



La vulneración a la seguridad jurídica de los oferentes adjudicados, producto de la declaratoria de desierto de un proceso de contratación pública

The violation of the legal certainty of the awarded bidders, product of the declaration of desert of a public contracting process

A violação da segurança jurídica dos licitantes premiados, produto da declaração de deserção de processo de contratação pública

Viviana Espinoza-Bravo ^I
viviana.espinoza.85@est.ucacue.edu.ec
<https://orcid.org/0000-0002-0238-7953>

José Luis Vázquez-Calle ^{II}
jl vazquezc@ucacue.edu.ec
<https://orcid.org/0000-0003-1809-1601>

Correspondencia: viviana.espinoza.85@est.ucacue.edu.ec

Ciencias Sociales y Políticas
Artículo de Investigación

* **Recibido:** 23 de agosto de 2022 * **Aceptado:** 28 de septiembre de 2022 * **Publicado:** 22 de octubre de 2022

- I. Universidad Católica de Cuenca, Cuenca, Ecuador.
- II. Universidad Católica de Cuenca, Cuenca, Ecuador.

Resumen

El presente trabajo estudió la relación entre el valor, principio y derecho de la seguridad jurídica con la declaratoria de desierto de un proceso de contratación pública que ya fue adjudicado a un oferente. La metodología partió de un enfoque cualitativo, con la utilización de los métodos dogmático, inductivo-deductivo, analítico- sintético, histórico-lógico y comparado. Se justificó teóricamente que la administración pública puede vulnerar la seguridad jurídica del oferente adjudicado al declarar desierto un proceso con una interpretación subjetiva de la norma, sin parámetros claros. Adicionalmente se consideró pertinente una reforma de la normativa que rige la contratación pública para garantizar derechos en todas las etapas de un proceso contractual.

Palabras claves: Compras públicas; Seguridad Jurídica; Confianza razonable; Buena fe; Oferente adjudicado.

Abstract

This paper studied the relationship between the value, principle and right of legal certainty and the declaration of a public procurement process that has already been awarded to a bidder as void. The methodology was based on a qualitative approach, using dogmatic, inductive-deductive, analytical-synthetic, historical-logical and comparative methods. It was theoretically justified that the public administration may violate the legal security of the awarded bidder by declaring a process void with a subjective interpretation of the norm, without clear parameters. Additionally, a reform of the regulations governing public procurement was considered pertinent to guarantee rights in all stages of a contractual process.

Keywords: Public procurement; Legal certainty; Reasonable confidence; Good faith; Awarded bidder.

Resumo

O presente trabalho estudou a relação entre o valor, princípio e direito da segurança jurídica com a declaração de deserção de um processo de contratação pública que já foi adjudicado a um licitante. A metodologia partiu de uma abordagem qualitativa, com a utilização de métodos dogmáticos, indutivos-dedutivos, analítico-sintéticos, histórico-lógicos e comparativos. Justificou-se teoricamente que a administração pública pode violar a segurança jurídica do

licitante premiado ao declarar nulo um processo com interpretação subjetiva da norma, sem parâmetros claros. Além disso, considerou-se pertinente uma reforma da normativa que rege a contratação pública para garantir direitos em todas as etapas de um processo contratual.

Palavras-chave: Compras públicas; Segurança jurídica; Confiança razoável; Boa fé; Licitante premiado.

Introducción

El presente artículo analiza el tema de la vulneración del derecho a la seguridad jurídica del oferente cuando en un proceso de contratación estatal, el contrato se declara desierto de forma posterior a la adjudicación del contrato, pero antes de la firma del contrato entre las partes; de esta forma es innegable la aparición de un estado de total incertidumbre ante el oferente.

La seguridad jurídica, como otros principios rectores del derecho, viene siendo resultado de las conquistas políticas sociales, frente a la falta de certeza, la imprevisibilidad de la existencia y de la relación con aquellos que tienen poder; es por ello que a lo largo de la historia, en la evolución del derecho jurídico y como resultado de las coyunturas políticas y el contexto cultural de las sociedades, se observan atisbos de la evolución de este principio, rastreándose su origen hasta la Antigua Roma, al fin del periodo monárquico, con la publicación de las Doce Tablas en el foro (tras la fuerte oposición de los Patricios), con la intención de que todos puedan conocer las leyes, siendo este el primer hito tangible en la búsqueda de seguridad jurídica por los ciudadanos, la Carta Magna inglesa en 1215, es otro evento destacable al respecto, puesto que el poder reconoce en ella que tiene restricciones. (Pérez, 2000) Sin embargo, es como resultado de la Revolución Francesa, que el principio de Seguridad Jurídica sale a la luz plena cuando en el quinto derecho se enuncia:

[...] Todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordena. Atribuye a la ley el formidable poder de prohibir, de impedir, de obligar y de ordenar; pero también, al mismo tiempo e inseparablemente, presta a los individuos la garantía basilar de que ninguno será coaccionado sino en nombre de la misma ley, en contra de la antigua realidad de los poderes feudales y señoriales. (López, 2011)

Esta declaración pone de manifiesto que la ley está por sobre la voluntad de las personas, que es para todos, que garantiza al ciudadano el no ser imputado por algo que no esté expresamente prohibido en la ley cuando declara textualmente que “(...) lo que no está prohibido por la ley no

puede ser impedido”, es decir, la ley es el origen del quehacer humano, y así mismo brinda la garantía al ciudadano de que no podrá ser juzgado fuera de lo que la ley indica; si a esta declaración se suma el sexto principio de este cuerpo que dice “La Ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a participar personalmente o a través de sus representantes, en su formación.” (Pérez, 2000), este principio eliminaba al Rey Francés como fuente de todo derecho, que en el despotismo era considerado como la ley viviente, es decir, los prestadores de justicia no podían interpretar o colegir la ley fuera de los deseos o designios del Rey esto está fielmente reflejado en la máxima “El Estado soy yo” acuñado por el absolutismo de Luis XIV (Pérez, 2000), este protagonismo otorgado al pueblo en el diseño de la ley que les rige, genera la estabilidad y previsibilidad en la que se basa el principio de Seguridad Jurídica.

En efecto, somos testigos de las innumerables situaciones en las que el Estado a través de los distintos órganos y entes se ven inmiscuidos en la transgresión de derechos, por lo tanto, el objetivo general de este artículo es analizar la vulneración a la seguridad jurídica por parte del aparato estatal, principalmente en lo relacionado con las contrataciones públicas, por el cual el oferente se dispone a ofrecer bienes y servicios que requieren ser analizados por servidores estatales y que en algunas ocasiones no se dan basados en el marco legal, sino, por decisiones subjetivas que afectan al adjudicatario.

La metodología partió de un enfoque cualitativo, con la utilización de los métodos dogmático, inductivo-deductivo, analítico- sintético, histórico-lógico y comparado. El trabajo se encuentra dividido en tres partes, en la primera se hace un estudio crítico de la seguridad jurídica desde una perspectiva legal, doctrinaria y jurisprudencial. En la segunda se presenta una descripción general de los procesos de contratación pública, y en la tercera se estudia desde una perspectiva crítica la vulneración de los oferentes adjudicados de la seguridad jurídica.

Desarrollo

La seguridad jurídica, una noción introductoria

La seguridad jurídica de forma general encierra la previsibilidad del comportamiento de las autoridades, así como la estricta aplicación de la carta fundamental y de la ley. Bajo este aspecto los ciudadanos tienen confianza en el marco normativo vigente porque a través de él conocen sus

derechos, obligaciones y restricciones, entendiéndose de antemano las consecuencias del acatamiento o de la inobservancia (León, Barrueta, & Martell, 2019) de alguna regulación.

Bajo este contexto se puede señalar que este concepto es transversal a todo el ordenamiento jurídico, sin ser la excepción el marco del derecho administrativo y de la administración pública. La seguridad jurídica en ese ámbito se plasma a través de “la normativa vigente, que es, clara, previa y aplicada por una autoridad competente” (Calle, 2022). Esto implica que el administrado “prevé las actuaciones del Estado en vista de que están regidas a la norma” (Calle, 2022). No obstante, para que ello ocurra, la norma debe ser necesariamente clara, sin dejar lugar a ambigüedades o interpretaciones demasiado amplias que pueden llegar a arbitrariedad.

Ahora bien, desde una perspectiva doctrinaria se afirma que la seguridad jurídica “opera como un instrumento para evitar excesos de disposiciones jurídicas, ambigüedades e incoherencias” (Charvet, 2022). En ese mismo sentido, para Pérez Luño “es un valor estrechamente ligado a los Estados de Derecho que se concreta en exigencias objetivas de *corrección estructural* (formulación adecuada de las normas del ordenamiento jurídico) y *corrección funcional* (cumplimiento del derecho por sus destinatarios y especialmente por los órganos encargados de su aplicación)” (Pérez Luño, 2000, pág. 25), lo que conlleva a entender que la seguridad jurídica no se agota con una norma previa, sino también con una que conlleve una formulación adecuada. Es decir, protege al ciudadano de la ambigüedad de la ley, puesto que, de una excesiva interpretación, esta puede derivar en excesos de parte de los proveedores de justicia o de aquellos a quienes las instituciones, le ha delegado responsabilidad frente al ciudadano. En ese sentido, se cree que es obligación de los Estados garantizar la seguridad jurídica y más aún hacia los administrados y en los casos como los de la utilización de recursos públicos para adquirir bienes, servicios o ejecutar obras.

Esto lleva a entenderla como un valor, derecho, principio a proteger. Por lo expuesto, en la actualidad se considera que varias sociedades tienden a mejorar su estándar de seguridad jurídica o al menos a exigirla (Manili, 2019, págs. 277-294), esto para evitar arbitrariedades del poder público y generar confianza sobre todo.

Desde una perspectiva jurisprudencial, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha desarrollado este concepto en la sentencia *Urrutia Labreux vs. Chile* de 2020, aplicando la máxima a la administración pública “si no está permitido, está prohibido” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2020). Es decir, que la normativa debe ser clara respecto a la posibilidad

de actuación del Estado, esta sentencia afirma que la normativa aplicada “(...) debe contar con un elemento de previsibilidad” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2020).

Otra sentencia que desarrolla este concepto se presenta en el caso López contra Venezuela al 2011, en la que se afirma que la seguridad jurídica tiene tres elementos que se deben respetar: “adecuadamente accesible, suficientemente precisa y, previsible” (CIDH, 2011). La previsibilidad y precisión de la norma se ha discutido, sin embargo, el criterio de la accesibilidad es un elemento nuevo que desarrolla esta sentencia, cuando dice adecuadamente accesible se refiere a que los ciudadanos tienen el derecho a conocer de antemano la normativa y que esta debe estar disponible en los canales apropiados para su accesibilidad, esto implica que no basta con la precisión de la norma, el ciudadano debe ser informado de ella.

En ese mismo sentido, la Corte Constitucional del Ecuador, en la sentencia N.º 265-18-SEP-CC, establece como elementos integrantes de la seguridad jurídica a la certidumbre y la previsibilidad. De hecho, se afirma que “(...) la certidumbre nos garantiza los hechos con relevancia jurídica ocurridos en el pasado establecen condiciones jurídicas consolidadas” (Corte Constitucional del Ecuador, 2018, pág. 10). En ese mismo sentido, “(...) la previsibilidad garantiza la posibilidad de establecer predicciones razonables respecto de cómo la controversia se sustanciará” (Corte Constitucional del Ecuador, 2018, pág. 10). Esto implica que los hechos pasados condicionarán las previsiones futuras, y aunque debe establecerse la posibilidad de diferencias significativas entre los mismos, se puede prever con una razonable probabilidad de ocurrencia el accionar de los organismos en el contexto de una controversia.

Desde un enfoque legal, se puede señalar que es reconocida como la base de las relaciones que se establecen entre diferentes actores. Por ejemplo, en el caso de la Unión Europea, “el principio de seguridad jurídica, que forma parte del ordenamiento jurídico comunitario, exige que la legislación comunitaria debe ser clara y su aplicación previsible para todos los interesados” (Mejía, 2020, pág. 14). Como se observa, se exige la seguridad jurídica centrada en la certeza del accionar de las autoridades.

En conclusión, se la puede entender como la certeza y garantía que tienen las personas naturales y jurídicas de que la normativa vigente se aplique de forma imparcial, irretroactiva y efectiva por parte del Estado, a través de las instancias e instituciones pertinentes. Esta es de vital importancia en el campo del derecho administrativo y de la contratación pública, debiendo estrictamente

observarse en los contratos que celebran con instituciones públicas o privadas o con personas naturales.

Por lo tanto, el rol de la seguridad jurídica en el contexto de la contratación pública específicamente, vendría dada por: a) la certeza del ciudadano (interesado, adjudicado, contratista, etc.) en que los procesos de selección de ofertas se den apegados a la normativa y b) que no existan interpretaciones subjetivas o arbitrarias, lo que podría presentarse en normas que son ambiguas, que conlleven a pensar que hay decisiones arbitrarias tomadas que afectan el derecho del individuo a un tratamiento imparcial y que haya sido adecuadamente informado respecto a los criterios de selección y los posibles escenarios frente a una actuación.

La seguridad jurídica en la norma ecuatoriana y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador

Una vez esgrimida una concepción general e introductoria sobre la seguridad jurídica, es necesario dar un contexto jurídico a este valor, principio y derecho desde la norma y la jurisprudencia ecuatoriana. Al respecto, la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 82 establece que “el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 82).

Como se observa, está garantizada desde la carta fundamental lo que es muestra de su importancia. Por otro lado, implica la previsibilidad de las consecuencias jurídicas, se menciona también la claridad en las normas y lo público de las mismas. Es decir, el marco jurídico debe estar vigente y haber sido publicado para que puedan ser tratadas por las autoridades competentes.

De igual forma, el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 25 señala con la denominación de principio de seguridad jurídica el hecho de que “las juezas y jueces tienen la obligación de velar por la constante, uniforme y fiel aplicación de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado y las leyes y demás normas jurídicas” (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009).

De la misma forma, la Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia N. 067-13-SEP-CC ha establecido que la seguridad jurídica “es la garantía dada al individuo, por el Estado, de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán violentados o que, si esto llegara a producirse, le serán asegurados por la sociedad, protección y reparación” (Corte Constitucional del Ecuador, 2013, pág. 14).

Como se observa, estamos hablando de una herramienta estatal de protección personal, de bienes y derechos; pero lo más importante, demanda resarcimiento, esto implica que el ciudadano afectado está en su derecho de solicitar reparación ante las entidades competentes y en todos los niveles que la ley le brinde.

Por lo tanto, se puede manifestar que es la base de la confianza ciudadana en el sistema, de hecho, la sentencia No: 051-13-SEP-CC, lo declara como “el pilar sobre el cual se asienta la confianza ciudadana en cuanto a las actuaciones de los distintos poderes públicos; en virtud de aquello, los actos emanados de dichas autoridades deben observar las normas que componen el ordenamiento jurídico vigente” (Corte Costitucional del Ecuador, 2013, pág. 12).

Lo anterior denota que la base de la confianza ciudadana en las instituciones que representan el poder gobernante, esto significa que el ordenamiento jurídico vigente, es independiente de las personas que administran el sistema de justicia, de modo que, cobija a todos frente a posibles arbitrariedades que puedan generarse desde las instituciones que ejecutan la normativa legal. De la misma forma, la sentencia No: 0035-09-SEP-CC, profundiza este criterio cuando declara que se debe:

“Desarrollar la personalidad de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos, sin miedos, incertidumbres, amenaza, daños o riesgos, lo cual crea un ambiente de previsibilidad, no solo sobre el comportamiento ajeno, sino del comportamiento propio, y provoca protección frente a la arbitrariedad y a la vulneración del orden jurídico, provocadas no solo por el Estado, sino también por particulares” (Corte Constitucional del Ecuador, 2009)

Puede extraerse de esto que la seguridad jurídica es fuente de paz social, en el sentido en que la reacción a la arbitrariedad y la vulneración de derechos, se le reserva a la autoridad competente a través de los canales existentes, para ello, esto modela el comportamiento propio puesto que existe certeza frente a las consecuencias, y esta conciencia de las consecuencias permite al ciudadano confiar en el comportamiento de aquellos con quienes se relaciona, sea persona natural o jurídica, pública o privada.

Este es el entorno de previsibilidad en el que los ciudadanos de las sociedades de derecho, como Ecuador, se relacionan con la administración pública, suscriben acuerdos, etc., lo que como ya se ha analizado es de particular importancia en el caso de la contratación pública, entendiendo que la certeza y previsibilidad se da en el caso de la utilización de los recursos públicos.

La contratación pública en Ecuador, una visión general

Es innegable que el Estado a lo largo de su historia ha contratado bienes y servicios para su adecuado funcionamiento. No obstante, se cree que los procesos de contratación pública en Ecuador dan un giro el 22 de julio de 2008, de la mano de la aprobación en la Asamblea Nacional de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (de ahora en adelante LOSNCP).

Posterior a eso, el 04 de agosto de ese mismo año se publica en el Registro Oficial y como consecuencia nace el Instituto Nacional de Contratación Pública (de ahora en adelante INCP) que desde entonces rige todo el sistema y modifica la forma en que las instituciones que manejan dinero público, proceden a la adquisición de bienes y servicios para el Estado y ejecutan obras. En este sentido, es preciso señalar que el sistema persigue como objetivo la transparencia de los procesos, la eficiencia en el uso de recursos y procesos y el dinamismo de la economía a través de la contratación (Cruz, 2013, pág. 13).

Uniéndolos los dos elementos debatidos hasta el momento, se puede señalar que el ámbito de la seguridad jurídica en la contratación pública es de relevancia tal, ya que al 2018 la contratación con el Estado, representó el 12% del producto interno bruto del país (Bajaña, 2019). En ese mismo sentido, se interrelacionan: 1) el SERCOP como ente facilitador de la contratación, 2) las entidades contratantes y 3) los proveedores que brindarán los bienes y servicios al Estado.

A través de la gestión de los recursos públicos amparados en la LOSNCP, se busca observar los principios declarados en el artículo 4 de la mencionada ley, que son: “(...) legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional” (LOSNCP, 2008).

Como aspectos generales, en el artículo *ibídem* 10 se dispone la creación del Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP) como ente rector de los procesos de contratación que engloba las funciones de control del sistema, administra los medios tecnológicos inherentes al sistema, certifica a los servidores públicos en contratación, crea manuales y procedimientos para llevar a

cabo el proceso, registra y califica proveedores a través del Registro Único de Proveedores (RUP), entre otros (Cruz, 2013).

Trasladándonos dentro de estos conceptos exclusivamente a los proveedores, la LOSNCP en su artículo 6 numeral 6 los define como “la persona natural o jurídica, nacional o extranjera, o asociación de estas, contratada por las entidades contratantes para proveer bienes, ejecutar obras y prestar servicios, incluidos los de consultoría.” (LOSNCP, 2008).

En ese mismo sentido, la LOSNCP determina los tipos de contratación, los procedimientos aplicables y los montos. Dentro de esto se puede hacer referencia a los normalizados, que corresponden a aquellos cuyas características son estándares y homogéneas. Tenemos también a los no normalizados, que son aquellos que por su propia naturaleza no admiten homologación y son únicos; se encuentran también las obras y las consultorías. A continuación, se detalla estos argumentos en la siguiente tabla:

Figura 1: Tipos de contratación pública

| Contratación | Procedimiento | Monto |
|---|---------------------------------------|--------------------------------------|
| Bienes y servicios normalizados | Catálogo electrónico | Sin límite de monto |
| | Subasta inversa electrónica | Mayor a \$7.099,68 |
| | Ínfima cuantía | Inferior a \$7.099,68 |
| | Menor cuantía | Inferior a \$70.996,84 |
| Bienes y servicios no normalizados | Cotización | Entre \$70.996,84 y \$ 532.476,31 |
| | Licitación | Mayor a \$ 532.476,31 |
| | Menor cuantía | Inferior a \$ 248.488,94 |
| Obras | Cotización | Entre \$ 248.488,94 y \$1.064.952,62 |
| | Licitación | Mayor a \$ 1.064.952,62 |
| | Contratación integral por precio fijo | Mayor a \$ 248.488,94 |
| | Contratación directa | Menor o igual a \$ 70.996,84 |
| Consultoría | Lista corta | Entre \$70.996,84 y \$ 532.476,31 |
| | Concurso público | Mayor a \$ 532.476,31 |
| Bienes y servicios normalizados y no normalizados y obras | Ferias inclusivas | Sin límite de monto |

Fuente: (LOSNCP, 2008), elaboración: Autora

Respecto a los procesos de contratación como tal, la entidad contratante identifica la necesidad de bien o servicio que requiere, este es un proceso interno de cada unidad administrativa, una vez identificada la necesidad, se procede a efectuar una investigación de mercado, si aplica, con el fin de obtener información del mismo respecto al sondeo de precios probables, con el monto probable definido y el tipo de bien o servicio identificado acorde a la tabla previa, se procede a dar los pasos a través del sistema y con la metodología del SERCOP, en función de las fases conforme se detalla a continuación:

Figura 2: Fases de la contratación Pública

| Fase | Descripción | Responsable |
|----------------|--|---------------------------------------|
| Preparatoria | Se genera la necesidad | Áreas de la Institución contratante |
| | Se produce los pliegos y documentos precontractuales | Áreas de la Institución contratante |
| | Se elabora el Plan Anual de Contratación (PAC), esto incluye los estudios y documentos que sustenten los procesos, certificación de presupuesto y aprobación de pliegos. | Institución Contratante |
| Precontractual | Creación del proceso en el portal | Institución Contratante |
| | Invitación a proveedores | Institución Contratante |
| | Envío de ofertas | Proveedores |
| | Evaluación | Institución Contratante |
| | Adjudicación | Proveedores |
| Contractual | Suscripción del contrato | Institución Contratante y proveedor |
| | Ejecución | Proveedor |
| | Finalización | Institución Contratante y contratante |

Fuente: (Cruz, 2013), elaboración: Autora

Como se puede observar de la tabla anterior, las fases del proceso de contratación se realizan en el marco de la normativa del SERCOP, a través de una interacción entre entidad contratante y proveedor; la entidad contratante debe, a través de la coordinación de los diferentes

departamentos, identificar sus necesidades y a través de esta identificación de problemas, establecer el tipo de producto o servicio que satisface la necesidad identificada.

En este punto, si aplica, se deben fijar bases de contratación en función del tipo de producto o servicio, costos, puesto que es otro factor del cual depende el tipo de contratación, en este punto diseña plan anual de contratación de la empresa (PAC) o entidad pública para su asignación presupuestaria y posterior publicación.

En este punto participa el sistema del SERCOP y el proveedor, que “es la persona natural o jurídica, nacional o extranjera, que se encuentra inscrita en el RUP, de conformidad con esta ley, habilitada para proveer bienes, ejecutar obras y prestar servicios, incluidos los de consultoría, requeridos por las entidades contratantes” (INCOP, 2009).

Estos se registran para trabajar con el Estado a través del RUP (registro único de proveedores) que es la base de datos de las personas naturales o jurídicas que pretenden vender sus bienes o servicios al Estado; dichos proveedores son parte del proceso en la etapa precontractual, su involucramiento inicia con la invitación recibida que, acorde con el SERCOP, es el documento digital por medio del cual se anuncia a los proveedores registrados en un determinado campo, la existencia de un proceso en el que pueden participar (INCOP, 2009).

El oferente se centra en la presentación de la oferta, que es la única etapa dentro de la fase precontractual donde el proveedor desempeña un papel activo dentro del proceso, la adjudicación, si bien impacta al proveedor, sigue siendo un análisis realizado por la entidad contratante. Además, si bien la adjudicación del proceso se da en la etapa precontractual, es en la etapa contractual donde se lleva a cabo la suscripción del contrato; es decir, en este punto se firma la documentación generada y el proveedor procede a la ejecución.

La declaratoria de desierto de un contrato adjudicado y su relación con la seguridad jurídica. Una perspectiva crítica

En este punto, y luego de haber explicado la seguridad jurídica, así como los procedimientos y las fases de la contratación pública, cabe entonces analizar críticamente la normativa inherente a la declaración de desierto para un proceso de contratación pública, por lo tanto, se cree que tiene una connotación de falta de claridad o el elemento estructural de la seguridad jurídica conforme señaló Pérez Luño en líneas anteriores.

Al respecto, el artículo 33 de la LOSNCP establece que un proceso se declara desierto por varias causales como el supuesto en el que no se haya presentado ninguna oferta, o por ser inhabilitadas todas las ofertas presentadas acordes a la ley, cuando debido a razones de índole económica, técnico o jurídico, se determina que las ofertas no son convenientes a los intereses nacionales o de la institución, entre otras. Sin embargo, para el interés del presente estudio, se analizan aquellas en las cuales se dio ya la etapa de adjudicación del contrato, estas son:

- d). Si una vez adjudicado el contrato, se encontrare que existe inconsistencia, simulación o inexactitud en la información presentada por el adjudicatario, detectada por la Entidad Contratante, la máxima autoridad de ésta o su delegado, de no existir otras ofertas calificadas que convengan técnica y económicamente a los intereses nacionales o institucionales, declarará desierto el procedimiento sin perjuicio del inicio de las acciones que correspondan en contra del adjudicatario fallido; y,
- e). Por no celebrarse el contrato por causas imputables al adjudicatario, siempre que no sea posible adjudicar el contrato a otro oferente. (LOSNCP, 2008)

Del análisis, la causal d) menciona conceptos como la inconsistencia, simulación e inexactitud en la información que entrega el proveedor, debiendo esta ser detectada por el contratante. Cabe en este punto afirmar que el proveedor está sujeto al criterio de la persona a cargo del proceso de contratación, es decir, que pueden presentarse discordancias respecto a la percepción de inexactitud, simulación o inconsistencia entre contratante y proveedor, por ende, esto puede ser fuente de conflicto dada la ambigüedad en los diversos criterios que el responsable determinado por la entidad contratante pueda actuar.

En este sentido, se cree que la ley no es clara respecto a los criterios para determinar que un proceso es desierto una vez el contrato es adjudicado, de modo que la persona que representa a la parte pública puede utilizar criterios muy subjetivos y por ende arbitrario y debatibles para sostener para limitar un proceso, inclusive posterior a su adjudicación.

Llama la atención también que se mencionan acciones en contra del adjudicatario fallido, aunque se debe recordar que la adjudicación aún es una fase precontractual y no se ha procedido a la suscripción, es decir, no hay contrato firmado propiamente dicho, de modo que la misma ambigüedad por la que se violenta la seguridad jurídica al declarar desierto, se identifica en este punto al argüir la posibilidad de sanción, no se debe olvidar que la seguridad jurídica implica

previsibilidad, la persona natural o jurídica debe tener claros los motivos de sanción porque la concepción afirma que lo que no está expresamente prohibido, entonces está permitido.

La causal e) por su parte, menciona causas imputables al adjudicatario, otra vez la implicación es muy amplia, porque debe especificarse que es imputable al adjudicatario, se puntualizan estos aspectos porque son aquellos que pueden desembocar en un proceso de resarcimiento, si se comprueba que se violentó la seguridad jurídica del proveedor.

Por lo tanto, la falta de claridad o de formulación adecuada de la norma conforme señaló Pérez Luño, puede generarse a partir del proceso de análisis de un funcionario sobre la documentación recabada, o los criterios de exclusión imputables, posterior a la aceptación de la oferta del proveedor, se entiende que una reversión del contrato se presenta precisamente por la pérdida de confianza de la parte contratante en el proveedor, en ausencia de documentación sólida que respalde la reversión, por ende, si los motivos de la declaratoria de desierto son subjetivos, entonces esta ambigüedad contraviene la seguridad jurídica del proveedor adjudicado, porque entonces podría presentarse arbitrariedad por parte de la persona que representa a la entidad contratante, en la emisión de criterios y argumentos para la descalificación de una oferta previamente aceptada.

Ahora bien, si se profundiza en el hecho de que la adjudicación es etapa precontractual y no hay aún contrato firmado, el problema que ocupa al presente artículo es la seguridad jurídica del adjudicado cuando se declara desierto un proceso antes de que haya firmado un contrato, al cual la entidad contratante le dio a entender que su oferta fue aceptada, que pasó todos los filtros de revisión documental y procesos acorde al tipo de contratación por la que se canalizó la oferta y de pronto, sin aparente razón o una no del todo clara que inclusive podría tener cierta dosis de arbitrariedad, la entidad contratante desiste de su contratación por declaratoria de desierto.

En este contexto, si bien es cierto, no existe documento firmado por las partes, si existen condiciones y documentos que ambas han remitido previamente a su contraparte y se entiende que cada una realizó el análisis pertinente, es decir, el proveedor asume que la información que entregó a la institución contratante fue suficiente para que esta determine que su oferta fue la que conviene a los intereses institucionales.

La aceptación de la oferta, aún sin contrato firmado, brinda al contratante la certeza de su posición frente al Estado, para él su accionar fue apegado a la ley, por lo que es previsible que su contrato será ejecutado, si de pronto el contrato es revertido al Estado por declaratoria de

desierto, el proveedor puede percibir arbitrariedad ante la subjetividad de los motivos de reversión; en el caso de la entidad contratante, en la fase preparatoria creó un pliego que fue publicado en el PAC con asignación presupuestaria y condiciones definidas.

En la fase precontractual, al proveedor se le remitió esta información con las condiciones del proceso, los criterios de inclusión y exclusión, de modo que cuando el oferente entregó su oferta, esta contenía como mínimo la propuesta de servicio con sus procedimientos, tiempos y formas exigidas por la entidad contratante y se entiende que el oferente entregó la documentación de respaldo para ser incluido en el grupo de proveedores que cumplen los parámetros del contratante, por lo que una declaratoria de desierto posterior a la ejecución, en cierto modo lesiona el derecho a la seguridad jurídica del ofertante cuando los principios de certeza y previsibilidad de la ley parecen ser ignorados.

En este punto, y tomando en cuenta que la oferta que cumple las exigencias de la entidad contratante, fue aceptada, es decir, se adjudicó el contrato después de que el proceso de análisis interno de la institución que determinó el proveedor representaba la mejor opción en torno al uso de los recursos públicos, y considerando que un proceso puede ser declarado desierto aun cuando ya fue adjudicado, en función del literal d) del artículo 33 de declaratoria de procesos desiertos de la LOSNCP, analizado previamente, la única razón que puede existir para declarar desierto el proceso, es faltas al principio de buena fe y lealtad, que la entidad contratante debe probar.

Por lo tanto, si el oferente percibe su seguridad jurídica violentada, se debe determinar cuál es el daño que este pudo haber recibido y que demanda compensación; en primer lugar se presentaría el supuesto de la confianza razonable, este supuesto implica que aquel que estuvo negociando bajo el principio de buena fe, puede haber desarrollado una confianza razonable en que el contrato iba a ser celebrado, con base en las señales percibidas por la contraparte (entidad contratante en este caso), sean estas señales explícitas o tácitas (Galeas, 2018), esta confianza en la inminencia del contrato (más aún si ya fue adjudicado) pudo provocar que el oferente incurra en gastos de tiempo, financieros o de otros recursos, lo que implica que su seguridad jurídica demanda protección.

Sin embargo, debe aclararse que para argumentar este supuesto, es indispensable haberse materializado acciones, tácitas o explícitas, que manifiesten la inminencia de la contratación, en este caso la aceptación de la oferta, después del proceso de análisis del solicitante en ejercicio de

su libertad de contratación y selección, por parte de la entidad contratante, es una clara señal que genera confianza razonable en el proveedor.

Otro supuesto que debe analizarse como fuente de vulneración jurídica del proveedor adjudicado, es el carácter intempestivo e injustificado de la ruptura del preacuerdo; en el contexto de la adjudicación de un contrato público, la aceptación de la oferta se entiende como la culminación de la fase precontractual, si se declara desierto el proceso arguyendo falta al principio de buena fe, que la entidad contratante debe probar, el proveedor que considerado ha actuado de buena fe, se le ha afectado con un acto ilícito, puesto que convergen los tres elementos para ello: violación del ordenamiento jurídico, voluntariedad del acto, puesto que un agente de la entidad contratante genera el hecho y, se configura un daño hacia el oferente. (Moisset, 2000, págs. 6,7)

La violación del elemento jurídico viene dada por la declaratoria de desierto de un proceso contractual ya adjudicado, por lo tanto, si la entidad contratante no prueba la falta al principio de buena fe del proveedor, entonces violenta la normativa de la contratación pública, puesto que ningún numeral del artículo 33 de la LOSNCP sería aplicable aparte del “d” o “e” a un proceso adjudicado; respecto al acto voluntario de daño, debe recordarse que el numeral d) del artículo 33 de la LOSNCP dice explícitamente que la simulación, inexactitud o inconsistencia debe ser detectada por un funcionario de la entidad contratante, de modo que el acto voluntario de suspensión por otro individuo existe; sin embargo, la presencia de dolo en el accionar debe probarse, y finalmente el daño puede ser económico debido a la confianza razonable mencionada anteriormente.

Ahora se debe analizar que cabe en el marco de la vulneración de la seguridad jurídica del oferente adjudicado de un proceso declarado desierto, en este contexto, la Constitución en su artículo No. 11 reza claramente:

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por... las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Es decir, que, si los derechos de un ciudadano son vulnerados, el Estado está en la obligación de repararle los daños, por lo tanto, si en los procesos de contratación pública, se vulnera el derecho de los oferentes adjudicados por declaratoria de proceso desierto, aun cuando la ley de

Contratación Pública diga que no es posible exigir reparaciones, la norma superior ordena lo contrario, por ello, el Artículo No. 330 del Código Orgánico Administrativo dice textualmente:

Responsabilidad extracontractual. Las instituciones del sector público, con excepción de la función judicial cuya responsabilidad está determinada en su propia ley, responden por el daño debidamente calificado proveniente de sus actuaciones u omisiones, incluso cuando estas sean lícitas, siempre que el particular perjudicado no tenga la obligación jurídica de soportarlo (Código Orgánico Administrativo, 2017)

El texto previo revela que incluso si las acciones se consideran lícitas, es decir, el funcionario o funcionaria que declaró desierto el proceso con relación a una percepción de falta de buena fe, obraron, valga la redundancia, de buena fe; el oferente adjudicado deberá ser indemnizado y la indemnización estará acorde al daño debidamente justificado en recursos financieros, tiempo y demás.

Conclusiones

La seguridad jurídica del proveedor, radica en la certeza y previsibilidad de la ley, la adjudicación del contrato, aun cuando este no haya sido firmado, implica que las condiciones de la contratación, estipuladas por la entidad contratante en la etapa de diseño del proceso, fueron cumplidas por el proveedor y su oferta fue aceptada debido a que el análisis de la entidad contratante determinó que fue la mejor para los intereses del sector público, respecto a las otras presentadas.

La vulneración a la seguridad jurídica del oferente adjudicado, una vez que se declara desierto el proceso de contratación pública, existe, si dicha declaración no prueba la inexactitud, simulación e inconsistencia de la oferta y los documentos de respaldo presentados, es decir, no se prueba la falsedad de la información prevista.

El oferente tiene derecho a una reparación por parte del Estado de los daños y perjuicios derivados de la declaración de proceso desierto en un proceso adjudicado que en virtud de que la adjudicación, aun cuando no se haya firmado el contrato, generó en el oferente una confianza razonable que provocó pérdidas en tiempo, recursos financieros y materiales, debidamente justificados, aun cuando la declaratoria de proceso desierto, se haya realizado de forma lícita, es decir, sin actuar de mala fe por parte de los funcionarios de la entidad pública contratante.

La lesión a la seguridad jurídica del oferente, en la declaratoria de desierto de un proceso que fue previamente adjudicado, proviene de la ambigüedad de la ley respecto a los motivos para tal declaratoria, existe la percepción de subjetividad en la argumentación para sostener la declaratoria de desierto por parte del funcionario que representa los intereses del Estado de modo que el proveedor puede percibir arbitrariedad en la aplicación de la ley.

Aun cuando la declaratoria de desierto posterior a la adjudicación no contenga argumentos reñidos con la ley, el proveedor puede argumentar subjetividad de los mismos, puesto que se presentan posterior a la adjudicación y por ende, cuando se entiende tácitamente que esa etapa del análisis fue ya superada por la oferta lo que generó en el ofertante una confianza razonable en la obtención del contrato pese a que no se dio la firma del mismo.

El ofertante puede exigir la reparación de aquellos gastos generados a partir de la confianza razonable derivada de la aceptación de la oferta por parte de la entidad contratante, cuando su oferta fue adjudicada, aún sin la firma del contrato, puesto que puede alegar que su seguridad jurídica fue violentada por una declaratoria de desierto posterior a la adjudicación.

Referencias

1. León, L., Barrueta, D., & Martell, L. (02 de Marzo de 2019). La seguridad jurídica una proyección general. Obtenido de Scielo: <https://n9.cl/b1f7>
2. Campos, M. (15 de Febrero de 2018). Más normas, menos seguridad: el problema de la Seguridad Jurídica en todo proceso de reforma. Obtenido de Dialnet: <https://n9.cl/rq17>
3. Manili, P. (12 de Marzo de 2019). La Seguridad Jurídica en el Derecho Constitucional Comparado. Obtenido de LEX: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas: <https://n9.cl/84xn2>
4. Corte Constitucional del Ecuador. (21 de Agosto de 2013). Sentencia N. 067-13-SEP-CC. Obtenido de Caso N. 2172-11-EP: <https://n9.cl/ugimd>
5. Corte Costitucional del Ecuador. (7 de Agosto de 2013). Sentencia No: 051-13-SEP-CC. Obtenido de Caso No: 088-11-EP: <https://n9.cl/lrep9>
6. Corte Constitucional del Ecuador. (09 de Diciembre de 2009). Sentencia No: 0035-09-SEP-CC. Obtenido de Caso No: 0307-09-EP: <https://n9.cl/vdrda>
7. Constitución de la República del Ecuador. (2008). Artículo 425. Obtenido de <https://n9.cl/41evj>

8. Cruz, V. (2013). Modelo de gestión para asegurar la efectividad del proceso de contratación pública en el Ecuador. Obtenido de PUCE: <https://n9.cl/nf7zd>
9. LOSNCP. (04 de Agosto de 2008). Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Obtenido de <https://n9.cl/rjy8v>
10. Baldeón, C. (2014). La normalización como pilar innovador de la contratación pública. Obtenido de Universidad Andina Simón Bolívar: <https://n9.cl/64vim>
11. Galeas, M. (2018). El principio de buena fe en la etapa precontractual de la contratación pública ecuatoriana. Obtenido de Universidad Andina Simón Bolívar: <https://n9.cl/rscsh>
12. Cevallos, E. (Marzo de 2019). El Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo en el Ecuador. Obtenido de EUMED: <https://n9.cl/7lbzk>
13. Solarte, A. (Diciembre de 2004). La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta. Obtenido de Redalyc: <https://n9.cl/5vxga>
14. Moisset, L. (2000). El acto ilícito y la responsabilidad civil. Obtenido de Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba: <https://n9.cl/56nfj>
15. Código Civil. (2016). Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun.-2005. Obtenido de Última modificación: 22-may.-2016: <https://n9.cl/88tyb>
16. Código Orgánico Administrativo. (2017). Asamblea Nacional. Obtenido de Segundo Suplemento: <https://n9.cl/tziya>
17. Corte Constitucional del Ecuador. (27 de Febrero de 2020). CASO No. 2000-14-EF. Obtenido de [http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/025ff30c-71c5-4928-a8bc-c13def8a4368/2000-14-EP-20%20\(2000-14-EP.pdf](http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/025ff30c-71c5-4928-a8bc-c13def8a4368/2000-14-EP-20%20(2000-14-EP.pdf)
18. Mejía, O. (Junio de 2020). «El principio general de la seguridad jurídica en la jurisprudencia comunitaria. Obtenido de Boletín Electrónico sobre Integración Regional del CIPEI: <https://intranet.eulacfoundation.org/es/system/files/EI%20PRINCIPIO%20GENERAL%20DE%20LA%20SEGURIDAD%20JUR%20C3%20DDICA%20EN%20LA%20JURISPRUDENCIA%20COMUNITARIA%20EUROOPEA..pdf>
19. Pérez, A. E. (2000). La Seguridad Jurídica: una garantía del derecho y la justicia. (U. d. Sevilla, Ed.) Boletín de la Facultad de Derecho, 15, 1-14. Obtenido de <https://biblioteca.cejamerica.org/bitstream/handle/2015/2606/eserv.pdf>

20. López, J. (21 de Diciembre de 2011). LA CONSAGRACIÓN DEL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA COMO CONSECUENCIA DE LA REVOLUCIÓN FRANCESA DE 1789. Prolegómenos, 212-134. Obtenido de <file:///C:/Users/Danny/Downloads/Dialnet-LaConsagracionDelPrincipioDeSeguridadJuridicaComoC-3849989.pdf>
21. Corte Constitucional del Ecuador. (18 de Julio de 2018). SENTENCIA N.º 265-18-SEP-CC. Obtenido de <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=265-18-SEP-CC>
22. INCOP. (2009). Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.
23. Bajaña, K. (Julio de 2019). La contratación pública como herramienta de desarrollo económico en el Ecuador. Revista Mapa, 126-144. Obtenido de <https://www.revistamapa.org/index.php/es/article/view/157/180>
24. Calle, J. (Febrero de 2022). EL DERECHO A LA SEGURIDAD JURÍDICA DEL CIUDADANO EN RELACIÓN CON LAS PRERROGATIVAS EXORBITANTES DE LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR. Obtenido de PUCE: <https://repositorio.pucesa.edu.ec/bitstream/123456789/3472/1/77643.pdf>
25. Charvet, C. (2022). Potestades exorbitantes en la contratación pública y su afectación a los derechos del contratista. Obtenido de Universidad Andina Simón Bolívar: <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/8792/1/T3843-MDACP-Charvet-Potestades.pdf>
26. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Agosto de 2020). SENTENCIA DE 27 DE AGOSTO DE 2020. Obtenido de URRUTIA LAUBREAUX VS. CHILE: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_409_esp.pdf
27. CIDH. (1 de Septiembre de 2011). Sentencia Caso López contra Venezuela. Obtenido de Corte Interamericana de derechos humanos: CASO LÓPEZ MENDOZA VS. VENEZUELA
28. Diaz, D. (2015). Principio de seguridad jurídica aplicado al Sistema Interamericano para la constitución de cosa juzgada nacional: Fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado Colombiano. Obtenido de Unilibre:

<https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/19018/Trabajo%20de%20Grado.pdf?sequence=3&isAllowed=y>

29. Villacrés, J. (2021). Derecho constitucional a la seguridad jurídica de los ciudadanos en el Ecuador. Polo del Conocimiento, 21-32.
30. Zamora, A. (Septiembre de 2021). Vulneración de la seguridad jurídica por los funcionarios públicos en el Ecuador . POCAIP, 3. Obtenido de <https://fipcaec.com/index.php/fipcaec/article/view/454>
31. Pérez Luño, A. E. (2000). La seguridad jurídica: una garantía del derecho y la justicia. Boletín de la Facultad de Derecho.
32. Código Orgánico de la Función Judicial. (9 de Marzo de 2009). Obtenido de https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/normativa/codigo_organico_fj.pdf

© 2022 por los autores. Este artículo es de acceso abierto y distribuido según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>).