



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLITICAS
CARRERA DE DERECHO**

**TEMA: El Principio de Legalidad, las Potestades
Administrativas y la Actividad de la Administración Pública**

**AUTOR:
Torres Rangel Andrés Ramón**

**Trabajo de Titulación previo a la Obtención del Título de
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA
REPÚBLICA**

**TUTORA:
Rivas Casaretto María Dolores**

**Guayaquil, Ecuador
14 de marzo del 2016**



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS
CARRERA DE DERECHO**

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación fue realizado en su totalidad por **Andrés Ramón Torres Rangel**, como requerimiento para la obtención del Título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República**.

TUTORA

Rivas Casaretto María Dolores

DIRECTORA DE LA CARRERA

Briones Velasteguí Marena

Guayaquil, a los 14 del mes de marzo del año 2016



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS
CARRERA DE DERECHO**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, **Torres Rangel Andrés Ramón**

DECLARO QUE:

El Trabajo de Titulación **El Principio de Legalidad, las Potestades Administrativas y la Actividad de la Administración Pública** previo a la obtención del Título **de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Guayaquil, a los 14 del mes de marzo del año 2016

EL AUTOR:

Torres Rangel Andrés Ramón



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS
CARRERA DE DERECHO**

AUTORIZACIÓN

Yo, **Torres Rangel Andrés Ramón**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación **El Principio de Legalidad, las Potestades Administrativas y la Actividad de la Administración Pública**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 14 del mes de marzo del año 2016

EL AUTOR:

Torres Rangel Andrés Ramón

ÍNDICE

- a. Resumen
- b. Introducción
- c. Desarrollo
 - 1. El Principio de Legalidad
 - 2. Las Potestades Administrativas
 - 2.1. Las Potestades Regladas
 - 2.2. Las Potestades Discrecionales
 - 3. Conceptos Jurídicos Indeterminados
 - 3.1. Las Potestades Regladas y los Conceptos Jurídicos Indeterminados
 - 3.2. Las Potestades Discrecionales y los Conceptos Jurídicos Indeterminados
 - 4. El Principio de Legalidad como límite de las potestades discrecionales
 - 4.1. Elementos Reglados de los Actos Discrecionales
 - 4.2. Técnicas de control que establece el Reglamento para el Control de la Discrecionalidad
 - 4.2.1. Los Hechos Determinantes
 - 4.2.2. La Motivación
 - 4.2.3. Los Conceptos Jurídicos Indeterminados
 - 4.2.4. La Razonabilidad y la Proporcionalidad
- d. Criterio personal y conclusiones sobre el tema investigado
- e. Referencias/Bibliografía

RESUMEN (ABSTRACT)

Dentro del ámbito del Derecho Administrativo existen temas que traen a colación la realización de un esforzado análisis, y es precisamente uno de esos temas el límite que impone la aplicación del principio de legalidad dentro de las diferentes manifestaciones de voluntad por parte de la Administración Pública en virtud del ejercicio de las llamadas “potestades” (regladas y discrecionales), por lo que en el presente artículo académico se realiza una valoración y un análisis profundo de ellas, apoyado en la doctrina, la jurisprudencia y en la legislación vigente haciendo énfasis en la potestad discrecional, no sin antes definir cada una de las instituciones jurídicas que serán objeto de este artículo académico. La importancia de profundizar en este estudio tiene una utilidad práctica ya que mediante la implementación de los recursos dados por la Constitución y la Ley se imponen límites y establecen controles a la actividad de la Administración Pública.

Palabras claves: Principio de legalidad, Constitución, ley, potestades, discrecionalidad, Administración Pública, concepto jurídico indeterminado, actividad administrativa, reglamento.

INTRODUCCIÓN

Dentro de la esfera del Derecho Público, el Derecho Administrativo es una de sus ramas que supone un gran número de instituciones jurídicas que son necesarias de estudiar a fondo, asuntos que la doctrina muchas veces ha traído a discusión y resulta interesante sacar conclusiones al respecto.

Instituciones jurídicas como el principio de legalidad, la actuación de la Administración Pública que se basa en las potestades administrativas, el tema de los conceptos jurídicos indeterminados que sin duda hay que traer a colación, son los temas que se propondrán a continuación y es precisamente de la vinculación de estas instituciones donde surge el tema de “EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD, LAS POTESTAS ADMINISTRATIVAS Y LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.”

Por medio del principio de legalidad se atribuyen competencias y facultades dentro de las cuales se enmarca la actuación de la Administración Pública. Ya es de mi conocimiento que la Administración actúa a través de la expedición de actos administrativos, actos normativos y otras manifestaciones de voluntad, pero las 2 señaladas son las que más resaltan. Para esa actuación la Administración Pública tiene potestades que se encuentran previamente establecidas en la ley y que habilitan al funcionario público para ejercer los actos tendientes a garantizar un Estado que goce de seguridad jurídica y de igualdad de todos antes la Ley. Estas potestades pueden ser regladas o discrecionales: con las primeras no hay muchos inconvenientes, como se establecerá más adelante, pero muchas veces existe una zona de subjetividad en la que se encuentra el funcionario público, es decir, actúa en virtud de una potestad discrecional por lo que deberá valorar de manera subjetiva qué sería lo más conveniente, legal y legítimo a una situación jurídica determinada, de la cual la ley no ha previsto una manera concreta de actuar y es ahí cuando surge

la interrogante de la cual será objeto este trabajo, es decir, **¿Cómo el principio de legalidad limita el ejercicio de la potestad discrecional de la Administración Pública?**

DESARROLLO

1.- EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

En un primer orden, no se señalara una definición sino hasta el final de esta sección por lo que se explicara un poco cómo se lo ha venido concibiendo por parte de la doctrina, para al final traer a colación una apreciación propia sobre el principio de legalidad.

Cuando estamos en nuestros primeros años de carrera universitaria se nos imparten una serie de bases sin las cuales no podríamos entender a fondo una amplia gama de instituciones jurídicas. Una de esas bases necesarias es establecer en qué ámbito estamos, si en Derecho Público o en Derecho Privado, y para ello se explica la existencia de ciertos principios que sirven como punto de partida para tratar sobre dichas ramas y, en este caso, hablando del Derecho Público es cuando aparece el principio de legalidad que inspira a muchas materias como en el Derecho Penal. En el caso que me concierne analizar, aparece en el Derecho Administrativo. Es menester aclarar que no es que el principio de legalidad el que opera sólo en el Derecho Público, toda vez que también influye dentro de la esfera privada, pero con un sentido diferente.

Dentro del ordenamiento jurídico del Ecuador existen normas que hacen alusión al principio de legalidad, de manera que puedo nombrar a la Constitución de la República (CRE), en su artículo 226, el cual establece que todo órgano del Estado o institución pública que actúe en virtud de una potestad estatal estará sujeto a las competencias y facultades que le sean atribuidas por la Constitución y la Ley; y así mismo el Estatuto del Régimen Jurídico y

Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) en su artículo 4 establece el sometimiento de la actuación de las instituciones que integran la Función Ejecutiva a varios principios, entre ellos el de legalidad.

Si se habla del Estado de Derecho, que fue resultado de muchas conquistas sociales, es preciso anotar que junto con él aparecieron ciertos pilares fundamentales como la separación de poderes, la soberanía nacional, etc., pero dentro de lo que interesa a este estudio, están el imperio de la ley y la legalidad de la administración. Es de estos dos últimos puntos de donde emerge la idea del principio de legalidad, que para algunos doctrinarios es el rasgo característico del Estado de Derecho.

Una explicación apropiada del tema la hace Hans Kelsen, quien manifestó en sus estudios de Derecho Constitucional que un particular puede hacer todo lo que no está prohibido por el ordenamiento jurídico, como ocurre en el Derecho Privado; en tanto que el Estado, entendiéndolo como órgano estatal, solo puede hacer lo que el ordenamiento jurídico le permite realizar, como ocurre en el Derecho Público. (Kelsen, 1949). Siguiendo esta línea, es decir, entendiendo un poco el origen del Estado de Derecho, como consecuencia de la Revolución Francesa y del pilar imperativo de la ley, el jurista español Eduardo García de Enterría, entorno al principio de legalidad, explica que sólo por la ley se puede exigir la obediencia (desde la óptica del administrado), y es la misma ley la que otorga y limita la autoridad de los agentes (entendiéndose como estos a los funcionarios públicos y en general a la administración estatal) considerándolos como servidores de la ley (García de Enterría, 1962).

Como una definición práctica y entendible se puede apreciar al principio de legalidad como la obligación de que exista una norma (constitucional y legal) en virtud de la cual se enmarque el ejercicio de las potestades que tiene la administración pública y que para algunos supone una garantía de la libertad individual y de la seguridad jurídica. Ahora bien, es necesaria una aclaración

para evitar caer en confusiones acerca de este principio, pues hay muchos trabajos monográficos y tesis que defienden una posición en un sentido amplio de la legalidad ya que en sus definiciones se notó que en esos trabajos usan el término “norma general y abstracta” y no “ley”. Lo anteriormente señalado conlleva a un análisis acerca de la amplitud del principio estudiado, toda vez que de la lectura del artículo 226 de la CRE se ve claramente que el ejercicio de una potestad estatal emana de la Constitución y la Ley, por lo que resulta necesario aclarar si el término “ley” se lo usa en un sentido formal o material.

En mi opinión personal el término “ley” denota un sentido estricto, un sentido formal, que indica que no cualquier norma jurídica de rango inferior a la Constitución y la Ley puede atribuir o limitar potestades, sino que todo se limita a dichas normas de rango superior. En la otra orilla está el sentido material de la legalidad que menciona que al principio en cuestión se lo debe ver en sentido amplio por lo que no sería descabellado en atribuir potestades vía reglamento porque esta corriente considera mejor hablar de normas de efecto general y abstracto, más no limitarse a Constitución y Ley pero, lo que ocurre es que a través del estricto ejercicio de la legalidad en cuanto a potestades administrativas se busca seguridad jurídica y la misma autoridad no puede autoinvestirse de un poder que no le ha sido otorgado por una Ley de manera previa con respecto una situación jurídica determinada.

Hablando de la potestad reglamentaria, doctrinariamente aparecen autores como García de Enterría que explica que este “fenómeno de la autohabilitación” (no hay autohabilitación en mi pensar) no vulnera el principio de legalidad, pues, la administración tiene una potestad previamente atribuida por la ley, que es la potestad reglamentaria (García de Enterría & Fernandez, 1998). Entonces de entrada se aprecia que la Constitución y la Ley establece el marco regulatorio en el cual el reglamento se va a desenvolver. Y así mismo el Dr. Jorge Zavala Egas, considera que se debe tomar al principio de legalidad en un sentido

estricto (formal), es decir, solo mediante la Constitución y la Ley se puede otorgar potestades administrativas (Zavala Egas, 2005) y se apoya para esto en autores como Villar Palasí y Villar Ezcurra. Ya más adelante analizaremos por qué no se puede limitar la potestad vía reglamento pero de entrada hay que decir que este tema es discutible, pero mi posición es que el otorgamiento y limitaciones de potestades administrativas puede ser por medio de únicamente Constitución y Ley.

Ahora bien, esto hay que analizarlo en su integralidad y con más profundidad con otras normas constitucionales y por citar un ejemplo: en el artículo 147, #13 de la norma suprema que hace referencia a las atribuciones del Presidente de la República, dicho numeral trata de expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes sin contravenirlas ni alterarlas. Entonces, por medio de la Constitución emerge la potestad reglamentaria que tendrá mucho que ver en su vinculación positiva o negativa con la atribución y limitación de potestades administrativas.

Por ahora, es todo lo que se analizará sobre el concepto del principio de legalidad. Más adelante, se señalará el punto central que es el límite que éste significa para el ejercicio de las potestades administrativas, en especial sobre la discrecional.

2.- LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS

Sin duda, existen múltiples clasificaciones de las potestades administrativas en base a diferentes criterios, pero en nuestro caso solo nos enfocaremos en dos que son las potestades regladas y las potestades discrecionales, pero antes de ello es necesario definir lo que es una potestad y para ello Garrido Falla manifiesta que una potestad es un poder de actuación que es habilitado y ejercitado conforme a las normas jurídicas y que produce situaciones jurídicas en la que otros sujetos resultan obligados. (Falla, 1989)

Entonces, es a través de una norma jurídica que un órgano estatal (sujeto que resulta obligado) puede ejercitar competencias y facultades que se le han confiado. Ahora bien partiendo desde ese supuesto se dará inicio con la conceptualización de las potestades regladas y discrecionales.

2.1.- LAS POTESTADES REGLADAS

Se manifestó anteriormente que no habría muchos problemas para conceptualizar y mucho menos comprender a las potestades regladas ya que basta que la ley establezca el supuesto de hecho (tipificación) y como debe actuar el funcionario público para que éste enmarque su conducta, es decir, no existe un espacio de libre elección, no existe interpretación subjetiva, sólo se puede tomar una decisión administrativa que resultará válida y en palabras de García de Enterría el único juicio subjetivo que se realiza es la constatación o verificación del supuesto mismo para contrastarlo con el tipo legal. Sin embargo, más adelante se traerá a colación como un sector de la doctrina considera que sí existe cierta apreciación subjetiva cuando se relaciona a las potestades regladas con los conceptos jurídicos indeterminados.

Volviendo al núcleo de las potestades regladas, es necesario revisar el aporte de la doctrina y para aquel cometido David Blanquer explica que estamos ante una potestad reglada cuando por medio de una norma jurídica se le otorga a la Administración Pública la capacidad (y yo diría obligación) de que compruebe o verifique la concurrencia del supuesto “hecho tipificado” en la norma y qué se exige de tal supuesto. (Blanquer, 2010)

Y es lógico este pensamiento porque si se va a expedir un acto administrativo de una situación jurídica determinada cuya forma de actuación y consecuencia jurídica a aplicar ya está determinada en la norma, de una manera previa o anticipada, por lo que el funcionario público únicamente se limitará a subsumir

dicho supuesto de hecho en la norma aplicable al caso concreto de que se trate.

2.2.- LAS POTESTADES DISCRECIONALES

No obstante que estas secciones son de conceptualizaciones y análisis de las figuras jurídicas que se vincularán posteriormente, las potestades discrecionales son el tema base de este artículo académico por lo que conllevará más profundidad.

Para empezar, me permito citar de manera textual una frase de Marcel Waline, que a su vez es tomada por la autora francesa Jacqueline Morand-Deville que dice:

“Si fuere necesario dar en pocas palabras una definición del derecho administrativo, diría, dejando de lado la parte puramente descriptiva de las instituciones...que es esencialmente el estudio del poder discrecional de las autoridades administrativas y de su limitación para la salvaguarda de los derechos de terceros.”¹

Habiendo ya explicado en qué consisten las potestades regladas, se iniciará el análisis de las potestades discrecionales, pero antes, es preciso señalar el entorno en que ellas se originan y para este cometido se propone el siguiente escenario: existen momentos en los cuales las normas jurídicas (constitucionales, legales) establecen claramente la posición que la Administración Pública debe adoptar, entonces estamos ante una actividad reglada, pero hay ocasiones en las que los órganos de la Administración Pública tienen cierta libertad de actuación ya que la norma no siempre determina cómo debe actuar ante un caso concreto, por lo que sólo establece parámetros generales a seguir, pero la valoración subjetiva le corresponderá al

¹ El autor de la frase es Marcel Waline quien fue citado por Jacqueline Morand-Deville en su obra *“Curso de Derecho Administrativo”* al empezar a hablar sobre la potestad discrecional, allí denominado como poder discrecional.

órgano y es aquí cuando hablamos de una actividad discrecional o, hablando con más propiedad, de una potestad discrecional.

Entonces, la razón de ser de las potestades discrecionales es que las normas jurídicas no pueden regular todas las situaciones jurídicas en concreto sino que en ciertas ocasiones necesita dotar al órgano administrativo de un margen de libertad y de apreciación subjetiva (conforme a derecho obviamente) para que esté conforme a su buen juicio y saber tome las decisiones necesarias para resolver esa situación jurídica concreta.

Ya enmarcado el escenario en donde las potestades discrecionales aparecen, se hace preciso una definición y para esto sirven mucho las enseñanzas de Roberto Dromi quien manifiesta que estamos ante una potestad discrecional cuando las normas jurídicas otorgan cierta libertad para elegir o hacer una determinada cosa de una manera u otra, atendiendo a una actividad de razón y buen juicio por parte de la Administración Pública (Dromi, 1985).

También se debe traer a colación lo entendido de las explicaciones de Agustín Gordillo quien explica que la norma jurídica permite a la Administración Pública realizar una valoración subjetiva de lo que resulte oportuno o conveniente, pero más que eso, lo que sea más justo al momento de expedir un determinado acto y así enrumbarse a solidificar los intereses públicos (Gordillo, 2003).

No obstante, esa libertad no es absoluta, la estimación o valoración jurídica que se realice del caso concreto no nace fuera del seno del Derecho sino que sucede todo lo contrario, porque es la misma norma jurídica la que habilita al órgano administrativo a decidir de una u otra forma, incluso ese margen de libertad está regulado por el Derecho que es, sin duda, el fondo de este trabajo, y que lo veremos posteriormente, pero por ahora debe quedar claro que la doctrina considera que ese margen de libertad o de estimación subjetiva está indudablemente reglado.

Siguiendo esta línea cabría preguntarse qué ocurriría si existe una libertad absoluta, pues la respuesta sería que se está cayendo en un terreno límite entre la discrecionalidad apegada al derecho o si, en realidad, se cruza a la orilla de la arbitrariedad; conceptos que son antagónicos, porque indudablemente, la discrecionalidad de ninguna forma implica la no justificación de una u otra forma de actuar, sino que conlleva un proceso de racionalidad y razonabilidad en aras a buscar lo justo, a diferencia de lo que ocurre con la arbitrariedad ya que responde a la voluntad, o si cabe el término, al capricho de quien proviene el acto de que se trate, dejando a un lado el concepto de lo justo o del interés general. Con este análisis sirve mucho la lectura de lo que anota Blanquet, que ya se lo ha citado anteriormente, y es que él manifiesta que, aunque la distinción entre ambos conceptos (discrecionalidad y arbitrariedad) es clara de una forma teórica, en la práctica resulta más complicado de determinar si estamos ante una decisión arbitraria o discrecional.

Habiendo ya quedado claro lo que presupone la potestad discrecional, de aquí en adelante se establecerán unas cuestiones acerca de estas potestades y su relación con los conceptos jurídicos indeterminados, no sin antes definirlos y posteriormente se enrumbará el artículo académico a la explicación del tema planteado.

3.- CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

No habrá mucho detenimiento en este punto pero, hay que tenerlo en cuenta para explicar ciertas cuestiones vinculadas con las potestades regladas y discrecionales ya señaladas anteriormente, todo esto para evitar confusiones sobre todo con las discrecionales.

Muchas veces nos hemos encontrado con términos como “utilidad pública”, “interés general”, “justo precio”. Estos son conceptos jurídicos indeterminados, pero se hace conveniente explicar que la doctrina en general distingue lo que

son los conceptos determinados y los conceptos indeterminados. Con los primeros no hay mucho cuestionamiento pues lo importante es que de cierta forma la norma no admite, en primera mano, duda alguna respecto de su aplicación en un caso determinado. Pero existe un margen de complejidad con los conceptos indeterminados ya que puede que solamente conlleven una solución justa.

Si precisar el fondo es complicado, también lo es el hecho de establecer una definición de los conceptos jurídicos indeterminados, pero de lo leído y procesado se diría que estos son conceptos en los que sus enunciados no están precisados por la norma, sin embargo hacen referencia a un supuesto o esfera de realidad y que le corresponderá a la Administración precisarlos en un caso concreto, en aras a buscar una solución justa y no una pluralidad de ellas.

Entonces, tomando en consideración las palabras anteriores, a la Administración le corresponde un proceso intelectual que debe responder a una especie de estructura. Dicha estructura de valoración o análisis ha sido explicada ampliamente por la doctrina alemana y adoptada de cierta forma por la española de manera que se debe distinguir entre una zona de certeza positiva o núcleo fijo en donde existen lineamientos que son claros y precisos; una zona de certeza negativa en la que podría decirse que también existen lineamientos claros y precisos, pero referente a la exclusión del concepto; y existe una zona de penumbra, incertidumbre o también conocida como halo conceptual, que se caracteriza por ser una zona donde se hacen interpretaciones y opiniones sobre cuál sería la apreciación correcta o adecuada del caso concreto, buscando la solución justa y única.

Se lo podría explicar con un ejemplo muy práctico: si yo tengo una propiedad, debo asegurarme que ésta se encuentre en buen estado y adoptar los medios adecuados para su conservación o, en su caso, recurrir a la demolición cuando está en “ruina”. El término en cuestión aquí es “ruina” y entonces hay que

proceder al análisis dentro de la estructura anteriormente dicha: si estamos en la zona de certeza positiva o núcleo fijo no hay ninguna duda de que la edificación se encuentra en ruina y por lo tanto hay que proceder a la demolición; si por el contrario, nos encontramos en la zona de certeza negativa se excluirá con seguridad el término y se dirá que la edificación no está en ruina de ninguna forma y, por eso, no se dará su demolición; por último, si nos encontramos en el halo conceptual o zona de penumbra ya no realizamos una declaración objetiva sobre si hay o no ruina, sino que ya conllevaría un ejercicio de opinión o valoración subjetiva sobre la que no hay plena certeza, pero de todas maneras lo que se buscará es una única solución ajustada a Derecho.

Siguiendo la última idea, esto es, cuando se habla de que existe una “única solución justa” hay que considerar lo que sostienen autores como Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández quienes explican que cuando se habla de la expresión señalada quiere decir que nos encontramos con lo que ellos denominan una remisión de “apreciación por juicios disyuntivos” (García de Enterría & Fernandez, 1998) ya que no puede ser dos cosas al mismo tiempo y esto es como en el ejemplo que formulábamos: es ruina o no es ruina; existe o no existe utilidad pública; hay o no hay justo precio pero, no pueden ser las dos soluciones ya que en ese proceso intelectual que realiza el administrador es cuando debe estimar qué solución adoptar.

Ahora bien, anteriormente se había citado ejemplos de conceptos jurídicos indeterminados, pero también han existido aportes respecto a una clasificación de los mismos y, pues, dichas clasificaciones apuntan a distintos criterios. Por ejemplo: atendiendo a criterios de experiencia, un caso de este tipo es el ejemplo que traté de la ruina; otro criterio es el que tiene que ver con juicios de valor ambientales, sociales o políticos, como ejemplo, podemos citar la utilidad pública o el interés social.

Bien explicado todos estos puntos, hay que decir que gran parte de la doctrina en el Derecho Administrativo vincula de diferentes formas a las potestades administrativas y a los conceptos jurídicos indeterminados y que a continuación se procederán a establecer sobre todo las diferencias y sus relaciones.

3.1. LAS POTESTADES REGLADAS Y LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

En secciones anteriores había manifestado que en lo que respecta a las potestades regladas bastaba con verificar el supuesto de hecho establecido en la norma y la consecuencia jurídica por ella determinada, es decir, la decisión ya estaba fijada de manera previa por lo que la Administración sólo debe cumplir lo que la norma establecía, sin embargo, cierta parte de la doctrina consideraba que puede que exista un margen de apreciación y es cuando la norma contiene algún concepto jurídico indeterminado.

Si vemos todo desde una óptica estricta y teórica sin duda la potestad referida es absolutamente reglada, pero si lo enfocamos desde un punto de vista dinámico y práctico, el ejercicio de la referida potestad no es del todo absoluto, porque los hechos controvertidos puede que resulten discutibles, por lo que ya no se estaría hablando de una valoración puramente objetiva, sino que ya se torna en una valoración subjetiva y esto es debido a que en algunos casos las normas que regulan el ejercicio de la potestad utilizan conceptos jurídicos indeterminados.

No obstante lo señalado, un sector de la doctrina, entre los que figuran García de Enterría y otros, dicen que no hay ningún juicio subjetivo, más que la constatación o verificación del supuesto hecho, mismo que al contrastarlo con la norma se produce una subsunción legal; y, por ende, siempre será un proceso reglado, no interfiere ninguna decisión de voluntad de la Administración Pública porque sólo hay una solución justa, entendiéndose ésta como el escoger una opción u otra, pero no pueden ser ambas.

3.2. LAS POTESTADES DISCRECIONALES Y LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Ya se ha superado la doctrina que sostenía que cuando se hablaba de potestades discrecionales y conceptos jurídicos indeterminados se hablaba de lo mismo, pero eso no es así ya que existen diferencias que han sido muy bien explicadas y que se desarrollarán a continuación.

En esta línea, la primera diferencia que se encuentra es en cuanto al supuesto de la o las soluciones y es que en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados, como lo señalé anteriormente, sólo se permite una única solución justa y con todo lo que ello implica. Mientras que, cuando hablamos de una potestad discrecional se habla de múltiples soluciones que serían igualmente justas, porque existen técnicas por las que se busca que esas decisiones sean bien justificadas.

Además, siguiendo esa misma línea argumentativa, es importante destacar que a criterio de la doctrina, cuando hablamos de la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados, es en realidad una subsunción legal y, por lo tanto, se traduce en un proceso reglado, es decir, se agota con un proceso intelectual de comprensión de la realidad y no hay interferencia de voluntad alguna por parte de la Administración. En cambio, si hablamos de una potestad discrecional, a pesar que la norma jurídica es la que atribuye la potestad, es la misma norma la que habilita a la Administración para que realice un proceso que es de naturaleza volitivo, es decir, aquí se realiza una estimación subjetiva de lo que creyere conveniente y que, como explica la doctrina, puede que no se fundamente en criterios jurídicos sino, más bien, en criterios de otra índole como económicos, ambientales o, en general, de oportunidad en virtud de cómo se presente el caso concreto.

Incluso la doctrina ya habla de una diferencia concerniente a la labor de los jueces cuando realizan el control de los respectivos actos de la Administración y es que cuando se refiere a la valoración que hace el juez sobre un hecho del cual se ha realizado una estimación respecto de un concepto jurídico indeterminado, pues, el control del operador de justicia se facilitaría puesto que, en primer lugar, es una aplicación de la ley y, en segundo lugar, sólo existe una solución justa; mientras que cuando hablamos de un acto basado en una potestad discrecional de la Administración, la labor del juez se dificultaría un poco, puesto que el control se lo realizaría basado en una presunción de razonabilidad que la Administración misma ha realizado por múltiple factores.

Por ahora es todo lo que se puede señalar en razón de las potestades administrativas y su vinculación con los conceptos jurídicos indeterminados. A continuación se analizará el tema sobre el principio de legalidad y dichas potestades.

4.- EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO LÍMITE DE LAS POTESTADES DISCRECIONALES

Han quedado claros los conceptos básicos que forman parte del presente artículo. Pues bien, ahora lo que se propone explicar es la vinculación que va a existir entre el principio de legalidad y las potestades discrecionales otorgadas a la Administración Pública.

En realidad, las razones por las que no se realizará un análisis meticuloso a hablar de la vinculación del principio de legalidad con las potestades regladas es porque resultan lógicas (incluso si existe de por medio un concepto jurídico indeterminado), es decir, la norma jurídica establece el supuesto de hecho y su consecuencia, estableciendo de esa forma su límite, de manera que la Administración Pública debe atenerse a resolver acorde a la consecuencia jurídica tipificada en la norma.

Ahora, lo importante es analizar la vinculación que tiene el principio de legalidad con las potestades discrecionales de la Administración Pública. De acuerdo a la doctrina emitida en las últimas tres décadas, han quedado atrás algunos pensamientos, que de una u otra forma manifestaban que la discrecionalidad era en realidad una excepción al principio de legalidad por mediar una laguna legal; la premisa que se adoptaba era la siguiente: Si la ley no regula una situación jurídica concreta o no atribuye una consecuencia jurídica que debía verificar la Administración, entonces nace un amplio margen de libertad para valorar la situación jurídica y darle una solución al caso concreto. Esto ya no es aceptado porque la discrecionalidad nace de la misma atribución que da la norma a la Administración Pública. Sin duda alguna, la discrecionalidad adoptada debe ser legítima y conforme a Derecho porque de lo contrario el acto administrativo discrecional podría caer en arbitrariedad. De manera que la premisa a seguir según estos lineamientos es la siguiente: La existencia de la potestad discrecional depende de la forma en que la norma jurídica atribuya el ejercicio de la misma a la Administración Pública.

Entonces hay que tener claro algunos supuestos: en primer lugar el límite de la actuación de la administración siempre va a estar ligado a la ley; es preciso señalar que en cuanto a la vinculación de potestades administrativas, estas se encuentran encaminadas en base a dos vertientes, una afirmativa que se refiere a cuando la potestad de la administración puede actuar en todo lo que la ley no lo regule (la antigua posición ya no sostenida); y la negativa, que consiste en que la potestad de la administración necesita imperiosamente la regulación en base a una norma para poder actuar sino no puede ejercer su potestad. Sin duda el Ecuador opta por la última postura, entonces, todo acto administrativo discrecional que emana del ejercicio de una potestad administrativa, siempre debe estar enmarcado en la ley y este debe ser observado de forma objetiva.

Cuando se hizo alusión al tema del principio de legalidad, se había planteado la discusión de que si se trata de una visión en sentido formal o si se trata de una visión en un sentido material y es que yo opto por el punto de vista formal, es decir, sólo por Constitución y Ley se pueden atribuir y limitar potestades porque el ordenamiento jurídico no responde a simples voluntades de los legisladores sino que en el fondo existe un orden lógico, y aquí cabe explicar cuál es la razón de ser del reglamento: es la misma Constitución o ley que fija el margen regulatorio para que el reglamento se pueda desenvolver y tener utilidad práctica. Sólo mediante ley se pueden atribuir y limitar potestades lo único que hace el reglamento es desarrollarlas en su contenido, pero en principio lo básico ya está descrito en la Constitución o en la ley. No es que existe una autoregulación o autohabilitación de la Administración por medio del reglamento sino que responde a una atribución que previamente se le ha otorgado por normas de las jerarquías indicadas y es importante la opinión de la doctrina y es que Villar Palasí y Villar Ezcurra mencionan que la idea de la autohabilitación choca con el mismo concepto de potestad, puesto que si ésta va dirigida a producir efectos jurídicos desde la voluntad de quien la ostenta a quienes ella están sujetos sin lugar a dudas que no es viable de ninguna manera que la Administración puede autoregular su actuar, por su voluntad de querer un poder determinado y a más de ello se insiste en que la exigencia de una norma expresa está completamente ligada al principio de legalidad en una visión formal y todo lo que ostenta eliminarla atenta contra el principio como tal. El reglamento es simplemente una subordinación de la Constitución o la Ley.

Y ya dejando esclarecido todo lo que emerge de la potestad reglamentaria, en nuestro país, en el año 2002, en el Gobierno del Dr. Gustavo Noboa Bejarano, se expidió el “REGLAMENTO PARA EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD EN LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.”², vigente hasta el día de hoy y que está acorde con la Constitución actual de

² De aquí lo referiré como “Reglamento”.

nuestra República. Este reglamento trae cuestiones interesantes que hay que analizar porque usa expresiones como “potestades discrecionales regladas”, entre otras, que se las analizará en su momento.

Es verdad que el Reglamento no vulnera la Constitución del año 2008 porque incluso en el Art. 2 del mismo, se abre la posibilidad de impugnar los actos discrecionales en vía administrativa y en vía judicial que se contraponen con una norma obsoleta de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en su Art. 6 que excluía de conocer al tribunal de la materia sobre actos discrecionales de la Administración, pero esto se superó con el Art 173 de la Constitución de la República que habla de se puede impugnar cualquier acto administrativo en vía judicial o administrativa; y así mismo hay congruencias en cuestiones como la motivación de todo acto administrativo reconocido por la Constitución, el ERJAFE y materializado por el Reglamento que reconoce a la motivación como técnica de control que realizarán los jueces.

4.1. LOS ELEMENTOS REGLADOS DE LOS ACTOS DISCRECIONALES

En cuanto a los elementos reglados hay que plantear el escenario que ayudará a entender este punto: Si bien es cierto las distintas manifestaciones de voluntad se enmarcan en varios pasajes en el ámbito subjetivo, aunque la Administración empiece a realizar un examen de razonabilidad de forma subjetiva, siempre va a concluir en la objetividad, ya que al momento de interpretar una norma, revisa si es competente, si su actuación esta atribuida por la norma y hasta donde puede actuar, el fin que persigue, etc., y es aquí que se entiende que aunque la discrecionalidad otorga libertad, esta no es absoluta y cabe notar que a lo largo del trabajo se escribió “margen de libertad” porque sin lugar a dudas la posición que adopta el sistema ecuatoriano es de una discrecionalidad evidentemente reglada.

Pues bien, la doctrina establece unos elementos reglados que viabilizan un control y que cabría precisarlos a fondo, toda vez que la libertad de la Administración no es un espacio totalmente abierto y como se dijo tiene límites que la Administración antes de expedir cualquier acto debe observar y estos elementos son:

- a. La norma jurídica que atribuye una competencia a un órgano estatal;
- b. La norma jurídica que otorga la potestad misma y hasta dónde puede llegar;
- c. La finalidad que persigue y que puede responder a razones de interés general y bien común;
- d. La oportunidad de ejercicio de la potestad.

Por su parte, la jurisprudencia ecuatoriana adopta en sus sentencias la idea de que no hay discrecionalidad absoluta sino que más bien existen elementos reglados de la misma como, por ejemplo, la sentencia del Expediente de Casación 339-2001 de fecha 31 de mayo del 2002 que cita mucha doctrina y se apega a la teoría de los elementos reglados al mencionar que siendo la ley la única fuente de origen que tiene la potestad discrecional, ella misma determina que son cuatro:

- a) el hecho de la existencia de la potestad,
- b) su margen de amplitud,
- c) la competencia que tiene un órgano estatal determinado y
- d) el fin que persigue.

4.2. TÉCNICAS DE CONTROL QUE ESTABLECE EL REGLAMENTO PARA EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD

4.2.1. LOS HECHOS DETERMINANTES

Pues bien ya habiendo establecido el alcance de estos elementos reglados, el Reglamento trae consigo otros mecanismos que sirven para poner límites a la potestad discrecional, siendo uno de ellos el control de los hechos determinantes. Para ello, debemos entender que cuando la Administración expide un acto no puede fundarse en hechos inventados por ella sino en hechos verificados, pudiendo tratarse de un contraste de veracidad, puesto que se intenta evitar la manipulación que puede haber de los hechos; y, por último, puede tratarse de la manera en la que se han medido los hechos. A todos estos supuestos el jurista Blanquer los reparte así: test de existencia, test de veracidad y test de valoración (Blanquer, 2010).

4.2.2. LA MOTIVACIÓN

Otro de los principios que rige gran parte de la actividad de la Administración Pública es la motivación, elemento que también es indispensable en la Administración de Justicia para la validez del acto judicial, conforme lo exige el artículo 76, número 9, letra l) de la Constitución de la República del Ecuador.

El Reglamento impone que al momento de la expedición de un acto en el ejercicio de la potestad discrecional, éste debe estar debidamente motivado y hace hincapié en que la regla de motivar los actos no se reduce a un mero requisito de forma, sino que lo califica como un requisito de fondo e indispensable porque solo así los interesados directos del acto podrán conocer la razones, estimaciones o valoraciones que hizo la Administración Pública, por las que tomó esa decisión, de esta manera se controla su actividad discrecional.

Además, el tema de la motivación tiene una razón de ser, que ya la he explicado anteriormente: si un acto no se justifica de manera correcta o si ni siquiera se hace un intento por hacerlo, simplemente se pensaría que el funcionario público estaría actuando por un mero capricho que responde a intereses particulares, es decir, en un acto totalmente arbitrario. Este tema, el Reglamento lo fundamenta cuando desarrolla el principio de interdicción de la arbitrariedad, que García de Enterría y Fernández mencionan al explicar que hay un margen de apreciación más allá del cual no se puede ceder, esto es, no caer en arbitrariedad (García de Enterría & Fernandez, 1998).

4.2.3. LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Ya había tratado anteriormente la diferencia que existe entre la potestad discrecional y un concepto jurídico indeterminado, aquellas son evidentes.

No obstante, un sector de la doctrina dice que se puede controlar el ejercicio de la referida potestad a través de los conceptos jurídicos indeterminados y así lo establece el Reglamento. Entonces, cuando la Administración Pública aduce que actuó conforme a una potestad discrecional para decretar una expropiación por “utilidad pública” (concepto jurídico indeterminado) lo que se debe realizar para el control de la discrecionalidad es investigar si en verdad se expropió el bien por utilidad pública o si, por el contrario, no hay razones de utilidad pública por lo que bien podría considerarse que se trató de una actuación arbitraria. Entonces, la discrecionalidad apegada a Derecho conlleva el buen ejercicio de esos conceptos.

4.2.4. LA RAZONABILIDAD Y LA PROPORCIONALIDAD

A través de la razonabilidad se hace un análisis de si el acto adoptado por la Administración Pública fue producto de una correcta adecuación de los medios para llegar a la expedición de él (valoración) y la finalidad a la que apunta el acto, el cual siempre será conforme al ordenamiento jurídico.

Mientras que la proporcionalidad sostiene que se trata de un control que es estricto, ya que existe un examen exhaustivo para verificar si de verdad existe una relación de proporcionalidad entre el contenido del acto y su fin, de manera que no vayan a existir excesos sobre el fin público que se trata de perseguir. Entonces al ser la potestad discrecional una posibilidad de adoptar múltiples decisiones, siempre que sean justas, se podría elegir la que resulte menos restrictiva para los derechos del administrado (*indubio pro administrado*).

Con esto queda evidenciado que existen límites explicado por la doctrina que emergen de la misma Constitución y Ley pero que son desarrollado por el reglamento ya que por medio de este se controla la discrecionalidad para evitar el abuso por parte de los órganos de la Administración Pública (abuso de poder) y así mismo hay que mencionar para concluir este trabajo se estima que de manera general la discrecionalidad se limita al momento en que el acto administrativo emanado por alguna potestad administrativa se motiva; recordando que la motivación parte de revisar los hechos y el uso de la norma adecuada para el caso que se estima. Hay que referirse también a la presunción de razonabilidad, esto es, de que todo acto emanado por una potestad estatal se presume que ha sido revisado objetivamente y enmarcado en normas vigentes.

CRITERIO PERSONAL Y CONCLUSIONES SOBRE EL TEMA INVESTIGADO

Haciendo un pequeño recuento del trabajo, he tratado de explicar la conceptualización y las diferentes posturas de la doctrina y cómo han sido resueltas, seguido de mis consideraciones al respecto sobre lo que conlleva el principio de legalidad y sus apreciaciones, las potestades regladas y discrecionales de la Administración Pública y sus vinculaciones con los conceptos jurídicos indeterminados, pero lo más importante resultó ser el verificar el límite a la discrecionalidad en nuestro país.

Habiendo ya agotado los temas que me propuse explicar, en primer lugar debo reiterar que soy de los que consideran que al principio de legalidad se lo debe apreciar desde una visión o desde un sentido formal, aunque es respetable también la idea de tomarlo desde un puntos de vista material y las razones se encuentran claramente expuestas usando las normas constitucionales, puesto que podemos decir a ciencia cierta que una potestad, sea esta reglada o discrecional (sobre todo esta última) es atribuida por una norma constitucional o legal en sentido estricto y el hecho de que exista un Reglamento para el Control de la Discrecionalidad no es que se la limite vía reglamento puesto que, ya desarrollada la utilidad del reglamento se vio que su marco regulatorio se encuentra ya delimitado por la Constitución o la ley evidenciándose así la congruencia del ordenamiento jurídico.

En nuestro país, se expidió un Reglamento para el control de la discrecionalidad, de esa manera se puede entender que, más allá del buen juicio de la Administración Pública, ante una situación jurídica determinada, debido a factores de contenido ético o moral, existe un conjunto de normas de las cuales la Administración no se puede desprenderse, sino estaría cayendo

en conducta arbitrarias o en lo que la doctrina ha previsto como abuso de poder.

También considero oportuno destacar que quedó atrás el pensar que la potestad discrecional era una situación totalmente antagónica al principio de legalidad, más bien es la expresión pura de éste, porque por medio de aquel principio nace ella con los mecanismos para controlarla, pues, la libertad de la autoridad administrativa no es absoluta, sino que comporta ciertas cuestiones como la regla de la motivación y el control de los hechos determinantes, que, sin duda alguna, influyen en sus decisiones al limitarla y controlarla en sus actos.

Así mismo se concluye que existe una diferencia entre los conceptos jurídicos indeterminados y las potestades discrecionales. Incluso los primeros son catalogados por el Reglamento como un medio de control de la discrecionalidad.

Entonces la conclusión final es que la Constitución y la Ley son las únicas normas por medio de las cuales se atribuyen y limitan potestades discrecionales y los reglamentos solo desarrollan las actuaciones de dicha potestad por razones de seguridad jurídica, más no las atribuye puesto que en nuestro ordenamiento jurídico no es dable la idea de la autohabilitación.

REFERENCIAS

- Dromi, R. (1985). *Derecho Administrativo Económico*. Buenos Aires: Astrea.
- Blanquer, D. (2010). *Derecho Administrativo, Volúmen I: El fin, los medios y el control*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Falla, G. (1989). *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: Tecnos.
- García de Enterría, E. (1962). La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos). *Revista de Administración Pública*(38).
- García de Enterría, E., & Fernandez, T.-R. (1998). *Curso de Derecho Administrativo Tomo 1*. Madrid: CIVITAS.
- Gordillo, A. (2003). *Tratado de Derecho Administrativo*. Lima: ARA.
- Kelsen, H. (1949). *Teoría General del Derecho y del Estado*. (E. García, Trad.) México: Imprenta Universitaria.
- Zavala Egas, J. (2005). *Derecho Administrativo Tomo 1*. Guayaquil: Edino.

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Torres Rangel Andrés Ramón**, con C.C: # 0926593732 autor del trabajo de titulación: **El Principio de Legalidad, las Potestades Administrativas y la Actividad de la Administración Pública** previo a la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 14 de marzo del 2016

f. _____

Nombre: **Torres Rangel Andrés Ramón**

C.C: 0926593732

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	El Principio de Legalidad, las Potestades Administrativas y la Actividad de la Administración Pública		
AUTOR(ES) (apellidos/nombres):	Andrés Ramón Torres Rangel		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES) (apellidos/nombres):	María Dolores Rivas Casaretto		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas		
CARRERA:	Carrera de Derecho		
TÍTULO OBTENIDO:	Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	21 de marzo de 2016	No. DE PÁGINAS:	30
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho Público; Derecho Administrativo.		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Principio de legalidad, Constitución, ley, potestades, discrecionalidad, Administración Pública, concepto jurídico indeterminado, actividad administrativa, reglamento.		
RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras):			
<p>Dentro del ámbito del Derecho Administrativo existen temas que traen a colación la realización de un esforzado análisis, y es precisamente uno de esos temas el límite que impone la aplicación del principio de legalidad dentro de las diferentes manifestaciones de voluntad por parte de la Administración Pública en virtud del ejercicio de las llamadas “potestades” (regladas y discrecionales), por lo que en el presente artículo académico se realiza una valoración y un análisis profundo de ellas, apoyado en la doctrina, la jurisprudencia y en la legislación vigente haciendo énfasis en la potestad discrecional, no sin antes definir cada una de las instituciones jurídicas que serán objeto de este artículo académico.</p> <p>La importancia de profundizar en este estudio tiene una utilidad práctica ya que mediante la implementación de los recursos dados por la Constitución y la Ley se imponen límites y establecen controles a la actividad de la Administración Pública.</p>			
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: +593-4-2213183 / +593-4-0982260015	E-mail: andres.torresr03@hotmail.com	
CONTACTO CON LA	Nombre: Ab. Maritza Reynoso Gaute		

INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE)::	Teléfono: +593-4-0994602774
	E-mail: maritza.reynoso@cu.ucsg.edu.ec

SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA	
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):	
Nº. DE CLASIFICACIÓN:	
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):	