

FACULTAD DISCRECIONAL

Lourdes Alvarado A.*

RESUMEN:

La facultad discrecional en el derecho público ha sufrido variaciones a lo largo del tiempo, inicialmente fue concebida por el contencioso administrativo francés como una actividad de la administración que no estaba sujeta al control judicial. En nuestros días se considera que en los actos de la administración concurren elementos reglados y discrecionales como señala el profesor García de Enterría la discrecionalidad es la libertad de elegir entre alternativas igualmente justas, decisiones administrativas sujetas al control judicial y de constitucionalidad, corriente que actualmente es la que predomina; no obstante deberíamos fortalecer y darle prioridad al principio de razonabilidad en la búsqueda de las soluciones y no limitarnos únicamente evitar la arbitrariedad que se puede realizar aun haciendo uso de la norma jurídica.

ABSTRACT:

The discretionary power in public law has undergone variations over time, was initially conceived by the contentious administrative French as an activity of the Administration was not subject to judicial control. Nowadays is considered that the acts of management concur items regulated and discretionary as says the Professor García de Enterría, discretion is the freedom to choose between alternatives equally fair, subject to judicial control administrative decisions and constitutionality, stream that is currently the dominant; however we should strengthen and give priority to the principle of reasonableness in the search for solutions and not confine ourselves only to avoid arbitrariness that be even making use of the rule of law.

* Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República, graduada en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. E-mail: alvarado.lourdes@hotmail.com

PALABRAS CLAVES:

Facultad discrecional.- Procedimiento de contratación.- Comisión técnica.-Principio de razonabilidad.

KEYWORDS:

Discretionary power – Recruitment matter – Reasonableness principle – Technique Committee procedure

SUMARIO:

I.- Consideraciones generales. II.- Facultad discrecional en nuestro ordenamiento jurídico. III.- Potestad discrecional de la comisión técnica dentro de un procedimiento de contratación de consultoría. IV.- Conclusión.-

I. Consideraciones Generales.-

La facultad discrecional en el derecho público ha sufrido variaciones a lo largo del tiempo, inicialmente fue concebida por el contencioso administrativo francés como una actividad de la administración que no estaba sujeta al control judicial; limitándolo a éste, a la revisión de la legalidad sobre la forma, competencia y fin del acto administrativo. Posteriormente en Alemania se desarrolló la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, basada en que al aceptarse que existe “una única solución justa, dichos conceptos constituyen un supuesto de remisión legal, cuyo control en nada difiere del que se efectúa sobre una actividad reglada.”¹; es decir que, lo que se busca es subsumir en un presupuesto legal determinadas circunstancias reales, proceso en el que no interviene la voluntad de quien lo aplica, característica esencial de la potestad discrecional. En nuestros días se considera que en los actos de la administración concurren elementos reglados y discrecionales. “A lo sumo existe, como puntualizó HAURIOU, un cierto poder discrecional

¹ Cassagne, Juan Carlos. “La Discrecionalidad Administrativa”. Pág. 9

de la Administración que, en mayor o menor medida, se encuentra en todos los actos, para apreciar la oportunidad de las medidas administrativas, o mejor dicho, aspectos de los elementos del acto que son parcialmente reglados y parcialmente discrecionales.”² Incluso los jueces al dictar sentencias ejercen facultades discrecionales; tal como lo señala Juan Carlos Cassagne “... ya no se sostiene la tesis según la cual la función de administrar consiste en la aplicación automática de la ley, ni que el juez sea un órgano cuya actividad se reduce a ser algo así como la boca que pronuncia las palabras de la ley que aplica”³

El profesor García de Enterría señala que la discrecionalidad es “... esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos (oportunidad, económicos, etc.), no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración.”⁴

II. Facultad discrecional en nuestro ordenamiento jurídico.-

Respecto al control judicial de la facultad discrecional podemos decir que en el Ecuador todos los actos administrativos (incluidos lo discrecionales) están sujetos al control judicial, de legalidad y de constitucionalidad.

En el R.O. 686 del 18 de octubre de 2002 se promulgó el Reglamento para el control de la discrecionalidad en los actos de la administración pública entre una de las motivaciones para su expedición encontramos “Que la potestad discrecional se encuentra limitada por las normas procedimentales y por los principios inspiradores del ordenamiento pues la potestad discrecional, que, puede y debe ejercerse válidamente en defensa del interés público, si fue otorgada por la norma, ha de llevarse a

² Cassagne, Juan carlos. “La Discrecionalidad Administrativa”. Pág. 11

³ Cassagne, Juan carlos. “La Discrecionalidad Administrativa”. Pág. 5

⁴ Citado por Palacios Ibarra, Juan Francisco “El control de la discrecionalidad administrativa”. Revista Jurídica de Derecho de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.
http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=161&Itemid=53

la práctica en el marco de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, garantizando que la decisión pueda ser calificada, aparte de racional como razonable;⁵. El referido reglamento para el control de la discrecionalidad, limita su ámbito de aplicación a la administración pública central e instituciones de la función ejecutiva. Destaca la importancia de la motivación de los actos administrativos como un mecanismo de control de la actividad; porque sólo conociendo las razones que justifiquen el acto, la persona que se sienta perjudicada podrá interponer los alegatos y pruebas necesarios, de lo contrario se podría incurrir en arbitrariedad e indefensión. Señala también el reglamento, que para la adjudicación de un contrato es necesaria la valoración íntegra del contenido de la oferta y del expediente administrativo; y, que se exteriorice justificadamente la decisión.

La actual Constitución también garantiza el sometimiento de los actos del órgano público al ordenamiento jurídico; es decir, han de verificarse no sólo dentro de la norma legal sino dentro del bloque de la legalidad, integrado por leyes, normativas, reglamentos y principios que orientan el ordenamiento jurídico (artículos 226, 173 y 429); así también al reconocer al Ecuador como estado constitucional, debemos comprender que existe una conformidad con el principio de juridicidad (Art. 424), preceptos que transcribo a continuación para una mejor comprensión.

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

Art. 173: "Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial."

⁵ Reglamento para el control de la discrecionalidad en los actos de la administración pública, R.O. 686 del 18 de octubre de 2002.

Art. 429: "La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en la materia... "

Art. 424 "La Constitución es la Norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica..."

Es decir que el ejercicio de la potestad discrecional del órgano administrativo se encuentra siempre sometida a su coincidencia con garantías, derechos y principios constitucionales.

III. Potestad discrecional de la comisión técnica dentro de un procedimiento de contratación de consultoría.-

Ahora bien sabiendo que los actos discrecionales de la administración pública son una concurrencia de elementos reglados y discrecionales y que se encuentran sujetos al control judicial, tratemos que analizar la potestad discrecional de la comisión técnica dentro de un procedimiento de contratación de consultoría.

Llama la atención encontrar entre los antecedentes que motivaron la expedición de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública lo señalado en el segundo párrafo: "Que, la ausencia de planificación y de políticas de compras públicas ha derivado en discrecionalidad y desperdicios de recursos públicos por parte de las instituciones contratantes del Estado." ¿Significa esto que la ley busca eliminar la facultad discrecional de los órganos administrativos que intervienen en los procesos de contratación pública? Lo que además se opondría con diversos preceptos incorporados en la misma ley, su reglamento y resoluciones del INCOP que de manera especial regulan la contratación pública en el Ecuador; seguramente no era esa la intención, considero que lo que la ley busca es reglar en parte, la potestad discrecional de los órganos públicos o privados que manejen recursos públicos, para que motivadamente puedan emitir actos administrativos emanados del ejercicio de su competencia y discrecionalidad, teniendo siempre presente el principio de legalidad y el interés público.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública expresamente deroga la Ley de Consultoría y la incorpora a la nueva ley; que en el Art. 6 en donde constan varias definiciones, en el numeral 8 define a la Consultoría como:

“... la prestación de servicios profesionales especializados no normalizados, que tengan por objeto identificar, auditar, planificar, elaborar o evaluar estudios y proyectos de desarrollo, en sus niveles de pre factibilidad, factibilidad, diseño u operación. Comprende, además, la supervisión, fiscalización, auditoría y evaluación de proyectos ex ante y ex post, el desarrollo de software o programas informáticos así como los servicios de asesoría y asistencia técnica, consultoría legal que no constituya parte del régimen especial indicado en el número 4 del artículo 2, elaboración de estudios económicos, financieros, de organización, administración, auditoría e investigación.”

El artículo 42 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y los artículos 18 y 40 del Reglamento a la LOSNCP otorga y regulan respectivamente, la potestad discrecional de la Comisión Técnica dentro de un procedimiento público de consultoría, normas que copio a continuación.

Art. 42 Comisión Técnica.- “Para la realización de concursos públicos y contratación por lista corta, la dependencia, entidad u organismo respectivo conformará, en cada caso, una Comisión Técnica que tome a su cargo y responsabilidad el llevar adelante los procesos previstos para cada concurso, la que deberá actuar de conformidad con los pliegos aprobados para el efecto. De ser necesario se podrá conformar una o más subcomisiones de apoyo a la Comisión Técnica.

Corresponde a la máxima autoridad de cada dependencia o entidad que convoque al concurso de consultoría, aprobar en armonía con esta Ley y su Reglamento general, los Pliegos, Términos de Referencia, presupuesto referencial y demás documentos del concurso. Son atribuciones de la Comisión Técnica, calificar, seleccionar y negociar con los consultores oferentes.

En determinados casos, debido a la complejidad y magnitud de los trabajos de consultoría requeridos, la máxima autoridad de la Institución podrá convocar a procesos de precalificación de consultoría o presentación de manifestaciones de interés. El Reglamento a la presente Ley establecerá las normas para viabilizar estos procesos.”

Art. 18.- Comisión Técnica.- “Para cada proceso de contratación de:
1. Consultoría por lista corta o por concurso público; 2. Subasta inversa, cuyo presupuesto referencial sea superior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0.000002 por el monto del Presupuesto Inicial del Estado; 3. Licitación; y, 4. Cotización, se conformará la correspondiente Comisión Técnica integrada de la siguiente manera:

1. Un profesional designado por la máxima autoridad, quien la presidirá;
2. El titular del área requirente o su delegado; y,
3. Un profesional afín al objeto de la contratación designado por la máxima autoridad o su delegado.

Los miembros de la Comisión Técnica serán funcionarios o servidores de la entidad contratante.

Si la entidad no cuenta en su nómina con un profesional afín al objeto de la contratación, podrá contratar uno para que integre de manera puntual y específica la respectiva Comisión Técnica; sin perjuicio de que, de ser el caso, pueda contar también con la participación de asesoría externa especializada.

En la Comisión Técnica de Licitación intervendrá con voz pero sin voto, el Director Financiero y el Director Jurídico, o quienes hagan sus veces, o sus respectivos delegados.

La Comisión Técnica designará al secretario de la misma de fuera de su seno.

La Comisión Técnica se reunirá con la presencia de al menos dos de sus miembros, uno de los cuales será obligatoriamente el Presidente, quien tendrá voto dirimente. Adoptará decisiones válidas por mayoría simple.

Los miembros de la Comisión Técnica no podrán tener conflictos de intereses con los oferentes; de haberlos, será causa de excusa.

Los informes de la Comisión Técnica que serán dirigidos a la máxima autoridad o su delegado incluirán el análisis correspondiente del proceso y la recomendación expresa de adjudicación o declaratoria del proceso.

En los procesos de subasta inversa cuyo presupuesto referencial sea igual o inferior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0.000002 por el monto del Presupuesto Inicial del Estado, no se requiera la conformación de la Comisión Técnica referida en este artículo.”

Art. 40.- Negociación.- “Con los resultados finales de la evaluación, la Comisión Técnica negociará con el oferente calificado en primer lugar los aspectos técnicos, contractuales y los ajustes de la oferta técnica y económica en comparación con lo requerido en los pliegos. De llegarse a un acuerdo, se procederá a la suscripción del acta de negociación en la que constarán los términos convenidos, la misma que deberá ser publicada en el portal.

Si en un término máximo de dos días no se llegare a un acuerdo en la negociación ésta se dará por terminada y se iniciará una nueva negociación con el oferente calificado en el siguiente lugar y así sucesivamente hasta llegar a un acuerdo final de negociación o, en su defecto declarar desierto el procedimiento, según corresponda.

Suscrita el acta de negociación, la máxima autoridad o su delegado, procederán a la adjudicación al oferente con el cual se haya llegado a un acuerdo final de negociación en los aspectos técnicos, económicos y contractuales.”

La Comisión Técnica tiene competencia para negociar con el oferente calificado (entiéndase la mejor oferta) aspectos técnicos, contractuales y los ajustes de la oferta técnica y económica; es decir, esta negociación tal como lo afirma el profesor Enterría se fundamenta en criterios extrajurídicos; por lo que podemos aseverar que dentro del marco legal el órgano público, ostenta un margen de discrecionalidad que le permite decidir entre dos o más alternativas comparables y justas, eso si, precautelando siempre el interés público o bien común a fin de llegar a un acuerdo y suscribir el acta de negociación; para que posteriormente la máxima autoridad de la entidad contratante adjudique y suscriba el respectivo contrato.

El legislador quiso regular aun más la potestad discrecional de la comisión técnica pues la ley también señala que éste órgano deberá actuar de conformidad con lo establecido en los pliegos del concurso; no obstante, para poder revisar aspectos técnico, económicos y contractuales que se plantearán durante un proceso de negociación el órgano técnico, deberá tener la suficiente libertad para poder conocer, evaluar y elegir entre diferentes alternativas o métodos para la realización de un mismo estudio o diseño; por ejemplo, en el caso del diseño de una plaza pública a más de los elementos técnicos en la oferta pueden ir incorporados componentes artístico (arquitectónicos y paisajísticos, etc. que le den valor agregado a la oferta); los integrantes de la comisión deberán optar entre varias posibilidades de diseños, solicitados o planteados por el mismo oferente durante la etapa de negociación; es ahí cuando deberán ejercer sus facultades discrecionales, sabiendo que sus decisiones están sujetas al control judicial, exámenes especiales de la Contraloría General del Estado, fiscalizaciones internas, etc. a fin de evitar arbitrariedades y abusos a los que pudieran llegar los funcionarios investidos de poder; por eso sus resoluciones deberán estar bien motivadas y con apego al ordenamiento jurídico.

El acta de negociación es un acto administrativo, que crea, altera, extingue o modifica derechos individuales; y debe ser publicitada, en el portal de compras públicas; por lo que cualquier oferente que considere vulnerados sus derechos podrá plantear las reclamaciones y los recursos administrativos de los que se asistido Art. 102 LOSNCP; es decir, que se trata de un acto sujeto al control interno (sede administrativa) y control externo (sede judicial) Art. 173 Constitución. Serán los órganos de control a los que les corresponda determinar si en el acto administrativo hubo desviación de poder; si persigue un fin distinto de la política pública, si se cumple con el criterio de calidad y costo, si obedece a los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, publicidad, etc. que rigen la contratación pública (Art. 4 LOSNCP); en general si se enmarca en el ordenamiento jurídico vigente.

Por lo que podemos resumir que la potestad discrecional de la comisión técnica se fundamenta:

1. Nace de la Ley. El artículo 42 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública otorga potestad discrecional a la Comisión Técnica.
2. Que, entre varias soluciones justas la comisión técnica realiza una estimación subjetiva; puesto que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su reglamento otorgan competencia y regulan la potestad discrecional de la comisión técnica dentro de un procedimiento público de consultoría; pero el legislador no señala agotadoramente todos los elementos para la toma de resoluciones de esta Comisión, por el contrario el funcionario tiene libertad para evaluar y seleccionar.
3. Que, la potestad discrecional de la comisión técnica se fundamenta en criterios extra-jurídicos. La Comisión Técnica evalúa aspectos técnicos y contractuales y ajustes de la oferta técnica y económica.
4. Que, el acta de negociación de la comisión técnica es un acto administrativo sujeto a control administrativo y judicial.

Conclusión.-

Finalmente acogiendo las palabras de Agustín Gordillo es posible que en un futuro la distinción entre facultades regladas y discrecionales pierda importancia en la medida que se le de prioridad al principio de razonabilidad, sostiene el mencionado autor que " el mundo del derecho se encuentra ya maduro para avanzar un poco más en el control de la arbitrariedad administrativa, no ya de la que se produce en ausencia de norma, sino también de la que se instrumenta a través de la norma." ⁶ Para la toma de decisiones se prefiera buscar la solución más razonable y no únicamente evitar la arbitrariedad arbitrariedad que se puede realizar aun haciendo uso de la norma jurídica.

Este mismo principio de razonabilidad también se puede aplicar en la toma de medidas administrativas o legislativas de carácter económico;

⁶ Gordillo, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo tomo I, edición 10 "Fuentes Supranacionales del Derecho Administrativo" Pág. VI-37.

pero contrario a lo que sostiene Gordillo respecto al grado de madurez del derecho; sobre la toma de decisiones en materia económica sostiene el mismo autor, que aun existen algunos puntos de discusión, particularmente en países de economías emergentes con gobiernos e instituciones débiles “una muestra de ello lo proporcionan las cuestiones relativas a cómo manejar la política económica en tiempos normales y en tiempos de crisis, tema en el que es frecuente encontrar en nuestro país medidas o decisiones que en el resto del mundo, particularmente en el mundo desarrollado, no se consideran las más acertadas o incluso ni siquiera racionales.”⁷

Bibliografía y fuentes de investigación.

García de Entrerría, Eduardo y Ramón-Fernández, Tomás. “Curso de Derecho Administrativo.” Novena Edición.

Cassagne, Juan Carlos. “La discrecionalidad administrativa”. www.cassagne.com.ar/.../Cassagne/La%20discrecionalidad%20administrativa-ult.%20version-LL-03-09-08

Palacio Ibarra, Juan Francisco. “El control de la discrecionalidad administrativa”. Revista Jurídica de Derecho de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

Gordillo, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo tomo I, edición 10 “Facultades regladas y discrecionales de la administración”.

Apuntes de clases, Dr. Miguel Hernández Terán. Seminario Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Septiembre de 2008, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

Apuntes de clases, Dr. Edgar Neira Orellana. Maestría de Derecho Administrativo II promoción, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

⁷ Gordillo, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo tomo I, edición 10. Pág. X-9,10 y 11.