



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS POLÍTICAS Y
SOCIALES**

CARRERA DE DERECHO

**TEMA: “El Control Judicial del Ejercicio de la Facultad
Discrecional de la Administración”**

AUTOR:

Pizarro González José Andrés

**ARTÍCULO ACADÉMICO PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE:
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA
REPÚBLICA**

TUTOR:

Ab. Benavides Verdesoto Ricky Jack

Guayaquil, Ecuador

14 de marzo del 2016



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

CERTIFICACIÓN

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

TUTOR

Ab. Benavides Verdesoto Ricky Jack

DIRECTORA DE LA CARRERA

Ab. Briones Velasteguí Marena Alexandra

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



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, **Pizarro González José Andrés**

DECLARO QUE:

El Trabajo de Titulación “**El Control Judicial del Ejercicio de la Facultad Discrecional de la Administración**” 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 días del mes de marzo del año 2016

EL AUTOR

Pizarro González José Andrés



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

AUTORIZACIÓN

Yo, **Pizarro González José Andrés**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación “**El Control Judicial del Ejercicio de la Facultad Discrecional de la Administración**”, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

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

EL AUTOR:

Pizarro González José Andrés

ÍNDICE

Resumen.....	vii
1.) Introducción.....	8
2.) Desarrollo.....	10
2.1) La Discrecionalidad Administrativa.....	10
2.1.1) Diferencia entre potestad reglada y potestad discrecional.....	10
2.1.2) Los Conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad administrativa.....	11
2.2) El Control Judicial del ejercicio de las facultades discrecionales de la Administración Pública.....	12
2.2.1) La Jurisdicción contenciosa administrativa.....	12
2.2.2) El Principio de Legalidad dentro de la actividad de la Administración.....	14
2.2.3) La motivación de la administración en sus decisiones Discrecionales.....	15
2.2.4) Impugnación vía judicial de los actos discrecionales de la Administración.....	16
2.2.5) Algunas técnicas de Control del ejercicio de facultades administrativas discrecionales.....	19
2.2.5.1) El Control de la causa del acto administrativo.....	20
2.2.5.2) El Control Judicial de las cuestiones técnicas.....	21
2.2.5.3) El Control de los aspectos vinculados a la oportunidad o mérito de la decisiones.....	21

2.2.5.4) El Control a través del principio de arbitrariedad.....	22
2.3) La posibilidad de que se sustituya judicialmente la decisión Administrativa.....	23
3.) Conclusiones.....	26
4.) Referencias.....	29

RESUMEN (ABSTRACT)

El Control Judicial del ejercicio de la facultad discrecional administrativa tiene la finalidad de que una instancia judicial, en este caso la jurisdicción contenciosa administrativa, controle los actos de la administración en virtud de principios como el de tutela judicial efectiva. Cabe recalcar que antes en algunos Estados incluyendo el nuestro se dejaba fuera de competencia a la vía judicial respecto de la impugnación de los actos administrativos discrecionales, pero ahora acogiendo las nuevas tendencias de Estado de Derechos y Justicia, se promovió la idea de abrir la vía judicial para que de esta manera todo tipo de actos emanados de la administración puedan ser impugnados, sin necesidad de agotar la vía administrativa. Por otra parte una de las soluciones que da la doctrina para guiar a los jueces a ejercer el control del acto administrativo discrecional, son las técnicas de control de discrecionalidad, las cuales hacen hincapié en todos los factores que dieron nacimiento a ese acto administrativo para de esta forma encontrar la solución al acto controvertido.

Palabras Claves: Potestad discrecional, Potestad reglada, Control de discrecionalidad, Principio de legalidad, Motivación, Arbitrariedad, Contencioso administrativo.

1.) INTRODUCCIÓN

El motivo de la realización de este trabajo, es analizar algunos aspectos del control judicial del ejercicio de la facultad discrecional administrativa de forma general, el cual no ha sido muy tratado por los doctrinarios nacionales, pero sin embargo la doctrina administrativa de autores extranjeros tocan de manera profunda el tema, ya que lo que se pretende encontrar son las soluciones, para que la instancia judicial ajena a la administración, pueda controlar la discrecionalidad e intervenir en el caso de que esta sobrepase los límites permitidos por el ordenamiento jurídico.

Previo a entrar a analizar el tema en sí, creo que es muy importante, para efectos de tener una visión general del tema, explicar a breves rasgos todo lo que involucra la discrecionalidad administrativa, dentro del cual como punto de partida, procederé a diferenciar de forma breve, la potestad discrecional de la potestad reglada y su relación con los conceptos jurídicos indeterminados.

Luego empezaré a tratar el tema principal de mi trabajo, analizando en primer lugar en que consiste la jurisdicción contencioso administrativa, la importancia del principio de legalidad, como principio rector de toda actividad administrativa, la motivación de los actos administrativos emitidos en ejercicio de la potestad discrecional y por último la posibilidad de impugnar los actos administrativos ante la vía judicial, analizando algunos de estos puntos bajo la perspectiva de nuestro ordenamiento jurídico interno.

Una vez teniendo claro los puntos expresados en el párrafo anterior me permito explicar algunas técnicas que la doctrina aporta, las cuales a mi parecer muestran una salida viable a las interrogantes que puedan tener los jueces, de cómo actuar al revisar un acto emitido por la administración en ejercicio de su potestad discrecionalidad.

Sin embargo a raíz de este control nace un tema ciertamente controversial. Al momento que al juez va a resolver, ¿habría la posibilidad de que sustituya lo expresado por la administración?. En la doctrina existen ciertas posturas referentes a este punto el cual procederé a explicar en el siguiente trabajo.

2.) DESARROLLO

2.1) La Discrecionalidad Administrativa

2.1.1) Diferencia entre potestad reglada y potestad discrecional

En si la discrecionalidad administrativa es el espacio relativo de libre decisión que las leyes y las normas brindan a los funcionarios de la administración pública para estimar o componer el interés público en un caso determinado.

La Potestad reglada a breves rasgos es aquella en la cual la actuación de la administración frente a un hecho se encuentra determinada de forma precisa en la ley.

Para diferenciarlos podemos decir que hay potestad reglada cuando la ley establece de forma precisa una solución justa que debe tomar el funcionario público en el ejercicio de la administración ante un hecho determinado, mientras que la potestad discrecional, existe cuando el funcionario público se encuentra ante dos soluciones aplicables a un caso en concreto, por lo tanto todo queda en la capacidad de determinación y decisión de dicho funcionario en el ejercicio de la administración, tomando en consideración la prevalencia del interés público, sobre cualquier otro interés.

Sin embargo podemos observar que dentro de las potestades discrecionales existen elementos reglados, empezando por la misma ley que brinda la posibilidad a un órgano determinado de la administración para actuar con discrecionalidad, enmarcando esa discrecionalidad a un caso en concreto y con un fin establecido, esto último para evitar la desviación de poder (Marín, 2007).

Por lo dicho en el párrafo anterior podemos observar que todos los actos administrativos discrecionales contienen elementos reglados, por lo cual no se puede decir que un acto es totalmente discrecional o que un acto es totalmente reglado.

2.1.2) Los Conceptos Jurídicos Indeterminados y la discrecionalidad administrativa

Existen dos tipos de conceptos usados por las leyes, estos son conceptos jurídicos determinados y conceptos jurídicos indeterminados.

A breves rasgos García de Enterría nos menciona que, se pueden definir a los conceptos jurídicos determinados e indeterminados de la siguiente manera: los conceptos jurídicos determinados son aquellos que encuadran la realidad que describen, de una manera específica e indubitable mientras que los conceptos jurídicos indeterminados son aquellos en los cuales no se precisa con exactitud la realidad dentro de su enunciado, pero sin embargo, al aplicarlos se intenta enmarcar un supuesto concreto (García de Enterría, 2011).

Como podemos observar dentro de los conceptos jurídicos indeterminados que encontramos en las leyes, no se establece con precisión su significado, ya que por su carácter de abstracto, no se acoge a una estricta cuantificación o determinación, sin embargo, al momento de ser aplicados estos conceptos deben ser precisados y con un resultado único. Dentro del derecho administrativo los conceptos jurídicos indeterminados deben ser evaluados por la administración con la finalidad de aplicarlos en la elaboración del acto, basado en un hecho en concreto.

También puedo manifestar que a diferencia de la potestad discrecional, los conceptos jurídicos indeterminados no pueden ser interpretados de forma que se configuren en dos soluciones posibles ante un hecho en concreto, ya que

dentro de estos se trata de determinar de forma justa una sola alternativa, con la ayuda de la lógica jurídica, en un procedimiento que consistiría en la subsunción de los hechos al marco del concepto jurídico indeterminado, por lo cual dentro de este procedimiento intelectual que realiza la administración, se hace un lado la discrecionalidad.

Por lo dicho con anterioridad se necesitaría de una administración capaz de razonar de forma lógica para que así puedan saber cómo aplicar estos conceptos jurídicos indeterminados.

Sin embargo existe un desconcierto, porque tanto en la discrecionalidad como en los conceptos jurídicos indeterminados, hay un espacio indeterminado, valga la redundancia, por la ley, en el cual la administración en ejercicio de su potestad discrecional, realiza sus actos con mayor libertad, ya que su accionar está encaminado a cumplir una finalidad escogiendo dos opciones establecidas en la normativa legal referentes a un hecho, mientras que en los conceptos jurídicos indeterminados la administración pública somete los términos abstractos de la norma de acuerdo al caso en particular.

2.2) El Control Judicial dentro del ejercicio de las facultades discrecionales de la Administración Pública

2.2.1) La Jurisdicción Contencioso Administrativa

La doctrina ha intentado definir en que consiste la jurisdicción contenciosa administrativa. Autores como García de Enterría, nos menciona que esta jurisdicción tiene su inicio como una forma de controlar internamente la actividad de la administración, con la finalidad de salvaguardar los intereses de los administrados en el caso de que los funcionarios se excedieran en el

ejercicio de las atribuciones dadas por la ley y así mantener un equilibrio dentro del propio aparato estatal (García de Enterría, 2011). Por lo cual, determinamos que lo que se pretende con la existencia de esta jurisdicción es garantizar los derechos de los individuos y controlar la actividad del propio sector público.

Cuando en un acto administrativo se encuentran frente a frente el interés público y el interés particular, siempre prevalecerá el interés público, a raíz de esto y por las presunciones de ejecutoriedad y de legitimidad que tienen todas las resoluciones que provengan de la administración, será el ciudadano afectado el que tenga el derecho de desmerecer dichas resoluciones a través de la vía (administrativa o judicial) que el crea conveniente, sin embargo en la práctica se observa que por lo general en ninguna de las dos instancias se falla en contra de lo expresado por la administración pública.

El administrado siempre tendrá una limitante al momento de entrar a una pugna contra el órgano administrativo, que en si es el Estado, esta limitante se traduce en una desventaja procesal. Esta desventaja procesal busca ser apaleada con el concepto moderno de Estado Constitucional de Derechos y de Justicia, en el cual si se aplicaran con contundencia todas las garantías que este posee y se vería fortalecida la posición del administrado frente la administración.

La constante lucha que han tenido los partidarios de esta nueva concepción del Estado de Derecho y de Justicia ha sido en virtud de que se logre una paridad procesal entre los ciudadanos y la administración pública, por lo cual en el caso que estemos ante la instancia contencioso administrativa sea el tribunal el que garantice esa igualdad y además realice el control del acto administrativo, motivo de reclamo del administrado, de forma imparcial.

Este control realizado por parte de los tribunales de lo contencioso administrativo es de mucha importancia para la administración, ya que no se lo realiza con la intención de desfavorecerla, sino más bien de orientar sus

actuaciones, para que estas no se salgan de los márgenes que les da la ley, esto ayuda a llevar una buena administración y a evitar caer en abusos o arbitrariedades.

También otra de las causas por la cual es importante realizar un control judicial a los actos de la administración, es porque así se les garantiza a los administrados la aplicación de los principios de tutela judicial y seguridad jurídica, necesarios para poder acudir a reclamar cuando se esté disconforme con algún acto realizado por la administración, sin embargo hay que recalcar también que la administración necesita libertad de actuación, obviamente limitada a lo establecido por la Constitución y las leyes pertinentes.

2.2.2) El Principio de Legalidad dentro de la actividad de la Administración

Las concepciones que se tienen de Legalidad y de Estado de Derechos y de Justicia, son prácticamente inseparables. El Principio de Legalidad rige sobre toda la actividad pública del Estado, misma que debe estar dirigida hacia la consecución del bien común de los ciudadanos.

En nuestro país la Constitución muestra en sus artículos 226 y 76 # 3 como es concebido el principio de legalidad dentro del Ecuador en lo relacionado con la administración pública. En el artículo 226 nos muestra cómo se presenta la legalidad dentro de toda la función pública, la cual según esta disposición, todas sus facultades y competencias, serán única y exclusivamente las dispuestas por la ley, mientras que en el artículo 76 numeral 3 nos habla de la legalidad en el sentido de que nadie podrá ser juzgado o sancionado por ninguna vía si su presunta infracción no se encuentra tipificada en la ley, en derecho penal se configura en el principio “nullum crimen, nulla poena, sine lege”.

Dentro de la Constitución también encontramos otro tipo de artículos que sujetan la actuación de la administración pública aún más y evitan que esta cometa arbitrariedades y abusos como el artículo 66 #29 literal d), el cual nos menciona el derecho que tienen las personas de negarse a realizar algo prohibido por la ley o impedir la ejecución de algo correcto.

2.2.3) La motivación de la Administración en sus decisiones discrecionales

Uno de los temas por los cuales debemos partir antes de entrar a revisar el control de la discrecionalidad por parte de la administración es la motivación, la cual desde un principio tuvo importancia durante la revolución francesa y en esencia lo que se trata es de salvar al administrado de las arbitrariedades que pueda a llega a cometer la administración en el ejercicio de sus actividades (Marín, 2007).

La motivación es un requisito indispensable, para que un acto administrativo tenga plena validez, esta motivación debe ser realizada por la administración tomando en consideración los antecedentes de hecho y de derecho para así expresar las razones por las cuales se ha emitido dicho acto. Esto es importante por dos razones, la primera porque con un buen fundamento, la administración se puede liberar de toda imputación de arbitrariedad, la otra razón es porque se está favoreciendo el derecho a la defensa del administrado, promulgado a través del principio de la tutela judicial efectiva, porque la contraargumentación de este será efectuada precisamente en base a lo fundamentado por la administración.

Por lo tanto la Administración está obligada a fundamentar todo acto o resolución que vaya a afectar la situación jurídica del administrado, caso

contrario si no es realizada la motivación, podría haber un caso de nulidad del acto, cabe recalcar que dentro de los actos administrativos discrecionales emitidos por la administración, la motivación se constituye en un aval de que se está cumpliendo con la finalidad del interés público, promovido por las garantías y derechos establecidos en la Constitución. El artículo 76#7 literal l) de nuestra Constitución menciona que toda resolución que provenga de la administración será debidamente motivada.

2.2.4) Impugnación vía judicial de los actos discrecionales de la Administración

Dentro de un Estado de Derechos y de Justicia lo que se busca es el respeto precisamente de los derechos de las personas parte de la nación, por lo cual se requiere que se apliquen las garantías que a su vez permitirán a estas contradecir legítimamente las decisiones administrativas que le son adversas, y es aquí donde nace la impugnación de los actos administrativos. Muchas veces los derechos de los ciudadanos son afectados por ciertos actos de la administración, ante lo cual la legislación ha proveído mecanismos legales para combatir aquellos actos que le perjudican a estos.

La impugnación de los actos administrativos es el punto de partida donde la jurisdicción contencioso administrativa empieza a dinamizar su intervención respecto de los actos de la administración. Sin embargo el elemento discrecionalidad antes era una limitante para que un acto administrativo se sustancie a través de esta jurisdicción, eso precisamente pasaba aquí en el Ecuador.

Uno de los problemas al que se enfrentaba antes la jurisdicción contencioso administrativa en el Ecuador frente a la discrecionalidad administrativa, era lo

obsoleto de la LJCA (Ley de la jurisdicción contencioso administrativa) y la no derogación del artículo 6 literal a), el cual según su contenido, impide la revisión por parte del ahora llamado Tribunal de lo Contencioso Administrativo de los actos que provengan de la administración en ejercicio de su potestad discrecional. Este artículo hoy en día con la cantidad de garantías que trae la Constitución actual, resultaría inaplicable.

Antes en la práctica, cuando aún estaba vigente la Constitución de 1998, las Salas de lo Contencioso Administrativo no se atrevían a decidir acerca de un tema de discrecionalidad, por las dudas que generaba el artículo 6 literal a) de la LJCA acerca de si proceder o no, aunque en ese tiempo ya estaba vigente la Ley de Modernización del Estado, pero sin embargo la Constitución de aquella época no reafirmaba lo dicho por aquella ley.

Ahora con la actual Constitución garantista, esta posibilidad de poder concurrir ante un juez para impugnar un acto administrativo discrecional, es más contundente. La Constitución de forma general reconoce a los ciudadanos un derecho muy importante como es el de la tutela judicial efectiva, el cual se traduce en la posibilidad que tienen todos los ciudadanos de acudir ante los órganos jurisdiccionales para obtener una solución a su controversia. Relacionado al tema de la impugnación, la tutela judicial efectiva se ve reflejada en el artículo 173 de la Constitución el cual nos menciona el derecho que tenemos todos los ciudadanos de impugnar los actos administrativos ya sea ante la propia administración o ante los órganos jurisdiccionales, este artículo le da existencia a la jurisdicción contenciosa administrativa, dentro de la estructura de Estado:

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

Como vemos la Constitución reconoce la capacidad que tiene el órgano jurisdiccional para revisar todos los actos realizados por la administración, pero previo a esto el individuo afectado por el accionar de la administración debe acudir ante él con la finalidad de poner en conocimiento los derechos que le están siendo vulnerados, todo esto vía impugnación. Al recurrir a los órganos jurisdiccionales para que estos efectúen un control acerca de los actos de la administración reclamados, lo que se busca es que se deje sin efecto dichos actos y así evitar que estos lesionen los derechos o patrimonio del administrado. Esta revisión que se realiza de los actos de la administración es de suma importancia para que subsista el Estado de Derechos y de Justicia plasmado en la carta magna. Una vez analizado este punto podemos decir que el problema relacionado al artículo 6 literal a) de la LJCA ha sido superado.

Por otro lado las leyes de forma general, también proporciona herramientas para hacer más factible la impugnación de estos actos adversos y tenemos que el artículo 31 del COFJ arroja el principio de Impugnabilidad de actos administrativos, el artículo 217 del COFJ se refiere acerca de lo que le compete resolver a las salas de lo contencioso administrativo (ahora llamado tribunales) y nos dice que se pueden someter a ellas todo tipo de hecho controvertido que se pueda suscitar entre los administrados y la administración, así mismo tenemos el artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado, el cual es muy importante ya que aquí nos menciona a breves rasgos la existencia de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, ante los cuales podemos acudir a impugnar los actos administrativos adversos, sin necesidad de agotar previamente la vía administrativa.

En el Ecuador existen tres formas con las cuales se puede hacer efectivo el cumplimiento del principio de impugnación de los actos administrativos: 1) El recurso subjetivo o de plena jurisdicción; 2) El objetivo o de anulación; y 3) la acción de lesividad.

A criterio propio, de todos los recursos antes mencionados, el recurso subjetivo o de plena jurisdicción, es un recurso viable para que se haga efectiva la impugnación en la vía judicial, este recurso está contemplado en el artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, el cual consiste en la protección de un derecho subjetivo del ciudadano el cual ha sido aparentemente desconocido o negado por un acto administrativo. Sin embargo muchas veces los juzgados competentes en materia contenciosa administrativa resuelven de forma tardía impugnaciones puestas a su conocimiento, por lo cual bajo la presunción de legitimidad y ejecutoriedad (Art.68 ERJAFE) esos actos administrativos lesivos se mantendrían en pie.

2.2.5) Algunas técnicas de Control del ejercicio de facultades administrativas discrecionales

En este punto podemos recalcar que hay diversos criterios respecto del control de los actos administrativos discrecionales, debido a que la discrecionalidad y su control de forma general se extiende e involucra aspectos profundos dentro del derecho administrativo lo cual lleva a que su discusión sea muy amplia y compleja. La subjetividad y la estimación que realiza la administración al momento de tomar una decisión, es lo que complica aún más el asunto.

Dentro de la doctrina existen varias técnicas de control de los actos discrecionales propuestas por varios autores, entre esas tenemos las técnicas elaboradas por el maestro argentino Juan Carlos Cassagne el cual considera justificado el control del poder judicial al ser este el principal protector de los derechos, garantías y libertades tanto colectivas como individuales brindadas por la Constitución. Este autor dentro de su obra propone varias técnicas de cómo realizar un control de discrecionalidad, entre estas menciona: El control de la causa del acto administrativo, El control judicial de las cuestiones técnicas

y El control de los aspectos vinculados a la oportunidad o mérito de las decisiones administrativas (Cassagne, 2009), también de forma adicional procederé a revisar el control a través del principio de interdicción a la arbitrariedad. Todas Ellas los observaremos brevemente a continuación:

2.2.5.1) El Control de la causa del acto administrativo

Este tipo de control se refiere básicamente a la revisión de los antecedentes de hecho y de derecho del acto. Los doctrinarios franceses mantuvieron una postura en la que el control que se realizaban de los fundamentos de hecho y de derecho era una de las mejores de inspeccionar las potestades discrecionales de la administración.

Referente a los hechos estos son concluyentes para la actividad que realiza la administración, ya que la discrecionalidad estaría sujeta a la realidad de los presupuestos fácticos, los cuales si no se encontraran presentes esa potestad discrecional no podría ser realizada. Por lo tanto antes de decidir algo, la administración debe examinar si los hechos se constituyen en una definida situación de derecho.

Los órganos administrativos de forma general deben examinar los hechos tal como ocurrieron, sin salirse de la realidad concreta, de esta forma se podrá cumplir con los objetivos, esto con la finalidad de alcanzar lo pedido por la sociedad.

En un acto emitido dentro de las facultades discrecionales de la administración no puede hacer a un lado los presupuestos de hecho que sirven como base de su actuación, caso contrario estaríamos dentro de una arbitrariedad.

Hablando de los fundamentos de derecho, sabemos que la ley es el margen jurídico sobre el cual debe actuar la administración, esta no puede ser

transgredida por la discrecionalidad de los actos emitidos por esta, caso contrario estaría actuando fuera de los límites permitidos por la ley.

Cuando el juez toma como base para controlar la discrecionalidad, los principios generales del derecho, este habrá realizado su función de garantizar que se respete el orden establecido.

2.2.5.2) El control judicial, de las cuestiones técnicas

Este tipo de control se realiza sobre las decisiones tomadas por la administración, basándose en tecnicismos que pueden ser encontrados tanto fuera como dentro de lo jurídico. Los actos administrativos que se refieran a asuntos técnicos no están exentos de que se les realicen un control por parte de la jurisdicción contencioso administrativa, tampoco el juez no se puede excusar alegando lo engorroso del juicio caso contrario se vería afectado el principio de la tutela judicial efectiva.

Dentro de este tipo de control los jueces pueden apoyarse en un perito, para así tener un panorama más claro y resolver de forma correcta. Los jueces de ninguna manera pueden evadir su responsabilidad de resolver.

2.2.5.3) El Control de los aspectos vinculados a la oportunidad o mérito de las decisiones

Para comprender este tipo de control debemos tener en claro de que se trata el juicio de oportunidad, el cual según la doctrina son las precisiones del interés público exclusivas de la administración en un momento específico, por ejemplo la elección para de un terreno para construir una escuela pública. En este sentido la resolución administrativa es discrecional, pero esto no obsta a que

esta acción pueda ser controlada en base a la ley y su procedimiento. Vemos aquí un entrecruzamiento entre la oportunidad y la legalidad.

La administración dentro de una decisión de oportunidad puede manifestar: 1) La elección del momento en que se dicta el acto, 2) El objeto que mejor se ajuste al interés público, 3) El procedimiento más adecuado para cumplir los fines de la administración, y 4) La competencia que se funda en el principio de especialidad cuando se trate de actos favorables al administrado. Estos enunciados anteriormente mencionados a su vez se constituirán en los elementos sobre los que se efectuara el control.

La oportunidad es una forma de considerar y de comprobar la finalidad del interés público y esta debe ser congruente con la legalidad y la razonabilidad. Los Juicios de oportunidad son motivo de control cuando en la ejecución de los poderes discrecionales, los jueces están habilitados para controlar la razonabilidad de las actuaciones administrativas, aun cuando la arbitrariedad que exhiban no sea manifiesta.

2.2.5.4) Control a través del principio de interdicción a la arbitrariedad

Este tipo de control parte de la idea de que debe existir una prohibición de desigualdad y el veto a cualquier forma de abuso de la discrecionalidad, lo que se traduciría en arbitrariedad. El acto arbitrario no se configura solamente cuando se está contraviniendo la ley sino también cuando se estén irrespetando los principios generales del derecho.

Por esta razón, se exige destacar la importancia de la motivación del acto administrativo, para evitar caer en arbitrariedades, además porque tratándose de la toma de una decisión por parte de la administración en ejercicio de su potestad discrecional, el espacio de libertad de decisional es mayor, por tal

motivo la exigencia de que se demuestre las razones por las cuales se dictó el acto será mayor también. De esta manera la administración al presentar la justificación de sus actos, eleva la posibilidad de control de los mismos y también la certeza jurídica.

2.3) La posibilidad de que se sustituya judicialmente la decisión administrativa

En este punto la doctrina fundamenta en forma general, la imposibilidad de sustituir la decisión de la administración por la decisión del juez, por dos razones, la primera es por motivos de oportunidad y apreciación del interés público que realiza la administración a través del órgano que emitió el acto, la segunda razón es porque si hubiera la posibilidad de sustitución de poder, se violaría la separación de poderes o la zona reservada de la administración, misma que debe ser respetado en principio por los demás poderes del Estado.

Lo que se trata de explicar aquí es que la función judicial a través de sus decisiones, no puede crear leyes ya que eso es un asunto que le corresponde netamente a la Función Legislativa, tampoco puede fungir como administrador del Estado, tarea que le corresponde a la Función Ejecutiva.

La doctrina española se expresa sobre este tema en el siguiente ejemplo: no se puede manifestar que constitucionalmente un juez no posea la competencia para decidir en qué lugar se va a construir un parque, pero en el caso que él observe que existe una mala elaboración de los planos para la construcción de dicho parque y que a causa de esto se está afectando innecesariamente el derecho de propiedad de un ciudadano, ese ciudadano afectado puede recurrir al juez y este a su vez podría disponer que se den de baja dichos planos y que se elaboren unos nuevos; El asunto aquí debe ser tratado desde la óptica

constitucional. La Constitución dentro de su marco jurídico le traza al juez la función de decidir y garantizar ante todo la tutela judicial efectiva de todos los derechos que estuvieran siendo vulnerados.

Respecto de lo anteriormente mencionado, existe una discusión doctrinaria, establecida dentro de la obra del Doctor Julio Comadira acerca de si la adjudicación dentro de la contratación pública es una decisión reglada o es una decisión discrecional o es una decisión reglada (Comadira, 2003).

Antes de continuar recordemos que dentro del ejercicio de la potestad reglada, la actuación de la administración esta preestablecida de forma concreta por la norma, en cambio, dentro del ejercicio de la potestad discrecional la norma faculta a la administración para que pueda elegir entre dos opciones normativas aplicables pertinentemente a un caso en concreto.

También como pudimos observar, en esta la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, se excluye a la potestad discrecional, ya que estos solo aceptan una solución justa.

El problema surge cuando la ley usa términos como “oferta más conveniente” u otros sustancialmente iguales como en el caso de nuestra legislación en donde se utiliza el término “el mejor costo”, tanto en el artículo 32 de la LSNCP (Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública), como en el artículo 24 del Reglamento (RLSNCP) a la ley antes mencionada, ya que una parte de la doctrina considera que en estos casos se activa la potestad discrecional y otra parte considera ese tipo de términos forman parte de los conceptos jurídicos indeterminados.

Esta diferencia tiene consecuencias determinantes en razón del alcance del control del acto administrativo de adjudicación, efectuado por parte de la jurisdicción contenciosa administrativa, ya que si por un lado se considera que ese acto es discrecional, el tribunal solo podría efectuar el control observando

que se respeten los principios generales del derecho y en este caso no podría sustituir la decisión de la administración, pero por otro lado si se considera la mediación de un concepto jurídico indeterminado, habría la posibilidad de que la decisión del juez sustituya la decisión de la administración. Este es un problema que está latente dentro de la doctrina y del cual procederé a emitir mi criterio dentro de la conclusión.

3.) CONCLUSIONES

Como hemos podido apreciar en este trabajo, he intentado comprimir un poco un tema sumamente amplio como es el de la discrecionalidad, enfocando específicamente el objeto del tema hacia el control judicial de la discrecionalidad de los actos administrativos, del cual apreciamos, que sus técnicas de aplicación tienen parte legal y parte doctrinaria, todo esto no sin antes haber logrado verificar que era en si la potestad discrecionalidad y establecer la conclusión de que no existe diferencias entre esta y la potestad reglada en cuanto a sus elementos.

También observamos que toda la actividad de la administración está sometida a lo que diga expresamente la ley, por el Principio de Legalidad, así mismo se sabe que todos los actos de la administración en ejercicio de su potestad discrecional y dirigidos hacia el administrado deben estar correctamente motivados, pero en el caso de existir irregularidades por haber irrespetado el principio de legalidad o haber obviado dentro de la motivación del acto elementos sustanciales al caso en concreto, que de haberse tomado en consideración no se hubiera afectado la situación jurídica del administrado, a mi parecer no resultaría factible que este acuda ante la misma administración para resolver dichas irregularidades, porque eso sería como pedirle que admita que se equivocó, cosa que en la práctica no se da, por tal motivo yo creo que lo más factible sería acudir ante una instancia judicial "imparcial" (lo pongo entre comillas porque en la práctica sabemos que no es del todo así) para que esta resuelva el inconveniente. Por tal motivo el legislador no le quedo de otra que permitir la impugnación de todos los actos administrativos, dando apertura a la vía judicial, de tal forma que el administrado afectado no requiera agotar la vía administrativa previo a llegar ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

Una vez que el acto administrativo discrecional este sustanciándose ante la jurisdicción contenciosa administrativa, esta tiene que realizar un control o revisión del mismo, por lo cual, pienso que la mejor forma de tener parámetros claros para resolver es siguiendo las técnicas de control, porque las mismas le permitirán al juez saber dónde atacar el acto, en el caso de efectivamente existir el error.

Respecto a la posibilidad de los jueces de sustituir la actividad de la administración puedo decir que por un lado el juez está obligado, en fiel cumplimiento del principio de tutela judicial efectiva y en mérito de velar porque el acto administrativo no se salga de los límites establecidos por los principios generales del derecho, a decidir la controversia, formada en torno de dicho acto, también por otro lado la administración siempre estará sometida a un control pleno y suficiente por parte de los jueces, y sus decisiones pueden sustituirse de manera excepcional sin que estos caigan en exceso de jurisdicción.

En base al problema jurídico presentado, voy a referirme a varios puntos. Primero, al determinar que dentro de los términos “oferta más conveniente” y los otros términos sustancialmente equivalentes como en el caso del Ecuador “el mejor costo”, no se enmarcan en el contexto de los conceptos jurídicos indeterminados, ya que su significado no se cierra a una sola opción justa. Cuando la administración selecciona de entre todas las opciones presentadas, la “oferta más conveniente” o la oferta con “el mejor costo”, no está ejecutando un proceso intelectual, sino más bien está seleccionando de forma voluntaria, tomando en consideración aspectos técnicos y jurídicos dependiendo del tipo de servicio que se requiera en este caso.

Este proceso de selección voluntaria, deberá ser enmarcado dentro de los principios generales del derecho, mismos que serán los límites negativos de la discrecionalidad, por lo cual no podrán ser transgredidos. Sin embargo, en el

proceso antes mencionado, la autoridad administrativa esta posibilitada de valorar las propuestas libremente atendiendo al interés público.

En el escenario que la autoridad haya realizado la adjudicación y la misma viole los límites de los principios generales del derecho, en primer lugar esto sería ilegítimo, por lo cual los oferentes vencidos tendrían el derecho de impugnar ese acto por cualquiera de las dos vías judicial o administrativa. En este caso dentro de la impugnación en la vía de la jurisdicción contenciosa administrativa, los jueces solo podrían revisar hay alguna irregularidad en el proceso de selección por la existencia de una violación a los principios generales del derecho y en el caso de haberla resolver la anulación del acto ilegítimo, pero a criterio propio, no se pueden sustituir las funciones administrativas y adjudicar un contrato público a otro oferente distinto al que la administración escogió inicialmente.

4.) REFERENCIAS

Cassagne, J.C. (2009). *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa* (1era edición). Buenos Aires. Marcial Pons Argentina

Comadira, J.R. (2003). *Derecho Administrativo, acto administrativo y procedimiento administrativo* (2da edición). Buenos Aires. Abeledo-Perrot

García de Enterría, E. y Fernández, T.R. (2011). *Curso de Derecho Administrativo I* (15 ava edición). Madrid. Civitas

Marín, H.A. (2007). *Discrecionalidad Administrativa* (1era edición). Bogotá. Universidad Externado de Colombia



DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Pizarro González José Andrés**, con C.C: # 093033532-8 autor del trabajo de titulación: “**El Control Judicial del Ejercicio de la Facultad Discrecional de la Administración**” 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: **Pizarro González José Andrés**

C.C: 093033532-8



REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	El Control Judicial del Ejercicio de la Facultad Discrecional de la Administración		
AUTOR(ES) (apellidos/nombres):	Pizarro González José Andrés		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES) (apellidos/nombres):	Benavides Verdesoto Ricky Jack		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas		
CARRERA:	Derecho		
TITULO OBTENIDO:	Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	18 de marzo del 2016	No. DE PÁGINAS:	25
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho Administrativo y Derecho Constitucional		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Potestad discrecional, Potestad reglada, Control de discrecionalidad, Principio de legalidad, Motivación, Arbitrariedad, Contencioso administrativo.		
RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras): El Control Judicial del ejercicio de la facultad discrecional administrativa tiene la finalidad de que una instancia judicial, en este caso la jurisdicción contenciosa administrativa, controle los actos de la administración en virtud de principios como el de tutela judicial efectiva. Cabe recalcar que antes en el algunos Estados incluyendo el nuestro se dejaba fuera de competencia a la vía judicial respecto de la impugnación de los actos administrativos discrecionales, pero ahora acogiendo las nuevas tendencias de Estado de Derechos y Justicia, se promovió la idea de abrir la vía judicial para que de esta manera todo tipo de actos emanados de la administración puedan ser impugnados, sin necesidad de agotar la vía administrativa. Por otra parte una de las soluciones que da la doctrina para guiar a los jueces a ejercer el control del acto administrativo discrecional, son las técnicas de control de discrecionalidad, las cuales hacen hincapié en todos los factores que dieron nacimiento a ese acto administrativo para de esta forma encontrar la solución al acto controvertido.			
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: +593-6001396	E-mail: andrespiza92@hotmail.com	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL	Nombre: Ab. Maritza Reynoso Gaute		
	Teléfono: +593-9-94602774		
	E-mail: martizareynosodewright@gmail.com /		



PROCESO UTE)::	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):	

