



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO
FACULTAD DE CIENCIAS POLITICAS Y ADMINISTRATIVAS

CARRERA DE DERECHO

“La potestad discrecional de la administración pública en la motivación de resoluciones de adjudicación en los procedimientos de régimen común del Sistema Nacional de Contratación Pública”

Trabajo de Titulación previo a la obtención del título de
Abogada de los Tribunales de la República del Ecuador

Autora:

Karol Lisbeth Palomino Barreno

Tutor:

Alex Lluquin Valdiviezo

Riobamba, Ecuador. 2023

DECLARATORIA DE AUTORIA

Yo, Karol Lisbeth Palomino Barreno, con cédula de ciudadanía 175080138-1, autora del trabajo de investigación titulado: **“La potestad discrecional de la administración pública en la motivación de resoluciones de adjudicación en los procedimientos de régimen común del Sistema Nacional de Contratación Pública”**, certifico que la producción, ideas, opiniones, criterios, contenido y conclusiones expuestas son de mi exclusiva responsabilidad.

Así mismo, cedo a la Universidad Nacional de Chimborazo, en forma no exclusiva, los derechos para su uso, comunicación pública, distribución, divulgación y/o reproducción total o parcial, por medio físico o digital; en esta cesión se entiende que el cesionario no podrá obtener beneficios económicos. La posible reclamación de terceros respecto de los derechos de autor (a) de la obra referida, será de mi entera responsabilidad; liberando a la Universidad Nacional de Chimborazo de posibles obligaciones



Karol Lisbeth Palomino Barreno

C.I.175080138-1

AUTORA



CERTIFICACIÓN DEL TUTOR

QUIÉN SUSCRIBE, ALEX FABRICIO LLUGUIN VALDIVIEZO, CATEDRÁTICO DEL NIVEL DE PREGRADO DE LA CARRERA DE DERECHO, DE LA FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS, DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO.

CERTIFICO:

Haber asesorado y revisado minuciosamente durante todo su desarrollo el proyecto de investigación previo a la obtención del título de Abogada, Titulado : **"La potestad discrecional de la administración pública en la motivación de resoluciones de adjudicación en los procedimientos de régimen común del Sistema Nacional de Contratación Pública"**, realizado por Karol Lisbeth Palomino Barreno, con cédula de identidad número 175080138-1; por tanto, autorizo ejecutar los trámites legales para su presentación.

Riobamba, 21 de noviembre de 2023.

Alex Fabricio Lluquin Valdiviezo

TUTOR

CERTIFICADO DE LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL

Quienes suscribimos, catedráticos designados Miembros del Tribunal de Grado para la evaluación del trabajo de investigación: **“La potestad discrecional de la administración pública en la motivación de resoluciones de adjudicación en los procedimientos de régimen común del Sistema Nacional de Contratación Pública”**, elaborado por Karol Lisbeth Palomino Barreno con cédula de identidad número 175080138-1, bajo la tutoría del Mgs. Alex Fabricio Lluquin Valdiviezo; certificamos que recomendamos la **APROBACIÓN** de este con fines de titulación. Previamente se ha evaluado el trabajo de investigación y escuchada la sustentación por parte de su autor, no teniendo más nada que observar.

De conformidad a la normativa aplicable firmamos, Riobamba a los 11 días del mes de diciembre de 2023

Presidente del Tribunal de Grado

Mgs. Edison Barba Tamayo

Miembro del Tribunal de Grado

Mgs. Ana Machado Asqui

Miembro del Tribunal de Grado

Mgs. Carolina Montenegro Benalcazar



Dirección
Académica
VICERRECTORADO ACADÉMICO



UNACH-RGF-01-04-02.05
VERSIÓN 02: 06-09-2021

CERTIFICACIÓN

Que, **KAROL LISBETH PALOMINO BARRENO**, con CC: 175080138-1, Estudiante de la Carrera de **Derecho**, Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas; ha trabajado bajo mi tutoría el trabajo de investigación titulado **“La potestad discrecional de la administración pública en la motivación de resoluciones de adjudicación en los procedimientos de régimen común del Sistema Nacional de Contratación Pública”**, el cual cumple con el 1% de acuerdo al reporte del sistema Anti plagio URKUND, porcentaje aceptado de acuerdo a la reglamentación institucional, por consiguiente, autorizo continuar con el proceso.

Riobamba, 20 de noviembre de 2023.

Alex Fabricio Luján Valdiviezo

TUTOR

DEDICATORIA

Mi tesis la dedico con gratitud a Dios quién bendigo mi camino y me supo dirigir hasta esta meta. A mis amados padres Rosario Barreno y Hermel Palomino quienes con su fraterno amor forjaron en mí una persona de valores, respeto y honestidad, una mujer de coraje capaz de lograr lo que se proponga y enfrentar las adversidades que se presenten en el camino con el fin de cumplir sus sueños, a ustedes amados padres va dirigido esto, con un amor infinito como muestra de agradecimiento por todo lo que han hecho por mí.

A mis hermanas, quienes con su complicidad y amor de hermanas me aconsejaron, me apoyaron y jamás me dejaron sola en todo este largo proceso, gracias por creer en mí y enseñarme que la figura de hermana es sinónimo de ejemplo, confabulación, y amor eterno. A mis amados sobrinos quienes fueron mi motor para no rendirme, mi fuerza y mi inspiración, les dedico esto como muestra de que el límite está en nuestra mente y que son capaces de lograr todo y más de lo que se propongan, ustedes mis pequeñitos hicieron en mí más de lo que se imaginan.

Alexander, un hombre extraordinario que la vida me permitió conocer, quién fue mi apoyo incondicional en todo este proceso, quién me extendió su mano y fue mi impulso para llegar hasta este punto, mi futuro colega quién me alentó y motivó para alcanzar esta meta, eternamente agradecida con este ser tan maravilloso que llegó a mi vida.

Karol Palomino Barreno

AGRADECIMIENTO

Mi agradecimiento a Dios por regalarme una hermosa familia que me apoya me guía y que son mi ejemplo de trabajo, superación, dedicación y perseverancia, gracias por enseñarme que con disciplina y trabajo fuerte se puede cumplir metas sin importar que tan difícil sea el camino siempre el querer será poder.

Gracias totales a mi amada Universidad Nacional de Chimborazo quien desde el momento uno me acogió en su lecho, me impartió enseñanzas me permitió amar mi carrera y me ayudo a forjarme profesionalmente, me dio la oportunidad de formar lazos de amistad con personas increíbles, mil gracias, Riobamba, porque a pesar de que fui foránea me demostraste lo más bonito de la ciudad con gente cálida y buena.

A mi querido tutor Dr. Alex Lluquin quien me ilustro con su conocimiento y de la mano aquello nació en mi un amor excepcional por el Derecho Administrativo, gracias por su apoyo y guía durante la elaboración de este trabajo de investigación que sin lugar a duda es el reflejo de lo que amo hacer.

Gracias mi entrañable UNACH porque me permitiste vivir la mejor experiencia de vida.

Karol Palomino Barreno

ÍNDICE GENERAL

DECLARATORIA DE AUTORIA.....	
CERTIFICADO DEL TUTOR.....	
CERTIFICADO DE LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL	
CERTIFICADO URKUND	
DEDICATORIA.....	
AGRADECIMIENTO.....	
ÍNDICE DE TABLAS	
ÍNDICE DE FIGURAS.....	
RESUMEN	
ABSTRACT.....	
CAPÍTULO I	14
INTRODUCCIÓN	14
1.1 Planteamiento del Problema.....	15
1.2 Objetivo General	17
1.3 Objetivos Específicos	18
CAPÍTULO II. MARCO TEÓRICO.....	19
2.1. Estado del arte	19
2.2. UNIDAD I. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	21
2.2.1. La Administración Pública y sus Principios	21
2.2.2. Principios de la Administración Pública.....	25
2.2.3. Principios Generales de la Administración Pública con fundamento en la Constitución de la Republica del Ecuador, Código Orgánico Administrativo y Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.	28
2.2.4. Competencias de la Administración Pública	31
2.2.5. PRINCIPIO DE JURIDICIDAD Y DE LEGALIDAD	36
2.2.6. Principio de juridicidad.....	36
2.2.7. Principio de legalidad.....	37
2.2.8. Discrecionalidad de la Administración Pública.....	39

2.2.9. Discrecionalidad técnica:	41
2.3. UNIDAD II. LOS PROCEDIMIENTOS DEL RÉGIMEN COMÚN DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	43
2.3.1. Registro Único de Proveedores:	44
2.3.2. Contratista incumplido	44
2.3.3. Adjudicatario fallido	44
2.3.4. Menor cuantía	45
2.3.5. Cotización:	48
2.3.6. Licitación:	50
2.3.7. Ínfima Cuantía:	52
2.3.8. Consultoría:.....	54
2.4. UNIDAD III. POTESTAD DISCRECIONAL EN LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES DE ADJUDICACIÓN.	57
2.4.1. Motivación de los actos administrativos en el Sistema Nacional de Contratación Publica....	57
2.4.2. FASES DE CONTRATACIÓN PÚBLICA	65
2.4.3. Contratación Pública	65
CAPÍTULO III. METODOLOGIA.....	66
3.1. Tipo de Investigación.....	66
3.2. Diseño de Investigación	66
3.3. Técnicas de recolección de Datos.	66
3.4. Población de estudio y tamaño de muestra.....	67
3.5. Hipótesis	67
3.6. Métodos de análisis y procesamiento de datos	67
4. CAPÍTULO V.....	91
4.1. CONCLUSIONES	91
4.2. RECOMEDACIONES.....	93
BIBLIOGRAFÍA	94

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1. Principios Generales de la Administración Pública -----	28
Tabla 2. Competencias Exclusivas de los niveles de gobierno en Ecuador -----	34
Tabla 3. Análisis de Resolución de adjudicación de menor cuantía -----	69
Tabla 4. Análisis de Resolución de adjudicación de licitación -----	72
Tabla 5. Análisis de Resolución de adjudicación de Cotización -----	75
Tabla 6. Datos relevantes de los profesionales entrevistados -----	78
Tabla 7. Entrevista 1 -----	79
Tabla 8. Entrevista 2 -----	81
Tabla 9. Entrevista 3 -----	83
Tabla 10. Entrevista 4 -----	85
Tabla 11. Resumen de resultados -----	87

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1. Procedimientos del régimen común SNCP.....	45
Figura 2. Menor Cuantía procedimiento del régimen común.....	47
Figura 3. Procedimiento del Régimen Común, Cotización.....	49
Figura 4. Procedimiento del Régimen Común, Licitación.....	51
Figura 5. Procedimiento del régimen común, Ínfima Cuantía	53
Figura 6. Procedimiento del régimen común, Consultoría.....	55
Figura 7. Procedimiento de régimen común, Contratación directa, lista corta	56
Figura 8. Actividades de la Administración Pública	62
Figura 9. Elementos del acto administrativo	63
Figura 10. Fases de la Contratación Pública	65
Figura 11. Interpretación de Resultados.....	89

RESUMEN

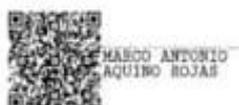
La administración pública persigue fines colectivos a fin de alcanzar el bien común, para esto cuenta con niveles de gobierno central y órganos descentralizados que permiten llegar a un óptimo cumplimiento de los fines propuestos. La ley reviste a la administración pública de potestades regladas y discrecionales, la primera limitada por la ley y la segunda un acto de elección de la administración pública, por ende, el presente trabajo de investigación tiene como objetivo conocer de qué manera influye la discrecionalidad en las resoluciones de adjudicación en procedimientos de régimen común del Sistema Nacional de Contratación Pública y en efecto establecer cuál es la importancia de la motivación en actos administrativos. Con esta finalidad se ha utilizado un diseño metodológico cualitativo que describe el problema jurídico, en base a la información y datos obtenidos mediante la guía de entrevista, permitiendo un acercamiento óptimo a la realidad sobre la potestad discrecional de la administración pública en la motivación de resoluciones de adjudicación en los procedimientos de régimen común del Sistema Nacional de Contratación Pública. Las conclusiones de la investigación están en relación con las distintas percepciones obtenidas de los procuradores síndicos de diferentes instituciones públicas de la provincia de Chimborazo, en donde se obtuvo que la motivación es un instrumento indefectible dentro de toda actuación de la administración pública.

Palabras Clave: Potestad discrecional, Administración Pública, Motivación, Contratación Pública, Procedimientos de Régimen Común.

ABSTRACT

The public administration pursues collective goals to achieve the common good, for which it has central levels of government and decentralized bodies that allow it to achieve optimum compliance with the proposed goals. The law provides the public administration with regulated and discretionary powers, the former limited by law and the latter an act of choice of the public administration. Therefore, this research work aims to find out how discretionally influences award decisions in common regime procedures of the National Public Procurement System and to establish the importance of motivation in administrative acts. To this end, a qualitative methodological design has been used to describe the legal problem, based on the information and data obtained through the interview guide, allowing an optimal approach to the reality of the discretionary power of the public administration in the motivation of award resolutions in the common regime procedures of the National Public Procurement System. The conclusions of the research are related to the different perceptions obtained from the procuradores síndicos of different public institutions in the province of Chimborazo, where it was obtained that motivation is an unfailing instrument within all actions of the public administration.

Keywords: Discretionary power, Public Administration, Motivation, Public Procurement, Common Regime Procedures.



Reviewed by:

Mgs. Marco Antonio Aquino

ENGLISH PROFESSOR

C.C. 1753456134

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo principal dar a conocer la importancia de la potestad discrecional en la administración pública frente a la motivación de las resoluciones de adjudicación que son expedidas dentro de los procedimientos de régimen común del sistema nacional de contratación pública y en efecto, establecer si aquella facultad converge en la toma de decisiones provenientes de la administración con el fin de llegar a determinar si estas, en ejercicio de sus facultades son actos legítimos o arbitrarios. Es significativo resaltar en este punto que la Contratación Pública es un tema trascendental dentro del desarrollo no solo económico sino también social del Estado ecuatoriano ya que el propósito de la administración pública es velar por el interés de la sociedad y con ello el desarrollo integral de toda la población en varios de sus aspectos. Sin embargo, para que esto ocurra la administración pública cuenta con un papel importante, el mismo que radica en limitar sus actuaciones bajo los principios fundamentales del Derecho Administrativo consagrados en los cuerpos legales vigentes los cuales son: principio de legalidad, trato justo, eficacia, eficiencia, igualdad, participación social, publicidad, oportunidad, etc., subsumido a la garantía de los derechos.

A partir de la Constitución de la República del Ecuador del año 2008 con el cambio de paradigma de un Estado de derecho a un Estado constitucional de derechos y justicia, aparecen las tan debatidas funciones del Estado las mismas que corresponden a Ejecutivo, Legislativo y Judicial, siendo sustancial precisar que si bien son funciones diferentes, pertenecen a un mismo poder y cada una de estas dentro del conglomerado de atribuciones que las cobija está el expedir actos normativos, entiéndase por el mismo como la voluntad unilateral que tiene la administración pública de pronunciarse acerca de un hecho en concreto, cuya resolución acarrea efectos generales o individuales para los administrados.

La administración pública se ciñe al principio de legalidad y de esta forma se le atribuye facultades regladas y discrecionales, por tanto, este trabajo se enfocará principalmente en analizar la potestad de la administración con elementos de discrecionalidad, precisando que serán estas el eje transversal y la base de esta investigación ya que por medio de la misma se pretende concluir si la potestad discrecional acarrea consigo la falta de motivación

principalmente en las resoluciones de adjudicación de los procedimientos del régimen común en el Sistema Nacional de Contratación Pública por el hecho de otorgar el imperio de la valoración subjetiva a la Administración.

En torno a la investigación, esta se ubica en la provincia de Chimborazo cantón Riobamba, en donde se estudiarán facultades, competencias, características y configuración de la administración pública, con la finalidad de determinar el alcance de la potestad discrecional de la administración pública y la motivación de las resoluciones de adjudicación en los procedimientos del régimen común del SNCP emitidos por la administración pública, por lo cual se ha establecido un grupo poblacional concreto a fin de recabar datos cercanos a la problemática propuesta en el presente trabajo investigativo.

Por lo expuesto anteriormente, la presente investigadora ha considerado oportuno que el actual proyecto investigativo tenga como respaldo metodológico, el método inductivo, dogmático, jurídico doctrinal y estudio de caso. Por los objetivos que la existente investigación lleva a cabo se ha visto oportuno adoptar un enfoque cualitativo, asumiendo diferentes tipos de investigación como dogmático, jurídica descriptiva y documental que sin lugar a duda enriquecerán el desarrollo del tema propuesto en el presente caso.

Es así como la presente investigación titulada “La potestad discrecional de la administración pública en la motivación de resoluciones de adjudicación en los procedimientos de régimen común del Sistema Nacional de Contratación Pública.” se encuentra realizada bajo los parámetros y fundamentos del artículo 17 del Reglamento de titulación de la Universidad Nacional de Chimborazo.

1.1 Planteamiento del Problema

La problemática que surge de este tema está vinculado a la deficiencia de la motivación en las resoluciones de adjudicación que existe dentro de los procedimientos de régimen común del sistema nacional de contratación pública, esto a raíz de la libertad parcial que se le otorga a la administración para actuar, es decir, existiendo un catálogo de posibilidades frente a un determinado caso la administración como tal en harás de su facultad, discrecionalmente podrá elegir la más justa. Por tanto ¿En qué basa su criterio la administración para elegir la propuesta más favorable? ¿Cuenta la administración con un control motivacional, técnico y jurídico que regule esta actividad al tener como facultad la potestad discrecional a su favor?

Ahora bien, la administración pública para varios doctrinarios cuenta con potestades regladas y discrecionales, y sienta sus bases en una serie de principios como buena fe, razonabilidad, eficacia, eficiencia, transparencia etc. Es decir, toda clase de actuación por parte de la administración deberá fundamentar su hecho en estos preceptos. Por tanto, al ser la discrecionalidad el poder que tiene la administración pública, de qué manera fundamenta su decisión en las resoluciones de adjudicación si este acto es emanado de la mera voluntad de la administración pública sin que esto sea arbitrariedad por parte del órgano que lo emite. Varios autores mencionan que la administración pública en casos de discrecionalidad deberá tener estricta observancia al principio de juridicidad y con esto a la razonabilidad que se plantea frente a un determinado caso observando la ley, pero sin contravenirla y mucho menos alterarla. Sin embargo, para el pensar de otros jurídicos mencionan que la discrecionalidad se limita a varios aspectos extrajurídicos ya que surgen del atrevimiento de la administración mas no de las facultades propiamente regladas, entonces, bajo este precepto cuál es el límite del control que tendrá esta potestad discrecional de la administración pública al estar dentro del Estado constitucional de derechos.

La vigente Constitución de la República del Ecuador (C.R.E., 2008) menciona que “Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución” (Art.226).

Es decir, el ejercicio de la potestad discrecional de la administración pública está supeditada al respeto de los derechos constitucionales y normativos, sin embargo, las actuaciones que no estén ligadas al respeto de los derechos, principios constitucionales y sean contrarios a los mismos carecerán de eficacia jurídica, entonces ¿la potestad discrecional es una ventaja o un desacierto de la administración pública?

Si bien dentro de los procedimientos del Sistema Nacional de Contratación Pública han derivado en una discrecionalidad parcial ya que existe la ausencia de planificación, control o elección lo que converge en una deficiencia de la motivación netamente de las resoluciones de adjudicación. Razquin (2022) refiere al respecto sobre la motivación como la fundamentación en las decisiones de la administración con el fin de dar a conocer de manera

sucinta la argumentación que la llevaron a tomar o rechazar una opción por sobre otras y debe apreciarse en base a las circunstancias, el contenido del contrato y los derechos de los interesados.

Conviene subrayar también que al estar dentro de un estado de derechos y justicia el deber primordial de toda entidad pública es velar por el bien común y cubrir las necesidades colectivas de la población, es así como cada una de las actuaciones que provenga de la administración pública deberá regirse bajo los principios emanados por la ley y sobre todo respetando el principio de legalidad que citando a Cañamar (2018) menciona que de cierta manera la legalidad limita a los servidores públicos actuar más allá de lo que se permite mientras no exista norma que la regule, a fin de evitar así la arbitrariedad y la discrecionalidad por parte de los funcionarios.

En este sentido y para garantizar los derechos tanto de la administración como de los administrados y los oferentes que se presentan al concurso, se considera que para dar cumplimiento con el catálogo de principios emanados por la Constitución de la República del Ecuador, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y el Código Orgánico Administrativo, con énfasis en los mandatos de transparencia, planificación jurídica establecidos en los artículos 11, 12 y 14 del cuerpo normativo antes mencionado, pues la presente investigadora cree viable inhibir esta facultad discrecional a los organismos que manejen recursos e intereses públicos ya que de no hacerlo las facultades regladas perderán su efecto frente al acaparamiento de las facultades discrecionales.

Pues la única manera de corroborar si los fines y objetivos del estado están siendo eficaces es realizando un control de calidad de los resultados que recaen sobre los interesados en el caso, de acuerdo con Barba (2021) “la calidad pasa a ser acogida en la administración pública con un enfoque de derechos, tanto así que los indicadores de evaluación de calidad se ligan directamente con la satisfacción de los mismos y la cobertura de servicios” (p.12).

1.2 Objetivo General

Analizar a través de un estudio jurídico doctrinario el alcance de la potestad discrecional de la Administración Pública en la motivación de las resoluciones de adjudicación en los procedimientos de régimen común del sistema nacional de contratación pública.

1.3 Objetivos Específicos

- 1:** Identificar la potestad discrecional de la Administración Pública en el sistema nacional de contratación pública.
- 2:** Distinguir las características y configuración de los procedimientos de régimen común del sistema nacional de contratación pública.
- 3:** Examinar a través de casos prácticos la potestad discrecional de la Administración Pública en la motivación de resoluciones de adjudicación.

CAPÍTULO II. MARCO TEÓRICO.

2.1. Estado del arte

En relación con el trabajo que versa sobre “La potestad discrecional de la administración pública en la motivación de resoluciones de adjudicación en los procedimientos de régimen común del Sistema Nacional de Contratación Pública”. Para Jéssica Nataly Delgado Ochoa, en el año 2019, para obtener el título de Abogada, en la Universidad del Azuay realizó un trabajo investigativo titulado:” La potestad discrecional de la administración y el principio de legalidad”, con el que concluye el mismo señalando que:

La discrecionalidad, desde el Derecho Administrativo, no es, sino una facultad que tienen todos aquellos que ostenten un poder público, sea persona natural o jurídica, para actuar frente a determinadas situaciones sin necesidad de estar sujetas a unaley, permitiéndole a la autoridad elegir, bajo una valoración subjetiva, entre dos o más alternativas igualmente justas, a fin de lograr por un lado bien común y por otro lado la protección de derechos fundamentales (Delgado, 2019, p. 55).

Karolina Lopez Tamayo, en el año 2018, para obtener el título de abogada, en la Universidad de los Hemisferios realizó un trabajo investigativo titulado:” La potestad discrecional de la administración y la necesidad de crear mecanismos eficaces para su control”, con el que concluye el mismo señalando que:

Todo acto discrecional debe cumplir como requisito fundamental estar debidamente motivado plasmando las cuestiones tanto de hecho como de derecho que conllevaron a la toma de decisión con respecto al caso específico que resuelve la administración, y de esta manera, está en consonancia con la norma constitucional en los relativo a las garantías del debió proceso y se protegen los derechos del administrado (Lopez, 2018, p. 44).

Que los actos discrecionales son objeto de control tanto constitucional como de legalidad, en el caso del primero por vulnerar y existir incongruencia con los preceptos establecidos en la Constitución de la República y en el otro caso. Cuando existan inconsistencias relacionadas con la normativa jurídica, sin embargo, estos controles no resultan suficientes puesto que en las actuaciones administrativas pueden aparecer manifestaciones de arbitrariedad y desvío de poder que afectan los derechos del administrado y la sociedad en

general (Lopez, 2018, p. 44).

Yezid Carrillo de la Rosa y Milton Pereira Blanco, en el año 2017, realizaron un artículo científico titulado: “Principio de proporcionalidad, argumentación jurídica y potestad discrecional de la administración pública: análisis desde los límites a los derechos y garantías fundamentales”, con el que concluyen el mismo señalando que:

La aplicación del principio de proporcionalidad en las decisiones discrecionales que limiten o restrinjan derecho y garantías de su núcleo esencial trae como consecuencia el advenimiento de la discrecionalidad administrativa aparente, a partir de la consagración de competencias regladas encubiertas para la escogencia de los medios para garantizar la finalidad de la función administrativa (Carrillo & Pereira, 2017, p. 17).

Alex Valle Franco, en el año 2020, realizó un trabajo investigativo titulado: “La Administración pública: un enfoque desde la teoría del Estado y los derechos humanos”, concluye el mismo señalando que:

Las decisiones en la administración pública deben ser bien motivadas y cualquier margen de discrecionalidad limitado a las normas, y principios vigentes. La labor de interpretación de los administradores públicos no puede ir más allá de la labor del legislador. En ese sentido, se debe evitar la subjetividad, en especial si se trata de ejercicio de derechos, pues las vulneraciones pueden causar responsabilidad de la Administración pública (Valle, 2020, p. 76).

La Administración pública en Ecuador tiene normas y principios reglados que tienen por objeto la regulación adecuada de la Administración pública, sin embargo, los efectos de los actos administrativos pueden causar algún tipo de vulneración que tarde o temprano signifique un reclamo a la administración por daño objetivo o subjetivo, por eso, es necesario que la discrecionalidad se reduzca al mínimo, para que sus actos no perjudiquen al administrado y se enmarquen no solo en la estricta legalidad sino también en la legitimidad (Valle, 2020, p. 76).

Nerea de la Fuente Fernández, en el año 2020, para obtener el título de Abogada, en la Universidad de Valladolid realizó un trabajo investigativo titulado:” La motivación de los actos administrativos”, concluye el mismo señalando que:

La exigencia de la motivación no viene de forma exclusiva en la ley, sino también en principios jurídicos como el principio de seguridad jurídica, el principio de la arbitrariedad de los poderes públicos y el principio de proporcionalidad. La motivación es un instrumento que refleja el resultado del juicio de ponderación como un instrumento de control que actúa como exigencia que cumplimenta el principio de proporcionalidad de la decisión administrativa adoptada (Macera & De la Fuente, 2020, p. 49).

2.2. UNIDAD I. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

2.2.1. La Administración Pública y sus Principios

Para Barba (2021) “La administración pública puede ser entendida como el Estado activo, en marcha y en movimiento” (p.15). El Derecho Administrativo pertenece a una rama del derecho social, es cambiante y observa la posibilidad de ir evolucionando y ajustándose a la realidad general, por tanto, al hablar de la administración pública departimos entendiendo que esta es una entidad Estatal, que ha ido mutando a lo largo de la historia de su creación desde varios aspectos de forma y fondo. Teniendo en cuenta a Cabanellas (2014) se entiende por administración a “la gestión del gobierno frente a los intereses o bienes públicos, como también se da el formalismo necesario comprendiéndola como el conjunto de reglas destinadas a gestionar los fines que netamente persigue el Estado” (p.25).

Data pues a la fecha de 1789, año de la Revolución Francesa en donde hay un cambio del poder absoluto del señorío a una desconcentración de este mediante la aparición y consolidación de la figura de la administración pública, de la mano surgen inexplorados principios que regularán a la naciente administración, y en base a lo antes mencionado la imperiosa necesidad de regular toda actuación bajo normas jurídicas establecidas mediante la aplicación del novicio principio de legalidad.

Los antecedentes establecen también que la administración pública como tal, tuvo mayor realce dentro del Estado Ecuatoriano a partir de 1830, con la configuración de un nuevo estado, de la mano con la entrada en vigor de la Constitución del mismo año que da realce y formaliza al Estado y su funcionamiento, claro, esto surgió con un enfoque diferente, y con una realidad social distinta, pero ha conservado su esencia.

Con esta primicia, antes de 1830 y a comienzos del mismo año la administración pública se enfocaba exclusivamente en precautelar el interés particular de su estructura y organización misma, sin embargo, con el paso del tiempo este enfoque mutó ajustándose a la realidad de la sociedad y en pro de los derechos de la comunidad al desarrollarse en un nuevo estado Constitucional de Derechos y Justicia. Por tanto, con la vigencia de la Constitución de la República del Ecuador del año 2008, hoy definimos a la administración pública como un ente, que tiene consigo un conjunto de obligaciones en miras del interés general y una estructura especializada que se maneja de manera jerárquica, controlada y coordinada.

Como afirma Barba (2021) la administración pública al perseguir fines inminentemente sociales no puede dejar de lado el precautelar el bien común pero tampoco puede dejar de percibir la naturaleza del derecho administrativo mismo que va evolucionando y consigo va acoplando nuevos avances, pues la armonía de la evolución y el objetivo de la administración pública dará como resultado una vida plena en el marco de la tan codiciada dignidad humana. Continuamente a lo antes mencionado la administración pública cuenta con normas jurídicas y principios que permiten regular su actuación de manera legítima a fin de ejercer dentro de sus funciones administrativas actividades encaminadas a la protección de los derechos y necesidades colectivas, con observancia al interés general y con un fin de beneficio inminentemente social, con un interés particular como objetivo fundamental. Citando a Tenesaca, et al.(2021), la administración pública en los últimos tiempos al ajustarse a un estado de derechos y a fin de cumplir con su función de servicio establece una relación mutua en la que exista un estrecho vínculo entre Estado y el pueblo.

Es decir, se dejó de percibir a la administración pública como un ente de poder vinculado al Estado, y se dio mayor trascendencia a los administrados los mismos que dentro de un Estado Constitucional de Derechos son los protagonistas de toda actividad a la que se encuentre encaminada la administración pública. En este sentido es importante acotar que para entender las necesidades de los administrados y poder mitigar estas insuficiencias, hay que ver y entender a los administrados como sujetos de derechos, los cuales pueden ser personas naturales o jurídicas capaces de adquirir derechos, pero también a consecuencia de sus derechos derivar en obligaciones.

En este sentido llamaremos administrados a todas las personas titulares de derechos, que teniendo un interés propio y por sus inherentes derechos son receptores de los efectos

emanados de la voluntad de la administración pública, es decir son sujetos a las decisiones emitidas por la administración las mismas que dentro del marco de la ley dan resultados individuales o colectivos, por consiguiente al enfocarnos meramente en la administración pública veremos a la misma como un ente público que deviene del Estado y este es el que configura la esencia de administración pública en general, por tanto debemos comprender que la actividad a la que se encamina estará meramente vinculada al fin que persigue el gobierno central y con esto al conjunto de normas que lo rigen y que encaminan toda actividad estatal

Pues bien, toda actuación estará supeditada a la competencia y legalidad a la que se ligara todo acto administrativo, en ejercicio de las facultades la administración tendrá que limitar sus actuaciones a lo meramente reglado en la norma a fin de evitar arbitrariedad y abuso de poder en la toma de sus decisiones, como efecto de aquello, se determinó tres aspectos de suma importancia mediante los cuales la administración deberá tener mayor observación al momento de actuar, aspectos tales como la legislación, competencia y la administración de los procesos que lleva a cabo, las mismas que si bien se complementan unas con otras pero su esencia varia por ende se trata de encontrar una armonía general, una conformidad legal y normativa para las actuaciones de la administración.

En efecto cada uno de los preceptos antes mencionados juegan un papel fundamental, en este sentido se considerará al principio de legalidad, el mismo que establece un enfoque normativo legal y justo para todos los administrados cumpliendo y respetando al conjunto de normas jurídicas, leyes y principios que regulan jurídica y normativamente el funcionamiento y el correcto desarrollo de la actividad estatal en cuanto a los actos, hechos, contratos y demás formas de declaración de la voluntad que de la administración pública provengan ya que al gozar del principio de presunción de legalidad, asumirán los administrados el correcto cumplimiento de los actos administrativos. Como opina Pilamunga (2023) “la administración pública tiene capacidad de voluntariedad y ejecutividad en sus actos con presunción de legitimidad, es decir, conforme lo establecido en la ley” (p.33).

Por otra parte, en armonía con el segundo precepto que habla acerca de la competencia, hacemos alusión a la jurisdicción y como esta deberá ser aplicada entorno a un enfoque específico y con ello gozaran de legitimidad cada uno de los actos emitidos. Por su puesto existe ya un gran abanico de normas positivizadas para garantizar el correcto desarrollo y

funcionamiento de la administración pública, en razón a cada una de estas normas deberá, en efecto, ser aplicada en mera observancia a la competencia que posea el órgano administrativo en cuanto a persona, materia, territorio y grado a fin de dar un correcto cumplimiento a cada una de las decisiones emanadas por dicha entidad y cada una de las mismas sea legales y sobre todo legítimas.

En razón al tercer postulado que habla de la administración de los procesos que debe cumplir la Administración Pública como un ente dependiente de un órgano rector como el poder Ejecutivo en cumplimiento a su fin y objetivo posee estrecho vínculo con un interés general, por tanto, cita la posibilidad de responder a un interés común mediante normas y mediante el correcto cumplimiento de decisiones dando como resultado el bienestar, y correcto goce de los derechos de la colectividad. Ahora bien, es menester citar la Constitución de la República del Ecuador, en donde menciona que “La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación” (Art.227).

Es decir, en cada una de las respuestas de la administración pública debe existir un estricto control de legalidad y de razonabilidad a cada una de sus actuaciones, ya que debe estar sujeta a la norma que la rigen y a los principios que la regulan, pues bien, tanto la legalidad como la juridicidad y con ello la razonabilidad van de la mano y se complementan una con otras a fin de garantizar una un mero control de los actos emanados evitando así la tan controversial arbitrariedad. En tal sentido Salas y Salas (2021) en cuanto a los principios afirman que “son bases deontológicas sobre las que se erigieron las normas” (p.63). Por tanto, son de cumplimiento esencial para ajustar las actuaciones de la administración pública al ser los principios generales los que dirigen y limitan su actuación.

Entendemos pues, que la Constitución de la República del Ecuador enviste a la Administración Pública con un fin, un objeto, y con una serie de potestades, las mismas que deben ser practicadas, cumplidas y consideradas por custodios administrativos que sepan aplicar la norma legal vigente y garanticen su correcto acatamiento tanto dentro de la administración pública como en los efectos concernientes de la voluntad de la misma administración hacia los destinatarios o administrados.

Es por eso por lo que la Constitución de la República del Ecuador prevé el hecho de que existan autoridades y funcionarios o servidores públicos los mismo que deben garantizar en ejercicio de sus atribuciones el bien colectivo, en cada uno de los actos emanados por la administración. En este sentido según plantea Cabanellas (2014)” Al hablar en un sentido general el funcionario público es quien forma parte de la organización estatal, ejerciendo las atribuciones derivadas del puesto en el que esta” (p.170).

Por tanto entendemos que detrás de la administración pública y de la actividad estatal como tal hay una estructura organizacional , jerárquica y financiera que regula, complementa y plasma a la actividad normativa y administrativa del Estado , he aquí donde surge el papel de la Función Ejecutiva como un poder del estado encaminado a gestionar y hacer cumplir todos los objetivos que se plantea en pro de garantizar los intereses colectivos proveyendo servicios públicos que satisfagan una vida digna para los administrados.

En consecuencia, la Administración pública tiene fundamento normativo jurídico y legal tanto en el Constitución de la República del Ecuador como en el Código Orgánico Administrativo. En los cuales se otorga, facultades, principios y potestades regladas y otras discrecionales a la administración pública. Es así como la administración dentro de su catálogo de facultades funge la de pronunciarse respecto a un hecho en concreto que sea de interés propio y en el que intervenga derechos de los administrados.

Pues bien, como derivación de lo antes mencionado dicha administración puede hacer pronunciamientos y aplicar su voluntad mediante actos administrativos, actos de simple administración, hechos o contratos administrativos, los mismas que deben estar debidamente motivados y supeditados a los principios que regula la ley a fin de que cada una de estas declaraciones de voluntad por parte de la Administración y los efectos que estos acarreen sean legítimos.

2.2.2. Principios de la Administración Pública

La Constitución de la República del Ecuador (CRE, 2008) sostiene que la Administración Pública a más de velar por el progreso y el desarrollo de la sociedad, certificará que todas sus actuaciones se fundamentarán en los principios generales que por ley se le otorga (Art. 227). Y algo semejante ocurre con el Código Orgánico Administrativo (COA, 2017), ya que complementa este listado de principios con fundamento relevante enmarcando desde el

artículo 2 al artículo 30 en donde se aborda acerca de los principios generales a los cuales debe ceñirse la administración pública.

Dichos principios establecidos son: eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia, evaluación, juridicidad, responsabilidad, proporcionalidad y principio de buena fe. Así mismo se menciona a los principios de la actividad administrativa en relación con las personas los mismos que se encuentran establecidos a partir del artículo 18 al artículo 24 del COA (2017).

Dando continuidad se entablan principios que regulan las relaciones entre administraciones públicas que datan del artículo 25 al 28 del COA (2017) los mismos que establecen la relación de cooperación entre instituciones públicas a fin de llevar a cabo una excelencia en su actuar. Para finalmente conocer sobre los principios rectores del procedimiento administrativo los mismos que están desarrollados en los artículos 29 y 30 del cuerpo normativo COA (2017) los que brindan pautas para la actuación de la administración frente a la declaración de voluntad y frente a los efectos individuales o colectivos que puede acarrear la toma de sus decisiones.

Hay que mencionar además que los principios son comprendidos como mandatos de optimización según la doctrina, es decir si bien existe normativa legal y jurídica que establece cada una de estas ideas según el caso en concreto, estos tienen que ser aplicados de manera tácita y en su totalidad, ya que sirve como base, fuente, guía de justicia para que la administración pública ajuste su actividad a cada uno de estos principios rectores.

En referencia al estudio realizado sobre la teoría de los derechos fundamentales en cuanto a “Los principios menciona que si bien al igual que las reglas son normas que se diferencian porque a medida de lo posible deben cumplirse en su mayoría” Robert Alexi (como se citó en (Covarrubias, 2018).párr.11). En este sentido se cree conveniente señalar que, si bien el principio de legalidad y el principio de juridicidad van de la mano, se complementan con las normas jurídicas y los principios que la regulan sin embargo su esencia es diferente y no pueden embrollar una con otra para evitar la discrecionalidad y arbitrariedad y dar tanto a la norma jurídica como sus principios su esencia misma bajo derecho.

Según refiere el gran administrativista Moreta (2023) “Los principios ayudan a la administración pública como guía y base del ordenamiento jurídico de ese modo garantizan

que el derecho sea justo y todas las normas deberán guardar majestad a los principios”. Hay que mencionar además que bajo este enunciado los principios son parámetros que orientarán a quién aplique la norma, y dichos principios ordenarán hacer algo o no, es decir son lineamientos que deben ser cumplidos debido a un grado establecido.

De esta manera podemos entender el origen y funcionamiento de los principios de la administración pública y así también se comprenderá que son creados con el fin de moldear el funcionamiento de la administración, al ajustarse a un estado constitucional de derechos, en donde cuya finalidad se encamina a evitar que se vulnere o menoscabe un derecho del administrado por parte de la administración pública, y se dé un correcto control de toda norma garantizando así que el Derecho sea justo.

Entendiendo que la administración pública se basa en el principio de legalidad es preciso mencionar que la ley otorga potestades regladas y otras discrecionales para la administración, las mismas que regirán su actuación normativa, pero también estarán supeditadas a la voluntad de la entidad, y en ambos casos están determinadas por ley, lo idóneo sería que en cualquier de los dos, el ejercicio de sus facultades tenga un fin y motivo que vaya en concordancia a los principios rectores establecidos tanto en CRE(2008) como en el COA(2017) para así evitar arbitrariedad.

2.2.3. Principios Generales de la Administración Pública con fundamento en la Constitución de la República del Ecuador, Código Orgánico Administrativo y Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Tabla 1

Principios Generales de la Administración Pública

Principios generales según COA	Principio de eficacia Art.3 COA	Principio de eficiencia Art.4 COA	Principio de calidad Art. 5 COA	Principio de jerarquía Art.6 COA	Principio de desconcentración Art. 7 COA	Principio de descentralización Art. 8 COA	Principio de coordinación Art. 9 COA
4	Principio de participación Art. 10 COA	Principio de planificación Art. 11 COA	Principio de transparencia Art. 12 COA	Principio de evaluación Art. 13 COA	Principio de juridicidad Art. 14 COA	Principio de responsabilidad Art. 15 COA	Principio de proporcionalidad Art. 16 COA
				Principio de buena fe Art. 17 COA			
Principios de la actividad Administrativa en relación con	Principio de interdicción de la arbitrariedad Art. 18 COA	Principio de imparcialidad e independencia Art.19 COA	Principio de control Art. 20 COA	Principio de ética y probidad Art. 21 COA	Principio de seguridad jurídica y confianza legítima Art. 22 COA	Principio de racionalidad Art. 23 COA	Principio a la protección de la intimidad Art.24 COA

las personas (COA)							
Principios de relación entre Administraciones Públicas (COA)	4	Principio de lealtad institucional Art. 25 COA	Principio de corresponsabilidad y complementariedad Art. 26 COA	Principio de subsidiaridad Art. 27 COA	Principio de colaboración Art. 28 COA		
Principios del Procedimiento Administrativo (COA)		Principio de tipicidad Art. 29 COA	Principio de irretroactividad Art. 30 COA				
	<i>PRINCIPIOS SEGÚN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR</i>						
Constitución de la República del Ecuador		Principio de eficacia Art. 227 CRE	Principio de calidad Art. 227 CRE	Principio de jerarquía Art. 227 CRE	Principio de desconcentración Art. 227 CRE	Principio de descentralización Art. 227 CRE	Principio de coordinación Art. 227 CRE
			Principio de planificación Art. 227 CRE	Principio de transparencia Art. 227 CRE	Principio de evaluación Art. 227 CRE	Principios de eficacia Art. 227 CRE	

PRINCIPIOS ENMARCADOS EN EL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Principio de legalidad Art. 4 LOSNCP	Principio de trato justo	Principio de calidad	Principio de vigencia	Principio de oportunidad	Principio de concurrencia	Principio de transparencia	Principio de publicidad
	Art. 4 LOSNCP	Art. 4 LOSNCP	tecnológica	Art. 4 LOSNCP	Art. 4 LOSNCP	Art. 4 LOSNCP	Art. 4 LOSNCP
			Art. 4 LOSNCP				
				Principio de participación ciudadana			
				Art. 4 LOSNCP			

Nota: Tabla de principios generales de la administración pública

Fuente: Constitución de la República del Ecuador, Código Orgánico Administrativo, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

Autor: Palomino (2023).

2.2.4. Competencias de la Administración Pública

Al pasar de un Estado liberal en donde el poder punitivo del estado era la característica que mayor trascendencia tanto en el órgano central como sus dependencias, en contraste a la transformación a un Estado Constitucional de Derechos en donde prima derechos y garantías, la administración pública se vio en la necesidad de crear lineamientos que en efecto, garanticen cada uno de estos derechos y de cierta manera logren equilibrar toda esta concentración de poder para asegurar un buen funcionamiento entre ciudadano-estado, esto se lograría, únicamente mediante una utópica desconcentración de competencias y facultades.

Con todo este cambio de perspectiva, en la actualidad entendemos a la competencia como la legítima forma de actuar por parte de la administración pública, en base a sus facultades otorgadas por ley. En este sentido mencionando al COA (2017) especifica que “al hablar de competencia estrictamente se hace alusión a la capacidad de obrar que tendrá un órgano administrativo” (Art.65).

Parto de la hipótesis en la cual la competencia como tal es la atribución, potestad o incumbencia que un órgano posee de manera legítima frente a determinado acto para lo cual será importante la idoneidad que tenga quien ejercerá dicha atribución según refiere Cabanellas (2014). Definición de la cual permite pensar que si bien la competencia es una figura que está presente en todas las ramas del Derecho y da la apertura para obrar de manera legítima.

Al mismo tiempo que subsiste en el Derecho Administrativo se vincula al hecho de como la Administración Pública ejecuta de manera legítima sus actividades por medio de mandatos establecidos en la Constitución de la República del Ecuador y el Código Orgánico Administrativo las mismas que la harán efectivas todo servidor público en ejercicio de sus competencias.

Hay que mencionar además a la CRE (2008) que sin duda es el cimiento más importante sobre en el que sienta sus bases la administración pública, en donde establece lo siguiente:

“Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley” (Art.226).

Por tanto, es deber tanto de la administración pública como de quienes ostenten un cargo para un organismo del Estado ejecutar sus actuaciones en observancia a los principios tanto de legalidad, como de buena fe y lealtad institucional a fin de dar validez a cada uno de los actos ejecutando sus deberes y competencias según los parámetros ya estipulados y ponderando los intereses particulares.

En tal sentido entendida a la competencia como a la facultad legal que tiene la administración pública se sabrá que la misma está ligada al territorio, grado , materia y tiempo para actuar, es decir la competencia es la norma legal expresa que habilita a un órgano estatal a proceder , sin lugar a duda la competencia administrativa es la de mayor importancia ya que sin ella todo acto administrativo sería nulo, pues bien la competencia administrativa da una titularidad activa al órgano administrativo ya que por medio de esta se limitan derechos, facultades y obligaciones es decir hay un estrecho vínculo con el principio de legalidad.

De la mano aquello la competencia que radica en el órgano administrativo será inalienable es decir se prohíbe tácitamente la renuncia de su titularidad de dicha competencia, es decir solo mediante ley se puede aceptar lo contrario tal es el caso establece el COA (2017) que, en casos de delegación, avocación, suplencia, subrogación, desconcentración y descentralización, es posible transferir atribuciones a otros órganos o niveles de gobierno (Art. 68).

La esencialidad es un elemento indispensable dentro de la competencia administrativa ya que carente de este ningún acto ostentaría legitimidad y validez conforme derecho y acarrearía una actuación nula por parte del órgano que la emite por ende sus efectos carecerían de cumplimiento. Entonces es menester en este punto mencionar que las competencias con las cuales la Ley enviste a la administración pública ecuatoriana cuentan con características que aseguran un buen funcionamiento para hacer efectivo los fines públicos que persigue.

Pues bien, el COA (2017) sostiene que son cuatro los aspectos que sin duda alguna son de trascendental importancia y dan sustento a la competencia, hablamos entonces de: territorio, grado, tiempo y materia.

Por territorio: La competencia radica en la legitimidad de los actos y las actuaciones realizadas por el órgano administrativo. En este sentido al hablar de territorio hace insinuación al lugar y espacio en donde la Administración pública tiene legítima permisión para ejercer su actuación.

Por grado: La administración pública cuenta con una estructura organizacional establecida de manera jerárquica, por tanto, la competencia debido a grado trata sobre el lugar que ocupa cierto órgano administrativa y según eso establecer cuáles son sus atribuciones, sus facultades y sus obligaciones a fin de que su actuación este encaminada al parámetro de legalidad.

Por tiempo: Los órganos administrativos como la administración central cuentan con una temporalidad en cuanto a funciones, por consiguiente, el tiempo rige la legítima actuación que tendrán estos órganos para cumplir con sus actividades y propósitos.

Por materia: Cada uno de los órganos administrativos tiene un fin y un objetivo por los cuales fueron creados, sin dejar de lado que el objetivo primordial de velar por el interés colectivo, en tal sentido al hablar de materia veremos el enfoque al cual está destinada la administración conforme lo establece el (C.O.A., 2017, Art. 21) principio de ética y probidad.

Ecuador se organiza territorialmente por gobierno central, gobiernos autónomos descentralizados, juntas parroquiales rurales, concejos municipales, consejos metropolitanos, consejos provinciales y consejos regionales los mismos que cuentan con competencias exclusivas que permiten garantizar un bien común con respeto y observancia a los derechos fundamentales , es así como la CRE (2008) plantea que cada nivel de gobierno contará con competencias únicas las mismas que se relacionaran con el Sistema Nacional de Competencias en el cual prevé las siguientes competencias para cada nivel de gobierno (Arts. 261.267).

Tabla 2

Competencias Exclusivas de los niveles de gobierno en Ecuador

COMPETENCIA EXCLUSIVAS DE LOS NIVELES DE GOBIERNO							
Gobierno Central	Defensa Nacional	Relaciones Internacionales	Políticas financieras	Políticas de educación, salud, seguridad social, vivienda	Recursos naturales	Desastres naturales	Tratados internacionales
	Registro de personas	Régimen de comunicaciones	Hidrocarburos	Administración de empresas publicas	Seguridad social		
Gobiernos Regionales	Planificar el desarrollo regional	Gestionar el ordenamiento de cuencas hidrográficas	Regular y planificar el tránsito	Mantener el sistema vial	Determinar políticas de investigación de desarrollo y tecnología nacional	Actividades productivas regionales	Seguridad alimentaria
				Cooperación Internacional			
Gobiernos Provinciales	Planificar el desarrollo provincial	Formular planes de ordenamiento territorial nacional, regional, cantonal y parroquial	Planificar el sistema vial provincial	Ejecutar obras en cuencas y microcuencas	Gestión ambiental provincial	Planificar sistema de riego	Dinamizar actividad agropecuaria
			Fomentar actividades productivas provinciales	Promover la cooperación internacional			

Gobiernos Municipales	Planificar el desarrollo cantonal	Planes de ordenamiento territorial.	Control sobre el uso y ocupación del suelo	Prestar los servicios públicos	Modificar, crear, suprimir mediante ordenanzas, tasas y contribuciones especiales	Planificar, regular y controlar el tránsito	Regular, autorizar y controlar el uso de las playas de mar, etc.
			Preservar, el patrimonio arquitectónico, cultural	Administrar los catastros inmobiliarios urbanos y rurales			
Gobiernos Parroquiales	Planificar el desarrollo parroquial	Planificar la infraestructura física de espacios públicos	Coordinación con los gobiernos provinciales la vialidad	Incentivar el desarrollo de actividades productivas comunitarias	Administrar servicios públicos delegados de otros niveles de gobierno	Organización de los ciudadanos de las comunas, etc.	Gestionar la cooperación internacional
				Vigilar la ejecución de obras y servicios públicos			

Nota: Competencias exclusivas de los niveles de gobierno en Ecuador

Fuente: Constitución de la República del Ecuador 2008

Autor: Palomino (2023)

2.2.5. PRINCIPIO DE JURIDICIDAD Y DE LEGALIDAD

2.2.6. Principio de juridicidad

El principio de juridicidad sin lugar a duda, dentro de la rama del Derecho Administrativo es uno de los principios más preminentes ya que al tener representación de principio exterioriza el carácter de mandato y por ende es de exigible cumplimiento, pues el principio dentro del derecho público sirve para integrar, fundamentar e interpretar la norma según Moreta (2023) . En este sentido el principio de juridicidad se distingue de otros principios de derecho administrativo, porque establece una relación de ponderación y razonabilidad en la aplicación de los otros principios de derecho público, se puede decir entonces que el principio de juridicidad es una herramienta hermenéutica, ya que su buena aplicación garantizara la vigencia de los derechos individuales y satisface la visión de un estado de justicia.

En tal sentido la juridicidad es un principio que no puede pasar desapercibido ni mal interpretado, ya que es un principio de, sensatez y aprobación, en sede administrativa no se puede dar el incorrecto desconcierto del principio de juridicidad con el principio de legalidad, si bien ambas dan una postura de la actuación de la administración pública, y como esta debe, en ejercicio de sus facultades actuar y motivar sus actos manifestando la voluntad bajo lineamientos establecidos por la Constitución de la República del Ecuador y por el Código Orgánico Administrativo, pero también con los instrumentos internacionales y principios generales, sin embargo la presente investigadora cree conveniente resaltar la diferencia que radica en ambos principios y como consecuencia de aquello resaltar la gran importancia del principio de juridicidad dentro del Derecho Administrativo y el derecho público en general .

Por ende, se considerará oportuno hacer hincapié en el hecho de que el principio de juridicidad no nace a fin de remplazar al principio de legalidad, ni tampoco se trata de lo mismo, es importante entonces conocer su esencia, la misma que radica en que el principio de juridicidad es un instrumento para ajustar la conducta de la administración en un sentido propio de justicia y razón, teniendo deferencia por los demás principios generales del derecho administrativo, la norma y tratados internacionales .

Entonces que es realmente la juridicidad, pues si, aplicar la norma legal en su sentido material y formal pero con un sentido de justicia y razonabilidad, es decir de manera apegada a derecho, como también ponderar con argumentos suficientes facticos que estén apegados al caso en concreto, en tal virtud que la ley no solo sea vista en su condición abstracta de validez, sino desde el punto de vista equitativo equiparando aquellas medidas que garanticen una plena vigencia y justicia para el administrado, tomando estricta observancia en las fuentes del derecho.

Como se puede determinar, la juridicidad abarca todos los mandatos jurídico-normativos que regula a la administración pública, en donde los derechos individuales se configuran hasta concretarse como derechos colectivos, al recordar que esta actuación obedece a un Estado de Derechos.

En síntesis, Cabanellas (2014), afirma que “juridicidad es la tendencia o criterio favorable al predominio de las soluciones de estricto derecho” (p.213). Es decir, el estricto cumplimiento en el control de ponderación no solo por parte del órgano administrativo sino también por parte de los servidores y servidoras públicas, quienes deberán garantizar un correcto desarrollo de la normativa legal vigente plasmada en sus actuaciones con un criterio argumentado y legítimo.

Finalmente es importante tener un control general de las normas y considerar la jerarquía de estas, ya que la errónea interpretación y el abuso de atribuciones podría acarrear una discrecional o una arbitrariedad que intrínsecamente podrá tener efectos en la motivación de los actos administrativos.

2.2.7. Principio de legalidad

El principio de legalidad dentro del Derecho Administrativo es sin lugar a duda uno de los principios rectores más importantes y reconocidos que rige la actuación de la administración pública, ya que esta tiene como propósito garantizar que todas las instituciones del Estado cumplan con la actividad administrativa de manera óptima, justa, equitativa, responsable , y bajo los parámetros establecidos por la ley, y la norma específica que regula dichos procedimientos, así, como la actuación de cada institución del estado y de cada uno de los servidores públicos, recordando que al estar en un estado constitucional de derechos toda

actuación debe ser llamada a respetar las normas legales y en efecto, priorice los derechos de los ciudadanos en general .

Por tanto, se puede establecer al principio de legalidad de la siguiente forma, es el fundamento mediante el cual se debe cumplir con la aplicación de la ley y la subsanación que se puede dar al momento de que la actuación de la administración pública no vaya en armonía a la constitución, ya que, si bien del principio de legalidad se puede realizar un control objetivo, a fin de precautarlos intereses y los derechos de los administrados en contraste con la legitimidad de la norma.

El principio de legalidad es sinónimo de ley, cumplimiento y obediencia, ya que dicho criterio establece el hecho de que toda administración y servidores públicos encaminen su actuación conforme lo establecido en la norma legal vigente que regula al Ecuador, ya que si no enmarca su actuación bajo principios de rango constitucional toda la actuación será nula, ilegal e ilegítima, por ende, los resultados provenientes de aquello carecerán de validez. En este sentido según Cañamar (2018) el principio de legalidad permite a toda persona que este inmersa en un proceso judicial en donde intervenga la administración pública y el administrado, recibir una actuación legal, en donde prime la seguridad jurídica, y no ser víctima de la arbitrariedad o ilegalidad de una actuación estatal.

Pues es así, como el principio de legalidad otorga potestades a la administración pública, lineamientos para su actuación y límites establecidos en la misma ley, dicho principio regula la validez de los actos y la eficacia de los mismos, citando a Cañamar (2018) dice que la administración pública al estar supeditada a los derechos colectivos y no particulares , no goza de la libertad negativa, pues la administración pública debe hacer únicamente lo que la ley establece y le faculta, ya que no puede tomar atribuciones ni competencias arbitrarias que la ley no manda.

Es así, como de la mano a este principio nacen las facultades regladas como aquel deber que normativamente está destinado al actuar de la administración pública, es decir la configuración de derecho en cada uno de los actos emitidos por la administración en aras de sus facultades según lo establece la CRE (2008) “Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en

virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que le sean atribuidas en la Constitución y la Ley” (Art. 226).

2.2.8. Discrecionalidad de la Administración Pública

Pues bien, al departir de la discrecionalidad administrativa compete remontarse a la edad media en donde sin lineamientos, directrices y sin una desconcentración de poderes la monarquía ejercía representaciones absolutas a su libre albedrío usando caprichosamente y hasta de manera tirana la figura de la discrecionalidad. Sin embargo, es a partir de 1789 que esta discrecionalidad empieza a tomar bases para su aplicación, pues esta fecha es clave para la configuración de la discrecionalidad y de la administración pública como tal, ya que es con la Revolución Francesa que se logra instaurar un cambio de paradigma pasando de los privilegios y las avaricias de la monarquía a una configuración de principios y regulaciones para la naciente administración pública.

“La discrecionalidad tiene origen cuando la ley le permite al servidor público tomar decisiones entre distintas opciones que la ley no define y es el funcionario es el que debe elegir, el silogismo para el caso concreto sería si A entonces B, C, D, E” Moreta (2023) . Es decir, dentro de esta potestad con elementos de discrecionalidad se le permite al funcionario tener un grado de participación, debido a la falta de norma.

Para Pérez (2021) la discrecionalidad consiste básicamente en la actuación de la administración pública y en la determinación de sus límites. Entonces la discrecionalidad parte del hecho de hasta donde la administración puede moverse y hasta donde pueden llegar sus decisiones en aras de sus facultades y de los límites que la misma propone. Partiendo de que, si estamos en un estado garantista, la norma no prevé ciertos aspectos, es ahí en donde surge la naturaleza de la discrecionalidad como una forma de voluntad de la administración en donde basará su criterio al hecho de decidir una opción que favorecerá a los fines que esta persigue.

En este sentido se puede determinar que la administración pública para consolidar su facultad se basará en dos posturas que dan fuerza a su disposición las cuales son, en primer momento la falta de norma que regule cierta actuación y segunda instancia el hecho de que dentro de

sus facultades la ley enviste a los órganos administrativos por facultades regladas y discrecionales.

Entendiendo que dentro de la potestad discrecional se permite la actuación de la administración pública cual es el límite que este tiene para no interferir en la arbitrariedad y que cada uno de los actos administrativos sean legítimos. Para eso él es administrativista Moreta (2019) nos dice que “La motivación es el límite entre la discrecionalidad y la arbitrariedad. Si bien la administración debe estar sometida al principio de juridicidad, la ley permite, en cierto punto, la discrecionalidad del funcionario público, dado que es necesario para la marcha de la administración pública” (p.5).

Consideramos la siguiente hipótesis que deviene de la doctrina alemana la misma que prevé casos para la discrecionalidad los mismos que se limitan a la determinación y la materia, las cuales se derivan en:

2.2.8.1. Discrecionalidad de fallo.

Dentro de este tipo de discrecionalidad se entiende a la decisión de la entidad, en virtud de que la ley no prevé ciertos límites y permite así a la administración pública concretar su voluntad bajo el hecho de dictar un fallo de acuerdo con su propio interés.

2.2.8.2. Discrecionalidad de elección:

El presente tipo de discrecionalidad da a la administración pública una serie de alternativas igual de validas y viable para un caso en concreto, sin embargo, la administración en aras de su facultad tendrá que elegir dentro de las alternativas propuestas la que mejor se ajuste a sus intereses y el fin que persigue, haciendo de la más favorable a sus intereses la idónea para su decisión.

2.2.8.3. Discrecionalidad jurídica:

Posee una intrínseca relación con la norma jurídica vigente, ya que es esta la que contribuye a que la administración pública pueda tomar una decisión más acertada proveniente de su mera voluntad, pero en concordancia con la norma legal que rige el proceso permitiendo así una valoración subjetiva por parte de la administración cuyo límite de actuación será la motivación en base a la normativa ya prevista.

2.2.9. Discrecionalidad técnica:

Da la posibilidad a la administración pública de tomar la mejor decisión conforme derecho y mediante estudios técnicos que vincula a la administración pública. Pues bien, la discrecionalidad técnica refiere a la libertad de valoración que tenga el órgano administrativo, pues posee a su favor el método de evaluación del criterio técnico.

¿Entonces cuál es el límite de la discrecionalidad? Entenderemos primero a la discrecionalidad como una forma de autonomía por parte de la administración, pero bien esta elegirá de manera voluntaria la mejor opción que dentro de un catálogo de posibilidades todas serán igual de legítimas para el hecho en concreto, pues el límite se contrapone con cada una de estas decisiones por medio de los principios de razonabilidad y motivación en donde los órganos administrativos fundamentaran sus actos de manera legal y legítima respectivamente con los hechos relacionados al caso en concreto a fin de que cada una de estas actuaciones no caigan en la arbitrariedad ya que de no demostrar la pertinencia de cada acto no tendrían validez por ende quedarían sin efecto las actuaciones de la administración.

Por otra parte, las técnicas que deberá optar la administración pública será de manera principal el hecho de dar estricta majestuosidad a los principios de la administración pública y posterior aquello respetar y garantizar los objetivos que persigue como órgano y como administración pública en general, a fin de construir un funcionamiento de manera equitativa, social y justa dentro de un marco constitucional con una actuación coherente por parte de la Administración, la misma que se va a ver encaminada en todo acto administrativo garantizando a los administrados una seguridad jurídica óptima.

En este sentido el Consejo de la Judicatura a través de la Resolución No.4-2012 del 25 de 2012 hace mención en cuanto a las facultades regladas y discrecionales de la administración pública, en donde menciona que la administración pública bajo el concepto formal y material debe actuar bajo el principio de legalidad, ya que toda la actividad administrativa se encuentra reglada y cada una de estas actuaciones debe invocar de manera tácita a la norma legal que habilita su actuación, esto en favor no solo de la misma institución pública que emana dicho acto sino también en favor de los de los derechos de los administrados, sin embargo, en contra posición está la discrecionalidad en donde se menciona que la

discrecionalidad administrativa está también autorizada en función de la normativa legal vigente, sin embargo está limitada al no poder trastocarse en arbitrariedad por efecto de una decisión del poder público no revestida en el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, con la pertinente vigencia del Código Orgánico Administrativo del año 2017 se eliminan estos aspectos específicos de discrecionalidad, dando de manera general la procedencia de la potestad discrecional la misma que establece se actuará conforme derecho y en observancia a los derechos colectivos los mismo que se sujetaran al parámetro de motivación y de razonabilidad conforme lo establece COA (2017) en el que consta el principio de interdicciones de arbitrariedad, el mismo que establece lo siguiente

“Los organismos que conforman el sector público, deberán emitir sus actos conforme a los principios de juridicidad e igualdad y no podrán realizar interpretaciones arbitrarias. El ejercicio de las potestades discrecionales observará los derechos individuales, el deber de motivación y la debida razonabilidad” (Art.18).

Es decir la discrecionalidad, por parte de la administración pública y de todo el conglomerado del sector público debe obedecer a un interés colectivo e individual, interponiendo los derechos de los administrados por encima de cualquier actuación, pues bien, lo que acarrea el respeto de dichos derechos es la motivación de cada uno de los actos emitidos por la administración pública expresando cada uno de los argumentos jurídico normativos legales que sustenten la actuación de la administración, como también es clave mencionar que al hablar de razonabilidad es la manera lógica en como la administración determinará los hechos con las conclusiones y con la actuación que toma la misma, la cual debe ser similar, lógica, comprensible de los hechos con los actos emitidos.

Si bien la ley no prevé normas para casos específicos y otorga potestades discrecionales a la administración en actos específicos, otorgando así una facultad general en donde basta que no especifique un procedimiento para que la administración en aras de su facultad elija la mejor alternativa, sin embargo su límite se puede establecer al hecho de la motivación, la juridicidad, legalidad y la razonabilidad de mano al hecho de que al ser una institución estatal obedece indudablemente al respeto de los derechos colectivos e individuales de los administrados.

Pues bien, hoy por hoy no se puede permitir que la administración pública sancione, vulnere o menos cabe un derecho sin saber que bien jurídico se está restringiendo solo por el hecho de actuar bajo el parámetro de discrecionalidad, así es como se puede entender al Derecho Administrativo en la actualidad en donde la única línea sea el saber que si sanciono o limito un derecho será a fin de garantizar otros derechos colectivos pensando precisamente en un bien común y no solo acaparar la actuación de la administración bajo una figura de voluntad propia de la misma que servirá solo en beneficio individual a la administración.

2.3. UNIDAD II. LOS PROCEDIMIENTOS DEL RÉGIMEN COMÚN DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Conforme el Sistema Nacional de Contratación Pública en el Ecuador hay diversas formas de procedimientos para llevar a cabo la figura de la contratación pública dentro del Ecuador, sin embargo, ya queda a disposición del contratante adecuar su contratación al proceso que mejor le convenga de acuerdo a sus finalidades, como también al presupuesto destinado, y en observancia a los derechos de la sociedad y la necesidad de la entidad contratante, es así como embestimos al procedimiento de régimen común cuya división va desde los procedimientos de menor cuantía, cotización, licitación, ínfima cuantía y consultorías. La característica que da realce a los procedimientos de régimen común dentro del Ecuador radica en priorizar la mano de obra local y se da mayor realce a los emprendimientos, pequeñas grandes y medianas empresas consolidadas bajo el Sistema de Economía Popular y Solidaria (EPS).

Según lo manifestado normativamente en Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública LOSNCP (2008) los requisitos especiales para acreditar como oferente es contar con la capacidad técnica e instrumental factible para llevar a cabo el procedimiento, debe contar con experiencia en el asunto en concreto para el cual postulo, una planificación adecuada de los tiempos de ejecución, y recursos innovadores y de eficacia que servirán para entregar un resultado de calidad.

Además de aquello la obligación del o de los participantes en caso de ser en asociación es constar en registro único de proveedores para ser un oferente acreditado e idóneo para poder participar, sin embargo, como cada regla tiene su excepción es importante acotar que la una particularidad en cuanto al registro único de proveedores es en casos de menor cuantía en el

cuál no exige un registro en RUP previo, sin embargo, este deberá ser inscrito previa formalización del contrato.

2.3.1. Registro Único de Proveedores:

El registro único de proveedores (RUP) es el mecanismo por el cual se le habilita al posible oferente ya sea nacional o extranjero, persona natural o jurídica a que participe de manera legítima en los procedimientos de contratación pública y que sus servicios o bienes estén constantes en la plataforma del SERCOP con su respectivo código habilitante de manera categorizada para cada uno de los bienes o servicios.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, menciona que esta es una herramienta informática que permite recopilar toda la información de los oferentes y cada uno de los detalles que ofertan, ya que toda la información publicada será pública y se encuentra en el portal de compras públicas, es un mecanismo dinámico ya que hay la responsabilidad de cada uno de los oferentes actualizar la información con los datos más relevantes de sus productos

Como establece LOSNCP(2008) el RUP es el habilitante para los proveedores este tiene restricciones que deben ser cumplidos con carácter obligatorio para evitar la suspensión del mismo en este sentido la norma es imperante y prevé ciertos casos en los cuales un proveedor puede ser suspendido del registro único de proveedores (Art.19).

2.3.2. Contratista incumplido

Se declara contratista incumplido a la persona u oferente que después de haberse sometido al proceso de selección y se le haya adjudicado un contrato este no haya cumplido o dejó de cumplir el acuerdo bilateral dejando de ejecutar el mismo, como consecuencia de aquello se le suspende 5 años del RUP es decir pierde su derecho de participación al no estar habilitado para someterse a un proceso (Art.19).

2.3.3. Adjudicatario fallido

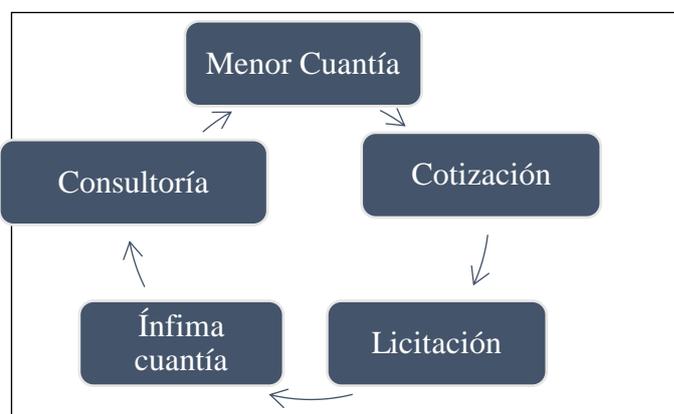
Es adjudicatario fallido la persona u oferente que habiéndosele otorgado una responsabilidad contractual nunca suscribió el contrato como tal, que es ley para las partes y es acuerdo bilateral entre el proveedor y la entidad contratante, en ese sentido se le suspende del RUP por un lapso de 3 años en los cuales no podrá interferir en procesos de compras públicas (Art.19).

Vale resaltar en este punto que la ley prevé que una vez superado el tiempo de suspensión dentro del SNCP y el portal se activará de manera automática la habilitación del contratista incumplido o adjudicatario fallido, o una vez superado las dificultades se le habilitara nuevamente para su participación dentro del SERCOP, sin embargo la suspensión definitiva no es susceptible de retroceso por ningún motivo ya que se ejecuta mediante sentencia en firme, esto a causa de información desleal del servicio , bien , obra o consultoría brindada.

Ahora bien, por la esencia de la presente investigación se priorizará los procedimientos de régimen común del Sistema Nacional de Contratación Pública, a fin de realzar sus detalles y características establecidas en el actual Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública,

Figura 1.

Procedimientos del régimen común del Sistema Nacional de Contratación Pública



Nota: Gráfica de Procedimientos del régimen común del SNCP

Fuente: Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

Autor: Palomino (2023)

2.3.4. Menor cuantía

El presente procedimiento de contratación pública permite la adquisición de bienes o no normalizados cuyo valor referencial oscile entre 0,000002 y para obras un presupuesto menor a 0.000007, es decir el oferente y la entidad contratante debe regirse a este monto para determinar si se establece un contrato, en este sentido el Reglamento General Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública RGLOSNC (2022) estipula que menor cuantía en bienes y servicios como para obras, se dará prioridad a los posibles

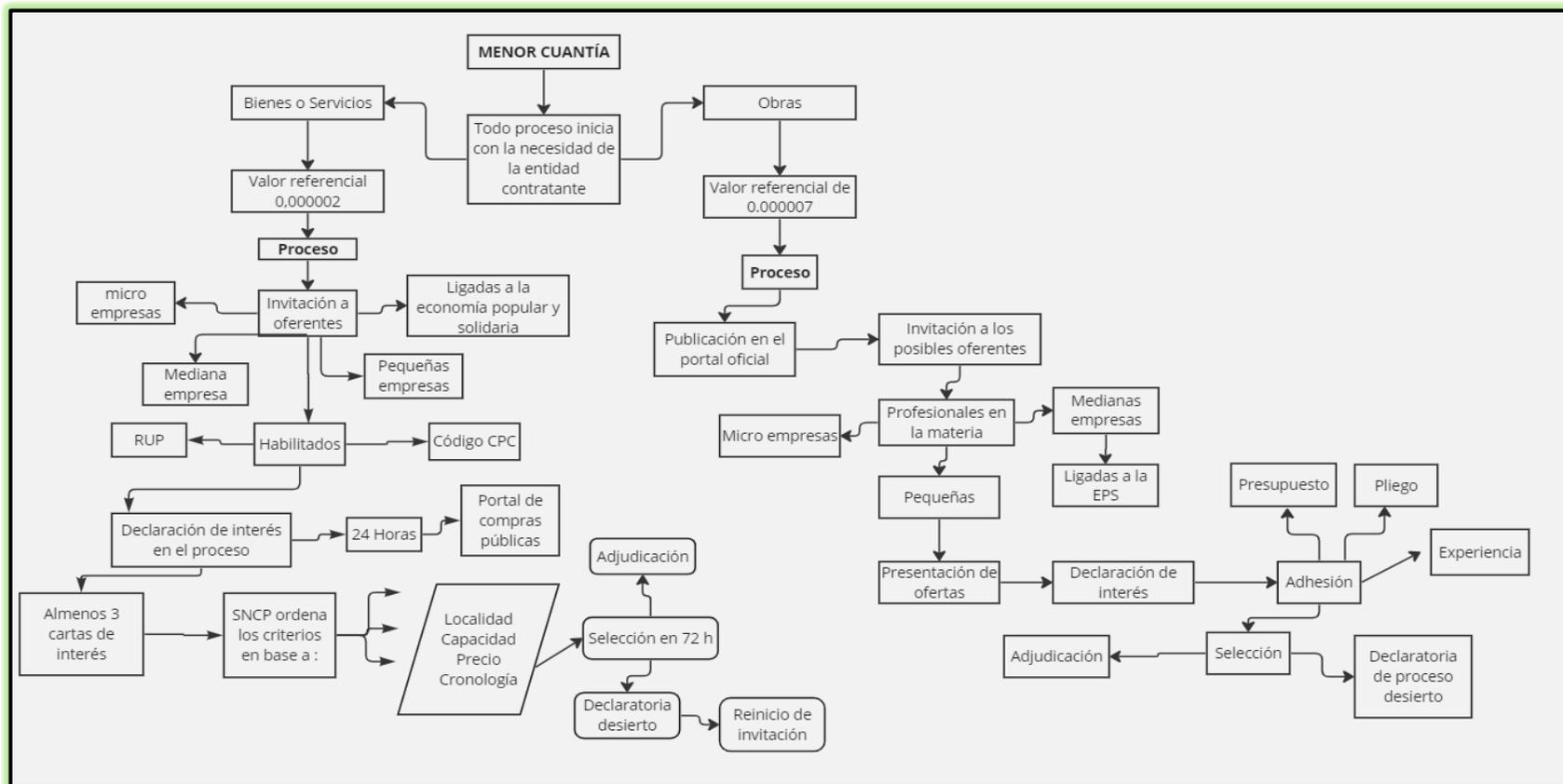
oferentes que esten dentro de la provincia en el que se llevará a cabo la contratación , se priorizará a los oferentes de micro, pequeñas , medianas empresas , y artesanos que se encuentren ligados al sistema de economía popular y solidaria que tengan la voluntad y la capacidad para contratar, es decir este para entrar a proceso debera de manera obligatoria estar habilitado en el RUP, y tener el código CPC del objeto de la contratación. (Art.139).

En caso de que no llegare haber maximo 3 cartas de interés y no se ha llegado a concretar con estos oferentes , la entidad contratante de manera motivada tendra que argumetar su proceder y convocar a todos los proveedores debidamente habilitados que se encuentren dentro de la circunscripción en la que se llevara a cabo el objeto de contratación , si hubieres dentro de la circunscripción de manera motivada la entidad contratante se verá en la obligación de contratar de manera directa a un oferente que se encuentre fuera del territorio sujeto a la contratación , de no ser el caso el procedimiento se tomara como desierto .

Por otra parte en en los casos de obras se destina un presupuesto de 0.000007 una vez hecha la invitacion se tomara en cuenta a mas de ser un proveedor habilitado por el Rup, se necesitara la expericia del posible oferente para participar en dicho proceso a mas de lo antes mencionado.

Figura 2

Menor Cuantía procedimiento del régimen común



Nota: Flujograma del procedimiento de menor cuantía

Fuente: Nuevo Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

Autor: Palomino (2023)

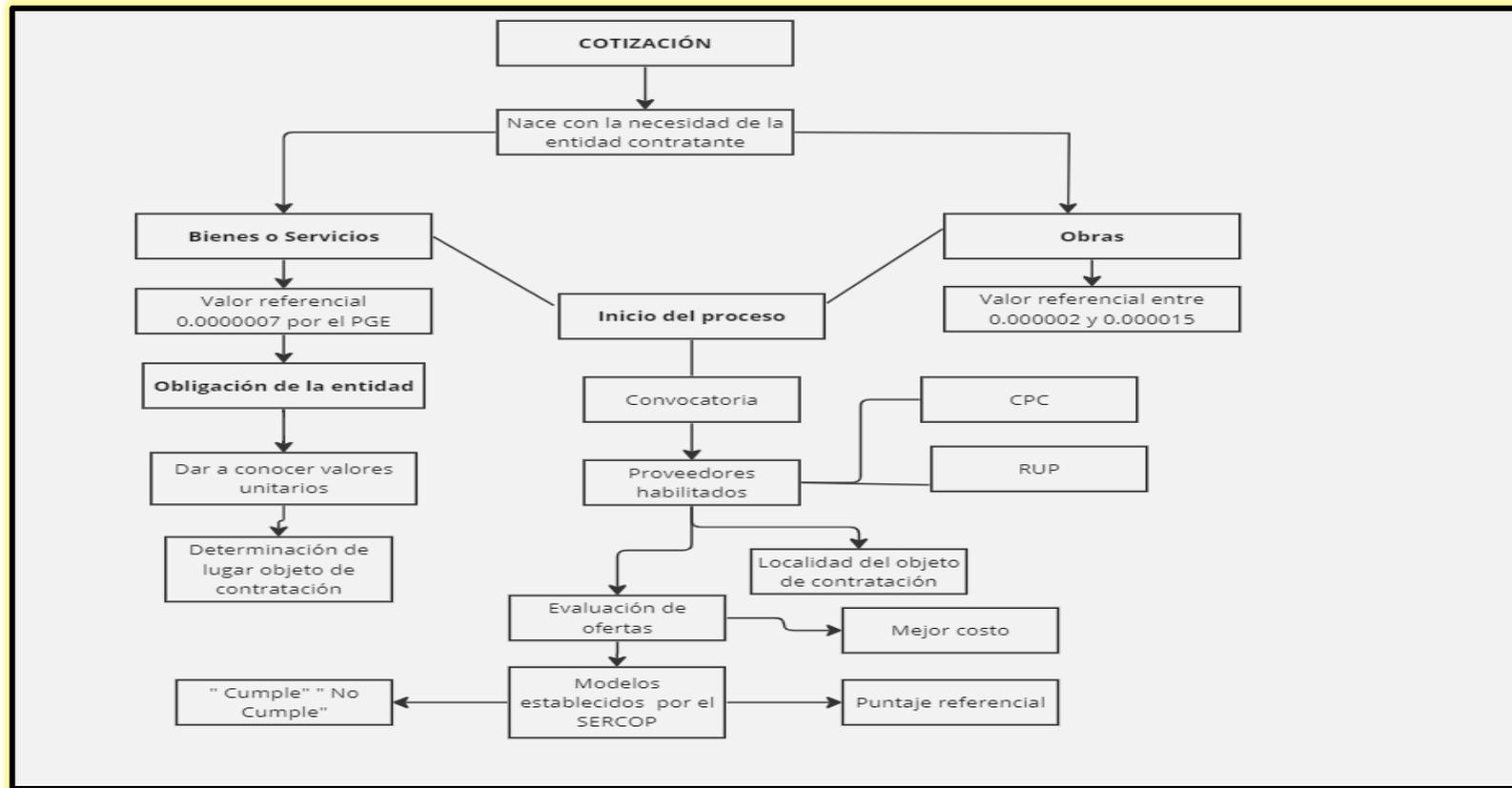
2.3.5. Cotización:

La LOSNCP (2008) establece que para obras se determina un monto referencial de 0.000007 y para bienes o servicios no normalizados un monto que oscile entre 0.000002 y 0.000015 del presupuesto general del Estado, y serán invitados a presentar sus ofertas todos los proveedores debidamente habilitados para participar dentro de un proceso de contratación pública y que cuente con el código establecido para el objeto de contratación (Art.50). Pues de la mano a esta normativa en el RGLOSNCP (2022) menciona la forma de llevar a cabo dichos procedimientos en donde de manera expresa hace alusión en su (Art. 143), que al igual que todos los procedimientos parten de la necesidad de la entidad contratante, posterior se realiza la convocatoria a los posibles oferentes los mismo que deben cumplir con la habilitación al proceso el mismo que consta del RUP, código CPC, y la localidad en donde se va a llevar a cabo el objeto de la contratación, tomando en consideración que la mala determinación del lugar podrá acarrear la nulidad de todo el proceso y podría hasta ser declarado desierto.

Es de importancia resaltar que en los procedimientos de cotización en cuanto a obras es de obligación de la entidad contratante hacer conocer los precios unitarios, en este sentido las evaluaciones se darán por medio de modelos ya establecidos los mismos que constarán del parámetro cumple no cumple y posterior a un puntaje referencial para la adjudicación del contrato.

Figura 3.

Procedimiento del Régimen Común, Cotización.



Nota: Flujograma del procedimiento de cotización.

Fuente: Nuevo Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

Autor: Palomino (2023)

2.3.6. Licitación:

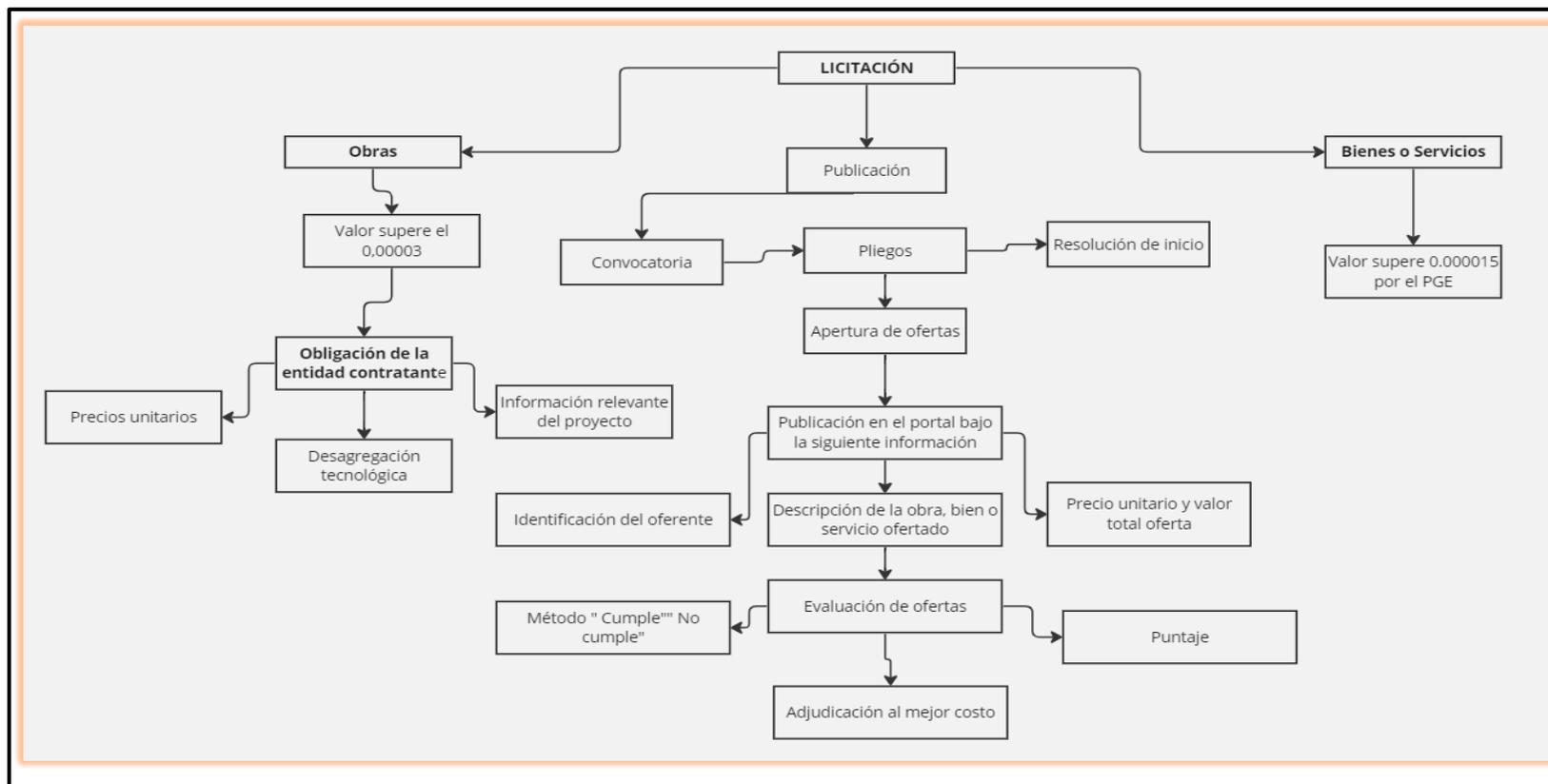
La LOSNCP (2008) menciona que el presupuesto referencial para la adquisición de bienes o servicios será de un valor que sobrepase el total de 0,000015 por el presupuesto general del estado, mientras que para obras se determina un presupuesto de 0.00003 (Art. 48). Como se ha determinado a lo largo del presente trabajo de investigación, y según el RGLOSNCP (2022) todo proceso nace con la necesidad de la entidad contratante para adquirir bienes , servicios u obras .

Este sentido se da inicio al proceso con la convocatoria a los posibles oferentes los cuales deben estar debidamente habilitados por el RUP como por el CPC del objeto de contratación, la convocatoria como tal constará de toda la información relevante del proyecto la misma que tiene como objetivo dar a conocer al posible oferente de las cualidades, precio y características necesarias del proceso .

A su vez el método de calificación y evaluación de ofertas se llevará a cabo por medio de una tabla con parámetros de “Cumple” y ”No cumple” los mismos que están constantes en los pliegos y que son de modelo obligatorio establecidos por el SERCOP, dicho particular ayuda a determinar los parámetros establecidos en los pliegos, dando paso así a una evaluación por el método cualitativo y cuantitativo , con lo que se determinará el mejor oferente para adjudicar el contrato es de importancia verificar el mejor costo.

Figura 4.

Procedimiento del Régimen Común, Licitación



Nota: Flujograma del procedimiento de licitación

Fuente: Nuevo Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

Autor: Palomino (2023)

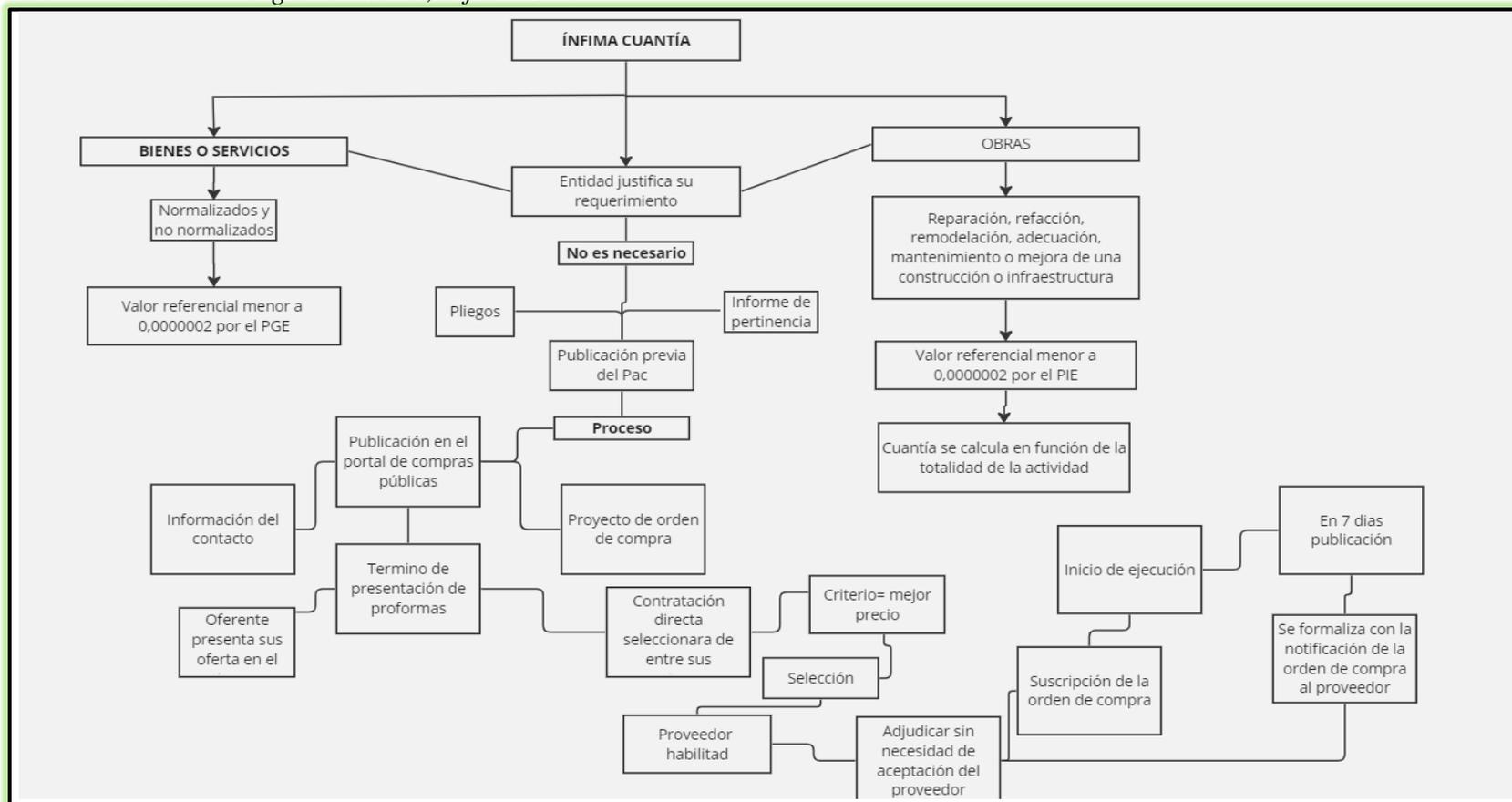
2.3.7. Ínfima Cuantía:

La LOSNCP (2008) establece que el presupuesto referencial para la adquisición de bienes o servicios no normalizados y normalizados corresponde a 0.0000002, como también se expresa el valor referencial en caso de contratación de obras que tengan por objeto , reparación , remodelación, adecuación , mantenimiento, mejora(..), con un estimado de 0.0000002 (Art.52. núm. 1)

Pues el RGLOSNCP (2022) estipula que para llevar a cabo dicho proceso la entidad contratante tiene la obligación de fundamentar la necesidad de adquirir bienes o servicios por medio del proceso de ínfima cuantía, en este proceso se omiten en primer momento documentos como pliegos, la publicación del plan anual de contratación, el informe de pertinencia y de favorabilidad, debido a la naturaleza del presente procedimiento, por su parte es de suma importancia mencionar que la adjudicación del contrato se formaliza con la orden de compra la misma que deberá ser publicada en el portal de compras públicas en 7 días, y esta orden de compra a su vez se precisa con la notificación al proveedor.

Figura 5.

Procedimiento del régimen común, Ínfima Cuantía



Nota: Flujoograma procedimiento Ínfima Cuantía

Fuente: Nuevo Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

Autor: Palomino (2023)

2.3.8. Consultoría:

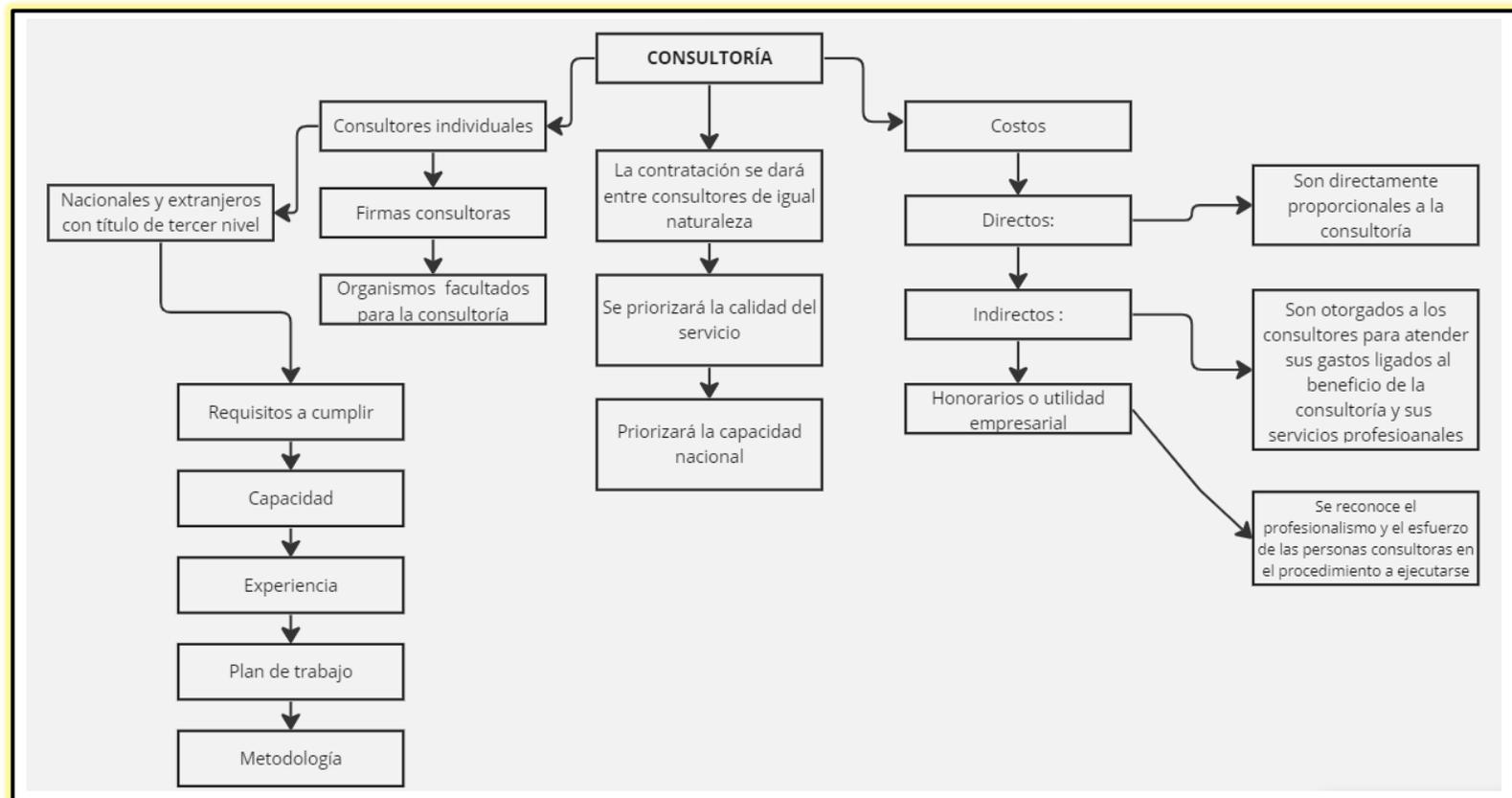
Para el procedimiento de consultoría dentro del Sistema Nacional de Contratación Pública la LOSNCP (2008) y RGLOSNCP (2022) establece que para la selección a este procedimiento la entidad contratante determinará la naturaleza de los proveedores es decir pueden ser proveedores individuales nacionales o extranjeros, como también asociados siempre y cuando cumplan con el mismo fin y objeto de la naturaleza del objeto de contratación.

Para la contratación por el procedimiento de consultoría se priorizará la calidad del producto, se priorizará también la mano de obra nacional siendo esta la dinamizadora de la economía local. Por otra parte, se consideran aspectos de suma importancia a mencionar por parte de la entidad contratante aspectos como costos directos, costos indirectos o gastos generales, honorarios, utilidad empresarial. Así como también es importante mencionar que dentro este procedimiento dependiendo del monto de contratación se realizara una contratación directa en la cual es deber ineludible de la entidad contratante motivar las razones técnicas y económicas por las cuales fue elegido el proveedor seleccionado.

En cuanto a la contratación mediante lista corta está sujeta al monto referencial que determina la LOSNCP (2008) y el RGLOSNCP (2022), los mismos que deben estar debidamente habilitados por el RUP y el CPC, dichos parámetros habilitarán a los posibles consultores de manera legítima.

Figura 6.

Procedimiento del régimen común, Consultoría



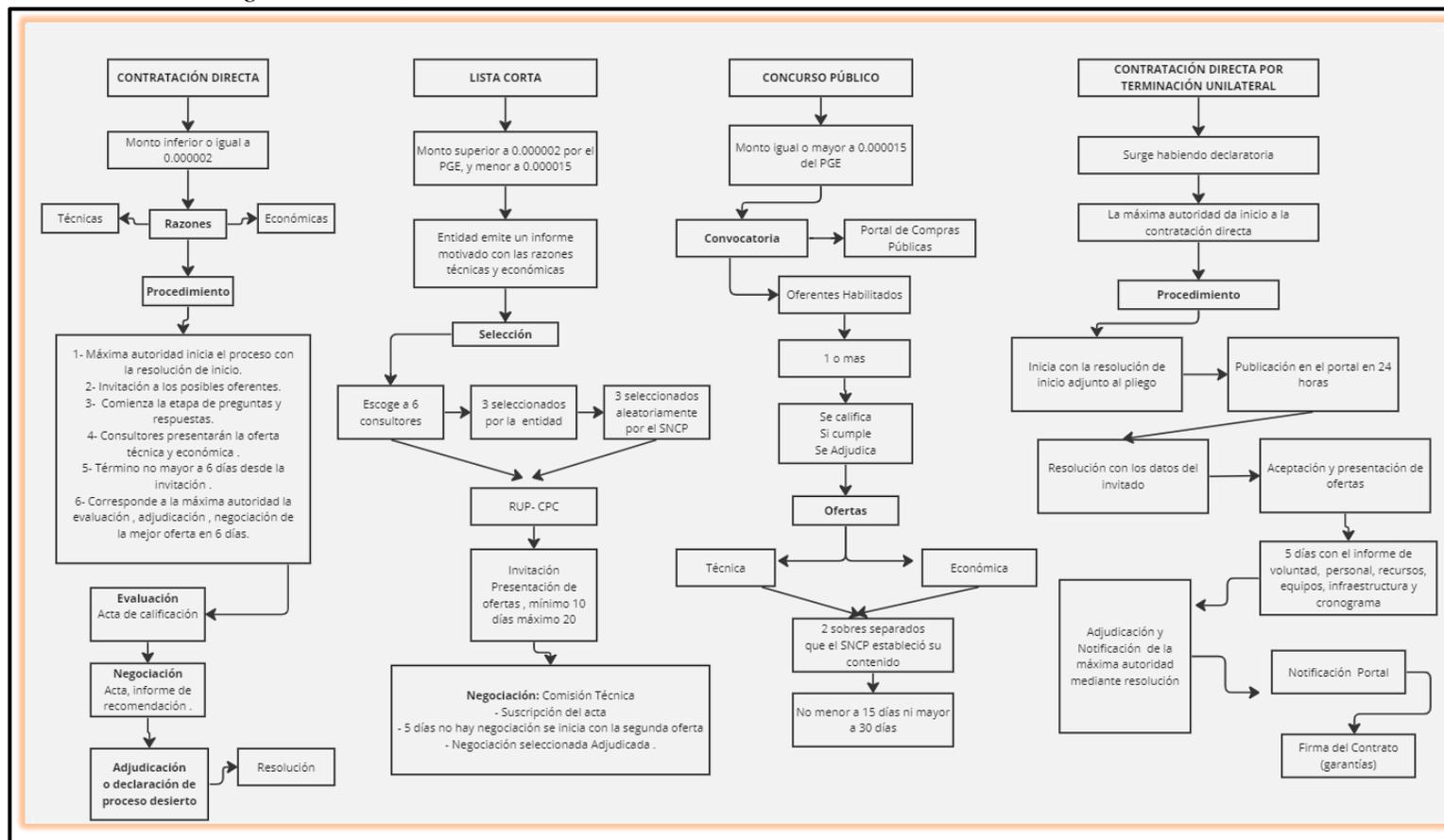
Nota: Flujograma del procedimiento de Consultoría

Fuente: Nuevo Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

Autor: Palomino (2023)

Figura 7.

Procedimiento de régimen común, Contratación directa, lista corta



Nota: *Flujograma del procedimiento de Consultoría.*

Fuente: Nuevo Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

Autor: Palomino (2023)

2.4. UNIDAD III. POTESTAD DISCRECIONAL EN LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES DE ADJUDICACIÓN.

2.4.1. Motivación de los actos administrativos en el Sistema Nacional de Contratación Pública

El siguiente aspecto trata acerca de la motivación en los actos administrativos, para lo cual es de imperioso grado dar inicio al mismo mencionando que dentro de un estado constitucional de Derecho y Justicia la motivación es el eje transversal para el respeto de los derechos de los ciudadanos, y al hablar de los actos administrativos la motivación refleja la importancia de los administrados dentro de las decisiones de las instituciones públicas, también juega un papel fundamental ya que permite al administrado comprender de mejor manera la pertinencia de la decisión en base a varios argumentos que den soporte a la disposición.

En el Ecuador dentro de la normativa legal cuenta con mandatos establecidos para la motivación de los actos emanados por autoridad competente, entre los cuales se puede mencionar a la CRE (2008) en donde de manera expresa establece “Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas” (Art. 76. núm.7. lit. 1). Lo que permite entender que no habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos.

Avanzando en nuestro razonamiento y considerando la normativa jurídica que regula la correcta y fundamentada argumentación por parte de la autoridad pública, se puede establecer que la carencia de este parámetro acarrearía consigo actos nulos e ilegales que reflejarían una discrecionalidad y exceso de poder por parte de quién lo emite, a más de restringir al administrado una de las garantías intrínsecas al debido proceso, acotando que la motivación de los actos administrativos se encuentran normado como un requisito de validez según el COA (2017) “ Son requisitos de validez: 1. Competencia 2. Objeto 3. Voluntad 4. Procedimiento 5. Motivación” (Art.99).

Es bien sabido entonces que los actos administrativos, entendidos a estos como la expresión de la voluntad de la administración pública, son un segmento fundamental del Derecho Administrativo, ya que por medio de dichos actos se ejecuta una de las acciones más importantes dentro de la administración pública. Considerando ahora a la motivación de los actos administrativos podemos afirmar que el deber que cumplen como tal es de brindar seguridad jurídica a los administrados ya que los actos administrativos motivados acercarán a los derechos de la ciudadanía con los fines que persigue la administración pública.

Es necesario aclarar que la administración pública como se ha visto a lo largo del desarrollo del presente trabajo cuenta con principios que regulan su actuación, haciendo alusión al principio de legalidad este sin lugar a duda es la piedra angular de la actuación administrativa, en la que establece se debe regir y actuar bajo lineamientos instaurados en la ley por ende sus actos administrativos y la motivación deberán ir de la mano con este principio para no trasgredir intereses ni tampoco acarrear una nulidad del acto emanado Moreta (2019) refiere acerca de la motivación como el acto de poner a la luz las razones que llevan a la administración a dictar un acto administrativo, pero por sobre todo la motivación es sinónimo de explicar cada una de las razones que lleva a tomar dicha decisión por sobre otras. .

En cuanto aquello la norma decreta para el ejercicio de la administración pública facultades regladas y discrecionales, si bien para las facultades regladas se dispone limitaciones tácitas, sin embargo para las facultades discrecionales no se especifica límite de actuación, en este sentido es fundamental comprender la aplicación de la motivación, para encasillar estas potestades que carecen de normativa bajo el marco legal y que en efecto no sean consideradas como arbitrariedad y su resultado no sea ilegítimo.

Al hablar de discrecionalidad administrativa entendemos pues como la manera en que la administración pública puede elegir entre varias opciones igual de justas, la que mejor se ajuste a su conveniencia, pues es la potestad que se otorga para que de manera libre elija la mejor alternativa con observación a los demás principios que regulan actuación administrativa como tal, acomodando la conducta a un fin particular que claramente es el fin que debe perseguir la administración pública.

En Ecuador la potestad discrecional deriva de la norma jurídica por ende al momento de elegir entre varias opciones y seleccionar la mejor, debe tener concordancia con la norma jurídica conformada por la Constitución de la República del Ecuador, tratados y convenios internacionales, leyes , normas, etc., por ende debe motivar su resolución argumentando el motivo de su elección y por qué aquella opción se acerca más a sus necesidades que las otras alternativas que fueron igualmente validas frente a las otras .

Haciendo énfasis a la jurisprudencia la Corte Constitucional (2021) en sentencia número 1158-17-EP/21 en un pronunciamiento vinculante se destacan los parámetros de motivación a más de los establecidos en el tradicional test de motivación constantes de razonabilidad, lógica y comprensibilidad. De donde resulta que la Corte Constitucional otorga una nueva estructura mínimamente completa para garantizar una debida motivación, pues supone la relación de la legitimidad formal con la legitimidad material ya que es la expresión del razonamiento de la autoridad dicho de otra forma la fundamentación normativa en relación con la fundamentación fáctica.

Pues la Corte Constitucional menciona que no solo hace falta cumplir con el test de motivación, ya que puede existir una (i) la inexistencia de motivación o (ii) la insuficiencia de motivación” para que se establezca una verdadera motivación.

Pues la razonabilidad fue entendida por muchos administradores de justicia como la idónea aplicaciones de las reglas y principios constitucionales para fundamentar cierta actuación, pues la sentencia No. 1158-17-EP/21 establece que la razonabilidad debe ser comprendida como la adecuación de la resolución a los principios y normas constitucionales de modo que se demuestre el criterio del juzgador fundamentado normativamente, es decir la razonabilidad se trasgrede cuando no existe una fundamentación normativa correcta es decir sin errores de interpretación y aplicación de la norma.

En consecuencia, al parámetro de lógica en jurisprudencia se da a conocer a la misma como la concordancia que debe existir entre premisas y conclusión adecuando la decisión en observancia de los hechos facticos dando como resultado una decisión armónica de los hechos que se pretende demostrar mediante una argumentación suficiente. De la mano aquella en cuanto al parámetro de comprensibilidad manifiesta el hecho que la decisión debe contener un lenguaje claro, preciso de lo que se quiere demostrar con argumentos sencillos a fin de las que partes intervinientes conozcan y comprendan la decisión en el caso de

contratación pública la entidad contratante debe dar sus argumentos claros a fin de los participantes comprendan de manera clara el porqué de la actuación de la administración pública.

En tal sentido la Corte Constitucional otorga pautas jurisprudenciales para tener una estructura mínimamente correcta en las cuales establece que se debe obedecer a los siguientes parámetros en razón de que una motivación debe contener los suficientes fundamentos facticos y fundamentos jurídicos suficientes a más de eso obviando los parámetros de lógica , razonabilidad y congruencia jurisprudencialmente se determinan varios parámetros a contener para garantizar una correcta motivación los cuales se enmarcan a continuación :

- i) enunciar en la sentencia las normas o principios jurídicos en que se fundamentaron
- ii) enunciar los hechos del caso;
- iii) explicar la pertinencia de la aplicación de las normas a los antecedentes de hecho

Con el vigor de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Publica el servicio nacional de contratación pública dio un giro innovador, de a mano con el Servicio Nacional de Contratación Pública se generó un proceso más eficaz y consolidado, en el tema de contratación pública hay actos que obligatoriamente deben ser motivadas, ya sea por la esencia o la naturaleza del acto como tal, en ese sentido las resoluciones emanadas por la administración pública es de suma importancia que estén motivadas ya que por medio de esto los oferentes van a cocer las parámetros que busca la administración.

Algo semejante ocurre con la motivación en los actos administrativos del Sistema Nacional de Contratación pública, la naturaleza de la motivación se mantiene y es aún más importante que en tema de contratación pública ya la entidad contratante tiene que mencionar de manera , clara, precisa y argumentada los fundamentos de hecho y derecho que le motivaron a tomar la decisión así garantiza también que las personas que participan en el proceso lo vean como un proceso legítimo, ya que la falta de motivación como se ha visto anteriormente puede acarrear al proceso contractual como nulo.

De la mano aquello la doctrina menciona también que la motivación “es considerada dentro de un elemento formal del acto administrativo, como la exteriorización de la causa y de la finalidad, debe estar presente siempre previo a la emisión del acto, no siendo aceptable su integración posterior” Ross y Andersen (2019, p.5). Pues con este preámbulo se destaca el

hecho de la motivación al ser la argumentación de la decisión de la administración es necesario que conste de los argumentos y bases sólidas antes de la resolución como un elemento de convicción del acto administrativo ya que la posterior motivación del acto sería una completa arbitrariedad .

Pues en este sentido la motivación cuenta con un deber fundamental el primero radica en deslindar la discrecionalidad de la arbitrariedad y en segundo garantizar a los administrados los derechos consagrados en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador entre ellos el la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva y el de obtener los actos debidamente motivados por parte de la autoridad competente ya que estos actos son parte de la forma de voluntad de la administración, pues dentro de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia es necesario considerar que la motivación va más allá de un simple parámetro y es un derecho constitucional para asegurar a los ciudadanos un adecuado goce de sus garantías .

En consecuencia en el COA (2017) se estipula todo lo consagrado a la motivación de los actos administrativos mencionando que en la motivación debe señalar los siguientes parámetros .

- “1. El señalamiento de la norma o principios jurídicos aplicables y la determinación de su alcance.
2. La calificación de los hechos relevantes para la adopción de la decisión, sobre la base de la evidencia que conste en el expediente administrativo.
3. La explicación de la pertinencia del régimen jurídico invocado en relación con los hechos determinados” (Art.100).

Pues bien, el COA (2017) regula que los actos administrativos considerando su esencia y su objetivo, deben garantizar el bien común de los administrados. Pues la ley establece cada una de las actividades que debe cumplir la administración pública cuya finalidad es limitar la actuación de la administración pública garantizando a los administrados el correcto cumplimiento de las funciones y actividades que deben cumplir legalmente, las mismas que son cinco (Art.89).

Figura 8

Actividades de la Administración Pública



Nota: Diagrama sobre actividades de la administración pública

Fuente: Código Orgánico Administrativo

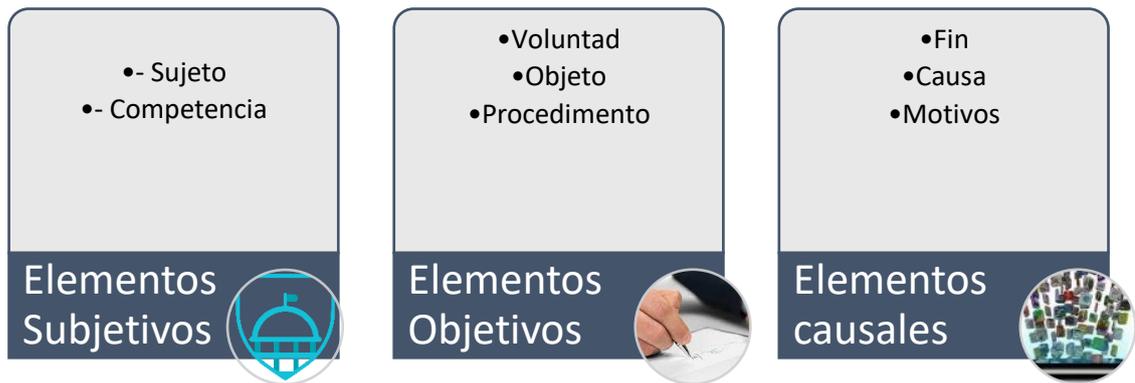
Autor: Palomino(2023)

Pues bien, toda actividad administrativa debe contar con una debida motivación ya que la misma supone la observancia de los elementos de hecho y derecho que ayudaron a elegir dicha opción de entre otras, esto trae consigo el cumplimiento del principio de eficacia, eficiencia, transparencia y buena fe de la administración pública a más de aquello es una herramienta importantísima porque permite al administrado poder reclamar frente a una incomodidad del acto como tal.

A más de aquello se regulan elementos que deben contener los actos administrativos los mismos que radican en el hecho de dar validez y legitimidad a toda actividad administrativa los mismos que garantizan una motivación en donde no solo consta la mera expresión de la voluntad de la administración sino en donde se consagra una armonía entre los supuestos de hecho de derechos con los hechos y actos realizados.

Figura 8

Elementos del acto administrativo



Nota: Tabla de elementos esenciales de los actos administrativos

Fuente: (Código Orgánico Administrativo, 2020)

Autor: Palomino (2023)

Pues, cuando no haya norma expresa de la actuación de la administración pública como es el caso concreto de las facultades discrecionales, la motivación de los actos debe ser la regla, mas no la excepción ya que en este sentido la motivación será la herramienta de mayor trascendencia para evitar casos de corrupción o desnaturalización a un derecho constitucional.

Dentro de los procesos de contratación pública la motivación influye drásticamente desde la etapa precontractual y contractual en los actos administrativos desde la resolución de inicio del proceso , hasta la etapa de adjudicación del proceso, pues al estar en juego recursos públicos y a consecuencia de esto garantizar derechos colectivos, el manejo de la contratación pública debe ser transparente, eficaz, y debe dar a los administrados la plena seguridad del cumplimiento de sus interés y necesidades.

En tal sentido la motivación de los actos administrativos es obligatorio según las fuentes de derecho como son la ley , doctrina y jurisprudencia en donde se evidencia la insistente aplicación del test de motivación mencionando pues que los hechos en concreto “quaestio facti” deben tener lógica con los antecedentes de derechos ”quaestio juris” lo que acarrea en una razonabilidad de la decisión , la Corte Constitucional por su parte a manifestado que para dar cumplimiento a una excepcional motivación esta debe contener un lenguaje claro y

una concordancia entre las premisas y la conclusión, lo que permite que los actos administrativos emanados por los órganos administrativos sean legítimos.

En lo pertinente la Corte Constitucional en sentencia vinculante es clara y precisa al acotar que las resoluciones de órgano administrativo inmotivadas serán también injustas, incongruente, incompleta, injustificada e irrazonada, pues si bien la motivación se da a los actos administrativos sin embargo se hace una extensión para los vigilantes de la administración pública es decir los servidores públicos quienes en ejercicio de sus facultades son los responsables de aplicar la norma jurídica para motivar cada acto.

Por su parte la motivación acarrea consigo la tutela judicial efectiva y con ello la seguridad jurídica que dentro de un Estado Constitucional de Derechos permiten que los administrados y ciudadanos en general no se queden en la indefensión y tengan acceso a las garantías del debido proceso. Por tanto, ya sea la administración pública como los tribunales del contencioso administrativo deben tomar en consideración el derecho a la motivación fundamentando de manera concreta las razones que llevan a una decisión concreta.

Pues bien la motivación en los actos administrativos de instituciones estatales representa un crecimiento al régimen constitucional, ya que se denota la participación activa de la administración en aras del respeto de los derechos fundamentales frente al cumplimiento de los fines que persigue el estado con esto claramente se mitigaría la discrecionalidad y la arbitrariedad permitiendo que cada una de las actuaciones sean fundamentadas ya que la carencia de motivación permitiría entender a los actos administrativos como un mero hecho de voluntad.

En este sentido dentro del Derecho Administrativo y dentro de la rama de contratación pública la motivación es necesaria ya que constituye el vínculo sobre los principios de eficacia y eficiencia en los que sienta sus bases la Administración Pública y la efectividad en cada uno de los procesos al estar destinados al interés colectivos del derecho público.

Entendiendo a la motivación como un elemento sustancial, la Corte Constitucional ha mencionado que la motivación debe estar presente en toda resolución emitida por las funciones del Estado, es decir la motivación dentro del órgano estatal debería entenderse como la garantía a los ciudadanos a conocer las decisiones legales y legítimas de la

administración pública y permite también limitar la actuación de los servidores públicos bajo la arbitrariedad y la discrecionalidad.

2.4.2. FASES DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

2.4.3. Contratación Pública

Pues bien a la contratación pública entenderemos en primera instancia como aquel contrato administrativo en donde las partes intervinientes serán la administración pública como entidad contratante y el oferente que está ligado al contratado para cumplir los acuerdos públicos coadyubados por parte del Estado con el fin de enfrentar las necesidades publicas dotando al Estado de bienes, servicios u obras que estén priorizadas en la programación anual de la institución cuyo fin sea cubrir necesidades de la sociedad para lo cual se debe entender a la misma como el conjunto de normas jurídicas que regulan la relación entre la administración pública y las personas.

Figura 9.

Fases de la Contratación Pública

Etapa preparatoria	Etapa precontractual	Etapa contractual	Etapa de evaluación
<ul style="list-style-type: none"> • Necesidad • Verificar el PAC • Estudios • Presupuesto • Informe de favorabilidad y pertinencia de la CGE • Pliegos • Resolución de inicio del procedimiento y aprobación de los pliegos 	<ul style="list-style-type: none"> • Fase de aclaración de preguntas y respuestas • Entrega de ofertas según los tiempos establecidos • Apertura de ofertas • Convalidación de errores • Calificación de ofertas • Negociación (según sea el caso) • Informe de recomendación • Resolución de adjudicación o declaratoria de proceso desierto. 	<ul style="list-style-type: none"> • Contrato • Ejecución del contrato • Liquidación • Recepción 	<ul style="list-style-type: none"> • Evaluación

Nota: Tabla de fases de la contratación pública

Fuente: Reglamento a Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

Autor: Palomino (2023)

CAPÍTULO III. METODOLOGIA.

3.1. Tipo de Investigación

Con el fin de cumplir con los objetivos propuestos en el presente trabajo de investigación, la misma se encuentra caracterizada por ser de los siguientes tipos:

- **Investigación dogmática:** Ya que en el presente trabajo investigativo se pretende identificar las competencias y configuración de la Administración Pública, así como determinar la potestad discrecional y la motivación en las resoluciones de adjudicación del régimen común del SNCP, se tomará en cuenta normas jurídicas, jurisprudencia, doctrinas, precedentes, etc.), con el fin de llegar a determinar la validez del ordenamiento jurídico en un contexto determinado.
- **Investigación jurídica descriptiva:** Con el fin de cumplir con los objetivos propuestos en el presente trabajado de investigación es menester determinar las cualidades, características y demás peculiaridades, a fin de llegar a conclusiones detalladas acerca del tema propuesto.
- **Investigación documental:** Por la novedad del trabajo investigativo se considera pertinente la recolección de datos documental-bibliográfico ya que se tomará en cuenta aspectos teóricos de los trabajos investigativos preliminares que contribuirán a la fundamentación doctrinaria de la presente investigación.

3.2. Diseño de Investigación

Por la complejidad de la investigación, por los objetivos que se pretende alcanzar, por los métodos que se van a emplear en el estudio del problema jurídico y por el tipo de investigación, el diseño es no experimental, es decir, que el problema que se investigará se ha estudiado tal como se presenta en su contexto, razón por la cual no se ha construido ninguna situación, pero si se sujeta a conclusiones.

3.3. Técnicas de recolección de Datos.

Para la elaboración del instrumento de investigación se consignará a la guía de entrevista y la guía de encuesta como técnica de investigación, la cual se aplicará procuradores síndicos de instituciones públicas, con el fin de tener una proximidad con datos e información reales de la población seleccionada para posterior interpretación de datos, los mismo que tendrán un correcto procesamiento mediante una interpretación y análisis de resultados, lo que llevará a la conclusión mediante la discusión crítica de derivaciones que de este surjan .

3.4. Población de estudio y tamaño de muestra

La población está constituida por los siguientes dependientes:

POBLACIÓN	NUMERO
Procuradores síndicos instituciones públicas	-
Municipio de Riobamba	1
GAD Provincial Chimborazo	1
Universidad Nacional de Chimborazo (UNACH)	1
Escuela Politécnica Superior de Chimborazo (ESPOCH)	1
TOTAL	4

La población, en la presente investigación se encuentra compuesta por 4 procuradores síndicos correspondientes a instituciones como el Municipio de Riobamba, Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Chimborazo, Universidad Nacional de Chimborazo y Escuela Politécnica Superior de Chimborazo, existiendo así un total de 4 involucrados, motivo por el cual no cabe la aplicación de la fórmula. En cuanto a la muestra, se empleó la de tipo no probabilístico que se establece por conveniencia o intensional, determinada bajo la experticia de cada uno de los profesionales de las instituciones públicas los mismos que accedieron a formar parte del estudio mediante consentimiento informado.

3.5. Hipótesis

La potestad discrecional de la administración pública no respeta el principio constitucional de motivación en las resoluciones de adjudicación de procedimientos del régimen común del sistema nacional de contratación pública.

3.6. Métodos de análisis y procesamiento de datos

Para estudiar el problema planteado en el presente tema de tesis se empleará los siguientes métodos:

- **Método inductivo:** Entendiendo que el presente trabajo tiene un enfoque jurídico doctrinario la presente investigadora realizará un razonamiento inductivo, con el fin de partir de un mero conocimiento singular sobre la potestad discrecional de la Administración Pública en las resoluciones de adjudicación del régimen común del sistema nacional de contratación, a fin de llegar a una conclusión universal.

- **Método dogmático:** Permitirá a la presente investigadora interpretar adecuadamente aspectos relacionados con la potestad discrecional de la administración pública en la motivación de resoluciones de adjudicación en los procedimientos de régimen común del Sistema Nacional de Contratación Pública, mediante un procedimiento que se caracteriza por cumplir sistemáticamente de actividades intelectuales (pensamiento, reflexión, criticidad, construcción, solución), que permitirán a la presente investigadora conocer y saber sobre la problemática puesta en el presente proyecto investigativo.
- **Método jurídico doctrinal:** Permitirá a la presente investigadora decidir y entender las características y cualidades de la potestad discrecional de la administración pública en la motivación de resoluciones de adjudicación en los procedimientos de régimen común del Sistema Nacional de Contratación Pública, con el que se analizará las posiciones legales sobre el tema con lo que se pretende arribar en conclusiones científicamente validas.
- **Método estudio de caso:** Este método permitirá a la presente investigadora el desarrollo de actividades de campo con el fin de obtener y recopilar datos reales acerca de la potestad discrecional de la administración pública en la motivación de resoluciones de adjudicación en los procedimientos de régimen común del Sistema Nacional de Contratación Pública.

CAPÍTULO IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Tabla 3

Análisis de Resolución de adjudicación de menor cuantía

Resolución Adjudicación No. MSC-GADMR-004-2022

Análisis

El Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Riobamba, para el proceso de régimen común correspondiente a menor cuantía invita a las micro, pequeñas y medianas empresas, artesanos o actores de la EPS a participar del presente proceso a aquellos proveedores que se encuentren debidamente habilitados en el Registro Único de Proveedores (RUP) y que por consiguiente se encuentren en la plena y legítima capacidad para contratar, a que presenten sus ofertas para el proceso cuyo objeto es “ **Promoción, difusión y comunicación de la oferta turística de Riobamba a través de la contratación de una agencia de comunicación**”, para dicho proceso de menor cuantía se asigna un presupuesto referencial de **USD 44.410 (CUARETA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS DIEZ DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA)** y se establece un plazo de entrega de **120 días**.

Los posibles proveedores han presentado su manifestación de interés al proceso a través del Portal de Compras Públicas, para dicho proceso se han establecido un total de 7 proveedores de microempresas, correspondiendo a la entidad contratante analizar cada uno, mediante lo cual 3 proveedores cuentan con el domicilio dentro de la circunscripción en la cual se llevará a cabo el objeto del contrato, por consiguiente los 4 oferentes restantes han sido descalificados del proceso en virtud del cantón distinto al lugar donde va a ejecutarse el contrato, a criterio de localidad, precio,

tamaño y cronograma la entidad contratante ha seleccionado al señor Marco Vinicio Sánchez Cabezas, como el proveedor seleccionado para dicho procedimiento en virtud de que cumplió con los parámetros estipulados.

Se da apertura así a la fase de preguntas y aclaración, para lo cual en el análisis pertinente del presente procedimiento signado con el código. MSC-GADMR-004-2022. Los invitados no han realizado ninguna pregunta al respecto del procedimiento por lo que se considera que no hay aclaración por parte de la entidad contratante. Según el informe de calificación de ofertas en lo que respecta a los requisitos mínimos a tomarse en cuenta para seleccionar un proveedor son localidad, tamaño, cronología y la mejor oferta , si bien hay motivación en el acta de calificación ya que se demuestra una argumentación adecuada a cada uno de los proveedores en los aspectos que no calificaron y que calificaron, haciéndoles conocer sus argumentos claros y justificando los parámetros mínimos que no han llegado a cumplir con totalidad, sin embargo bajo el principio de igualdad se muestra un desbalance en cuanto el proveedor 1 . Irma Vásquez ya que en la experiencia del personal técnica no justifica una experiencia de 5 años sin embargo tiene la experiencia en campañas, comunicacionales o campañas promocionales hace 10 años, es decir dicha proveedora tiene la experiencia en el objeto que busca la entidad contratante.

A diferencia del proveedor adjudicado señor Marco Sánchez, tiene la misma experiencia en el objeto del contrato con un intervalo dentro de los años establecidos por los parámetros de calificación establecidos. En tal virtud aparece aquí la discrecionalidad de la administración pública alejada de la motivación que es un requisito del acto administrativo, la discrecionalidad aparece en el objeto y da la facultad a la entidad contratante de elegir la mejor opción y lo que más se apaga a sus intereses.

Conclusión

En la resolución de adjudicación se anuncia la norma, pero esta norma tiene que ser clara, precisa y comprensible no solo para que sea perceptible para los oferentes sino también para la ciudadanía en general que está en su derecho de conocer acerca de los casos en los que involucra fondos

públicos, en concordancia con el principio de transparencia, cumpliendo así con lo establecido en la Constitución artículo 76 numeral 7 literal I explicar con precisión la pertinencia de la norma con cada una de las decisiones de la administración pública .

En este caso concreto se ha analizado que para las resoluciones de adjudicación el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Riobamba cuenta con formatos tipo, que no benefician al crecimiento de la argumentación jurídica de la administración pública ya que al estar modelos establecidos, se puede decir que se usa de manera arbitraria la motivación utilizando argumentos que si bien pueden ser generales para el caso de compras públicas pero que no incrementan la argumentación del caso específico con una debida razonabilidad .

Por consiguiente según el (Código Orgánico Administrativo[C.O.A], 2017, Art.23) menciona sobre la razonabilidad que es la correcta motivación de la administración pública en este sentido se estaría violentado este principio al existir formatos tipo que no permiten que la administración utilice de manera adecuada los argumentos sólidos para el hecho, es decir se puede observar que en efecto hay una discrecionalidad de la administración pública al utilizar de manera arbitraria para todos los casos los mismos formatos, más sin embargo según el SERCOP establece que en las resoluciones deben tener el formato tipo del cumple y no cumple, lo cual en esta resolución no se denota a más de la decisión de adjudicar el contrato al proveedor seleccionado.

Con esto también se demuestra que se vulnera el principio de interdicción de la arbitrariedad en donde se debe establecer los parámetros de igualdad entre los participantes y demostrar sobre todo en la resolución de adjudicación que no se debe tomar decisiones arbitrarias. Finalmente se concreta que no se cumple a cabalidad con la decisión de la sentencia de la Corte constitucional y en efecto se puede determinar que hay una insuficiencia de la norma jurídica, una incoherencia y a razón de eso se puede dar una incompresibilidad, atinencia e incongruencia de los fundamentos con la decisión de adjudicación determinada por la administración pública, determinando así un claro incumplimiento de los parámetros mínimos de motivación.

Nota: Analisis Resolución No. MSC-GADMR-004-2022

Autor: Palomino(2023)

Tabla 4

Análisis de Resolución de adjudicación de licitación

Resolución Adjudicación No. LICO-GADMR-002-2022

Análisis

El siguiente proceso de régimen común es de tipo licitación por obras, cuyo objeto de contratación es “CONSTRUCCION DE LA PLAZA DE COMERCIALIZACION DE GANADO EN PIE DEL CANTON RIOBAMBA” para dicho proceso se signó un presupuesto referencial de USD 1.705,986.68 (UN MILLÓN SETECIENTOS CINCO MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y SEIS CON SESENTA Y OCHO). Se puede determinar que en este caso nace con la necesidad de la construcción y desde ahí se puede establecer la discrecionalidad de la administración pública porque es esta la que determina los fondos públicos.

Se realizó la invitación a los proveedores debidamente habilitados por el Registro único de Proveedores (RUP), mediante la comisión técnica se procede a calificar cada una de la ofertas separando los proveedores habilitados y los que corresponden al distrito cercano al lugar objeto de la contratación, habiendo así 2 oferentes seleccionados oferente

1 . Building CB SAS y 2. Consorcio Plaza de Rastro. La calificación se da mediante el modelo establecido por el SERCOP mediante el parámetro CUMPLE/ NO CUMPLE.

DETALLE DE CALIFICACIÓN:

OFERENTE 1.- OSWALDO GUILCAPI CHAVEZ
OFERENTE 2.- CONSORCIO FORESCON

METODOLOGIA CUMPLE NO CUMPLE:

CALIFICACION DEL PROCESO LICO-GADMR-003-2022: EVALUACION CUMPLE / NO CUMPLE			
 Municipio de Riobamba		GOBIERNO AUTONOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DE RIOBAMBA	
		OFERENTES	
PARAMETROS SUGERIDOS		OSWALDO GUILCAPI CHAVEZ	CONSORCIO FORESCON
01	INTEGRIDAD DE LA OFERTA (FORMULARIOS DE LA OFERTA)	CUMPLE	CUMPLE
02	EXPERIENCIA GENERAL MINIMA	CUMPLE	CUMPLE
03	EXPERIENCIA ESPECIFICA MINIMA	NO CUMPLE	CUMPLE
04	FORMULARIO II DE COMPROMISO	CUMPLE	CUMPLE
05	CRONOGRAMA	CUMPLE	CUMPLE
06	PATRIMONIO (PERSONAS JURIDICAS)	NO APLICA	NO APLICA
07	PERSONAL TECNICO	NO APLICA (PARAMETRO CONTRACTUAL)	NO APLICA (PARAMETRO CONTRACTUAL)
08	EXPERIENCIA MINIMA PERSONAL TECNICO	NO APLICA (PARAMETRO CONTRACTUAL)	NO APLICA (PARAMETRO CONTRACTUAL)
09	EQUIPO MINIMO	NO APLICA (PARAMETRO CONTRACTUAL)	NO APLICA (PARAMETRO CONTRACTUAL)
HABILITADO/ NO HABILITADO		NO HABILITADO	HABILITADO

+32 966001

Conclusión

Se determinó que en cuanto a los parámetros establecidos por cumple y no cumple, no se especifica una argumentación clara, tampoco consta el casillero de no cumple. Si bien el SERCOP establece modelos de los pliegos a tomar en consideración por las entidades contratantes, en el que claramente debe constar una ampliación a su decisión detallando además si la oferta esta correcta o se debió convalidar algún error, en cuanto a la experiencia si cuenta con el tiempo mínimo establecido, haciendo desde ya una omisión a su deber de motivación, la entidad se maneja con formatos tipo que sin lugar a duda disminuyen el acervo critico de los servidores públicos encargados y a los ciudadanos cuartan la posibilidad de entender y conocer acerca del proceso que se está llevando a cabo .

Si bien el acta de calificación es eje fundamental en la resolución de adjudicación del proceso de contratación pública por ende según la jurisprudencia que se ha ido manejando a lo largo de este trabajo investigativo podemos determinar que no solo se trata de una enunciación de la norma como se hace en la resolución de adjudicación ,sino también determinar los principios en los que la administración pública fundamenta su criterio sino se está violentando fuertemente el principio de racionalidad , juridicidad y sobre todo el principio de interdicción de arbitrariedad .

Se determinó pues, que en este caso la resolución de inicio fue utilizada como resolución de adjudicación, siendo estos dos momentos diferentes dentro del procedimiento de contratación pública y sus objetos son diferentes, aun así, es importantísimo acotar justificación por parte de la administración en base al momento oportuno y al acto administrativo propio, como se observa hay norma citada, pero esta al ser mal utilizada puede ser confusa y hasta un punto hipotética.

Por tanto es importante seguir la vía jurisprudencial de la Corte Constitucional mencionado que la motivación a más de un mero hecho formal de citar la norma debe ser material y subjetivo a los derechos que están involucrados , con un cumplimiento de una estructura mínima que regule la

actuación y el ejercicio de las facultades tanto regladas como discrecionales que se pueden dar en los actos administrativos de la administración pública con un control judicial negativo propio de la administración. Mediante la razonabilidad y en base a los principios establecidos.

Nota: Analisis Resolución No. LICO-GADMR-002-2022

Autor: Palomino(2023)

Tabla 5

Análisis de Resolución de adjudicación de Cotización

Resolución Adjudicación No. COTS-GADMR-001-2023

Análisis

El Gobierno Autónomo Descentralizado municipal del Cantón Riobamba, convoca a los posibles oferentes personas naturales, jurídicas, nacionales o extranjeras debidamente habilitadas en el Registro Único de Proveedores RUP, a que formen parte para el presente proceso de cotización signado con el No. COTS-GADMR-001-2023, para la cual deben ser proveedores con capacidad de contratar, el objeto de la presente cotización es “ORGANIZACIÓN, PRODUCCIÓN Y PUESTA EN ESCENA DEL EVENTO CULTURAL, ARTISITICO Y TURISITICO “RIOBAMBA TU MEJOR PLAN” ABRIL 2023”, con un presupuesto destinado de USD 379.889.26 (Trescientos setenta y nueve mil ochocientos ochenta y nueve con veinte y seis ctvs.)

La entidad contratante procede a evacuar todos los actos administrativos iniciando con la necesidad y la convocatoria a los oferentes debidamente habilitados con el RUP y CPC, llegando a la etapa de preguntas y respuestas en lo cual por parte de los oferentes se procede con los cuestionamientos aclarando cada una de ellas, la presentación de ofertas, convalidación de errores y calificación de estas.

En el presente cuadro de calificación se detalla mediante un puntaje realizado por la comisión técnica el porcentaje obtenido según los parámetros de calificación en lo que claramente se evidencia el cumplimiento de los requisitos mas no la explicación de cada puntaje obtenido.



www.gadmriobamba.gob.ec

CALIFICACION DEL PROCESO COTS-GADMR-001-2023: EVALUACIÓN POR PUNTAJE	
	
GOBIERNO AUTONOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DE RIOBAMBA ORGANIZACIÓN, PRODUCCIÓN Y PUESTA EN ESCENA DEL EVENTO CULTURAL, ARTÍSTICO Y TURÍSTICO "RIOBAMBA TU MEJOR PLAN" ABRIL 2023.	
PARAMETROS SUGERIDOS	OFERENTES HABILITADOS
	MANCHENO BARBA ROBERTO JAVIER.
01 EXPERIENCIA GENERAL (10 PTOS)	10,00
02 EXPERIENCIA ESPECIFICA (15 PTOS)	15,00
03 EXPERIENCIA PERSONAL TECNICO CLAVE(10 PTOS)	10,00
04 OFERTA ECONOMICA (50 PTS)	50,00
05 VAE (5 PTOS)	5,00
06 MYPES y EPS (5 PTOS)	0,00
07 MYPES y EPS Locales (5 PTOS)	0,00
TOTALES	90,00

Conclusión

En este sentido la comisión debe fundamentar su actuación a más de motivar su decisión ya que nace de la necesidad de la entidad contratante, en observancia a la norma jurídica, y demás principios en los que sienta su actuación la administración pública con el fin de garantizar el garantizar los intereses colectivos de los administrados. Entonces es de suma importancia que los servidores públicos fundamenten cada una de las decisiones que toman y de los actos que ejecutan aun más si se trata de contratación pública ya que están en juego la transparencia de los fondos públicos y en concordancia con la (Constitución de la República del Ecuador [C.R.E], Art. 76 num.7.lit.1) en relación con lo que emana el (Código Orgánico Administrativo [C.O.A], Art.100) y la jurisprudencia de la Corte Constitucional No. 1158-17-EP/21, haciendo énfasis en cada una de la normativa legal vigente que la motivación ayuda a explicar la pertinencia de la norma con los hechos permitiendo así una buena calificación de la decisión de la autoridad competente que se ajuste al principio de legalidad.

Es fundamental que dentro de los items de calificación la entidad contratante explique el puntaje asignado sino esto puede ocasionar una mala interpretación de la actuación de la administración aludiendo una arbitrariedad o hasta una discrecionalidad, recordando que bajo el principio de publicidad toda persona tiene acceso a conocer las actividades anuales de cada institución pública, y en cumplimiento al principio de interdicción de arbitrariedad dar una motivación igualitaria justa y sin perjuicio de interpretaciones inicuas.

Nota: Análisis Resolución No. COTS-GADMR-001-2023

Autor: Palomino(2023)

Frente al análisis de caso aplicado para el desarrollo del presente trabajo, se consideró que los métodos propuestos para llevar a cabo la recolección de datos que acercan a la realidad del presente trabajo investigativo fue la aplicación del instrumento de entrevista a los procuradores síndicos de las instituciones públicas de la provincia de Chimborazo de las cuales consta el Gobierno Autónomo Municipal de Chimborazo, Municipio de Riobamba, Universidad Nacional de Chimborazo y Escuela Politécnica Superior de Chimborazo. En este sentido se establecieron cada una de las preguntas aplicadas en base a los objetivos planteados para la investigación, mientras que la población seleccionada para llevar a cabo la entrevista fue seleccionada de manera estratégica por su grado de conocimiento y experticia frente a temas de la administración y la contratación públicas en general. En tal sentido se presenta la información recopilada con mayor trascendencia de cada profesional elegido mostrando como resultado los datos de la siguiente tabla:

Tabla 6

Datos relevantes de los profesionales entrevistados

NOMBRES	PROFESIÓN	CARGO/OCUPACIÓN
Juan Montero Chávez	Abogado	Procurador de la Universidad Nacional de Chimborazo.
Teresa Sandoval Rosero	Abogada	Abogada del Municipio de Riobamba
Daniel Núñez Bucay	Magister	Procurador de la ESPOCH
Juan Pablo Valencia Olalla	Abogado	Procurador del Gobierno Autónomo Municipal de Chimborazo

Nota: Tabla informativa de los entrevistados.

Autor: Palomino Karol (2023)

Los resultados obtenidos de las entrevistas son los siguientes:

Tabla 7

Entrevista 1

Nombre:	Dr. Juan Montero
	Procurador de la Universidad Nacional de Chimborazo.
PREGUNTAS	RESPUESTAS
¿Qué es para usted la administración pública?	La administración pública es un poder descentralizado del gobierno central que se da a las instituciones para que puedan gobernar, cumplir con sus objetivos de manera eficiente para la respuesta a las necesidades de la ciudadanía.
¿Qué entiende usted por potestad discrecional de la administración pública?	Es aquella que está sujeta a un control judicial negativo ya que el juez no puede intervenir en estos casos dado que el administrador público tiene la facultad de elegir la opción que más favorezca a sus intereses.
¿Cree usted que la potestad discrecional de la administración pública es sinónimo de arbitrariedad por qué?	Si la administración pública se aleja del principio de legalidad puede incurrir en una arbitrariedad, pero la mayoría estamos obligados normativamente actuar según lo establecido en la Constitución y el COA, pero abra casos en los que se puede haber dado una decisión de manera inmoral.
¿Diga que es para usted la motivación?	La motivación es un requisito del acto administrativo que sirve para sustentar la decisión de la administración pública en base a la lógica y la coherencia, se enuncian las normas de la Constitución, COA y sirven como guía para el servidor público a garantizar la seguridad jurídica.
¿Considera usted que la motivación en las resoluciones	Si es muy importante y no solo en las resoluciones de adjudicación sino en todos los informes y demás resoluciones que una institución pública emane ya que al

de adjudicación es importante, por qué? ser públicas se debe a la transparencia para los ciudadanos

¿Considera que la potestad discrecional de la administración pública vulnera el principio de juridicidad? Si puede vulnerar al momento en que la administración decide sobre qué obra ejecutar primero ya que no se aplica la normativa en manera formal y material sin un sentido de justicia

Fuente: Entrevistas.

Autor: Karol Palomino (2023)

Tabla 8

Entrevista 2

Nombre:



Dr. Daniel Núñez

**Procurador Escuela Superior Politécnica de
Chimborazo**

PREGUNTAS

RESPUESTAS

**¿Qué es para usted la
administración pública?**

La administración pública es un órgano estatal que vela por las necesidades colectivas por medio de la acción del estado de proveer servicios públicos, tiene la obligación de descentralizar sus funciones para llegar a sus fines.

**¿Qué entiende usted por
potestad discrecional de la
administración pública?**

La potestad discrecional es la facultad que tiene el servidor público para elegir las decisiones que mejor convengan para la institución bajo ciertos parámetros de razonabilidad.

**¿Cree usted que la potestad
discrecional de la
administración pública es
sinónimo de arbitrariedad por
qué?**

Si, ya que la discrecionalidad no nace del deber de motivar, porque este es un requisito del acto administrativo, la discrecionalidad surge del objeto del acto administrativo es decir si la administración pública tiene la facultad de escoger entre que hacer y no hacer lo hace por conveniencia y dicha conveniencia no hace falta motivar solo basta con la necesidad que surge de la administración misma.

**¿Diga que es para usted la
motivación?**

La motivación es un sustento legal que realiza cualquier funcionario para sostener que la resolución tomada sea legítima y vaya acorde a las leyes previstas, no solo es el hecho de enunciar la norma sino de correlacionar dicha norma con los hechos previstos en los actos administrativos eso lo establece la Constitución y

hablando de jurisprudencia importante dentro del Ecuador existe la sentencia de la Corte Constitucional en donde dice que la motivación debe contener lógica, razonabilidad, y congruencia de los hechos facticos con los hechos legales que darán sustento .

¿Considera usted que la motivación en las resoluciones de adjudicación es importante, por qué?

Considero que si es de vital importancia para que los oferentes que no fueron seleccionados dentro de cualquier proceso de contratación pública conozcan el porqué de esa resolución y quede constancia de un proceso transparente, si hay 30 oferentes a cada uno de ellos dar una explicación detallada de que parámetros no cumplieron y que faltó para que no sea adjudicado, no solo basta con enunciar la norma sino explicarla.

¿Considera que la potestad discrecional de la administración pública vulnera el principio de juridicidad?

Si vulnera porque si yo como administración pública tengo la posibilidad de elegir lo que mejor me favorezca dejo de lado los principios que me regulan con tal de garantizar mi bienestar, y establezco norma legales que pueden servir para el caso pero debo recordar que como administración pública tengo mandatos que determinar mi actuación y muchas veces solo enunciamos la norma Constitucional que claro es superior pero como administración pública hay más allá que solo la normativa constitucional sino normas suplementarias como el COA a las cuales debemos prestar mucha atención para cada uno de los actos que emanemos

Fuente: Entrevistas.

Autor: Karol Palomino (2023)

Tabla 9

Entrevista 3

Nombre:		Dra. Teresa Sandoval Rosero Abogada del Municipio de Riobamba
PREGUNTAS	RESPUESTAS	
¿Qué es para usted la administración pública?	La administración pública es la potestad que tiene una institución pública para tomar decisiones mediante actos administrativos y actos normativos mediante los que deben ser motivados tanto con los hechos fácticos como con una relación a la normativa siempre dentro de sus competencias y facultades.	
¿Qué entiende usted por potestad discrecional de la administración pública?	Es la facultad que tiene la administración de tomar decisiones mediante actos administrativos, actos de simple administración y actos normativos.	
¿Cree usted que la potestad discrecional de la administración pública es sinónimo de arbitrariedad por qué?	No, es sinónimo de arbitrariedad por cuanto las decisiones son debidamente motivadas, que son respaldados con actos de simple administración que son informes técnicos y jurídicos en base a lo cual la administración pública respalda y toma su decisión.	
¿Diga que es para usted la motivación?	La motivación es el nexo o enlace de los hechos facticos con la normativa es decir la Constitución y las leyes que permiten que un acto administrativo tenga legalidad.	
¿Considera usted que la motivación en las resoluciones de adjudicación es importante, por qué?	Claro que es indispensable por cuanto si un acto administrativo no este motivado es nulo de acuerdo al Código Orgánico Administrativo amas de eso la motivación es un acto obligatorio del que debe constar toda actividad administrativa porque son los argumentos explicados para la ciudadanía del porque la respuesta emitida.	

¿Considera que la potestad discrecional de la administración pública vulnera el principio de juridicidad?

No, porque el principio de juridicidad es el que respalda que la administración pública debe basarse en sus competencias y funciones para actuar, entonces no contraviene este principio, si bien la discrecionalidad es una facultad de la administración que también está establecida en la ley y la administración actúa conforme lo que la norma establece.

Fuente: Entrevistas.

Autor: Karol Palomino (2023)

Tabla 10

Entrevista 4

Nombre:	Dr. Juan Pablo Valencia
----------------	--------------------------------

	Procurador Síndico Consejo Provincial de Chimborazo
---	--

PREGUNTAS	RESPUESTAS
¿Qué es para usted la administración pública?	La administración conforme lo determina la Constitución de la Republica del Ecuador es el ejercicio que hace la potestad administrativa es decir las funciones del estado como legislativa ejecutiva o judicial para ejercer su potestad para realizar actos administrativos
¿Qué entiende usted por potestad discrecional de la administración pública?	La potestad discrecional de la administración pública corresponde a la facultad que tienen las administraciones para que en el ejercicio de sus funciones realicen ciertas actividades y funciones determinadas por la ley , discrecional significa que la administración tiene ciertas facultades en las cuales debe recordar que no se puede evadir las funciones y competencias determinadas por la Constitución, en actos administrativos la discrecionalidad y actos unilaterales que puedan acarrear o contener derechos o responsabilidades
¿Cree usted que la potestad discrecional de la administración pública es sinónimo de arbitrariedad por qué?	No, ya que la potestad discrecional de la administración pública debe enmarcarse en lo que determina la constitución y basarse en el debido proceso y en la motivación de los actos dando una concordancia de los actos con lo que determina la normativa con la parte resolutive de los actos administrativos
¿Diga que es para usted la motivación?	La motivación es el ejercicio que se hace para determinar la decisión administrativa a través de un acto administrativo en donde se determinan derecho y

obligaciones a terceros en donde se determinan derechos individuales, particulares o colectivos la motivación esta explicada por la Corte Constitucional con una estructura con al menos tres parámetros, es decir debe ser lógica, entendible y debe ser aplicada con congruencia con lo que se expresa en la normativa en los elementos facticos y jurídicos debe existir una correlación. Ya que la motivación no es un tema objetivo sino un tema subjetivo sin embargo debemos cumplir los parámetros que determina la Corte Constitucional ya que no solo es la enunciación de normativa también se debe determinar los elementos facticos que se hacen tomar una decisión.

¿Considera usted que la motivación en las resoluciones de adjudicación es importante, por qué?

En todos los actos administrativos que emane la administración pública la motivación es de cumplimiento obligatorio y no se puede dejar de motivar en la etapa de adjudicación ya que es el fin del proceso y debe contener respuesta a todo lo que se ejecutó a lo largo de las etapas hasta llegar a la adjudicación del contrato además que en todos los actos por mandato constitucional deben estar motivados.

¿Considera que la potestad discrecional de la administración pública vulnera el principio de juridicidad?

No, considero que no vulnera el principio de juridicidad más bien es un tema que la discrecionalidad está mal entendida ya que este término de la potestad que tiene la administración pública no es que debemos dejar de motivar, al contrario, se debe motivar, pero no necesariamente se debe cumplir con todos los requerimientos que hacen los usuarios externos.

Fuente: Entrevistas.

Autor: Karol Palomino (2023)

Tabla 11*Resumen de resultados*

CÓDIGO/CRITERIO	CONCORDANCIAS	RESULTADO
1. La administración pública	4	Los entrevistados mencionaron que la administración pública es una entidad estatal con competencias descentralizadas que le ayudan a cumplir los fines propuestos por el órgano central.
2. La potestad discrecional de la administración pública	4	Los procurados síndicos entrevistados de las instituciones públicas mencionaron que la potestad discrecional que posee la administración pública es una facultad que tienen los servidores públicos para tomar decisiones que se ajusten a sus necesidades.
3. La potestad discrecional como sinónimo de arbitrariedad.	3	Mediante las entrevistas realizadas, se constató la siguiente postura: -La potestad discrecional de la administración públicas si puede ser arbitraria cuando la entidad se aleja de los principios y mandatos constitucionales en los que la administración pública alinea su actuación, ya que la discrecionalidad pasa a ser subjetiva.
4. Concepto de motivación	4	Los entrevistados establecieron que la motivación es el nexo entre los hechos fácticos y la normativa legal vigente, hicieron alusión que la motivación no solo es el hecho de mencionar la norma sino de correlacionarla con los

antecedentes, estableciendo así una estructura mínima en donde la lógica, razonabilidad y la congruencia sean base sólida para los argumentos que encaminan a los servidores públicos a tomar una decisión , en tal virtud las administraciones públicas deben guiarse en lo establecido en la Constitución el Código Orgánico Administrativo y la sentencia de la Corte Constitucional.

5. Las resoluciones de adjudicación y la motivación	4	De las entrevistas realizadas, se determinó que motivación es un requisito indispensable para todo acto administrativo y tiene aún más trascendencia en las resoluciones de adjudicación ya que es aquí en donde la entidad contratante debe dar respuestas de todo lo que se realizó durante todas las etapas del proceso de contratación y permitiendo así que los oferentes que no han calificado conozcan las causas de la decisión de la entidad y sea un proceso transparente.
6. Vulneración al principio de juridicidad	2	De las entrevistas realizadas, se determinó que hay una vulneración al principio de juridicidad cuando se da al servidor público la facultad de elegir dentro de un catálogo de posibilidades todas igual de justas, alejándose así del sentido formal y material de la norma sin un verdadero sentido de justicia.

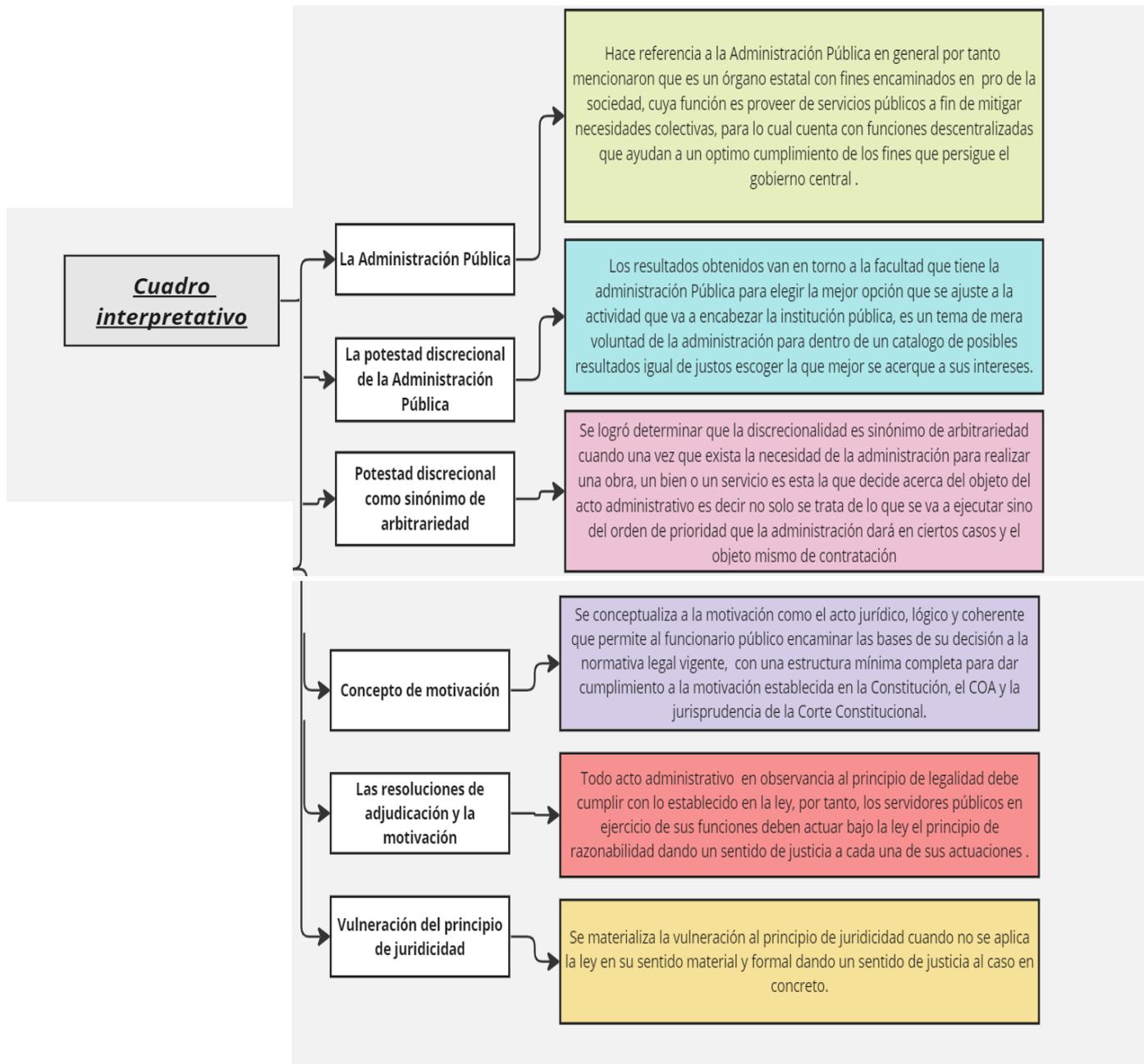
Fuente: Entrevistas

Autor: Palomino Karol (2023)

Figura 10.

Interpretación de Resultados

Como resultado de las entrevistas ejecutadas para el presente trabajo de investigación se obtuvo que :



Nota: Tabla interpretativa del resumen de resultados

Fuente: Entrevistas

Autor: Palomino (2023)

Discusión de resultados

Como resultado obtenido de la aplicación de las entrevistas se obtuvo que la discrecionalidad de la administración pública en los procedimientos de régimen común del Sistema Nacional de Contratación Pública no se encuentra únicamente en las resoluciones de adjudicación sino aparece la discrecionalidad a partir del objeto que determina la contratación, ya que si bien nace de la necesidad de la entidad contratante el realizar o adquirir “X o Y” obra o servicio. En este sentido se estableció que la garantía constitucional de motivación no es el límite de la discrecionalidad ya que la motivación constituye un requisito de todo acto administrativo más sin embargo la motivación pasaría hacer un requisito formal que da solemnidad al acto administrativo pero que no restringe del todo la discrecionalidad de la entidad contratante como institución pública.

En sentido Allende (2018) sostiene este postulado mencionado que “motivación, objeto y fin son los elementos básicos del acto administrativo, el primero es la expresión formal de la situación de hecho que mueve a la Administración a actuar jurídicamente” (p.114).

En cuanto al incumplimiento de la garantía constitucional de motivación en las resoluciones de adjudicación se estaría hablando de un vicio formal del acto administrativo lo que acarrearía nulidad de este, pues la motivación constituye la base de la decisión de la administración, y corresponde al principio de razonabilidad.

En cuanto a la motivación de las resoluciones de adjudicación y Jadue y Oltramari (2019) confirman la postura de los entrevistados aseverando que “la motivación o causa y fin del acto constituyen un elemento esencial del acto administrativo, por lo que su falta se traduce en la denominada “desviación de poder”, lo que lo convierte, por tanto, en una ilegalidad” (p.130). Pues los entrevistados mencionaron que la motivación constituye un acto importantísimo dentro de los actos administrativos ya que constituye la base de las decisiones tomadas y la legitimidad de los actos administrativos. En contraste aquello al hablar de potestades discrecional como sinónimo de arbitrariedad los entrevistados mencionaron que se da la arbitrariedad cuando por parte de la administración se alejan de la legalidad y pasa a ser un parámetro subjetivo de la administración para esto Jadue y Oltramari (2019) establecen que “ los actos administrativos gozan de la presunción de legalidad, la motivación y la fundamentación de los actos, especialmente cuando se otorga una facultad discrecional, toman mayor relevancia, y existe una mayor posibilidad de que sean objeto de desviación de poder” (p.132).

4. CAPÍTULO V.

4.1. CONCLUSIONES

- En definitiva el alcance de la potestad discrecional de la administración pública en contratación pública es evidente, y no solo se alinea con la falta de motivación de las resoluciones que viabilizan y ponen fin al procedimiento de adquisición de bienes, obras o servicios, sino también la discrecionalidad surge a partir de la necesidad que posee la entidad contratante para adquirir un bien, obra o servicio, es decir la discrecionalidad nace con el objeto mismo de contratación, interponiendo desde este primer momento la voluntad de decidir qué hacer, que adquirir, en donde ejecutar una cierta obra o prestar un cierto servicio, pues también hay discrecionalidad al momento en que la entidad elige poner fin a un proceso al cancelar el mismo, o al declarar desierto un proceso.
- A fin de haber comprendido que la potestad discrecional, permite elegir a la administración pública la opción que este acorde a sus intereses y que dentro de contratación pública la discrecionalidad surge a partir del objeto mismo de contratación entendemos pues que el límite a esta discrecionalidad es la motivación en las resoluciones de adjudicación de los procedimientos de régimen común del Sistema Nacional de Contratación Pública, ya que a más de ser un requisito formal de todo acto administrativo, da bases trascendentales para la decisión tomada por la entidad contratante en base a la razonabilidad y velando por el interés común.
- En síntesis, cualquier procedimiento dentro del Sistema Nacional de Contratación Pública, se da con el fin de satisfacer las necesidades de la colectividad por ende estos deben ser ejecutados y planeados con el fin de mitigar necesidades de los administrados, mas no de satisfacer interés particulares de la administración y de los servidores públicos, por eso se debe respetar cada una de las etapas de los procedimientos de contratación pública ya que el hacerlo garantiza el bien común, dejando de lado la discrecionalidad administrativa en casos de contratación pública ya que deben obedecer los parámetro de oportunidad, necesidad y razonabilidad con un sentido de justicia, para evitar una atribución de mera voluntad de la entidad contratante y el despilfarro de los recursos públicos.

- Es preciso finalizar mencionando que la administración pública en cumplimiento a los fines que persigue frente al interés colectivo y proveer a la sociedad de recursos públicos de primera necesidad para garantizar una vida plena a los administrados, debe motivar cada uno de sus actos, debe hacer procesos transparentes y eficaces , justos y equitativos , argumentando cada uno de las decisiones no basta con tener modelos tipo que dan cabida a la discrecionalidad dando mayor realce a la voluntad particular de la administración pública por encima de los intereses particulares .

4.2.RECOMEDACIONES.

- En efecto se recomienda que toda institución pública dentro de sus actos administrativos perciba a la motivación no solo en base a la lógica, razonabilidad y comprensibilidad, existe doctrina jurisprudencial reciente en la que da parámetros más completos para garantizar una correcta motivación, pues se desprende que la administración pública se empape de estos temas de actualidad ya que al hablar de motivación de resoluciones de adjudicación de procedimientos del SNCP se debe dar mayor realce a la motivación ya que esta garantía constitucional ayuda a precautelar intereses generales y permite un eficiente, eficaz y transparente manejo de procesos en contratación pública por tanto no basta con tener modelos tipo de resoluciones en las administraciones públicas, corresponde a la autoridad competente acrecentar su acervo lógico y racional dando a conocer de manera clara, suficiente y con ayuda de la norma y principios que rigen a la administración pública a garantizar un proceso transparente, justo y eficiente.
- Se recomienda que la administración pública actúe de manera legal y legítima conforme lo establecido por la Constitución de la República del Ecuador, el Código Orgánico Administrativo, y para el caso en concreto la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública con su respectivo reglamento, acogiendo la norma secundaria vigente , los principios y demás normativa legal que garantice una óptima actuación de la administración pública con el fin de garantizar el bien común con objetividad y eficiencia sobreponiendo los intereses públicos por sobre los personales limitando así la discrecionalidad de la administración pública.
- Desde un punto de vista como ciudadana la administración pública como tal no garantiza una satisfacción del 100% en cubrir necesidades de la colectividad, y eso llevado al estudio doctrinal y de caso que se ha realizado en el presente trabajo, es debido a que la administración pública no hace uso correcto de la discrecionalidad, por tanto se recomienda que la potestad discrecional sea responsable en las instituciones públicas, cuya responsabilidad se debe ver plasmada a través de la correcta motivación de los actos administrativos, respetando así los interés públicos y los principios de Sistema Nacional de Contratación Pública.

BIBLIOGRAFÍA

1. Allende, F. L. (2018). La ausencia de motivación como vicio formal de los actos administrativos. *Revista de Derecho Público*, 111-125.
2. Barba-Tamayo, E. (2021). El Principio de calidad: sus desafíos desde el derecho administrativo en el Ecuador. *Kairós. Revista de Ciencias Económicas, Jurídicas y Administrativas*, 4(7), 9-24.
3. Cabanellas, d. T. (2014). *Diccionario Juridico Elemental* (Vigésima Edicion ed.). Buenos Aires: Heliasta.
4. Cañamar, P. (2018). *Prerrogativas de la Administración Pública frente a los particulares en el Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano con afectación al Principio de Legalidad.*[Título de Abogado, Universidad Central del Ecuador] <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/15564/1>. T-UCE-0013-JUR-006. pdf.
5. Carrillo-De La Rosa, Y., & Pereira-Blanco, M. (2017). Principio de proporcionalidad, argumentación jurídica y potestad discrecional de la administración pública: análisis desde los límites a los derechos y garantías fundamentales. *Rev. Digital de Derecho Admin.*, 18, 65.
6. Covarrubias Cuevas, I. (2018). El Principio de Proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán: más allá de Alexy. *Ius et Praxis*, 24(3), 477-524.
7. Delgado Ochoa, J. N. (2019). *La potestad discrecional de la administración pública y el principio de legalidad* (Bachelor's thesis, Universidad del Azuay).
8. Jadue, D. S., & Oltramari, L. P. (2020). La motivación de los actos administrativos discrecionales en la jurisprudencia de la Corte Suprema (comentario a la sentencia de la Corte Suprema del 19 de junio de 2017, rol N° 3598-2017). *Revista Jurídica Digital UANDES*, 3(2), 127-136.
9. López, K. (2018). La potestad discrecional de la Administración y la necesidad de crear mecanismos eficaces para su control. *Obtenido de* <http://dspace.uhemisferios.edu.ec>, 8080.
10. Macera Tiragallo, B. F. (2020). La motivación de los actos administrativos.
11. Moreta, A. (2019). Procedimiento Administrativo y Sancionador en el COA. *Obtenido de* <https://escuelalegalite.com/wp-content/uploads/2022/04/procedimiento-administrativo-y-sancionador-en-el-coa.pdf>.

12. Pérez, C. G. (26 de abril de 2021). *Discrecionalidad administrativa. ¿ qué es y por que es necesario su control?* Obtenido de ACAL: <https://www.acalsl.com/blog/2021/04/discrecionalidad-administrativa-que-es>
13. Pilamunga Lucio, J. E. (2023). *La presunción de inocencia y las prerrogativas del Estado en la terminación unilateral de los contratos públicos* (Bachelor's thesis, Riobamba: Universidad Nacional de Chimborazo.).
14. Razquin Lizarraga, M. (2022). La motivación en la contratación pública: análisis de la reciente jurisprudencia europea y española. *Revista Vasca De Administración Pública= Herri-arduralaritzazko Euskal Aldizkaria*, 2022, 112, pp. 185-227.
15. Salas, M. F. H., & Salas, M. P. V. (2021). Los principios del Derecho Administrativo: su positivización. *Sociedad & Tecnología*, 4(S1), 61-75.
16. Tenesaca-Cuenca, A. Y., Plaza-Ponce, J. L., & Cañarte-Quimis, L. T. (2021). La administración pública y el manejo de la pandemia por coronavirus en Ecuador. *Polo del conocimiento*, 6(3), 1960-1976.
17. Valle Franco, A. (2020). La Administración pública: un enfoque desde la teoría del Estado y los derechos humanos. *Instituto de Altos Estudios Nacionales*.

LEGISLACIÓN:

Asamblea Constituyente. (2008). *Constitucion de la República del Ecuador*.

Asamblea Nacional. (2008). *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública* (2021 ed.). Ecuador: Lexis. Obtenido de https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/2021/04/losncp_actualizada1702.pdf

Asamblea Nacional. (2020). *Código Orgánico Administrativo*. Ecuador: Corporacion de Estudios y Publicación.

Asamblea Nacional. (2022). *Reglamento General a la Ley Orgánica Sistema Nacional Contratación Pública*. Obtenido de https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/downloads/2023/01/reglamento_2023.pdf

JURISPRUDENCIA:

Sentencia No.1158-17-EP (2021)

Resolución No. MSC-GADMR-004-2022

Resolución No. LICO-GADMR-002-2022

Resolución No. COTS-GADMR-001-2023

AUDIVISUAL:

Moreta, A. (18 de Septiembre de 2023). Los principios como fuente del Derecho Administrativo. Quito, Ecuador. Obtenido de <https://youtu.be/1J0YB7F3SxQ>

Moreta, A. (10 de Septiembre de 2023). Separación de poderes Legalidad y Control Judicial. Quito, Ecuador. Obtenido de <https://youtu.be/Uyvs321ZYrc>