

**UNIVERSIDAD DE LOS HEMISFERIOS**

U N I V E R S I D A D  
D E L O S H E M I S F E R I O S



S A B E R Y S A B E R H A C E R

**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS**

**TEMA: “LA POTESTAD DISCRECIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN Y LA NECESIDAD DE CREAR MECANISMOS EFICACES PARA SU CONTROL”**

**TRABAJO PARA LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**

**AUTOR: Karolina Johana López Tamayo**

**TUTOR: Dr. Gabriel Galán**

**QUITO, 2018**

## **DECLARACIÓN DE ACEPTACIÓN DE NORMA ÉTICA Y DERECHOS**

El presente documento se ciñe a las normas éticas y reglamentarias de la Universidad de Los Hemisferios. Así, declaro que lo contenido en éste ha sido redactado con entera sujeción al respeto de los derechos de autor, citando adecuadamente las fuentes. Por tal motivo, autorizo a la Biblioteca a que haga pública su disponibilidad para lectura, a la vez que cedo los derechos de publicación a la Universidad de Los Hemisferios. De comprobarse que no cumplí con las estipulaciones éticas, incurriendo en caso de plagio, me someto a las determinaciones que la propia Universidad plantee. Asimismo, no podré disponer del contenido de la presente investigación a menos que eleve por escrito el requerimiento para su evaluación a la Comisión Permanente de la Universidad de Los Hemisferios.

Karolina Johana López Tamayo

CC: 1752601375

## **DEDICATORIA**

## ÍNDICE DE CONTENIDOS

DECLARACIÓN DE ACEPTACIÓN DE NORMA ÉTICA Y DERECHOS .....	1
DEDICATORIA .....	2
ÍNDICE DE CONTENIDOS .....	3
RESUMEN .....	5
ABSTRACT .....	6
INTRODUCCIÓN .....	7
CAPÍTULO I .....	9
GENERALIDADES DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA .....	9
1.1. Definición doctrinal de la potestad administrativa .....	9
1.2. Origen de la potestad discrecional .....	13
1.3. Clases de potestad discrecional .....	14
1.4. El principio de legalidad y la potestad discrecional .....	16
1.5. Diferencias entre la potestad reglada y la potestad discrecional .....	18
1.6. Generalidades del acto administrativo .....	21
CAPÍTULO II .....	24
EL CONTROL DE LA POTESTAD DISCRECIONAL .....	24
2.1. El control judicial de la actividad administrativa .....	24
2.2. El rol del juez en la actividad administrativa .....	28
2.3. Impugnabilidad de los actos administrativos discrecionales. Regulación jurídica ..	30
2.4. Arbitrariedad y la desviación de poder en el ejercicio de la potestad discrecional ..	32
2.5. Necesidad del control de la potestad discrecional .....	34
CAPITULO III .....	36
PRESENTACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS .....	36
3.1. Análisis y resultados de las encuestas .....	36
3.2. Análisis de los resultados .....	42
CONCLUSIONES .....	43
RECOMENDACIONES .....	45
BIBLIOGRAFÍA .....	46

## ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1 Representa la respuesta a la interrogante No 1 de la encuesta .....	36
Tabla 2 Representa la respuesta a la interrogante No 2 de la encuesta .....	37
Tabla 3 Representa la respuesta a la interrogante No 3 de la encuesta .....	38
Tabla 4 Representa la respuesta a la interrogante No 4 de la encuesta .....	39
Tabla 5 Representa la respuesta a la interrogante No 5 de la encuesta .....	40
Tabla 6 Representa la respuesta a la interrogante No 6 de la encuesta .....	41

## ÍNDICE DE GRÁFICOS

Gráfico 1 Representa el resultado del porcentaje de la pregunta No 1 .....	36
Gráfico 2 Representa el porcentaje de respuesta a la pregunta No 2 .....	37
Gráfico 3 Representa el porcentaje de respuesta a la pregunta No 3 .....	38
Gráfico 4 Representa el porcentaje de respuesta a la pregunta No 4 .....	39
Gráfico 5 Representa el porcentaje de respuesta a la pregunta No 5 .....	40
Gráfico 6 Representa el porcentaje de respuesta a la pregunta No 6 .....	41

## RESUMEN

La presente investigación estudia la potestad discrecional de la Administración y la necesidad de su control en el Ecuador. Se realiza un análisis doctrinal y jurídico de esta figura tomando como punto de partida la definición de esta potestad vista por varios estudiosos del Derecho Administrativo, se profundiza en su origen, clases y en la vinculación que existe entre el principio de legalidad y la potestad discrecional de la Administración. Otro aspecto investigado es lo relacionado con la potestad reglada y la facultad discrecional, por lo que se define la primera y se destacan las diferencias fundamentales entre ellas. Como elemento esencial del estudio está el acto Administrativo como declaración de voluntad unilateral de la administración, el que se deriva de la facultad discrecional, por lo que se estudian sus generalidades, iniciando por el concepto tomando en cuenta bases teóricas, requisitos y principales características. Por otro lado, se examina tanto el orden legal como criterios doctrinales sobre la verificación de la aplicación del control de la potestad discrecional, tomando como fundamento el control judicial que se debe realizar a la actividad administrativa y el papel que tiene el juez contencioso administrativo dentro de ésta para garantizar el cumplimiento de la normativa y en consecuencia, los derechos de los administrados. Se analiza legalmente la impugnabilidad de los actos administrativos de carácter discrecional y su base en el ámbito jurídico en el país. Otro aspecto que puede derivarse de la potestad discrecional, son las figuras de la arbitrariedad y abuso de poder las que se estudian de forma general, desde sus definiciones y características. En virtud de lo antes expuesto, se valora la necesidad de establecer un control eficaz tanto en el ámbito judicial como administrativo de la facultad discrecional. Para validar la investigación se aplicó una encuesta sobre el tema de estudio a una muestra de 152 profesionales del Derecho con el fin de corroborar la exigencia de intensificar los controles de la facultad administrativa objeto de investigación en el país.

Palabras claves: potestad administrativa, potestad discrecional, acto administrativo, arbitrariedad, abuso de autoridad y control judicial.

## **ABSTRACT**

The present investigation studies the discretionary power of the Administration and the necessity of its control in Ecuador. A doctrinal and legal analysis of this figure is made taking as a starting point the definition of this power seen by several scholars of Administrative Law, it delves into its origin, classes and the link that exists between the principle of legality and the discretionary power of the administration. Another aspect investigated is related to the regulated power and the discretionary power, for which the first one is defined and the fundamental differences between them are highlighted. As an essential element of the study is the Administrative act as a declaration of unilateral will of the administration, which is derived from the discretionary power, so that its generalities are studied, starting with the concept taking into account theoretical bases, requirements and main characteristics. On the other hand, both the legal order and doctrinal criteria on the verification of the application of the control of discretionary power are examined, taking as a basis the judicial control that must be carried out in the administrative activity and the role of the administrative litigation judge within of this to ensure compliance with the regulations and, consequently, the rights of the administered. The impugnability of administrative acts of a discretionary nature and their basis in the legal field in the country is analyzed legally. Another aspect that can be derived from the discretionary power, are the figures of arbitrariness and abuse of power which are studied in a general way, from their definitions and characteristics. In light of the foregoing, the need to establish effective control in the judicial and administrative sphere of the discretion is assessed. To validate the research, a survey on the subject of study was applied to a sample of 152 legal professionals in order to corroborate the requirement to intensify the controls of the administrative faculty object of investigation in the country.

**Keywords:** administrative power, discretionary power, administrative act, arbitrariness, abuse of authority and judicial control.

## INTRODUCCIÓN

La presente investigación estudia la potestad administrativa y la necesidad de su control en el Ecuador, para ello se analiza la facultad discrecional de la Administración pública, desde el punto de vista doctrinal y su regulación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, se realiza un examen de las formas de control de la potestad discrecional en el país y la exigencia de intensificar las comprobaciones de dicha facultad para de esta manera evitar arbitrariedades y actos de corrupción.

Se debe señalar que la potestad discrecional es un asunto muy sensible y polémico en el ámbito del Derecho Administrativo, basado en que es otorgada al servidor público como representante de la Administración, quien, entre varias situaciones, tiene la posibilidad de elegir sujeto a la ley, que opción aplicar y en base a ella tomar una decisión que produce determinados efectos jurídicos en el administrado.

La facultad antes mencionada, amerita contar con un control estricto no solo en el ámbito judicial, a través de la impugnabilidad de los actos administrativos, sino también desde el punto de vista administrativo, como parte de la actividad cotidiana de la Administración pública con el fin de evitar se dicten disposiciones que estén permeadas de arbitrariedad y abusos de poder, que se generan justamente de esa posibilidad que tiene el servidor, de realizar una elección basado en la norma y en especial en el principio de legalidad para tomar la decisión sobre el asunto.

La investigación está compuesta por tres capítulos; el primero encaminado a estudiar las generalidades de la discrecionalidad administrativa, entre ellas su definición, origen, clases, relación que existe entre ella y el principio de legalidad, las diferencias fundamentales entre la facultad discrecionalidad; y la reglada y generalidades sobre el acto administrativo como su concepto, requisitos, tipos, entre otros.

El Capítulo II está dedicado a analizar el control de la potestad discrecional. En él se estudia el control de la actividad administrativa en el Ecuador, el papel del juez contencioso administrativo, la impugnación de los actos discrecionales y la regulación jurídica de estos en el país, se revisan aspectos generales sobre la arbitrariedad y abuso de poder al hacer uso de la potestad discrecional y la necesidad del control de la facultad discrecional.

El tercer y último Capítulo, se titula Presentación y análisis de los resultados y en él se plasman las conclusiones y estudios derivados de una encuesta que fue aplicada a una

muestra conformada por 152 profesionales del Derecho. En ella se emiten sus criterios sobre la necesidad de intensificar el control de los actos discrecionales de la Administración pública en el Ecuador.

# CAPÍTULO I

## GENERALIDADES DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

### 1.1. Definición doctrinal de la potestad administrativa

Para hablar de la discrecionalidad administrativa se debe comenzar analizando de manera general las potestades de esta naturaleza, las que son facultades que le han sido asignadas a la Administración por la ley, es una forma de autorización para desarrollar sus funciones. Para Cassagne (2010) las potestades administrativas son poderes o prerrogativas que otorga el Estado a la Administración pública para hacer cumplir de forma integral sus funciones y de esta forma lograr cumplir con su fin de satisfacer el bien común. Dicha potestad está concebida como aquella facultad que permite a la Administración actuar libremente, sin que la decisión a tomar esté justamente predeterminada por una norma.

Se debe destacar la definición dada a la potestad administrativa por Morales (2011) quien afirma que dichas facultades surgen del poder que le atribuye el Estado a los distintos órganos de la Administración, éstas constan en el texto constitucional, de hecho la estructura del poder está consagrada en la Constitución. Las facultades administrativas según García de Enterría y Fernández (2008) posee varias formas de atribución según la norma legal que le otorga: el poder de la potestad puede manifestarse de forma expresa y con ello se generan los poderes correspondientes. La facultad de potestad se puede realizar tanto de forma específica como genérica y la prerrogativa de la facultad puede ejercitarse con determinación o con indeterminación sujeto a las condiciones de ejercicio, lo que permite establecer las diferencias entre la potestad discrecional y la reglada.

Por su parte Garrido (2002) plantea que la potestad administrativa es un poder de actuación que posee la Administración que se debe ejercitar en virtud de las normas jurídicas, y que genera situaciones legales en las que otros sujetos resultan obligados. Las potestades poseen características que fueron delimitadas por De la Cuétara (1986) entre ellas que son intransferibles, inalienables, irrenunciables, imprescriptibles y expresas. Se debe apuntar que la Administración goza de autonomía y las potestades administrativas son aplicadas diariamente en la actividad de la Administración, estas permiten aplicar las normas y lograr el bien común. Entre las potestades administrativas están: la reglamentaria, sancionadora, discrecional, entre otras.

Luego de analizar las potestades administrativas se debe estudiar la definición doctrinal dada a la facultad discrecional. Al respecto debe decirse que la potestad de tipo discrecional, es aquella otorgada por la ley al servidor público para poder determinar, decidir entre una y otra situación o determinado hecho. Comadira y Escola resumen la discrecionalidad como “una actuación libre de la administración” (2013:101) apuntan que la discrecionalidad es un margen con que cuenta la Administración concedido por la ley, para elegir como decidir sobre un acto basado en: la existencia de una norma y la aplicación de dicha potestad sujeto a los límites otorgados por el ordenamiento jurídico.

En el mismo orden de ideas, Bielsa (1966) manifiesta que la facultad discrecional se ejerce sin que ninguna regla explique, trace el camino a utilizar ante cada caso. Ratificando las definiciones anteriores, Gordillo (2004) expone que la discrecionalidad permite al servidor público elegir una opción para conseguir determinado fin, a pesar de ello, el servidor debe actuar apegado a la ley y respetando los fines institucionales que se definen en la norma jurídica. Por su parte Sesin (1994) la considera un tipo de modalidad de ejercicio que el orden jurídico de manera expresa o implícitamente le otorga a quien realiza una función administrativa con el objetivo de que mediante una apreciación subjetiva del interés público comprometido, complete, creativamente, el ordenamiento de manera concreta, objetiva y, eligiendo una alternativa entre varias que poseen igual valor legal.

Por otro lado, Maurer (2011:167) define que existe facultad discrecional cuando la Administración, ante la realización de un hecho determinado, puede elegir entre diferentes modos de actuar. La discrecionalidad administrativa debe ser aplicada por el servidor público bajo el principio de legalidad y racionalidad para no incurrir en un acto arbitrario al resolver determinado asunto. Este autor afirma que “este fenómeno ocurre cuando la ley no anuda al supuesto de hecho una consecuencia jurídica”. Maurer (2011:167)

Por su lado, Bacigalupo (2013) analiza la discrecionalidad como una elección, porque autoriza a la Administración a elegir la decisión por sí misma. Esta figura es considerada por Secaira (2004) como el arbitrio del funcionario, el que debe actuar bajo los fines establecidos por el legislador al elaborar la norma legal.

En el mismo orden resulta necesario tener en cuenta la definición de potestad discrecional expresada por García de Enterría:

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. (Enterria, 2016:62)

Otro criterio doctrinal sobre la facultad discrecional a tener en cuenta, es el de Penagos (1990) quien plantea que la discrecionalidad es una libertad de elegir entre actuar o no en dependencia de la oportunidad que se presente tanto desde el punto de vista económica, política y social, para dicha elección el administrador debe tener en cuenta los hechos, la normativa y la calificación legal que se da a los hechos concretos. El autor plantea que estos son los límites que evitan que la Administración actúe de manera arbitraria. Marín (2007) relaciona la potestad discrecional como el margen de relativa libertad para decidir que la ley le ha otorgado a la Administración para apreciar el interés público a un asunto específico, basado en las imprecisiones que presentan las disposiciones que regulan la actividad de carácter administrativo.

Igualmente Santamaría (2009), plantea que la facultad discrecional permite a la Administración seleccionar diferentes soluciones válidas. Por otro lado, Parejo (2003) asevera que es una potestad de la Administración otorgada por el legislador, en el que la primera, puede optar por determinada actuación totalmente válida basada en la ley. Para Giannini (1991) la discrecionalidad es la valoración o apreciación que la administración realiza del interés común y lo relaciona con los intereses, esta es aplicada por aquel órgano con competencia para ello y a quien legalmente le corresponde tomar la decisión.

Es importante destacar que existen presupuestos de la discrecionalidad, analizados por Maurer (2011) como que, la discrecionalidad debe ser concedida por el legislador, esta nace de las normas jurídicas que resultan aplicables a cada caso. Para hacer uso de esta potestad debe existir una habilitación que puede producirse mediante una indicación expresa, a través de varios términos entre ellos: el propio de discrecionalidad; la palabra "puede", "está permitido", "está facultado para". En caso contrario, a los términos antes expuestos que dan la posibilidad o no de decidir facultativamente sobre determinado asunto, existen otros como: "debe", "ha de ser", "no puede", que significan la aplicación estricta de la ley y que por tanto se diferencian de los que representan la aplicación de la discrecionalidad.

Resulta oportuno tener en cuenta el estudio realizado por Vidal (2000) sobre la discrecionalidad administrativa y la necesidad de cumplir determinadas garantías al hacer uso de esta facultad, entre ellas se destacan: la aplicación del debido proceso atendiendo a que los procesos de índole administrativa se rigen por éste La presencia de la motivación

puesto que toda decisión debe estar correctamente fundamentada tanto en los hechos como en la norma jurídica que ampara cualquier acto o decisión de naturaleza administrativa. La presencia de la publicidad es importante ya que los contenidos de los actos administrativos deben darse a conocer, excepto que esté prohibido por la ley, el elemento interés general es primordial que esté presente al hacerse uso de la discrecionalidad y el principio de proporcionalidad resulta aplicable atendiendo a que la decisión que tome el servidor público debe estar en armonía a las circunstancias y no exceder ningún tipo de función.

Sobre el tema de estudio, Jácome (2015) analiza que la discrecionalidad no es sinónimo de libertad ante la ley, sino constituye una remisión de la ley al asunto específico, de ahí que no existe la aplicación de la facultad discrecional alejada de la ley, sino, al contrario esta nace de la ley. La autora define los elementos que están presentes en esta potestad, entre ellos: que es una potestad de la Administración; que no es extra legal, sino surge de la ley; da la posibilidad de elegir entre varias alternativas la que más se acerca a la finalidad pública. Las autoridades administrativas son las encargadas de aplicar dicha potestad y sus límites son determinados por la ley.

Como se ha analizado la discrecionalidad, se basa en una libertad relacionada con las alternativas que en el orden legal posee el servidor público para tomar una decisión, pudiendo lo mismo obrar que abstenerse de ejecutar una acción determinada, dependiendo de cada caso, de las circunstancias y de la normativa jurídica que le otorga la facultad para ello. La discrecionalidad debe aplicarse sin excesos, sin traspasar los límites establecidos en la norma para de esta manera evitar cualquier acto arbitrario.

La aplicación de la facultad objeto de estudio debe ser controlada atendiendo a que, tal como se plantea “El poder discrecional es el verdadero “Caballo de Troya”, en el seno del Derecho administrativo de un Estado de Derecho” (Vega, 2005:165). La discrecionalidad al aplicarse de manera adecuada representa cumplir con la normativa y por tanto que la selección realizada se acoge a ella, lo que brinda al administrado la seguridad y confiabilidad con respecto al acto o decisión administrativa adoptada e impide cualquier acto arbitrario o manifestación de corrupción.

Se debe señalar como aspecto a tener en cuenta en este trabajo, que tiende a presentarse confusiones con respecto a la potestad discrecional y la existencia de conceptos jurídicos indeterminados, por ello debe aclararse que estos últimos se conceptualizan como:

Aquellos de definición normativa necesariamente imprecisa a la que ha de otorgarse alcance y significación específicos a la vista de determinados hechos, de forma que su empleo excluye la existencia de varias soluciones igualmente legítimas, imponiendo como correcta una única solución en el caso concreto, resultando, pues, incompatible con la discrecionalidad. (Rendón, 2012:67)

Como se define en la cita no aparecen varias alternativas u opciones para aplicar, además de que no se basa en aspectos subjetivos sino exclusivamente se cuenta con una solución que resulta procedente en Derecho y está basada en situaciones de hecho, por lo que resulta diferente a la facultad discrecional antes estudiada.

Para concluir con el estudio de la potestad discrecional es importante destacar que el Código Orgánico Administrativo (2017) prevé en él los artículos 14 y 18 respectivamente, que se hará uso de esta facultad en consonancia con el Derecho y que en su ejercicio se respetarán tanto los derechos individuales, la motivación como la debida razonabilidad.

## **1.2. Origen de la potestad discrecional**

Se considera que la potestad discrecional surge en la época del absolutismo relacionado con la doctrina del poder del monarca, que según García de Enterría y Fernández (2003) era ejecutivamente el jefe de la nación y a su vez, poseía libertades relacionadas con la organización y funcionamiento de la Administración y ello lo liberaba de guardar en su comportamiento y en sus actos, estricta dependencia a la ley, y solo hacía uso de ella en casos extremos, por lo que poseía en el ámbito administrativo, libertad de determinación sobre sus asuntos y es justamente cuando aparece la figura de la discrecionalidad, bajo la doctrina de la vinculación negativa, que excedía la aplicación de la ley, atendiendo a que la manera en que se expresaba dicha libertad era haciendo uso de la elección y apreciación para resolver un determinado asunto, cuya solución no estaba previsto en las normas jurídicas y por tanto aquellos actos o decisiones no eran susceptibles de control por los órganos de justicia, por lo que se manifestaba una confusión con respecto a los actos de gobierno y los administrativos, porque el poder era ejercido por una sola persona.

Al respecto los mencionados autores (2003) afirman, que en la segunda mitad del siglo XIX en el que ya en Francia se habían delimitado los tres poderes, se toma como base que la Administración debe estar vinculada a la legalidad, se rompe con la vinculación negativa y se pasa a aplicar la doctrina de la vinculación de tipo positiva, y por tanto, la potestad

discrecional aparece como representación de la libertad en el ámbito administrativo pero sujeta tanto a la ley como al control del juzgador.

En dicha etapa, se afianza el principio de legalidad, por tanto se reconoce que en todo Estado de Derecho tanto la actividad de la Administración Pública como sus decisiones deben responder a la ley y pueden ser fiscalizadas por los órganos judiciales, surgiendo además la jurisdicción contencioso administrativa. Justamente en Francia bajo los preceptos de legalidad y libertad, aparecen nuevas formas de protección de los derechos del administrado ante la Administración, y a partir de ese momento, el poder público es objeto de control para lograr el bien común y la Administración pública, está obligada a que sus acciones respondan a la ley, dando lugar a los nuevos conceptos y a una forma diferente de aplicar correctamente la potestad discrecional que ha trascendido hasta la actualidad.

### **1.3. Clases de potestad discrecional**

Es importante para profundizar en el estudio de la potestad discrecional determinar la clasificación realizada por Bacigalupo (2013) sobre esta. Se considera que la discrecionalidad puede ser de tipo:

- Administrativa: la cual se analiza desde el Estado de Derecho atendiendo a que el ejercicio del poder público está sujeto a los principios y normas jurídicas y, por consiguiente, la actividad de la Administración se acoge a ello, no obstante, ante el dinamismo de esta actividad, la ley no siempre logra establecer de manera específica la solución de determinado asunto y por tanto el ordenamiento jurídico concede a la Administración la potestad reglada y discrecional.

La potestad reglada es aquella que está establecida claramente en la norma en cuanto a competencia, plazos y formas de proceder de la Administración ante determinado asunto y, en consecuencia, no hay elección, se actúa de estricto derecho y la segunda, concede un margen de libertad en cuando a la valoración y apreciación por parte de la autoridad administrativa, la que de manera subjetiva analiza y utiliza dicha potestad a casos específicos remitido por la ley. Ambos términos se relacionan y se diferencian en varios aspectos los que se analizarán más adelante en la investigación.

- Discrecionalidad reglamentaria: Se basa en la facultad que posee la Administración pública de crear normas escritas, según Sánchez (1999) para ello debe estar debidamente habilitada por la ley, como ejemplo para proceder a la creación de

reglamentos como normas secundarias de alcance general que resultan complementarias a las normas jurídicas y deben estar en consonancia con ellas.

- **Discrecionalidad de planificación:** Este tipo se relaciona con el planeamiento, la facultad en este caso se basa en su ejercicio, en satisfacer el bien común, se aplica analizando y valorando por la Administración, el contexto, condiciones geográficas, ambientales y otros aspectos que inciden en realizar una correcta planificación, basados en la ley. Para garantizar que este planeamiento no sea arbitrario según Bacigalupo (2013) debe ser racional y acogerse a los límites de la discrecionalidad previstos en las normas de orden urbanístico.
- **Discrecionalidad de iniciativa:** Esta clase de discrecionalidad se vincula con la creación de servicios, realización de actividades de carácter públicas, las mismas se relacionan con la política; por tanto, a decir de Sánchez (1999) el control judicial sobre ellas es leve. Mediante su uso se realizan cambios de estructura y optimización de los servicios públicos, lo que representa el compromiso que posee el Estado en desarrollar integralmente la sociedad. La discrecionalidad se pone de manifiesto en la utilización de recursos destinados a estas actividades.
- **Discrecionalidad Política:** Se basa en la facultad que es otorgada por la ley a determinados órganos de esta naturaleza, los cuales, al hacer uso de la facultad discrecional, sus decisiones deben ser objetivas y racionales; por consiguiente, el control que se realiza de esta potestad, es de tipo político.
- **Discrecionalidad técnica:** Es conferida por la ley al órgano que posee la potestad de decidir de acuerdo a cuestiones de orden técnico y está orientada por conceptos legales indeterminados. Se considera por Bacigalupo (2013) que es una manera pura de aplicar la discrecionalidad y por tanto puede generar actos arbitrarios o contrarios a Derecho.
- **Discrecionalidad tácita:** según el autor antes mencionado, se basa en la libertad que posee la Administración para decidir sobre un asunto específico en un determinado momento de forma rápida y eficaz ante aquellas situaciones fácticas que se presentan ante una urgencia o peligro que puedan afectar tanto el ámbito económico, político o

social. Por el carácter que posee la decisión basada en la celeridad y necesidad, el control es difícil de ejecutar con eficacia.

- **Discrecionalidad de gestión:** Incluye todas las decisiones que toma la Administración, ante la inexistencia de supuestos, soluciones; y frente los vacíos que presente la ley. En este caso, está enfocado a la gestión pública y relacionado con los mecanismos de participación, los cuales resultan necesarios para que la gestión alcance los objetivos que se haya trazado; debe aplicarse según Sánchez (1999) en la lógica institucional de la Administración pública.

#### **1.4. El principio de legalidad y la potestad discrecional**

Para estudiar la relación entre el principio de legalidad y la potestad discrecional, debe analizarse los conceptos. Un principio es según Acosta (2010) una proposición, un fundamento en el que sustentan las decisiones; un grupo de axiomas apoyados en la doctrina, la filosofía que coadyuvan al nacimiento de determinado Derecho y sobre él que se erige la normativa.

El principio de legalidad, es fundamental en un Estado de Derecho, tiene su basamento en que toda actuación de carácter administrativa debe estar sujeta a la ley, por tanto, esta posee un lugar preponderante en la sociedad y rige los actos en todos los ámbitos. Al respecto Gordillo (2004) plantea que este principio obliga que tanto el comportamiento de la Administración como los actos emanados de ella, deben estar justificados por una ley previa, implica actuar sujeto a la Constitución, a la ley y al ordenamiento jurídico. Sobre ello García de Enterría y Tomás Fernández expusieron que el principio de legalidad:

La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta, así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar simplemente. (García de Enterría y Fernández, 2008:449)

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, se debe señalar que el principio de legalidad significa que todas las actividades de la Administración deben estar sujetas a normas legales preestablecidas, constituyendo ello una garantía para la sociedad, porque su correcta

aplicación evita arbitrariedades y respeta los derechos fundamentales de los administrados. Las actuaciones de la administración están sujetas a la normativa en la que se define la competencia, potestades y otros aspectos. Sobre el alcance que posee el principio objeto de estudio, Tamayo y Salmoran (2006:17) expresaron que el principio es una regla de competencia y que todo acto jurídico ya sea en forma de decisión, mandato u orden se basa en una norma jurídica que otorga determinadas facultades; igualmente todo poder o facultad necesitan de una fundamentación legal, este principio debe fiscalizar los actos de los funcionarios para impedir el exceso o desvío de poder.

La Norma constitucional ecuatoriana (2008) en el artículo 226 prevé el principio examinado al establecer que tanto las instituciones estatales y demás entidades subordinadas, como los servidores públicos y aquellas personas que actúen bajo determinada potestad solo ejercerán las competencias y facultades que les han sido otorgadas por la Constitución y la ley. El mencionado artículo obliga a las autoridades de carácter público a actuar conforme al ordenamiento jurídico.

Sobre la base de las consideraciones anteriores es importante analizar la relación que posee el principio de legalidad con la potestad discrecional, la cual está determinada según Brewes (2013) porque al no contarse con aspectos precisos delimitados por las normas con respecto a determinadas actuaciones de la Administración, es justamente la propia normativa la que otorga a la Administración la potestad para que tome decisiones y emita actos basados en la apreciación de la oportunidad, conveniencia y elección de determinadas soluciones ante un asunto específico.

El principio de legalidad según Díaz (2006) establece limitaciones que relacionan este con la potestad discrecional y ellas son: primero que se deben precautelar los derechos de los administrados ante las presuntas afectaciones que pueda causar la Administración al hacer uso de la facultad discrecional, y segundo, la necesidad de que la Administración posea un margen de libertad de acción ante aquellos asuntos en los que la norma jurídica no establezca una solución.

De acuerdo con los razonamientos que se han venido realizando, es importante apuntar que la aplicación del principio de legalidad, hace exclusión a cualquier tipo de arbitrariedad, por ello se debe diferenciar la discrecionalidad de ésta, atendiendo a que son términos contrarios, tanto semánticamente como en el orden práctico. La discrecionalidad como se ha dicho, es el uso de una facultad reconocida a la Administración por la ley y que se utiliza con

determinada libertad pero no de forma extra legal, mientras que la arbitrariedad para Blanquer (2010) es un actuar contrario a Derecho que puede ser producto de un capricho de la administración y que vulnera los derechos de los administrados.

Es importante decir que irrespetar el principio de legalidad al ejercer la Administración la potestad discrecional puede conllevar a la aparición de actos arbitrarios y de corrupción porque se emitan actos discrecionales sin respetar la ley, buscando con ello un beneficio determinado, por ello es preciso ejercer un control sistemático y adecuado al actuar administrativo basado en la discrecional. Al respecto se afirma que:

discrecionalidad administrativa no es sinónimo de arbitrariedad sino “(...) que se encuentra evidentemente sometido a los extremos determinados en el bloque de la legalidad y en finalidad específica del bien común que debe buscar toda ley y perseguir toda actuación de la Administración pública. (González, 2017:233)

Después de las consideraciones anteriores y que la discrecionalidad, se basa en una libertad relacionada con las alternativas que en el orden legal posee el servidor público para tomar una decisión, pudiendo lo mismo obrar que abstenerse de ejecutar una acción determinada, dependiendo de cada caso, de las circunstancias y de la normativa jurídica que le otorga la facultad para ello. La discrecionalidad debe aplicarse sin excesos, sin traspasar los límites establecidos en la norma para de esta manera evitar cualquier acto arbitrario y, en consecuencia, contrario a la ley. Por tanto, la Administración al ejercer la potestad discrecional está obligada a respetar el principio de legalidad para que sus actos gocen de validez y eficacia jurídica.

Por lo antes expuesto, y por la naturaleza que poseen los actos que nacen de la potestad discrecional es importante realizar el control sobre ellos porque pueden dar cabida a decisiones permeadas de beneficios a terceras personas, es decir actos de corrupción o francamente arbitrarios. La necesidad de su control se analizará más adelante en el presente estudio.

### **1.5. Diferencias entre la potestad reglada y la potestad discrecional**

Dentro de las potestades de la Administración están la reglada que son aquellas que como su nombre lo indica aparecen en la norma y ésta indica cómo actuar ante determinado asunto, al respecto Gordillo (2004) expone que la potestad de un órgano administrativo está reglado cuando las disposiciones jurídicas predeterminan de manera concreta la conducta que el

administrador debe seguir, o sea lo que el órgano administrativo debe realizar en un asunto concreto.

Es importante señalar que cuando está presente la facultad reglada, la decisión no se sujeta al criterio o apreciación de un órgano administrativo, sino depende de lo que la ley establezca sobre el tema, encaminado a satisfacer el interés general. Sobre ello el autor antes mencionado aclara que:

el administrador no tiene otro camino que obedecer a la ley y prescindir de su apreciación personal sobre el mérito del acto. Su conducta, en consecuencia, está predeterminada por una regla de Derecho; no debe él elegir entre más de una decisión: Su actitud sólo puede ser una, aunque esa una sea en realidad inconveniente. (Gordillo, 2004:179)

Se debe destacar que las facultades regladas como se puede apreciar exigen la aplicación directa de la ley. No existe libertad de decisión alguna, ni existe elemento que apreciar, sencillamente aplicar la norma jurídica a cada caso de conformidad con lo establecido. La jurisprudencia española sobre la potestad reglada razonó lo siguiente: “En los actos reglados, como su contenido está agotadoramente tipificado en la ley, por regla general, tendrá escasa importancia el proceso de formación de la voluntad administrativa.” (STS, 1994:12)

Dichas facultades están delimitadas en la ley, así como se define de forma exhaustiva todas las posibilidades jurídicas para hacer uso de ella, sin dejar margen a ninguna elección o valoración subjetiva. Dromi (1985) plantea que en la actividad reglada de la Administración se especifica la forma, contenido y momento de la misma.

En ese mismo sentido resulta necesario analizar que dicha facultad según Marienhoff (1993) puede ser directa o indirecta. Se presenta la primera cuando la actitud que debe asumir la Administración está predeterminada por la ley, decreto o reglamento referido directamente a la Administración, y es indirecta cuando la regulación emana de la norma legal, que aunque no esté dirigida a la Administración pública, contenga aspectos que ésta deba cumplir, se puede citar como ejemplo la norma constitucional que es general, no está dirigida específicamente a la Administración, sin embargo su contenido resulta aplicable al actuar administrativo.

Por otro lado, están las potestades discrecionales ya analizadas, y en las que se reitera se basan en la normativa, pero la Administración goza de libertad para seleccionar ante

determinadas variantes que se presentan para decidir sobre un asunto. Al respecto Jácome (2015:19) afirma que “Dicha potestad no está sujeta a una directriz a seguir, constituye un margen de decisión que se deja en manos de la administración”.

Como se ha estudiado la potestad discrecional es otorgada por la ley y permite a la Administración apreciar y evaluar la conveniencia de tomar una determinada decisión o de dictar un determinado acto. Es elemental señalar que cuando se hace uso de la potestad discrecional siempre van a estar presente elementos relacionados con la facultad reglada, sobre ello Gordillo (2004) asevera, que nunca las atribuciones otorgadas a un órgano de carácter administrativo podrán ser completamente regladas o totalmente discrecionales; puesto que resulta en la práctica imposible porque no se puede prever todos los detalles sobre la actuación de un órgano, siempre existirá un margen pequeño que se deja al arbitrio del servidor actuante.

En el mismo orden de lo antes analizado, Palomar (2011) determina los elementos reglados que aparecen al hacer uso de la potestad discrecional, ellos son:

1. La existencia de la potestad,
2. El supuesto de hecho que legitima para su empleo,
3. El margen de discrecionalidad a aplicar en cada caso específico,
4. Se debe señalar en la norma a qué ente público se concede esta facultad, y dentro de cada ente, el órgano específico que la ejercerá,
5. El fin para el que se otorga la facultad, de tal manera que, si se desvía, sea posible llevar a cabo el control motivado por una posible desviación de poder.

Igualmente, García de Enterría (2016:62) analiza que la facultad discrecional cuenta con elementos de la facultad reglada entre ellos destaca los siguientes: la propia presencia de la facultad discrecional; la extensión de esta facultad; que exista un órgano competente para ejercerla; y que tenga como fin el carácter eminentemente público.

De acuerdo con los razonamientos que se han venido realizando, se puede resumir que ambas potestades poseen diferencias palpables basadas en que la potestad reglada está planteada en la norma, así como se delimita en ella como actuar por parte de la Administración ante un asunto concreto, mientras que la facultad discrecional depende de la aplicación que se haga de la ley, bajo elementos subjetivos, de apreciación y valoración de un determinado caso por parte del servidor público utilizando su arbitrio, Por otro lado, ha quedado demostrado

doctrinalmente que la potestad discrecional en su aplicación utiliza elementos de la facultad reglada.

### **1.6. Generalidades del acto administrativo**

Para estudiar el acto administrativo de forma general debe tomarse como punto de partida la definición de éste. Dromi (1985) define que acto administrativo es aquella declaración de carácter unilateral que se realiza en el ejercicio de la función de la Administración pública y que surte efectos jurídicos individuales de manera directa. Por otro lado, Zabala (2005) considera que es un acto mediante el cual se ejercen las facultades otorgadas por la ley a la Administración para que ésta pueda operar, edificar o reconstruir la realidad para lograr el fin de satisfacer el bien común.

En el orden de las ideas anteriores, existen otros criterios doctrinales que definen el acto administrativo entre ellos, el de Zanobini (1990) quien reconoce que un acto administrativo declara la voluntad, el deseo, el conocimiento o juicio del órgano administrativo en el ejercicio de una potestad de esta naturaleza. Diez (1977:22) define este como “una declaración unilateral de un órgano, en ejercicio de una función administrativa, que produce efectos jurídicos en relación a terceros”.

Es importante resaltar que Cassagne (2010) considera que para determinar el concepto de acto administrativo se deben tener en cuenta dos aspectos: la necesidad plasmar en la teoría las formas de actuación administrativa para lograr un régimen jurídico armónico uniforme y que el imperativo objetivo y específico de edificar una vía eficaz para precautelar los derechos de los administrados y a su vez el interés general.

Como se puede apreciar en lo antes analizado existen varias opiniones doctrinales sobre el concepto de acto administrativo, pero las analizadas resultan coincidentes, especialmente en el hecho de que es una declaración de voluntad unilateral, por otro lado, se debe destacar que este es un medio fundamental para que la Administración haga uso de sus competencias otorgadas por la ley, mediante la cual procede a autorizar, conceder o prohibir algo a las personas, estableciendo relaciones jurídicas con ellas, se puede citar como ejemplo de actos aquellos que otorgar un permiso de construcción, imponen una multa como sanción, entre otros.

La legislación ecuatoriana a través del recién expedido Código Orgánico Administrativo define el acto en el artículo 98 como:

la declaración unilateral de voluntad, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales o generales, siempre que se agote con su cumplimiento y de forma directa. Se expedirá por cualquier medio documental, físico o digital y quedará constancia en el expediente administrativo. (Asamblea Nacional, 2017)

Con referencia a lo anterior, la doctrina define los elementos esenciales que componen el acto administrativo, los que según Diez (1977:22) son: la manifestación de voluntad, competencia, el objeto, la forma y el contenido. La voluntad, se declara por parte de la autoridad competente, tomando como base los antecedentes que originan el acto administrativo y siempre se dirige a lograr como fin el bien común. La competencia que se manifiesta por aquellas facultades que posee la Administración otorgadas por la Ley.

En el mismo orden, se debe estudiar el elemento, objeto del acto administrativo que no es más que la razón, la causa que da lugar a que éste surja, en él se manifiesta el fin que persigue la Administración con la ejecución del acto. Por otro lado, la forma que se relaciona con el procedimiento, requisitos y formalidades que da lugar a la creación del acto; y por último el contenido es el que determina la concesión de la pretensión u omisión que entraña el mismo, es la manera de decidir y expresar la voluntad de la administración.

Por su parte el artículo 99 del COA establece como requisitos para que el acto administrativo tenga la validez jurídica necesaria los siguientes: objeto, motivación, competencia, voluntad y procedimiento.

El requisito de motivación, es muy importante puesto que, mediante él, se argumenta sobre qué bases fácticas y legales se basa la decisión plasmada en el acto. El artículo 100 del Código Orgánico Administrativo vigente determina los parámetros que se deben observar para que el acto esté correctamente motivado.

Debe señalarse que según Comadira y Escola (2013) existen varias clasificaciones para el acto administrativo, entre ellos se destacan:

2. Que según su forma de manifestación pueden ser: los expesos, tácitos y presuntos.
3. Según su alcance y extingüibilidad pueden ser: generales o particulares.
4. Atendiendo a los efectos que surte sobre el administrado son: favorables o desfavorables.
5. Por su relación con el procedimiento administrativo: actos de trámite, preparatorios, definitivos y de ejecución.

6. Por la autonomía en su expedición, que en este caso están los actos discrecionales y reglados.

Se debe apuntar que según la normativa vigente en el Ecuador el acto administrativo goza de eficacia una vez que se notifica al administrado y por tanto ejecutarlo sin haber cumplido este requisito trae consigo la responsabilidad de los servidores públicos y se perfecciona un hecho administrativo viciado. Por otro lado, según la norma estudiada, los actos administrativos tienen carácter retroactivo solo cuando produce efectos de tipo favorables a la persona y no se vulneran derechos o intereses legítimos de otra. Se debe agregar que los actos administrativos pueden ser objeto de impugnación, para ello el Código Orgánico Administrativo establece el correspondiente procedimiento para ello.

## CAPÍTULO II

### EL CONTROL DE LA POTESTAD DISCRECIONAL

#### 2.1. El control judicial de la actividad administrativa

Luego de vistos de manera general la doctrina relacionada con la potestad discrecional y el acto administrativo, entre otros aspectos, resulta importante en la investigación analizar el control judicial que se realiza a la actividad de naturaleza administrativa, atendiendo a su importancia porque asegura los derechos y garantías tanto de la Administración como del administrado.

Se debe señalar que en la actualidad la actividad de los órganos judiciales es muy amplia puesto que la realidad obliga a ello, ya que para los ordenamientos jurídicos es imposible recoger todos los supuestos y soluciones posibles a los casos que se presentan día a día, tanto en la vida de la Administración como en la actividad judicial.

La Constitución (2008) vigente consagra los derechos y garantías para los ciudadanos entre los que se destacan los previstos en el artículo 11 numeral 3, los que además están reconocidos en instrumentos internacionales y son aplicables de manera directa e inmediata ante cualquier servidor público ya sea administrativo o judicial, de oficio o a instancia de parte. La norma reconoce que los derechos son justiciables y además en caso de violación o desconocimiento no se puede invocar una falta de norma legal como justificación para rechazar una acción jurídica sobre los hechos, ni para negar que sean reconocidos.

Es necesario apuntar que Ecuador es un Estado de derechos por lo que el control administrativo es un aspecto fundamental para garantizar su existencia, este carácter, está reconocido constitucionalmente y entre los elementos que conforman este tipo de Estado, según Villar (1996) están:

1. Que el Estado esté sujeto al bloque de legalidad, que en virtud del artículo 425 de la Constitución dicho bloque está formado por: El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.
2. Que la Administración pública esté subordinada a la Función Judicial;
3. Que la Administración pública sea objeto de control;

Estos elementos confirman que la actividad administrativa no es sujeto de prerrogativa alguna en el Estado de derechos y por tanto, debe ser objeto de control judicial para poder precautelar plenamente los derechos de los ciudadanos y su seguridad jurídica.

El control de los actos discrecionales tiene gran complejidad y en la doctrina surgen interrogantes relacionadas con el alcance que puede tener el juez al controlar la potestad discrecional, Morón (2010) define el límite del control judicial basándose en dos aspectos fundamentales: que la discrecionalidad nace de la actividad del legislador, tiene como base la ley y que está caracterizada por un elemento de oportunidad. Por su parte García de Enterría y Fernández (1999) afirman que los operadores de justicia pueden profundizar y criticar un determinado caso hasta donde la ley se lo permita.

Al respecto del tema del control de los actos discrecionales, debe apuntarse que todo Estado constitucional de derechos y justicia, debe reconocer la posibilidad jurídica de impugnar cualquier disposición de naturaleza administrativa ya sea en sede administrativa o judicial, lo que permite que las autoridades administrativas y jueces puedan revisar el acto y decidir sobre lo impugnado.

Otro elemento que demuestra legalmente que la función y las actuaciones administrativas deben ser fiscalizadas son principios como el de legalidad, ya analizado, la garantía a los derechos fundamentales y la separación de poderes, este último es vital en lo relacionado con el control, atendiendo a que una sola persona no ejerce el poder de la nación, sino que existen diferentes poderes, lo que permite controlar judicialmente a la Administración, en el caso del Ecuador el poder está dividido en cinco funciones.

Sobre el tema de la separación de poderes, antes analizado, Pérez (2006:17) expresó: "la característica más importante que los autores clásicos atribuyeron a la división de funciones fue la de impedir el abuso del poder", relacionado con ello Zabala (2010) expuso que el fin fundamental de la separación de poderes está dado en que cada uno tiene sus funciones y por tanto logra la armonía necesaria para evitar cualquier acto arbitrario o de abuso de poder. El hecho de que el Poder Ejecutivo y Judicial estén debidamente separados, facilita el control judicial sobre aquellos actos expedidos por la Administración y por tanto según Jácome (2015) existe una supremacía del Derecho sobre la ley.

Resulta oportuno apuntar que las actuaciones de la Administración pública constituyen expresiones de voluntad del Estado, ésta se materializa mediante sus actos, y los mismos pueden ser controlados. Coviello afirma que toda la actividad de la Administración, es objeto de revisión por el Poder Judicial y aclaró además lo siguiente:

Prescindiendo una vez más de las cuestiones terminológicas que abruma a los administrativistas, lo que me interesa destacar es que no existe campo alguno de la actividad administrativa cuya revisión judicial esté excluida o limitada por alguna razón intrínseca a aquél. (Coviello, 2010:22)

Se pueden supervisar los actos administrativos a través del control constitucional y de legalidad que procede ante la impugnación de estos, ante la jurisdicción de tipo contencioso administrativa. El primero, el control constitucional, procede cuando existen incongruencias con los preceptos constitucionales; y se encamina a la autoridad que expidió el acto, y el segundo cuando existen inconsistencias relacionadas con disposiciones legales, por tanto, este control se dirige al acto en sí.

En el mismo orden, es necesario señalar que se puede presentar que un acto administrativo pueda ser impugnado por las dos vías, sobre este último particular, Villalba (2014) plantea que el órgano de carácter constitucional, por su naturaleza, es de valoración legal en lo referente al contenido de los actos y su relación con la normativa constitucional, o entre la legislación secundaria por tanto, le corresponde a este órgano de control, examinar la celeridad o no, la afectación ya sea de forma directa o indirecta a la Constitución, en cada asunto específico, y por tanto los impugnantes, pueden establecer paralelamente acciones de inconstitucionalidad y juicios de tipo contencioso.

Resulta oportuno apuntar que el control constitucional está relacionado con el principio de supremacía de la Constitución y la justicia de esta naturaleza, es la que realiza este tipo de control con el objetivo de precautelar los derechos y principios constitucionales. Sobre el asunto Castro y Castro afirmaron:

Las disposiciones constitucionales no son simples declaraciones, reglas o principios, sino mandatos que al surgir de un órgano popular constituyen normas obligatorias que exigen ser observadas. Por tanto, se han establecido diversas formas para que lo ordenado sea estrictamente cumplido, esto es, los denominados medios de control constitucional. (Castro y Castro Víctor, 2001:192)

El control constitucional resulta elemental puesto que es una herramienta eficaz para garantizar los derechos fundamentales de las personas y en consecuencia, la justicia constitucional. Este tipo de control, según Aguirre (2013,) posee dos funciones: realizar un control sobre la actividad legislativa y precautelar los derechos constitucionales. La autora asevera que este tipo de control pone de manifiesto el nivel de constitucionalización que

posee el Estado atendiendo a que, mediante el mismo, el ordenamiento jurídico perfecciona su constitucionalidad y por consiguiente la efectiva vigencia de los derechos.

Por otro lado, está el mencionado control de legalidad, el que según Romero (2002) es realizado por la jurisdicción contenciosa-administrativa y se dirige estrictamente a fiscalizar la legalidad, sin que la jurisdicción pueda valorar y revisar asuntos relativos a la oportunidad, conveniencia o utilidad. Sobre el tema el autor expone que el control que se realiza a la Administración pública es amplio, puesto que no solo se limita a revisar las actuaciones, sino que incluye la supervisión de los métodos, todo ello dirigido a detectar y evitar actos arbitrarios y abusos de poder.

El control de la legalidad de los actos administrativos procede mediante la impugnación y se establece un procedimiento contencioso administrativo regulado en el Código Orgánico General de Procesos COGEP que en el artículo 300 prevé que tanto el procedimiento contencioso administrativo y contencioso tributario tienen como objetivos precautelar los derechos de toda persona y ejercer el control de legalidad de todos aquellos, hechos, actos administrativos o contratos provenientes del sector público y que estén sujetos tanto al derecho tributario como al derecho administrativo; además conocer y resolver los aspectos que surgen de la relación jurídico tributaria o jurídica administrativa, incluyendo la desviación de poder.

Luego de analizado el control de los actos de forma general, es esencial el estudio del Reglamento para el control de la discrecionalidad que resulta aplicable a aquellos actos administrativo que expida la Administración Pública. El artículo 2 de la mencionada norma, establece que la potestad discrecional de la Administración al utilizarse en la expedición de actos, se basa en la presunción de racionalidad para evitar la arbitrariedad y la desviación de poder por ello se deben tener en cuenta aspectos como los hechos en los que se funda el acto, igualmente se reconoce en el artículo 3 el control de los hechos determinantes sujeto a que antes de dictarse el acto los servidores públicos deben revisar que exista una correcta apreciación de los supuestos de hecho y la valoración que se realiza de los mismos para tomar la decisión.

Por otra parte, es fundamental el elemento motivación a la hora de realizar el control de los actos discrecionales, atendiendo a que el artículo 4 del Reglamento, deja claramente regulado que este constituye un requisito esencial al expedir un acto administrativo y que el mismo no es de carácter formal, sino que en este tipo de actos, por su naturaleza, es un requerimiento de fondo, atendiendo a que los motivos son los que justifican las razones que

dan lugar al acto que se dicta. La correcta motivación y valoración o no, es lo que permite que los interesados impugnen el acto. La motivación está reconocida en el texto constitucional (2008) como una de las garantías del debido proceso, prevista en el artículo 76,literal l) por tanto, es de estricto cumplimiento para que el acto goce de validez y eficacia legal.

Otros de los aspectos recogidos en el Reglamento para el control de la discrecionalidad (2002) es lo relativo a las adjudicaciones de contratos, para los cuales la Administración debe revisar y valorar el contenido de las ofertas y del expediente además debe expresar de forma justificada la decisión sobre el tema antes expuesto permite realizar el correspondiente control. Los controles en virtud de la norma se basan en el principio de interdicción de arbitrariedad, y se toma como elemento la razonabilidad, igualmente ante los conceptos jurídicos indeterminados, la administración debe concretar cada situación de manera específica, las circunstancias para buscar una sola solución pero que sea realmente justa.

En el mismo sentido, el Reglamento para el control de la discrecionalidad dispone en el artículo 10 que el acto de naturaleza discrecional debe cumplir con el requisito de ser cierto y posible legalmente, la proporcionalidad también está regulada en la norma, puesto que el acto debe ser proporcional con el fin que se persiga y se debe apuntar que la razonabilidad es fundamental y la norma analizada prevé que el control de la actividad discrecional debe constatar que la decisión tomada está en consonancia con el ordenamiento jurídico, conforme a los límites previstos en el reglamento y debe ser razonable.

Como se puede observar del análisis antes expuesto, los aspectos que generan el control de los actos discrecionales en su mayoría, están basados en elementos subjetivos los que conspira con una verdadera decisión justa, libre de arbitrariedades, desviación de poder y actos de corrupción.

## **2.2. El rol del juez en la actividad administrativa**

Para continuar con el estudio de la discrecionalidad es necesario analizar el papel del juez en la actividad de carácter administrativa, para ello resulta prudente comenzar diciendo que el juez es la figura que dirige todo proceso o procedimiento de carácter legal de inicio a fin y este en su actividad, debe asegurar el respeto a los principios constitucionales, los derechos de los ciudadanos y cumplir estrictamente las garantías del debido proceso, según Herrendorf (1998) el juez debe cuidar la aplicación de principios como legalidad, tutela efectiva, igualdad, entre otros.

La justicia de naturaleza administrativa constituye una parte dentro de la función jurisdiccional en ella se relaciona tanto las actuaciones de la Administración pública como del juez que ha de conocer y resolver el asunto determinado. El juez en su actividad hace uso del arbitrio judicial el cual según Cabanellas (2005) es la potestad discrecional que se le otorga a éste en su actuación para tomar la decisión sobre determinado asunto, sujeto a la razón y la equidad.

Sobre el papel del juez Villalba (2014), afirma que éste tiene la unción del control del poder, fiscaliza la regularidad de la norma jurídica y aquellas normativas que en su jerarquía son inferiores a la ley, ya que las normas supra legales y la Constitución son asuntos de la Corte Constitucional. Sobre el tema Carrión (2000) analiza que la función de orden jurisdiccional y la justicia administrativa, está relacionada con las funciones públicas y la separación que ésta tiene como principio de organización del Estado. Dicha justicia, según este autor, posee las características siguientes:

1. Al ser visto el Derecho como un sistema complejo y completo, de donde pueden colegirse soluciones para todos los asuntos posibles.
2. El sistema legal no está identificado con la voluntad del legislador, sino que una vez expedida la norma jurídica está adquiere vida propia y su significado va progresando,
3. La ciencia jurídica es la que se encarga de determinar y establecer mediante conceptos dicha evolución y los profesionales del Derecho mediante sus abstracciones y definiciones logran que el Derecho sea un sistema armónico y coherente.

Según lo antes expuesto significa que el rol del juez está sencillamente en subsumir el caso a la norma, este criterio es contrario al de Jácome (2015) quien considera que el papel del juez, específicamente, el contencioso administrativo es completamente diferente y mucho más amplia que el que llevan a cabo los jueces de otras materias, atendiendo a que ellos conocen las demandas interpuestas por los administrados en contra del Estado, además su función no está limitada a declarar la ilegalidad o nulidad del acto administrativo, sino que además debe establecer las medidas correctas para reparar cualquier afectación que se haya causado al administrado para salvaguardar sus derechos.

El juez que conoce asuntos de la materia administrativa posee una posición y un rol esencial dentro de un Estado de derechos, ya que revisa y a su vez controla la legalidad de los actos administrativos, debe usar su arbitrio de manera justa, sin arbitrariedades, ni desigualdades.

Resulta vital que el juez que resuelve asuntos de la naturaleza analizada, debe tener claro en su actuar el no proteger, ni colocar por encima del administrado a la Administración pública, debiendo tener siempre presente el analizado principio de separación de poderes y los derechos y garantías constitucionales que protegen al administrado.

El juez en su actividad de impartir justicia, está sujeto a la equidad, la justicia y la razón, debe establecer los contrapesos necesarios para lograr ser justo y poder determinar claramente y reparar las afectaciones de la parte que realmente ha sido afectada, ya sea la Administración o el administrado, sobre ello Bachof planteó:

se necesita forzosamente de un contrapeso: una fuerza que se preocupe de que, al menos, los valores superiores del Derecho y del orden, que la Constitución ha establecido como fundamentales, permanezcan protegidos; una fuerza que decida, al mismo tiempo, con la mayor autoridad posible, si en un conflicto eventual esos valores han quedado salvaguardados asegurando o restableciendo la paz jurídica. (Bachof, 1990:69)

Con base a lo antes analizado, se puede resumir que el juez es un ente fundamental en un Estado de derechos como el reconocido en la Constitución ecuatoriana, debe poseer la imparcialidad y el conocimiento necesario, para resolver asuntos de naturaleza contenciosa administrativa, la que posee sus particularidades. Sobre la imparcialidad de los jueces se ha planteado por Jiménez (1993) que la forma de actuar del juez influye en la imagen de la justicia, en la credibilidad de las instituciones, en la seguridad y confianza que los ciudadanos depositan en ella, se considera que la inexistencia de este elemento significa que no hay justicia. El juez vela porque las decisiones que tome, se ejecuten y en caso que se falle a favor del administrado, debe cerciorarse que el poder público cumpla con la disposición que pone fin al proceso judicial, para de esta manera salvaguardar la seguridad jurídica de los ciudadanos.

### **2.3. Impugnabilidad de los actos administrativos discrecionales. Regulación jurídica**

Para comenzar el estudio relacionado con la impugnación es importante hacerlo diciendo, que los administrados pueden combatir las decisiones de la Administración pública mediante la impugnación de los actos administrativos con el objetivo de que la autoridad administrativa o judicial reconsidere la decisión tomada en un determinado asunto y restablezca legalmente el derecho afectado mediante el acto administrativo.

Es importante señalar que la impugnación es una característica propia del acto administrativo y puede estar motivada por un exceso de poder o por la actuación arbitraria e ilegítima y en este caso, el administrado debe demostrar la presencia de estos aspectos ante la misma autoridad que emitió el acto, ante un superior jerárquico, o ante los órganos judiciales.

La impugnación se ejerce utilizando los recursos administrativos o los procedimientos judiciales pertinentes, a través de ella, se pretende que se aplique la ley correctamente y que se reestablezca el derecho violado. Gordillo (2004) considera que administrativamente se puede impugnar un acto no solo cuando se desconoce el derecho subjetivo de la parte recurrente, sino además cuando éste vulnera un interés legítimo y lo compara con el proceso que se realiza en sede judicial el cual permite impugnar solamente un acto siempre que exista un derecho subjetivo por él afectado.

Los recursos administrativos según Margàin (2004) constituyen una vía de defensa de los particulares para impugnar los actos y disposiciones legales emanadas de la Administración pública y que causan un perjuicio a los particulares. Los recursos no dan lugar a un nuevo proceso solo al examen y reconsideración del acto o resolución recurrida.

El Código Orgánico de la Función Judicial reconoce en el artículo 31 referente al principio de impugnabilidad en sede judicial de los actos administrativos, que estos son perfectamente impugnables en vía judicial. Por otro lado, el Código Orgánico Administrativo en el artículo 217 prevé lo referente a la impugnación estableciendo las reglas que resultan aplicables, al respecto se regula que:

1. Sólo se puede impugnar un acto en sede administrativa a través del recurso de apelación por aquellas personas interesadas, aunque hayan o no comparecido al procedimiento.
2. Para aquel acto administrativo que ha causado estado en vía administrativa en los casos establecidos por el COA solo cabe exclusivamente recurso extraordinario de revisión
3. Si se elige utilizar para impugnar el acto la sede judicial, entonces resulta improcedente la impugnación en sede administrativa.
4. Si el recurrente incurre en el error al denominar el recurso ello no constituye obstáculo para su tramitación, siempre que resulte clara incuestionable, innegable que existe la voluntad de impugnar el acto administrativo.

La norma estudiada establece que los actos de simple administración no resultan propiamente impugnables, por la naturaleza que poseen, excepto que el derecho a impugnar el acto

administrativo que omitió un acto de simple administración, sea esencial para perfeccionar la voluntad administrativa.

Por otra parte, constituyen efectos de no impugnación del acto administrativo los previstos en el artículo 218 del COA cuando se ha dictado un acto administrativo como resultado del recurso de apelación y no se ha interpuesto el mismos, cuando se haya interpuesto acción de carácter contenciosa administrativa sobre el acto. Además, se considera que el acto administrativo es firme cuando no cabe impugnación alguna en ninguna vía. Por otro lado, el acto administrativo que ya ha causado estado, solo admite, en sede administrativa, la interposición del recurso extraordinario de revisión o según corresponda una revisión de oficio de conformidad con lo dispuesto en la normativa.

Sobre el tema de estudio, se debe señalar que el Código Orgánico Administrativo solo reconoce como recursos en virtud del artículo 219 los de apelación y el extraordinario de revisión, los cuales son conocidos y resueltos por la máxima autoridad administrativa donde se haya dictado el acto impugnado y se interpone ante el mismo órgano que expidió el acto. Cuando el acto haya sido expedido por la máxima autoridad administrativa, solo procede la impugnación en vía judicial. A todos los interesados se trasladará el recurso. Dicha norma prevé los requisitos formales para establecer los recursos que correspondan, al igual que los defectos en que se pueda incurrir en la tramitación y deja, claramente regulado que bajo ninguna condición la resolución que resuelve la impugnación, podrá afectar la situación inicial de la persona interesada.

#### **2.4. Arbitrariedad y la desviación de poder en el ejercicio de la potestad discrecional**

Luego de analizados los aspectos generales sobre la potestad discrecional, su control y el acto administrativo, resulta elemental estudiar lo referente a la arbitrariedad y abuso de poder atendiendo a que ambas son manifestaciones que se pueden presentar cuando la Administración hace uso de la potestad discrecional, atendiendo a que su sustento resulta muy subjetivo y depende de la valoración y criterio que tenga el servidor que resuelve el asunto sobre el tema.

La arbitrariedad según Leibholz (1971) se manifiesta cuando existe una diferencia o igualdad relacionada con el tratamiento jurídico de un asunto y no se emite un fundamento basado en la objetividad, la razón y la claridad, es una actuación contraria a la justicia. Igualmente para Parejo (1993) la arbitrariedad es una consecuencia de la falta de control y del abuso de poder. La Corte Constitucional de Costa Rica (2007:7) conceptualizó la

arbitrariedad como: “la actuación arbitraria es la contraria a la justicia, a la razón o las leyes, que obedece al mero capricho o voluntad del agente público.”

Sobre la arbitrariedad Blanquer analiza que:

existe arbitrariedad cuando la Administración actúa de forma despótica o tiránica y hay un abuso de poder. También hay arbitrariedad cuando la decisión es absurda, ilógica o caprichosa; cuando el acto se dicta por pura y desnuda intuición, y no hay un fundamento objetivo, racional y razonable que legitime y justifique la decisión adoptada. (Blanquer, 2010:1308)

De las definiciones antes expuestas se deduce que es elemental primero hacer uso de la ley, la razón y la motivación para poder evaluar realmente el fundamento del acto y que no represente que éste se expide, por el mero interés del servidor, lo que puede dar margen a arbitrariedades y favoritismos. Como se ha visto en la investigación, la discrecionalidad para muchos está relacionada con el libre albedrío de decidir algo por parte del servidor público, lo que legalmente no es así, puesto que existen límites a la hora de tomar una decisión y como se dijo, la ley es la base de esta, aun cuando la apreciación juegue un papel fundamental,

Por su lado, se debe agregar que la desviación de poder según Hauriou (2016) se manifiesta cuando la Administración ha hecho uso en la expedición del acto de su competencia con observancia a la ley; pero sin embargo, hace uso de su poder con una finalidad y por motivos diferentes de aquellos en virtud de los cuales que le fue otorgado dicho poder, por tanto desvía este para obtener un beneficio. La desviación de poder definida por De Laubadère (1984:21) es: “cuando el agente competente toma una decisión correcta en sí, pero con un fin diferente a aquel para el cual se había previsto la competencia, constituyendo una forma de ilegalidad.”

Resulta oportuno decir que existe una relación directa entre la desviación de poder y la arbitrariedad, sobre ello Marienhoff (1993) afirma que la desviación de poder tiene su génesis en un acto permeado de arbitrariedad. Realmente cuando el servidor desvía el fin con que le fue otorgada la competencia, automáticamente ya está incurriendo en una arbitrariedad, está actuando contrario a la ley y siempre detrás de ello existe un interés personal determinado.

Por otra parte, no se puede dejar de mencionar el principio de interdicción de arbitrariedad el que debe estar presente en la expedición de los actos discrecionales, puesto que dicho

principio debe limitar la actuación de la Administración, ya que evita cualquier manifestación de abuso de poder, la afectación de los derechos de los administrados y asegura la correcta aplicación de la ley.

Se debe destacar como ejemplo que el proceso de contratación pública en el Ecuador es uno de los que goza de la potestad discrecional. Se pueden manifestar en la elaboración de pliegos, información técnica, al examinarse las propuestas, en la declaratoria de adjudicación etcétera. El hacer un uso arbitrario de la potestad discrecional va en contra de la legalidad del proceso.

El proceso de contratación pública analizado entraña grandes riesgos conectados con el actuar administrativo, puesto que normalmente los contratos en licitación tienen altos valores de ganancia y resulta un tema sensible de no ser bien controlado ya que las decisiones pueden estar permeadas de arbitrariedad, desviación de poder y dar lugar a actos delictivos. En el país se han dado una serie de escándalos vinculados a la corrupción como el caso Odebrecht en el que quedó debidamente probado la existencia de sobornos a cambio de la concesión de obras en el sector público, al igual que otros, como en el que está involucrado el exministro de Deportes relacionado con la construcción de una escuela deportiva compra de implementos y el Director de la Agencia Nacional de Tránsito por la compra de chalecos, entre otros.

### **2.5. Necesidad del control de la potestad discrecional**

Es importante luego de tomar en cuenta los elementos doctrinales y legales antes expuestos, afirmar que es una necesidad imperiosa redoblar los controles de todo tipo sobre el uso de la potestad discrecional por parte de la Administración, no resulta suficiente lo que hasta hoy existe en el país sobre el tema. A pesar de que legalmente se cuenta con las normas jurídicas que amparan el control de este tipo de actos, en la práctica se deben implementar mecanismos dirigidos a fiscalizar cotidianamente los actos nacidos de esta potestad.

Es importante que se cuente en el aparato administrativo con órganos colegiados que revisen la actuación diaria de la Administración monitoreando constantemente la actividad de sus funcionarios, realizando controles al azar cada determinado número de asuntos en trámite y aquellos que sean de importancia relevante para de esta manera detectar a tiempo cualquier tipo de violación de la normativa vigente o un posible acto de corrupción. Es elemental revisar los actos discrecionales y velar porque estos cumplan adecuadamente con la motivación y la razonabilidad como aspectos fundamentales para garantizar que no exista

arbitrariedad, ni desviación de poder en ellos, al respecto Jácome (2015) afirma que estos actos administrativos muchas veces escapan al control de los órganos jurisdiccionales. Todo acto administrativo que se dicte sin el correcto fundamento y bajo el capricho del servidor público es totalmente arbitrario y esto debe ser cuidado y monitoreado desde el inicio de la actuación administrativa.

Por otra parte, es importante que la Administración a través de sus órganos realice muestreos semanales de los actos y analice cada caso concretamente, valore su procedencia en el ámbito jurídico y su correspondencia con los principios del Derecho y los fines de la Administración, para de esta forma al menos preliminarmente desde la base, tratar de precautelar los derechos de los administrados, que en varias ocasiones se ven realmente afectados al amparo de la potestad discrecional. La Administración al ver afectados sus fines debe proceder comedidamente a sustituir el acto de ser necesario.

Sobre lo antes expuesto Villacreses (2015) analizó que intensificar el control legal que se realiza a los actos administrativos discrecionales emanados de la Administración Pública, coadyuva a que esta posea una eficiente gestión en su actividad; por lo que es importante que ella actúe en todo el desarrollo del procedimiento de formación de la voluntad administrativa y vaya determinando tanto las consecuencias como los efectos que el acto administrativo dictado pueda surtir sobre los administrados, terceros y la sociedad en general y solo de esta forma, se evitará la arbitrariedad y el desvío de poder, el estudio antes realizado, pone de manifiesto la necesidad de implementar herramientas no solo legales, sino administrativas que permitan realizar un control estricto a los actos discrecionales para cumplir con los fines de la administración y materializar el Estado de derechos.

## CAPITULO III

### PRESENTACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS

#### 3.1. Análisis y resultados de las encuestas

Al efecto de conocer las opiniones con respecto al tema de la potestad discrecional y la necesidad de su control en el Ecuador, se procedió a aplicar una encuesta a una muestra de 152 abogados en libre ejercicio y los resultados de las interrogantes fueron los siguientes:

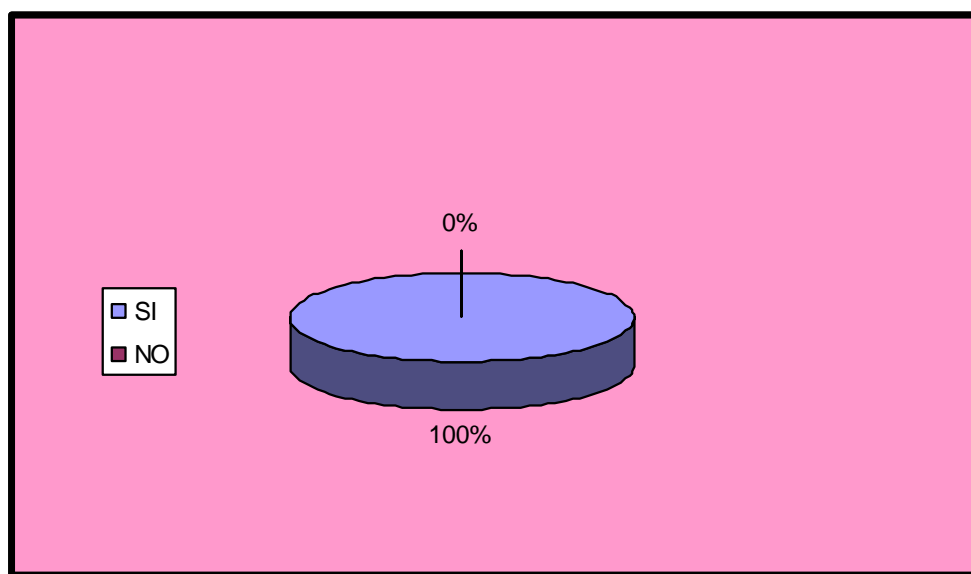
1. ¿Considera importante y necesario el uso de la potestad discrecional en la actividad administrativa?

Tabla 1 Representa la respuesta a la interrogante No 1 de la encuesta

OPCIONES	FRECUENCIA	PORCENTAJES
SI	152	100.00%
NO	0	0.00%
TOTAL	152	

Elaborado por la autora

Gráfico 1 Representa el resultado del porcentaje de la pregunta No 1



Elaborado por la autora

El 100 % de los 152 Abogados encuestados respondieron de manera positiva a la pregunta, por lo que todos consideran importante y necesaria la utilización el uso de la potestad discrecional en la actividad de la administración.

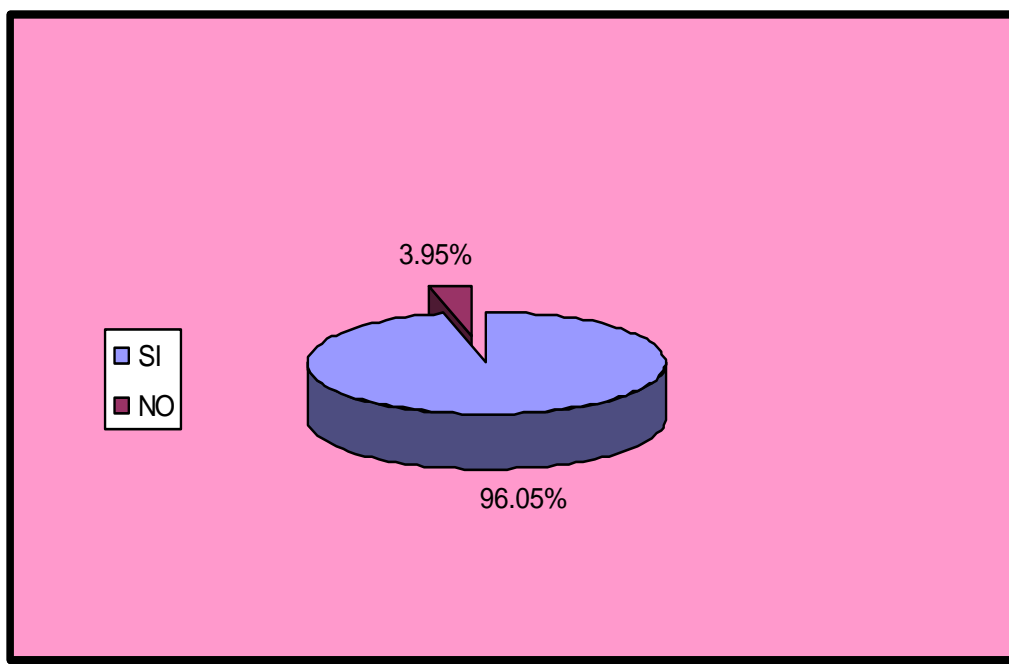
2. ¿Considera usted que la figura de la potestad discrecional puede conllevar a actos arbitrarios y de desvío de poder?

Tabla 2 Representa la respuesta a la interrogante No 2 de la encuesta

OPCIONES	FRECUENCIA	PORCENTAJES
SI	146	96.05%
NO	6	3.95%
TOTAL	152	

Elaborado por la autora

Gráfico 2 Representa el porcentaje de respuesta a la pregunta No 2



Elaborado por la autora

Como se puede apreciar en la tabla y gráfico la mayoría de los encuestados, específicamente 146 que corresponde a 96.05 % reconoce que la aplicación de la facultad discrecional puede generar actos arbitrarios y de desvío de poder y solo un 3.95 correspondiente a 6 encuestado afirman que no.

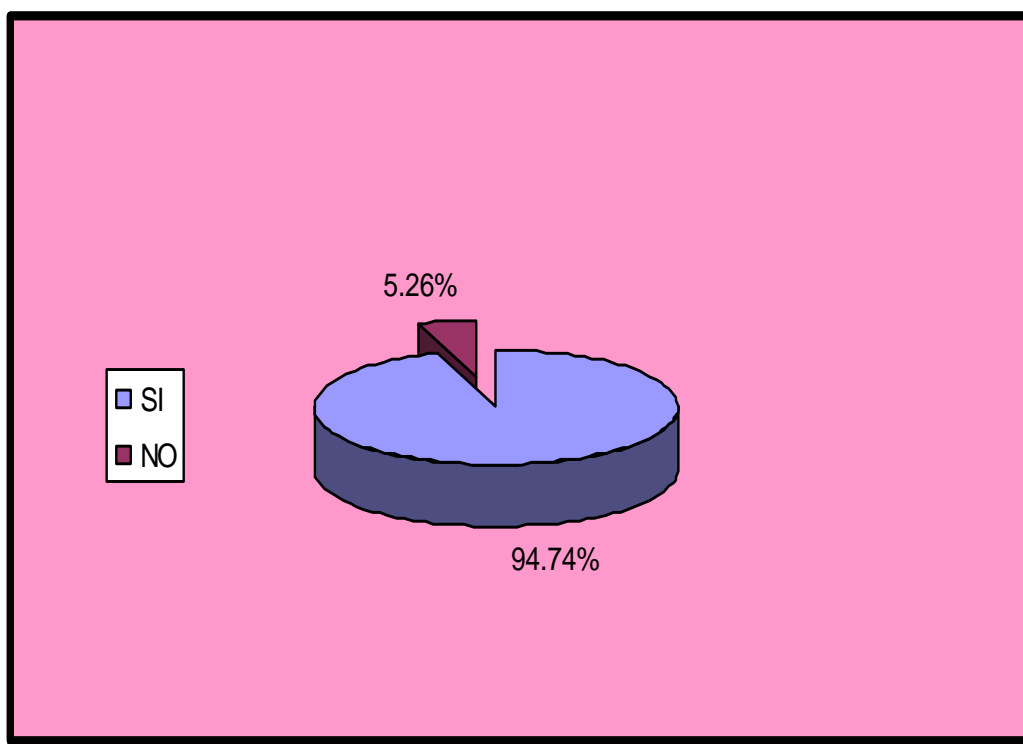
3. ¿Conoce usted las formas de control establecidas legalmente en el Ecuador sobre la potestad discrecional?

Tabla 3 Representa la respuesta a la interrogante No 3 de la encuesta

OPCIONES	FRECUENCIA	PORCENTAJES
SI	144	94.74%
NO	8	5.26%
TOTAL	152	

Elaborado por la autora

Gráfico 3 Representa el porcentaje de respuesta a la pregunta No 3



Elaborado por la autora

Sobre la interrogante realizada anteriormente un total de 144 abogados que representan el 94.74 % conocen lo establecido en la legislación ecuatoriana sobre las formas de control de la potestad discrecional. Mientras que un 5.26 %, específicamente 8 de los encuestados no la dominan.

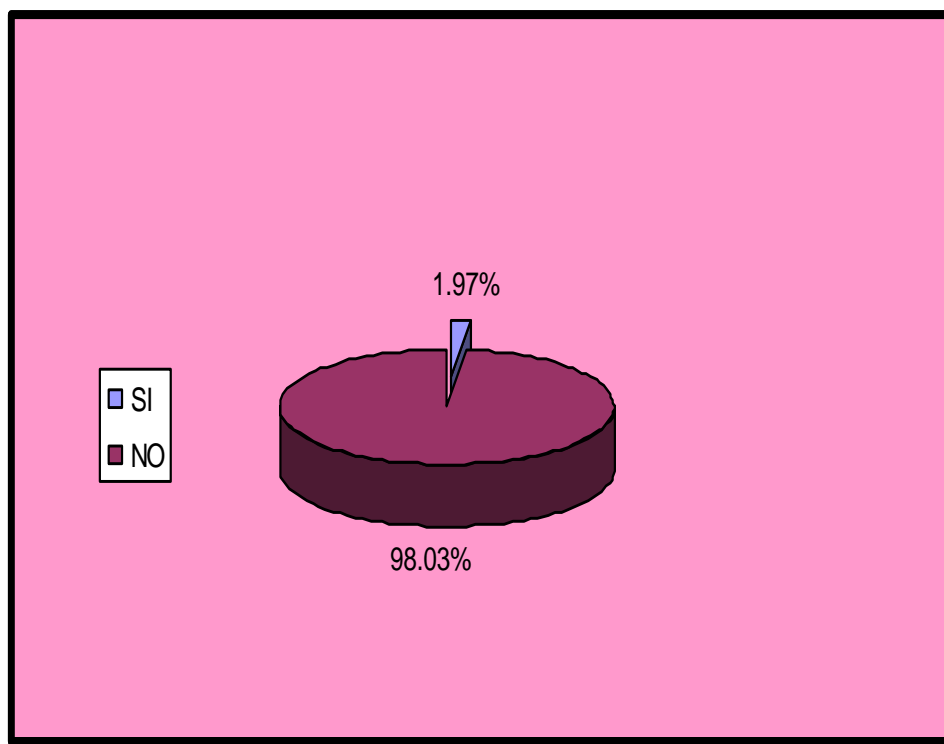
4. ¿Considera usted los controles a los actos discrecionales solo deben ser de tipo legal?

Tabla 4 Representa la respuesta a la interrogante No 4 de la encuesta

OPCIONES	FRECUENCIA	PORCENTAJES
SI	3	1.97%
NO	149	98.03%
TOTAL	152	

Elaborado por la autora

Gráfico 4 Representa el porcentaje de respuesta a la pregunta No 4



Elaborado por la autora

La mayoría de los abogados en libre ejercicio de la profesión que fueron encuestados, consideran que los controles a los actos discrecionales no solo deben ser de tipo legal, específicamente 149 de los 152, significando un 98.03 % de la muestra, en cambio, solo 3 de los encuestados que representan un 1,97 % consideran que sí deben ser solo los controles de índole judicial.

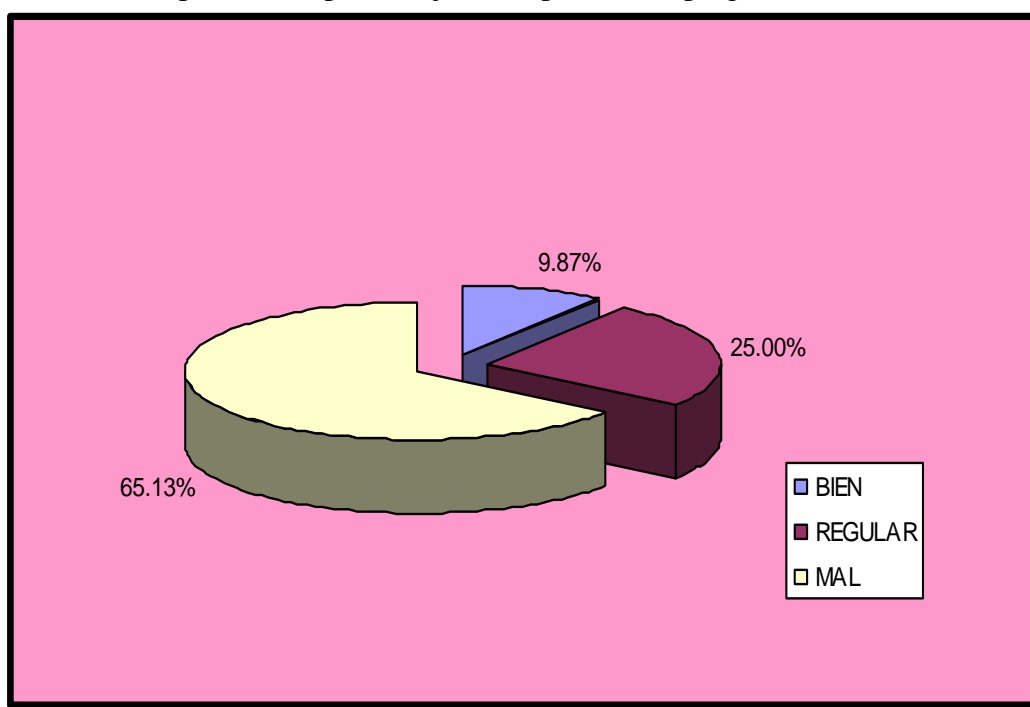
5. ¿Cómo valora usted la aplicación de los controles a la actividad discrecional en el país?

Tabla 5 Representa la respuesta a la interrogante No 5 de la encuesta

OPCIONES	FRECUENCIA	PORCENTAJES
BIEN	15	9.87%
REGULAR	38	25.00%
MAL	99	65.13%
TOTAL	152	

Elaborado por la autora

Gráfico 5 Representa el porcentaje de respuesta a la pregunta No 5



Elaborado por la autora

Sobre la pregunta No 5 relativa a la opinión que poseen sobre la aplicación de los controles a la actividad discrecional en el país han contestado 15 de los encuestados que es buena, 38 la consideran regular y 99 abogados en libre ejercicio que representan el 65.13 % de la muestra los consideran realmente malos, insuficientes.

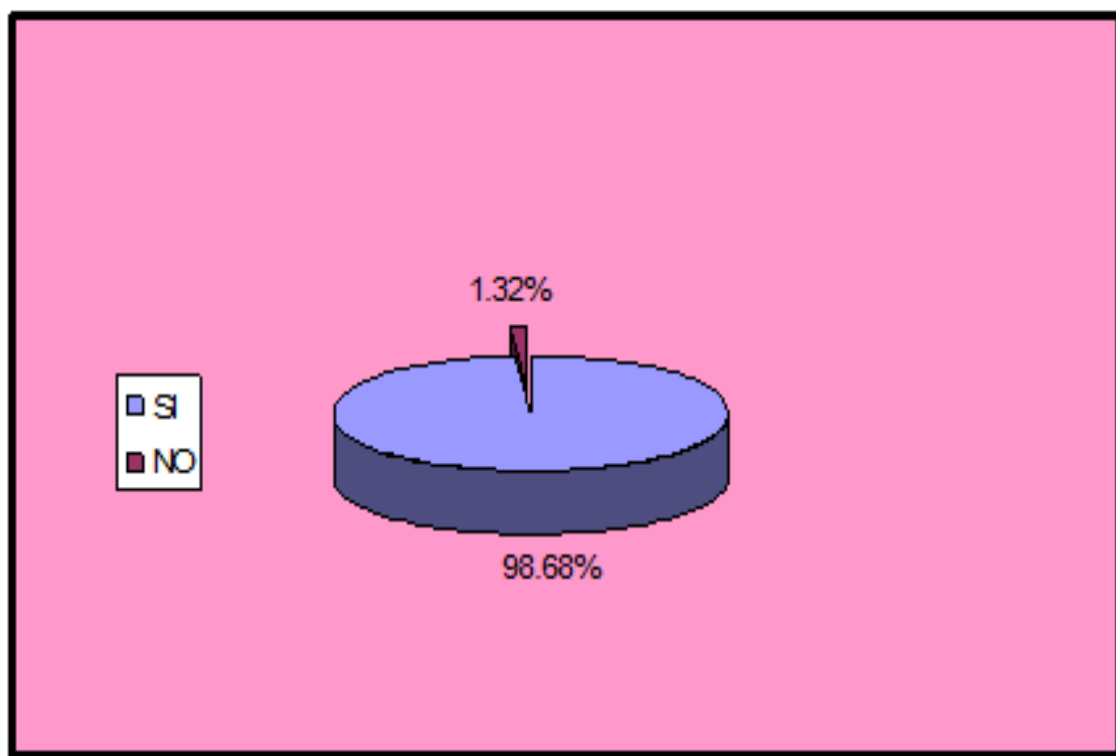
6. ¿Considera usted necesario que se implementen herramientas administrativas que desde el comienzo del proceso de formación del acto realicen la fiscalización a los actos discrecionales?

Tabla 6 Representa la respuesta a la interrogante No 6 de la encuesta

OPCIONES	FRECUENCIA	PORCENTAJES
SI	150	98.68%
NO	2	1.32%
TOTAL	152	

Elaborado por la autora

Gráfico 6 Representa el porcentaje de respuesta a la pregunta No 6



Elaborado por la autora

Los resultados que muestra la presente pregunta demuestra que la mayoría de la muestra encuestada, específicamente 150 abogados en libre ejercicio de la profesión de los 152 que es la población consideran que es necesario establecer otras formas de control en el ámbito

administrativo, este resultado representa el 98,68 % y solo una ínfima parte de los encuestados, específicamente 2 que representan el 1.32 % considera que no resulta necesario buscar otros mecanismos de control.

### **3.2. Análisis de los resultados**

Luego de haber revisado los resultados de cada una de las preguntas de la encuesta es evidente que los profesionales del Derecho conocen y dominan la potestad discrecional, además la consideran necesaria y de vital importancia en la actividad administrativa atendiendo a que está basada en la ley, pero admiten la posibilidad de elegir entre varias opciones la solución para tomar una decisión que surte efectos legales en los administrados, sin embargo no todos conocen los tipos de control que se le realiza a esta facultad.

Se puede afirmar que los encuestados opinan que la utilización de la potestad discrecional es un asunto delicado y complejo en el ámbito administrativo motivos por los cuales pueden generar actos arbitrarios, de desvío de poder y en algunos casos, pueden conllevar a actos de corrupción, tal y como se han evidenciado en la sociedad ecuatoriana últimamente. Por lo antes expuesto, los abogados encuestados consideran que no solo los controles deben sujetarse a los establecidos en la ley o sea al control constitucional y de legalidad. Debe traspasar este campo y nacer los mismos dentro del propio aparato administrativo con fines preventivos y a su vez, de control desde el inicio de la formación del acto. Esto implica la aplicación con mayor exigencia del principio de autotutela administrativa mediante la creación de mecanismos internos, utilizando órganos colegiados y dedicando un mayor tiempo por parte de los superiores a reforzar los controles ya existentes.

Los encuestados evalúan en la pregunta 5 de frecuencia regular, los controles que se llevan a cabo en el país relacionados con la facultad discrecional y la mayoría, considera necesario la implementación de nuevos controles como los mencionados en el párrafo anterior, para que se apliquen en la sede administrativa cuando se haga uso de la potestad objeto de estudio.

## CONCLUSIONES

Luego de realizado el estudio relacionado con la potestad discrecional y la necesidad de su control, se arriba a las siguientes conclusiones:

1. La potestad discrecional resulta elemental para el funcionamiento de la actividad de la Administración pública y se aplica en el orden legal partiendo de que el servidor público en el ejercicio de sus funciones para tomar una decisión, puede entre diferentes opciones elegir la que resulte aplicable a un caso determinado, pero siempre sujeto a la normativa jurídica bajo los principios de legalidad, razonabilidad e interdicción de arbitrariedad.
2. Que en todo acto discrecional debe cumplir como requisito 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, se está en consonancia con la norma constitucional en lo relativo a las garantías del debido proceso y se protegen los derechos del administrado.
3. Que todo acto administrativo, sin excluir los discrecionales, pueden ser impugnados mediante los recursos establecidos en la legislación ecuatoriana, por la parte que se considere afectada con la decisión tomada por la Administración con respecto a determinado asunto.
4. 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.
5. Que resulta urgente y necesario por parte de la Administración que además de las formas de control reconocidas legalmente y del principio de autotutela administrativa, implementen medidas y formas de control en el ámbito

administrativo desde el inicio del acto. También que se supervise el proceso de toma de decisiones por parte de los funcionarios y órganos colegiados que deben crearse a estos efectos. Para de esta forma garantizar los fines de la Administración, asegurar los derechos de los administrados, evitar arbitrariedades, desvío de poder y se materialice un verdadero Estado de derechos.

## **RECOMENDACIONES**

1. Que se proceda a capacitar a los servidores públicos en lo relacionado con la potestad discrecional, sus límites, los principios constitucionales que resultan aplicables a ellas con el objetivo de que se haga un correcto uso de esta facultad y de la normativa vigente sobre el tema en el país.
2. Que se convoque a un intercambio con profesionales del Derecho a los efectos de emitir opciones y sugerencias relacionadas con las herramientas y mecanismos que se deben implantar por parte de la Administración pública para hacer una fiscalización preliminar a las decisiones que se tomen bajo la potestad discrecional para evitar la expedición de actos discrecionales permeados de arbitrariedad y desvío de poder, además para prevenir conductas delictivas.

## BIBLIOGRAFÍA

- Resolución No. 2007-11155 , 05-6979-0007-CO ( Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica 1 de agosto de 2007).
- Acosta, P. ( 2010). Los principios generales del derecho y las normas tipo principio. Su conceptualización y uso en el ordenamiento internacional. *Revista Derecho del Estado*, 89-92.
- Aguirre, P. (2013,). *Consulta de norma: garantía de la tutela efectiva*. Quito,,: Corte Constitucional del Ecuador,.
- Agustín, G. (2004). *Tratado de Derecho Administrativo*. México D.F: Porrúa.
- Asamblea Nacional . (2017). *Còdigo Orgànic Administrativo*. Quito: Asamblea Nacional.
- Asamblea Nacional. (2008). *Constitucìon de la Repùblica*. Quito: Asamblea Nacional.
- Asamblea Nacional. (2008,p.201). *Constitucìon de la Repùblica*. Quito: Asamblea Nacional.
- Asamblea Nacional. (2015). *Còdigo Orgànic General de Procesos COGE*. Quito: Asamblea Nacional.
- Asamblea Nacional. (2017,p.25). *Còdigo Orgànic Administrativo*. Quito: Asamblea Nacional.
- Bachof, O. (1990,p.69). *Derecho constitucional, sistema de fuentes*. Madrid: Civitas.
- Bacigalupo, M. (2013). *Las potestades administrativas y la vinculaciòn de su ejercicio al ordenamiento jurìdico. Potestades regladas y discrecionales*. Madrid: Universidad Nacional de Educaciòn a Distancia.
- Bielsa, R. (1966). *Derecho Administrativo*. Buenos Aire: La Ley.
- Blanquer, D. (2010). *Derecho Administrativo*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Blanquer, D. (2010,p.1308). *Derecho Administrativo*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Brewes, A. (2013). *Tratado de Derecho Administrativo*. Navarra: S.L. Civitas Ediciones.
- Carriò, G. (2000). *Notas sobre derecho y lenguaje, tercera edicion*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Cassagne, J. C. (2010). *Derecho Administrativo, Tomo II*,. Lima: Palestra Editores SAC.
- Castro y Castro Vìctor. (2001,p.192). *Biblioteca de amparo y derecho constitucional. Volumen I*. México D.F: Oxford University Press.
- Còdigo Orgànic de la Funciòn Judicial* . (2009). Quito: Asamblea Nacional .
- Comadira y Escola. (2013). *Curso de Derecho Administrativo*,. Buenos Aires: Abeledo Perrot,.

- Comadira y Escola. (2013,p.101). *Curso de derecho Administrativo. Tomo I*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Coviello, J. (2010,p.22). *El Control judicial de la discrecionalidad administrativa*. Buenos Aires: Ediciones RAP.
- Cuètara, J. D. (1986). *Las Potestades Administrativas*. Madrid: Editorial Tecnos.
- David, B. (2010). *Derecho Administrativo*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Diaz, M. (2006). *El principio de legalidad como limite de las potestades discrecionales inherentes a la actividad administrativa*. Valencia: Universidad Catòlica Andrès Bello.
- Diez, M. (1977). *Derecho Administrativo, Tomo II*. Buenos Aires: Plus Ultra.
- Dromi, R. (1985). *Derecho Administrativo Económico*. Buenos Aires: Astrea.
- Enrique, R. J. (2002). *Derecho Administrativo*,. San José de Costa Rica: Editorial UNED.
- Enterria, E. G. (2016). *La lucha contra las inmunidades del poder*. Navarra: ARANZADI.
- Falla, G. (2002). *Tratado de Derecho Administrativo Vol. I, 13ª edición*. Madrid: Editorial Tecnos.
- García de Enterría &Tomás Fernández. (1999). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas.
- Garcia de Enterria y Fernàndez. (2003). *Curso de Derecho Administrativo”, Tomo I, 5ª edición*. Madrid: Editorial Civitas.
- Garcia de Enterria y Fernàndez. (2008). *Curso de Derecho Administrativo*. Lima: Temis s.a.
- Garcia de Enterria y Fernàndez. (2008,p.449). *Curso de Derecho Administrativo*. Lima: Temis s.a.
- Giannini, M. (1991). *Derecho Administrativo*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- González, S. (2017). *Tratado de Derecho Administrativo. tomo I*. Pamplona: Aranzadi.
- González, S. (2017,p.233). *Tratado de Derecho Administrativo. tomo I*. Pamplona: Aranzadi.
- Gordillo, A. (2004). *Tratado de Derecho Administrativo*. México D.F: Editorial Porrúa.
- Gordillo, A. (2004). *Tratado de Derecho Administrativo*. México D.F: Editorial Porrúa.
- Gordillo, A. (2004,p.179). *Tratado de Derecho Administrativo*. México D.F: Editorial Porrúa.
- Hauriou, M. (2016). *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Madrid: Comares.
- Herrendorf, D. (1998). *El Poder de los Jueces*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

- Jacomè, M. d. (2015). *El control judicial de la actividad discrecional de la administración pública en el Ecuador* . Quito: UASB.
- Jacomè, M. d. (2015,p.19). *El control judicial de la actividad discrecional de la administración pública en el Ecuador*. Quito: UASB.
- Jiménez, L. (1993). *La dictadura silenciosa*. Madrid: Temas de Hoy, S.A.
- Laubadère, A. D. (1984). *anual de Derecho Administrativo*. Bogotá: Temis.
- Laubadère, A. D. (1984,p.21). *anual de Derecho Administrativo*. Bogotá: Temis.
- Leibholz, G. (1971). *Problemas fundamentales de la democracia moderna*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- Margain, E. (2004). *Introducción al estudio del Derecho Administrativo Mexicanos*. México D.F: UNAM.
- Marienhoff, M. (1993). *Tratado de Derecho Administrativo. Quinta Edición*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Marín, H. (2007). *Discrecionalidad Administrativa*. Bogotá: Ediciones Universidad Externado de Colombia.
- Maurer, H. (2011). *Derecho Administrativo. Parte General*. Buenos Aires: Marcial Pons.
- Maurer, H. (2011,p.167). *Derecho Administrativo. Parte General*. Buenos Aires: Marcial Pons.
- Moròn, S. (2010). *Derecho Administrativo. Parte general, 6ta edicion*. Madrid: Tecnos.
- Palomar, A. (2011). *Potestades regladas y discrecionales*. Navarra: Universidad de Navarra.
- Parejo, L. (1993). *Administrar y juzgar. dos funciones constitucionales distintas y complementarias*. Madrid: Tecnos.
- Parejo, L. (2003). *Derecho Administrativo* . Barcelona : Ariel.
- Penagos, G. (1990). *La arbitrariedad política causa nulidad en los actos administrativos*. Bogotá: Librería del Profesional.
- Pérez, E. (2006). *Derecho Administrativo, Tomo I*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Presidente de la República. (2002). *Reglamento para el control de la discrecionalidad* . Quito: Presidencia.
- Rendón, T. (2012,p.67). *Los Conceptos Jurídicos Indeterminados en el Derecho Administrativo*. Quito: Cevallos.
- Resolución No. 2007-11155, 05-6979-0007-CO (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica 1 de agosto de 2007,p.7).
- Sánchez, M. (1999). *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial*. Madrid: Tecnos.

- Santamaria, P. (2009). *Principios de derecho Administrativo general*. Madrid: S.A. Iustel. Portal Derecho.
- Secaira Patricio. (2004). *Curso breve de Derecho Administrativo*. Quito: Editorial Universitaria.
- Sesin, D. (1994). *Administración pública, actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial. Analisis jurisprudencial*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- STS, 3.213 (Sala tercera de lo Contencioso-Administrativo 20 de septiembre de 1994).
- STS, 3.213 (Sala tercera de lo Contencioso-Administrativo 20 de septiembre de 1994,p.12).
- Tamayo y Salmoràn. (2005). *Los publicistas medievales y la formación de la tradición política de occidente*. México D.F: UNAM.
- Tamayo y Salmoràn. (2005). *Los publicistas medievales y la formación de la tradición política de occidente*. México D.F: UNAM.
- Tamayo y Salmoràn. (2005,p.214). *Los publicistas medievales y la formación de la tradición política de occidente*. México D.F: UNAM.
- Tobar, M. M. (2011). *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. Quito: Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones,.
- Torre, G. C. (2005). *Diccionario Elemental Juridico*. Buenos Aires: Heliasta.
- Vega, G. d. (2005). *La discrecionalidad administrativa*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Vidal, J. (2000). *Derecho Administrativo. tercera edición*. Bogotá: Temis.
- Villacreses, A. (2015). *El principio de interdicción de la arbitrariedad, en la emisión de actos administrativos de la Administración Pública, a la luz de la Constitución de la República 2008*. . Quito: UASB.
- Villalba, A. (2014). *Control de legalidad de los actos administrativos*. Quito: UCE.
- Villar, L. (1996). *La Paz en la doctrina del derecho de Kant*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Zabala, J. (2005). *Derecho Administrativo*. Guayaquil,: Edino.
- Zabala, J. (2010). *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica*. Guayaquil,: Edilex S.A.
- Zanobini, G. (1990). *Corso di Diritto Amministrativo, t. II,Dott.A:Giuffre*. Milano: Milano.