es necesario determinar la culpa para establecer responsabilidad, mientras que otros no consideran que es la base de la responsabilidad, ya que “junto a la teoría subjetiva o por culpa, encontramos la teoría objetiva o sin culpa”(Díaz Barriga, 2000, p. 25), pero para definir la culpa en derecho es necesario enfocarnos en lo que manifiesta la norma como tal, en base a un análisis de los hechos causados ya que lo que interesa al Estado es tipificar como tal una conducta ya sea en una ley o en un reglamento, sin tomar en consideración la intención, dándole un sentido totalmente objetivo.

2.4.3 Nexo causal

El nexo causal es el elemento necesario e indispensable que debe existir entre la causa y el efecto de dicho acto, mencionado de otra manera debe existir esa relación entre el hecho que genera el daño y el daño que se probará con posterioridad (Pastrana Santiago, 2018). El nacimiento o existencia en sí de la relación llamada de causalidad, es constituida actualmente como una exigencia necesaria para dar lugar al nacimiento de

la responsabilidad como tal, caso contrario si lo que pretendemos es llegar a una solución indemnizatoria, no lo lograremos sino contamos con este nexo causal debidamente probado entre la administración pública como tal y el daño.

En lo que refiere a la administración pública, el llamado nexo causal, es aquel que nace de aquella conducta de la administración estatal, o de la omisión de esta mediante sus administradores considerándose así, como una figura directa en la que se puede consumir el daño en lo que se refiere a responsabilidad netamente objetiva. Según el COA, en el artículo 335 pone de manifiesto que “El nexo causal entre el daño calificado y la acción u omisión de la administración pública o el hecho dañoso que violente el derecho se fundamentará en hechos probados”(Código Orgánico Administrativo, 2017, p. 69).

De esta forma podemos indicar que el nexo causal es parte de uno de los elementos indispensables y fundamentales para determinar la responsabilidad extracontractual del Estado, ya que solo probando estos hechos y verificado la existencia del daño se podrá determinar la obligación que tiene el Estado de reparar el daño, y dando paso por ende a un análisis de la etapa indemnizatoria.

El fallo expedido dentro de un recurso de casación indica que es fundamental encontrar “el nexo causal que una el daño sufrido por la víctima con un hecho imputable al demandado” (Corte Nacional de Justicia, 2013, p. 5), puesto que es obligatorio para el sistema judicial delimitar que daño va ser atribuido al demandado, para que este responda jurídicamente, ya que lo esencial en derecho es tratar de fundamentar la obligación, para cumplir con el resarcimiento al daño causado caso contrario no se puede obligar al demandado que cumpla con la indemnización, mientras no exista un fundamento jurídico que ampare el mismo.

Dentro de la resolución No. 324 del año 2013, en la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, menciona en su argumento claramente que existen dos elementos necesarios e indispensables para verificar la existencia de responsabilidad ya sea de acción u omisión estatal, como es el nexo causal y la imputación, estos son necesarios para comprobar la causa misma del daño, solo sí se podría atribuir responsabilidad por acción u omisión al Estado como tal; pero el problema radica para los juristas el momento de determinar cuáles serán las condiciones por las que “puede ser atribuido jurídicamente el daño al demandado, ya que al derecho lo que interesa es el nexo causal, en la medida que sirve para fundamentar una obligación de resarcimiento a cargo del demandado”(Corte Nacional de Justicia, 2013, p. 5), esto resulta importante ya que para que exista de por medio una indemnización o el sujeto demandado se vea responsable de dicha obligación, el daño debe ser necesariamente atribuido al mismo.

El nexo de causalidad es sin duda una figura trascendental en lo que se refiere al tema de la responsabilidad por el motivo que, debe existir necesariamente una relación de causa y efecto para poder culpar de responsabilidad, caso contrario el juicio no tendría validez, cabe destacar que la persona quien ejerce la acción o quien demanda, es la persona encargada de probar este nexo de causalidad, independientemente de que exista una responsabilidad objetiva o que esta responsabilidad este fundamentada en culpa.

Una vez verificada la existencia de ciertos elementos considerados indispensables para establecer responsabilidad extracontractual del Estado, podemos indicar que básicamente la reparación de daños o su restitución, debe ser considerada según el actuar de los funcionarios públicos, esta reparación puede ser considerada pecuniaria o no, es así que en este punto es necesario verificar sobre todo el nexo de causalidad existente entre el daño y el resultado, para posterior obligar que el mismo pueda ser indemnizado conforme a la normativa que la regula.

Es así que al verificar que un oferente fue relegado de ser contratista, es responsabilidad del Estado responder por cada uno de los daños causados, un actuar legítimo o ilegítimo puede ser analizado jurídicamente conociendo el fondo del tema, y al estar conscientes que uno de sus

funcionarios se encuentra inmerso dentro de una decisión de adjudicación, le corresponde al Estado conocer el fondo de la situación en que un oferente se encuentra para poder dar paso o establecer o no una indemnización.

2.5 Concurrencia de requisitos para establecer Responsabilidad Extracontractual según el COA

Según el COA, para establecer responsabilidad extracontractual del Estado, deberá verificarse ciertos requisitos según el artículo 331; “1. Falta o deficiencia en la provisión de un servicio público, 2. Daño calificado, 3. Existencia de un nexo causal entre el daño calificado y la acción u omisión de las administraciones públicas o el hecho dañoso”(Código Orgánico Administrativo, 2017, p. 69).

Esta falta o deficiencia en lo que refiere a la actividad del servicio público, acaece según el COA artículo 332 cuando “el servicio público es prestado directamente por el Estado, la responsabilidad es de este”(Código Orgánico Administrativo, 2017, p. 69), es así que en el caso de no acatar la norma o realizar acciones u omisiones contrarias a la misma, la responsabilidad recae sobre el Estado, en el caso de la Contratación Pública es imprescindible tener presente que los servidores son responsables de sus

actos desde la fase preparatoria, es decir si existen actuaciones arbitrarias, ilegítimas, o existe de por medio un actuar negligente, es responsable el Estado por dichas actuaciones, no es necesario que exista un vínculo contractual, ya que su etapa procedimental engloba desde la fase preparatoria. En el caso de existir actuaciones ilegítimas y que las mismas sean demostradas con fundamento, el oferente en el caso de la Contratación está en su derecho de exigir una reparación por los perjuicios causados sobre sus derechos.

El nexos causal como requisito para establecer responsabilidad extracontractual, es necesario y fundamental puesto que esa relación de causalidad entre “el daño debidamente calificado y la acción u omisión de la administración pública o el hecho dañoso que violente el derecho se fundamentará en hechos probados”(Código Orgánico Administrativo, 2017, p. 69), la relación de causa y efecto es trascendental probar para exigir la reparación por los daños causados.

2.6 CAUSAS EXONERATIVAS DE RESPONSABILIDAD

Para proceder a explicar cada una de las causales que pueden ser consideradas exonerativas dentro de la responsabilidad, es preciso determinar que, siempre en un juicio de este tema de responsabilidad, la

persona/ sujeto demandado, tendrá su derecho a la defensa pero existen ciertos aspectos que deben ser tomados en consideración como, “prestar atención al elemento del daño, al elemento de imputación, o al elemento como fundamento”(Patiño, 2008, p. 6), ya que se podría considerar como causal todo aquel impedimento que resultare para poder imputar el daño a un sujeto, debemos tomar en consideración que en la responsabilidad extracontractual, también podría aplicarse dichas causas exonerativas, teniendo presente que estas causas, pueden romper todo tipo de nexo de causalidad existente.

Según un análisis de la jurisprudencia colombiana manifiesta que;

dependiendo del régimen de responsabilidad aplicable, el demandado tiene la posibilidad de escoger entre varias alternativas para exonerarse de responsabilidad; si nos encontramos dentro de un régimen subjetivo de responsabilidad, el demandado tiene la posibilidad de exonerarse probando ausencia de falla, la inexistencia del nexo causal, o probando causa extraña. Por el contrario, si nos encontramos en presencia de un régimen de responsabilidad objetiva, el demandado sólo se puede eximir de responsabilidad, probando ausencia de nexo causal, o probando la existencia de una causa extraña.(Patiño, 2008, p. 199)

2.6.1 FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO

Es un acto considerado como imprevisible, puesto que es un acontecimiento que no está predecible en el tiempo, este puede ocurrir en cualquier momento y viene de fuera, dicho acto no puede evitarse por

ninguna circunstancia; la figura de la fuerza mayor hace referencia que se pueden presentar ciertas características para poder ser determinada como tal, estas características son;

- Exterioridad, es un acto ajeno a la voluntad del sujeto, entendido como aquella causa extraña que sucedió, pero sin el actuar de las partes.
- Imprevisibilidad, son actos no previstos, ya que no pudieron haber sido detenidos con anterioridad, únicamente queda el analizar e investigar las causas que rodean dicha actividad por la cual sucedió dicho daño.
- Irresistibilidad, en cuanto a los efectos que puede causar, no pudieron haber sido resistidos por la persona demandada, tomando en consideración que este debe ser muy bien analizado al estar en juicio, ya que debe determinarse que efectivamente se vio imposible el hecho de evitar cada una de sus consecuencias. Este último elemento se convierte en el punto esencial el momento de determinar si el hecho fue o no irresistible, debido a que la figura de la previsibilidad puede llegar a ser confundida con la irresistibilidad, “toda vez que aquello que es previsible no es normalmente

irresistible, a tal punto que en realidad los dos criterios de la fuerza mayor no constituyen sino solamente uno”(Patiño, 2008, p. 13).

2.7 RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR LA NO ADJUDICACIÓN LEGAL DE UNA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Es fundamental determinar que el concepto de derecho administrativo tiene como objetivo “regular las relaciones jurídicas de las entidades públicas entre sí y con respecto a los particulares o administrados; tiene por objeto la satisfacción de las necesidades colectivas o públicas y goza de especiales prerrogativas para lograr sus fines”(Corte Nacional de Justicia, 2013, p. 22), es así que al tratar el tema de responsabilidad extracontractual del Estado, es enfocarnos en un tema administrativo, donde la objetividad en la toma de decisiones debe estar presente y aún más al hablar de la adjudicación de un contrato de licitación de obra pública.

Al existir deficiencia en las actividades de los servidores públicos en lo que refiere a la adjudicación de un contrato, la norma determina según el artículo 15 del COA que;

El Estado responderá por los daños como consecuencia de la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos o las acciones u omisiones de sus servidores públicos o los sujetos de derecho privado que actúen en ejercicio de una potestad pública por delegación del Estado y sus dependientes, controlados o contratistas. El Estado hará efectiva la responsabilidad de la o el servidor público por actos u omisiones dolosos o culposos. No hay servidor público exento de responsabilidad. (Código Orgánico Administrativo, 2017, p. 3)

Por tal circunstancia es que se puede atribuir al Estado responsabilidad extracontractual por falta de servicio al existir un daño por un servidor público sea este por las acciones u omisiones, por haber actuado de forma inequívoca o tardíamente, o por el simple hecho de no haber actuado cuando debía realmente hacerlo, donde no es necesariamente poner en consideración la culpa como tal, o la ilicitud de un hecho ya que no es un tipo de responsabilidad que va en contra de la normativa u ordenamiento jurídico, puesto que “muchas de estas constituyen una prestación de un servicio para el beneficiario, sin embargo representan mayor potencial de daño para terceras personas”(Álvarez Ñauta, 2015, p. 33).

Así mismo podemos establecer también que según la doctrina francesa determina que, al existir o al estar frente a una presumible actuación legal por parte del funcionario o servidor público nos encontramos en una responsabilidad por falta de servicio (*faute de service*) ya que dicho funcionario o servidor actúa conforme lo estipulado “por el ordenamiento jurídico para el cumplimiento de los fines del Estado, donde se encuentra

el interés general sobre el particular, pero si al buscar este interés general se ocasiona un daño a un particular, este debe ser reparado”(Álvarez Ñauta, 2015, p. 48). Esta teoría la defiende el mismo COA en su artículo 330 haciendo referencia la parte pertinente en la que manifiesta que; “Responsabilidad extracontractual. – las instituciones del sector público, responden por el daño debidamente calificado proveniente de sus actuaciones u omisiones, incluso cuando estas sean **lícitas**”(Código Orgánico Administrativo, 2017, p. 69).

Es así que esta teoría francesa se relaciona con el objetivo al que pretende llegar el presente trabajo investigativo, pues en lo que refiere al tema administrativo en la no adjudicación legal de un contrato de licitación, no es de interés probar el tema de “ilicitud, dolo, culpa de la Administración, ya que los requisitos quedan limitados a la existencia de daño y la relación de causa a efecto, sin que tenga que intervenir el elemento clásico de la culpa” (Ramón Parada,2010, como se citó en (Corte Nacional de Justicia, 2013, p. 24), lo que le interesa es establecer la indemnización por haber existido la vulneración de derechos y por ende haber causado perjuicios a un oferente.

Refiriéndonos puntualmente al artículo 331 del COA manifiesta que para que exista responsabilidad extracontractual como tal deberá existir la concurrencia de determinados requisitos;

1. Falta o deficiencia en la provisión de un servicio público o cualquier otra prestación al que el particular tenga derecho. 2. Daño calificado. 3. Existencia de un nexo causal entre el daño calificado y la acción u omisión de las administraciones públicas o el hecho dañoso que violente el derecho.(Código Orgánico Administrativo, 2017, p. 69)

En virtud de cada uno de los requisitos antes mencionados podemos establecer que básicamente esta falta o deficiencia en la prestación de un servicio público, se puede colegir en nuestro tema de interés donde no se ha dado presumiblemente una adjudicación debida y por ende debe existir reparación de los daños causados, esto en relación con lo que establece la normativa constitucional en el artículo 11 numeral 9, el artículo 15 del COA y el artículo 330 ibídem, entendiéndose que no es únicamente necesario que se respete los principios, procedimientos establecidos en la LOSNCP y su reglamento en lo que refiere a la Contratación Pública, sino también se debe considerar que al prestar un servicio un particular, este nace de una obligación constitucional de tal manera que se debe respetar los derechos de cada una de las personas u oferentes mismos que se encuentran garantizados en la Constitución y en la ley.

Según el autor Cassagne determina que;

La responsabilidad del Estado basada en la faute de service, se construye alrededor de la noción de servicio público, frente a la necesidad de conceder la reparación patrimonial por los daños causados a los particulares por el funcionamiento irregular o defectuoso del servicio. Por servicio público no se entiende el concepto estrictamente técnico que hace a una de las clasificaciones de las formas o modos de la actuación administrativa, sino una idea más amplia que comprende toda la actividad jurídica o material emanada de los poderes públicos que constituye la función administrativa.(1998, p. 268)

Al existir un funcionamiento irregular o defectuoso por parte de los servidores públicos como se mencionó en líneas anteriores, es fundamental exigir una reparación de los daños como tal, teniendo presente que si un oferente decide presentar una oferta invirtiendo su tiempo y sobre todo sus recursos con el único objeto de participar en un procedimiento de contratación pública, está consciente que el ente responsable al ser una institución del Estado será el encargado de llevar un procedimiento transparente, eficaz y sobre todo con gozo de igualdad, donde cada uno de los oferentes gocen de esa seguridad jurídica, la misma que está reconocida en el Art. 82 de nuestra normativa constitucional.

La inobservancia de los principios establecidos en el artículo 4 de la LOSNCP, así como de las normas y procedimientos de la contratación pública ya sea en su fase precontractual o contractual, acarrea la violación de derechos legales y constitucionales de aquellos oferentes que ponen su contingente económico y técnico a la disposición del Estado para el desarrollo de un determinado proyecto, mismo que no irá únicamente en

detrimento de este, sino de la sociedad en conjunto, puesto que las malas prácticas en la contratación pública son focos indiscutibles de corrupción e ineficiencia del ente público.

Es necesario también hacer mención en este apartado respecto de la doctrina y la jurisprudencia colombiana en la que mencionan que, al existir la vulneración de derechos de los oferentes o de los principios de un proceso de contratación en su fase de adjudicación o de selección, el daño puede verse reflejado de diferentes maneras como;

la privación del derecho a participar en un proceso de selección transparente y eficaz, lesión al derecho del proponente a que su oferta sea valorada, la vulneración al derecho a ser adjudicatario y la lesión al derecho a suscribir o ejecutar un contrato como tal.(Santaella Cuberos, 2018, p. 296)

Es así que básicamente al denotar que un proceso de adjudicación no fue realizado con absoluta transparencia y eficacia se deberá según el Estado colombiano analizar que, dicha situación imposibilita que se dé una selección objetiva, y por ende esto da lugar a una indemnización ya que se está vulnerando principios constitucionales como el de transparencia, por lo que concluye que en estos casos el “rubro a indemnizar corresponde a los gastos en los que incurrió el proponente para participar del proceso de selección”(Santaella Cuberos, 2018, p. 296). El Consejo de Estado de Colombia, instauró una tabla en la que se basó para fijar o cuantificar el monto por el cual se deberá indemnizar al proponente en el caso de existir

privación del derecho a un proceso transparente, según el expediente 16.209 del año 2007, plantea una fórmula;

“**VA** valor actualizado= **VH** valor histórico x **IPC Final** índice de precios al consumidor al momento de proferir la sentencia

IPC Inicial índice de precios al consumidor del mes en el cual se generó el gasto en el caso concreto”(Santaella Cuberos, 2018, p. 297)

Dicha fórmula propuesta por el consejo de Estado, es aplicada el momento que se establezca responsabilidad sobre diversos eventos que puedan ser reconocidos por el sistema judicial de Colombia en una etapa precontractual, en el que el Estado se ve obligado en reparar los daños ocasionados mediante una indemnización en base a la fórmula propuesta, una fórmula que sin duda para el sistema judicial es de gran soporte en la toma de resoluciones.

Garantizar la transparencia en estos procesos de contratación es esencial y se convierte a la vez en un reto constante para la administración, tal es el caso que en el artículo 9 numeral 3 de la LOSNCP pone de manifiesto que uno de los objetivos primordiales como tal del Estado es; “Garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública”(Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación pública, 2018,

p. 9), es así que básicamente lo que menos se pretende que suceda en la contratación pública son actos viciados o que generen daño a los oferentes.

En el caso de verificar la concurrencia de cada uno de los requisitos según la normativa para establecer responsabilidad extracontractual del Estado, es fundamental tener presente que la reparación de daños se convierte en el eje central para los juristas, ya que este puede variar según el análisis jurisprudencial que realicen los jueces; es así que considero que es pertinente revisar la doctrina para fundamentar con argumentos sólidos en el caso de existir responsabilidad extracontractual objetiva del Estado.

La idea de reparación por daños, es básicamente restituir el desequilibrio que se ha ocasionado una vez establecido el nexo causal, es decir haber comprobado esa relación de causa y efecto que es indispensable para establecer responsabilidad, la causa del daño como tal debe ser atribuido a la acción o a la omisión de la actuación del Estado o de los servidores públicos en función de sus actividades. El artículo 336 del COA señala que;

Reparación por daños. – Cuando el daño sea patrimonial, se procurará la restitución de las cosas a su estado original o al más próximo al que se encontraban antes de la afectación o de no ser posible, mediante reparación pecuniaria en la que estará incluida la reparación por daños meramente morales, cuando corresponda. La reparación pecuniaria podrá sustituirse por una compensación equivalente en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado. Cuando el caso lo amerite, la

administración pública podrá, dentro del ámbito de su competencia y con sujeción a los principios de legalidad e igualdad, establecer reparaciones no patrimoniales siempre que no afecten derechos de terceros ni generen erogaciones adicionales al Estado.(Código Orgánico Administrativo, 2017, pp. 69-70)

De igual manera el autor Cassagne respecto a la reparación de daños determina qué; “toda lesión o daño provocado por la actuación extracontractual del Estado deberá ser reparado, en función de la naturaleza (legítima o ilegítima), desequilibrio producido y los intereses de la comunidad” (Cassagne, 1998, p. 276), de igual manera define que “la obligación de resarcir el perjuicio cometido no nace del daño sino de la alteración del principio de igualdad, aun cuando se requiera la ocurrencia del daño”(Cassagne, 1998, p. 276), y en el caso que hemos venido analizando está claro que existe un rompimiento de ciertos principios estipulados en el artículo 4 de la LOSNCP como es el de igualdad, trato justo y transparencia, teniendo claro que se convierte en una pérdida de oportunidad del oferente para contratar con el Estado, pese a cumplir con los requisitos estipulados en el pliego su oferta no es admitida sin razón válida alguna.

CONCLUSIONES

Del análisis existente podemos determinar que al enfocarnos en un procedimiento licitatorio de una obra pública es entender que los servidores o funcionarios del ente estatal se encuentran inmersos en cada una de las decisiones que sean tomadas desde su fase preparatoria, hasta su fase de ejecución y es la misma LOSNCP que determina que en el área de contratación se debe exigir el estricto cumplimiento de principios como el de transparencia, igualdad, concurrencia, trato justo y legalidad, principios en los que se ha podido determinar que al no ser aplicados de forma eficiente, es el Estado el encargado de responder por las actuaciones u omisiones de los servidores públicos según la normativa constitucional y legal.

El acto administrativo de adjudicación pese a ser un acto que interviene únicamente la manifestación unilateral de la voluntad, en una licitación es fundamental y necesario que se desarrolle conforme lo exige la LOSNCP, puesto que en base a esta adjudicación se celebrará con posterioridad un contrato, por lo cual si la adjudicación presentada no cumple con las normas de contratación pública, los oferentes exigirán que sus derechos sean respetados y sobre todo que el objetivo establecido en el artículo 9 numeral 3 de la LOSNCP sea acatado de forma expresa.

En base a un análisis doctrinario y jurisprudencial se ha establecido que en el área administrativa para establecer responsabilidad extracontractual objetiva del Estado como tal, no es necesario verificar la culpa del sujeto quien ha ocasionado un daño, sino lo ideal es determinar el nexo de causalidad existente entre la acción u omisión del sujeto respecto del daño causado por el actuar negligente de los servidores públicos.

De la investigación y análisis realizado en la LOSNCP y el COA hemos podido evidenciar que, si bien la normativa determina que los oferentes participan a su cuenta y riesgo, no están en la obligación de soportar que sean relegados ilegalmente de ser contratistas del Estado, puesto que su esfuerzo, su contingente económico y el tiempo invertido se ve reflejado en su oferta para ser parte de un proceso licitatorio, y específicamente al contrastar que su oferta es la idónea, y quedó relegado de ser contratista, se está dando paso a la pérdida de oportunidad de contratar el oferente con la institución pública, misma actuación que acarrea la violación de derechos constitucionales y por ende estas malas prácticas son focos indiscutibles de corrupción e ineficiencia.

RECOMENDACIONES

Al existir la norma expresa tanto en la LOSNCP, COA, y la Constitución los jueces están en la obligación jurídica de dictar resoluciones imparciales, y sobre todo objetivas, determinando que al existir deficiencias normativas en un procedimiento de licitación de obra pública es entender que se puede además de otro tipo de situaciones, relegar ilegalmente a un oferente, por lo cual se iría en contra de normas que son pilares fundamentales de la contratación pública, y es ahí donde los jueces deben ser enérgicos en la toma de sus decisiones, con el único objetivo de aplicar la norma legal y constitucional ya existente y de ser el caso determinar la responsabilidad extracontractual del Estado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Álvarez Ñauta, J. E. (2015). *La aplicabilidad de la responsabilidad objetiva en la prestación de servicios públicos*. Universidad San Francisco de Quito.
- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación pública, Pub. L. No. 309, 61 (2018).
- Código Orgánico Administrativo, Pub. L. No. 31, 80 (2017).
- Ascanio Pacheco, M. (2021). Principios de la contratación pública en el ámbito del Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y Colombia. *Revista digital de Derecho Administrativo*, N°25, 337-369.
- Basozabal Arrue, X. (2015). *RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL OBJETIVA: PARTE GENERAL*. 255.
- Cabanellas de las Cuevas, G. (2011). *Diccionario Jurídico Elemental* (16.^a ed.). Heliasta.
- Cassagne, J. C. (1998). *Derecho Administrativo*. Lexis Nexis Abeledo Perrot.
- Cassagne, J. C. (2013). Breve estudio del decreto 1023/2001 y su nuevo decreto reglamentario 893/2012, sobre la base de sus principios rectores. *Revista de Derecho Administrativo* N°85, 325-350.
- Centro de información jurídica en línea. (2007). *Responsabilidad civil subjetiva extracontractual* (p. 8).

Corte Nacional de Justicia. (2013, mayo 9). Resolución No. 324-2013.

FALLO DE MAYORÍA EXPEDIDO DENTRO DEL RECURSO DE CASACIÓN 276-2010.

Cumbicus Soto, M. F., & Oramas Salcedo, M. A. (2019). LA

RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL ESTADO FRENTE A LA ACCIÓN DEL DERECHO DE REPETICIÓN. *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*, 15.

Díaz Barriga, M. C. (2000). Concepto de responsabilidad. En *La*

responsabilidad civil por daños al medio ambiente (Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 19-28). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Fernández, A. (2017). LA RESPONSABILIDAD CIVIL SUBJETIVA.

Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 173/183.

Fernández Fernández, A. (2014). El concepto de responsabilidad. En

Homenaje al maestro José Barroso Figueroa por el Colegio de profesores de Derecho Civil (pp. 95-110).

Fernández Ruiz, J. (2015). El contrato administrativo y la licitación pública.

Derecho y sociedad 44, 75-83.

Gordillo, A. A. (2013). *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*

(Vol. 8). Fundación de Derecho Administrativo.

Ibarra Barriga, P. A. (2017). *La falta de elementos sustantivos en la*

legislación contencioso administrativa ecuatoriana como requisitos

indispensables para determinar la responsabilidad extracontractual del Estado. Universidad Internacional SEK.

Lucía, M. M. V., & Andrés, G. V. A. (2017). *TEMA: La Responsabilidad Extracontractual del Estado y la vulneración de derechos a los ciudadanos.* 34.

Mantilla Espinosa, F., & Ternera Barrios, F. (2004). *La noción de culpa en la responsabilidad civil extracontractual.* 53-70.

Martínez Morales, R. (2017). *Diccionario Jurídico. Teórico Práctico.* IURE Editores.

Montes, R. I. (2009). *Sobre el principio de legalidad*.* 97-108.

Muñoz, C. C. (2016). *El daño lícito* [[Http://purl.org/dc/dcmitype/Text](http://purl.org/dc/dcmitype/Text), Universidad de Salamanca].

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=54062>

Pastrana Santiago, V. (2018). *Análisis del nexos causal en la responsabilidad extracontractual del Estado.* 24.

Patiño, H. (2008). Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración. *Revista de Derecho Privado*, 14, 193-217.

Prócel, J. A. (2011). *La mediación en los daños y perjuicios generados por un delito de lesiones.* Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Puentes Araujo, M. A. (2019). La acción de lesividad frente al Acto Administrativo de adjudicación del Contrato Estatal. *Revista Via Iuris*, 27, 45-76.

- Rezzoagli, B. A. (2016). Contratación pública para objetivos y resultados: Aproximación y discusión teórica. *Revista de Derecho Publico* N°37, 23.
- Rico Puerta, L. A. (2007). RESPONSABILIDAD POR LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL ESTATAL DERIVADA DE LA NO ADJUDICACIÓN DE UN CONTRATO O DE SU ADJUDICACIÓN INDEBIDA: EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL. *Opinión Jurídica*, 6(11), 117-128.
- Rincón, Mora, A. P., Leonardo. (2017). Proceso de licitación en Colombia. *Fundación Universidad Agraria de Colombia -UNIAGRARIA*, 1(02), 49-54.
- San Martín Neira, L. (2018). La imputabilidad o capacidad como elemento de la responsabilidad civil extracontractual. *Revista Ius et Praxis*, 553-592.
- Santaella Cuberos, M. J. (2018). El daño y la liquidación de perjuicios en la responsabilidad precontractual y contractual del Estado. *Revista digital de Derecho Administrativo*, 19, 291-315.
- Sarmiento, Medinas, Plazas, D., Sindy, Rodrigo. (2017). Sobre la responsabilidad y su relación con el daño y los perjuicios. *Revista Virtual Vlel Via Inveniendi et Iudicandi*, 12, 101-115.
- Servicio Nacional de Contratación Pública. (2015). *Manual de buenas prácticas en la contratación pública para el desarrollo del Ecuador*.

- Soria Galarza, N. E. (2011). El procedimiento precontractual de licitación en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. *Repositorio Universidad Andina Simón Bolívar*, 1-62.
- Vega, A. S., & Cárdenas, D. P. (2019). *PRINCIPALES FALENCIAS QUE SE PRESENTAN EN LA ETAPA PRE- CONTRACTUAL EN LAS LICITACIONES PÚBLICAS EN COLOMBIA*. 33.
- Viscarra Soliz, O. P. (2021). Evolución histórica de la contratación pública en el Ecuador y su vinculación con la planificación nacional. *Repositorio Universidad Andina Simón Bolívar*, 1-114.
- Wilches Bornacelli, S. (2016). *Aproximación conceptual a la tipología del daño en Colombia y Daño al buen nombre de la persona natural como perjuicio autónomo* [Universidad Santo Tomás de Aquino]. <https://doi.org/10.15332/tg.mae.2016.00155>
- Zabalegi, S. L. (2014). Guía de Contratación Pública Socialmente Responsable. *REAS Euskadi*, 58.

ANEXOS

SELENE PATRICIA JIMBO BRITO portador(a) de la cédula de ciudadanía N° **1900632769**. En calidad de autor/a y titular de los derechos patrimoniales del trabajo de titulación **“RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR LA NO ADJUDICACIÓN LEGAL DE UN CONTRATO DE LICITACIÓN DE OBRA PÚBLICA”** de conformidad a lo establecido en el artículo 114 Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, reconozco a favor de la Universidad Católica de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos y no comerciales. Autorizo además a la Universidad Católica de Cuenca, para que realice la publicación de éste trabajo de titulación en el Repositorio Institucional de conformidad a lo dispuesto en el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, **22 de agosto de 2022**



F:

Selene Patricia Jimbo Brito

C.I. 1900632769