



**UNIVERSIDAD
AUSTRAL**

ESTEFANÍA GRANDA GRANDA

Autora

**LA POTESTAD REGLAMENTARIA Y LA
FACULTAD NORMATIVA DE CARÁCTER
ADMINISTRATIVO EN EL ECUADOR**

Tema

PEDRO J. J. COVIELLO

Director de Tesis

DOCTORADO EN DERECHO

BUENOS AIRES

2022

ÍNDICE

CAPÍTULO I

GENERALIDADES

1.1	La Administración Pública	13
1.1.1	Criterios para definir a la Administración Pública	16
1.1.2	Funciones de la Administración Pública	17
1.1.3	Deberes de la Administración Pública	21
1.1.4	La Administración y la potestad reglamentaria	24
1.2	Justificación	30
1.3	Objetivos	31
1.4	Metodología	32
1.5	Introducción	33

CAPÍTULO II

POTESTAD REGLAMENTARIA Y FACULTAD NORMATIVA DE CARÁCTER ADMINISTRATIVO

2.1	Potestades de la Administración Pública	39
2.1.1	Clasificación de las Potestades de la Administrativas	44
2.1.2	Potestad Reglamentaria. Su Fundamento	45
2.2	Límites de la Potestad Reglamentaria	55
2.2.1	Principio de División de Poderes	56
2.2.2	Principio de Reserva de Ley	60
2.2.3	Principio Democrático	63
2.3	Facultad Normativa de Carácter Administrativo. Su Fundamento	66
2.3.1	Límites de la Facultad Normativa	68

2.3.1.1	Principio de Jerarquía Normativa	70
2.3.1.2	Principio de Seguridad Jurídica y Confianza Legítima	74
2.3.1.3	Principio de Tutela Administrativa Efectiva	78
2.3.1.4	Principio de Legalidad y Zona de Reserva de la Administración	81
2.3.1.5	Principio de Razonabilidad	83
2.3.1.6	Principio de Proporcionalidad	87
2.4	Exceso de Reglamentarismo y Producción Normativa	90
2.5	Síntesis Capítulo II	98
CAPÍTULO III		
EL PODER EJECUTIVO ECUATORIANO Y SUS RELACIONES		
3.1	Función Legislativa. Nociones fundamentales	104
3.1.1	Atribuciones y deberes	105
3.1.1.1	Facultad Legislativa, Procedimiento Legislativo y Participación Ciudadana en la Formación de Leyes	105
3.1.1.2	Facultades Administrativas	108
3.1.1.3	Facultades Jurisdiccionales	109
3.1.2	Relación con la Función Ejecutiva o Administración Pública	110
3.2	Función Ejecutiva. Nociones fundamentales	112
3.2.1	Atribuciones y deberes	113
3.2.1.1	Facultades Legislativas, Potestad Reglamentaria y Facultad Normativa	114
3.2.1.2	Facultades Administrativas	117
3.2.1.3	Facultades Jurisdiccionales	118
3.2.1.4	Materias Exclusivas y Concurrentes	119
3.3	Estado centralizado, descentralización y desconcentración	121

3.3.1	Centralización	122
3.3.2	Descentralización	123
3.3.2.1	Descentralización funcional o administrativa	124
3.3.2.2	Descentralización territorial	126
3.3.3	Desconcentración	127
3.3.4	Relaciones interadministrativa e interorgánicas	129
3.3.4.1	Conflictos interadministrativos e interorgánicos	130
3.4	Síntesis Capítulo III	131

CAPÍTULO IV
EL REGLAMENTO Y EL ACTO NORMATIVO DE CARÁCTER
ADMINISTRATIVO

4.1	Definiciones	137
4.2	Elementos, recaudos o requisitos de validez	145
4.2.1	Voluntad	146
4.2.2	Competencia	147
4.2.3	Causa	149
4.2.4	Objeto	150
4.2.5	Procedimiento	152
4.2.6	Finalidad	152
4.2.7	Motivación	153
4.2.8	Forma	154
4.3	Principales Clasificaciones	155
4.3.1	Según su forma de manifestación	156
4.3.2	Según su alcance y extingüibilidad	158
4.3.3	Según su formación y efectos	160

4.3.4	Según los efectos sobre el administrado	162
4.3.5	Según los vicios de los que adolezca	165
4.3.6	Según las relaciones del órgano del que emana	166
4.4	Caracteres o cualidades	170
4.4.1	Presunción de legitimidad	170
4.4.2	Ejecutoriedad y ejecutividad	172
4.4.3	Retroactividad	174
4.5	Formas de extinción	175
4.5.1	Anulación	179
4.5.2	Revocación	182
4.6	El Reglamento	184
4.6.1	Orígenes	185
4.6.2	Definiciones	185
4.6.3	Naturaleza jurídica	199
4.6.3.1	El reglamento y la ley	201
4.6.3.2	El reglamento y el acto normativo de carácter administrativo	208
4.6.3.3	Semejanzas y diferencias entre reglamento y acto normativo de carácter administrativo	214
4.6.4	Clasificación	218
4.6.4.1	Reglamentos ejecutivos o de ejecución	219
4.6.4.2	Reglamentos autónomos, independientes o constitucionales	222
4.6.4.3	Reglamentos delegados o de integración	224
4.6.4.4	Reglamentos de necesidad y urgencia o estado excepción	226
4.6.4.5	Clasificación en Ecuador, según la doctrina de Chalco: Reglamentos ejecutivos y orgánicos funcionales	228

4.7	Síntesis Capítulo IV	232
------------	-----------------------------	------------

CAPÍTULO V IMPUGNACIÓN DEL REGLAMENTO Y DEL ACTO NORMATIVO DE CARÁCTER ADMINISTRATIVO

5.1	El Procedimiento Administrativo	237
5.2	Principios del Procedimiento Administrativo	240
5.2.1	Principio de Verdad Material	242
5.2.2	Principio de Eficacia	243
5.2.3	Principio de Oficialidad	245
5.2.4	Principio de Informalidad	246
5.2.5	Principio de Publicidad	248
5.2.6	Principio de Imparcialidad	249
5.2.7	Principio del Debido Proceso	250
5.3	Reglas Generales de la Impugnación	251
5.3.1	Legitimación	253
5.3.2	Agotamiento de Sede Administrativa	254
5.4	Impugnación de los reglamentos y de los actos normativos de carácter administrativo	256
5.4.1	Impugnación en Sede Administrativa	260
5.4.1.1	Recurso de Apelación	260
5.4.1.2	Recurso Extraordinario de Revisión	262
5.4.1.3	Reclamo Administrativo	264
5.4.2	Impugnación en Sede Judicial	264
5.4.2.1	Acción de Plena Jurisdicción o Subjetiva	265

5.4.2.2	Acción de Anulación Objetiva o por Exceso de Poder	266
5.4.2.3	Instancia única	266
5.4.2.4	Recurso de Casación	268
5.4.3	Impugnación Constitucional	270
5.4.3.1	Tipos de Control	271
5.4.3.2	Control de constitucionalidad	273
5.4.3.3	Acción de protección o amparo	276
5.4.3.4	Acción extraordinaria de protección	278
5.4.3.4	Acción de inconstitucionalidad	279
5.4.4	Control de legalidad	281
5.5	Síntesis Capítulo V	282

CAPÍTULO VI CONCLUSIONES

6.1	Sobre el Capítulo II Potestad reglamentaria y facultad normativa de carácter administrativo	287
6.2	Sobre el Capítulo III El Poder Ejecutivo ecuatoriano y sus relaciones	289
6.3	Sobre el Capítulo IV El reglamento y acto normativo de carácter administrativo	290
6.4	Sobre el Capítulo V Impugnación de los reglamentos y de los actos normativos de carácter administrativo	294

BIBLIOGRAFÍA	299 - 327
---------------------	------------------

LIBROS

REVISTAS

TESIS

LEYES

ACTOS NORMATIVOS

SENTENCIAS

FUENTES ELECTRÓNICAS

DICCIONARIOS

CAPÍTULO I

GENERALIDADES

Para comenzar el estudio acerca de la potestad reglamentaria y la facultad normativa de carácter administrativo en el contexto ecuatoriano, es prudente aclarar que el objeto de estudio de esta tesis es tratar acerca de lo que en el derecho administrativo argentino, se conoce como facultad reglamentaria de la Administración, pero que en el régimen normativo ecuatoriano se expresa de dos formas con diferente aplicación y características como se estudiará en el desarrollo de la investigación. Siendo así, empecemos por revisar algunas cuestiones generales acerca de la Administración Pública atendiendo a su amplio espectro y el importante rol que juega dentro de la sociedad.

1.1 La Administración Pública

Etimológicamente según CABANELLAS¹, la palabra Administración proviene del latín *administrare* que significa dirigir, gobernar, gestionar, establecer reglas. Para el Diccionario de la Lengua Española², administrar significa ejercer determinada autoridad tanto sobre las personas como el territorio; es sinónimo de gobernar, ordenar, dirigir; se relaciona con el desempeño o ejercicio de un determinado cargo de carácter público, algo que corresponde al Estado y que se funda en la acción de proveer y distribuir determinados bienes. Por su parte el vocablo público según OSSORIO³ significa algo que es conocido por todos, de uso general, y que proviene de la autoridad.

Existen varios conceptos relacionados con la Administración Pública, entre ellos, para DE LA QUADRA “la Administración Pública es el aparato o conjunto de instituciones organizadas que poseen personalidad jurídica y están dirigidas por el gobierno para la ejecución de funciones y tareas estatales”⁴. GARCINI analizó sobre el concepto de Administración Pública lo siguiente: “el término Administración, implica no solamente actividad teleológica, sino también organización, esto es, conjunto coordinado

¹ CABANELLAS Guillermo, *Diccionario Elemental Jurídico*, Editorial Heliasta, 3ra. Edición, Buenos Aires, 2005, pág.12.

² Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, S.L.U. Espasa Libros, 23va. Edición, Madrid, 2014.

³ OSSORIO Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Editorial Heliasta, XX Edición, Buenos Aires, 1992, pág.21.

⁴ DE LA QUADRA SALCEDO Fernández del Castillo Tomás, *El Derecho Administrativo*, Editorial Iustel, 10ma Edición, Madrid, 2009, pág.42.

de órganos, organismos, autoridades y servicios que determinan una estructura. En esa línea de pensamiento la Administración puede ser considerada como un sistema constituido por oficios públicos, mediante los cuales el Estado provee permanentemente el ejercicio activo de sus potestades para la satisfacción de las necesidades colectivas”⁵.

La Administración Pública es ciencia (observación y experimentación) y arte (perfilar las finalidades), atendiendo a que su objeto está basado en conocer y llevar a la práctica varias actividades o servicios, los cuales son materializados intencionalmente por parte tanto de los órganos administrativos como por los servidores públicos, quienes representan al Estado con la finalidad de satisfacer el bien común.

El concepto de Administración Pública es amplio debido a todos los ámbitos que encierra en su actividad, la cual se relaciona tanto, con la actividad reglamentaria y normativa como con la infraestructura que debe contar para desempeñarse y cumplir con la finalidad de asegurar el bienestar general. De lo antes expuesto, es evidente que la Administración Pública se encarga de realizar acciones dirigidas a garantizar y materializar los fines estatales, y que, mediante ella, de manera planificada, organizada y equilibrada, se fomenta el desarrollo de la sociedad, por lo que su actividad es constante y dinámica tanto en sus actuaciones materiales como en la emisión de actos administrativos generales o particulares.

La Administración también puede ser considerada como la acción del gobierno dirigida a organizar, cumplir, aplicar leyes y reglamentos, a promover el orden y bien general en todos los ámbitos: económico, social, seguridad, protección, respuesta a inquietudes y reclamaciones. Estableciéndola como un grupo de órganos e instituciones organizadas jerárquicamente o por su esfera de actuación que desarrollan sus actividades de manera subordinada y coordinada en virtud de la constitución⁶ y la ley⁷; cuya función

⁵ GARCINI GUERRA Héctor, *Derecho Administrativo*, Editorial Pueblo y Educación, 2da Edición, La Habana, 1986, pág.19.

⁶ Constitución del Ecuador. Art. 227.- La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.

⁷ Código Orgánico Administrativo. Art. 42.- Ámbito material. El presente Código se aplicará en: 1. La relación jurídico-administrativa entre las personas y las administraciones públicas. 2. La actividad jurídica de las administraciones públicas. 3. Las bases comunes a todo procedimiento administrativo. 4. El procedimiento administrativo. 5. La impugnación de los actos administrativos en vía administrativa. 6. La responsabilidad extracontractual del Estado. 7. Los procedimientos administrativos especiales para el ejercicio de la potestad sancionadora. 8. La impugnación de los procedimientos disciplinarios salvo aquellos que estén regulados bajo su propia normativa y apliquen subsidiariamente

es garantizar prestaciones públicas para el bien común o *sumak kawsay*. En este orden de ideas, se puede citar a SECAIRA quien considera que: “la Administración Pública es una actividad jurídica planificada del Estado, cuyo objetivo es ofrecer de manera eficaz, oportuna y técnica aquellos servicios de carácter público, basados en el ordenamiento jurídico vigente. Su objeto fundamental es satisfacer necesidades tanto individuales como colectivas y su meta es el bien común”⁸.

Por su lado, GARCÍA DE ENTERRÍA⁹ expone su punto de vista sobre la Administración, la consideran una organización de carácter instrumental, puesto que ejerce su actuación, fundamentado en el derecho como un sujeto que puede expedir con base a ella disposiciones jurídicas, actos y declaraciones. La Administración para el desarrollo de su actividad necesita contar con normas que la regulen de forma tal, que pueda organizar su actividad, regular las relaciones dentro de la sociedad para poder ejecutar ordenadamente sus funciones y lograr sus fines, las cuales deben expedirse de acuerdo a la competencia de sus órganos.

Relacionado con el tema, BIELSA¹⁰ expone que la Administración Pública se conforma por un grupo de servicios públicos, organizados para llevar a vías de hecho los fines estatales. Entre las diferencias de la administración existentes en el ámbito privado y público están que la administración tiene como fin la protección y servicio a intereses individuales o de determinada colectividad, pero en su beneficio. Este criterio es coincidente con la concepción de Administración Pública en el Ecuador, ya que, al ser considerada un servicio, esto implica un conjunto de órganos, competencias, principios, objetivos e infraestructura puesta en favor de la colectividad.

este Código. 9. La ejecución coactiva. Para la impugnación de actos administrativos, en vía administrativa y, para el procedimiento coactivo, se aplicarán únicamente las normas previstas en este Código.

⁸ SECAIRA DURANGO Patricio, *Curso Breve de Derecho Administrativo*, Editorial Universitaria, Quito, 2004, pág.13.

⁹ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 2006, Madrid, Editorial Civitas, pág.402.

¹⁰ BIELSA Rafael, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Depalma, Quinta Edición, Tomo I, Buenos Aires, 1957, pág.13.

1.1.1 Criterios para definir a la Administración Pública

La Administración Pública puede ser analizada desde varios aspectos, criterios o causas, como MAURER¹¹ que analiza desde diferentes ópticas a la Administración Pública, y sus fundamentos:

1. La Administración desde el criterio organizativo, está formada por el conjunto de instituciones, y órganos de esa naturaleza.
2. La Administración desde el criterio material, está basada en el fundamento de las actuaciones del Estado. Por ejemplo: la calidad de vida de los individuos.
3. La Administración desde el criterio formal, las actividades que desarrolla el aparato administrativo de manera general. Por ejemplo: la designación de autoridades, la reglamentación e implementación de políticas públicas.

Los criterios antes mencionados representan el espectro administrativo y el aparato mediante el cual desarrollan sus funciones basado en las competencias determinadas por las normas jurídicas, las cuales deben cumplirse a cabalidad para lograr su desempeño eficiente para garantizar los fines para los cuales fue creada. El papel de expedir reglamentos y actos normativos de carácter administrativo por parte de la administración es fundamental y facilita su actividad, pero siempre que guarde apego a los límites de su competencia; que sean objetivas y racionales; que se expidan apegadas a la ley, sin que medie contradicción y sin que exista exceso de punición en ellas para que realmente guarden la eficacia y el valor jurídico que necesitan y ameritan.

Como se manifiesta anteriormente, la Administración Pública se puede ver desde varias aristas, por ello su actividad es tan dinámica e influye en varios aspectos en representación del Estado, la misma actúa en pro de la colectividad. Para COMADIRA “la Administración Pública debe actuar en consonancia con el ordenamiento jurídico, no solo desde el punto de vista formal, limitado al ámbito del Derecho Administrativo, sino en función del sistema jurídico de manera unitaria, como un todo”¹². Esto nos lleva a mencionar el principio de juridicidad ya que abarca todas las estipulaciones normativas,

¹¹ MAURER Hartmut, *Derecho Administrativo*, Editorial Marcial Pons, Parte General, Buenos Aires, 2011, pág.15.

¹² COMADIRA Julio Rodolfo, ESCOLA Héctor Jorge y COMADIRA Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Abeledo Perrot, Tomo I, Buenos Aires, 2013, pág.121.

partiendo desde la Constitución de la República, que es la que dota de competencia a la Administración Pública, las leyes orgánicas aplicables por principio de especialidad, los actos administrativos generales e individuales, la doctrina, los dictámenes y pronunciamientos consultivos, los precedentes judiciales e incluso los contratos administrativos.

1.1.2 Funciones de la Administración Pública

La Administración tiene entre sus funciones conocer y velar por las necesidades de los administrados para trazar vías para satisfacerlas, mantener el orden y la tranquilidad, sin llegar a ser molesta su vigilancia, ni de gran severidad, debe entre sus funciones buscar el perfeccionamiento de los servicios, facilitar determinadas comodidades a los administrados, precautelar sus derechos, exigir el cumplimiento de los deberes, asegurar la seguridad personal; defender la cultura, mantener la moral, optimizar constantemente las condiciones generales del Estado, resultando esta última el basamento para garantizar el bienestar, la prosperidad, el orden y el progreso de carácter social.

Corresponde plantear que la Administración Pública desempeña varias funciones encaminadas a satisfacer el interés general, que es el fin último de esta, entre ellas están: planificar, organizar, dirigir, coordinar, controlar y evaluar el funcionamiento de todos los servicios públicos. Estas funciones como indica Jaramillo¹³ tienen un carácter jurídico atendiendo a que, por ejemplo, la planificación es una guía para procesos como el de ejecución de obras, implementación de políticas, establecimiento del presupuesto, entre otros. Al igual que, la función de organización permite y asegura que los servidores públicos realicen, asuman determinadas responsabilidades, decisiones, funciones, y ejecuten determinadas actividades que permitan organizar y regir las conductas tanto de las personas como las cosas.

Todas las funciones de la administración se interrelacionan unas con otras y materializan las finalidades de esta, tienen una fundamentación jurídica puesto que cada una de sus funciones deben ejecutarse de acuerdo con la normativa¹⁴ que rige la actividad

¹³ JARAMILLO ORDOÑEZ Hernán, *Manual de Derecho Administrativo*, Latina Editores, Loja, 1986, pág.11.

¹⁴ Constitución del Ecuador. Art. 147. 1.- Cumplir y hacer cumplir la Constitución, las leyes, los tratados internacionales y las demás normas jurídicas dentro del ámbito de su competencia. 2. Presentar al momento de su posesión ante la Asamblea Nacional los lineamientos fundamentales de las políticas y acciones que desarrollará durante su ejercicio. 3.

de la Administración Pública lo que permitirá el respeto y protección de los derechos de los administrados. En este propósito, resulta válido apuntar que las funciones estatales se relacionan por supuesto, con el fin de la actividad del Estado y sus actuaciones se basan en la imperativa de ejecutar todas aquellas actividades dirigidas a satisfacer las necesidades y el bien común de la sociedad.

La actividad de la Administración se regula mediante normas jurídicas y sus actos deben expedirse de manera racional, objetiva, de conformidad con los principios generales del derecho, las limitaciones legales y precautelando los derechos de los administrados. La Administración es sujeto de controles por las instituciones establecidas a estos efectos (Contraloría General del Estado¹⁵ y Superintendencias¹⁶), además de la prerrogativa de la que goza la misma, para auto controlar su actividad, otorgada por el principio de auto tutela¹⁷.

Definir y dirigir las políticas públicas de la Función Ejecutiva. 4. Presentar al Consejo Nacional de Planificación la propuesta del Plan Nacional de Desarrollo para su aprobación. 5. Dirigir la administración pública en forma descentralizada y expedir los decretos necesarios para su integración, organización, regulación y control. 6. Crear, modificar y suprimir los ministerios, entidades e instancias de coordinación. 7. Presentar anualmente a la Asamblea Nacional, el informe sobre el cumplimiento del Plan Nacional de Desarrollo y los objetivos que el gobierno se propone alcanzar durante el año siguiente. 8. Enviar la proforma del Presupuesto General del Estado a la Asamblea Nacional, para su aprobación. 9. Nombrar y remover a las ministras y ministros de Estado y a las demás servidoras y servidores públicos cuya nominación le corresponda. 10. Definir la política exterior, suscribir y ratificar los tratados internacionales, nombrar y remover a embajadores y jefes de misión. 11. Participar con iniciativa legislativa en el proceso de formación de las leyes. 12. Sancionar los proyectos de ley aprobados por la Asamblea Nacional y ordenar su promulgación en el Registro Oficial. 13. Expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenir las ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la administración. 14. Convocar a consulta popular en los casos y con los requisitos previstos en la Constitución. 15. Convocar a la Asamblea Nacional a períodos extraordinarios de sesiones, con determinación de los asuntos específicos que se conocerán. 16. Ejercer la máxima autoridad de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional y designar a los integrantes del alto mando militar y policial. 17. Velar por el mantenimiento de la soberanía, de la independencia del Estado, del orden interno y de la seguridad pública, y ejercer la dirección política de la defensa nacional. 18. Indultar, rebajar o conmutar las penas, de acuerdo con la ley.

¹⁵ Constitución del Ecuador. Art. 211.- La Contraloría General del Estado es un organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos. Art. 212.- Serán funciones de la Contraloría General del Estado, además de las que determine la ley: 1. Dirigir el sistema de control administrativo que se compone de auditoría interna, auditoría externa y del control interno de las entidades del sector público y de las entidades privadas que dispongan de recursos públicos. 2. Determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas a su control, sin perjuicio de las funciones que en esta materia sean propias de la Fiscalía General del Estado. 3. Expedir la normativa para el cumplimiento de sus funciones. 4. Asesorar a los órganos y entidades del Estado cuando se le solicite.

¹⁶ Constitución del Ecuador. Art. 213.- Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley.

¹⁷ Código Orgánico Administrativo. Art. 115.- Procedencia. Con la finalidad de proponer la acción de lesividad ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente, las máximas autoridades de las respectivas administraciones públicas previamente deberán, de oficio o a petición de parte, declarar lesivos para el interés público los actos administrativos que generen derechos para la persona a la que el acto administrativo provoque efectos individuales de manera directa, que sean legítimos o que contengan vicios convalidables. La declaración judicial de lesividad, previa a la revocatoria, tiene por objeto precautelar el interés general. Es impugnabile únicamente en lo que respecta a los mecanismos de reparación decididos en ella. El acto administrativo con vicios convalidables no puede

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, se debe agregar que la Administración Pública está compuesta por un grupo de personas jurídicas que representa al Estado¹⁸ y en consecuencia es capaz legalmente para contraer derechos y obligaciones y, por tanto, es un sujeto de derecho, las actividades que desarrolla inherente a su naturaleza, las lleva a cabo mediante los órganos que la componen. Estos órganos están sujetos al ordenamiento jurídico y ello facilita y garantiza que la administración logre sus fines, y a la vez, la compromete a alcanzar los mismos, o sea cumplir con el propósito de su creación y responder legalmente las obligaciones que surgen de sus relaciones y actuaciones.

Se puede afirmar que la Administración Pública cumple una función principal: administrar, y esta incluye a los tres poderes clásicos del Estado; ejecutivo, legislativo y judicial; ya que sus actividades están dirigidas a garantizar el orden y el bien común por lo que se relacionan directamente con la sociedad y en su actividad se reflejan actuaciones propias del poder ejecutivo o Administración Pública, precisamente con la emisión de actuaciones o actos administrativos en materia de su competencia. En Ecuador, existen cinco poderes del Estado, a los cuales se les ha encomendado constitucionalmente y de manera específica competencias propias a cada uno de ellos. Me refiero al poder ejecutivo¹⁹, legislativo²⁰, judicial y justicia indígena²¹, transparencia y control social²² y electoral²³. Como dije anteriormente los poderes del Estado se encuentran revestidos de facultades propias dentro de las cuales se encuentran incluidas también las de tipo reglamentaria, normativa y discrecional.

La Administración Pública puede verse desde un sentido amplio y crítico, atendiendo a que mediante ella se emiten disposiciones, se generan criterios, se producen bienes, se encarga de la prestación de servicios, se toman decisiones de gobierno, se

anularse en vía administrativa cuando la persona interesada o el tercero que resultarían afectadas presentan oposición. En tal supuesto, la anulación únicamente se efectuará en vía judicial.

¹⁸ Código Orgánico Administrativo. Art. 46.- Personalidad jurídica. El Estado ecuatoriano tiene personalidad jurídica única en sus relaciones de derecho internacional, con independencia de su organización interna. Su representación y delegación se rigen por las disposiciones de la Constitución y las leyes específicas en la materia. La administración pública central, las personas jurídicas de derecho público creadas por la Constitución y la ley y las empresas públicas, tienen personalidad jurídica en sus actos, contratos y demás relaciones sujetas al derecho interno.

Para todos los propósitos previstos en este Código, las divisiones funcionales de la administración pública central se consideran administraciones carentes de personalidad jurídica, representadas por la máxima autoridad administrativa en su organización.

¹⁹ Constitución del Ecuador. Art. 147.

²⁰ *Ibíd.* Art. 120.

²¹ *Ibíd.* Art. 168.

²² *Ibíd.* Arts. 206 y 208.

²³ *Ibíd.* Arts. 219 y 221.

somete a los administrados, se construye, etc.; pero también el propio ejercicio de esas facultades podría dar lugar al abuso de poder, la arbitrariedad, la represión y vulneración de las normas y de los derechos de los administrados.

Esto último, se vuelve de gran importancia en el tema de estudio, ya que pone de manifiesto la dinámica y amplitud de las funciones que ejerce la Administración Pública, lo que resulta positivo desde el punto de vista de las potestades y las actividades que desarrolla en favor de bienestar colectivo; y negativo, si se tiene en cuenta que precisamente ese amplio espectro que la caracteriza puede dar lugar a la emisión de regulaciones en exceso, a que estas puedan resultar ilegítimas porque pueden contradecir normas jerárquicamente superiores o en el ejercicio de sus amplias funciones incurrir en arbitrariedades que en lugar de beneficiar a la comunidad, puedan afectarla en sus derechos.

Tal como se ha expuesto, muchos son los criterios e interpretaciones existentes sobre la definición de la Administración Pública, la que resulta amplia e incluye entre otros aspectos, los fines estatales, la organización administrativa en sí misma, las prerrogativas de las que se sirve, las actuaciones administrativas, los recursos, las herramientas jurídicas, las políticas y disposiciones que la rigen, etc. Esta nace en favor de los fines de gobernanza y bajo la titularidad del poder. HERNÁNDEZ, al respecto afirma que: “la Administración Pública se enfoca a la administración de gobierno, y como disciplina describe y explica este proceso, con el fin de promover su eficacia”.²⁴ Valga recordar, desde este criterio, que la Administración Pública en el margen constitucional ecuatoriano, es reconocida como un servicio que debe guardar coherencia con algunos principios dentro de los cuales se encuentra la eficacia²⁵. Este principio implica que las actuaciones administrativas se realizan en función del cumplimiento de los fines previstos para cada órgano o entidad pública, en el ámbito de sus competencias.

²⁴ HERNÁNDEZ CARBAJAL Carmen Beatriz, *Análisis del discurso en programas de la Administración Pública Federal del Sexenio del Dr. Ernesto Zedillo Ponce de León Al Sexenio del Lic. Vicente Fox Quesada*, Editorial de la Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2016, pág.8.

²⁵ Código Orgánico Administrativo, Art. 3 y ss.

1.1.3 Deberes de la Administración Pública

La Administración Pública se encarga de organizar, ejecutar leyes y políticas encaminadas a satisfacer el interés general, las que son decididas por los niveles que representan al Estado y que están organizados jerárquicamente para lograr que las relaciones entre la Administración y los administrados funcionen adecuada y armónicamente. DUHARTE²⁶ considera que: “la Administración, por tanto, es una cualidad del Estado”, la Administración ha sido dotada de autoridad, no ordenante, sino ejecutiva. Como se observa, la Administración Pública para este autor vuelve a su nombre originario de función ejecutiva.

Ergo, la Administración debe someterse a la norma y aplicarla, no puede convertirse en un órgano legislativo, ni en uno judicial, ya que estaríamos volviendo en el tiempo, al absolutismo, en el cual el monarca poseía plenos poderes. Entendamos, que en un Estado de Derecho esos plenos poderes se abolieron porque no respetaban las garantías básicas de los individuos como: la seguridad jurídica, la tutela efectiva, la igualdad, entre otras. De aquí radica precisamente la necesidad de limitar constitucionalmente el accionar del poder ejecutivo o Administración Pública, tal como lo establece COVIELLO, el derecho administrativo toma su razón de ser a partir del Estado de Derecho, y este a su vez en la división de poderes y el principio de legalidad administrativa, su ser no se explica sin él²⁷.

Sin embargo, a lo largo del tiempo, las normas en el marco nacional se han vuelto más extensivas en la consideración de las facultades administrativas, ya que quizás bajo la finalidad de brindar celeridad en las actuaciones de la Administración Pública y justificándose en el bien común, se han tornado demasiado contemplativas con el Poder Ejecutivo, desconociendo ciertos órdenes o principios fundamentales del Estado de Derecho²⁸, como lo es, el principio de división de poderes.

²⁶ DUHARTE Emilio, *La Política: Relaciones Interdisciplinarias: Teoría y Procesos Políticos Contemporáneos*, Editorial Félix Varela, Tomo I, La Habana, 2006, pág.1.

²⁷ COVIELLO Pedro José Jorge, “*La denominada zona de reserva de la administración y el principio de legalidad administrativa en el texto Derecho Administrativo*”. *Obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel. S. Marienhoff*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, pág.219.

²⁸ Constitución del Ecuador. Art. 1. El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada. La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución. Los

En el caso de Ecuador, se vuelven cuestionables las actuaciones del presidente de la República, fruto de competencias constitucionales que originariamente les corresponden a otros poderes del Estado. Es el caso de la posibilidad de indultar, rebajar o conmutar penas²⁹, en las cuales el jefe de la Administración Pública hace las veces del poder judicial, recordemos al respecto el caso de Diario “El Universo”³⁰ por injurias, el caso “Cofiec”³¹ por peculado, entre muchos otros; la mayoría delitos contra el Estado como el cohecho y la malversación de fondos, en los cuales el presidente de la época decretó el perdón de esas penas.

Así mismo, valga mencionar que dentro de ese mismo orden, de delegación de poderes, que originariamente le corresponden a otra esfera del Estado; se encuentra por ejemplo: el reglamento para el indulto³², emitido por decreto, cuando quizás lo legítimo hubiera sido que se encuentre en una ley formal ya que recordemos que dentro del procedimiento de creación de leyes³³ se establecen materias de única regulación por parte del Poder Legislativo; en el caso, lo relacionado a la tipificación de los delitos y establecimiento de sanciones correspondientes. Si hacemos un alcance en la interpretación de esa norma se entenderían, en mi opinión, incluidas las formas y requisitos para conmutación, rebaja e indulto de penas, ya que afectan directamente el margen conceptual del establecimiento de sanciones, por lo que debería encontrarse dentro de una ley formal para no convertirlo en algo arbitrario y antojadizo del mandatario de turno.

Quiero precisar también al respecto, que si la actividad reglamentaria y normativa no se limita o se expande demasiado, el presidente asumiría también, en ese caso,

recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.

²⁹ Constitución del Ecuador. Art. 147. Núm.18.

³⁰ Corte Nacional de Justicia de Ecuador, Caso Rafael Correa vs. Emilio Palacio y Diario El Universo, Sentencia 457-Q-2011, Quito, 16 de febrero de 2012.

³¹ Presidencia de la República de Ecuador, Indulto Antonio Edmundo Buñay Dongilio, presidente Banco Cofiec, Decreto Ejecutivo 1415, Quito, 16 de mayo de 2017.

³² Presidencia de la República de Ecuador, Reforma al Reglamento para la Concesión de Indulto, Conmutación o Rebaja de Penas, Decreto Ejecutivo 1440, Quito, 23 de mayo de 2017.

³³ Constitución del Ecuador. Art. 132.- La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común. Las atribuciones de la Asamblea Nacional que no requieran de la expedición de una ley se ejercerán a través de acuerdos o resoluciones. Se requerirá de ley en los siguientes casos: 1. Regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales. 2. Tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes. 3. Crear, modificar o suprimir tributos, sin menoscabo de las atribuciones que la Constitución confiere a los gobiernos autónomos descentralizados. 4. Atribuir deberes, responsabilidades y competencias a los gobiernos autónomos descentralizados. 5. Modificar la división político-administrativa del país, excepto en lo relativo a las parroquias. 6. Otorgar a los organismos públicos de control y regulación la facultad de expedir normas de carácter general en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales.

facultades legislativas como de cierta manera se lo han concedido la mayoría de las normas debatidas en los últimos diez años en nuestro país y las que se encuentran vigentes actualmente. Como ejemplo, la potestad de reestructuración de procedimientos para la provisión de bienes y servicios públicos. El COA establece que es potestad de la o el Presidente de la República reestructurar los procedimientos para la provisión de bienes y servicios públicos en el ámbito de la Administración Pública Central, conforme con las limitaciones previstas en este Código. Igual potestad tiene la máxima autoridad administrativa de las demás entidades del sector público³⁴.

Lo antes analizado, pone de manifiesto que la Administración Pública debe someterse desde un sentido estricto, a través de sus organismos públicos a ejecutar únicamente las competencias otorgadas por la ley, para asegurar de esta forma el correcto funcionamiento del Estado. Recordemos que el Estado, al verse revestido de poder, en su accionar podría reflejar intereses políticos y económicos, que lo extralimiten en sus competencias, y precisamente para evitarlo es indispensable que existan limitaciones claras (principios: reserva de ley, división de poderes, legalidad, jerarquía normativa, seguridad jurídica, tutela efectiva, entre otros) que eviten el desbordamiento de poder.

En sentido general, se puede afirmar que la Administración Pública al tener como fin el bien común, debe trabajar en función de desarrollar y perpetuar la sociedad, sobre bases legítimas, constituyendo una institución fundamental en observancia del ordenamiento jurídico y, en apego a los derechos de los administrados. Al constituir, un servicio a la ciudadanía, la Administración Pública está conformada por organismos, centralizados, descentralizados y desconcentrados; más el aditamento de competencias de cada uno, su esfera de acción y la personalidad jurídica para desarrollarlas; más los principios (eficacia, eficiencia, legalidad, subsidiariedad, solidaridad, informalismo, entre otros) y límites que serán el aval de sus decisiones; más la infraestructura física, soportes tecnológicos, etc.; que le permitan llevar a cabo la misión que la norma o el jerárquico superior le ha encomendado cuya raíz será siempre el interés público.

La Administración Pública como aparato conformado por varias instituciones que funcionan de forma organizada, que gozan de personalidad jurídica y están dirigidas a

³⁴ Código Orgánico Administrativo. Art. 243.

satisfacer el bienestar general puede hacer uso como parte de su amplia y dinámica actividad, de varias potestades, entre ellas: la sancionatoria, organizadora, reglamentaria y normativa. Esta última, en un Estado constitucional social de derechos y justicia como el existente en el Ecuador³⁵, reviste gran importancia cuando se trata de dar cumplimiento a los fines administrativos y se encuentra con normas ambiguas, incompletas y contradictorias que dificultan su ejecución.

1.1.4 La Administración y la potestad reglamentaria

La Administración en la actualidad debe laborar con eficiencia y celeridad en el ejercicio de sus potestades, de forma tal que responda a la realidad, a las necesidades de los administrados y la sociedad en general apegada a la ley. Uno de sus cometidos se vincula a la actividad de contenido legislativo que, a su vez, es una función otorgada al Presidente y a los organismos administrativos, mediante el ordenamiento jurídico de acuerdo con su competencia. Siendo esta, en el caso del Presidente de la República, la posibilidad de expedir reglamentos con la finalidad de organizar y regular la actuación administrativa en determinado campo³⁶ y en el caso de los demás órganos administrativos, la potestad normativa de carácter administrativo³⁷.

Los doctrinarios del Derecho Administrativo, entre ellos GORDILLO³⁸ consideran que por aplicación del principio de la separación de los poderes, el dictado de normas generales corresponde por principio al Congreso y no al Poder Ejecutivo; menos aun a sus órganos dependientes dentro de la Administración central. Por ello la facultad del Poder Ejecutivo para dictar reglamentos debe entenderse siempre con reservas: No es una facultad que le pertenece como principio, jure propio, sino como excepción, salvo el supuesto del art. 42; en ningún caso le corresponde a los ministros o Secretarios de Estado.

³⁵ Constitución del Ecuador. Art. 1.

³⁶ Constitución del Ecuador. Art. 147. Expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlos ni alterarlos, así como los que convengan a la buena marcha de la administración.

³⁷ Código Orgánico Administrativo. Art. 130.- Competencia normativa de carácter administrativo. Las máximas autoridades administrativas tienen competencia normativa de carácter administrativo únicamente para regular los asuntos internos del órgano a su cargo, salvo los casos en los que la ley prevea esta competencia para la máxima autoridad legislativa de una administración pública.

La competencia regulatoria de las actuaciones de las personas debe estar expresamente atribuida en la ley.

³⁸ GORDILLO Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2017, pág. 170.

En el Ecuador, los reglamentos expedidos por la Administración son complementarios a la ley y muchas veces modifican o establecen presupuestos que deberán nacer de una ley si lo que queremos es respetar los principios: democrático y de participación ciudadana y reserva de ley. Un ejemplo de ello es la actual codificación de las resoluciones del SERCOP, lo que vendría a ser un compendio de resoluciones (actos administrativos de carácter general) que regulan los asuntos vinculados a la contratación pública. En este compendio se regulan asuntos como, por ejemplo:

1.- En caso de reclamo o denuncia al SERCOP sobre el procedimiento de contratación, o por actuación de oficio del SERCOP, la entidad contratante una vez notificada, no podrá adjudicar ni celebrar el contrato hasta que el SERCOP decida sobre el asunto, siendo que el Código Orgánico Administrativo establece que en consideración de los caracteres de ejecutoriedad y presunción de legitimidad que los actos administrativos no suspenden su ejecución³⁹. Es decir, una resolución modifica un presupuesto legal establecido en una ley orgánica.

2.- Se establece que las empresas públicas que conformen asociaciones y consorcios participarán en igualdad de condiciones con los demás proveedores interesados, sin que, para el efecto, puedan acogerse a lo previsto en el numeral 8 del artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública: sin considerar el porcentaje de participación de los integrantes de la asociación o consorcio. Es decir, nuevamente una resolución modifica un presupuesto legal establecido en una ley orgánica.

Para estudiar la potestad reglamentaria y la facultad normativa de carácter administrativo del Poder Ejecutivo ecuatoriano, visto desde la óptica de competencias diferenciadas del presidente y de las máximas autoridades de los organismos que conforman la Administración Pública, considerados como estado centralizado y

³⁹ Código Orgánico Administrativo. Art. 229.- Suspensión del acto administrativo. Por regla general, los actos administrativos regulares se presumen legítimos y deben ser ejecutados luego de su notificación. La interposición de cualquier recurso administrativo o judicial no suspenderá la ejecución del acto impugnado, salvo que la persona interesada lo solicite dentro del término de tres días, petición que será resuelta en un término igual. La ejecución del acto impugnado podrá suspenderse, cuando concurran las siguientes circunstancias: 1. Que la ejecución pueda causar perjuicios de imposible o difícil reparación. 2. Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho, previstas en este Código o las normas que rijan el respectivo procedimiento especial. La administración resolverá sobre la suspensión del acto administrativo, previa ponderación motivada de los daños que su suspensión o ejecución causaría al administrado, al interés público o a terceros. La falta de resolución expresa al pedido de suspensión, se entenderá como negativa tácita. De la negativa expresa o tácita, no cabe recurso alguno. Al resolver la suspensión, la administración podrá adoptar las medidas cautelares que sean necesarias para asegurar la protección del interés público o de terceros y la eficacia de la resolución o el acto impugnado.

descentralizado funcional; es necesario determinar, desde criterios doctrinales, qué son las potestades y en qué consisten las facultades, en el ámbito administrativo. Dicha cuestión genera confusión ya que como dijimos antes, el COA hace una distinción normativa entre ellas, lo que ha conllevado a que en el Ecuador exista un exceso de facultad normativa de carácter administrativo y una extralimitación en lo que se refiere a la potestad reglamentaria, ya que no existe claridad sobre dichos términos, de ahí la necesidad de estudiarlos y generar una diferenciación científica, en virtud de la doctrina.

La potestad de forma general, es el poder que tiene la Administración Pública que le permite imponer sus decisiones a otros con el objetivo de lograr el interés general. Ello la coloca en una posición de supremacía y de prerrogativa, otorgado por el ordenamiento jurídico, que es el que determina y limita dicho poder⁴⁰. La potestad de crear disposiciones jurídicas generales es esencial para lograr los fines de la Administración Pública.

La potestad para DE LA CUÉTARA⁴¹ genera un cambio de orden jurídico para sujetos diferentes de quien la actúa. Por ello produce efectos jurídicos hacia terceros independientemente de su voluntad. Esto genera un cambio en el ámbito jurídico para los afectados, puesto que el ejercicio de la facultad puede ampliar el campo de acción o limitarlo. La incidencia de dichos efectos sobre terceras personas se asocia a la sujeción, que se relaciona con la potestad, pero no como vínculo jurídico, puesto que esta implica el poder de ejecutar modificaciones al ordenamiento jurídico sin que existan personas determinadas sujetas a él, ya que todos nos respondemos a este. Solamente existirían modificaciones a determinadas partes del ordenamiento.

Esta figura, como se dijo, tiene su origen en la Constitución del Ecuador. Es indisponible lo que implica que no puede hacerse uso de ella de forma libre, sino sujeto a ciertas condiciones y limitaciones, tal como indican GARCÍA PULLÉS⁴² y MARIENHOFF⁴³, el reglamento se refiere a materias que la norma constitucional le ha reconocido al Poder Ejecutivo, en el caso ecuatoriano únicamente al Presidente.

⁴⁰ DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ Juan Miguel, *Las potestades administrativas*, Editorial Tecnos, Madrid, 1986, pág.39.

⁴¹ *Ibíd.*, pág.42.

⁴² GARCÍA PULLÉS, Fernando Raúl, *El Contencioso Administrativo en la Argentina - Análisis del sistema federal, de las veintitrés provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Tomo I, "La impugnación de actos administrativos de alcance general"*, Buenos Aires, 2012, pág.20.

⁴³ MARIENHOFF Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965, pág.222.

Corresponde señalar que la potestad reglamentaria, no genera efectos jurídicos individuales sino generales, “no genera deberes concretos, ni sujetos obligados, sino una situación de sometimiento o sujeción a sufrir los efectos jurídicos que de ella emanan, no hay pues sujeto obligado sino una situación pasiva de inercia”⁴⁴. Ella implica un poder de actuación que se ejerce con la misma fuerza que la ley, con obligatoriedad y ejecutoriedad sometiendo a los administrados a las decisiones de la autoridad administrativa.

En ese sentido, MORALES afirma: “las potestades nacen del poder que atribuye el soberano a los distintos órganos de la administración del Estado, siendo que estas facultades constan en los textos constitucionales. La estructura misma del poder está concebida en la Carta Primera y de forma concreta en la organización que dicho texto confiere al Estado”.⁴⁵

Tal como explica la cita anterior, en el Ecuador, la Constitución de la República en el artículo 147 numeral 13, preceptúa entre las atribuciones y deberes del Presidente de la nación la de expedir los reglamentos que resulten necesarios para aplicar las leyes, siempre respetándolas, sin alterarlas, al igual que los que convengan a la buena marcha de la administración.

A mi entender, no se encuentran alcanzados todos los organismos que conforman la administración central (Presidencia, Vicepresidencia y Ministerios) y descentralizada (organismos e instituciones jerárquicamente inferiores a la administración central). El texto constitucional es claro cuando asigna la competencia reglamentaria al presidente. Y siguiendo de adagio popular, que en la administración se hace solo lo que se encuentra escrito sin interpretaciones ni alcances a conveniencia.

Por su parte, las facultades en el orden administrativo son atribuciones de un determinado órgano de la Administración para poder ejecutar su actividad con relación a las materias inherentes a su eje de actuación, son estas facultades las que forman parte de la naturaleza de la actividad que desarrollan diariamente⁴⁶. La facultad determina la

⁴⁴ CASSAGNE Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Palestra Editores S.A.C, Lima, pág.63.

⁴⁵ MORALES TOBAR Marco, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, pág.101.

⁴⁶ VILLAMARIN MOLINA Jorge, *Potestades de Derecho Público en las Empresas*, Repositorio de tesis Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2014, pág. 22.

competencia propia del órgano correspondiente que debe reposar en su ley de constitución o en la específica aplicable a aquel órgano. Esta especificidad, es una de las diferencias esenciales con respecto a las potestades, unido al hecho de quien regula que asuntos.

Se debe apuntar con respecto a las diferencias entre potestad y facultad que, para PÉREZ DE AYALA y GONZÁLEZ cuando hablan de la potestad reglamentaria de la administración, en España, dicen: “cabe advertir que el hecho de que el art. 18 de la L.G.T. atribuya privativamente al Ministro de Hacienda la facultad de dictar disposiciones interpretativas o aclaratorias de las leyes debe interpretarse en el sentido de que dicha facultad no corresponde al resto de los órganos inferiores del departamento. En el ejercicio de esta facultad, una vez más se presenta el debatido tema de la existencia de Órdenes y Circulares administrativas (debidamente publicadas), que contienen no sólo interpretaciones de preceptos, sino auténticas disposiciones reglamentarias. Es decir, aparece de nuevo la Administración, esta vez encarnada en el jefe de un Departamento ministerial, ejerciendo facultades normativas camufladas, frente a las cuales aún no han reaccionado adecuadamente (con adecuación de medios y previsión de efectos) los distintos ordenamientos jurídicos”.⁴⁷

La cita antes planteada, es clara y refleja cuando relaciona la praxis actual de órganos sin competencia y de menor jerarquía que dictan disposiciones jurídicas con carácter reglamentario, que solo son reservadas por ley, al Presidente de la Republica. Con base a lo expuesto se debe afirmar que la posición y el enfoque de la presente investigación es que la potestad es una prerrogativa otorgada por la Constitución y la ley, exclusivamente al presidente, en una situación de excepcionalidad ya que originariamente la posibilidad de emanar normativa recae en el poder legislativo, pero que es concedida al primer mandatario, considerando la necesidad de organizar y asegurar la buena marcha de la administración pública. Por tanto, la facultad al ser más específica y de uso cotidiano es aquella que le es propia a los órganos del Estado.

Se debe señalar que teniendo en cuenta lo antes expuesto, que la titularidad de la potestad reglamentaria es del Presidente y no corresponde a otras autoridades. En caso de que otro órgano haga uso de dicha potestad o exista un uso excesivo de este poder, puede

⁴⁷ PÉREZ DE AYALA José Luis y GONZÁLEZ Eusebio, *Derecho Tributario I*, Plaza Universitaria Ediciones, Salamanca, 1994, pág. 63 y 64.

dar lugar a la impugnación de los actos administrativos, bien sean fruto de una actividad reglamentaria o de una actividad normativa de carácter administrativo.

A pesar de lo planteado, en el Ecuador ocurren confusiones acerca del asunto objeto de estudio, cuando Ministerios y otros órganos administrativos ejecutan actos normativos que sobrepasan su naturaleza y reglamentan una ley, esto vulnera la norma constitucional, puesto que la potestad reglamentaria es del presidente de la República. “Existe una serie de intentos reglamentarios, por llamarlos así, efectuados por los ministros de Estado, actos que jurídicamente constituyen: acuerdos o resoluciones, que aunque se encuentren publicados y en vigencia bajo el título de reglamentos no pueden equipararse a la categoría normativa de reglamento que como efecto ulterior tiene un nivel jerárquico constitucional”⁴⁸. Su naturaleza jurídica sigue siendo la de un acto normativo de carácter administrativo, es decir, poseen un rango inferior al reglamento.

La confusión que se ha generado por esta pseudo clasificación normativa que hace el Código Orgánico Administrativo y también de la práctica del Derecho Administrativo en el Ecuador, ha conllevado a que entidades de menor jerarquía en inexistente alcance e incorrecta interpretación del texto constitucional, expidan actos normativos de carácter administrativo incorrectamente llamados reglamentos, incluso de manera excesiva, innecesaria e irracional. Por ello, la presente investigación tiene como objetivo, determinar desde un estudio doctrinal, de las normas jurídicas vigentes y de la praxis en el espacio geográfico ecuatoriano, a quien le corresponde hacer uso de la potestad reglamentaria propiamente dicha y a quien le corresponde ejercitar la facultad normativa de carácter administrativo; la naturaleza jurídica de los instrumentos fruto de cada una de ellas, sobre qué materia (general o específica) versa cada uno, el alcance y el rango jerárquico de esos instrumentos para lograr una mejor interpretación y aplicación en el quehacer administrativo y con esto evitar la generación inútil y contradictoria de instrumentos jurídicos (reglamentos o actos normativos de carácter administrativo) que entorpecen el proceso administrativo y que colocan al administrado en una situación de inseguridad jurídica.

⁴⁸ CHALCO SALGADO José, *Principio democrático y la facultad reglamentaria del presidente de la República*, Repositorio de tesis Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2017, pág.73.

1.2 Justificación

En el Ecuador actualmente se manifiesta un exceso de aplicación de la potestad reglamentaria, puesto que no existe claridad (confusión) respecto de los términos potestad reglamentaria y facultad normativa de carácter administrativo, ya que la normativa administrativa las diferencia, pero en la praxis esa diferencia parece no respetarse, cuestión que coloca en inseguridad jurídica a los administrados y sobrepasa las competencias previstas constitucionalmente sobre el asunto. Partiendo de que es el presidente quien tiene la potestad reglamentaria y, corresponde a las entidades descentralizadas funcionales⁴⁹ la facultad normativa de carácter administrativo, dígase, secretarías, subsecretarías y demás entes descentralizados y desconcentrados⁵⁰ que se subordinan al Jefe de la Administración Pública.

Por ello es esencial que la investigación desarrolle desde la doctrina, la jurisprudencia y la normativa un estudio de ambos términos, al igual que, las personas competentes para desarrollar una y otra; los actos normativos que producen, sus clasificaciones (reglamento y acto normativo de carácter administrativo) sumado a los efectos jurídicos a los que cada instrumento da lugar para finalmente referirnos a la forma de impugnación de los mismos. Con ello se busca determinar de manera clara las competencias de la Administración Pública y con ello evitar se generen instrumentos jurídicos permeados de contradicción e inutilidad. Además de prevenir el conflicto de ley y la confrontación de carácter jerárquico-normativa que de ellos se desprende actualmente al momento de aplicarlos.

Se debe señalar que la razón principal para desarrollar la investigación se sustenta en el conflicto de normas que se generan cuando tiene idéntico contenido o regulan los mismos asuntos, tanto en leyes orgánicas como reglamentos o en actos normativos suscritos por las diferentes entidades de la Administración Pública. Ejemplo de ello tiene

⁴⁹ Presidencia de la República del Ecuador, Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Art. 51.- De la Descentralización.- Mediante la descentralización administrativa se transfieren de manera definitiva funciones que desempeñan órganos de la Administración Central a favor de entidades de Derecho Público de la Administración Pública Institucional (descentralización funcional) o del Régimen Seccional Autónomo (descentralización territorial).

⁵⁰ Presidencia de la República del Ecuador, Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Art. 54.- Desconcentración.- La titularidad y el ejercicio de las competencias atribuidas a los órganos administrativos podrán ser desconcentradas en otros jerárquicamente dependientes de aquellos, cuyo efecto será el traslado de la competencia al órgano desconcentrado. La desconcentración se hará por Decreto Ejecutivo o Acuerdo Ministerial.

lugar en el Ecuador, con el Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Por ello, es esencial que estas cuestiones queden claras y se determinen en este trabajo.

1.3 Objetivos

1. Estudiar la diferencia entre potestad y facultad mediante el análisis normativo, doctrinario y de casos para demostrar que en el Ecuador, respecto a la producción normativa en el seno de la Administración Pública, existen dos competencias administrativas diferenciadas, una reglamentaria y otra normativa.
2. Conocer los poderes del Estado ecuatoriano que se relacionan con el objeto de estudio, siendo estos: poder legislativo, poder ejecutivo, órganos y entidades descentralizadas y desconcentradas; así como las relaciones entre sí, para determinar la competencia en la emisión de actos normativos y/o reglamentos.
3. Analizar acerca de la naturaleza jurídica de los actos administrativos que surgen tanto de la potestad reglamentaria y de la facultad normativa de carácter administrativo ya que, así como Julio Rodolfo Comadira creó dentro de la clasificación de actos administrativos generales, la distinción entre actos normativos y actos no normativos fundada en la consunción de estos; y como Chalco hace la distinción entre reglamentos ejecutivos (regulan leyes formales) y reglamentos orgánico funcionales (respecto de la organización administrativa), siendo ambos de competencia del presidente. Pretendo demostrar que en Ecuador, teniendo como base: la competencia, la especificidad de la materia que regulan, la jerarquía normativa, su permanencia y ejecutoriedad; existe una nueva clasificación o subclasificación de los actos normativos y los llamaremos actos normativos interadministrativos (reglamentos) y actos administrativos interorgánicos (actos normativos de carácter administrativo).
4. Una vez que ahondamos acerca de la competencia, la organización administrativa, la naturaleza jurídica de los actos normativos de carácter administrativo y sus efectos jurídicos, habiendo demostrado nuestra hipótesis de que en Ecuador existe una nueva clasificación o subclasificación de los actos normativos, estudiaremos

las formas de impugnación (directa e indirecta) tanto en sede administrativa como en sede judicial y en sede constitucional para darle mayor practicidad a esta investigación.

1.4 Metodología

La presente investigación tiene un carácter cualitativo teniendo en cuenta que nace del problema antes planteado y mediante ella se podrá entender la dimensión e importancia de la potestad reglamentaria y/o normativa en el Ecuador y de la necesidad de se determine a quien le corresponde hacer uso de ella al igual que se pretende demostrar que el reglamento y el acto normativo tienen la misma naturaleza jurídica pero diferente jerarquía normativa. Mediante la doctrina se permitirá interpretar y entender el objeto de estudio en la práctica. Es un estudio eminentemente teórico. Esta clase de metodología es esencial en el contexto jurídico para fortalecer los resultados, puesto que permite contrastar la información doctrinal y normativa con los casos prácticos; generando una opinión, interpretación y percepción que responde al problema de investigación identificado.

Por otro lado, la investigación es de tipo descriptiva, en ella se analizan las particularidades del fenómeno de la potestad reglamentaria y/o normativa en el contexto nacional, partiendo de su definición, finalidad y particularidades. Al igual que del reglamento y del acto normativo de carácter administrativo. El hecho de poder conocer estas figuras permite encontrar las dificultades que suelen aparecer en la práctica y arribar a conclusiones certeras que constituyan un aporte investigativo importante para el derecho administrativo en el Ecuador. Este tipo de investigación aplicado al campo jurídico nos permite descomponer los temas en partes para asegurar su análisis y comprensión, tal como se planteó en los objetivos y en el índice de este trabajo.

Igualmente, la técnica empleada en la investigación es la bibliográfica-documental, puesto que se emplearon como base la revisión de fuentes bibliográficas primarias y secundarias, documentos, trabajos de investigación, libros, monografías, artículos de revistas, en las que constan estudios y análisis doctrinales sobre la potestad reglamentaria. De dichas fuentes, se tomaron definiciones, reflexiones y otros aspectos, además se consultaron y examinaron normas legales que conforman el ordenamiento jurídico

nacional sobre la materia, entre otros aspectos suficientes para confrontarlos con resoluciones, reglamentos y otros actos normativos vigentes en el país. Ello constituye el fundamento teórico de la investigación para llegar a las conclusiones.

La investigación bibliográfica documental en el presente trabajo ha permitido describir, analizar e interpretar los aspectos vinculados a la potestad reglamentaria y facultad normativa de carácter administrativo. Todo ello ha facilitado el desarrollo de una revisión y análisis holístico del asunto. De igual manera, se emplearon varios métodos de investigación como el inductivo, mediante el que se revisaron las cuestiones esenciales concernientes al tema de estudio, a través de él se acumuló información que permitió definir una posición ante sus particularidades y la regulación jurídica, lo que permitió llegar a conclusiones.

El método inductivo aplicable en la investigación ha posibilitado tomar en cuenta los criterios del legislador acerca de la potestad reglamentaria y facultad normativa de carácter administrativo, al igual que la jerarquía normativa. Este método toma en cuenta que cada disposición jurídica no es aislada, sino que forma parte de un sistema legal. En el caso de esta investigación se revisan las normas sobre la materia, encabezadas por la Constitución, el Código Orgánico Administrativo y demás normas del derecho administrativo. También, se aplicaron otros métodos como el analítico-sintético, exegético jurídico, deductivo y el sistemático.

1.5 Introducción

El sistema jurídico del Ecuador se caracteriza por un régimen en el que la principal fuente del derecho es la ley, pasando a un segundo plano la jurisprudencia y tercer plano la doctrina. Es por ello que la presente investigación ha intentado recaudar la mayor y mejor información acerca de la potestad reglamentaria del Presidente de la República (por mandato constitucional) y la facultad normativa de los organismos administrativos, tal cual las separa la normativa administrativa en Ecuador, COA.

Para lograr los objetivos propuestos y demostrar la hipótesis, la investigación está estructurada en seis capítulos. En el primer capítulo de esta tesis se hablará acerca de las generalidades, conceptualizando a la Administración Pública propiamente a la

ecuatoriana; se establecerán los objetivos sobre los cuales se irá tratando cada capítulo y de los cuales al final se obtendrán las conclusiones acorde a cada uno de ellos, se hablara acerca de la metodología de la investigación que se usó y porque esta fue la idónea, y se otorgará una justificación acerca del aporte científico que este trabajo constituye para el sistema jurídico ecuatoriano, para quienes estudian el derecho y quienes lo ejercen.

La hipótesis sobre la que se sustenta la investigación es el hecho de que el reglamento y el acto normativo de carácter administrativo si bien tienen la misma naturaleza jurídica, pertenecen a distintos grados o clasificaciones, lo que da lugar a características, jerarquía, efectos jurídicos e impugnación diferente; fundada en la norma que le concede la potestad reglamentaria únicamente al presidente y la facultad normativa a los órganos descentralizados funcionales; y, a la especificidad de la materia que estos regulan.

El segundo capítulo aborda con mayor profundidad la distinción entre la potestad reglamentaria y la facultad normativa de carácter administrativo, y sus limitaciones normativas, aplicando la metodología cualitativa, se enfoca en examinar la doctrina y contrastarla con casos de aplicación en la actualidad. Se revisan los principios propios del Estado de Derecho, entre ellos: el principio de división de poderes, reserva de ley, principio democrático y la exacerbación del uso de estas competencias. Y otros principios del Derecho Administrativo como: jerarquía normativa; legalidad y zona de reserva; seguridad jurídica y confianza legítima; tutela administrativa efectiva y el de razonabilidad y la extralimitación en el uso de esa competencia. Y por supuesto, se da lugar a la distinción normativa acerca la facultad normativa en virtud de la norma vigente en el Ecuador (COA).

Por su parte, en el capítulo tercero se estudia al poder legislativo por estar estrechamente relacionado con el objeto de estudio ya que la posibilidad de acuñar normativa es originariamente perteneciente a este poder si nos referimos a un estado republicano de derecho como lo es el Ecuador, también analizamos las particularidades del poder ejecutivo ecuatoriano y sus relaciones con los órganos descentralizados funcionales y desconcentrados. Por ello se revisa lo concerniente a los poderes: legislativo y ejecutivo desde sus atribuciones, deberes y las relaciones entre sí. Sobre esta última, se revisan sus facultades administrativas, jurisdiccionales, normativas, las materias

exclusivas y concurrentes; y finalmente, revisamos las competencias generales de los órganos descentralizados y desconcentrados ya que estos serán quienes darán uso a la facultad normativa de carácter administrativo.

Siguiendo con la estructura de la investigación, el capítulo cuarto, está dedicado a estudiar la naturaleza jurídica del acto administrativo, específicamente el acto normativo, dentro del cual se encuentran el reglamento y el acto normativo de carácter administrativo. Se examina la doctrina sobre el reglamento y sus variadas clasificaciones, orígenes, características y naturaleza jurídica con el fin de determinar la distinción entre el reglamento y el acto normativo de carácter administrativo. Sobre esto último, se revisa conceptos, características, semejanzas y diferencias entre una y otra.

Por su lado, el capítulo cinco está dirigido a estudiar la impugnación del reglamento y del acto normativo de carácter administrativo, partiendo del procedimiento administrativo y los principios que lo rigen. También de las reglas generales de impugnación de los actos normativos, la legitimación, el agotamiento de vía, la impugnación en sede administrativa y en sede judicial, los recursos previstos por el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Igualmente se examina la impugnación de los actos normativos en sede constitucional. Por último, el capítulo sexto está dedicado a las conclusiones y recomendaciones derivadas de la investigación.

Este trabajo de manera general contribuye a interpretar y aclarar lo concerniente a la potestad reglamentaria y a la facultad normativa de carácter administrativo en el Ecuador, de forma tal que, se ejecute sin manifestar conflicto normativo, considerando no solo el emisor de la normativa, sino el operador (funcionario público) que es quien finalmente va a aplicarla; y evitar el uso ilegítimo, excesivo, repetitivo e irracional de las facultades administrativas, asegurando la tutela efectiva de los derechos de los administrados, así como también la seguridad jurídica y confianza legítima considerando que el derecho administrativo está creado para el servicio del administrado.

CAPÍTULO II

POTESTAD REGLAMENTARIA Y FACULTAD NORMATIVA DE CARÁCTER ADMINISTRATIVO

2.1 Potestades de la Administración Pública

Después de haber revisado, en el capítulo anterior, las principales definiciones doctrinales referentes a la Administración Pública, es necesario examinar algunas cuestiones relacionadas con las potestades desde las diferentes posturas doctrinales y aspectos relacionados con ellas, reconociendo desde un sentido genérico que las facultades son otorgadas a la Administración mediante el ordenamiento jurídico.

En relación con lo expuesto, FERRADA⁵¹ considera que: “las potestades son poderes de índole legal, reconocidos por la normativa que le son atribuidos a la Administración como titular de éstas. En ese sentido, se debe plantear que la atribución de esas potestades no es más que una autorización que la ley le otorga a la Administración para desarrollar acciones ejecutivas que producen efectos legales sobre los particulares y sus intereses, sobre aspectos específicos dirigidos a cumplir el fin de satisfacer el interés general”. Es así como, las potestades de naturaleza administrativa se entienden como sinónimos de poder y se comprenden como la sectorización del poder público, ejercido en este caso, por la Administración Pública, son aquellas facultades o competencias que le son otorgadas para realizar las funciones administrativas.

CASSAGNE, con respecto a las potestades afirma que: “para realizar y conseguir los cometidos del Estado, es necesario que la Administración Pública disponga de poderes o prerrogativas para cumplir integralmente con los fines del bien común que persigue el Estado. Tales poderes se denominan en el lenguaje técnico, potestades”⁵². Tal como lo plantea el autor citado, las potestades administrativas son prerrogativas de la Administración Pública encaminadas a cumplir sus fines, y que le permiten ejercer sus funciones desde una posición de preferencia jurídica que se concreta en la obligación que

⁵¹ FERRADA Juan Carlos, “*Las Potestades y Privilegios de la Administración Pública en el Régimen Administrativo Chileno*”, Revista de Derecho, Volumen XX, No. 2, Santiago de Chile, 2007, pág.35.

⁵² CASSAGNE Juan Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*, Palestra Editores, Tomo II, Lima, 2010, pág.146.

poseen los administrados de cumplir con aquellos actos emanados de la Administración haciendo uso de sus potestades.

Para GARRIDO FALLA las potestades propias de la Administración Pública constituyen el resultado de su titularidad representado por la posición jurídica que tiene el Estado con respecto a los particulares.⁵³ La potestad administrativa es un reflejo de las relaciones jurídicas del poder público con los administrados. Son aquellas prerrogativas que ejecuta la Administración para materializar sus fines reconocidos por la normativa en virtud de sus competencias.

Relacionado con lo anterior, MORALES afirma: “Las potestades nacen del poder que atribuye el soberano a los distintos órganos de la administración del Estado, siendo que estas facultades constan en los textos constitucionales. La estructura misma del poder está concebida en la Carta Primera (Constitución) y de forma concreta en la organización que dicho texto confiere al Estado”⁵⁴.

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, en el Derecho Administrativo se presentan confusiones en cuanto a definir las potestades y las facultades. Se debe partir de que son dos figuras jurídicas diferentes. En el Ecuador, la potestad se refiere a aquella que es otorgada por la norma constitucional, específicamente en cuanto a la potestad de expedir reglamentos al Presidente, quien es el responsable de la Administración Pública⁵⁵, encargado de garantizar la tutela administrativa efectiva; mientras que la facultad normativa de carácter administrativo, le corresponde a los órganos y entidades descentralizadas y desconcentradas para regular determinados asuntos de menor jerarquía.

En virtud de lo afirmado hay que destacar que son precisamente las facultades concedidas por ley a las máximas autoridades de los órganos y entidades administrativas, las que dotan a la Administración del poder necesario para regular sus asuntos internos

⁵³ GARRIDO FALLA Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Tecnos, Madrid, 1987, pág.333.

⁵⁴ MORALES TOBAR Marco, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP), Quito, 2011, pág.11.

⁵⁵ Constitución del Ecuador. Art. 141.- La Presidenta o Presidente de la República ejerce la Función Ejecutiva, es el Jefe del Estado y de Gobierno y responsable de la administración pública. La Función Ejecutiva está integrada por la Presidencia y Vicepresidencia de la República, los Ministerios de Estado y los demás organismos e instituciones necesarios para cumplir, en el ámbito de su competencia, las atribuciones de rectoría, planificación, ejecución y evaluación de las políticas públicas nacionales y planes que se creen para ejecutarlas.

que desarrollan en su actividad y permitirles contar con la aptitud legal necesaria para garantizar y ejecutar sus fines propios.

Por otra parte, VILLAR PALASÍ determina que: “las potestades derivan siempre de «status» legales, es decir, son creadas siempre por el ordenamiento jurídico directamente, sin que puedan surgir por convenciones de negocio”⁵⁶. Como fruto de esto, entre las características de la potestad, se destacan: alcance general (afecta a todos los administrados), imprescriptible (no vence con el tiempo), inajenable (no puede cambiarse ni cederse), y está relacionada con la competencia (en especial la concedida directamente por la Constitución).

La potestad según GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ⁵⁷, tiene diferentes formas de atribución en virtud de la norma jurídica que la reconoce y posee determinadas modalidades, entre ellas:

1. La atribución de potestad puede manifestarse de manera expresa o implícita, surgiendo con ello los poderes inherentes⁵⁸. Por ejemplo: cuando se concede la facultad de selección de un contratista para la provisión de un servicio o bien determinado, se concede de manera inherente la facultad de fiscalizar la realización de la obra o cerciorarse de la calidad del bien entregado.
2. La atribución de potestad se puede realizar de forma específica o genérica, y en este caso se manifiestan las cláusulas generales de habilitación. Específica, cuando se cumple con una finalidad específica del Estado (ejemplo: la educación superior, la emisión de los requisitos para la postulación de una beca gubernamental). Genérica, cuando se evoca una finalidad general (ejemplo: la mención de la educación como parte de los deberes del Estado en aras del bien común). La atribución de potestad se

⁵⁶ VILLAR PALASÍ José Luis, “*Apuntes de Derecho Administrativo*”, *Jornadas de Derecho Administrativo organizadas por la Universidad Austral*, Editorial RAP, Buenos Aires, 2002, pág.162.

⁵⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás, *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Temis S.A., 12va. Edición, Bogotá, 2011, pág.56.

⁵⁸ La doctrina de la potestad inherente apunta, a un problema estricto de interpretación finalista. En términos esquemáticos, que no se corresponden totalmente con la complejidad de la cuestión, puede enunciarse el principio de este modo: si la ley atribuye expresa y literalmente a la misma potestad A' que sólo alcanza a servir congruentemente el fin A, ha de entenderse que también otorgó las potestades B y C, congruentes con las finalidades B y C, que la Administración debe inexorablemente cumplir por propio imperativo de la ley. VILLAR Palasí José Luis, “*Apuntes de Derecho Administrativo*”, *Jornadas de Derecho Administrativo organizadas por la Universidad Austral*, Editorial RAP, Buenos Aires, 2002, pág.166.

puede ejercitar con determinación o con indeterminación basadas en las condiciones de ejercicio. Ello permite diferenciar a la potestad reglada de la discrecional.

3. La potestad reglada es aquella que no permite obrar más allá de los parámetros establecidos. Ejemplo: la expropiación como afectación del derecho a la propiedad de los administrados para no ser arbitraria debe contemplar una indemnización o reparación económica, acatar esta disposición se convierte en una potestad reglada.

Por su parte, también se destacan entre las prerrogativas de la Administración a la potestad discrecional que es la libertad de actuación, elegir entre obrar o no hacerlo, o elegir de entre todas las posibilidades igualmente válidas que se tenga. Ejemplo: los criterios de valoración de una oferta en una licitación pública, los mismos que no tendrán como único parámetro el precio; establecer esos criterios se convierten en una libre elección por parte de la administración, es decir una potestad discrecional.

Al respecto, hay que precisar, que bien sean las potestades reglamentarias y discrecionales, es la ley la que las contempla y concede, no pueden atribuirse por mérito propio ni bajo ningún otro instrumento jurídico que no sea la ley. “Frente a la potestad reglada, la discrecional se caracteriza por ser aquella cuyos presupuestos, contenido y procedimiento no están determinados por la ley y, por lo tanto, no precisadas exactamente por la ley. En el ejercicio de la potestad discrecional la Administración completa, por consiguiente, las disposiciones de la ley con su propia y libre determinación”⁵⁹.

A modo de resumen se puede plantear que las potestades administrativas surgen de la ley y dan lugar al nacimiento de relaciones jurídicas generadoras de efectos jurídicos para las partes, son una consecuencia del Estado de Derecho. Al respecto GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ afirman que la “potestad no se genera en relación jurídica alguna, ni en pactos, negocios jurídicos o actos o hechos singulares, sino que procede directamente del ordenamiento”⁶⁰. Lo antes expuesto ratifica que la actividad administrativa está sujeta a la ley, pues es precisamente la norma, quien atribuye las potestades para poder satisfacer los intereses generales de la colectividad.

⁵⁹ VILLAR PALASÍ José Luis, “Apuntes de Derecho Administrativo”, *Jornadas de Derecho Administrativo organizadas por la Universidad Austral*, Editorial RAP, Buenos Aires, 2012, pág.173.

⁶⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás, *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Temis S.A., Bogotá, 2011, pág.56.

Las potestades para DE LA CUÉTARA⁶¹, son reconocidas por el derecho a determinados segmentos de poder. Tiene como características que son inalienables e intransferibles, lo que no impide que se pueda delegar su ejercicio, pero nunca se transfiere su titularidad. Son irrenunciables atendiendo a que no se puede renunciar a su competencia de carácter general, son imprescriptibles ya que una vez que se consiguen no se pierden por el transcurso del tiempo, sin embargo, su ejercicio puede estar sujeto a determinada caducidad dispuesto en la ley.

Por otro lado, las potestades no son objeto de modificación, puesto que dependen de la norma que concedió la potestad y en consecuencia debe actuarse de acuerdo con la ley sin que se cambie la finalidad y contenido de la potestad, o sea solo la ley puede extinguirla o modificarla. Recordemos al respecto al adagio popular de que: “todas las cosas en derecho, como se hacen se deshacen” es decir que si la norma concedió la potestad solo la norma puede limitarla, alterarla o extinguirla.

Otra de las características de las potestades antes analizadas, es que son expresas, lo que significa que estas deben estar dispuestas en la normativa en virtud del principio de legalidad. Igualmente, son específicas, puesto que la norma delimita a las mismas, determinando su alcance, por lo que, tanto las potestades regladas como las discrecionales, aunque esta última, deje un margen de libertad de actuación; ambas dependen de la atribución con que el órgano la haya otorgado y su fin.

Por otro lado, la Administración goza de cierta autonomía cuando se trata de las potestades de tipo normativas, las relacionadas con la organización y las ejecutivas, ya que se ejercitan en función de sus necesidades y características propias siempre dentro del campo de su competencia. (Las normativas pueden utilizarse para establecer determinado orden en varios aspectos que resultan necesarios dentro de la sociedad, dicha potestad debe usarse de forma racional y de manera dinámica. Por ejemplo: la prohibición de circulación de vehículos en horarios pico. Y las ejecutivas, que sirven a manera de ejecución de algún plan o política gubernamental).

⁶¹ DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ Juan Miguel, *Las Potestades Administrativas*, Editorial Tecnos, Madrid, 1986, pág.57.

2.1.1 Clasificación de las potestades administrativas

Las potestades administrativas han sido clasificadas de diferentes maneras. DIEZ⁶² las analiza de forma genérica y las divide en: potestad de mando, potestad reglamentaria, potestad sancionadora y potestad jurisdiccional. Potestad de mando es aquella que permite a la Administración en el ejercicio de su actividad, dictar órdenes y en consecuencia son de obligatorio cumplimiento. En cuanto, a la potestad reglamentaria se relaciona con la facultad administrativa de crear normas o disposiciones que poseen un carácter impersonal y general. La potestad sancionadora es aquella como su nombre lo indica, que permite imponer sanciones de índole administrativa a aquellos que infrinjan la normativa, ejerciendo esta facultad, la Administración asegura el cumplimiento de ley. Y, por último, la potestad jurisdiccional que permite poder ejercer un control de la legalidad de los actos emanados de la Administración Pública ya sea en sede administrativa como judicial.

Existen diversos criterios con respecto a la clasificación de las potestades. Hay posturas, como las de GARCÍA ENTERRÍA y FERNÁNDEZ⁶³, que avalan la existencia de cuatro tipos: la potestad de auto tutela, la potestad sancionatoria, la potestad de ejecución forzosa y la potestad de actuación de oficio. Para SECAIRA⁶⁴ se establece de la siguiente manera:

1. Potestades de supremacía general y de supremacía especial: la primera se relaciona con aquellas facultades en las que se interrelacionan o afectan todos los ciudadanos y especiales aquellos que están dirigidos a afectar a un determinado destinatario de forma concreta e individual.
2. Potestades regladas y discrecionales: las primeras como su nombre lo indica, depende de la regulación jurídica, obliga al cumplimiento de lo dispuesto en la ley sin que dé posibilidad a la Administración de modificar sus actuaciones y las

⁶² DIEZ Manuel María, *Manual de Derecho Administrativo*, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1977, pág.101.

⁶³ GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 5ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 2003, págs.491-493.

⁶⁴ SECAIRA DURANGO Patricio, *Curso Breve de Derecho Administrativo*, Editorial Universitaria, Universidad Central del Ecuador, Quito, 2004, págs.122-126.

discrecionales da posibilidad a la Administración de hacer unos de sus potestades de forma libre, siempre que no vulnere la ley.

3. Potestades innovativas y conservativas: las innovativas otorgan la facultad a la Administración, de crear, modificar o extinguir relaciones de índole legal; y, conservativas, son aquellas que le otorgan facultades a la Administración para tutelar o preservar una relación jurídica.

En sentido general, se han analizado las potestades administrativas, las cuales resultan necesarias en la actividad diaria de la Administración Pública para a través de ellas, aplicar y hacer cumplir la normativa vigente y lograr el bien común. La investigación en lo procedente prestará especial atención a la potestad reglamentaria.

2.1.2 Potestad Reglamentaria. Su Fundamento

El término potestad según CABANELLAS⁶⁵ significa atribución, dominio, jurisdicción. La potestad reglamentaria se relaciona con la producción de determinada normativa relacionada con la materia administrativa.

Toda acción de índole administrativa representa un ejercicio de poder que la normativa le atribuye a la Administración Pública, lo que significa que la ley igual que le otorga dichas potestades, las limita. Al respecto, CASSAGNE⁶⁶ plantea que las potestades no surgen de ninguna relación de tipo jurídica, sino de la propia normativa que las otorga y regula. Es importante destacar que la potestad reglamentaria se relaciona con el ejecutivo, puesto que consiste en el poder de dictar normas de alcance general de contenido obligatorio. El carácter general de las normas se refiere a que su alcance se extiende a toda la colectividad; y, el contenido obligatorio hace que tengan fuerza de ley, es decir que puedan ser exigidas incluso bajo medios coactivos.

Para determinar la potestad de mejor manera, es esencial plantear que ésta nace de la ley, del ordenamiento jurídico. Es indisponible, lo que implica que no puede hacerse

⁶⁵ CABANELLAS Guillermo, *Diccionario Elemental Jurídico*, Editorial Heliasta, 3ra Edición, Buenos Aires, 2005.

⁶⁶ CASSAGNE Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Editorial Palestra Editores, Tomo II, Lima, 2010, pág. 88.
<https://docplayer.es/42521713-Juan-carlos-cassagne.html>

uso de ella de forma libre, sino sujeto a ciertos requisitos y condiciones, por ello es irrenunciable, intrasmisible, imprescriptibilidad y son un privilegio de la Administración.

Corresponde señalar que la potestad no se refiere a cuestiones específicas sino genéricas “no genera deberes concretos, ni sujetos obligados, sino una situación de sometimiento o sujeción a sufrir los efectos jurídicos que de ella emanan, no hay pues sujeto obligado sino una situación pasiva de inercia”⁶⁷. Ella implica un poder de actuación que se ejerce en virtud de la normativa y obliga a los administrados a cumplir las decisiones de la autoridad administrativa.

Sobre el tema de estudio GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ⁶⁸, consideran a la potestad reglamentaria como aquel poder que posee la Administración Pública de proceder a la expedición de normas de diferente jerarquía, que complementan la ley, y que permite la posibilidad de dictar reglamentos que rijan la conducta de los administrados. Además, analizan la potestad reglamentaria desde dos perspectivas: la de responder a causas de índole social y política que permite a la Administración expedir determinada normativa; y, la otra, aquellos fundamentos legales que le otorgan a la Administración la facultad de reglamentar. Como podemos destacar, se hace una connotación ejecutiva y normativa de dicha potestad. La ejecutiva como la posibilidad de habilitar las actuaciones cotidianas y de organización. Por ejemplo: Dividir a una institución pública en departamentos y concederle a cada uno ciertas competencias. La normativa como la posibilidad de regular las conductas de carácter general. Por ejemplo: El reglamento para el uso del uniforme en una entidad pública.

Igualmente destacan que la Administración, solo puede ejercer esta potestad para dictar reglamentos, que por la ley le ha sido reconocida para dar cumplimiento a los principios de legalidad y jerarquía normativa. Al respecto los mencionados autores plantean que: “se llama potestad reglamentaria al poder en virtud del cual la administración dicta reglamentos; es, quizá, su potestad más intensa y grave, puesto que implica participar en la formación del ordenamiento. De este modo la Administración no es solo un sujeto de derecho sometido como los demás a un ordenamiento que le viene

⁶⁷ *Ibíd.*, pág. 146.

⁶⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás, *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Temis S.A., 12va. Edición, Bogotá, 2011, pág. 167.

impuesto, sino que tiene la capacidad de formar en una cierta medida su propio ordenamiento y aún el de los demás”⁶⁹. Esto hace que de cierta forma se establezcan relaciones de subordinación, como en el caso de un contrato administrativo, en el mismo, queda claro que las pretensiones del contratista quedan sometidas al interés público. Incluso, en los últimos años se han presentado demandas al Estado ecuatoriano, debido a retraso en el pago a contratistas del Estado⁷⁰, ante lo cual la justificación ha sido que el Estado está solventando cuestiones de interés general y que en su momento se encargará de las cuestiones de carácter particular. Lo que pone al contratista en una situación desfavorable frente al Estado.

GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ⁷¹ plantean que la potestad reglamentaria tiene un carácter material y formal; la primera, atendiendo que para la Administración Pública es vital contar con una herramienta normativa de naturaleza flexible, ya que tanto la producción, modificación y derogación, deben estar sujetos a labores netamente administrativas erigidas sobre criterios técnicos, encaminados a aplicar la ley de manera justa; y, la parte formal, se basa en que las acciones de la Administración deben estar amparadas en el texto constitucional de donde surge la norma para materializar el principio de legalidad. Exponen que: “la potestad reglamentaria es el poder que tiene la Administración de expedir normas secundarias, subalternas, inferiores y complementarias de la ley”⁷². Los autores en sus análisis hacen una observación importante de los principios de legalidad y jerarquía normativa como limitantes de la potestad reglamentaria.

Según PÉREZ ROYO: “la potestad reglamentaria está prevista para realizar dos tareas distintas: una primera, consiste en la ejecución de la voluntad del superior, en la ejecución de la ley; otra, segunda, consiste en el ejercicio de la facultad de auto organización”⁷³. Un sector de la doctrina, según LÓPEZ⁷⁴, apunta que esta facultad

⁶⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás, *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Temis S.A., 12va. Edición, Bogotá, 2011, pág. 156.

⁷⁰ Este es el caso de la empresa Maxtrailer, que opera en la provincia de Orellana con grúas y ocho vehículos para carga pesada al servicio de Río Napo, esta compañía tiene una deuda por cobrar al Estado, por más de USD 700.000 desde junio del año pasado. Este contenido ha sido publicado originalmente por Diario EL COMERCIO en la siguiente dirección: <https://www.elcomercio.com/actualidad/ecuador-expectativa-proveedores-pagos-petroecuador.html>.

⁷¹ GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás, *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Temis S.A., 12va. Edición, Bogotá, 2011, pág. 159.

⁷² *Ibíd.*, pág. 157.

⁷³ PÉREZ ROYO Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2018, pág. 684.

⁷⁴ LÓPEZ María Eugenia, “*La potestad reglamentaria en el Ecuador*”, Repositorio de tesis Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2013, págs. 9-14.

permite establecer determinadas condiciones, requerimientos, límites o particularidades que a pesar de no haberse contemplado por el legislador expresamente, están en consonancia con el espíritu de la norma que sirve de base al reglamento y por consiguiente a sus fines.

La potestad reglamentaria es un instrumento de la Administración para regular determinadas relaciones jurídicas, la cual como se ha dicho, nace del Estado. Al respecto, BARRA apunta: “entonces todo el Estado es un gran productor de normas jurídicas, generales y particulares. Dentro del Estado, lógicamente, la Administración Pública, que también dicta normas generales y particulares, especialmente, reglamentos y actos administrativos”⁷⁵. Recordemos que los órganos administrativos que pertenecen al Estado descentralizado y que componen al Poder Ejecutivo tienen también su propia personalidad jurídica, sin verse divorciados del Estado central y esto hace que también tengan la posibilidad de ejercer derechos y contraer obligaciones a cuenta propia. De aquí, que también los alcance la posibilidad de regular las actuaciones dentro del margen de competencias que le han sido encomendadas por el Estado central.

Sobre el tema de la potestad reglamentaria, BARRA expone que, en el Estado social de derecho, se ha ampliado enormemente en su campo de acción, ya que la satisfacción de las necesidades públicas o actividad “conformadora de la sociedad” asumida por la Administración moderna, impuso que el dinamismo, la eficiencia y la agilidad con que debe cumplir esos cometidos aumentara cuantitativa y también cualitativamente, la emisión de reglamentos”⁷⁶. En ese sentido el Estado ocupa otras actividades más allá de las estrictamente ejecutivas, muchas de ellas actividades industriales y comerciales, como también la provisión de ciertos servicios y bienes a colectividad. Ejemplo de ello, son las aerolíneas, el servicio de correo, la telefonía móvil, la televisión satelital, entre otras empresas del Estado. Las que al encontrarse presente el Estado, se rigen por normas administrativas y que también, en uso de la facultad reglamentaria, se encuentran sujetas a reglamentos expedidos por la misma Administración. Como por ejemplo las Resoluciones del INCOP que regulan las contrataciones en Ecuador.

⁷⁵ BARRA Rodolfo Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Abaco Depalma, Tomo I, Buenos Aires, 2002, pág. 565.

⁷⁶ *Ibíd.*, pág. 484.

En el mismo orden y dirección, como indica LÓPEZ⁷⁷, en un primero momento, se consideraba que la potestad reglamentaria era procedente de la discrecionalidad de los órganos de la Administración en el ejercicio de sus facultades, argumentando que, si los órganos de orden administrativa poseen competencia para tomar decisiones sobre asuntos concretos, también pueden emitir normas generales para proceder a resolver un caso particular. En una segunda opinión, se asegura que la potestad nace y está basada en la propia naturaleza de la Administración. Y, en una tercera posición, en la que fundamentan que la potestad reglamentaria tiene su surgimiento de la atribución que la Constitución reconoce de forma expresa relativa a la competencia de los órganos administrativos, siendo este último criterio el que se comparte.

Sin perjuicio de que he admitido, con el apoyo de prestigiosos tratadistas, la necesidad del poder reglamentario es conveniente señalar las resistencias que ha manifestado GORDILLO a la aceptación amplia de la potestad reglamentaria de los órganos y entes de la Administración Pública. Dice este autor: “El reglamento es una fuente perniciosa de ilegalidad e injusticia... No es en los actos individuales donde la Administración despliega toda su arbitrariedad, es en la redacción de largos y pesados reglamentos, pseudo normas generales que luego maliciosamente alega limitarse a cumplir, cuando ella misma los ha preparado y emitido... Cuando la Administración quiere abusar de poder, dicta normas generales. Luego las cumple”.⁷⁸ En mi criterio, la potestad reglamentaria, constituye una atribución constitucional al Presidente del Ecuador, que tiene raigambre legislativa, pero que dota a la Administración de operatividad, le permite dictar normas secundarias para subsanar asuntos de organización y ejecución de manera célere, ahorrándose el procedimiento legislativo, que no es necesario en todos los casos, que puede omitirse siempre y cuando la ley no lo prohíba expresamente o de manera implícita al establecer las facultades de los otros poderes del Estado.

Sobre lo antes expuesto se debe destacar que la potestad reglamentaria, constituye solo una parte de la función administrativa que se relaciona directamente con la creación de normas de carácter general que complementan, pero no alteran, ni modifican el

⁷⁷ LÓPEZ María Eugenia, “*La potestad reglamentaria en el Ecuador*”, Quito, Repositorio de tesis Universidad Andina Simón Bolívar, 2013, págs. 9-14.

⁷⁸ GORDILLO Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo, Parte General, Fuentes Nacionales del Derecho Administrativo, Capítulo III Los Reglamentos*, pág. VII-22. En https://www.gordillo.com/pdf_tomo1/capituloVII.pdf.

ordenamiento jurídico ni la constitución, mediante la expedición de normas de carácter general y objetivo. Debe quedar claro que en Ecuador las normas expedidas por la Administración son complementarias a la ley, nunca van a sustituir las leyes porque son de menor jerarquía y porque un Estado de Derecho se sujeta al principio de división de poderes y democrático que permiten que las disposiciones generales sean emitidas por el poder legislativo y únicamente de manera excepcional⁷⁹ o bajo los lineamientos constitucionales se le conceda únicamente al presidente. Sin embargo, es la misma constitución y la ley las que establecen la forma como ejercitar esa potestad y cómo limitarla, no puede contradecir lo que está establecido en la ley, en caso contrario carecen de valor y eficacia jurídica.

La potestad reglamentaria, objeto de estudio, tal como se ha planteado, permite a la Administración Pública dictar disposiciones que le faciliten aplicar leyes y aquellos actos de carácter general sujetos a las normas, esta se justifica a partir de su surgimiento desde el punto de vista formal y material. En el ámbito formal porque se concede por ley al Presidente, la habilitación para dictar reglamentos, los cuales deben estar sujetos al principio de legalidad; y material, porque la propia dinámica de la sociedad exige y necesita la presencia e intervención del poder público para mayor celeridad y eficacia ante sus requerimientos.

Se debe apuntar que la potestad reglamentaria no constituye una delegación de la potestad de carácter legislativo, sino que esta es autónoma y ha sido concedida a la Administración por la Constitución, por lo que a través de los reglamentos se generan efectos jurídicos de carácter directo, objetivo y general, como está presente en otras normas legales, cerrando toda posibilidad de atentar contra la división de poderes, aspecto elemental para materializar y cumplir los fines y principios propios de un Estado de Derecho. En la actualidad, en Ecuador esta potestad es bastante amplia, por lo cual no es suficiente su objetividad para establecer la legitimidad. Desde mi punto de vista, hoy se hace indispensable, para que esta potestad emita normativa legítima, que se someta

⁷⁹ Constitución del Ecuador. Art. 164.- La Presidenta o presidente de la República podrá decretar el estado de excepción en todo el territorio nacional o en parte de él en caso de agresión, conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural. La declaración del estado de excepción no interrumpirá las actividades de las funciones del Estado. El estado de excepción observará los principios de necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad y razonabilidad. El decreto que establezca el estado de excepción contendrá la determinación de la causal y su motivación, ámbito territorial de aplicación, el periodo de duración, las medidas que deberán aplicarse, los derechos que podrán suspenderse o limitarse y las notificaciones que correspondan de acuerdo a la Constitución y a los tratados internacionales.

estrictamente a las limitaciones, constitucional y principialista que le dieron origen, solo de esta forma se reconoce la legitimidad de sus actos y por supuesto, debe nacer emitirse por el Presidente como a stricto sensu se desprende de la norma constitucional⁸⁰ que la contiene.

En este sentido, debe aclararse que la potestad reglamentaria permite dictar reglamentos válidos cuando se subordina a principios constitucionales como el de legalidad, reserva de ley, jerarquía normativa, división de poderes, democrático, entre otros; por tanto, todo reglamento que se dicte, exige contar con una ley que lo autorice y le sirva de basamento legal.

Como se ha analizado, la potestad reglamentaria constituye una necesidad esencial para completar mediante una normativa de orden complementario y de desarrollo, aquellos aspectos secundarios que el legislador no previó o dejó abierto para su posterior regulación por parte de la Administración. Toda norma que se dicta haciendo uso de la mencionada facultad está determinada por una competencia, un lugar, un momento y una materia específica, motivos por los que la Constitución ha permitido o cedido de cierta manera a favor del Presidente, la regulación de diferentes asuntos propios de la Administración porque para la ley resulta imposible prever casos concretos.

GARRIDO FALLA⁸¹ analiza los fundamentos de la potestad reglamentaria desde el punto de vista social, político y técnico en que se basa la potestad reglamentaria y ellas son las siguientes:

- a) Las cámaras legislativas están compuestas fundamentalmente por políticos y no cuentan con los suficientes criterios técnicos que se requieren para elaborar los reglamentos;
- b) La dinámica de la normativa administrativa, que permite de manera fácil su creación, modificación y derogación y en consecuencia su sustitución por otras;
- c) La presencia de la potestad discrecional en muchos aspectos del Poder Ejecutivo que permite que a conveniencia de la propia Administración se ordene

⁸⁰ *Ibíd.*, Art. 147. Núm. 13.

⁸¹ GARRIDO FALLA Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Tecnos, Madrid, 1987, pág. 22.

y autolimita las actuaciones de los órganos inferiores a través de la facultad reglamentaria.

Es preciso apuntar que la existencia de la potestad reglamentaria se justifica en que la Constitución y la ley no pueden prever absolutamente todos los casos, por tener una naturaleza general y por ello no entran en detalles aplicativos sobre determinados temas; en cambio, los reglamentos regulan determinados asuntos y supuestos legales con el fin de ejecutar y aplicar la normativa general. La potestad reglamentaria, es parte de la función administrativa y, en consecuencia, está sujeta al principio de legalidad, partiendo de que su ejercicio debe constar de forma explícita o implícita de forma razonable autorizada en una norma jurídica.

Por otro lado, CASSAGNE⁸² hace un estudio de los fundamentos de la potestad reglamentaria tomando en cuenta que las reglamentaciones que nacen de la Administración requieren de celeridad en su sanción y deben actualizarse de manera permanente, y justamente son los órganos administrativos los más adecuados para ello. El autor considera al poder estatal como único. Sin embargo, ese Estado como unidad, se manifiesta mediante las funciones (ejecutiva, legislativa y judicial), ya que todas ellas poseen *imperium*. Otro fundamento para el autor es que es palpable que la dinámica actividad del Estado no puede dividirse en sectores que sean totalmente diferentes; y que la actividad no se desnaturaliza por el órgano que la produce, puesto que sigue siendo administrativa.

La potestad reglamentaria se basa en cuestiones de la técnica jurídica y la política, atendiendo a que la Administración Pública debe estar provista de poderes suficientes que le faciliten actuar, le permitan administrar y satisfacer las necesidades y el interés público. Corresponde subrayar que la potestad reglamentaria es de vital importancia, porque se puede hacer uso de ella con rapidez, lo que permite solucionar y enfrentar las dificultades cotidianas de la Administración con eficacia, por ello la Constitución y la ley le otorgan a ella la facultad analizada, para poder asegurar su mejor funcionamiento y para que cumplir satisfactoriamente sus fines.

⁸² CASSAGNE Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Palestra Editores SAC, Tomo II, Lima, 2010, pág. 125.

Por su parte, USLENGHI⁸³ considera que el derecho positivo constituye el basamento de “la legitimidad de la potestad reglamentaria”. Dicha potestad cuenta con una estructura que alcanza una relación fuerte entre la Administración y la normativa vigente, atendiendo a que se regulan las consecuencias jurídicas que proceden ante la ocurrencia de determinado supuesto de hecho.

En Ecuador, la potestad reglamentaria que posee la Administración Pública constituye la base de esta, y a través de ella se ejecuta la ley, se crean organismos y se dota de competencias a los mismos; y, excepcionalmente, para regular estados de emergencia o de excepción. La potestad reglamentaria es el poder que posee el Estado, para expedir normas de carácter secundarias y generales que complementen la normativa jurídica, dicha potestad se deriva de la potestad legislativa, la cual tiene un carácter soberano.

Según los criterios anteriores, la potestad reglamentaria de la Administración representa el poder que posee el Estado, para expedir normativas de un rango menor, subalternas y que están destinadas a establecer claramente el ejercicio de la Administración Pública a la comunidad para materializarse mediante su aplicación en miras del bienestar general. La potestad reglamentaria es un complemento de la regulación legal que es indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la constitución o por la propia ley.

Para resumir, la potestad reglamentaria en Ecuador la ejerce el Presidente que dicta actos de carácter general que forman parte del ordenamiento, subordinados a la Constitución y las leyes, haciendo uso de las competencias que le han sido otorgadas por la ley y que constituye una útil herramienta para la Administración y el administrado, siempre que se emitan razonablemente, respetando el espíritu de la ley, garantizando el bien común y regulando de manera equilibrada las relaciones entre la Administración y el administrado.

En Ecuador, se manifiestan confusiones entre potestad reglamentaria y facultad normativa de carácter administrativo, esta última denominada de esa forma por el COA;

⁸³ USLENGHI Alejandro Juan, “*Régimen Jurídico de la Potestad Reglamentaria, Acto Administrativo y Reglamento*”, *Jornadas de Derecho Administrativo de la Universidad Austral*, Editorial RAP, Buenos Aires, 2002, pág. 492.

lo que ha conllevado a que órganos descentralizados funcionalmente o desconcentrados; como secretarías, subsecretarías, y otros, hagan uso incorrecto de la potestad reglamentaria, ejemplo de ello se ha visto en el Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP anterior INCOP), órgano desconcentrado que ha expedido y modificado en constantes ocasiones la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Contratación Pública (LOSNCP) o que crea tipos de contrataciones mediante su reglamento, como el caso del proveedor único⁸⁴; o incluso mediante resoluciones bajo una supuesta potestad reglamentaria que no tiene.

En consonancia con lo planteado anteriormente, el Código Orgánico Administrativo (COA) prevé en su artículo 129 que la potestad reglamentaria le corresponde al Presidente de la República con respecto a las leyes formales. Además, que su ejercicio es autónomo de la competencia normativa administrativa que este ejerce en relación con el conjunto de la Administración Pública central. Ello implica que el Presidente de la República, es el único autorizado legalmente a ejercer esta potestad ya que es quien dirige y es responsable tanto de la Administración Pública central de manera directa como de las administraciones: descentralizada funcional o desconcentrada, de manera indirecta.

Con respecto a la competencia normativa en el ámbito administrativo, el artículo 130 del COA dispone que las máximas autoridades administrativas cuentan con competencia normativa, pero dirigida solamente a establecer cuestiones internas del órgano a su cargo, excepto los supuestos en los que la ley disponga dicha competencia para la máxima autoridad legislativa de una Administración Pública (como es el caso de las autoridades de órganos descentralizados territorialmente, por ejemplo en materia de tránsito). La competencia regulatoria de las actuaciones de las personas debe ser atribuida por la ley.

⁸⁴ Presidencia de la República del Ecuador, Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Art. 95.- Se observará el mismo procedimiento previsto en la sección anterior para los procesos de adquisición de bienes o servicios únicos en el mercado, que tienen un solo proveedor, o, que implican la contratación del desarrollo o mejora de tecnologías ya existentes en la entidad contratante, o la utilización de patentes o marcas exclusivas o tecnologías que no admitan otras alternativas técnicas. En lo relacionado a la provisión de bienes y servicio únicos en el mercado o con proveedor único establece un tipo de contratación que no se tipifica en la LOSNCP y que se crea mediante el Reglamento. Cosa que no es menor porque al hablar de régimen especial, nos referimos a una contratación directa sin que medie la puja o la negociación y pudiendo omitir recaudos que exigen las contrataciones ordinarias.

Las regulaciones antes citadas, sacan a la luz el hecho de que la potestad reglamentaria es independiente de la competencia normativa, así lo distingue el artículo 129 del COA. Por su lado, el artículo 130 de dicha norma, deja claro que existen dos instrumentos jurídicos: el reglamento y el acto normativo de carácter administrativo, que si bien se consideran actos normativos, que tienen diferentes características como estudiaremos en el capítulo cuarto.

2.2 Límites de la Potestad Reglamentaria

Tanto el ejercicio de la potestad reglamentaria como la expedición de los reglamentos no deben fundarse en arbitrariedades porque deben encontrarse motivados⁸⁵ y cumplir los requisitos de validez de los actos administrativos⁸⁶. Al ser una competencia que naturalmente le corresponde al poder legislativo, existen determinadas restricciones de índole legal para garantizar los derechos fundamentales de los administrados. Al respecto, LÓPEZ OLVERA⁸⁷ analiza que los límites al ejercicio de la facultad reglamentaria son: los derechos, el principio de subordinación a la ley, el principio de reserva de ley y el principio de juridicidad.

Es importante destacar que los principios mencionados anteriormente constituyen los límites de la potestad reglamentaria que resultan elementales en el acto de producción de una normativa en el ámbito administrativo, en atención a que su vulneración, puede dar lugar a que la norma se declare inconstitucional y a su vez afecte los derechos de los administrados.

En Ecuador, la norma constitucional dispone en el artículo 147 numeral 13 que es atribución del Presidente expedir reglamentos, mismo numeral que establece las limitaciones que son en el sentido estricto del texto “sin contravenir ni alterar el contenido

⁸⁵ Código Orgánico Administrativo. Art. 100.- Motivación del acto administrativo. En la motivación del acto administrativo se observará: 1. El señalamiento de la norma jurídica o principios jurídicos aplicables y la determinación de su alcance. 2. La calificación de los hechos relevantes para la adopción de la decisión, sobre la base de la evidencia que conste en el expediente administrativo. 3. La explicación de la pertinencia del régimen jurídico invocado en relación con los hechos determinados. Se puede hacer remisión a otros documentos, siempre que la referencia se incorpore al texto del acto administrativo y conste en el expediente al que haya tenido acceso la persona interesada. Si la decisión que contiene el acto administrativo no se deriva del procedimiento o no se desprende lógicamente de los fundamentos expuestos, se entenderá que no ha sido motivado.

⁸⁶ Código Orgánico Administrativo. Art. 99.- Requisitos de validez del acto administrativo. Son requisitos de validez: 1. Competencia 2. Objeto 3. Voluntad 4. Procedimiento 5. Motivación.

⁸⁷ LÓPEZ OLVERA Miguel Alejandro, *Tratado de la Facultad Reglamentaria*, Editorial Porrúa, México, 2007, pág.26.

de las leyes”. Igualmente, el artículo 132 dispone las limitaciones al ejercicio de dicha potestad, en cuanto a que determina las materias que son reservadas a la ley y que en observancia del principio democrático deberán ser reguladas mediante un procedimiento legislativo.

Para entender de mejor manera los límites se debe iniciar por la revisión de varios principios. Al respecto, SANTOFIMIO GAMBOA⁸⁸ expresa que los principios son premisas básicas de orden jurídico que guían la interpretación, la actuación y participación de la Administración, y al expedir un acto de naturaleza administrativa, permiten controlar y limitar el ejercicio de los poderes del Estado y por consiguiente, su correcta aplicación permite lograr armonía en la relación entre la Administración y el administrado. Es decir, los principios aseguran la defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos, ya que permiten la participación de la sociedad y la defensa de aquellos derechos que inciden en la colectividad. Los principios que intervienen aquí son los que a continuación analizo.

2.2.1 Principio de División de Poderes

El principio de división de poderes, de manera tradicional nació en contraposición al criterio de que el poder del Estado era indivisible. Ante este criterio JELLINEK⁸⁹ sostuvo que la idea de que un Estado cuyas funciones puedan ser fragmentadas genera diferentes formaciones de carácter político. Ello forma parte de la denominada doctrina divisional, cuestión que se aplica en varios países del mundo, entre ellos Ecuador y constituye el sustento del Estado constitucional de derechos partiendo de la idea de que ello permite poner límites cada uno de los poderes y que el gobierno sea del pueblo.

Por otra parte, el principio de división de poderes se basa en la triple premisa que dio lugar la teoría de MONTESQUIEU⁹⁰: que el que hace las leyes no sea el encargado de aplicarlas ni ejecutarlas; que el que las ejecute no pueda hacerlas ni juzgar de su aplicación; que el que juzgue no las haga ni las ejecute. Surge así el germen de los

⁸⁸ SANTOFIMIO Jaime Orlando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, 4ta Edición, Bogotá, 2013, pág.34.

⁸⁹ JELLINEK Georg, *Teoría General del Estado*, Editorial B de f, Tercera Edición, Traducción de la 2ª ed. alemana por Fernando de los Ríos. 2005, Uruguay, pág.420.

⁹⁰ MONTESQUIEU Charles, *Del espíritu de las leyes*, Traducido por Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Editorial Alianza, Madrid, 2015, pág.521.

conceptos de legislación, administración y justicia, o función legislativa, función administrativa y función jurisdiccional; precisando el lenguaje, se habla más de “separación de funciones”, ya que el poder es uno solo. Con todo, por tradición, se sigue llamando “poderes” a los órganos básicos del Estado: “Poder Legislativo,” “Poder Ejecutivo” y “Poder Judicial”⁹¹. Entendido así, este principio se presenta con dos cualidades: por el lado del administrado, como una garantía de la libertad y de participación; y, por el lado de las personas que ejecutan esas competencias, como una garantía de no intromisión en el eje de poder de cada uno de ellos, con lo cual los frena frente al desenvolviendo de las competencias del otro.

Desde otra perspectiva, “la separación de poderes no es sino, la forma clásica de expresar la necesidad de distribuir y controlar respectivamente el ejercicio del poder político. Lo que corriente, aunque erróneamente, se suele designar como la separación de los poderes estatales, es en realidad la distribución de determinadas funciones estatales a diferentes órganos del Estado. El concepto de «poderes», pese a lo profundamente enraizado que está, debe ser entendido en este contexto de una manera meramente figurativa. (...) Se preferirá la expresión <<separación de funciones>> a la de <<separación de poderes>>.”⁹² Sin embargo, el poder soberano es del pueblo, es por ello, que es el pueblo quien establece mediante la Constitución y las normas, las competencias y límites del deber que le ha sido encargado a cada uno de los poderes del Estado. Lo que se divide son las facultades no el poder, ya que el poder es uno solo y nace del pueblo mandante.

En esta intención que tiene el pueblo de dividir las cuotas de poder, recordemos a HOBBS, quien planteó: “la causa final, fin o designio de los hombres (que naturalmente aman la libertad y el dominio sobre los demás) al introducir esta restricción sobre sí mismos (en la que los vemos vivir formando Estados) es el cuidado de su propia conservación, y, por añadidura, el logro de una vida más armónica; es decir, el deseo de abandonar esa miserable condición de guerra que, tal como hemos manifestado, es consecuencia necesaria de las pasiones naturales de los hombres, cuando no existe poder visible que los tenga a raya y los sujete, por temor al castigo, a la realización de sus pactos

⁹¹ GORDILLO Agustín, *Derecho Administrativo de la Economía*, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1967, pág. 61.

⁹² LOWENSTEIN Karl, “*Teoría de la Constitución*”, Citado por: BARRA Rodolfo Carlos y otros, en *Derecho Constitucional General*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995, pág.18.

y a la observancia de las leyes de naturaleza”⁹³. Siguiendo al autor, la razón principal para la división de las funciones es evitar el arbitrio, el abuso de quienes tengan una posición de poder frente a otros, y por ser una condición natural, la limitación debe reposar en la ley y tener todas las características de ella para hacer exigible su estricto cumplimiento.

Dicho principio constituye un fundamento esencial dentro de un Estado Constitucional de Derechos y justicia como el que está consagrado en la norma constitucional ecuatoriana. El principio de división de poderes permite la vigilancia de unos a otros, como expone HUERTA OCHOA⁹⁴ es una manera de velar que, en cada función del Estado, se cumplan con los preceptos y los límites impuestos por la Constitución para lograr una armonía entre ellos, al igual que, evitar que se abuse de las potestades y competencias reconocidas a cada uno de ellos. Por esto, este principio, significa lo opuesto a concentrar el poder, entre sus fines están garantizar la seguridad jurídica y la estabilidad en el ámbito democrático.

Se debe plantear que todos los poderes están sujetos a la normativa jurídica. Al respecto KELSEN⁹⁵ afirma que estos, se derivan del poder constituyente, que es en realidad el poder del pueblo, que tiene un carácter indivisible y único. Por ello, es necesario que el ejercicio de cada uno de los poderes se coordine entre ellos, mediante una distribución de las funciones de aquellos órganos que legalmente son independientes, pero que están subordinados al ordenamiento jurídico, en esto convergen todos los poderes, deben actuar apegados a la normativa.

El principio de división de poderes se sustenta en un criterio de organización de las funciones, bajo ciertos límites dentro del Estado, de forma que, constituya un mecanismo para materializar y ejercitar de manera efectiva los derechos al igual que asegure la legitimidad de la actividad gubernamental. DUVERGER⁹⁶ plantea que la separación de poderes es un dispositivo de carácter administrativo que evita la imbricación y generación de lazos ilegítimos, bajo los siguientes principios: a) especialización funcional limitada

⁹³ HOBBS Thomas, *Leviatán o la Materia, Forma y Poder de una República Eclesiástica y Civil*, Fondo de Cultura Económica, Undécima Edición, México D.F., 2001, pág.137.

⁹⁴ HUERTA OCHOA Carla, *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 3ra. Edición, México D.F., 2010, pág.140.

⁹⁵ KELSEN Hans, *Teoría General del Estado*, Traducido de Luís Legaz Lacambra, en estudio preliminar: Los fundamentos del estado democrático en la teoría jurídico-política de Kelsen a cargo de José Luís Monereo Pérez, Editorial Comares, Granada, 2000, pág.13.

⁹⁶ DUVERGER Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Editorial Ariel, Barcelona, 1962, pág.141.

por la ley, b) independencia orgánica, entre cada uno de ellos y c) control recíproco para que ninguno de los estamentos establecidos como “poderes” pueda afectar a los ciudadanos.”

La existencia de cinco funciones del Estado en Ecuador distribuidas en la Constitución es para BERNAL PULIDO⁹⁷ una nueva manera de constitucionalismo sustentado en particularidades como el hecho de que quienes vigilen las actuaciones de los poderes, sean los jueces; que exista una superioridad de principios, no existan los plenos poderes, esté presente la ponderación y búsqueda de que cada decisión pública esté debidamente argumentada y que todo ello, este supeditado a la Constitución.

Como se aprecia la separación de poderes es un principio esencial en un Estado de Derechos, porque obliga a cada una de las funciones a actuar en virtud de la normativa y equilibra la actuación de cada uno de los poderes, exige la existencia y cumplimiento de cada uno de los límites que se imponen a cada uno según sus competencias. A continuación, se estudiarán algunos de los poderes reconocidos en el Ecuador y que guardan incidencia directa con el tema de estudio.

En *stricto sensu*, la teoría de MONTESQUIEU⁹⁸, acerca de la división de poderes implicaría que siempre estos poderes realicen una sola función, la que les fue asignada, pero esto no sucede de esa manera ya que cada uno de los Poderes del Estado realiza las tres funciones (legislar, administrar y juzgar) en su propia esfera de actividad. Y es, precisamente esto, lo que hace que colisionen y que se vean afectados los derechos de los administrados. Además, el poder para que no recaiga en una sola persona y verse frente al absolutismo debe encontrarse separado en órganos diferenciados. La división de poderes asegura que las funciones del Estado estén separadas, gocen de independencia lo que permite limitar y controlar cualquier acción por parte del Estado que afecte los derechos y garantías de las personas y el adecuado funcionamiento de la Administración Pública.

⁹⁷ BERNAL PULIDO Carlos, “*El neo constitucionalismo y la normatividad del derecho*”. *Escritos de derecho constitucional y filosofía del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, págs. 235-236.

⁹⁸ MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, versión castellana de N. Estévanez, Tomo I, pág. 11, citado por YADAROLA Mauricio, *El espíritu del derecho positivo*, Revista Jurídica de la Universidad Nacional de Córdoba, No.1-3, Enero-Marzo, Córdoba, 1926, pág. 5.

El principio de división de poderes es elemental en un estado de derechos y justicia como el ecuatoriano, que impide cualquier manifestación de arbitrariedad y abuso de poder. Ante lo cual se debe hacer alusión a los denominados “frenos y contrapesos”, basados en la expresión de MONTESQUIEU⁹⁹ que intenta impedir la intromisión de funciones entre el poder ejecutivo y el legislativo. Los “contrapesos”, fueron denominados por LOCKE¹⁰⁰ para representar la necesidad de articular el gobierno desde porciones “moderadas” y “equilibradas” de poder y con ello prever el absolutismo en el poder cuya consecuencia directa es la afectación a los derechos de las personas. Lo antes expuesto, evidencia la importancia de este principio.

El principio objeto de estudio implica el ejercicio de diferentes funciones por parte del Estado. A través de éste se determinan competencias a diferentes órganos, de manera tal, que queden distribuidas las funciones ejecutivas, legislativas y judiciales con el fin de crear dispositivos, tanto de división, control como de colaboración y vigilancia entre los órganos¹⁰¹.

De forma general, el principio de división de poderes se materializa cuando cada uno es autónomo, de forma tal, que no se inmiscuya en los asuntos del otro, respete sus competencias y sea posible que exista una fiscalización de unos a otros. Igualmente implica que cada uno de los poderes tome sus propias decisiones en el ámbito de sus competencias. Con ello se brinda seguridad jurídica y se garantiza que no impere la arbitrariedad. En el contexto de la potestad reglamentaria implica que solo el poder ejecutivo pueda ejercerla en virtud de lo previsto en la carta magna.

2.2.2 Principio de Reserva de Ley

Otro de los principios que limitan la potestad reglamentaria es el de reserva de ley. Para CARBONELL, este se puede comprender como: “aquella remisión que hace la norma constitucional excepcionalmente a la ley, para que sea esta y no otra disposición jurídica la que regule una materia determinada. En otras palabras, se está frente a una reserva de ley cuando, por voluntad del constituyente o por decisión del legislador, tiene

⁹⁹ *Ibíd.*

¹⁰⁰ LOCKE John, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Editorial Tecnos, Madrid, 2010, pág. 22.

¹⁰¹ VILLANUEVA GÓMEZ Luis Enrique, *La División de Poderes. Teoría y Realidad*, UNAM, 2014, pág.150.

que ser una ley en sentido formal la que regule un sector concreto del ordenamiento jurídico”.¹⁰²

Lo antes expuesto, significa que, en virtud del principio de reserva de ley, la Administración no puede ejercer amplios poderes, sino que regula las materias que le son autorizadas mediante la ley. Este principio tiene su basamento en la propia Constitución¹⁰³ cuando establece que se requerirá de ley en los siguientes casos: 1. Regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales. 2. Tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes. 3. Crear, modificar o suprimir tributos, sin menoscabo de las atribuciones que la Constitución confiere a los gobiernos autónomos descentralizados. 4. Atribuir deberes, responsabilidades y competencias a los gobiernos autónomos descentralizados. 5. Modificar la división político-administrativa del país, excepto en lo relativo a las parroquias. 6. Otorgar a los organismos públicos de control y regulación la facultad de expedir normas de carácter general en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales.

Para contrastar a CARBONELL que avala la reserva de ley como límite de la actividad reglamentaria de la Administración Pública, podemos mencionar a MARIENHOFF¹⁰⁴, quien establece que existen materias de competencia exclusiva del Poder Ejecutivo, y los reglamentos autónomos surgen como expresión de ellas. Textualmente nos dice: “estas materias son las que, a mi criterio, integran lo que llamo 'reserva de la Administración', por oposición a la 'reserva de la ley' que contempla un ámbito reservado al legislador”. Según esta postura, así como el legislativo tendría sus materias individualizadas, también las tendría el Ejecutivo; lo que convierte a la facultad reglamentaria en una atribución propia no delegada.

Volviendo al principio de la reserva de ley, CARBONELL¹⁰⁵ expone que se caracteriza por dos funciones fundamentales: 1. Una función garantista basada en que a través del principio se precautelan los derechos de los ciudadanos ante aquellas

¹⁰² CARBONELL Miguel, “*Sobre la reserva de ley y su problemática actual*”, Vinculo Jurídico, Revista de la Universidad Autónoma de Zacatecas, No. 42, México, D.F, 2000, pág.33.

¹⁰³ Constitución del Ecuador. Art. 132.

¹⁰⁴ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, pág.241 y ss.

¹⁰⁵ CARBONELL Miguel, “*Sobre la reserva de ley y su problemática actual*”, Vinculo Jurídico, Revista de la Universidad Autónoma de Zacatecas, No. 42, México, D.F 2000, pág.48.

intromisiones que pueda realizar el Poder Ejecutivo. 2. Una función democrática relacionada con que, a tenor de la reserva de ley, se reconduce la regulación de determinadas materias del derecho al dominio del Poder Legislativo, el que representa a la mayoría del pueblo, al igual que el Ejecutivo, pero que responde también a aquellas minorías políticas del Estado.

Sobre el principio objeto de estudio, MAURER¹⁰⁶, en el ámbito administrativo, plantea que la Administración solo puede realizar determinados actos, si está debidamente autorizada, habilitada para ello por la ley, por tanto el principio vincula a la administración con el legislador, ya que la reserva de ley nace de la Constitución; y precisa, que el poder ejecutivo solo puede ejercitar legalmente sus potestades reglamentarias a través del poder legislativo; cuando este habilita para que la materia en cuestión se regule mediante reglamento o ley.

Al respecto, PÉREZ ROYO¹⁰⁷ considera que la reserva de ley es un instituto de carácter constitucional, que constituye el eje de las relaciones entre el ejecutivo y el legislativo en lo referente a la producción de normas. Este principio presupone la separación de poderes, y excluye que la regulación de ciertas materias se realice por cauces distintos a ley. Este principio vincula a la administración con el legislador (relación que veremos más adelante cuando se analicen los poderes del Estado), es de rango constitucional, se refiere a la producción de las normas y en su aplicación pone de manifiesto la división de poderes.

La reserva de ley se clasifica doctrinalmente en absoluta y relativa. La primera está presente cuando la regulación de una materia determinada queda limitada exclusivamente a la ley formal; lo que significa que esta materia que está reservada por ley no puede ser objeto de regulación por otras fuentes. En el caso de la reserva relativa autoriza para que otras fuentes de la ley regulen determinados aspectos de la disciplina normativa de una materia determinada, pero en este caso, debe estar sujeto a aquellas condiciones y requisitos que la ley imponga para ello. PAREDES y RODRÍGUEZ¹⁰⁸ apuntaron: “la

¹⁰⁶ MAURER Hartmut, *Derecho Administrativo*. Parte General, Editorial Marcial Pons, Buenos Aires, 2011

¹⁰⁷ PÉREZ ROYO Javier, *Fundamentos y ámbito de la reserva de ley en materia tributaria*, Editorial Tecnos, Madrid, 1997, pág. 245 y 246.

¹⁰⁸ PAREDES Montiel Marat y Raúl, RODRÍGUEZ Lobato, *El principio de reserva de ley en materia tributaria*, México DF, Porrúa, 2001, pág. 45.

reserva de ley es, por un lado, la delimitación a un determinado procedimiento (el legislativo) que tienen como características la contradicción, la libre deliberación y la publicidad, sin embargo, constituye también una reserva de contenido. Por otro lado, la teoría de la reserva de ley también pretende delimitar de un modo cierto las relaciones entre ley y reglamento, por lo que en virtud de su regulación constitucional el legislador no puede delegar esta materia sino en los casos y condiciones que señale la misma Constitución, so pena de caer en una situación inconstitucional; la materia que el constituyente entrega al legislador es indisponible para el mismo, es decir, no queda a su arbitrio su delegación ni su deslegalización”.

Lo antes expuesto se traduce en que la reserva de ley constituye la necesidad de que una determinada materia como la administrativa, así como nace de ley debe limitarse por ley y no por otra normativa que goce de menor jerarquía y todas las actuaciones administrativas debe estar previstas en la ley, la reserva de ley recoge que la inexistencia de una ley excluye cualquier tipo de actuación por parte de la Administración Pública. Este principio trae como consecuencia que aquellas materias que están sujetas a ellas no puedan ser delegadas al Poder Ejecutivo para que este las regule.

A pesar de lo antes planteado, en la praxis, so pretexto de la mejor marcha y el dinamismo de la Administración, la mayoría de reglamentos en el Ecuador funcionan como instrumentos que de cierta manera reemplazan una ley, como por ejemplo cuando se aplicaba el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, que tenía una gradación inferior (decreto - reglamento) en la pirámide normativa, pese a ello, ante la carencia de regulaciones al respecto, se constituyó en norma primigenia (orgánica) en materia administrativa, sustantiva y adjetiva.

2.2.3 Principio Democrático

Para ARAGÓN¹⁰⁹, a partir de que la democracia se reconoce constitucionalmente como una forma de Estado, adquiere su carácter de principio jurídico. Por ello, “el principio democrático, fuera de la Constitución, no tiene forma ni contenido jurídicos”.¹¹⁰

¹⁰⁹ ARAGÓN Manuel, *Constitución y Democracia*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D.F., 2002, pág. 58-63.

¹¹⁰ *Ibíd.*

Este tiene dos aristas esenciales: material y estructural, ello le otorga un carácter de principio rector dentro de la norma constitucional incluye, tanto la democracia sustantiva como la procedimental, al estar relacionadas entre sí.

Sobre la relación entre las aristas mencionadas se asevera: “tales dimensiones van unidas cuando el principio opera como principio global, o general, de la Constitución y del resto del ordenamiento, nivel en el que no cabe separar medios y fines, es decir, democracia instrumental y democracia sustantiva, precisamente porque ahí la democracia constituye el principio de legitimación del Estado y del Derecho”.¹¹¹

En el orden de lo antes expuesto, la arista material del principio democrático se refiere a los derechos fundamentales de las personas y en su arista estructural, incluye todo lo concerniente a la organización o procedimientos, que engloba cuestiones como la separación de poderes, su estructura, elección de órganos, etcétera. Todo ello se enfoca en la satisfacción, respeto y materialización del bienestar general.

El principio democrático, está consagrado en el Ecuador en el artículo 1 del texto constitucional, a partir de ello, deja de ser un simple principio de validez constitucional, sino que se convierte en un principio de su legitimidad. Al respecto, para RUBIO LLORENTE¹¹² no existe la democracia sin que esté plasmada en la Constitución. Este principio conduce a que se superpongan los intereses de la mayoría a los de la minoría, reconoce la libertad y la igualdad de derechos de las personas.

En ese sentido CHALCO¹¹³ analiza que, a partir de que existen límites al poder se reconoce constitucionalmente al pueblo como el máximo mandante ante el poder constituido, se infiere que estos participan en la vida nacional al igual que deben ser objeto de respeto a sus derechos y libertades de estos, manifestándose la democracia como el centro de todo Estado, visto como una construcción social, para cumplir con objetivos de esta naturaleza.

¹¹¹ *Ibíd.*

¹¹² ARAGÓN Manuel, “*La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*”, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Año 14, Núm. 41. Mayo-Agosto, comentando a RUBIO Llorente Francisco, Madrid, 1994, pág. 320.

¹¹³ CHALCO SALGADO José, *Principio democrático y la facultad reglamentaria del Presidente de la República*, Repositorio de tesis Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2014, pág. 25.

Así mismo, un aspecto fundamental del principio democrático es el vinculado con la participación social mediante la que se materializa el poder del pueblo, quien debe ser protagonista en la toma de decisiones, especialmente en cuestiones como el proceso legislativo, haciendo uso del derecho a decidir, el que se afirma por TUDELA, es la consecuencia del principio de democracia.¹¹⁴

Para ejercitar este derecho, según MÉNDEZ¹¹⁵ le corresponde al aparato central determinar las fórmulas para asegurar que las personas puedan participar en cualquier clase de proceso en los que deban decidir. Corresponde señalar que dentro de la sociedad son determinantes cuestiones como la organización política, socioeconómica y cultural, entre otras, las que inciden en el derecho como fuentes materiales que conducen a la producción de normas en las que se plasma la voluntad tanto individual como colectiva que representan la realidad de todo país.

La legislación según SALGADO¹¹⁶, es un proceso de creación de normas que tiene efectos *erga omnes* y que emana de los diferentes órganos que resulten competentes para ello, cuestión que se vincula con el principio de división de poderes. En Ecuador el poder legislativo lo ejerce la Asamblea Nacional. En ese orden, participan en la iniciativa legislativa¹¹⁷: los asambleístas; el presidente de la República, las funciones del Estado, los organismos competentes para ello; la Corte Constitucional y los ciudadanos¹¹⁸ bajo los requisitos establecidos constitucionalmente. Estos últimos, pueden también participar a través de la presentación de proyectos; brindando sus opiniones en las comisiones especializadas del poder legislativo, cuestiones que evidencian el principio de democracia.

El principio objeto de revisión se relaciona con la limitación en cuanto a la expedición de reglamentos, ya que las normas deben ser emitidas por el poder legislativo cuya aprobación fue decidida por el pueblo haciendo ejercicio de la democracia al elegir

¹¹⁴ TUDELA ARANDA José, *El derecho a decidir y el principio democrático*, Universidad Nacional Educación a Distancia. Revista Teoría y Realidad Constitucional, núm. 37, Barcelona, 2016, pág. 479.

¹¹⁵ MÉNDEZ Juan, “*Los derechos fundamentales como límite al principio democrático de la voluntad mayoritaria, Democracia, desarrollo humano y ciudadanía*”. *Reflexiones sobre la calidad d de democracia en América Latina*, editado por Guillermo O’Doneell, Osvaldo Iazzetta, y Jorge Vargas Cullell. Homo Sapiens Ediciones, No. 281-8, Santa Fe, 2003, pág. 283.

¹¹⁶ SALGADO PESANTES Hernán, *Introducción al derecho*, Corporación de Estudios y Publicaciones, 4ta. Edición, 2019, Quito, pág. 116.

¹¹⁷ Constitución del Ecuador. Art. 134.

¹¹⁸ *Ibíd.*, Art. 103.

sus representantes (asambleístas) para que en observancia de sus derechos regulen todos los asuntos generales. Así mismo, se ejerce este principio al exigir al presidente y a la Administración Pública que los actos normativos se dicten en consonancia con las restantes regulaciones que conforman el ordenamiento jurídico sin generar ningún tipo de alteración ni contradicción de manera tal que se mantengan y respeten los límites a la potestad reglamentaria.

Al respecto se afirma que: “En el Estado constitucional, la Carta Fundamental se convierte en una camisa de fuerza para el Estado, que en el desarrollo de sus actividades deberá acatar y respetarla profundamente, logrando de esta manera, la no generación de un monopolio de poder ilimitado, sino con frenos efectivos que permitan la existencia del aparato estatal teniendo como base el respeto al ser humano y el poder constituido en torno a la Constitución que, como norma fundamental y de obligatorio cumplimiento: limite, frene, fije y focalice los actos del poder”.¹¹⁹

A modo de conclusión, se debe decir los principios estudiados, constituyen los límites de la potestad reglamentaria, y resultan de gran valor porque reflejan el respeto por los derechos de los administrados, y porque están dirigidos a evitar el exceso de la potestad reglamentaria, actos arbitrarios y abuso de poder; teniendo en cuenta que el reglamento no puede bajo ninguna circunstancia sobrepasar, ni modificar la ley, debe estar sujeto a ella para de esta forma cumplir de manera eficaz su cometido y constituirse dentro del bloque de juridicidad.

2.3 Facultad Normativa de Carácter Administrativo. Su Fundamento

La facultad normativa de carácter administrativo se manifiesta en la atribución de expedir normas de conformidad a la Constitución y la ley. El artículo 128 del COA regula que el acto normativo administrativo es una declaración de carácter unilateral que nace del ejercicio de una competencia administrativa que produce efectos jurídicos de tipo general, que no se agota con su cumplimiento. Ahora bien, como se ha manifestado, la potestad reglamentaria le corresponde únicamente al Presidente de la República y la

¹¹⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, Madrid, 1985, pág. 58-59.

facultad reglamentaria a los órganos de la Administración Pública de menor jerarquía dentro de su competencia.

Siguiendo esa línea, de conformidad con el artículo 130 del COA, las máximas autoridades administrativas tienen competencia normativa de carácter administrativo únicamente para regular los asuntos internos del órgano a su cargo. Ello responde a que el artículo 226 del texto constitucional ecuatoriano regula que los organismos, instituciones, dependencias del Estado, los servidores y todas aquellas personas que actúen de acuerdo con una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que le han sido atribuidas por la Constitución y la ley.

Lo anterior, conlleva a que en un Estado de Derechos las normas o actos que se expidan por cualquier instancia o autoridad deben estar permeadas de seguridad y certeza jurídica. De ello cada autoridad debe responsabilizarse con expedir las disposiciones que correspondan según su competencia en cuanto al grado y a la especificidad de la materia, para evitar los errores y la antijuridicidad, al igual que la vulneración de los principios antes revisados como el de democracia y reserva de ley.

Según RODRÍGUEZ “el Presidente de la República es un permanente colegislador”¹²⁰. Por lo que, toda autoridad administrativa que no sea el Presidente de la República, debe cumplir dos requerimientos¹²¹ para expedir disposiciones jurídicas, una de ellas es de forma en lo que se refiere a las formalidades que amerita el acto y las de procedimiento se asocia a que debe observarse al normativa de mayor jerarquía que establece la forma de realizar el acto normativo, destacándose en este particular, el principio de supremacía constitucional y el orden jerárquico de aplicación de las normas que dispone el artículo 425 de la Constitución ecuatoriana de la siguiente forma: Constitución de la República; Tratados y convenios internacionales; Leyes orgánicas; Leyes ordinarias; Normas regionales; Ordenanzas distritales; Decretos y reglamentos; Ordenanzas; Acuerdos y resoluciones; y, otros actos y decisiones de los poderes públicos.

El respeto a dicha jerarquía y la adecuada aplicación de las normas conlleva a que las disposiciones internas que se dicten, haciendo ejercicio de la facultad normativa gocen

¹²⁰ RODRÍGUEZ Libardo, *Derecho Administrativo General y colombiano*, Editorial Temis, 2006, pág. 95.

¹²¹ *Ibíd.*, pág.476.

de valor y eficacia jurídica. Sobre el asunto y de manera ilustrativa, se afirma: “cuando un ministro de Estado realiza un acuerdo o resolución con una serie de considerandos que generan la *ratio legis* o razones de existencia de la norma, mal puede terminar sosteniendo que por lo expuesto se crea el presente reglamento, es como que, el órgano legislador realice los considerandos de la ley a través de todo el proceso solemne, serio, formal y democrático que con antelación se trató para concluir exponiendo: por consiguiente, se crea la presente ordenanza¹²². Esta es una contradicción en sí misma porque significa que la ley justifica su propia inobservancia al darle pleno ejercicio a los órganos administrativos para regular todos los asuntos.

Las máximas autoridades administrativas solo están autorizadas a establecer cuestiones de índole interno de acuerdo la ley, a las particularidades y necesidades del sector que corresponda. No tienen alcance reglamentario en cuanto a las leyes porque este es un ejercicio concedido únicamente al Presidente y tampoco pueden regular asuntos que no le corresponden. Por ello, es esencial estudiar a continuación los límites de la facultad normativa.

2.3.1 Límites de la Facultad Normativa

La Administración Pública en el ejercicio de su actividad debe respetar las facultades que le han sido reconocidas por los preceptos constitucionales y la ley. Ante la necesidad de dinamismo y celeridad en sus procesos, puede emitir actos normativos sobre asuntos internos que le permitan funcionar, organizarse y brindar un servicio, conforme a la ley, atendiendo sus propósitos de manera más eficaz.

La facultad normativa se materializa según AGUIRRE¹²³ en actos normativos como: resoluciones, circulares u otro tipo de disposición general se debe manifestar una congruencia entre los fines del sector, los medios que se empleen y las disposiciones jurídicas vigentes. Todo ello se dirige a que el ejercicio de la facultad normativa no traspase los límites establecidos en las leyes, al igual que a lograr que se logre la eficiencia del ejercicio de las funciones y una adecuada gestión apegada a la ley.

¹²² CHALCO SALGADO José, “*Principio democrático y la facultad reglamentaria del Presidente de la República*”, Repositorio de tesis Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2017, pág. 74.

¹²³ AGUIRRE CASTRO Pamela, “*El principio constitucional de legalidad y la facultad normativa del SRI*”, Repositorio de tesis de la Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2013, pág. 24.

En concordancia con la legislación ecuatoriana vigente, los actos de carácter normativos deben expedirse por el órgano competente y la iniciativa para ello debe justificar, tanto su legitimidad como la oportunidad. El COA en el artículo 131 establece las prohibiciones con respecto a las administraciones públicas que tengan competencia normativa, las que bajo ninguna condición pueden en su ejercicio: “limitar derechos y garantías constitucionales; regular materias que solo han sido reservadas a la ley; pedir requisitos adicionales para ejercitar derechos y garantías diferentes a los dispuestos en la ley; proceder a la regulación de materias que corresponden a otras administraciones; delegar la competencia normativa de tipo administrativo; ni expedir actos normativos administrativos sin la competencia constitucional o legal”.

Sin embargo y a pesar de lo antes expuesto, el artículo 243 del COA prevé: “la potestad de reestructuración de procedimientos para la provisión de bienes y servicios públicos. La establece como potestad de la o el presidente de la República reestructurar los procedimientos para la provisión de bienes y servicios públicos en el ámbito de la Administración Pública Central, conforme con las limitaciones previstas en este Código. Igual potestad tiene la máxima autoridad administrativa de las demás entidades del sector público”. Dicho artículo constituye una vulneración al permitirse de manera arbitraria la modificación o eliminación de procedimientos.

Como se observa en el mencionado artículo 243, no se establece ninguna limitación al respecto, dejando abierta una brecha a que las actuaciones administrativas ostenten de arbitrariedad y se manipulen según los intereses y conveniencias de los encargados de reestructurar los procesos. Esto puede afectar la naturaleza del Estado de Derechos y Justicia proclamado en la norma constitucional. Igualmente, ello conduce a que en la emisión de actos de naturaleza normativa se emitan de manera antojadiza y generen conflictos entre la normativa vigente. A continuación, corresponden estudiar algunos principios que tienen relación directa con el tema estudiado.

2.3.1.1 Principio de Jerarquía Normativa

El principio de jerarquía normativa, para PFERSMANN¹²⁴ es aquella ordenación de normas que existe en un Estado, bajo el criterio de prevalencia jerárquica de éstas, desde niveles superiores sobre las inferiores. Ello determina la fuerza que en ese orden tiene cada una según su ubicación con respecto a las superiores. Dicho principio exige la necesidad de observar dicho nivel jerárquico para precautelar la integridad del sistema normativo. Bajo la jerarquía normativa, es posible resolver contradicciones que puedan aparecer en el contexto jurídico teniendo en cuenta que las normas superiores siempre predominan sobre las inferiores.

En ese sentido, afirma ESPIN¹²⁵ que el principio de jerarquía normativa tiene un carácter estructural y resulta fundamental para dotar al ordenamiento legal de la seguridad jurídica necesaria. Implica que, entre las diferentes categorías de normas, cada una tenga un rango específico y estas se vinculen jerárquicamente entre ellas, de forma que las superiores prevalezcan en caso de conflicto, sobre las inferiores, las que no pueden resultar incongruentes con las primeras. También, que las que tengan la misma jerarquía poseen igual fuerza normativa y por ello deben ser interpretadas de forma integradora y unida. Cuando exista una contradicción que no pueda resolverse debe prevalecer la norma posterior; puesto que se entiende que ha dejado sin efecto la anterior, o sea que ha perdido vigencia y ya no es parte del ordenamiento jurídico. Dicha estructura tiene forma de pirámide en la que la Constitución es la norma suprema porque está en su cúspide y se impone a las restantes.

De lo antes expuesto se deslinda que el principio de jerarquía normativa determina la existencia e interrelación jerárquica de las normas de diferentes rangos y la prevalencia de las normas de mayor rango sobre las inferiores. Está positivizado en la norma constitucional y por ello su aplicación es general y obligatorio para las restantes disposiciones que integran el ordenamiento jurídico.

¹²⁴ PFERSMANN Otto, “*Carré de malberg y la jerarquía normativa*”. Revista mexicana de Derecho Constitucional, Cuestiones Constitucionales, UNAM, 2001.

En <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5613/7311>

¹²⁵ ESPÍN Eduardo, “*Principios Constitucionales sobre la estructura del ordenamiento: jerarquía normativa, competencia*”. *El Sistema Fuentes en la Constitución. Derecho Constitucional, Derechos y Deberes de los Ciudadanos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010. Citado por MORENO González, Iraia, El principio de jerarquía normativa, Repositorio de tesis de la Universidad del País Vasco, San Sebastián, 2019/2020, pág.14.

En virtud de lo planteado con anterioridad se debe afirmar que es la Constitución la norma suprema del ordenamiento jurídico y de ella nacen las potestades que se le confieren y resultan aplicables, tanto a cualquier persona como autoridad. Al respecto MONROY¹²⁶ plantea que la relación entre Estado y Constitución es tan sólida que no puede existir Estado sin Constitución, pero tampoco Constitución sin Estado. La Constitución existe para organizar y limitar un Estado. La Constitución es determinante en el contenido de la Ley y en ella se juntan o unen Estado, derechos y democracia.

Por su lado, ÁVILA¹²⁷ plantea que la norma constitucional determina el contenido de la ley, igual que lo concerniente al ejercicio de la autoridad y la organización del poder. Esta tiene un carácter material, orgánico y procedimental. El primero, se refiere a los derechos los que son reconocidos en ella, protegidos y los que deben constituir el fin esencial del Estado. En ese orden, ALEXY¹²⁸ reconoce como particularidades esenciales de la norma constitucional: su mayor rango, máxima fuerza en el orden jurídico y la importancia máxima de su contenido.

Por otro lado, la Constitución es orgánica, como expone ÁVILA¹²⁹, porque define los órganos que conforman una parte del Estado y cuyos objetivos, deben ser asegurar los derechos y procedimientos, porque regula mecanismos de participación ya sea, para el proceso de toma de decisiones como para la elaboración de normas jurídicas. La Constitución agrupa, el Estado como estructura, los derechos como fin y la democracia como medio.

En la misma dirección, GARCÍA DE ENTERRÍA¹³⁰ plantea que la norma constitucional, por un lado, determina y organiza los poderes estatales que ha reconocido, y, por otro, regula los límites del ejercicio del poder al igual que las libertades y derechos fundamentales. También define, los objetivos de tipo positivos y las prestaciones que el

¹²⁶ MONROY CABRA Marco Gerardo, “Concepto de Constitución”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo I, Edición de Konrad-Adenauer-Stiftung E.V. Montevideo, 2005, pág.25.

¹²⁷ ÁVILA SANTAMARÍA Ramiro, “Ecuador: Estado constitucional de derechos y justicia. En Constitución del 2008 en el contexto andino: Análisis desde la doctrina y el derecho comparado”, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito 2008, pág.20.

¹²⁸ ALEXY Robert, *Derechos fundamentales y Estado constitucional de derechos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, segunda edición, traducción y estudio preliminar de Carlos Bernal Pulido, Madrid, 2003, pág.178.

¹²⁹ *Ibíd.*

¹³⁰ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ra Edición, Editorial Civitas, Madrid, 2001, pág.48.

poder debe desarrollar para beneficiar a la sociedad o comunidad. Por ello, el autor la considera un sistema de carácter preceptivo que nace del pueblo como titular de la soberanía.

El texto constitucional no es una simple disposición jurídica, sino que es la norma suprema del ordenamiento jurídico. La norma fundamental, *lex superior*, debido a que la Constitución define el sistema de fuentes formales, porque siendo la expresión de una intención fundacional tiene pretensión de permanencia, y porque constituye una “super legalidad formal” que asegura a la Constitución una preeminencia jerárquica sobre todas las demás normas del ordenamiento jurídico.¹³¹

En esa línea, MONROY CABRA¹³² analiza que la Constitución da lugar a las siguientes consecuencias jurídicas: 1) su inobservancia y vulneración genera inconstitucionalidad; 2) se aplica directamente en lo concerniente a los derechos y libertades; 3) las restantes disposiciones que conforman el ordenamiento jurídico deben ser interpretadas en virtud de la norma constitucional; 4) como norma de mayor jerarquía vincula a los poderes públicos; 5) deja sin efecto, toda regulación jurídica contraria a ella; y, 6) es una norma que delimita las fuentes del derecho.

En Ecuador, la norma constitucional reconoce el principio de supremacía constitucional en el artículo 424. Se consagra que la Constitución es la norma superior del ordenamiento jurídico y predomina sobre cualquier otra. Obliga a que las disposiciones legales, al igual que los actos emitidos por el poder público, guarden congruencia con el texto constitucional. De lo contrario no gozarán de validez ni eficacia jurídica alguna.

Por otra parte, el párrafo segundo preceptúa que la norma constitucional y los instrumentos internacionales de derechos humanos que han sido objeto de ratificación por el Estado ecuatoriano, que reconozcan derechos más favorables, a los que contempla la Constitución, prevalecerán por encima de cualquier disposición legal o acto del poder público. Entiéndase con ello incluidos cada uno de los principios limitantes de la potestad reglamentaria y facultad normativa que forman parte de esta investigación.

¹³¹ *Ibíd.*

¹³² MONROY CABRA Marco Gerardo, *Concepto de Constitución, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo I, Edición de Konrad-Adenauer-Stiftung E.V. Montevideo, 2005, pág. 27.

En ese orden, el artículo 425 de la Constitución refleja el lugar que ocupa la Constitución en la organización escalonada del ordenamiento jurídico la que está como se ha planteado, en la cúspide, reflejando en su contenido, una arista jurídica (los derechos contemplados en forma de normas), otra de carácter político (organización y competencia de los poderes y las instituciones que conforman el estado) y una finalista – axiológica (incluye principios y valores igualmente exigibles que las normas).

Seguidamente, se prevén los tratados y convenios internacionales, a tener en cuenta principalmente el Pacto de San José; y bajo estos se encuentran las leyes orgánicas¹³³; las leyes ordinarias; las normas de carácter regional y ordenanzas distritales; continúan los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones y los restantes actos y decisiones emanados de los poderes públicos.

Como se observa del estudio realizado, en Ecuador, el principio de supremacía constitucional está reconocido claramente en la Constitución vigente. Ello obliga a interpretar las normas y aplicarlas de acuerdo con este principio. Con dicha regulación se garantiza la efectividad del ordenamiento jurídico, la seguridad jurídica, el respeto a los derechos fundamentales y la subordinación de la normativa y las decisiones de los órganos administrativos de acuerdo con los preceptos constitucionales.

De acuerdo con lo antes planteado, en el contexto de la investigación en el ámbito administrativo, el acto normativo de carácter administrativo parecería tener un menor rango que el reglamento, dado en que la competencia del reglamento nace del artículo 147 numeral 13 de la Constitución y la del acto normativo de carácter administrativo del artículo 130 del COA.

¹³³ Constitución del Ecuador. Art. 133.- Las leyes serán orgánicas y ordinarias. Serán leyes orgánicas: 1. Las que regulen la organización y funcionamiento de las instituciones creadas por la Constitución. 2. Las que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales. 3. Las que regulen la organización, competencias, facultades y funcionamiento de los gobiernos autónomos descentralizados. 4. Las relativas al régimen de partidos políticos y al sistema electoral. La expedición, reforma, derogación e interpretación con carácter generalmente obligatorio de las leyes orgánicas requerirán mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Nacional. Las demás serán leyes ordinarias, que no podrán modificar ni prevalecer sobre una ley orgánica.

2.3.1.2 Principio de Seguridad Jurídica y Confianza Legítima

La seguridad jurídica según PÉREZ LUÑO¹³⁴ es un valor ligado al Estado de Derecho. Tiene su origen en el latín *securitas*, derivada de *securus*, que traducido al español, significa estar seguros, este principio se reconoce desde la antigüedad. Al respecto, la emblemática Encíclica *Pacem in Terris* recoge este término como: “del ordenamiento jurídico querido por Dios deriva el inalienable derecho del hombre a la seguridad jurídica y, con ello, a una esfera concreta de derecho, protegida contra todo ataque arbitrario”¹³⁵.

GARCÍA MÁYNEZ¹³⁶ considera que la conducta de los hombres en la sociedad está sujeta a las normas jurídicas. Expone que la seguridad se sostiene desde dos criterios fundamentales: la orientación y la certeza de orden. Ello se enfoca en que quienes son los destinatarios de las normas deben conocer sus contenidos y deben actuar de acuerdo con ello. Identifica como situaciones que vulneran la seguridad jurídica: el desconocimiento de la ley, el exceso de disposiciones jurídicas y su incongruencia.

Por su parte, PRECIADO HERNANDEZ¹³⁷, considera que este principio se dirige a que las personas puedan conocer la normativa para saber a qué atenerse e incluye: el saber y la confianza legítima. En esa línea, SQUELLA NARDUCCI¹³⁸ coincide con el autor antes mencionado, y considera que su base es el saber, el dominio y conocimiento que deben tener las personas de las normativas y que la confianza nace de éste. Analiza que la seguridad se ve como la certeza de que el ordenamiento es continuidad y que podrá conocer de cualquier modificación que tenga lugar dentro del mismo, reconoce que dentro de la certeza está la estabilidad, enfocada en asegurar el respeto a los derechos de las personas.

¹³⁴ PÉREZ LUÑO Enrique, “*La seguridad jurídica. Una Garantía del Derecho y la Justicia*”. Revista Boletín de la Facultad de Derecho, núm. 15, Universidad Nacional de Educación a Distancia, España, 2000, pág.28.

¹³⁵ Santidad Juan XXIII, *I Pacem in Terris, Carta Encíclica*, art 27.

¹³⁶ GARCÍA MÁYNEZ Eduardo, *Filosofía del Derecho*, Editorial Porrúa, 15va Edición, México, 2005, pág. 413.

¹³⁷ PRECIADO HERNÁNDEZ Rafael, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, 3ra Edición, Editorial JUS, México, 1960, pág.238.

¹³⁸ SQUELLA Narducci Agustín, *Introducción al Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, 1ra Edición, Santiago, 2007, pág.493.

Igualmente, GARCÍA MÁYNEZ¹³⁹, lo relaciona con los valores y los fines, partiendo de que estos, aparecen en la sociedad basados justamente en las normativas jurídicas dirigidas a garantizar los derechos y el bien común. El autor realiza una clasificación de los valores jurídicos considerándolos fundamentales, consecutivos e instrumentales. Se consideran fundamentales, atendiendo a que de ellos depende que el orden jurídico exista; resultan consecutivos, porque son el resultado del equilibrio armónico de esos valores fundamentales como la igualdad, el orden, la libertad, y son instrumentales porque ellos suponen la realización de los valores considerados tanto fundamentales como consecutivos.

La seguridad jurídica, es la existencia de normas que protegen de manera eficaz la sociedad, las cuales se aplican de forma imparcial y además se suma a ello, la existencia de un conjunto de instituciones que deben aplicar las normas, sin transgredir la ley. En ese orden, coincide COVIELLO¹⁴⁰ quien asevera que la seguridad jurídica es un valor desde el punto de vista de axiológico. Además, que en el inciden cuestiones como: la claridad de la norma legal; la protección de los derechos que a través de ellas se adquieren y la confianza; la irretroactividad. Estas cuestiones afianzan la seguridad ante diferentes situaciones legales. Este valor posee un rango constitucional que sirve de base al ordenamiento jurídico y cuya tutela les corresponde a los órganos jurisdiccionales.

LOPEZ DE OÑATE citado por COVIELLO¹⁴¹ establece que la seguridad jurídica está compuesta por un elemento objetivo, que es su reconocimiento en el ordenamiento jurídico y la obligación de que debe ser cumplido. El elemento subjetivo, lo relaciona con lo concerniente, a que la persona tiene confianza en que los poderes públicos obren de manera adecuada. De ahí la relación directa entre seguridad jurídica y confianza legítima, esta última debe estar sustentada por el principio de buena fe, el de proporcionalidad y el de razonabilidad que se estudiará más adelante.

Por otro lado, el mencionado autor analiza que la seguridad jurídica al tener el rango de valor incluye todos los ámbitos de la vida comunitaria. Por ello puede invocarla el particular y también el Estado. Sin embargo, la confianza legítima solo es propia del

¹³⁹ GARCÍA MÁYNEZ Eduardo, *Filosofía del Derecho*, Editorial Porrúa, 15va Edición, México D.F, 2005, pág. 413.

¹⁴⁰ COVIELLO Pedro José Jorge, *La protección de la Confianza del Administrado*. Derecho Argentino y Derecho Comparado, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, pág. 342.

¹⁴¹ *Ibíd.*, pág.383.

particular y se dirige a la protección que debe recibir ante cualquier afectación estatal que se le pueda causar. En relación con ello, COMADIRA¹⁴² afirma que la seguridad jurídica y la confianza legítima, se manifiestan cuando las personas pueden presumir que sus bienes y derechos adquiridos van a ser respetados, al igual que las expectativas legales de las personas deben ser oportunas y efectivas cuando sean exigibles judicialmente.

De forma general, la seguridad jurídica y la confianza legítima se refiere a que las personas sientan que ante cualquier acto que los afecte, ejecutado por terceros, entre ellos el Estado, tengan la certeza de estar protegidos por el ordenamiento jurídico, aun cuando, según ORDOÑEZ¹⁴³, las normas jurídicas sean abundantes. La seguridad jurídica vinculada a la existencia del ordenamiento legal significa que las normas deben ser cumplidas cabalmente lo que permite garantizar la estabilidad y no arbitrariedad en la aplicación del derecho, puesto que mediante la normativa jurídica se protegen, tanto las personas, sus derechos y su patrimonio.

La seguridad jurídica¹⁴⁴ incluye cuestiones como la previsión ante cualquier clase de suceso que conlleve a la aplicación de una norma legal. Esto implica que la conducta debe estar prevista jurídicamente al igual que los efectos que genera su incumplimiento. Por otro lado, es necesaria la estabilidad que conduce a que antes de expedirse una disposición jurídica, el órgano que lo haga como parte de su producción debe prever todos los supuestos que aseguren que perdure en el tiempo de manera que se garantice su estabilidad y deben tenerse en cuenta todas las herramientas jurídicas posibles para asegurar el amparo eficaz a través de medios de impugnación y otros que permitan hacerla efectiva. También debe ser pública para que llegue a todos la información.

La seguridad jurídica y confianza legítima¹⁴⁵ son de los principios que pueden llegar a vulnerarse al ejercer la potestad reglamentaria de manera inadecuada y excesiva ya que

¹⁴² *Ibíd.*, pág. 374.

¹⁴³ ORDOÑEZ VÁSQUEZ Grace, “*La Seguridad Jurídica y su Aplicación en la Ejecución de los Contratos de Concesión de servicios de telefonía*”, Repositorio de tesis de la Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009, pág.108.

¹⁴⁴ Constitución del Ecuador. Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

¹⁴⁵ Código Orgánico Administrativo. Art. 22.- Principios de seguridad jurídica y confianza legítima. Las administraciones públicas actuarán bajo los criterios de certeza y previsibilidad. La actuación administrativa será respetuosa con las expectativas que razonablemente haya generado la propia administración pública en el pasado. La aplicación del principio de confianza legítima no impide que las administraciones puedan cambiar, de forma motivada, la política o el criterio que emplearán en el futuro. Los derechos de las personas no se afectarán por errores u omisiones

afectaría la estabilidad y la certeza acerca de la aplicación del sistema jurídico. Estos principios, son esenciales dentro del Estado de Derechos tanto para las personas como para la sociedad en general, son una garantía de que se está protegido legalmente ante cualquier situación jurídica que se presente, la cual será atendida y en consecuencia se aplicará la ley de manera correcta y eficaz. HERNÁNDEZ asevera “para nosotros la seguridad jurídica, en términos amplios, es la certeza que tiene todo sujeto de derecho sobre la aplicación efectiva del ordenamiento jurídico del Estado, o reconocido por éste con eficacia jurídica, y la garantía de que, en caso de violación de dicho ordenamiento, la institucionalidad del país impulsa la materialización de la responsabilidad correspondiente”.¹⁴⁶

En el mismo sentido, se debe afirmar que el principio de seguridad jurídica constituye una garantía que implica que especialmente en el ámbito administrativo, los administrados gocen y cuenten con las disposiciones legales que realmente los amparan y que, ante cualquier vulneración de sus derechos, estos estén debidamente protegidos y en caso de verse afectados sus derechos, serán reparados pertinentemente. EHREMBERG afirma que: “Al hablar de seguridad jurídica cabe referirse tanto al ordenamiento jurídico (Derecho en sentido objetivo) como a las facultades jurídicas (derecho en sentido subjetivo).”¹⁴⁷

Se debe señalar que el Estado posee la obligación de proporcionar a sus ciudadanos la seguridad jurídica necesaria al ejercer el poder jurídico, legislativo y político, lo que permitirá que las personas se sientan respaldadas. Al respecto SÁNCHEZ DE LA TORRE¹⁴⁸ comentó que la seguridad en el campo jurídico no es más que la certeza que tiene la persona con respecto a la permanencia de su estatus legal y que solo este puede ser modificado mediante procedimientos y vías establecidas jurídicamente de forma previa y clara. Por tanto, el principio se basa en la confianza que posee el ciudadano de que la ley se cumple y resulta aplicable para todos, incluyendo al aparato estatal y sus

de los servidores públicos en los procedimientos administrativos, salvo que el error u omisión haya sido inducido por culpa grave o dolo de la persona interesada.

¹⁴⁶ HERNÁNDEZ TERÁN Miguel, “*Seguridad Jurídica: Análisis, Doctrina y Jurisprudencia*”, Editorial Edino, Guayaquil, 2004, pág.93.

¹⁴⁷ EHREMBERG Víctor, “*Seguridad jurídica y seguridad del tráfico*”, Editorial Colegio de Registradores de Propiedad Mercantiles y de Bienes Muebles de España, Madrid, 2003, pág. 76.

¹⁴⁸ SÁNCHEZ DE LA TORRE Ángel, *El Derecho en la aventura europea de la libertad*. Editorial Reus, Madrid, 1987, pág. 44.

servidores públicos, los que en su actuar deben cumplir y hacer cumplir las normativas legales que conforman el ordenamiento jurídico.

2.3.1.3 Principio de Tutela Administrativa Efectiva

Para revisar este principio se debe iniciar por el análisis general de la tutela efectiva como derecho que está reconocido en el ordenamiento jurídico y como tal debe hacerse efectivo. Este derecho está previsto en el artículo 75 de la Constitución ecuatoriana¹⁴⁹ que reconoce el derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, basado en la imparcialidad y sujeto a los derechos e intereses de las personas, bajo los principios de inmediación y celeridad; establece que las personas no quedarán en estado de indefensión y que es obligatorio que las resoluciones judiciales se cumplan, en caso contrario, se debe imponer la sanción que corresponda. En concordancia con el artículo 147 cuando establece que 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.

Por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su art. XVII proclama que toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones y a gozar de los derechos civiles fundamentales. En su art. XVIII, que tras reconocer a toda persona el derecho de ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos agrega que se debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia la ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente. Y, en el art. XXIV aclara que toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a cualquier autoridad competente y a obtener pronta resolución.

También la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su art. 1 número 1 compromete a los Estados parte a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción (12). El art. 2 obliga a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren

¹⁴⁹ Constitución de la República. Art.75.

necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. El art. 8 número 1 consagra el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable en la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. El art. 25 número 1 reconoce que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo que la ampare contra actos violatorios de sus derechos fundamentales, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. El número 2 letra a garantiza que las autoridades competentes decidirán sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso.

Ahora bien, luego de revisar la tutela efectiva en los instrumentos normativos nacionales e internacionales, es necesario referirse a la relación directa que tiene con la aplicación de los reglamentos y/o actos normativos. Según URRUTIGOITY¹⁵⁰ el nacimiento del principio de tutela efectiva se encuentra en las normas de derecho partiendo de cuestiones como el afianzamiento de la justicia, no solo en el contexto judicial sino también administrativo. Implica que todo procedimiento administrativo se desarrolle sin obstáculos y con imparcialidad, de forma ordenada para asegurar su legalidad y el respeto de los derechos de los administrados para llegar a una decisión eficaz y pertinente. Esta tutela constituye la vía para conseguir la justicia mediante el procedimiento administrativo, que tiene como fin el bien común.

Las personas tienen derecho a formular peticiones, individual o colectivamente, ante las administraciones públicas y a recibir respuestas motivadas, de forma oportuna.¹⁵¹ El principio de tutela administrativa efectiva trae consigo que, cualquier proceso deba tener como solución una decisión motivada, expedida por una autoridad administrativa, acerca de derechos e intereses de los particulares o colectivos, son parte de dicha tutela, el derecho a ser oído y la publicidad de los procedimientos vinculado al principio de transparencia.

¹⁵⁰ URRUTIGOITY Javier, “*El principio de tutela administrativa efectiva*”, SJA 30/11/2005. Revista Suplemento de Derecho Administrativo, Jurisprudencia Argentina, Número: 2005-IV. LexisNexis Online - N° 0003/012321 o 0003/012347. En <https://biblioteca.mpf.gov.ar/meran/opac-detail.pl?id1=28401>

¹⁵¹ Código Orgánico Administrativo. Art. 32.

No existe compatibilidad con la tutela administrativa cuando se limita el acceso a la justicia, es el caso del reformado¹⁵² artículo 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en el que se restringía y de cierta forma prohibía la interposición de acciones constitucionales en casos de resoluciones de terminación unilateral de contratos, por considerar que existían mecanismos o vías eficaces para su defensa. Para efectivizar la tutela administrativa, también es fundamental que la Administración Pública cuente con procedimientos que gocen de oportunidad, claridad, efectividad y eficacia, de manera que, el órgano de carácter administrativo pueda realmente tutelar los derechos de las personas mediante el poder de auto fiscalizarse y pueda además subsanar sus errores sin que sea necesario acudir al órgano judicial.

La actividad administrativa se regula mediante normas jurídicas y sus actos deben expedirse de manera racional, objetiva y de conformidad con los principios generales del Derecho, precautelando los derechos de los administrados mediante la facultad de autocontrol, otorgado por el principio de autotutela administrativa. Se debe señalar que la tutela administrativa efectiva es diferente a la tutela judicial, ya que la administración puede fiscalizar sus propios actos, permitiendo que el administrado en la primera etapa, no necesite acudir ante un órgano jurisdiccional.

Un elemento esencial dentro del principio de tutela administrativa efectiva es el hecho de que, tanto el administrado como el Estado, tenga la seguridad de que las actuaciones administrativas se desarrollan apegadas a la normativa jurídica para salvaguardar los derechos de los particulares y que en caso de violaciones puedan recurrir en sede administrativa o judicial según corresponda. El principio de tutela efectiva administrativa da lugar al derecho sustancial a la defensa, lo cual se manifiesta en la facultad que poseen las personas de interponer demandas contra particulares o contra el Estado, aun cuando sea merecedor del reconocimiento de un derecho material o no.

¹⁵² Ley Orgánica Reformativa a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 100, del 14 de octubre de 2013.

2.3.1.4 Principio de Legalidad y la Zona de Reserva de la Administración

Sobre el principio de legalidad administrativa COVIELLO¹⁵³ asevera que existen varios criterios doctrinales; unos enfocados a las leyes en sentido formal (EISENNMANN), otros consideran que existen otras fuentes de legalidad como la norma constitucional de las que emanan las restantes disposiciones del ordenamiento jurídico positivo (GRAU) y otros incluyen los contratos y actos administrativos (VEDEL). Por otro lado, otro sector de la doctrina (COMADIRA) considera más amplio este principio, que incluye al texto constitucional, la ley, las costumbres, los tratados, los reglamentos, la jurisprudencia, entre otras. El autor se inclina por este último criterio en especial cuando se trate de los precedentes donde se ve comprometida la garantía de igualdad.

Bajo el principio de legalidad administrativa, se vincula la Administración a la ley cuyos límites están definidos dentro del ordenamiento jurídico que según COVIELLO¹⁵⁴ es vista como condición previa para la actuación de la Administración. Sobre este principio PAREJO ALFONSO¹⁵⁵ legitima la intervención de la Administración, a manera de descarte, en todos los ámbitos que se encuentre fuera de la reserva de ley de la Función Legislativa. Para el autor existe una crisis del Estado Social, la ley no sirve para las decisiones en las que está mejor dotado el propio Poder Ejecutivo.

Para GUASTINI¹⁵⁶ el principio de legalidad, se materializa en el hecho de que los poderes públicos deben garantizar la validez de sus actos mediante la observancia de la ley (condicionamiento de la actividad administrativa a la ley). En concordancia, SECAIRA DURANGO¹⁵⁷ analiza que este principio coadyuva a que las personas y los poderes públicos se sometan al ordenamiento jurídico del Estado, por ello, nadie está por encima de la ley. Como se aprecia el principio de legalidad administrativa, se relaciona con el principio de división de poderes, puesto que su fin es proteger la actividad de cada

¹⁵³ COVIELLO Jorge Pedro José, “La denominada zona de reserva de la administración y el principio de legalidad administrativa en el texto Derecho Administrativo”. *Obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel. S. Marienhoff*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, págs. 208.

¹⁵⁴ *Ibíd.*

¹⁵⁵ PAREJO Alfonso Luciano, “El Estado Social Administrativo”. *Algunas Reflexiones sobre la «crisis» de las prestaciones y los servicios públicos*, Revista de Administración Pública, Núm. 153, 2000, págs. 222 y 223.

¹⁵⁶ GUASTINI Ricardo, *Estudios de Teoría Constitucional*, Editorial Fontamara, México, 2007, pág. 111.

¹⁵⁷ SECAIRA DURANGO Patricio, *Curso breve de Derecho Administrativo*, Editorial Universidad Central del Ecuador, Quito, 2004, pág. 60.

uno de ellos y que se ejerza de acuerdo con las potestades reconocidas constitucionalmente.

Por su lado, MARIENHOFF¹⁵⁸ creador de la teoría de la zona de reserva que se sustenta en que el poder ejecutivo tiene facultades exclusivas en materias que integran las reservas de la Administración, la que resulta contraria a la reserva de ley, que le corresponde al legislador. Al respecto, el autor afirma que cada poder debe actuar en el orden de su competencia como está dispuesto en la norma constitucional.

Sobre la zona de reserva de la Administración, COVIELLO¹⁵⁹ la relaciona directamente con el principio de división de poderes e implica que cada uno de ellos ejerza sus funciones bajo el límite de sus competencias. Las zonas de reserva legal y administrativa, “se encuentran en el ordenamiento jurídico y los valores que les dan sustento. No se trata de exorbitancias del poder o de resabios del absolutismo o de gobiernos no democráticos. Se trata simplemente de una cuestión de competencia, o de otro modo, de distribución y afirmación de las potestades de los órganos máximos del poder constitucional”.

Otra cuestión que incide en el desarrollo de la zona de reserva de ley, para COVIELLO¹⁶⁰ es el Estado de Derecho, que es fundamental para materializarla, puesto que exige actuarse apegado a la ley también conlleva a garantizar constitucionalmente que los poderes actúen en virtud de sus competencias. Por otro lado, se mantiene el hecho de que las cuestiones vinculadas a los derechos fundamentales les corresponde regularlas al legislador, sin intervención de otros poderes.

Hay autores que se oponen estrictamente a la existencia de la zona de reserva de la Administración, entre ellos GORDILLO¹⁶¹ y BALBÍN¹⁶² alegando que, según el texto de la Constitución, los poderes regulatorios de materias y de situaciones jurídicas

¹⁵⁸ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Abeledo Perrot Tomo I, 5ta. Edición Actualizada, Buenos Aires, 2011, pág. 196

¹⁵⁹ COVIELLO Jorge Pedro José, “*La denominada zona de reserva de la administración y el principio de legalidad administrativa en el texto Derecho Administrativo*”. *Obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel. S. Marienhoff*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 221.

¹⁶⁰ *Ibíd.*, pág. 219.

¹⁶¹ GORDILLO Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, Tomo I, 1era. Edición, FDA, Buenos Aires, 2013, pág. VII-41.

¹⁶² BALBÍN Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, 2da. Edición, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2015, págs. 124 y ss.

corresponden a la Función Legislativa. Los autores reconocen, en cambio, la posibilidad de dictar actos destinados a regir el funcionamiento interno de la Administración (organización, deberes de los órganos, atribuciones, etc.), pero no con efectos respecto de terceros. Es decir, alcanzan únicamente a los particulares que tengan una relación de servicio con el órgano.

Estos últimos criterios doctrinales con los que coincido exigen que competencia nazca de manera explícita de la Constitución. En el Ecuador se ha intentado cerrar el cerco amplio de la reglamentación de todos los asuntos administrativos por los órganos y entidades administrativas, para sujetar ese poder a determinadas personas y determinados asuntos; como se ha venido explicando la potestad reglamentaria reposa en la figura del presidente de la República; y, a los restantes órganos funcionales, que son parte de este poder, les corresponde la aplicación de la facultad normativa de carácter administrativo sobre asuntos internos, de acuerdo con lo dispuesto por ley y en el límite de sus competencias.

2.3.1.5 Principio de Razonabilidad

El principio de razonabilidad se basa en que toda aquella actuación de naturaleza administrativa además de fundamentarse en la normativa legal debe encontrar un equilibrio con respecto a conductas, hechos circunstancias valoradas de manera objetiva y concreta. El término razonabilidad según la Real Academia de la Lengua¹⁶³ significa poseer una cualidad razonable, y esta última expresada, conforme a la razón. El mencionado significado ayuda a entender el basamento de este principio, por lo que el respeto al principio de razonabilidad hace que todo se ajuste a la norma, pero, a su vez, resulte acorde con los principios del Derecho Administrativo y se considere justo y equitativo.

LINARES respecto de la razonabilidad en la creación de derecho dentro de la subsunción, sostiene que el legislador (Presidente si se trata de reglamentos y autoridades administrativas si se trata de actos normativos de carácter administrativo) tiene que aplicar no solamente las estructuras de donde emana directamente su competencia

¹⁶³ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 23va. Edición S.L.U. Espasa Libros, Madrid, 2014.

(Constitución y COA), sino también las dadas en el capítulo de las declaraciones de derechos como: democracia, participación ciudadana, seguridad jurídica, entre otros, que constituyen nuevas limitaciones de esa competencia. Dentro de los amplios marcos o géneros que tanto las normas de competencia como las normas de declaraciones de derechos le dejan para ejercitar su arbitrio, ha de elegir con relativa holgura en cada caso una de las especies legislativas (reglamento, acto normativo de carácter administrativo o acto administrativo)¹⁶⁴. Esto pone de manifiesto, que al ejercer la potestad reglamentaria se deben tomar en cuenta, la competencia constitucional, los derechos de los administrados, la situación concreta y el contexto social que genera la necesidad de regulación.

Por su parte, ATIENZA plantea: “el ideal del Estado constitucional supone el sometimiento completo del poder al Derecho, a la razón: el imperio de la fuerza de la razón, frente a la razón de la fuerza”¹⁶⁵. La razonabilidad representa justicia por tanto, a la hora de que la Administración hace uso de su facultad reglamentaria debe tenerlo muy en cuenta, valorar la razón específica y la necesidad de expedir un reglamento para regular algún aspecto determinado del funcionamiento de la Administración Pública, que permita estar en armonía con la norma, los intereses y la razón, para que no resulte ser una normativa arbitraria y absurda.

Al respecto, BIDART CAMPOS expuso dos postulados: “lo opuesto a la razonabilidad es la arbitrariedad”¹⁶⁶ y “la razonabilidad y lo razonable superan las formalidades para internarse en un contenido sustancial que no es “puesto” discrecionalmente por quien dicta la norma y adopta las medidas “razonables”, sino que se anuda a patrones axiológicos superiores y objetivos”¹⁶⁷. En análisis de estos postulados puedo decir que para que los reglamentos y/o los actos normativos de carácter administrativo o cualquier actuación de la Administración, se consideren válidos deben ajustarse a los principios, valores y fines que las originan, conducen y limitan.

¹⁶⁴ LINARES Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina*, Editorial Astrea, 2da edición actualizada, Buenos Aires, 2002, págs. 78 y 79. Los paréntesis son míos.

¹⁶⁵ ATIENZA RODRÍGUEZ Manuel, *Argumentación y Estado Constitucional, Derechos, Justicia y Estado Constitucional. Tributo a Miguel C. Miravet*, Editorial Universidad de Valencia, España, 2005, pág. 25.

¹⁶⁶ BIDART CAMPOS Germán, *Compendio de Derecho Constitucional*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2008, pág. 71.

¹⁶⁷ BIDART CAMPOS Germán, *Nociones Constitucionales, Las intersecciones iusnaturalistas de la Constitución*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2007, pág. 54.

Resulta oportuno decir que según lo analizado sobre el principio de razonabilidad, el exceso de reglamentarismo puede traer consigo incompreensión y desconocimiento de la normativa por parte de los destinatarios, en ello se manifiesta una vulneración del principio de razonabilidad, toda vez que al expedirse reglamentos innecesarios e incoherentes no hay manifestación alguna de justicia y razón en ellos, constituyen a primera vista, una mera formalidad jurídica pero que en determinado momento afecta a los administrados trayéndoles consigo consecuencias jurídicas desfavorables.

En el mismo orden de las ideas anteriores, debe decirse que, para proceder a la expedición de los reglamentos, además de contarse con una disposición jurídica que lo sustente, debe existir una necesidad, una premisa determinada por situaciones fácticas concretas que necesiten regularse para lograr un fin determinado, siempre basado en la equidad, la prudencia y la justicia para de esta manera hacer honor al principio analizado.

Resulta oportuno decir que la razonabilidad se relaciona con la lógica, la armonía que debe estar presente en toda actuación de la Administración Pública, ello es lo que facilita lograr su fin de satisfacer el bien común. Como se ha visto este principio se relaciona estrechamente con el ya analizado principio de legalidad, atendiendo a que lo primario es que el reglamento este en consonancia con la ley y las regulaciones que se establezcan en él deben ser congruentes con ellas y estar basadas en la razón y la lógica.

Se debe analizar dentro de este principio, el test determinado por SAGUÉS¹⁶⁸ delimitando tres clases de razonabilidad: 1) la razonabilidad desde el punto de vista normativo que se traduce a que las normativas de índole legal que se dicten deben guardar consonancia con el texto constitucional; 2) la razonabilidad desde el ámbito técnico, que significa que exista una clara relación entre los fines recogidos por la ley y los medios para materializarlos; y por último, 3) la razonabilidad axiológica, que incluye que la norma tenga intrínseco un fin de justicia. Son interesantes los aspectos que incluye el test porque toca los puntos necesarios para demostrar el valor jurídico de la norma y la sensatez con que se dicta basada en aspectos de tipo morales, sociales, circunstancias, necesidades reales, justicia y razón que hacen que la misma tenga la eficacia necesaria y el respeto a la Constitución como norma suprema.

¹⁶⁸ SAGUÉS Néstor Pedro, *Elementos de Derecho Constitucional*, Editorial Astrea, 2da. Edición, Tomo II, Buenos Aires, 1997, págs. 700-701.

Atendiendo a lo antes expuesto, se puede afirmar que el principio de razonabilidad permite valorar la eficacia de la expedición de todos los instrumentos normativos partiendo de su constitucionalidad, hasta la revisión de sus contenidos al dictarse un reglamento y/o un acto normativo de carácter administrativo, para permitirse una mejor ejecución de la ley, regulando en él lo necesario para de esta manera ser más justos y lograr el bien común. La facultad normativa habilita a la Administración a emitir actos normativos de carácter administrativo, para completar aquellos aspectos que el legislador no precisó en la ley y que tratan de los asuntos de su interés, por lo que permite que en él se establezcan determinados requerimientos, condiciones, restricciones que deben ser reguladas de forma razonable; aspecto elemental para que gocen de validez y eficacia jurídica. Todos los argumentos antes expuestos, permiten afirmar que es imposible que exista cumplimiento del principio de razonabilidad cuando hay un exceso de reglamentarismo, resulta evidente que no existe compatibilidad entre un término y otro, en virtud de todas las razones y aspectos antes analizados.

Cuando se trata de razonabilidad de las normas, es fundamental mencionar los tres juicios de razonabilidad de CIANCIARDO¹⁶⁹, siendo estos: la adecuación, la necesidad y el de proporcionalidad a *stricto sensu*. Cuando se trata de la adecuación, al autor analiza los siguientes aspectos: a) lo primero que se exige de una medida es que tenga un fin, y que ese fin se encuentre entre los que la constitución permite perseguir al Estado; b) en segundo lugar, la medida debe ser adecuada e idónea para el logro de ese fin. Es decir, debe ser capaz de causar su objetivo; c) en algunos casos se exige, en tercer lugar, que la finalidad perseguida por el Estado tenga relevancia social. El juicio de adecuación tiene por finalidad controlar los extremos.

El juicio de necesidad¹⁷⁰ es, en lo que respecta a la aplicación, el más controvertido. Ha sido llamado juicio de indispensabilidad, subprincipio del medio más benigno o subprincipio de la intervención más restringida posible. Mediante él se examina si la medida adoptada por el legislador es la menos restringente de las normas ius fundamentales de entre las igualmente eficaces.

¹⁶⁹ CIANCIARDO Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, 2da edición, actualizada y ampliada, Editorial Abaco Depalma, Buenos Aires, 2009, pág. 64.

¹⁷⁰ *Ibíd.*, págs. 82 y 83.

Y, finalmente el juicio de proporcionalidad *stricto sensu*,¹⁷¹ ...consiste en establecer si la medida guarda una relación razonable con el fin que procura alcanzar, un balance entre las ventajas y desventajas de la medida. Con expresión ilustrativa se habla en el derecho francés de “balance entre costos y beneficios” y en el derecho estadounidense de “*balancing test*”. En el derecho comunitario europeo se exige, de modo análogo, que “las desventajas ocasionadas” no sean desventajas proporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos.

El análisis de los juicios de razonabilidad de CIANCIARDO si bien va inclinado hacia las normas emitidas por el Poder Legislativo, alcanza al tema de estudio en cuanto a que, si hablamos del exceso de regulaciones que emanan del Poder Ejecutivo, también justifica nuestra investigación, el examen de estos juicios para la emisión tanto de reglamentos como de actos normativos de carácter administrativo. Y como el citado autor analiza la proporcionalidad para vincularla con la razonabilidad de las regulaciones, damos paso al análisis del principio de proporcionalidad enfocado al tema de investigación.

2.3.1.6 Principio de Proporcionalidad

En cuanto al análisis de la producción normativa del Poder Ejecutivo, seguimos con el principio de proporcionalidad, ya que es en la proporción la medida justa en cuanto a la cantidad de asuntos que deben ser regulados. Al respecto, SECAIRA¹⁷² considera al principio de proporcionalidad como aquella acción administrativa que es atemperada a la realidad y a las necesidades de la sociedad y que por tanto debe ser resuelta por la Administración Pública, ajustándola, adaptándola con base a cada antecedente de hecho, con el fin de que la decisión que se tome responda realmente a dicha realidad.

En el mismo orden de lo anterior, ALEXY¹⁷³ analiza que el sustento de la proporcionalidad son los derechos fundamentales recogidos en la Constitución y reitera que el mandato de optimización se reduce a cumplir con lo establecido en la mayor forma

¹⁷¹ *Ibíd.*, págs. 107 y 108.

¹⁷² SECAIRA DURANGO Patricio, *Curso breve de Derecho Administrativo*, Editorial Universitaria, Quito, 2004, pág.41.

¹⁷³ ALEXY Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Editorial del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pág. 79.

posible y en caso de que pueda generar un conflicto en el que se afecten los derechos fundamentales, la aplicación correcta del principio de proporcionalidad resuelve esta incongruencia. Este principio incluye un conjunto de instrumentos y razonamientos que permiten establecer una ponderación entre las normas y principios instructores del derecho.

Dados los aspectos que anteceden, se debe señalar que, respecto a la ponderación de los mandatos de optimización de ALEXY, el autor establece: “cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro”.¹⁷⁴ En concordancia, SAPAG¹⁷⁵ se refiere al test de proporcionalidad en el que se realiza un examen de ponderación de dos principios, considerando que cuando una norma limita un derecho fundamental, el Estado debe poseer las suficientes justificaciones y razones para aplicar esta norma y por tanto debe haber la debida proporción entre el principio perseguido por la disposición que se expida y el derecho fundamental regulado.

En este mismo orden se puede decir que el principio de proporcionalidad en cuanto al uso de competencias debe ejercitarse sobre la base de la ley, pero en concordancia con los principios que la avalan, la condicionan y la limitan, y los fines que la orientan, ejercitándose una ponderación razonada por el operador jurídico.

Según BERNAL¹⁷⁶ el principio de proporcionalidad se basa en los siguientes elementos: debe aplicarse basado en el principio de razonabilidad atendiendo a que la vía empleada debe ser la adecuada y tener una relación directa con el fin trazado y debe tenerse en cuenta el principio de necesidad partiendo de no resultar procedente, usar una vía alternativa para llegar al mismo resultado, pero respetando los derechos y recogiendo las particularidades del contexto y las circunstancias que dan lugar en este caso, al reglamento. El autor expone su opinión sobre este principio en cuanto a que siempre debe, tenerse en cuenta los resultados, o sea que debe ser mayor lo que se gana con determinado acto o norma, que lo que posee una menor relevancia.

¹⁷⁴ *Ibíd.*, pág. 33.

¹⁷⁵ SAPAG citado por BERNAL PULIDO Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Editorial del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pág. 258.

¹⁷⁶ BERNAL PULIDO Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Editorial del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pág. 89.

Todos los criterios analizados son necesarios para el objeto de estudio ya que influyen en el proceso de creación de los actos normativos, para evitar la vulneración del principio de proporcionalidad en la producción normativa, deben tenerse en cuenta todas aquellas situaciones fácticas y de derecho que deben cumplirse evitando establecer regulaciones, prohibiciones y requisitos en un instrumento sin que exista una necesidad, un fin, un respaldo legal y cierto que amerite que se expida dicha normativa, la idea es no tener un reglamento para cumplir con determinada formalidad, sino para regular realmente necesidades que respondan al bienestar general, en caso contrario resulta vulnerado el principio de proporcionalidad.

Recordemos que las decisiones administrativas deben adecuarse al fin previsto en el ordenamiento jurídico y adoptar en un marco del justo equilibrio entre los diferentes intereses. No se limitará el ejercicio de los derechos de las personas a través de la imposición de cargas o gravámenes que resulten desmedidos, en relación con el objetivo previsto en el ordenamiento jurídico.¹⁷⁷ Al principio de proporcionalidad se lo puede considerar como la prohibición de los excesos y para garantizar su materialización, la administración queda obligada en su actuar, a que en caso que resulte necesario causar afectaciones a los administrados y esas afectaciones sean reparadas; deben estar en armonía con el fin del bienestar común; debe ocurrir cuando no exista otra alternativa posible que no sea causar el daño y; por último, debe existir una relación entre el beneficio logrado y el fin perseguido.

Se debe analizar en este estudio que el principio de razonabilidad y el de proporcionalidad están muy íntimamente relacionados y sus diferencias fundamentales están dadas en que el primero se dirige a garantizar la aplicación de la ley basados en la justicia y la razón; mientras que el de proporcionalidad tiene como objetivo asegurar que exista el equilibrio correcto entre los medios que se utilicen y los fines que se pretenden lograr con ello.

¹⁷⁷ Código Orgánico Administrativo. Art. 16.

2.4 Exceso de Reglamentarismo y Producción Normativa

Sobre el exceso en la producción de normativa por parte de la Administración Pública, MARIENHOFF¹⁷⁸ ha analizado acertadamente que se encuentra estrechamente relacionado con la burocracia, término utilizado por la opinión pública, ante el exceso de normas, de reglamentos, papeleo, etc. Señalándolos como serias dificultades y obstáculos que presentan en su gestión y funcionamiento. Se debe señalar que los propios textos constitucionales otorgan a los organismos estatales la potestad de dictar normativas de carácter general dentro de su competencia, sujeto a la ley, pero no siempre ocurre de esta manera, en muchos casos, se tiende a hacer interpretaciones demasiado extensivas y repetitivas de la normativa vigente. Ejemplo de ello son los pliegos de condiciones generales para las contrataciones del Estado, son una fiel copia del texto de la ley o del reglamento respecto a un determinado proceso contractual.

Vale reiterar lo ya analizado a lo largo de la investigación, referente a que la potestad reglamentaria legalmente le corresponde, en Ecuador, al Presidente de la República, lo que en la práctica cotidiana y a los efectos de regular determinados aspectos administrativos, se ha convertido en un exceso de expedición de actos normativos de naturaleza administrativa bajo el amparo de la llamada subsidiariedad o alcance del precepto constitucional para expedir esta clase de actos normativos por órganos que realmente no poseen competencia para ello. Los actos administrativos no pueden realizar modificación alguna a lo previsto en la ley ya que solo constituyen una herramienta aplicativa de esta, poseen un carácter eminentemente complementario y secundario. La creación abusiva de esos actos normativos desnaturaliza el sistema jurídico, le restan el valor a la ley, no asegura las garantías constitucionales, y es contrario al Estado de Derechos y justicia que se proclama en Ecuador.

Lo antes expuesto ha provocado que, órganos, entidades, consejos e incluso funcionarios procedan a dictar disposiciones de manera indiscriminada e ilegítima. Es por ello, que estas regulaciones de carácter secundario no deben autorizarse al libre albedrío, sino remitirse a las limitaciones anteriormente analizadas. Esos actos normativos se

¹⁷⁸ MARIENHOFF Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Abeledo Perrot, Tomo I, Buenos Aires, 1965, pág. 53.

manifiestan como sumillas, oficios, circulares, instructivos, resoluciones, entre otros. A continuación algunos ejemplos:

- 1) El clásico ejemplo es el oficio del Secretario Jurídico de la Presidencia de la República del Ecuador¹⁷⁹, que, al respecto, establece: “en los diversos contratos que se suscriban a partir de esta fecha, deberán someterse a la jurisdicción de los Tribunales Ordinarios y no a la de los Tribunales Arbitrales...”. Al respecto, el Código Civil, materia de la cual se originan los contratos establece que el negocio jurídico es transigible. Además de que la constitución lo permite¹⁸⁰, y la norma especial, cuando se refiere a la solución de controversias, establece al respecto: “de existir diferencias entre las partes contratantes no solventadas dentro del proceso de ejecución, podrán utilizar los procesos de mediación y arbitraje en derecho, que lleven a solucionar sus diferencias, de conformidad con la cláusula compromisoria respectiva”¹⁸¹. Esto evidencia que existe una extralimitación en el uso de la potestad reglamentaria de la que venimos tratando, ya que se contrapone a lo estipulado por la ley, la altera y modifica prohibiendo la mediación y arbitraje en los conflictos acerca de contratos administrativos.

- 2) Por otro lado, el exceso de reglamentarismo en el Ecuador, también se encuentra expresado en actos de competencia propia del presidente pero que superan los límites normativos. Un ejemplo, es el Decreto No. 228 del Presidente de la República¹⁸² en el que se dispone que únicamente por el año 2017, se traslade el feriado local de descanso obligatorio por la Fundación de San Francisco de Quito, al miércoles 6 de diciembre del 2017. En contradicción al artículo 110 de la Ley Orgánica del Servicio Público y el artículo 65 del Código de Trabajo, que determinan que cuando los días feriados de descanso obligatorio establecidos en estas leyes correspondan al día martes, el descanso se trasladará

¹⁷⁹ Presidencia de la República del Ecuador, Oficio No. T.1-C.1.-SNJ-12-1134, de 5 de octubre de 2012, suscrito por el Dr. Alexis Mera Giler, Secretario Nacional Jurídico, dirigido a los Ministros y Secretarios de Estado, Autoridades de la Administración Pública Central e Institucional.

¹⁸⁰ Constitución del Ecuador, Art. 190.- Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley.

¹⁸¹ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Art. 104. En concordancia con el Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Arts. 160, 161, 162.

¹⁸² Presidencia de la República, Decreto No 288, Quito, 28 de noviembre 2017.

al día lunes inmediato anterior, y si coinciden con los días miércoles o jueves, el descanso se pasará al día viernes de la misma semana, debiéndose aplicar igual criterio para los días feriados de carácter local; el feriado local por la Fundación de Quito del día 6 de diciembre, ese año correspondía a un día miércoles por lo que lo legítimo era trasladarlo al día viernes 8 de los mismos mes y año.

Sin embargo, el Presidente de la Republica, haciendo uso de facultades otorgadas por la misma ley (Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Servicio Público y al Código del Trabajo, publicada en el Suplemento del Registro Oficial número 906 del 20 de diciembre del 2016), que le permite expedir al menos anualmente, el cronograma de días de descanso obligatorio, incluídos traslados y/o puentes vacacionales; reglamenta de manera ilegítima, en el sentido de que, ya existe una ley que establece los días feriados en el país. Por tanto, en dicha disposición jurídica no se han respetado las normas preexistentes y se contradice una ley. Ante la nulidad manifiesta de ese decreto resultado improcedente modificar los días feriados que habían sido establecidos con anterioridad por una ley.

- 3) Otro ejemplo para mostrar la exacerbación de la facultad reglamentaria existente en el país es la expedición de un Reglamento Ejecutivo a la Ley de Naturalización con Registro Oficial No. 648 fecha 27 de febrero de 2012. Esta Ley¹⁸³ está vigente en el Ecuador desde el año 1976. Dicha norma, de manera clara, dispone en el artículo 4, los requisitos para reconocer y otorgar la naturalización a los extranjeros entre las que están: la capacidad legal, contar con un patrimonio, profesión o desarrollar algún oficio que le permita su subsistencia, haber residido en el Ecuador por tres años ininterrumpidos, entre otros. Sin embargo, en el año 2012 el presidente de la República dictó un Reglamento Ejecutivo¹⁸⁴ a dicha ley, en el que agrega el otorgamiento de la naturalización por la ejecución de servicios relevantes estableciendo requisitos a estos fines. Este reglamento ejecutivo, resulta contrario a la normativa, la

¹⁸³ Presidencia de la República, Ley de Naturalización de Ecuador, Decreto Supremo No. 276, 2 Registro Oficial, No. 66, Quito, 14 de abril 1976.

¹⁸⁴ Presidencia de la República, Reglamento Ejecutivo a la Ley de Naturalización para el otorgamiento de cartas de naturalización por servicios relevantes, 2012. Registro Oficial No. 648 fecha 27 de febrero de 2012.

altera en el sentido de que la Ley de Naturalización, no prevé otorgar cartas de naturalización a razón de servicios relevantes es decir se crean condiciones sustantivas que no reposan en la ley; con lo cual se amplía la norma y corroboramos nuevamente una extralimitación en el ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente.

El nuevo reglamento dispone un asunto no reconocido por la ley vigente, menoscabándola. Ello refleja una violación reglamentaria a esta norma. En este caso, el presidente traspasa los límites que el reglamento debe observar para que goce de validez y genera afectación al ordenamiento jurídico nacional y a principios del derecho, anteriormente analizados. En este caso, sería un reglamento autónomo, al disponer de un asunto no contemplado en la ley. El uso de la facultad reglamentaria del presidente, en este caso, resulta incompatible con la ley y el texto constitucional.

- 4) De igual manera, ocurre con el Reglamento Ejecutivo a la Ley de Educación Intercultural en cuanto a la regulación de la figura del traslado. La Ley de Educación Intercultural¹⁸⁵, prevé esta figura como la capacidad que tiene la autoridad en materia educativa para disponer el movimiento de lugar de trabajo de los docentes, al igual que establece las causas para su procedencia y sus requisitos. Sin embargo, el presidente bajo el ejercicio de su potestad reglamentaria creó el Reglamento a la Ley Orgánica de Educación Intercultural¹⁸⁶, reformando el particular antes expuesto, incluyendo que para que tenga lugar el traslado, los docentes habilitados que lo soliciten deben ser participe y resultar ganadores de un concurso para llenar una vacante, con excepto los que pidan su traslado por cuestiones vinculadas al bienestar social. Como podemos evidenciar, este Reglamento prevé un nuevo requisito sustancial y no de ejecución, para el traslado y lo define de manera diferente, esto irrespeta los límites de la potestad reglamentaria, contenidos en el artículo 147 numeral 13 de la norma constitucional, porque genera una alteración a la norma.

¹⁸⁵ Ley Orgánica de Educación Intercultural, Registro Oficial No. 417, Quito, 31 de marzo de 2011.

¹⁸⁶ Presidencia de la República, Reglamento a la Ley Orgánica de Educación Intercultural, Decreto Ejecutivo, No. 1241. Registro Oficial No. 754, Quito, 26 de julio de 2012.

- 5) De igual forma, ocurre con el Reglamento Ejecutivo a la Ley Orgánica de Educación Superior¹⁸⁷. En la Ley Orgánica de Educación Superior,¹⁸⁸ en el artículo 83, se define al estudiante regular como aquel que según la normativa esté matriculado en una institución educativa. Sin embargo, con la expedición de este Reglamento con número de registro oficial y fecha antes consignada por parte del presidente de la República, se modificó esta condición, ya que se exige para ser un estudiante regular estar matriculado al menos en el sesenta por ciento de las materias de su malla curricular.

Los cambios suscitados por el Reglamento Ejecutivo mencionado, implica nuevas condiciones y requerimientos que no están contemplados en la Ley Orgánica, que es de mayor jerarquía que este reglamento, en virtud del artículo 425 de la Constitución del Ecuador. Ello representa una extralimitación de la potestad reglamentaria y una vulneración del texto constitución y la ley confrontada. Igualmente, se aprecia una decisión arbitraria del Presidente al regular ciertos requisitos que no están contemplados en la Ley, alterando el ordenamiento jurídico; lo que se traduce en una intromisión del Poder Ejecutivo de manera directa en las competencias del Poder Legislativo. Existen maneras constitucionales¹⁸⁹ que le permiten al presidente solicitar a la Asamblea Nacional la creación, modificación, ampliación o derogatoria de cualquier disposición normativa.

- 6) Siguiendo con los ejemplos, en materia tributaria en el Ecuador han tenido lugar similares violaciones y extralimitaciones de la potestad reglamentaria. Por ejemplo, la Ley de Régimen Tributario Interno¹⁹⁰ prevé en el artículo 26 numeral 8 estipula los documentos para justificar gastos o deducciones. Sin embargo, se expidió un reglamento que modifica este asunto, exigiendo que dichos documentos deben estar sustentados por un comprobante de retención. La exigencia de este último recaudo al igual que los casos anteriores implica

¹⁸⁷ Presidencia de la República, Reglamento Ejecutivo a la Ley Orgánica de Educación Superior con Registro Oficial No. 526, Quito, 2 septiembre de 2011.

¹⁸⁸ Ley Orgánica de Educación Superior, Registro Oficial, No. 298. Quito, 12 de octubre de 2010.

¹⁸⁹ Constitución del Ecuador. Art. 134 y ss.

¹⁹⁰ Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, Registro Oficial No. 463, Quito, 17 de noviembre de 2004.

una alteración a la norma jurídica de mayor jerarquía ya que tipifica cuestiones que no reposan en la ley especial que regula los asuntos tributarios.

- 7) En el país han tenido lugar casos que sirven como ejemplo del exceso de facultad reglamentaria por parte de las entidades del Estado, entre ellos se puede mencionar, la expedición de la Resolución No. 117 expedida por la Dirección Nacional del Servicio de rentas Internas del Ecuador, que modificó el código tributario, en lo concerniente a los montos de las sanciones por contravenciones y faltas reglamentarias, definiendo además infracciones tributarias. Esta cuestión vulnera los límites de la facultad reglamentaria, el ordenamiento jurídico en general, al afectar tanto el principio de legalidad como el de reserva de ley.

El exceso de reglamentarismo obstaculiza el propio desarrollo de las actividades administrativas en todas las instancias y en consecuencia los resultados son realmente negativos. Lo antes expuesto es una realidad, entre más reglamentos y decretos existan en los que cambien el curso normal de un proceso administrativo mayor cabida se dará a la corrupción, como es el caso de la investigación por peculado en la compra de insumos médicos en plena pandemia en el Ecuador.¹⁹¹

Es claro que el reglamento, así como el acto normativo deben respetar y someterse estrictamente a la ley, no puede contradecir su sentido ni crear condiciones sustantivas que se encuentren fuera de la ley, y en consecuencia los órganos a los que se les ha transferido la facultad de dictar actos normativos tampoco pueden hacerlo, además debe limitarse la expedición de normativas a asuntos estrictamente estipulados para respetar los principios del Estado de Derecho y evitar el exceso.

¹⁹¹ La contratación de proveedores que no cumplen con los requisitos establecidos por la ley, pero que sirven como instrumento para beneficiar a estas estructuras delictivas. “Estos grupos se vuelven beneficiarios de los contratos o de convenios de pagos. Todo funciona a través del sistema de contratación pública que se convierte en un mecanismo de asalto”. El Servicio de Contratación Pública (SERCOP) ha sido uno de los obstáculos para las investigaciones de la Fiscalía, refiere un informe de la Comisión Nacional Anticorrupción.
<https://www.primicias.ec/noticias/politica/fiscalia-casos-corrupcion-inicio-pandemia/>

También se pueden evidenciar excesos en la facultad normativa en sentencias de inconstitucionalidad dictadas por la Corte Constitucional del Ecuador en el ejercicio del control constitucional y convencional. A continuación, algunos ejemplos¹⁹²:

- 1) En el caso No. 08-2000-TC, cuando resolvió la demanda de inconstitucionalidad de los artículos 23, 25, 30, 31, 32, 33, 34 y 38 del Reglamento de Facturación-ahora de Comprobantes de Venta y de Retención- y del literal d) de la Disposición General Séptima de la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas; declarando la inconstitucionalidad.

En esas normas, se establece la obligatoriedad de que el transporte de mercadería dentro del Ecuador se realice con guías de remisión, cuyo incumplimiento ocasiona el decomiso, lo que implicaría una sanción no considerada por la norma y establecida mediante un acto normativo, con lo cual se afectaría el principio de reserva de ley, la seguridad jurídica y la jerarquía normativa.

El decomiso es una sanción por el cometimiento de un delito, sólo si se comprueba la existencia de éste dentro de un proceso penal. Así pues, por fuera de los casos previstos en el Código Tributario y el Código Penal, está prohibida toda confiscación. Mediante el Reglamento de Facturación no se pueden tipificar delitos delito y acuñar penas; además de afectar la presunción de inocencia al pretender que el propietario sea quien debe probar que la mercadería que está en su poder tiene un origen lícito en lugar de que órgano instructor sea quien decomise luego de probar dentro de un procedimiento administrativo que existe una infracción. Este caso demuestra el exceso en la aplicación de la facultad normativa, puesto que en el Reglamento se establecen delitos, que solo por ley deberían ser tipificados como tal, de conformidad con el artículo 132 de la Constitución.

¹⁹² Casos analizados por Pamela Aguirre, bajo otro objeto de estudio y desde el enfoque tributario, en la tesis: “*El principio constitucional de legalidad tributario y la facultad normativa del Servicio de Rentas Internas del Ecuador*”, para la obtención del título de Magíster en Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar Ecuador, publicada en su repositorio en el año 2013. <https://www.uasb.edu.ec/publicacion?el-principio-constitucional-de-legalidad-y-la-facultad-normativa-del-sri-581>.

- 2) En el caso Nro. 032-2003-TC, se demanda la inconstitucionalidad por el fondo y la forma del Reglamento a la Ley de Régimen Tributario Interno en lo referido a la retención en la fuente al régimen agropecuario, por considerarla contraria a las normas constitucionales de los productores agropecuarios.

El Tribunal, en fallo de mayoría, declaró la inconstitucionalidad de las retenciones en la fuente para el sector agropecuario. "...CUARTO. - Que, el Tribunal Constitucional, mediante Resolución Nro. 111-2001-TP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 380 de 31 de julio de 2001, declaró la inconstitucionalidad, por la forma, de las resoluciones Nos. 0151 y 0255 publicadas en los registros oficiales Nros. 67 y 98 del 28 de abril y 14 de junio de 2000, respectivamente, expedidas por la Directora General del Servicio de Rentas Internas, SRI. QUINTO.- Que, la mencionada resolución del Tribunal Constitucional tuvo como fundamento el hecho de que la Resolución Nro. 151, emitida por la Directora General del SRI, en su artículo 1 inciso cuarto decía: "Esta norma no es aplicable para aquellos casos en que, en la primera etapa de comercialización, el comprador, persona natural o sociedad transfieren bienes o productos que se destinen a la exportación, caso en el cual, el exportador deberá practicar la retención en la fuente...", lo cual ampliaba el contenido de la ley sobre la improcedencia de la retención en la fuente en la etapa primaria de comercialización establecido en el artículo 115 del Reglamento de Aplicación a la Ley de Régimen Tributario Interno, vigente al año 2000..." NOVENO.- Que, la Resolución Nro. 151, emitida por la Directora General del SRI, declarada inconstitucional, extralimitaba la facultad normativa del SRI contenida en el artículo 8 de la Ley de Creación del Servicio de Rentas Internas, la que faculta la expedición de resoluciones, las mismas que por mandato expreso del mismo artículo "no podrán contrariar las leyes ni reglamentos"; por lo que contrariaba el artículo 257, y, artículo 130 numeral 6 de la Constitución Política de la República, ya citados, además del artículo 272 del mismo cuerpo normativo que se refiere a la supremacía constitucional..."

Tal como queda manifiesto, las limitaciones en este aspecto quedan en la mera formalidad jurídica, ya que lastimosamente se hace un uso excesivo e inapropiado de la potestad reglamentaria y de la facultad normativa debido a la confusión que existe entre

ambos términos y sus limitaciones; lo que implica para los administrados, inseguridad jurídica. Se regulan los asuntos de manera reiterada, irracional y todo ello desnaturaliza el valor real de dicha facultad, conllevando a ilegalidades, arbitrariedades y a vulneración en muchos casos, de los derechos fundamentales.

2.5 Síntesis Capítulo II

En el capítulo II de esta investigación como lo hemos visto, estudiamos lo relacionado con la potestad reglamentaria y la facultad normativa de carácter administrativo, sus límites, principios del derecho afectados, y el exceso de reglamentarismo y producción normativa en el Ecuador. Este capítulo tiene gran importancia porque es donde vamos desarrollar el problema y sus causas.

Partimos del desarrollo de las potestades administrativas, donde pudimos otorgar una definición general. Entonces, podemos decir que las potestades son permisos de actuación otorgados por la ley, para que Administración pueda encaminar sus acciones hacia el bien común. En la clasificación de las potestades, principalmente se destacan: la potestad reglamentaria y la discrecional.

El principal aporte de esta parte de la tesis es reconocer que en el Ecuador la ejecución de lo que se conoce en el derecho administrativo argentino, como potestad reglamentaria es ejercida de dos formas. Por un lado, la potestad reglamentaria concedida mediante norma constitucional al Presidente de República y que se encuentra destinada a ejecutar las leyes; y, por otro lado, la facultad normativa de carácter administrativo que puede ser ejercida por organismos descentralizados funcionalmente y organismos desconcentrados acerca de los asuntos internos de los mismos.

Respecto a los límites para el ejercicio de esas dos especies de reglamentaciones, tenemos los límites constitucionales y legales; y aquellos que nacen de los principios del derecho. Para la potestad reglamentaria en Ecuador, la norma constitucional dispone en el artículo 147 numeral 13 que es atribución del Presidente expedir reglamentos, mismo numeral que establece las limitaciones en el sentido estricto del texto “sin contravenir ni alterar el contenido de las leyes”. Es decir se concede la potestad pero se la limita en el

respeto a la ley, el Presidente no puede cambiarla ni contravenirla o regular asuntos que no se encuentren en ella.

He intentado clasificar y ubicar a los principios del derecho considerando su relevancia y afectación directa en tema de estudio, por lo que los dividí entre aquellos que mayormente limitan a la potestad reglamentaria y aquellos que afectan a la facultad normativa de carácter administrativo. Ergo, tenemos que los principios que limitan a la potestad reglamentaria en el Ecuador son: división de poderes, reserva de ley y principio democrático. Y, los principios que limitan el ejercicio de la facultad normativa de carácter administrativo son: jerarquía normativa, seguridad jurídica y confianza legítima, tutela administrativa efectiva, legalidad y zona de reserva de la Administración, razonabilidad y proporcionalidad. Esta división no los excluye que puedan verse presentes en los vicios de cualquier acto normativo, sea un reglamento u otro acto de rango inferior.

Respecto a las limitaciones legales para el ejercicio de la facultad normativa de carácter administrativo, tenemos que en el artículo 131 del COA se establecen las prohibiciones con respecto a las administraciones públicas que tengan competencia normativa, las que bajo ninguna condición pueden “limitar derechos y garantías constitucionales; regular materias que solo han sido reservadas a la ley; pedir requisitos adicionales para ejercitar derechos y garantías diferentes a los dispuestos en la ley; proceder a la regulación de materias que corresponden a otras administraciones; delegar la competencia normativa de tipo administrativo; ni expedir actos normativos administrativos sin la competencia constitucional o legal”.

Finalmente, realizo el análisis de varios actos normativos en los que se encuentra la presencia de algún vicio relacionado con las limitaciones legales o con los principios del derecho. Encontrando como causa, la confusión entre potestad reglamentaria y facultad normativa de carácter administrativo, lo que da lugar al uso indiscriminado de la potestad reglamentaria, se regulan asuntos de manera reiterada, irracional y todo ello desnaturaliza el valor real de las potestades administrativas, conllevando a ilegalidades y arbitrariedades.

CAPÍTULO III

EL PODER EJECUTIVO ECUATORIANO Y SUS RELACIONES

A modo de introducción para retomar el tema del Poder Ejecutivo ecuatoriano y sus relaciones, es importante partir de que, en Ecuador se reconoce constitucionalmente el principio de separación de poderes; se presenta una situación *sui generis* al contar con cinco poderes¹⁹³: Ejecutivo, Legislativo, Judicial y Justicia Indígena, Transparencia y Control Social y Electoral; cada uno tiene sus propias competencias. El Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada, conforme el artículo 1 de la Constitución.

Con respecto al Poder Ejecutivo en Ecuador, está representado por el Presidente de la República quien ejecuta sus funciones en calidad de Jefe de Estado y de Gobierno y responsable de la Administración Pública. También conforman el Poder Ejecutivo, la vicepresidencia, los ministerios, los órganos¹⁹⁴ y entidades¹⁹⁵ que dentro de su competencia ejecutan varias actividades, políticas públicas y planes para asegurar el desarrollo nacional y el bienestar general.

Se organiza políticamente en regiones, distritos metropolitanos, provincias, cantones y parroquias, cuyas autoridades se establecen mediante concejos y juntas a las que se les denomina gobiernos autónomos descentralizados y que tienen facultades legislativas en el ámbito de sus competencias y jurisdicciones territoriales. Esto únicamente a manera ilustrativa de la organización territorial del país.

El análisis de este capítulo se desarrolla en base al Poder Ejecutivo (Administración Pública) y sus relaciones en torno a la potestad reglamentaria y/o facultad normativa, no analizaremos los gobiernos seccionales debido a su autonomía administrativa y reglamentaria, pero sí analizaremos a los órganos y entidades que guarden una relación

¹⁹³ Constitución del Ecuador. Art. 118 y ss.

¹⁹⁴ Código Orgánico Administrativo. Art. 49.- Órgano administrativo. El órgano administrativo es la unidad básica de organización de las administraciones públicas. Sus competencias nacen de la ley y las ejercen los servidores públicos, de conformidad con las normas e instrumentos que regulan su organización y funcionamiento.

¹⁹⁵ Código Orgánico Administrativo. Art. 50.- Entidad administrativa. Es el conjunto de órganos administrativos con una única misión institucional.

jerárquica con el Presidente, es decir los órganos descentralizados funcionales y desconcentrados; estos son: secretarías, subsecretarías, concejos, servicios, empresas públicas, y todos los que tengan una condición de subordinación con respecto al presidente de la República. El análisis parte de la relación con el Presidente debido a que es él, quien goza exclusivamente de la potestad reglamentaria de conformidad con la Constitución y los análisis doctrinarios que hemos tratado anteriormente.

Además, nos referiremos a la Función Legislativa en cuanto a que es el organismo con el que mantiene una relación estrecha en lo que respecta a la producción normativa, ya que como fue analizado anteriormente, es el Poder Legislativo, quien originariamente se encuentra investido de poder para la emisión de leyes y normas.

3.1 Función Legislativa. Nociones fundamentales.

Este poder “tiene por objeto regular las conductas de los miembros de la sociedad, otorgándoles facultades y obligaciones como sujetos de derecho, delimitando lo debido de lo indebido y generando preceptos vinculantes y de carácter general que obligan a estos sujetos a su cumplimiento.”¹⁹⁶ En Ecuador, al igual que la mayoría de los países del mundo, la Función Legislativa¹⁹⁷ es la encargada de legislar o crear normas que regulen la conducta de los individuos en miras de la armonía, el bienestar y el desarrollo de la sociedad.

En Ecuador se conforma mediante la Asamblea Nacional (Congreso), la integra por una bancada de asambleístas¹⁹⁸ escogidos por elección popular y está conformada por: 1. El Pleno; 2. La Presidencia de la Asamblea Nacional; 3. El Consejo de Administración

¹⁹⁶ LÓPEZ RAYGADA Pierino Stucchi e IPARRAGUIRRE ROMERO Gianfranco, “*Explicando el Ejercicio de Poder Público desde las Categorías Proceso y Procedimiento*”, Revista de Derecho Administrativo de la Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, pág. 352.

¹⁹⁷ Constitución del Ecuador, Art. 118.- La Función Legislativa se ejerce por la Asamblea Nacional, que se integrará por asambleístas elegidos para un periodo de cuatro años. La Asamblea Nacional es unicameral y tendrá su sede en Quito. Excepcionalmente podrá reunirse en cualquier parte del territorio nacional. La Asamblea Nacional se integrará por: 1. Quince asambleístas elegidos en circunscripción nacional. 2. Dos asambleístas elegidos por cada provincia, y uno más por cada doscientos mil habitantes o fracción que supere los ciento cincuenta mil, de acuerdo al último censo nacional de la población. 3. La ley determinará la elección de asambleístas de regiones, de distritos metropolitanos, y de la circunscripción del exterior.

¹⁹⁸ Ley Orgánica de la Función Legislativa, Art. 4.- Conformación. - La Asamblea Nacional se integra por los siguientes miembros, elegidos para un período de cuatro años: 1. Quince asambleístas elegidos en circunscripción nacional. 2. Dos asambleístas elegidos por cada provincia, y uno más por cada doscientos mil habitantes o fracción que supere los ciento cincuenta mil, de acuerdo al último censo nacional de la población. 3. Asambleístas de regiones, de distritos metropolitanos y de circunscripción del exterior, elegidos de conformidad con la ley.

Legislativa, (CAL); 4. Las Comisiones Especializadas; 5. La Secretaría General de la Asamblea Nacional; 6. La Unidad de Técnica Legislativa; y, 7. Los demás que establezca el Pleno.

En mi consideración, la Función Legislativa es la más importante, ya que determina la existencia y el fin de los sujetos (personas naturales y jurídicas), regula todas sus relaciones jurídicas según las diferentes materias e índoles, establece competencias y límites para las instituciones y estamentos, permite obrar o no hacerlo, nos establece los derechos y obligaciones para la vida en sociedad; es decir, es dictada por el para el hombre.

Se pone de manifiesto como pudimos revisar anteriormente, en la sección de límites de la facultad normativa, el principio democrático ya que la prescripción de las leyes es la expresión de la voluntad soberana del pueblo, mediante ella se manda, prohíbe y permite¹⁹⁹, por lo que da lugar al origen de las relaciones jurídicas entre particulares y también entre el Estado y los administrados.

3.1.1 Atribuciones y deberes

Conforme la Constitución del Ecuador y en el ejercicio de sus facultades legislativas, administrativas y jurisdiccionales. La Asamblea Nacional (Congreso) tendrá las siguientes atribuciones y deberes²⁰⁰, además de las que determine la ley. A continuación, analizaremos puntualmente las facultades que relacionan a la función legislativa con la ejecutiva para no alejarnos del tema de investigación. Dentro de ellas, el procedimiento legislativo destacando la participación ciudadana en cada una de sus etapas para dar sustento al principio democrático.

3.1.1.1 Facultad legislativa, procedimiento legislativo y participación ciudadana en la formación de leyes.

Las facultades legislativas, son aquellas que originariamente se le adjudican a esta función, ya que implican, la participación directa en la formación de voluntad soberana

¹⁹⁹ Código Civil, Artículo 1.

²⁰⁰ Constitución del Ecuador, Artículo 120.

expresada en la ley y que al exteriorizarse tendrá carácter general. Y son las siguientes: participar en el proceso de reforma constitucional; expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio; crear, modificar o suprimir tributos mediante ley; aprobar o improbar los tratados internacionales en los casos que corresponda²⁰¹.

El procedimiento legislativo da comienzo con la iniciativa o con el proyecto de ley. La iniciativa para presentar proyectos de ley²⁰² corresponde a: 1. A las y los asambleístas que integran la Asamblea Nacional, con el apoyo de una bancada legislativa o de al menos el cinco por ciento de sus miembros; 2. A la Presidenta o Presidente de la República; 3. A las otras funciones del Estado en los ámbitos de su competencia; 4. A la Corte Constitucional, Procuraduría General del Estado, Fiscalía General del Estado, Defensoría del Pueblo y Defensoría Pública, en las materias que les corresponda de acuerdo con sus atribuciones; y, 5. A las ciudadanas y los ciudadanos que estén en goce de los derechos políticos y a las organizaciones sociales que cuenten con el respaldo de por lo menos el cero punto veinticinco por ciento de las ciudadanas y ciudadanos inscritos en el padrón electoral nacional.

Una vez presentado el proyecto de ley²⁰³ pasa a la comisión legislativa especializada, de la conformidad con la materia, y se difunda públicamente su extracto. La Comisión remite al presidente de la Asamblea un informe con las observaciones que considere necesarias y se somete a dos debates. El presidente o presidenta de la Asamblea Nacional, ordenará su distribución a todos los asambleístas incluyendo las otras comisiones.

Los debates se desarrollan de la siguiente manera: 1. El primer debate se desarrollará, previa convocatoria del presidente o presidenta de la Asamblea Nacional, en una sola sesión y las y los asambleístas presentarán sus observaciones por escrito en el transcurso de la misma sesión o hasta tres días después de concluida la sesión. El Pleno,

²⁰¹ Ley Orgánica de la Función Legislativa, Art. 9.

²⁰² *Ibíd.*, Art. 54.

²⁰³ Constitución del Ecuador, Artículo 136. Los proyectos de ley deberán referirse a una sola materia y serán presentados a la presidenta o presidente de la Asamblea Nacional con la suficiente exposición de motivos, el articulado que se proponga y la expresión clara de los artículos que con la nueva ley se derogarían o se reformarían. Si el proyecto no reúne estos requisitos no se tramitará.

con la mayoría absoluta²⁰⁴ de sus miembros, podrá resolver el archivo del proyecto de ley; 2. Durante el segundo debate el o la ponente podrá incorporar cambios al proyecto de ley que sean sugeridos en el Pleno. Se podrá mocionar la aprobación del texto íntegro de la ley, o por títulos, capítulos, secciones o artículos. Asimismo, por decisión del Pleno de la Asamblea Nacional, se podrá archivar un proyecto de ley.

Siguiendo con el procedimiento, el presidente de la Asamblea Nacional lo envía a la presidenta o presidente de la República para que lo sancione o vete de forma fundamentada²⁰⁵. Sancionado el proyecto de ley o de no haber objeciones dentro del plazo máximo de treinta días posteriores a su recepción por parte de la presidenta o presidente de la República, se promulgará la ley y se publicará en el Registro Oficial. Cuando se trate de un proyecto de ley de iniciativa popular, la presidenta o presidente de la República podrá enmendar el proyecto, pero no vetarlo totalmente.

Es menester para esta investigación establecer la participación ciudadana en la formación de leyes, ya que las ciudadanas y los ciudadanos que tengan interés en la aprobación del proyecto de ley, o que consideren que sus derechos puedan ser afectados por su expedición, podrán acudir ante la comisión y exponer sus argumentos. Asunto que no es menor ya que si seguimos la premisa de que la ley es la expresión de la voluntad del pueblo representado por los asambleístas es fundamental destacar que a la diferencia

²⁰⁴ Ley Orgánica de la Función Legislativa. Art. 8.- Decisiones del Pleno. - El Pleno de la Asamblea Nacional aprobará por mayoría simple y en un solo debate sus acuerdos o resoluciones. La expedición, reforma, derogación e interpretación con carácter generalmente obligatorio de las leyes, así como el ejercicio de las otras facultades previstas en la Constitución de la República, se realizará de conformidad con lo dispuesto en la Constitución de la República y la presente Ley. Se entenderá por mayoría simple el voto favorable de la mitad más uno de las y los asambleístas presentes en la sesión del Pleno; y, por mayoría absoluta, el voto favorable de la mitad más uno de las y los miembros de la Asamblea Nacional. La Introducción de semillas y cultivos genéticamente modificados y la declaratoria de interés nacional de áreas protegidas y en zonas declaradas intangibles, incluida la explotación forestal, serán aprobadas por el Pleno de la Asamblea Nacional mediante Resolución Especial, con la mayoría absoluta de sus integrantes, en dos debates, previo el informe de las comisiones respectivas.

²⁰⁵ Ley Orgánica de la Función Legislativa. Art. 64.- De la objeción al proyecto de ley.- Si la Presidenta o Presidente de la República objeta totalmente el proyecto de ley, la Asamblea Nacional podrá volver a considerarlo solamente después de un año contado a partir de la fecha de la objeción. Transcurrido este plazo, la Asamblea Nacional podrá ratificarlo en un solo debate, con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros, y lo enviará inmediatamente al Registro Oficial para su publicación. Si la objeción fuera parcial, la presidenta o Presidente de la República presentará conjuntamente con su objeción un texto alternativo, que no podrá incluir materias no contempladas en el proyecto; igual restricción observará la Asamblea Nacional en la aprobación de las modificaciones sugeridas. La Asamblea Nacional examinará la objeción parcial dentro del plazo máximo de treinta días contados a partir de la fecha de su entrega, y podrá, en un solo debate, allanarse a ella, en todo o en parte, y como consecuencia del allanamiento enmendar el proyecto con el voto favorable de la mayoría de los asistentes a la sesión. También podrá ratificar el proyecto inicialmente aprobado, en todo o en parte, con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros. En ambos casos, la Asamblea Nacional enviará la ley al Registro Oficial para su publicación. Si la Asamblea Nacional no considera la objeción o no se ratifica en su texto en el plazo señalado, se entenderá que se allanó a ésta, y la presidenta o presidente de la República dispondrá la promulgación de la ley y su publicación en el Registro Oficial. Si la objeción fuera también por inconstitucionalidad, se resolverá primero la objeción por inconstitucionalidad mediante dictamen de la Corte Constitucional.

de los actos normativos que tienen un carácter unilateral en su formación, en materia legislativa su formación incluye la participación ciudadana.

De igual forma con la iniciativa popular²⁰⁶ se asegurar la participación ciudadana ya que se ejerce para proponer la creación, reforma o derogatoria de normas jurídicas ante la Función Legislativa. Deberá contar con el respaldo de un número no inferior al cero punto veinte y cinco por ciento de las personas inscritas en el registro electoral de la jurisdicción correspondiente. Quienes propongan la iniciativa popular participarán, mediante representantes, en el debate del proyecto. Para la presentación de propuestas de reforma constitucional se requerirá el respaldo de un número no inferior al uno por ciento de las personas inscritas en el registro electoral.

En resumen, podemos establecer que los excesos de producción normativa en sede de la Administración Pública son vejatorios de los derechos de participación de la ciudadanía ya que no respetan el procedimiento legislativo para la emisión de leyes.

3.1.1.2 Facultades Administrativas

Resulta necesario detenerse en las facultades administrativas, las que vamos a denominar de esta forma, porque tienen por finalidad desarrollar de manera ordenada y sistemática las actividades, las personas, la infraestructura y los recursos que componen al Estado y también las que operan hacia dentro del organismo. Estas facultades se formalizan mediante la emisión de actos administrativos y/o actos normativos. Y son las siguientes: Posesionar a la Presidenta o Presidente y a la Vicepresidenta o Vicepresidente de la República proclamados electos por el Consejo Nacional Electoral; Elegir a la Vicepresidenta o Vicepresidente, en caso de su falta definitiva, de una terna propuesta por la Presidenta o Presidente de la República; Conocer los informes anuales que debe presentar la Presidenta o Presidente de la República, de la Función Electoral y de Transparencia y Control Social y pronunciarse al respecto; Posesionar a la máxima autoridad de la Procuraduría General del Estado, Contraloría General del Estado, Fiscalía General del Estado, Defensoría del Pueblo, Defensoría Pública, Superintendencias, y a las y los miembros del Consejo Nacional Electoral, del Consejo de la Judicatura y del

²⁰⁶ Ley Orgánica de la Función Legislativa. Art. 66.

Consejo de Participación Ciudadana y Control Social; Aprobar el Presupuesto General del Estado, en el que constará el límite del endeudamiento público, y vigilar su ejecución; Conocer y resolver sobre todos los temas que se ponga a su consideración, a través de resoluciones o acuerdos. Y, todas las actividades administrativas internas que permitan un mejor desenvolvimiento. Como, por ejemplo: designación, posesión y cesación de funciones de autoridades internas, selección de personal administrativo y servidores públicos, concesión de permisos y licencias, contratación de bienes, obras y servicios, planificación de actividades, registros de concurrencias, acta de votaciones, entre otras.

3.1.1.3 Facultades Jurisdiccionales

Son facultades jurisdiccionales aquellas que implican la emisión de un juicio de valor, y que implica una decisión acusatoria o absolutoria. La misma que tiene carácter de definitiva, imparcial e independiente. Entre ellas destacan las siguientes: Declarar la incapacidad física o mental, inhabilitante para ejercer el cargo de Presidenta o Presidente de la República y resolver el cese de sus funciones de acuerdo con lo previsto en la Constitución de la República; Fiscalizar los actos de las funciones Ejecutiva, Electoral y de Transparencia y Control Social, y los otros órganos del poder público; Autorizar con la votación de las dos terceras partes de sus integrantes, el enjuiciamiento penal del Presidente o del Vicepresidente de la República, cuando la autoridad competente lo solicite fundadamente; Conceder amnistías por delitos políticos e indultos por motivos humanitarios, con el voto favorable de las dos terceras partes de sus integrantes. No se concederán por delitos cometidos contra la administración pública ni por genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro y homicidio por razones políticas o de conciencia.

Las facultades que denominamos jurisdiccionales también son expresadas mediante actos administrativos y/o actos normativos. Sin embargo, no trataremos acerca de ellos en esta investigación ya que el objeto va dirigido hacia delimitar el ejercicio de la potestad reglamentaria y facultad normativa de carácter administrativa dentro de la Administración Pública, esto es, dentro del Poder Ejecutivo. Si analizamos las facultades administrativas y jurisdiccionales del Poder Legislativo es porque se relacionan con el Poder Ejecutivo y componen al Estado. Los poderes se vinculan y se relacionan en el arte de administrar.

3.1.2 Relación con la Función Ejecutiva o Administración Pública

Para revisar las relaciones entre la Función Legislativa y la Función Ejecutiva, es necesario conocer acerca el surgimiento de la República, la división de poderes y el Estado de Derecho en el Ecuador. A *grosso modo* en cuestiones históricas, Ecuador formó parte de la Gran Colombia durante once años. “El 13 de mayo de 1830 las corporaciones y padres de familia de Quito resolvieron: Constituir un Estado Libre e Independiente, con los pueblos comprendidos en el Distrito del Sur y los demás que quieran incorporarse, mediante las relaciones de naturaleza y de recíproca conveniencia. Semanas después, en agosto, se reunió en Riobamba la primera Asamblea Constituyente.”²⁰⁷ Destaca para el análisis, lo que en ese entonces se conocía como el mayor valor luego de la vida, la libertad y precisamente en aras de esa libertad los países se han independizado; y a su vez esa independencia es la que conlleva a la división de poderes como la necesidad de evitar la concentración de poder en únicas manos y erradicar la arbitrariedad.

Sin embargo, tanto entonces como ahora su aplicación práctica resulta complicada, porque no significa la separación clara y tajante de los tres poderes tradicionalmente admitidos. Es más, creo que de lo que se trata es de asegurar el reparto de funciones y no la división de poderes²⁰⁸. Comparto con OTERO PARGA la idea de que lo fundamental actualmente es garantizar el equilibrio de las competencias. Quizás una forma de garantía haya sido que en Ecuador se establezcan cinco poderes, dentro de los cuales se destaca el de participación ciudadana, aunque como ya hemos analizado, la separación de poderes no asegura la democracia, lo que la asegura son los limitantes que pongamos a cada poder.

Ecuador ha tenido veinte constituciones y tal como sostiene el historiador ecuatoriano AYALA MORA: “Tiene un récord en la adopción de nuevas constituciones. Pero esto no se debe fundamentalmente a la necesidad de cambios sino, más bien, a la inestabilidad política, que han traído consigo dictaduras frecuentes. En medio del enfrentamiento político se han establecido gobiernos de hecho y se ha roto o derogado la Constitución vigente. Al cabo de un tiempo de régimen dictatorial, se ha vuelto al régimen jurídico mediante la emisión de una nueva Constitución que, por lo general, ha entrado

²⁰⁷ AYALA MORA Enrique, *Resumen de Historia del Ecuador*, Tercera edición actualizada, Corporación Editora Nacional, Quito, 2008, pág. 26.

²⁰⁸ OTERO PARGA Milagros, “*División de Poderes. Antes y Ahora*”, Universidad de Santiago, Revista Boletín de la Facultad de Derecho, Núm.12, 1997, pág. 119.

en vigencia con un nuevo gobierno electo”.²⁰⁹ Con esto, no queremos decir que el dinamismo jurídico o el ajuste del sistema normativo a las exigencias sociales actuales; sea mal concebido o inapropiado; todo lo contrario, lo que se trata de demostrar en esta tesis es que si poseemos una Constitución que en su sentido sustancial es una de las más garantistas de América Latina, hay que darle su lugar; y cuando se trata de garantizar los derechos allí prescritos es fundamental partir del uso correcto de las competencias.

En cuanto al surgimiento del Estado de Derecho²¹⁰ en Ecuador, paso de ser un Estado Legal de Derecho a un Estado Constitucional de Derechos; para referirnos al primero FERRAJOLI escribe: “El Estado de Derecho moderno nace, con la forma del Estado legislativo de derecho, en el momento en que esta instancia alcanza realización histórica, precisamente, con la afirmación del principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación del derecho válido y antes aún existente, con independencia de su valoración como justo”.²¹¹ Es decir, el Estado se considera Estado de Derecho cuando tiene unas normas positivizadas que otorgan las competencias a las instituciones y regula las relaciones sociales. Ahora bien, si decimos que Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos nos referimos a que los derechos y garantías se fundan en presupuestos valorativos como la justicia y no únicamente la legalidad. Sin embargo, no podemos desatender la idea de que en esa búsqueda de libertad y justicia debe existir un proceso, una seguridad jurídica y una confianza del ciudadano a que se garantice su libertad y vida digna. Sin concebirla como una libertad absoluta ni tampoco anárquica, ya que es fundamental para no tropezar con el derecho de terceros, tener un basamento bien sea normativo o principialista bajo el cual regirse. Recordemos la premisa de extinción del derecho, “mi derecho se extingue dónde nace el de los demás”.

Comparto el criterio del tratadista GORDILLO, cuando establece: “el régimen jurídico aplicable a los reglamentos no es en modo alguno el aplicable a la Función

²⁰⁹ AYALA MORA Enrique, *Ecuador. Patria de todos*, Universidad Andina Simón Bolívar. Corporación Editora Nacional, 2da Edición, Quito, 2004, pág. 190. Citado por AVILA Ramiro, “Evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo ecuatoriano”, pág. 2. Ensayo presentado como ponencia el Congreso Ecuatoriano de Historia 2012 (Montecristi), dentro del Simposio Principal sobre Historia Constitucional, y fue realizado gracias al apoyo del Comité de Investigaciones de la Universidad Andina Simón Bolívar-Ecuador.

²¹⁰ Constitución del Ecuador, 1998. Art. 1 El Ecuador es un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico. Su gobierno es republicano, presidencial, electivo, representativo, responsable, alternativo, participativo y de administración descentralizada. La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es la base de la autoridad, que ejerce a través de los órganos del poder público y de los medios democráticos previstos en esta Constitución.

²¹¹ FERRAJOLI Luigi, *Pasado y futuro del Estado de Derecho. Estado de Derecho*, Editorial Siglo Veintiuno, México, 2002, pág. 189.

Legislativa. En primer lugar, existe una gradación jerárquica entre la ley y el reglamento, a resultas de la cual el segundo está siempre sometido a la primera, y no puede contradecirla en ningún caso, pues si lo hace es considerado antijurídico mientras que una ley puede en cambio apartarse de otra ley anterior sin ser por ello antijurídica: Simplemente deroga la ley a la que se opone. Además, las atribuciones de regular los derechos individuales están conferidas por la Constitución específicamente a la ley (cuando dice el artículo 14: ...gozan de los siguientes derechos, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio...”), mientras que el reglamento tiene sólo una función secundaria y supletoria con respecto a la ley. Esta notoria diferencia de régimen jurídico entre la ley y el reglamento nos demuestra que el concepto jurídico, formal, de Función Legislativa, no puede comprender a los reglamentos, a pesar de que por su contenido sean similares. Los órganos administrativos, pues, no ejercen Función Legislativa.”²¹²

En resumen, la Función Ejecutiva se encuentran estrictamente relacionada con la Función Legislativa porque esta última le otorga ese basamento de normas de carácter general para la ejecución de los derechos. Sin embargo, la emisión de normas de carácter general también es una competencia del Poder Ejecutivo, pero en consideración de las limitaciones que analizamos en el capítulo II, esa normativa tiene diferente origen, gradación, procedimiento, ejecución y extinción que la ley.

Además de lo expuesto, entre ambas funciones existe una relación de control mutuo. Solo por mencionar algunas actividades: cuando la Asamblea Nacional discute un proyecto de ley, el Presidente tienen derecho a objetarla total o parcialmente²¹³; así como también cuando el presidente presenta su planificación y presupuesto anuales depende de la Asamblea Nacional para su aprobación. Es decir, están en ejercicio continuo de interrelaciones y es precisamente por ello que necesitan limitaciones claras.

3.2 Función Ejecutiva. Nociones fundamentales

Para realizar la revisión del poder Ejecutivo en el Ecuador, corresponde plantear que la Función Ejecutiva o Administración Pública es el conjunto de órganos

²¹² GORDILLO Agustín, *Derecho Administrativo de la Economía*, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1967, pág. 65.

²¹³ Constitución de la República del Ecuador, Art. 138.

centralizados, descentralizados y desconcentrados (órganos estatales²¹⁴ y no estatales²¹⁵), más la infraestructura y el aditamento de competencias para la administración de los bienes y recursos del Estado. Recordemos al respecto que el Estado no es otra cosa que una organización jurídica – política que tiene por objeto el bien común, y que para su correcto desenvolvimiento se hace indispensable contar con una estructura bien conformada.

En consecuencia, la Administración Pública en Ecuador está compuesta por: A) Estado Central: Presidencia, Vicepresidencia y Ministerios. B) Estado Descentralizado Territorial²¹⁶: Gobiernos Autónomos Descentralizados - GADS (consejos regionales, provinciales, cantonales, distritales y juntas parroquiales). C) Estado Descentralizado Funcional²¹⁷: Secretarías, Subsecretarías, Consejos, Fuerzas Armadas, Policía Nacional, empresas del Estado. D) Estado Desconcentrado²¹⁸: Demás organismos o empresas creadas para el correcto funcionamiento y buena marcha del Estado.

3.2.1 Atribuciones y deberes

A continuación, haré un recuento de las atribuciones específicas y las ubicaré dentro del grupo al que corresponden, para mayor entendimiento de lo que veníamos tratando *a priori*, acerca de la división efectiva de poderes y de cierta manera la intromisión o injerencia de un poder en las competencias de otro u otros y viceversa.

²¹⁴ Los órganos estatales son aquellos que cumplen funciones del Estado tendientes al bien común (por ejemplo: salud, educación, vivienda, seguridad social, etc.), sustentan el desarrollo de sus actividades en el presupuesto otorgado por el Estado, se encuentran subordinados al Estado central por su naturaleza jurídica y se someten al régimen jurídico que le corresponde a la administración pública.

²¹⁵ Los órganos no estatales son aquellos que cumplen finalidades de carácter industrial o lucrativo, sustentan su desarrollo en ingresos del Estado y aportaciones de socios, afiliados o consumidores, en su mayoría no tienen una relación jerárquica directa con el Estado, se someten a regímenes jurídicos de carácter privado.

²¹⁶ Código Orgánico Administrativo, Art. 8.- Principio de descentralización. Los organismos del Estado propenden a la instauración de la división objetiva de funciones y la división subjetiva de órganos, entre las diferentes administraciones públicas.

²¹⁷ Presidencia de la República, Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva - ERJAFE (derogado), Art. 51.- De la descentralización. - Mediante la descentralización administrativa se transfieren de manera definitiva funciones que desempeñan órganos de la Administración Central a favor de entidades de Derecho Público de la Administración Pública Institucional (descentralización funcional) o del Régimen Seccional Autónomo (descentralización territorial).

²¹⁸ Código Orgánico Administrativo, Art. 7.- Principio de desconcentración. La función administrativa se desarrolla bajo el criterio de distribución objetiva de funciones, privilegia la delegación de la repartición de funciones entre los órganos de una misma administración pública, para descongestionar y acercar las administraciones a las personas. En concordancia con ERJAFE. Art. 54.- Desconcentración. - La titularidad y el ejercicio de las competencias atribuidas a los órganos administrativos podrán ser desconcentradas en otros jerárquicamente dependientes de aquellos, cuyo efecto será el traslado de la competencia al órgano desconcentrado. La desconcentración se hará por Decreto Ejecutivo o Acuerdo Ministerial.

Es procedente mencionar que las competencias de la Administración Pública están asignadas mediante apartados de la Constitución o leyes orgánicas especiales que regulan a cada organismo. Sin embargo, en general, la Constitución del Ecuador, en su artículo 147 prevé las atribuciones del presidente de la República, las cuales, en uso de una interpretación extensiva y subsidiaria, alcanzan a los organismos que componen a la Administración Pública, en el ámbito de sus competencias y a nivel interno de cada uno de ellos.

3.2.1.1 Facultades Legislativas, Potestad Reglamentaria y Facultad Normativa de Carácter Administrativo

En cuanto a las facultades legislativas, son aquellas en las cuales el Presidente de la República forma parte del proceso de formación de las leyes²¹⁹; siendo estas: participar con iniciativa legislativa en el proceso de formación de las leyes; sancionar los proyectos de ley aprobados por la Asamblea Nacional y ordenar su promulgación en el Registro Oficial, participar del procedimiento legislativo mediante el veto, convocar a consulta popular de conformidad con la Constitución, suscribir y ratificar los tratados internacionales; entre otras.

Cuando nos referimos a potestad reglamentaria y facultad normativa, estas fueron analizadas detalladamente en el capítulo II. Sin embargo, lo que podemos reiterar al respecto es que la Administración Pública en el Ecuador ha dividido su facultad de producción de normativa, en dos sentidos: el Presidente emite los reglamentos y los órganos administrativos emiten los actos normativos de carácter administrativo; su naturaleza jurídica será analizada en el capítulo IV.

En el mismo sentido, el Código Orgánico Administrativo²²⁰ ha tratado de distinguir entre la potestad reglamentaria que tiene el presidente de la República y la facultad normativa que tienen los demás órganos administrativos, fundando esa distinción en que los actos normativos regulan asuntos propios de esa administración. Por ejemplo: El SERCOP al ser el órgano rector de la contratación pública del Estado, al emitir la

²¹⁹ Constitución de la República del Ecuador, Arts. 134 y ss.

²²⁰ Código Orgánico Administrativo, Arts. 129, 130 y 131.

resolución que regula lo relacionado a la convalidación de errores en las ofertas²²¹ que sean presentadas en un proceso de provisión de bienes o servicios. A diferencia de los reglamentos propiamente dichos que afectan a toda la Administración Pública por ejemplo los decretos de necesidad y urgencia o estados de excepción²²². En definitiva, la distinción también se funda en la materia o asunto específico que regulan.

El respectivo análisis de las materias que le corresponde reglamentar a la Administración, lo realizamos *a priori*, cuando distinguimos potestad reglamentaria de facultad normativa de carácter administrativo. Por el momento, centremos la atención en lo relacionado con la limitación de la facultad normativa en cuanto a la ley, esa limitación se traduce en el espíritu de la ley y el principio de legalidad.

MONTESQUIEU, dice, hablando de las leyes positivas, que ellas “deben estar en relación con la naturaleza física del país, cuyo clima puede ser glacial, templado o tórrido; ser proporcionadas a su situación, a su extensión, al género de vida de sus habitantes, labradores, cazadores o pastores; amoldadas igualmente al grado de libertad posible en cada pueblo, a su religión, a sus inclinaciones, a su riqueza, al número de habitantes, al comercio y a la índole de sus costumbres. Por último, han de armonizarse unas con otras, con su origen y con el objeto del legislador. Todas estas miras han de ser consideradas”²²³.

El espíritu de la ley se entiende como el respeto a esas relaciones, motivo por y para el cual fue creada la norma, ante la duda por parte de quien vaya a aplicar la norma, tendrá que indagar en los debates parlamentarios o legislativos cuál fue el objeto de tal o cual norma. Y entonces, para resolver el caso, tomará como punto de partida ese objeto, esto en el caso, que la norma no sea expresa. Afectar el espíritu de ley quiere decir ir contra su objeto, de aquí, la consideración constitucional de que la norma no sea alterada ni modificada.

²²¹ Instituto Nacional de Compras Públicas, Resolución N° INCOP RE-2013-0000083 de fecha 27 de marzo 2013. Convalidación de Errores.

²²² Presidencia de la República, Decreto N° 1364 de fecha 12 de abril de 2017. Crisis ambiental y efectos del terremoto 2016 que enfrentan las provincias de Manabí y Esmeraldas.

²²³ MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, versión castellana de N. Estévez, Tomo I, pág. 9, citado por YADAROLA Mauricio, “*El Espíritu del Derecho Positivo*”, Revista Jurídica de la Universidad Nacional de Córdoba, No. 1-3, Enero-Marzo de 1926, pág. 4.

Además, el principio de legalidad abarca esta consideración filosófica del espíritu de la ley, precisamente establece el *imperium*, según lo cual las consideraciones normativas, en especial las del Poder Ejecutivo se encuentran subordinadas al texto expreso que les dio lugar, es decir la ley. Estas consideraciones, no pueden modificar ni contravenir un texto legal, en caso de que se requieran cambios se deberá seguir el procedimiento legislativo creado para el efecto y en caso de que la ley adolezca de vicios o ilegitimidades en confrontación con el bloque de juridicidad vigente, se procederá de conformidad con el procedimiento jurisdiccional²²⁴ establecido.

El Poder Ejecutivo *per se*, está imposibilitado constitucionalmente para hacer modificaciones a la ley y pronunciarse alegando uso de facultades propias. Si se trata de actos administrativos, la ley le permite declarar la lesividad recordemos que únicamente puede hacerlo en caso de que los actos administrativos sean desfavorables²²⁵ para los interesados, pero se requerirá de una declaración judicial cuando se trate de actos administrativos cuyos efectos sean favorables²²⁶ para el interesado pero lesivos para el interés público; esto en consideración de que los actos considerados regulares generan efectos jurídicos y derechos adquiridos.

Entonces, aquí es donde en la *praxis* se denota una inobservancia por parte de la Administración Pública en Ecuador, la misma que ha establecido modificaciones a la ley, mediante actos normativos y resoluciones como bien se puede evidenciar en los ejemplos mencionados en el exceso de reglamentarismo y producción normativa (*ver capítulo II*).

²²⁴ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 79.- Contenido de la demanda de inconstitucionalidad. - La demanda de inconstitucionalidad contendrá: 1. La designación de la autoridad ante quien se propone. 2. Nombre completo, número de cédula de identidad, de ciudadanía o pasaporte y domicilio de la persona demandante. 3. Denominación del órgano emisor de la disposición jurídica objeto del proceso; en el caso de colegislación a través de sanción, se incluirá también al órgano que sanciona. 4. Indicación de las disposiciones acusadas como inconstitucionales. 5. Fundamento de la pretensión, que incluye: a) Las disposiciones constitucionales presuntamente infringidas, con especificación de su contenido y alcance. b) Argumentos claros, ciertos, específicos y pertinentes, por los cuales se considera que exista una incompatibilidad normativa. 6. La solicitud de suspensión provisional de la disposición demandada debidamente sustentada, cuando a ello hubiere lugar; sin perjuicio de la adopción de otras medidas cautelares conforme la Constitución y esta Ley. 7. Casillero judicial, constitucional o correo electrónico para recibir notificaciones. 8. La firma de la persona demandante o de su representante, y de la abogada o abogado patrocinador de la demanda.

²²⁵ Código Orgánico Administrativo Art. 118

²²⁶ *Ibíd.*, Art. 115

3.2.1.2 Facultades Administrativas

Dentro de las principales atribuciones administrativas constitucionales²²⁷, se establecen algunas propias a la razón de ser del Poder Ejecutivo, en tanto a su carácter de administrador de los recursos del Estado y a la generación de bienestar para la sociedad mediante la ejecución de la ley. Entre ellas tenemos: presentar al momento de su posesión ante la Asamblea Nacional los lineamientos fundamentales de las políticas y acciones que desarrollará durante su ejercicio; definir y dirigir las políticas públicas de la Función Ejecutiva; presentar al Consejo Nacional de Planificación la propuesta del Plan Nacional de Desarrollo para su aprobación; dirigir la Administración Pública en forma desconcentrada y expedir los decretos necesarios para su integración, organización, regulación y control; crear, modificar y suprimir los ministerios, entidades e instancias de coordinación; presentar anualmente a la Asamblea Nacional, el informe sobre el cumplimiento del Plan Nacional de Desarrollo y los objetivos que el gobierno se propone alcanzar durante el año siguiente; enviar la proforma del Presupuesto General del Estado a la Asamblea Nacional, para su aprobación; nombrar y remover a las ministras y ministros de Estado y a las demás servidoras y servidores públicos cuya nominación le corresponda; definir la política exterior, nombrar y remover a embajadores y jefes de misión;; ejercer la máxima autoridad de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional y designar a los integrantes del alto mando militar y policial; velar por el mantenimiento de la soberanía, de la independencia del Estado, del orden interno y de la seguridad pública, y ejercer la dirección política de la defensa nacional.

Tanto si la consideramos una facultad administrativa o una potestad reglamentaria, el presidente tiene a su cargo “la creación de entidades estatales de segunda línea que, coexistiendo con los entes que la Constitución Política del Estado establece, coadyuvan a la realización de acciones que permitan crear las condiciones esenciales para la generación del bienestar social. Estos entes pueden también, a su vez, ejercer función normativa, jurisdiccional, administrativa o ejecutiva, y de gobierno o política, no solamente con subordinación y cumplimiento de la Constitución Política del Estado, sino además con subordinación al instrumento legislativo de su creación y a los demás

²²⁷ Constitución del Ecuador. Art 147.

instrumentos normativos del ordenamiento que le sean exigibles.”²²⁸ Por ejemplo: la creación mediante Decreto²²⁹ del Instituto de Seguridad Social IESS. En ese caso se ejercen ambas facultades. Por un lado, la administrativa cuando se trata de la organización del Estado con órganos que atiendan a fines específicos, en el ejemplo, la seguridad social. Por otro lado, es reglamentaria ya que dota al organismo de las competencias respecto de la finalidad con la que ha sido creado, en el ejemplo, una competencia del IESS será garantizar la prestación del servicio de salud pública mediante hospitales públicos.

En cuanto a las actividades administrativas, tales como: designación, posesión y cesación de funciones de autoridades, régimen disciplinario del personal administrativo y servidores públicos de la dependencia, régimen de permisos y licencias, y demás de carácter normativo con relación al conjunto de la Administración Pública central, el Código Orgánico Administrativo²³⁰, le concede al Presidente la competencia normativa en relación con el conjunto de la Administración Pública central²³¹. Competencia normativa diferenciada de la potestad reglamentaria que se analizó en el capítulo II.

3.2.1.3 Facultades Jurisdiccionales

Una facultad jurisdiccional es la posibilidad de dirimir, valorar y juzgar un asunto en el que existe una violación del ordenamiento jurídico vigente. En Ecuador, la facultad jurisdiccional la ejerce el Poder Judicial mediante los juzgados, tribunales, Corte Provincial (apelación), Corte Nacional (casación) y en última instancia, la Corte Constitucional (en lo que se refiere a determinar la inconstitucionalidad de las normas y reglamentos).

Siguiendo ese postulado, al Presidente de la República, le compete indultar, rebajar o conmutar las penas, de acuerdo con la ley. Esta facultad al pertenecer originariamente al Poder Judicial hace que exista una interferencia (legitimada por medio de la

²²⁸ LÓPEZ RAYGADA Pierino Stucchi y IPARRAGUIRRE ROMERO Gianfranco, “*Explicando el Ejercicio de Poder Público desde las Categorías Proceso y Procedimiento*”, Revista de Derecho Administrativo de la Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, págs. 353-354.

²²⁹ Presidencia de la República, Decreto Ejecutivo No.18, Registro Oficial No. 590, 13 de marzo de 1928.

²³⁰ Código Orgánico Administrativo Art. 129.

²³¹ Código Orgánico Administrativo Art. 45.- Administración Pública Central. El presidente de la República es responsable de la administración pública central que comprende: 1. La Presidencia y Vicepresidencia de la República 2. Los ministerios de Estado 3. Las entidades adscritas o dependientes 4. Las entidades del sector público cuyos órganos de dirección estén integrados, en la mitad o más, por delegados o representantes de organismos, autoridades, funcionarios o servidores de entidades que integran la administración pública central.

Constitución) en las facultades del Poder Judicial, quienes trabajan conjuntamente con las instituciones especializadas, la Fiscalía General del Estado y la Policía Nacional, para el proceso de indagación e investigación de las infracciones. La posibilidad de modificar una sanción o exonerar a los involucrados, pone en cuestionamiento la eficacia y eficiencia de las decisiones jurisdicciones del Poder Judicial y de las actuaciones de cada organismo que participó en el proceso judicial.

Además, de cierta manera esta es una atribución constitucional que da lugar a una intervención volitiva y antojadiza, ya que no existe ley en la cual se explique en qué casos se concederá el indulto, la rebaja o conmutación de las penas ni los requisitos o el alcance de esta atribución. Sin embargo, lo que sí existe es una reglamentación emitida por el Presidente²³². Lo que hace que sea arbitrario, ya que no hay limitación legal, más allá de ese instrumento de auto reglamentación de cuestiones jurisdiccionales, en las que no participa el Poder Legislativo, a quien originariamente no le corresponden.

3.2.1.4 Materias Exclusivas y Concurrentes

En cuanto a las materias exclusivas, nos referimos a aquellas individualizadas que en su ejercicio (reglamentación, implementación y actuación) le pertenecen únicamente al Ejecutivo, en las personas que componen el estado central (presidencia, vicepresidencia y ministerios); y, las concurrentes son aquellas que se comparten con otros niveles de gobierno, en específico, con aquellos sujetos a descentralización territorial, estos son: los GADS o Gobiernos Autónomos Descentralizados (concejos regionales, provinciales, cantonales, distritales y juntas parroquiales).

Para empezar, partiremos de que el Ecuador es un Estado unitario, lo que implica que las leyes se aplican a todo el territorio nacional. El unitarismo se articula cuando un Estado posee un centro de impulsión política y un conjunto único de instituciones de gobierno, constituye un Estado simple o unitario. Un buen número de estructuras políticas actuales responden a esta forma, en la que el poder pertenece, en la totalidad de sus atributos y funciones, a un titular que es la persona jurídica estatal. Todos los individuos

²³² Presidencia de la República, Reforma al Reglamento para la Concesión de Indulto, Conmutación o Rebaja de Penas, Decreto No. 1440, Quito, 23 de mayo de 2017.

colocados bajo su soberanía obedecen a un solo Poder, viven bajo el mismo régimen constitucional y están sujetos a un orden jurídico común²³³.

Las decisiones, políticas, presupuesto, planificación, entre otras, respetando la autonomía territorial se consideran materias concurrentes, ya que los instrumentos se emiten en coordinación con GADS²³⁴, quienes gozan también de facultades propias reguladas mediante el Código Orgánico de Organización Territorial y Autonomía Descentralizada. Aclaro que la autonomía de estos órganos no hace que sean instituciones divorciadas del Estado Central, la descentralización tiene efectos de cooperación con el gobierno, no de separación.

El Estado Central tendrá competencias exclusivas²³⁵ sobre: la defensa nacional, protección interna y orden público; las relaciones internacionales; el registro de personas, nacionalización de extranjeros y control migratorio; las políticas económica, tributaria, aduanera, arancelaria; fiscal y monetaria; comercio exterior y endeudamiento; las políticas de educación, salud, seguridad social, vivienda; las áreas naturales protegidas y los recursos naturales; el manejo de desastres naturales; las que le corresponda aplicar como resultado de tratados internacionales; el espectro radioeléctrico y el régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones; puertos y aeropuertos; los recursos energéticos; minerales, hidrocarburos, hídricos, biodiversidad y recursos forestales; el control y administración de las empresas públicas nacionales.

Los Gobiernos Autónomos Descentralizados tienen competencia en todas las materias que se encuentran excluidas del párrafo anterior²³⁶. Además de aquellas que les correspondan en virtud de la jurisdicción territorial, por ejemplo: la implementación de tasas y contribuciones, como tipos de imposiciones tributarias. Dicho sea de paso, no existe regulación legal para el cálculo de esas tasas y contribuciones más allá de la autorregulación de los órganos que las imponen. Lo cual desde mi punto de vista es otra

²³³ PRELOT, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, citado por BADÍA Juan Fernando, en *El Estado Unitario, El Federal y el Estado Regional*, Editorial Tecnos, Madrid, 1978, pág. 4.

²³⁴ Asamblea Nacional, Constitución del Ecuador. Art. 238.- Los gobiernos autónomos descentralizados gozarán de autonomía política, administrativa y financiera, y se regirán por los principios de solidaridad, subsidiariedad, equidad interterritorial, integración y participación ciudadana. En ningún caso el ejercicio de la autonomía permitirá la secesión del territorio nacional. Constituyen gobiernos autónomos descentralizados las juntas parroquiales rurales, los concejos municipales, los concejos metropolitanos, los consejos provinciales y los consejos regionales.

²³⁵ *Ibíd.*, Art. 261.

²³⁶ *Ibíd.*, Art. 262 y ss.

muestra de extralimitación de funciones, a pesar de que hayan sido concedidas constitucionalmente, esto no dista de que originariamente son materias propias del Legislativo no del Ejecutivo ya que superan el límite de la reserva de ley.

Por otro lado, el ejemplo clásico de concurrencia es la planificación anual, la realizan los Gobiernos Autónomos Descentralizados en cuanto a su jurisdicción territorial, pero deben ocuparse que vaya acorde con el plan nacional de desarrollo²³⁷, con el presupuesto asignado²³⁸ por el Estado central, así como con aquel que provenga de la autogestión²³⁹ de los organismos. En este caso, se puede destacar precisamente el carácter cooperativo y participativo que existe en la ejecución de las materias concurrentes.

De lo antes expuesto, debe plantearse que el Poder Ejecutivo y los gobiernos autónomos descentralizados gozan de las mismas competencias: legislativas, reglamentarias y/o normativas y ejecutivas²⁴⁰ conforme su disposición territorial, las mismas que son ejercidas en coordinación con el gobierno central del país.

3.3 Estado centralizado, descentralización y desconcentración

Para estudiar la organización administrativa en Ecuador es importante tener en cuenta algunas cuestiones doctrinales sobre el tema de forma general para confrontarlo con la realidad nacional. La aplicación de estos principios (nos referimos a la centralización y descentralización) responde a un interrogante común: si las competencias para cumplir los cometidos estatales deben agruparse en los órganos de la persona jurídica

²³⁷ Constitución del Ecuador, Art. 280.- El Plan Nacional de Desarrollo es el instrumento al que se sujetarán las políticas, programas y proyectos públicos; la programación y ejecución del presupuesto del Estado; y la inversión y la asignación de los recursos públicos; y coordinar las competencias exclusivas entre el Estado central y los gobiernos autónomos descentralizados. Su observancia será de carácter obligatorio para el sector público e indicativo para los demás sectores.

²³⁸ Constitución del Ecuador, Art. 271.- Los gobiernos autónomos descentralizados participarán de al menos el quince por ciento de ingresos permanentes y de un monto no inferior al cinco por ciento de los no permanentes correspondientes al Estado central, excepto los de endeudamiento público. Las asignaciones anuales serán predecibles, directas, oportunas y automáticas, y se harán efectivas mediante las transferencias desde la Cuenta Única del Tesoro Nacional a las cuentas de los gobiernos autónomos descentralizados.

²³⁹ Constitución del Ecuador, Art. 270.- Los gobiernos autónomos descentralizados generarán sus propios recursos financieros y participarán de las rentas del Estado, de conformidad con los principios de subsidiariedad, solidaridad y equidad.

²⁴⁰ Constitución del Ecuador, Art. 240.- Los gobiernos autónomos descentralizados de las regiones, distritos metropolitanos, provincias y cantones tendrán facultades legislativas en el ámbito de sus competencias y jurisdicciones territoriales. Las juntas parroquiales rurales tendrán facultades reglamentarias. Todos los gobiernos autónomos descentralizados ejercerán facultades ejecutivas en el ámbito de sus competencias y jurisdicciones territoriales.

pública Estado (Administración central o directa) o si, en cambio, ellas deben ser adjudicadas a otras entidades estatales descentralizadas con personalidad jurídica.²⁴¹

2.5.1 Centralización

El concepto de centralización no ofrece mayores dificultades, claramente se presenta cuando la competencia es asignada a los órganos superiores de la Administración. El órgano carece entonces de libertad de acción, de iniciativa, de poder de decisión, que son absorbidos por el órgano central.²⁴² En la centralización, los órganos administrativos se vinculan jerárquicamente y no poseen personalidad jurídica ni patrimonio propios. En este caso, la atención de los fines del Estado está a cargo del ente o entes centrales; por eso se ha dicho que la centralización es un ordenamiento jerarquizado²⁴³.

En Ecuador²⁴⁴, el Presidente de la República es responsable de la Administración Pública central que comprende:

1. La Presidencia y Vicepresidencia de la República
2. Los ministerios de Estado
3. Las entidades adscritas o dependientes
4. Las entidades del sector público cuyos órganos de dirección estén integrados, en la mitad o más, por delegados o representantes de organismos, autoridades, funcionarios o servidores de entidades que integran la administración pública central.

En ejercicio de la potestad de organización, la o el presidente de la República puede crear, reformar o suprimir los órganos o entidades de la Administración Pública central, cualquiera sea su origen, mediante decreto ejecutivo en el que se determinará su

²⁴¹ CASSAGNE Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Editorial LexisNexis, Buenos Aires, 2003, pág. 289.

²⁴² GUSMAN Alfredo Silverio, “*Autarquía y descentralización*”, Revista El Derecho Jurisprudencia General/Universidad Católica Argentina, Número: 179, Buenos Aires, 1998, pág. 756.

²⁴³ DIEZ Manuel María, *Derecho Administrativo*, Editorial Plus Ultra, Tomo II, Buenos Aires, pág. 139.

²⁴⁴ Código Orgánico Administrativo. Art. 45.

adscripción o dependencia. A contrario sensu valga mencionar que el ERJAFE²⁴⁵ establece como Estado Central al presidente y sus ministros.

La centralización generalmente se asocia con la idea de un Estado absolutista. Se ha señalado que “estimula la constitución de gobiernos fuertes... los gobiernos autoritarios son proclives a la concentración funcional y a la centralización mientras los democráticos buscan en la descentralización la eficiencia que representa el manejo de los propios intereses y la garantía que significa el alejamiento del Poder Central con el peso de su influencia”²⁴⁶ La descentralización no implica una ruptura tajante de las relaciones, sino más bien el trabajo coordinado pero con independencia.

Por su parte, la centralización, al constituir un sistema orgánico ordenado mediante relación jerárquica que dispone de un órgano central único, posee ciertos caracteres fundamentales: 1) la competencia del conjunto se atribuye en principio al órgano central único; 2) la actividad de los elementos que componen el sistema, dirigida por el órgano central único, en virtud de sus poderes específicos, es reputada como competencia ejercida por el jerarca; 3) hay, en principio, una sola personalidad jurídica, la del sistema, que también es atribuida al jerarca; 4) las relaciones orgánicas que se establecen entre los componentes del sistema son de carácter interno y de naturaleza técnica, sin perjuicio de que tengan proyecciones jurídicas.²⁴⁷

2.5.2 Descentralización

Cuando de la descentralización se trata, ésta constituye uno de los principios fundamentales de la Administración Pública por lo cual DE LA QUADRA²⁴⁸ la establece como el conjunto de instituciones debidamente organizadas que poseen personalidad jurídica y son dirigidas por el gobierno con la finalidad de ejecutar funciones y tareas

²⁴⁵ Presidencia de la República, ERJAFE. Art. 5.- Gobierno y Administración Pública Central. - Corresponde a los órganos superiores de la Función Ejecutiva la dirección de la política interior y exterior del Estado, así como su administración civil y militar, de acuerdo con las normas constitucionales y legales. La Función Ejecutiva la ejerce el presidente de la República quien representa al Estado en forma extrajudicial, ejerce la potestad reglamentaria y tiene a su cargo la dirección de toda la Administración Pública Central e Institucional ya sea directa o indirectamente a través de sus ministros o delegados.

²⁴⁶ MÉNDEZ Aparicio, *Sistemas Orgánicos*, Ediciones Jurídicas Amalio M Fernández, Tomo I Centralización, Montevideo, 1973, pág. 33.

²⁴⁷ IVANEGA Miriam Mabel, “*Los Principios de la Organización Administrativa, El Derecho Administrativo en Argentina, Situación y Tendencias Actuales (I)*”, Revista DA / Documentación Administrativa, número 267-268, Buenos Aires, septiembre 2003-abril 2004, pág. 201.

²⁴⁸ DE LA QUADRA Tomás, *El Derecho Administrativo*, Editorial Iuste, Madrid, 2009, pág. 101.

estatales. Por su parte, BORJA²⁴⁹ expone que, desde criterios políticos, descentralizar implica actuar y dispersar una organización estatal sustentado en criterios como: el territorio, las funciones y los centros de decisión del Estado, ya sea, en el contexto administrativo o político.

En el mismo sentido, la descentralización para CARRIÓN, DAMMERT y VILLARONGA puede referirse a las transferencias de competencias (autonomía administrativa), los traspasos fiscales (autonomía económica) y las formas de representación (autonomía política); por lo que puede ser administrativa y política. “La descentralización no puede ser entendida sólo como un simple problema de transferencia de competencias y de recursos, o de mejorar las formas de representación política – generalmente manejada de manera tecnocrática– sino del rediseño del conjunto de la estructura del Estado; es decir, no se trata de producir modificaciones parciales sino crear un nuevo Estado”²⁵⁰. Entonces, tenemos que el ejercicio de la descentralización dará lugar a organismos descentralizados territoriales y funcionales. Pero, como ya dijimos anteriormente, no vamos a hablar acerca de la descentralización territorial porque al estar revestida de autonomía e independencia, la relación que mantienen con el Ejecutivo es únicamente de coordinación no de subordinación ni jerarquía.

La descentralización tiene las siguientes características: 1) La existencia de entes públicos, dotados de personalidad jurídica propia. 2) La transferencia de atribuciones - que pertenecen a la Administración central- a estos entes. 3) La descentralización total no es posible.²⁵¹ 4) Un cierto control o tutela²⁵² de sus actos por parte del Estado Central.

2.5.2.1 Descentralización funcional o administrativa

La descentralización funcional para YÁÑEZ “la descentralización consiste en que el gobierno central entrega a las unidades más pequeñas autonomía en la toma de

²⁴⁹ BORJA Cevallos Rodrigo, *Descentralización*, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1997, pág. 23.

²⁵⁰ CARRIÓN Fernando, DAMMERT Manuel Dammert y VILLARONGA Brigitta, “*Descentralizar: un derrotero a seguir, Introducción. La descentralización: visión internacional de la cuestión plurinacional del Estado*”, Seminario internacional Descentralización y Reforma Constitucional en la Región Andina FLACSO Quito, 2008, págs. 11 y 12.

²⁵¹ MARIENHOFF Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965, págs.643-644.

²⁵² GUSMAN Alfredo Silverio, “*Autarquía y descentralización*”, Revista El Derecho Jurisprudencia General / Universidad Católica Argentina, Número: 179, Buenos Aires, 1998, pág. 764. En general podemos afirmar que el control jerárquico es el que aparece dentro de una misma persona pública estatal, en cambio el de tutela lo efectúa un órgano de la administración central sobre los actos que procedan de las entidades descentralizadas.

decisiones acerca de materias delimitadas por la misma autoridad central. Esto se hace con el propósito de conseguir en mejor forma ciertos objetivos económicos, políticos y sociales”²⁵³. Para señalar la existencia de la descentralización funcional, MARIENHOFF establece que no importa dotar a los órganos de personalidad jurídica, utiliza la denominación de “descentralización burocrática”, o “meramente descentralizada”²⁵⁴; en contrario sentido con CASSAGNE y DIEZ, para quienes la personalidad jurídica es determinante en caso de descentralización funcional, como veremos más adelante. En Ecuador opera de manera que los estamentos que dependen del Estado central desarrollan sus actividades en sujeción al organismo del que dependen, salvo los GADS que son un caso aparte.

En este punto, resulta oportuno recordar las advertencias²⁵⁵ acerca de las confusiones ocasionadas por las imprecisiones terminológicas utilizadas en los diversos cuerpos normativos. En Ecuador estas discordancias están presentes en el ERJAFE y el COA, aunque el ERJAFE ha sido derogado, para esta investigación nos servirá como un referente y la confrontación entre ambas normas nos permitirá entender la evolución normativa o lo contrario.

La descentralización administrativa tiene lugar cuando el ordenamiento jurídico atribuye competencia a otros órganos, con personalidad jurídica propia, que en consecuencia se encuentran separados de la administración central²⁵⁶. Esa “competencia” asignada al órgano en el régimen descentralizado, le otorga una mayor libertad de acción, que se traduce en determinados poderes de iniciativa y de decisión.²⁵⁷

Me adhiero a la idea de CASSAGNE cuando dice que el criterio diferenciador lo establece la personalidad jurídica propia. La organización administrativa puede ser centralizada o descentralizada, según que las decisiones del Estado sean resueltas por los órganos centrales de la Administración o estén atribuidas a otros entes con personalidad

²⁵³ YÁÑEZ Julio, *Principios a considerar en la descentralización de las finanzas públicas (locales)*. Estudios Públicos No. 45, CEP, Santiago de Chile, 1992, pág. 336.

²⁵⁴ MARIENHOFF Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965, pág.334.

²⁵⁵ SAYAGUÉS Laso Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Buenos Aires, 1963, pág. 204.

²⁵⁶ DIEZ Manuel María, *Derecho Administrativo*, Editorial Plus Ultra, Tomo II, Buenos Aires, 1977, pág. 69.

²⁵⁷ MARIENHOFF Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965, pág.582.

jurídica.²⁵⁸ En Ecuador, la Administración Pública central, las personas jurídicas de derecho público creadas por la Constitución y la ley y las empresas públicas, tienen personalidad jurídica en sus actos, contratos y demás relaciones sujetas al derecho interno. Las divisiones funcionales de la Administración Pública central se consideran administraciones carentes de personalidad jurídica²⁵⁹, representadas por la máxima autoridad administrativa en su organización. Por ende, tienen una relación de dependencia y sujeción.

A este punto, vemos que por un lado la Constitución, cuando se refiere a la Administración Pública, reconoce la descentralización y desconcentración como formas de organización del Estado; sin embargo, al revisar el texto de la ley, parecería tratarse de un Estado Centralizado. En el derogado ERJAFE²⁶⁰ se establecía que mediante la descentralización administrativa se transfieren de manera definitiva funciones que desempeñan órganos de la Administración Central a favor de entidades de Derecho Público de la Administración Pública Institucional (descentralización funcional) o del Régimen Seccional Autónomo (descentralización territorial). De alguna forma deja claros los conceptos. En discordancia, la actual norma, COA²⁶¹ cuando se refiere a la descentralización, establece: Los organismos del Estado propenden a la instauración de la división objetiva de funciones (desconcentración conforme a los arts. 7 y 84) y la división subjetiva de órganos, entre las diferentes administraciones públicas. Esta definición resulta poco precisa y contradictoria si volvemos a la estipulación normativa acerca de la carencia de personalidad jurídica propia de esos órganos o entes.

2.5.2.2 Descentralización territorial

Se reconoce únicamente la descentralización territorial²⁶², al tenor de lo siguiente: la descentralización de la gestión estatal se sustenta en la transferencia de manera progresiva, definitiva y obligatoria, de competencias, en cuanto a recursos humanos, financieros, tecnológicos y materiales, desde la administración pública central hacia los

²⁵⁸ CASSAGNE Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Tomo II, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1971, pág.198.

²⁵⁹ Código Orgánico Administrativo. Art. 46.

²⁶⁰ Presidencia de la República, Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Art. 51.

²⁶¹ Código Orgánico Administrativo. Art. 8.

²⁶² *Ibíd.*, Art. 83.

Gobiernos Autónomos Descentralizados, mediante el procedimiento que legalmente se establezca.

2.5.3 Desconcentración

Siguiendo la exposición, la desconcentración es un fenómeno esencialmente funcional, que atribuye ciertos poderes propios de decisión, a organismos inferiores²⁶³. Es decir que hace alusión al otorgamiento de ciertas facultades dentro de la misma estructura administrativa. Pero esos órganos desconcentrados, al que el ente central transfiere parte de sus atribuciones propias, carecen de personalidad jurídica. La desconcentración es simplemente un procedimiento que tiende a agilizar la actividad de la administración, descongestionando atribuciones que le corresponden a los órganos superiores²⁶⁴.

En esa línea, ABALOS²⁶⁵, plantea que la desconcentración, en la mayoría de los casos implica la delegación de competencias propias de la gestión gubernamental central y también puede generar la transferencia de capacidades tanto administrativas como financieras con la finalidad de intervenir en la política pública de los territorios. En el caso del Ecuador, se manifiesta mayormente la desconcentración esencialmente por la delegación de la prestación de servicios.

Por su lado, GALLEGO²⁶⁶ explica que la desconcentración tiene lugar cuando aquellas unidades desconcentradas cuenten con la facultad de resolver de manera definitiva, haciendo uso del nombre del mismo órgano correspondiente a la competencia. Dicha particularidad no resulta incongruente con políticas, procedimientos e instrumentos que emanan de la administración central de la institución que goza de la titularidad de la competencia.

²⁶³ MÉNDEZ Aparicio, “Centralización. Sistemas Orgánicos, Ediciones Jurídicas Amalio M Fernández”, Tomo I, Montevideo, 1973, pág. 173.

²⁶⁴ PONCE CUMPLIDO Jaime, *La Desconcentración Administrativa*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1965 pág.59.

²⁶⁵ ABALOS José, *Descentralización fiscal y transferencia de competencias: aproximación general y propuestas para fortalecer los Gobiernos Regionales en Chile*, Editorial CEPAL, Santiago, 2002, pág. 14.

²⁶⁶ GALLEGO Alfredo, “Transferencia y Descentralización; Delegación y Desconcentración; Mandato y Gestión o Encomienda. Teoría Jurídica y Derecho Positivo”, *Revista de Administración Pública*, No.25, 1990, págs. 15.

La desconcentración se dirige no solo a la capacidad de resolver, sino que se vincula con la responsabilidad transferida. Esta figura se sustenta en directrices enfocadas hacia el control desde la administración central hacia las otras instancias públicas del país. Esta al igual que la descentralización pretende que tanto las responsabilidades como los servicios, beneficios y recursos de carácter económico, no se concentren en determinados lugares, sino que se gestionen de forma responsable y equitativa dentro del territorio nacional.

De manera general se debe plantear la desconcentración implica una transferencia de competencia enfocada a la gestión y entre sus características están: se otorgan determinadas competencias a órganos administrativos subordinados; no es necesario crear un nuevo organismo; dicha función de carácter desconcentrada se ejecuta empleando el nombre del organismo que desconcentra y para llevarse a cabo debe estar autorizada legalmente.

En Ecuador, el COA²⁶⁷ establece, respecto a la desconcentración: “la desconcentración es el movimiento o traslado de funciones a partir del nivel central de una Administración Pública hacia otros niveles que dependen jerárquicamente de la misma. La entidad de mayor jerarquía mantiene la responsabilidad por su ejercicio”.

Con lo cual queda sustentado que, en Ecuador, la organización administrativa, al menos en lo que se refiere al Estado Central se rige bajo la desconcentración, más no la descentralización en su sentido administrativo o funcional. Lo cual se pone de manifiesto no solamente en la normativa analizada sino en las relaciones que surgen entre el Ejecutivo y los órganos desconcentrados. Digo que no existe descentralización funcional porque los órganos no poseen personalidad jurídica propia de conformidad con el COA y tampoco poseen potestad reglamentaria por lo que solo quedan habilitados para emitir actos normativos de carácter administrativo acerca de asuntos internos (*ver el análisis acerca de la naturaleza jurídica de los actos de esos órganos desconcentrados lo veremos en el capítulo V*).

²⁶⁷ Código Orgánico Administrativo. Arts. 84 y 7.

3.4 Relaciones interadministrativas e interorgánicas

Conforme a la doctrina²⁶⁸, la descentralización, plantea siempre una relación entre sujetos estatales (situación que en el derecho administrativo se conoce como “relaciones interadministrativas”), a diferencia de la desconcentración, que implica siempre la configuración de una relación interorgánica, esto es entre dos órganos que no poseen personalidad jurídica distinta, *ergo*, no se diferencian.

Mientras la descentralización tiene como presupuesto la idea de atribución de personalidad jurídica y una relación intersubjetiva, la desconcentración entraña una típica relación interorgánica en el marco de la propia entidad estatal²⁶⁹. Es que la desconcentración, no implica privar al órgano superior de su potestad jerárquica sobre el órgano por más que a este se le confiera cierto poder de iniciativa y algún grado de decisión²⁷⁰. No se discute que el órgano superior, puede, a través de órdenes y circulares de carácter general, dar una dirección unitaria a los órganos inferiores desconcentrados²⁷¹.

La organización administrativa presenta un orden a través del cual, por medio de un plexo de relaciones tanto de subordinación como de supremacía, se encuentran sometidos todos a aquel que se encuentra en la cima de la organización de que se trate. A esta disposición se la conoce como jerárquica, y de la misma deviene la potestad de los superiores para dirigir, ordenar e inspeccionar la conducta de los órganos inferiores, sea de oficio o a pedido de parte, sobre actos o personas.²⁷²

La jerarquía siempre es una noción jurídica porque las normas que determinan la estructura de la Administración, si bien internas, no dejan de ser normas jurídicas.²⁷³ En Ecuador²⁷⁴, todos los organismos que conforman el Estado se estructuran y organizan de manera escalonada. Los órganos superiores dirigen y controlan la labor de sus subordinados y resuelven los conflictos entre los mismos, estando en la cúspide, el

²⁶⁸ DIEZ Manuel María, *Derecho Administrativo*, Editorial Plus Ultra, Tomo II, Buenos Aires, 1977, pág.70.

²⁶⁹ CASSAGNE Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Tomo II, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1971, pág.202.

²⁷⁰ MARIENHOFF Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965, pág.589.

²⁷¹ DIEZ Manuel María, *Derecho Administrativo*, Editorial Plus Ultra, Tomo II, Buenos Aires, 1977, pág.87.

²⁷² BIELSA Rafael, *El Recurso jerárquico*, Editorial Ábaco Depalma, Buenos Aires, 1953, pág. 27.

²⁷³ SAYAGUÉS Laso Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, 8va Edición, actualizada por MARTINS Daniel Hugo, Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 2002, pág. 216.

²⁷⁴ Código Orgánico Administrativo. Art. 6.

presidente de la República, en su calidad de Jefe de Gobierno y responsable de la Administración Pública.

En consideración del análisis doctrinario y normativo de este capítulo podemos concluir que el Estado ecuatoriano, es por esencia un estado centralizado, donde se da lugar a la descentralización territorial pero no existe descentralización funcional como tal. La distribución de competencias se efectúa mediante la desconcentración. Las relaciones que se suscitan entre los órganos de la Administración son esencialmente interorgánicas, sujetas a la jerarquía y control del órgano superior que posee personalidad jurídica propia. Sin embargo, podríamos hablar de relaciones interadministrativas cuando se trate de la relación que existe entre el presidente y sus ministerios o que se lleven a cabo con un organismo que posea personalidad jurídica diferenciada. En el capítulo siguiente, cuando determinemos la naturaleza jurídica de los actos reglamentarios y/o normativos en Ecuador, determinaremos cuales surgen de cada una de estas relaciones y como clasificarlos.

3.4.1 Conflictos interadministrativos e interorgánicos

Corresponde plantear que, ante la facultad organizativa de la Administración que conduce a estructurar su sistema de órganos y atribuir las competencias a esos, se producen relaciones en función de la jerarquía y personalidad jurídica que ellos poseen. Al respecto, MARIENHOFF “distingue entre las especies, en las relaciones interorgánicas, los órganos en pugna no tienen personalidad jurídica propia, mientras que sí la tienen, ambos o uno solo, en las relaciones interadministrativas”²⁷⁵.

Es pertinente a objeto de esta investigación, referirse a los conflictos a que den lugar las relaciones interorgánicas o interadministrativas, ya que nos permite establecer la jerarquía normativa de sus actuaciones (respecto a los reglamentos y actos normativos de carácter administrativo) y su posterior impugnación. Para CASSAGNE, estos conflictos “no podrán ejecutarse por vía judicial, ya que pueden afectarse la jerarquía administrativa

²⁷⁵ MARIENHOFF Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990, Tomo I, págs.121-134.

y el principio de la unidad de acción: que el Estado se aplique sanciones a sí mismo; no puede asimilarse a las relaciones entre los particulares y el Estado.²⁷⁶

Como se había determinado anteriormente, Ecuador es un estado unitario, cuya forma de organización es la centralizada, reconociendo (al menos respecto al COA) la descentralización únicamente respecto del territorio (GADS). Por lo que, sus órganos son desconcentrados, no poseen personalidad jurídica propia y se encuentran en una relación subordinación con aquel que los creó, es por ello que sus conflictos son interorgánicos. No obstante, en la praxis, en Ecuador, existen órganos cuyo instrumento de creación les concede personalidad jurídica propia, en cuyo caso podría configurarse una relación interadministrativa.

Para MURATORIO, los conflictos interadministrativos pueden ocurrir entre sujetos de iguales o diferentes esferas de gobierno²⁷⁷ - al menos uno de los órganos tiene personalidad jurídica propia. En los conflictos interorgánicos no hay propiamente “dos sujetos”, y en los interadministrativos inter estatales no rige el principio de jerarquía administrativa, quedando expedita la vía judicial.²⁷⁸ En Ecuador, las esferas de gobierno son Estado Central (presidencia, vicepresidencia, ministerios y órganos desconcentrados) y Estado Descentralizado (GADS); queda claro que no se pueden demandar unos a otros ya que conforman parte de una misma unidad.

Y es precisamente bajo ese concepto, que se puede establecer que siendo los actos normativos de carácter administrativo, emitidos por órganos administrativos desconcentrados, sus actuaciones tiene jerarquía normativa inferior a las actuaciones de aquel que los creó. En consecuencia, el reglamento posee un rango superior al acto normativo de carácter administrativo.

3.4 Síntesis Capítulo III

En el capítulo III de la presente investigación analizamos al Poder Ejecutivo y sus relaciones. Creo indispensable tratar acerca del Poder Legislativo ya que es el titular de

²⁷⁶ CASSAGNE Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1992, Tomo II, págs. 62 y 63.

²⁷⁷ MURATORIO Jorge, “*Los conflictos interadministrativos nacionales*”. Revista de Derecho Administrativo, No.19/20, Editorial Ábaco Depalma, Buenos Aires, 1995, pág. 464.

²⁷⁸ *Ibíd.* pág. 477.

la competencia para emitir normas y en este sentido se encuentra estrechamente relacionado con el Ejecutivo ya que es quien le otorga las competencias a este último. El Poder Legislativo se encuentra representado por la Asamblea Nacional, integrada por una bancada de asambleístas elegidos por votación popular y el ejercicio de sus competencias es lo que se conoce como principio democrático.

Por otro lado, estudiamos al Poder Ejecutivo y sus subordinados, es decir el Estado Central y sus relaciones con los órganos descentralizados funcionales y desconcentrados así como de las relaciones interadministrativas e interorgánicas y los conflictos interadministrativos e interorgánicos. El análisis parte de la relación con el Presidente debido a que es él, quien goza exclusivamente de la potestad reglamentaria de conformidad con la Constitución.

En este capítulo, el principal aporte nace del análisis del principio democrático como límite en la ejecución de la potestad reglamentaria y de la facultad normativa de carácter administrativo. Con el análisis desarrollado podemos entender que la regulación de los derechos debe pasar a una previa discusión y debate, a un procedimiento legislativo antes de ejecutarse; es decir, parecería que existe un ejercicio bilateral entre aquel que propuso la norma y quienes la debaten, la cuestionan o avalan, siendo diferente al procedimiento de los actos administrativos normativos que son emanados de manera unilateral y sin previo consentimiento de los administrados.

El Poder Ejecutivo se encuentra dividido en Estado Central (presidencia, vicepresidencia y ministerios), Estado descentralizado funcional (órganos con personalidad jurídica y patrimonio propio que se encuentran subordinados al Poder Ejecutivo, empresas, servicios, institutos, secretarías, subsecretarías, etc.) y desconcentrado.

No considere de importancia por la especificidad del tema, analizar los otros tres poderes del Estado (Judicial y Justicia Indígena, Transparencia y Control Social, y Electoral), ni los órganos descentralizados territorialmente (GADS); ya que cada uno de ellos tiene sus propias competencias constitucionales en lo que se refiere a la emisión de reglamentos y/o actos normativos.

Después del análisis de las instituciones: centralización, descentralización y desconcentración y sus confusiones normativas y terminológicas. Podemos desentrañar que sus relaciones se fundan en la jerarquía. En el caso de la descentralización funcional existe un órgano con personalidad jurídica propia; y, en el caso de la desconcentración tenemos órganos que no tienen personalidad jurídica propia y que depende de aquel que les concedió el poder de decisión respecto de una o más competencias que le eran propias a este último. De aquí surgen las relaciones interadministrativas entre órganos con distinta personalidad jurídica e interorgánicas cuando uno de los órganos posee personalidad jurídica y el otro depende de este.

Estas relaciones interadministrativas o interorgánicas, dan lugar a otro aporte para esta investigación ya que nos permite reconocer la naturaleza jurídica de sus actuaciones, su jerarquía, alcance y posteriormente sus vías impugnación.

CAPÍTULO IV EL REGLAMENTO Y EL ACTO NORMATIVO DE CARÁCTER ADMINISTRATIVO

Este capítulo ha sido dividido entre el reglamento y el acto normativo de carácter administrativo considerando que el reglamento es el instrumento jurídico que materializa la potestad reglamentaria del Presidente, toda vez, que anteriormente se había tratado todo lo relacionado con la Administración Pública, el poder ecuatoriano y sus relaciones, las potestades administrativas; y especialmente la facultad reglamentaria y/o normativa. Así como del acto normativo de carácter administrativo, que surge como fruto de las relaciones interorgánicas y en uso de la facultad normativa que poseen los órganos administrativos. En el presente capítulo, se desarrollará un análisis de ambos instrumentos partiendo del estudio del acto administrativo y en su clasificación del acto normativo para determinar de manera clara y precisa su naturaleza jurídica, sus semejanzas y diferencias.

4.1 Definiciones

A continuación, se realiza una aproximación al concepto de acto administrativo, para lo cual expondré las definiciones otorgadas por las normas respectivas, así como los postulados de importantes tratadistas *ius* administrativistas.

En Ecuador, las normas que componen el régimen administrativo han emitido disposiciones claras en cuanto a la definición del acto administrativo, este es el caso del Código Orgánico Administrativo²⁷⁹, vigente desde julio 2018, que reza lo siguiente: “el acto administrativo es la declaración unilateral de voluntad, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales o generales, siempre que se agote con su cumplimiento y de forma directa. Se expedirá por cualquier medio documental, físico o digital y quedará constancia en el expediente administrativo. En concordancia, el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, que define al acto administrativo como: “toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa”²⁸⁰.

²⁷⁹ Código Orgánico Administrativo, Art. 98.

²⁸⁰ Presidencia de la República, Estatuto Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Artículo 65.

Por su parte, COMADIRA define al acto administrativo, de la siguiente manera: “una declaración emitida por un órgano estatal, o un ente público no estatal, en ejercicio de función administrativa, bajo un régimen jurídico exorbitante, productora de efectos jurídicos directos e individuales respecto de terceros”²⁸¹. Dentro de las consideraciones a observar en relación con esta definición se encuentran las siguientes:

- La declaración de voluntad implica la existencia de un instrumento o documento que exteriorice esa voluntad, esto es, el acto administrativo, el cual debe ser emitido de forma escrita, para generar mayor eficacia, seguridad jurídica y garantizar la carga probatoria.
- La existencia de entes públicos estatales y no estatales, cuya naturaleza jurídica a dado lugar a la determinación de varios criterios de diferenciación²⁸² dentro de los cuales se encuentran los siguientes: la proveniencia del capital (estatal - presupuesto del Estado, no estatal – afiliados o socios), los fines que cumplen (estatal – fines específicos, no estatal - fines comerciales e industriales) y la norma que los rige (estatal – régimen público, no estatal – régimen privado); después de ello existen otros criterios como las condiciones de sus empleados, la elección de

²⁸¹ COMADIRA Julio Rodolfo, ESCOLA Héctor Jorge y COMADIRA Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Abeledo Perrot, Tomo I, Buenos Aires, 2013, pág. 385.

²⁸² La diferenciación entre personas públicas estatales y no estatales surge con la posición doctrinaria de Sayagües Laso quien sostuvo la existencia de otras personas colectivas que indudablemente no son estatales, que no pertenecen a la colectividad ni integran la Administración Pública, sea porque el legislador las creó con ese carácter, sea porque su propia naturaleza resulta incompatible con la calidad estatal. No obstante, dichas instituciones en todo o en parte se regulan por normas de derecho público. SAYAGÜES Laso Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Tomo I, Montevideo, 1963, pág. 173. En ese sentido, Barra opina que la naturaleza jurídica pública es dada al ente, por la posición que ocupa en la relación jurídica regida por la virtud de la justicia distributiva. De esta forma, suponer lo contrario, importa introducir a los particulares (no estatales) en el ámbito de realización del bien común, alterando la unidad y monopolio del poder político, que le corresponde al Estado como su causa formal y violando el orden de distribución de competencias impuesto por el principio de subsidiariedad. BARRA Rodolfo Carlos, *Principios de Derecho Administrativo*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1980, pág. 185 y ss. Para Linares interesa fijar un criterio de distinción no sólo porque la ley no siempre es clara y expresa, sino, además, porque de la posición que se adopte dependerá que el Estado pueda o no controlarlas administrativamente. LINARES Juan Francisco, *Derecho Administrativo*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1986, pág. 214 y sigs. Gordillo, define a las entidades públicas no estatales como “...entidades en las que participan en mayor o menor medida los particulares pero que por estar sometidas a un régimen especial, de derecho público, son calificadas como públicas”. GORDILLO Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Fundación de Derecho Administrativo, 5ta Edición, Tomo I, Capítulo XIV Buenos Aires, 1998, pág. 26 y sigs. Cassagne, apunta a que las personas jurídicas públicas son estatales o no, según que pertenezcan a sus cuadros o se ubiquen fuera de ellos, de acuerdo a las normas sobre organización administrativa. “A los efectos de verificar dicho encuadramiento será fundamental analizar la naturaleza de las relaciones o vínculos que ligan a la entidad con la Administración central y la amplitud de la injerencia o control de ésta sobre aquélla”. CASSAGNE Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Editorial Abeledo Perrot, 6ta. Edición, Tomo I, Buenos Aires, 1998, págs. 223-225. Para Marienhoff, los fines de los entes públicos estatales son siempre fines esenciales y específicos del Estado, en cambio los fines de los entes públicos no estatales si bien han de ser indispensablemente de interés general, no es menester que coincidan en todo o en parte con los fines específicos del Estado, al que denomina un interés general menos intenso que el que satisface el Estado como función esencial y propia de él. MARIENHOFF Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Abeledo Perrot, 5ta. Edición, Tomo I, Buenos Aires, 1995, pág.380.

la directiva, el tipo de control al que se someten, entre otros que nos conducen a cuestionar su naturaleza jurídica y con ello, sus actos.

- En ejercicio de función administrativa, da lugar a que existan actos administrativos emitidos por todo tipo de organismos que tengan efectos de administrar, organizar o conducir una entidad. Es así, como a *grosso modo* pudimos ver, en el primer capítulo, que los demás poderes del Estado desarrollan también facultades administrativas y emiten actos administrativos como fruto de ellas, condición a la que se suman también los órganos descentralizados GADS y los órganos desconcentrados. La diferencia entre unos y otros radica en la naturaleza jurídica y con ello el régimen jurídico al que se someten para administrar y emitir sus actos de voluntad.
- Bajo un régimen jurídico exorbitante, significa que, a efectos de evitar la arbitrariedad y el abuso de poder, la Administración deberá en el ejercicio de esa función administrativa, procurar un equilibrio entre las prerrogativas del Estado y las garantías de los administrados; o en el caso de los organismos privados, un equilibrio entre los poderes de las autoridades con relación a los derechos de los subordinados.
- Efectos jurídicos directos e individuales respecto de terceros, da lugar a varias observaciones. La primera, los efectos del acto deben ser directos, nacen propiamente de la expresión de voluntad, del instrumento exteriorizado, y no de las actuaciones que lo anteceden o complementan o dan lugar al mismo (actos de simple administración²⁸³, instrucción orden de servicio o sumilla²⁸⁴, dictámenes e informes²⁸⁵). Segunda, el alcance de los actos administrativos puede llegar

²⁸³ Código Orgánico Administrativo. Art. 120.- Acto de simple administración. Acto de simple administración es toda declaración unilateral de voluntad, interna o entre órganos de la administración, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales y de forma indirecta.

²⁸⁴ Código Orgánico Administrativo. Art. 121.- Instrucción, orden de servicio o sumilla. Los órganos administrativos pueden dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes a través de una instrucción, orden de servicio o sumilla claras, precisas y puestas en conocimiento de la persona destinataria. Pueden constar insertas en el mismo documento al que se refieren o por separado. Para su instrumentación se puede emplear cualquier mecanismo tecnológico. Su incumplimiento no afecta la validez del acto, independientemente de la responsabilidad disciplinaria de la o el servidor público.

²⁸⁵ Código Orgánico Administrativo. Art. 122.- Dictamen e informe. El dictamen y el informe aportan elementos de opinión o juicio, para la formación de la voluntad administrativa. Cuando el acto administrativo requiere fundarse en dictámenes o informes, en estos estará expresamente previsto el ordenamiento jurídico, como parte del procedimiento. Únicamente con expresa habilitación del ordenamiento jurídico, un órgano administrativo puede requerir dictámenes o informes dentro de los procedimientos administrativos.

inclusive a terceros, esto quiere decir que a pesar de que el acto vaya a afectar directamente a un individuo, los casos análogos o similares, o aquellos que se originaron de ese se sujetarán a la misma resolución que se tomó en el primer caso. En especial cuando nos referimos a los reglamentos, anular o invalidar un reglamento implica invalidar los actos que nacen de él, esto de la mano de la teoría de los actos coligados de BARRA²⁸⁶.

Al respecto, recordemos también, el principio de inderogabilidad singular del reglamento, que “supone la inaplicación ilegal o discriminatoria, en un caso concreto, de un reglamento válido”²⁸⁷, lo que quiere decir que cuando la Administración emitió un acto administrativo, en especial aquellos de carácter general, estos, entran al bloque de juridicidad y no pueden ser inobservados de manera antojadiza, menos ante otros casos que impliquen cuestiones símiles.

Por otro lado, recordemos que hay tratadistas que avalan los efectos *erga omnes* de las resoluciones de nulidad por ilegitimidad, lo que implica que, aunque pudiera existir algún afectado que no participó como sujeto activo en el proceso, se verá alcanzado por la resolución que se tome respecto a la cuestión que lo incluye, así no haya sido parte en el proceso contencioso administrativo. Dentro de esos estudiosos se encuentra GARCÍA PULLÉS, quien ha sostenido que: “limitar los efectos de la sentencia que declara la nulidad de una disposición a las partes del proceso cuando la ilegitimidad no deriva de su aplicación al caso, sino que es inherente o *per se*, implica autorizar a la Administración, por vía indirecta a la trasgresión del principio de inderogabilidad singular de los reglamentos”²⁸⁸. Con lo cual queda sentado que los efectos jurídicos de los reglamentos

²⁸⁶ La coligación de los actos implica la autonomía o separabilidad (jurídica e impugnatoria) de unos y otros, pero sin perder de vista sus vinculaciones e interacciones potenciales (no necesariamente actuales o concretadas entre todos ellos), que recíprocamente tienen. Lo que implica que el acto antecedente es susceptible de determinar de una manera total o parcial el acto consecuente, y que el acto consecuente es susceptible de ser determinado total o parcialmente por el acto antecedente; refiriéndose esta determinación no sólo a la causa, sino a todos los elementos de validez del acto, y se predica no sólo entre toda la serie de actos que se manifiestan sucesivamente, como antecedentes y consecuentes hasta llegar al consecuente final. *La teoría de los actos coligados implica que si un acto que da lugar a otro es declarado ilegítimo y anulado, los actos que este origino y los que lo anteceden podrían también anularse* (la cursiva es mía). BARRA Rodolfo Carlos, *Los actos administrativos contractuales, Teoría del acto coligado*, Editorial Abaco, Buenos Aires, 1989; COVIELLO Pedro José Jorge, *Estudio preliminar*, en MERTEHIKIAN Eduardo, *Estudios sobre contratación pública*, Editorial RAP, Buenos Aires, 1996, pág. 54 y ss. y sus referencias.

²⁸⁷ COMADIRA Julio Rodolfo, ESCOLA Héctor Jorge y COMADIRA Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Abeledo Perrot, Tomo II, Buenos Aires, 2013, pág. 1415.

²⁸⁸ GARCÍA PULLÉS mencionado por COMADIRA Julio Rodolfo, ESCOLA Héctor Jorge y COMADIRA Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Abeledo Perrot, Tomo II, Buenos Aires, 2013, pág. 1413.

trascienden el límite subjetivo o de los sujetos intervinientes en la disputa, la afectación es colectiva por ende los efectos de su anulación también deben serlo.

Por su parte DROMI, conceptualiza al acto de naturaleza administrativa como: “toda declaración unilateral efectuada en el ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa”²⁸⁹. En concordancia, GORDILLO define al acto administrativo como: “toda declaración unilateral de voluntad realizada en el ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma inmediata”²⁹⁰. En estas dos definiciones, la particularidad es que consideran que la declaración tiene efectos individuales, es decir que dejarían por fuera a las declaraciones de voluntad con alcance general, como es el caso de los reglamentos.

Por otro lado, destaca el hecho de que en la mayoría de las definiciones del acto administrativo se considera que la declaración de voluntad tiene carácter unilateral en su formación, lo que implica que no es necesario el acuerdo de voluntades o la aceptación del administrado, ante lo cual quedarían fuera de la especie de los actos, los contratos administrativos²⁹¹. Siendo esta una causa para considerar que el origen de los contratos entre particulares o entre particulares y el Estado debe sujetarse al régimen civil y no al administrativo, por considerar que en el negocio jurídico no debería existir subordinación sino igualdad *inter partes*.

Se debe destacar la definición de acto emitida por ZANOBINI, que reza lo siguiente: “acto administrativo es cualquier declaración de voluntad, de deseo, de conocimiento o de juicio realizada por un órgano de la Administración Pública en el ejercicio de una potestad administrativa”²⁹². Dicho concepto es aceptado por estudiosos como GARRIDO FALLA, GARCÍA DE ENTERRÍA, SANTAMARÍA PASTOR, entre otros. Este postulado no se basa en la materia ni en la forma de exteriorizar la voluntad de la Administración sino en el órgano que emite los actos, para este autor, basta con que la actuación nazca de un órgano perteneciente a la Administración Pública (incluso

²⁸⁹ DROMI José Roberto, *Derecho Administrativo*, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, pág. 202.

²⁹⁰ GORDILLO Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Macchi, Tomo III, Buenos Aires, 1974, pág. III-12.

²⁹¹ Código Orgánico Administrativo. Art. 125.- Contrato administrativo. Es el acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos, entre dos o más sujetos de derecho, de los cuales uno ejerce una función administrativa. Los contratos administrativos se rigen por el ordenamiento jurídico específico en la materia.

²⁹² ZANOBINI Guido, *Corso di Diritto Amministrativo*, Giuffrè Editore, Tomo II, Milano - Italia, 1954, pág. 191.

provenientes de las otras funciones del Estado) para considerarla como un acto administrativo.

En concordancia, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, apoyados en el concepto formulado por ZANOBINI, expresan que: “el acto administrativo es la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria”²⁹³. Interesante distinción la que hacen los autores, ya que se entiende que los actos administrativos como tal surgen de una potestad administrativa, mientras que los actos normativos surgen de una potestad reglamentaria o de una facultad normativa, tal como se establece en la normativa ecuatoriana, según la cual los actos reglamentarios le competen únicamente al Presidente²⁹⁴ y los actos normativos de carácter administrativo a los otros órganos administrativos²⁹⁵ (desconcentrados), solamente para regular sus asuntos internos.

Por su lado, DIEZ conceptualiza al acto administrativo como: “una declaración unilateral de un órgano del Poder Ejecutivo, en ejercicio de una función administrativa, que produce efectos jurídicos con relación a terceros”²⁹⁶. Para la mayoría de la doctrina y los autores tratados anteriormente, la declaración tiene carácter de ejecutiva (que nace de órganos administrativos públicos), mediante la cual la Administración crea, modifica o extingue situaciones jurídicas determinadas.

Igualmente, ZAVALA EGAS, emitió un concepto sobre el tema de estudio, y establece que el acto administrativo: “es una herramienta, es el medio o instrumento por el que se ejercen las potestades que la ley asigna a las entidades de la Administración

²⁹³ GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Temis S.A., Tomo I, Bogotá, 2008, pág. 526.

²⁹⁴ Código Orgánico Administrativo. Art. 129.- Potestad reglamentaria del Presidente de la República. Le corresponde al Presidente de la República el ejercicio de la potestad reglamentaria en relación con las leyes formales, de conformidad con la Constitución. El ejercicio de la potestad reglamentaria es independiente de la competencia normativa de carácter administrativo que el Presidente de la República ejerce en relación con el conjunto de la Administración Pública central. En concordancia con la Constitución del Ecuador, Art. 147 numeral 13 Expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la Administración.

²⁹⁵ Código Orgánico Administrativo. Art. 130.- Competencia normativa de carácter administrativo. Las máximas autoridades administrativas tienen competencia normativa de carácter administrativo únicamente para regular los asuntos internos del órgano a su cargo, salvo los casos en los que la ley prevea esta competencia para la máxima autoridad legislativa de una administración pública. La competencia regulatoria de las actuaciones de las personas debe estar expresamente atribuida en la ley.

²⁹⁶ DIEZ Manuel María, *Derecho Administrativo*, Editorial Plus Ultra, Tomo II, Buenos Aires, 1977, pág. 165.

Pública, para que estas puedan operar y construir o reconstruir la realidad satisfaciendo el interés público”²⁹⁷. En acuerdo a ello, es preciso destacar la relación jurídica exorbitante²⁹⁸ a la que da lugar el acto administrativo, de la que deviene la interpolación de lo público en lo privado, lo que quiere decir que lo público va a primar ante lo privado, y que el bien común como finalidad primigenia del Estado, implica renunciar al derecho subjetivo o parte de él en favor del interés común. Siendo esta renuncia parte de las cargas públicas que implican vivir en una sociedad, reconocidas dentro del contrato social ya que “la voluntad general es el verdadero motor del bien social”²⁹⁹, al que todos los ciudadanos nos acogemos de manera implícita al ser parte de determinada comunidad, en la que cedemos ciertos derechos para que luego se nos restituyan en otra especie, favorable a toda la colectividad.

Ante la necesidad de precisar una definición de acto administrativo, el profesor CASSAGNE analiza que para poder otorgar una definición correcta de acto administrativo deben tenerse en cuenta dos elementos fundamentales: “la necesidad de que se incluya teóricamente en su definición las formas de actuación de la administración (hecho administrativo, acto de simple administración, acto normativo; y, contratos administrativos – según algunos autores) bajo un régimen legal uniforme y por otra parte, el imperativo objetivo y concreto de construir una herramienta idónea para proteger tanto los derechos e intereses de los administrados y del interés público”³⁰⁰. Importantes consideraciones ya que es imprescindible que la ley nos brinde una definición precisa ante la cual podamos responder y esta debe encontrarse emitida de manera clara para no afectar la seguridad jurídica, la tutela efectiva de los derechos de administrados, ni la eficacia en la actuación de la Administración Pública.

Como se puede observar en las citas anteriores, existen muchas definiciones de acto administrativo, con diferentes postulados, pero con una característica común, el reconocimiento del acto como medio fundamental de la Administración para expresar su

²⁹⁷ ZAVALA EGAS Jorge, *Derecho Administrativo*, Editorial Edino, Guayaquil, 2005, pág. 15.

²⁹⁸ EL acto administrativo se encuentra en el marco de un sistema jurídico integrado por prerrogativas estatales, sustanciales y procesales, relacionadas con correlativas garantías de los administrados, también sustanciales y procesales... En realidad, la exorbitancia del Derecho Administrativo deriva, hoy en día, de la especificidad de su contenido, equilibrado de prerrogativas y garantías. COMADIRA Julio Rodolfo, ESCOLA Héctor Jorge y COMADIRA Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Abeledo Perrot, Tomo I, Buenos Aires, 2013, pág. 388.

²⁹⁹ ROUSSEAU Jean Jacques, *El Contrato Social, Del Pacto Social*, Ediciones Altaya, Barcelona, 1993, pág. 17.

³⁰⁰ CASSAGNE Juan Carlos, *El Acto Administrativo*, Editorial Porrúa, México, 2014, pág. 21.

voluntad. Como GORDILLO sostiene: “brindar una definición precisa de acto administrativo carece de proyecciones dogmáticas, ello no significa que sea totalmente intrascendente dar uno u otro concepto, ya que de la mayor o menor perfección y precisión del mismo dependerá la facilidad y utilidad con que se lo podrá manejar”³⁰¹.

Se debe decir que el acto administrativo es la disposición más utilizada y que caracteriza al Derecho Administrativo, ya que establece la materia sustantiva del mismo. Es la forma en la cual se instrumenta la voluntad administrativa. Dicho acto debe gozar de legitimidad y eso implica que se acoja a la verdad material de sus actuaciones y que emane de un órgano competente, y que su objeto y fin estén sujetos al ordenamiento jurídico y a los requerimientos legales tanto de fondo como de forma para emitirlo.

Se podría decir también que, a través del acto, la Administración, prohíbe, aprueba, ordena, concede o niega algo a los administrados, por lo que a través de él surgen relaciones jurídicas que dan lugar a efectos jurídicos que pueden ser favorables o desfavorables. Dentro de los actos administrativos resulta posible poner como ejemplo: la aprobación de un permiso de construcción, la adjudicación de un contrato, la imposición de una sanción disciplinaria, el otorgamiento de una beca, entre otros.

Al respecto, es importante mencionar que los doctrinarios argentinos coinciden con los franceses al conceptualizar al acto administrativo. Ejemplo de ello es el tratadista VEDEL y DEVOLVÉ, asemejan al acto administrativo con la decisión ejecutoria, definiéndola como: “un acto por el cual una autoridad administrativa manifiesta unilateralmente su voluntad orientada a producir efectos de derecho sobre los administrados”³⁰². Lo que nos conduce a una aproximación en cuanto a los amplios efectos jurídicos que el acto administrativo genera. Bajo la concepción anterior, estos efectos bien podrían ser individuales, es decir que afectan al individuo en sí mismo, quien posee un derecho subjetivo o un interés legítimo, si de situaciones jurídicas subjetivas se trata; bien podría ser una persona natural, una persona jurídica o un colectivo individualizado; así como esta noción, también incluye los efectos jurídicos generales, los mismos que afectan a todos los individuos del Estado, a toda la colectividad.

³⁰¹ GORDILLO Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo, “El acto administrativo”*, Editorial Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998, pág. 63.

³⁰² VEDEL y DEVOLVÉ, citados por PÉREZ CAMACHO Efraín, *Derecho Administrativo*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Tercera Edición Actualizada, Quito, 2006, pág. 415.

Algo para destacar es que así consideremos que los efectos jurídicos del acto administrativo son individuales o colectivos, en todos los casos deberán ser directos, ya que en esa expresión de voluntad puede mediar un acto simple administración, una instrucción, orden de servicio o sumilla, un dictamen o informe; pero estos no constituyen en sí mismos la expresión de voluntad, al menos en la *praxis* del Derecho Administrativo ecuatoriano; esa voluntad de la Administración debe ser exteriorizada en un acto administrativo propiamente dicho. Más adelante trataremos el elemento forma y constataremos la necesidad e importancia de que el acto se encuentre formalizado, en especial en lo que se relaciona con la prueba.

Toda vez que se ha conceptualizado al acto administrativo y que podemos decir que tanto el reglamento como el acto normativo de carácter administrativo son considerados actos administrativos, resulta de importancia conocer los recaudos o elementos que lo componen para convertirlo en válido o inválido, reconocidos como requisitos de validez en la normativa ecuatoriana; y con ello conocer sus efectos jurídicos, los vicios en los elementos del acto y si estos, dan lugar a la extinción o revocatoria, entre otras consideraciones de relevancia con el tema.

4.2 Elementos, recaudos o requisitos de validez

Los elementos del acto administrativos son aquellos presupuestos que no pueden faltar dentro de la declaración de voluntad de la Administración, ya que estos constituyen la esencia de este, otorgándole la validez y eficacia necesaria. La inexistencia de los elementos o la mal fundamentación de ellos vician al acto administrativo. Al respecto, COMADIRA afirma que: “los elementos esenciales del acto administrativo son los requisitos que deben concurrir, sin vicios, para que él sea plenamente válido”³⁰³. Cuando el autor menciona los elementos esenciales, de conformidad con la legislación argentina³⁰⁴, se refiere a: la causa, el objeto, la finalidad, la motivación y el procedimiento; son esenciales, ya que cualquier vicio en ellos genera la nulidad absoluta. En el caso de los elementos: competencia (en razón del grado) y forma (actos verbales),

³⁰³ COMADIRA Julio Rodolfo, MONTI Laura (colaboradora), *El acto administrativo en la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo*, Editorial La ley, 1ra Edición, Buenos Aires, 2011, pág. 25.

³⁰⁴ Ley de Procedimiento Administrativo (19549) Argentina, Arts. 7 y 8.

los vicios pueden ser subsanados, por ende, no constituyen parte de los elementos esenciales.

Por su lado, DROMI ha determinado que: “los elementos del acto administrativo son: competencia, objeto, voluntad y forma”³⁰⁵. Al respecto, se estableció que: “la voluntad no está prevista expresamente como requisito, pero podría ser considerada un presupuesto indispensable para la existencia y validez del acto si se acepta la postura de MARIENHOFF”³⁰⁶. La voluntad al ser considerada por la normativa ecuatoriana como requisito de validez de los actos administrativos, por su importancia y por existir otros tratadistas que la reconocen como uno de los elementos esenciales del acto administrativo, será analizada de manera general, a pesar de que mi postura es que la voluntad no es un elemento del acto, sino que es el acto en sí mismo.

El Código Orgánico Administrativo establece como requisitos de validez del acto administrativo, a los siguientes: competencia, objeto, voluntad, procedimiento y motivación³⁰⁷. Sin embargo, acogiendo la postura de la mayoría de doctrina a la que adhiero, en el acto administrativo no pueden faltar los siguientes elementos: competencia, causa, objeto, finalidad, motivación, procedimiento y forma. Es por ello, que también los analizaremos a continuación.

4.2.1 Voluntad

Con respecto a la voluntad, debe decirse que es declarada por la autoridad competente, basada en los antecedentes que dan lugar al acto administrativo y por tanto el acto siempre tiende a satisfacer una necesidad de índole administrativa ya sea de carácter individual o general. DROMI, expresa que: “en la voluntad administrativa concurren elementos subjetivos (intelectivos de los órganos e individuos) y objetivos (normativos procesales). Así, la voluntad del acto administrativo está compuesta por la voluntad subjetiva del funcionario y la voluntad objetiva del legislador”³⁰⁸. A pesar de que se entiende que la voluntad se encuentra interiorizada en el acto en sí mismo, en

³⁰⁵ DROMI José Roberto, *Derecho Administrativo*, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, pág. 203.

³⁰⁶ MARIENHOFF Miguel mencionado por COMADIRA Julio Rodolfo, ESCOLA Héctor Jorge y COMADIRA Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, año 2013, pág. 399.

³⁰⁷ Código Orgánico Administrativo, Artículo 99.

³⁰⁸ DROMI José Roberto, *Derecho Administrativo*, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, pág. 205.

Ecuador se determina la voluntad a través de la suscripción del acto, esto no se encuentra escrito sino es parte de la *praxis* en el quehacer jurídico, constituye costumbre y por ende fuente del Derecho.

Atendiendo a lo antes planteado, la voluntad administrativa responde al ordenamiento jurídico, por lo que resulta irrelevante la voluntad del servidor público sobre el asunto que se trate, puesto que éste se encuentra desempeñando funciones administrativas, por lo que se convierte en el ejecutor de la voluntad que ya ha expresado la Administración sobre determinado asunto. Al respecto debemos recordar que en cuanto al órgano y al agente se distinguen dos tipos de relaciones: una, de índole orgánica, que es en la cual el agente o servidor opera a nombre de la institución y vela por los intereses de esta; y, otra, de servicio, en la cual el agente actúa a título personal y procura sus intereses particulares.

4.2.2 Competencia

La competencia es otro de los elementos del acto administrativo y resulta importante definirla ya que precisamente esta investigación se refiere a las potestades, facultades, atribuciones, y sus limitaciones; que le han sido conferidas a la Administración Pública por medio de la ley. CASSAGNE la define como: “el conjunto de poderes, facultades y atribuciones que el ordenamiento jurídico le atribuye a un órgano o ente estatal”³⁰⁹. La competencia, es entonces, esa parcela de poder, que permite actuar a la Administración.

En este sentido, se debe decir que la competencia es otorgada por la ley a un órgano administrativo que posee la capacidad jurídica necesaria para dictar actos administrativos, el que actúa dentro de los límites de su competencia según grado, materia, territorio, tiempo y personas. El grado depende de la jerarquía y funciones que ocupe el agente o el órgano dentro de esa estructura; la materia está relacionada con los asuntos de injerencia que hayan sido encomendados a ese órgano mediante el ordenamiento jurídico; el territorio está sujeto al espacio geográfico determinado en que ese órgano ejerce sus funciones jurisdiccionales; el tiempo está relacionado con los términos en que el órgano

³⁰⁹ CASSAGNE Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Palestra Editores SAC, Tomo II, Lima, 2010, pág. 125.

administrativo debe emitir sus decisiones; y en cuanto a las personas, deben considerarse la excepciones legales en cuanto a la capacidad y a los fueros en relación de los cargos que los agentes desempeñen.

ANDRADE³¹⁰ relaciona la competencia con el hecho que el acto administrativo nazca del órgano que posea las facultades y atribuciones legales para emitirlo (competencia en razón de la materia), en fin, que sea el competente. Al respecto cabe puntualizar que, en Ecuador, la ley le ha concedido al órgano administrativo la competencia para emitir actos normativos de carácter administrativo, por lo cual tendría la competencia, pero con dos limitaciones o contradicciones eminentes. La primera, radica en cuanto a la competencia según el grado, en Ecuador, al menos al tenor del COA, no parecieran existir órganos descentralizados funcionales ya que no poseen personalidad jurídica propia en concordancia con el artículo 46, salvo los órganos creados directamente por la constitución o aquellos en cuya ley de creación se les conceda personalidad jurídica propia en cuyo caso sí tendría independencia y podrían actuar ampliamente y sin sujeción a la autoridad que las creó, por así decirlo. La segunda, radica en cuanto a la materia, la ley ecuatoriana le otorga al órgano administrativo la posibilidad de normar asuntos internos, ello es, aquellos que tratan acerca de relaciones orgánicas y de servicio; más no asuntos interadministrativos.

En Ecuador, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido: “La competencia es por lo común permanente, en cuanto el órgano puede ejercer en cualquier tiempo las atribuciones que le han sido conferidas. Pero en ciertos casos el órgano puede ejercer la atribución solo por un lapso de tiempo determinado. Se dice entonces que la competencia es temporaria...”³¹¹. La competencia como requisito de validez en la emisión de la voluntad de la Administración, es el elemento mayormente considerado por las sedes judiciales en especial cuando se cuestiona la legitimidad de la actuación de la Administración.

Por su lado, GARCÍA TREVIJANO FOS aclara que en relación con la competencia del órgano que emite el acto, “se exige la legal investidura de su titular según las

³¹⁰ ANDRADE Leonardo, *Práctica Tributaria*, Editorial Compugrafic, Quito, 2000, pág. 12.

³¹¹ Corte Suprema de Justicia, Constructora San Martín Granda Cía. Ltda. / San Martín Garate Elvia, Sentencia No. 0299 – 2013, Quito, 23/04/13.

previsiones del derecho positivo. Lo normal es el nombramiento y la posesión del servidor público”³¹². Los cargos deben asumirse bajo las formalidades y solemnidades del caso, y a raíz de esa designación se asumen ciertas responsabilidades que le serán exigibles con el devenir de los días y sus actuaciones en determinado curul.

4.2.3 Causa

Respecto a la causa, COVIELLO expone: “la causa es un elemento del acto administrativo y está constituida por los antecedentes o circunstancias de hecho y de derecho que justifican su dictado o, en otras palabras, que en cada caso llevan a producirlo”³¹³. Con respecto a los reglamentos y a los actos normativos de carácter administrativo, podemos decir que la causa debe ser suficiente como para no generar indiscriminadamente una normativa repetitiva, irracional y en muchos casos contradictoria.

Por su lado, FIORINI sostiene: “la causa primaria de todo acto administrativo radica en la juridicidad que proviene de la Constitución Nacional, a partir de la cual adquieren significación para el derecho los hechos, las conductas y los restantes componentes normativos del ordenamiento”³¹⁴. Teniendo en cuenta lo antes expuesto, es importante destacar que la causa es considerada un elemento esencial en la elaboración del acto, puesto que el mismo incluye los antecedentes de hecho y de derecho, la razón jurídica³¹⁵ que origina el acto; las circunstancias; los hechos jurídicos y las normas que avalan la actuación y que dan lugar a la creación del acto administrativo.

³¹² GARCÍA Trevijano Fos José Antonio, *Los Actos Administrativos*, Editorial Civitas, 2da. Edición, Madrid, 1991, págs.126-127.

³¹³ COVIELLO Pedro José Jorge, “*La causa y el objeto del acto administrativo, Acto Administrativo y Reglamento*”, *Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral*, Editorial RAP, Buenos Aires, 2002, pág.33.

³¹⁴ FIORINI Bartolomé, *Teoría Jurídica del Acto Administrativo*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1969, pág.114.

³¹⁵ COVIELLO puntualiza que, con relación a este tema, interesa simplemente si el acto estuvo fundado, sustentado, motivado, basado o cualquier otro término que quiera buscarse en lugar de causa, tanto en los hechos o realidad y en el derecho correspondiente. Afirma luego que más allá de las denominaciones se requiere que el acto no sea producto de la simple voluntad del funcionario, sino que tenga su razón jurídica, basada en los hechos y en la norma aplicable. COVIELLO Pedro José Jorge, “*La causa y el objeto del acto administrativo, Acto Administrativo y Reglamento*”, *Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral*, Editorial RAP, Buenos Aires, 2002, pág.48.

4.2.4 Objeto

Acerca del objeto, la doctrina expone que: “el objeto del acto es en lo que él consiste; es, concretamente, la decisión, certificación u opinión contenidas en la declaración que el acto implica”³¹⁶. Es entonces, acerca de lo que versa el acto, lo que se discute, lo que se cuestiona; es, el fondo que se decide.

Se debe decir que el objeto es el verbo a conjugar dentro del acto administrativo, este debe ser cierto, y física y jurídicamente posible, lo que permitirá que realmente cumpla los fines por los que se dicta, sobre ello se cita como ejemplo lo siguiente: “sería físicamente imposible, por ejemplo, la orden de demolición por ruina de un edificio destruido totalmente y resultaría jurídicamente imposible rescindir una concesión concluida por el transcurso del tiempo, o pretender cancelar la licencia de conducción de una persona fallecida”³¹⁷. Por otro lado, se debe destacar que el objeto debe cumplir con la condición de decidir todas aquellas cuestiones que se propongan en el mismo.

Refiriéndose también al objeto como uno de los requisitos inescindibles del acto debe decirse que en él se define lo que se pretende o no hacer, la acción u omisión que entraña el mismo, determina la voluntad administrativa que queda plasmada en el documento. Algunos autores para referirse al objeto del acto lo hacen bajo la denominación de contenido, entre ellos se encuentra GARCÍA TREVIJANO que sostiene que el contenido o el objeto del acto administrativo “es la declaración que el acto realiza e incorpora, aquello que la Administración Pública decide realizar mediante el mismo, en sí, lo que autoriza, manda y confirma”³¹⁸.

Como toda disposición, el acto debe basarse en la norma legal vigente y en consecuencia tener implícito el principio de legalidad, la doctrina analiza que el acto para gozar de eficacia debe fundarse en lo razonable y lo proporcional³¹⁹, en cuanto a lo que

³¹⁶ COMADIRA Julio Rodolfo, ESCOLA Héctor Jorge y COMADIRA Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Abeledo Perrot, Tomo I, Buenos Aires, 2013, pág. 401.

³¹⁷ COMADIRA Julio Rodolfo, MONTI Laura (colaboradora), *El Acto Administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Editorial La Ley, 1era. Edición, Buenos Aires, 2011, pág. 38.

³¹⁸ GARCÍA TREVIJANO FOS José Antonio, *Los Actos Administrativos*, Editorial Cívitas, Madrid, 1991, pág. 321.

³¹⁹ La proporcionalidad se nutre básicamente de tres subprincipios: idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad propiamente dicho. En los derechos fundamentales, el uso de este principio resulta inevitable porque no hay otro modo racional en el que la razón pueda limitar que ser puesto en relación con un derecho fundamental. ALEXY Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pág. 72. La proporcionalidad nació como un remedio contra los excesos en los que incurrieran las

dispone y lo que es físicamente posible, y especialmente lo que es adecuado o proporcional a la situación fáctica para alcanzar la satisfacción del fin que persigue, lo que concordaría con la exorbitancia del concepto de acto de COMADIRA. Por ejemplo: Si en un acto normativo se pretende regular el uso de uniforme de un órgano y se estipula que quien no haga uso del uniforme será sancionado con la retención de su sueldo, tornaría en desproporcionado y no existiría un equilibrio entre prerrogativas y garantías.

El contenido (objeto) del acto según BOCANEGRA debe contar entre otros, con los siguientes requisitos: “El respeto a los derechos fundamentales y a los principios generales del derecho; sometimiento al principio de proporcionalidad, lo que resalta una exigencia de equilibrio y ajuste a los resultados que se tratan de obtener, a más de un requerimiento de idoneidad y necesidad. Una medida será idónea cuando se acomoda al fin que se persigue y es necesaria cuando no hay otros medios más adecuados para alcanzar el fin y menos gravosos para el destinatario o la comunidad, la vinculación al principio de determinación o precisión, que impone contar con un contenido preciso y consecuente, de forma que el destinatario pueda conocer sin duda qué es lo que la Administración ha aclarado en aras de la seguridad jurídica y la posibilidad, tanto en lo jurídico como en lo fáctico, a lo cual se suma una exigencia de coherencia interna y de congruencia lógica”³²⁰.

La cita mencionada anteriormente es clara y ratifica que el acto administrativo debe estar sujeto a la ley, ello es vital porque este puede reconocer determinados derechos e intereses y debe cuidar que su objeto sea lo menos lesivo para los derechos de los administrados, procure el bien común, y evite la actuación arbitraria o antojadiza en el marco administrativo, para resolver y responder los asuntos administrativos de manera eficaz.

decisiones tomadas por el Poder Legislativo y Ejecutivo. CIANCIARDO Juan, *El principio de razonabilidad*, Editorial Depalma, Segunda Edición, Buenos Aires, 2009, págs.33-62.

³²⁰ BOCANEGRA SIERRA Raúl, *Lecciones sobre el acto administrativo*, Editorial Cívitas, 2da. Edición Madrid, 2011, pág. 224.

4.2.5 Procedimiento

En cuanto al procedimiento, es un elemento que desarrolla el precepto constitucional del debido proceso³²¹ y que implica que el acto administrativo respetará el procedimiento previo³²², la recaudación de los indicios o elementos constitutivos para la emisión del acto y el procedimiento posterior a su emisión, el mismo que inicia a partir de la notificación³²³ y que hace a la eficacia del acto administrativo. Todo proceso o procedimiento es un conjunto de pasos ordenados de manera razonada y lógica que permitan dilucidar una situación o dar lugar a una idea.

4.2.6 Finalidad

En relación con la finalidad, el fin primigenio del Estado es el bien común, dentro del cual se considera la atención eficiente ante las demandas de la sociedad en la persona del administrado. El Concilio Vaticano II sostuvo: “El fin al cual debe propender todo acto administrativo, en tanto acto estatal, es el bien común, considerado no como una simple suma de intereses individuales coincidentes, sino como un conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible a asociaciones e individuos el logro más pleno y más fácil de su perfección”³²⁴.

³²¹ Constitución del Ecuador, Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: ...En resumen, trata acerca de la presunción de inocencia, la tipicidad, la competencia, la legalidad de la prueba, la proporcionalidad, el derecho a la defensa, la motivación de los actos estatales, la posibilidad de recurrir; entre otras.

³²² Conforme lo enseña Fiorini procede distinguir entre el debido procedimiento previo a todo acto administrativo como dato inherente al Estado de Derecho y el debido proceso adjetivo en tanto especie de aquél, destinado a garantizar el derecho a la defensa de administrado, cuando es objeto de una pretensión de reproche. FIORINI Bartolomé, *Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, 2da. Edición, Tomo I, Buenos Aires, 1976, pág. 408.

³²³ Código Orgánico Administrativo, Art. 101. – Eficacia del acto administrativo. El acto administrativo será eficaz una vez notificado al administrado. La ejecución del acto administrativo sin cumplir con la notificación constituirá, para efectos de la responsabilidad de los servidores públicos, un hecho administrativo viciado.

³²⁴ Constitución Pastoral sobre la Iglesia en el mundo actual, en Constituciones. Decretos. Declaraciones. Concilio Vaticano II, 1966. BRITO Mariano, *De la justicia en lo contencioso administrativo*, Editorial FCU, Tomo VIII, Montevideo, 2000, pág. 85. El autor ha señalado que si lo propio de ser libre es el ser causa de sí mismo, no se puede predicar tal atributo al Estado, porque él no existe para sí, solo es para el bien común.

Para algunos autores, la finalidad se encuentra estrechamente vinculada con la razonabilidad (MARIENHOFF³²⁵ y LINARES³²⁶) y la proporcionalidad (BARRA³²⁷ y GORDILLO³²⁸) entre el objeto y las medidas que se tomen para su consecución, en especial ante el ejercicio de las facultades discrecionales de la Administración. En mi opinión, la finalidad atiende al vínculo entre la causa y el objeto del acto administrativo; es, en sí mismo, el propósito, el para qué de la declaración de voluntad de la Administración.

4.2.7 Motivación

Otro de los elementos a analizar es la motivación³²⁹. Para cumplir con este recaudo se observará lo siguiente: 1. El señalamiento de la norma jurídica o principios legales aplicables y la determinación de su alcance. 2. La calificación de los hechos relevantes para la adopción de la decisión, sobre la base de la evidencia que conste en el expediente administrativo. 3. La explicación de la pertinencia del régimen jurídico invocado en relación con los hechos determinados. Se puede hacer remisión a otros documentos, siempre que la referencia se incorpore al texto del acto administrativo y conste en el expediente al que haya tenido acceso la persona interesada. Si la decisión que contiene el acto administrativo no se deriva del procedimiento o no se desprende lógicamente de los fundamentos expuestos, se entenderá que no ha sido motivado.

Por su parte, TAWIL, destaca la importancia de este requisito en el control de la actividad administrativa, y lo vincula con el sistema republicano de gobierno adoptado por nuestros constituyentes. Sin embargo, agrega que: “reducir la motivación a un mero

³²⁵ MARIENHOFF Miguel, *El exceso de punición como vicio del acto jurídico de derecho público*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1989, pág. 963. El autor dice: “Lo irrazonable es, por tanto, inconstitucional”.

³²⁶ LINARES Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes, El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina*, Editorial Astrea, 1970, pág. El autor señaló que el patrón o el estándar axiológico de razonabilidad es la variante sustantiva del debido proceso legal; y, éste es, a su vez, una garantía constitucional innominada de que todo acto estatal - ley, sentencia o acto administrativo - debe ser resultado de un conjunto de procedimientos que hay que cumplir no solo para que él sea formalmente válido (aspecto adjetivo del debido proceso), sino también para que consagre una debida justicia (aspecto sustantivo del debido proceso).

³²⁷ BARRA Rodolfo Carlos, “*Actos reglados y discrecionales. Su problemática y control*”, en *Procedimiento Administrativo, Ponencias IV Encuentro Hispano – Argentino sobre Derecho Administrativo*, Santiago de Compostela, 1994, pág. 27. El autor sostiene que la proporcionalidad es también un elemento clave en el análisis de la validez del acto discrecional.

³²⁸ GORDILLO Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Macchi, 5ta. Edición, Buenos Aires, 2000, pág. 63. El autor afirma que la falta de proporcionalidad, como especie de irrazonabilidad, puede referirse a la relación entre los medios que el acto adopta y los fines que persigue la ley que le dio al administrador las facultades que ejerce en el caso, o al vínculo entre los hechos que determinan el acto (su causa) y lo que este dispone (objeto).

³²⁹ Código Orgánico Administrativo, Artículo 100.

instrumento de control implica subestimar en demasía su papel. La existencia de motivación contribuye en forma invaluable a la eficiencia administrativa, toda vez que no solo fortifica la decisión frente a su eventual revocación o anulación, sino que le permite al Estado sentar criterios generales que servirán para la resolución de situaciones similares concretas en el futuro”, permite, además, que el interesado directo, conozca las razones por las cuales su situación jurídica se ha visto o no modificada”³³⁰.

La doctrina coincide y establece que: “la Administración Pública debe explicar las razones por las que ha realizado la actuación con ese sentido y contenido, es decir, se debe explicar el razonamiento lógico para dictar un acto administrativo concreto con un contenido determinado”³³¹. En sumatoria, la motivación es la justificación al acto administrativo, la misma implica una estrecha relación entre la causa (por qué), el objeto (qué) y la finalidad (para qué), sirviéndose del procedimiento (cómo) del acto administrativo; en concreto es la consecuencia lógica del procedimiento y los fundamentos expuestos.

4.2.8 Forma

Este es un elemento relacionado con la forma de expresión del acto administrativo, es el medio como se exterioriza la declaración o decisión de la Administración. Al respecto, a pesar de que existe una tendencia a confundir el término forma con formalidades, SAYAGUÉS aclara que: “las formalidades son los requisitos que han de observarse para dictar el acto y pueden ser anteriores, concomitantes o posteriores al acto; la forma es uno de dichos requisitos, y se refiere al modo como se documenta a la voluntad administrativa que da vida al acto”³³². La forma mayormente aceptada para exteriorizar la voluntad de la Administración en el Ecuador es la forma escrita³³³. El acto

³³⁰ TAWIL Guido, *Administración y justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa*, Editorial Depalma, Tomo I, Buenos Aires, 1993, págs. 359 – 360.

³³¹ TRAYTER Jiménez Joan Manuel, *Derecho Administrativo*, Editorial Atelier, 3ra. Edición, Barcelona, 2017, pág. 337.

³³² SAYAGUÉS Laso Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Machi, Tomo III, Buenos Aires, 1996, págs. 485-487.

³³³ Presidencia de la República, Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Artículo 123.- Forma: 1. Los actos se producirán por escrito. 2. En los casos en que los órganos administrativos ejerzan su competencia de forma verbal, la constancia escrita del acto, cuando sea necesaria, se efectuará y firmará por el titular del órgano inferior o funcionario que la reciba oralmente, expresando en la comunicación del mismo la autoridad de la que procede. Si se tratara de resoluciones, el titular de la competencia deberá autorizar una relación de las que haya dictado de forma verbal, con expresión de su contenido. 3. Cuando deba dictarse una serie de actos administrativos de la misma naturaleza, tales como nombramientos, concesiones o licencias, podrán refundirse en un único acto, resuelto por el órgano competente, que especificará las personas u otras circunstancias que individualicen los efectos del acto para

administrativo verbal se considera un hecho administrativo³³⁴ con efectos jurídicos directos.

Es importante destacar que la forma escrita o la declaración en un instrumento físico o digital hacen a la prueba, ya que incluso cuando se trata de silencio administrativo es necesario probar que no existió una respuesta a la petición y se formaliza mediante una declaración juramentada³³⁵. Con esto quiero decir que la mayor fuerza probatoria la tiene el instrumento en sí mismo que la declaración por parte del mismo requirente.

4.3 Principales Clasificaciones

Para estudiar la clasificación del acto administrativo, se puede afirmar que como variadas son las definiciones del acto administrativo, tanto o más, lo son las múltiples clasificaciones que se le otorga. Analizaremos las tradicionales que se ajustan al ámbito geográfico (Ecuador) que analizamos. Para esto, cabe destacar la clasificación de los actos según su alcance y extingibilidad de COMADIRA de la cual se desprenden los actos normativos, conforme a lo cual trataremos de encuadrar los reglamentos y los actos normativos de carácter administrativo en Ecuador.

En este punto surgirá lo que considero uno de los más importantes aportes que brinda esta investigación a la doctrina y al ejercicio administrativo en mi país, una clasificación de actos normativos conforme a las relaciones interadministrativas o interorgánicas de los órganos emisores, con algunas variantes en cuanto a la competencia, la materia, la personalidad jurídica, la responsabilidad y otras que ayudan a generar una distinción entre los reglamentos y los actos normativos de carácter administrativo estipulados en el COA de Ecuador.

cada interesado. En Ecuador la forma mayormente aceptada es la escrita (incluso por cuestiones inherentes a la carga probatoria) por lo cual los actos verbales como por ejemplo: las disposiciones del policía de tránsito para dirigir el mismo no constituyen actos administrativos pero en el caso de una sanción administrativa verbal, en el ámbito castrense, para considerarla un acto administrativo legítimo es necesario que luego el sancionado o aquel que se encuentre afectado en sus derechos subjetivos firme la sanción (acto administrativo) lo que consiste en una especie de aceptación.

³³⁴ Código Orgánico Administrativo. Art. 127.- Hecho administrativo. Es toda actividad material, traducida en operaciones técnicas o actuaciones físicas, ejecutadas en ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos directos o indirectos, sea que exista o no un acto administrativo previo.

³³⁵ Código Orgánico Administrativo, Art. 207 y ss.

4.3.1 Según su forma de manifestación

Esta clasificación se refiere a la forma en la cual se expresa la voluntad de la Administración, si se realiza de forma manifiesta o ambigua, si el medio del que se sirve la Administración es una declaración o una actuación material, si se entiende claramente su contenido o se presume, por lo que se dividen en expresos, tácitos e implícitos.

Se consideran expresos o manifiestos a aquellos actos administrativos mediante los cuales se exterioriza la voluntad administrativa, mediante una actuación específica y concreta para solventar el propósito encomendado. Son expresos cuando: “la voluntad es clara e inequívoca, exteriorizada, la Administración resuelve clara y frontalmente la cuestión propuesta...”³³⁶. Estos actos están plenamente relacionados con la acción, con la actividad de la Administración, con la declaración intelectual; es decir, con la promulgación de un acto administrativo como tal.

Por su parte, se consideran tácitos aquellos actos administrativos inferidos de un comportamiento material o hecho material, emana de la propia conducta del órgano administrativo. Por otro lado, los actos tácitos surgen de la inactividad de la Administración Pública, al no responder en el plazo requerido determinada petición o reclamo presentado por el administrado, por lo que en consecuencia se presume que se acepta o deniega el requerimiento, según lo estipulado por la normativa al respecto. Con respecto a los actos tácitos o presuntos³³⁷ es importante referirse a la figura del silencio administrativo³³⁸, partiendo de que Administración Pública posee la obligación de satisfacer el derecho de petición que ejerce el administrado y la falta de respuesta se perfecciona con el silencio administrativo que según diferentes posturas doctrinarias

³³⁶ MURATORIO Jorge, *Derecho Administrativo*, “*Los actos administrativos, tácitos e implícitos*”, Capítulo IV, Libro en homenaje al profesor Miguel Marienhoff, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 663.

³³⁷ Código Orgánico Administrativo. Art. 207.

³³⁸ El silencio administrativo constituye parte de las formas anormales de terminación del procedimiento administrativo. Es una forma anormal ya que dentro de la normalidad bien sea de oficio o a petición de parte el procedimiento administrativo debe terminar con la declaración expresa de voluntad de la administración, es decir con la emisión del acto administrativo. Cualquier otro caso, se consideraría, en mi opinión, una forma anormal de terminación. Fiorini define al silencio administrativo como la inactividad, la pasividad, la inercia de la Administración en aquellos casos en que es posible exigir de ella un pronunciamiento concreto, se puede trasuntar en la constitución de relaciones jurídicas caracterizadas por su incertidumbre o confusión, con los consiguientes y lógicos perjuicios de los derechos subjetivos e intereses legítimos de los particulares e, incluso, del interés de la propia Administración, en la medida en que el silencio significa un vicio del procedimiento y una frustración de la ejecutoriedad unilateral y oficiosa que, como principio general, debe caracterizarlo. FIORINI Bartolomé, *Procedimiento administrativo y recurso jerárquico*, 2da. Edición, ampliada y actualizada, Buenos Aires, 1970, pág. 35.

puede generar efectos positivos³³⁹ o negativos³⁴⁰, según se trate. En el caso ecuatoriano los efectos del silencio siempre se consideran positivos a la petición, esto será analizado en el capítulo acerca del procedimiento administrativo.

El tratadista ecuatoriano PÉREZ, señala que: “la doctrina acepta generalizadamente que el acto administrativo también se puede expresar de manera verbal o inclusive manifestarse por medio de signos o cualquier otro tipo de comunicación”.³⁴¹ Sin embargo, en el régimen normativo ecuatoriano, este tipo de actuaciones administrativas son consideradas como hechos administrativos³⁴². Por ejemplo, las gesticulaciones que usa un policía de tránsito para dirigir a los vehículos.

Dentro del acto expreso aparece una modalidad, la del acto implícito el cual se presenta incluido en un acto administrativo o de Administración expreso, el acto implícito se extrae de este último. Por ejemplo, el otorgamiento de un permiso de uso de un bien del dominio público a un particular implica la revocación de ese permiso otorgado, siendo este último de diferente contenido que el anterior.

Existen diferencias entre el acto tácito y el acto implícito. MURATORIO, al respecto, expresó que: “el acto tácito no se confunde ni se identifica con el implícito. Mientras el primero, es inferido de un comportamiento material o hecho material; el segundo, aparece como incluido en un acto – administrativo o de la Administración- expreso, pero de distinto contenido”³⁴³.

³³⁹ Un pronunciamiento tácito, se establece cuando la administración realizó alguna actividad material (hecho administrativo) que da lugar a la respuesta ante la necesidad de un pronunciamiento, la misma que puede implicar una ratificación posterior en un acto expreso como bien puede no hacerlo. Barra ha establecido que por más ambigüedad que se presente en la respuesta, aunque fuese equivocada la forma de expresarla, si se puede evidenciar actuación de parte de la administración, da lugar al efecto jurídico positivo o favorable al administrado. BARRA Rodolfo Carlos, “Ejecutoriedad del acto administrativo”, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1989, pág. 73.

³⁴⁰ En la mayoría de los casos la inacción de la administración que da lugar al silencio administrativo genera efectos jurídicos negativos en el administrado. Cassagne determina que frente a las pretensiones que requieran de la Administración un pronunciamiento concreto, su silencio o ambigüedad, como regla general, se interpretará como negativa pudiendo acordarse el silencio administrativo positivo solo en caso de mediar una disposición expresa al respecto. CASSAGNE Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Palestra Editores SAC, Tomo II, Lima, 2010, pág. 110.

³⁴¹ PEREZ CAMACHO Efraín, *Derecho Administrativo*, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Tomo I, Quito, 2006, pág. 275.

³⁴² Código Orgánico Administrativo, Art. 127.- Hecho administrativo. Es toda actividad material, traducida en operaciones técnicas o actuaciones físicas, ejecutadas en ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos directos o indirectos, sea que exista o no un acto administrativo previo. Los hechos administrativos, contrarios al acto administrativo presunto que resulte del silencio administrativo positivo, conforme con este Código, son ilícitos. Las personas afectadas por hechos administrativos pueden impugnar las actuaciones de las administraciones públicas mediante reclamación o requerir las reparaciones a las que tengan derecho, de conformidad con este Código.

³⁴³ MURATORIO Jorge, citado por SANMARTINO Patricio, *Amparo y Administración en el Estado Constitucional Social de Derecho*, Editorial Abeledo Perrot, Tomo I, Capítulo VII, Buenos Aires, 2012, pág. 108.

Para mayor entendimiento de esta clasificación, un ejemplo útil sería: el otorgamiento de un permiso de funcionamiento para un negocio (acto expreso), implica en sí mismo la posibilidad de revocación de ese permiso (acto implícito) por trascurso del tiempo, por incumplimiento de las condiciones o por modificaciones en la normativa que autorizó la concesión del permiso. Suponiendo que en ese caso la Administración acude al negocio y lo clausura (acto tácito) por incumplimiento de las normas de seguridad al no poseer una salida de emergencia.

Siguiendo nuestro tema de investigación, tanto el reglamento como el acto normativo de carácter administrativo, al establecerse como cuerpos normativos, que regulan situaciones fácticas de contenido jurídico, se convierten en actos expresos.

4.3.2 Según su alcance y extingüibilidad

Esta clasificación se ha determinado analizando las personas que estarían abarcadas por el acto administrativo, así como también su forma de extinción en el mundo jurídico. Al respecto, la doctrina los ha dividido en actos generales (normativos y no normativos) e individuales o particulares. Son actos generales aquellos que poseen como destinatarios a muchas personas, una pluralidad indeterminada, a la generalidad de las personas de diversos sectores de la población o en su totalidad a la colectividad; en este tipo de actos los sujetos destinatarios son indeterminados.

Los actos generales se subdividen en: normativos o reglamentarios y no normativos. Según COMADIRA: “el acto de alcance general de contenido normativo o reglamentario está dirigido a sujetos indeterminados, sentando una norma y pretendiendo su inserción en el ordenamiento jurídico”³⁴⁴. Dentro de este tipo de actos se encuentran los reglamentos, aquellos que son fruto de la potestad reglamentaria constitucional, emitidos por el Presidente del Ecuador, ya que cumplen con las dos condiciones de COMADIRA van dirigidos a un grupo indeterminado de personas y son cuerpos normativos que se integran al bloque de juridicidad ya que no se extinguen con su sola aplicación.

³⁴⁴ COMADIRA Julio Rodolfo, ESCOLA Héctor Jorge y COMADIRA Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Abeledo Perrot, Tomo I, Buenos Aires, 2013, pág. 393.

La legislación ecuatoriana, también ha querido recoger al acto normativo, y establece: “es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de una competencia administrativa que produce efectos jurídicos generales, que no se agota con su cumplimiento y de forma directa”³⁴⁵. Por su parte, el ERJAFE establece: “es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos generales, objetivos de forma directa. De conformidad con la Constitución corresponde al Presidente de la República el ejercicio de la potestad reglamentaria. Un acto normativo no deja de ser tal por el hecho de que sus destinatarios puedan ser individualizados, siempre que la decisión involucre a la generalidad de los diversos sectores”³⁴⁶. En el análisis, el ERJAFE reconoce que la potestad reglamentaria le corresponde al presidente y de mucha importancia para esta investigación establece una diferencia con la teoría de COMADIRA ya que, aunque los destinatarios puedan ser individualizados, el acto normativo no deja de tener esa naturaleza jurídica. En consecuencia, los actos normativos de carácter administrativo emitidos por los órganos administrativos acerca de asuntos internos tienen la naturaleza jurídica de actos normativos ya que forman parte del bloque de juridicidad de conformidad con COMADIRA, y aunque sus destinatarios puedan ser individualizados no dejan de ser normativos de conformidad con el ERJAFE.

Sin embargo, respecto de la distinción entre actos normativos y no normativos, el maestro COMADIRA establece que: “la distinción, de aceptarse, no está desprovista de importancia práctica como sucede, por ejemplo, a la hora de determinar la procedencia de impugnar, como actos administrativos de alcance general no normativo, los pliegos particulares en una licitación. Desde nuestro punto de vista, la diferencia entre el carácter normativo, o no, del acto, sea que se parta de la noción genérica de acto general (GARCÍA TREVIJANO) o, simplemente, de acto (GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ), deriva de la vocación de permanencia que exteriorice la voluntad administrativa. Mientras el acto general normativo, o directamente, acto normativo, se incorpora al ordenamiento como fuente permanente de juridicidad, el que no reúne esa condición se agota con su cumplimiento; el primero no se consume, pues, con su aplicación; el segundo, en cambio, sí. De ahí entonces, que a este temperamento diferenciador se lo denomine consuntivo”³⁴⁷.

³⁴⁵ Código Orgánico Administrativo, Artículo 128.

³⁴⁶ Presidencia de la República, Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Artículo 80.

³⁴⁷ COMADIRA Julio Rodolfo, ESCOLA Héctor Jorge y COMADIRA Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Abeledo Perrot, Tomo I, Buenos Aires, 2013, pág. 394.

En virtud de lo antes expuesto, se puede establecer claramente que para COMADIRA la diferencia esencial entre el acto normativo y no normativo no radica en la pluralidad de individuos a los que está dirigido, sino en el carácter consuntivo de extingibilidad o de agotamiento que cada uno posee. El acto normativo no se agota, se mantiene; mientras que, el no normativo se extingue con su cumplimiento. El régimen normativo ecuatoriano no es coincidente con esta doctrina ya que los actos normativos son aquellos que no se agotan o extinguen con su cumplimiento³⁴⁸, que a partir de su publicación van a conformar el bloque normativo por lo que los actos no normativos si solo nos referimos a su consunción, en Ecuador serían simples actos administrativos. En resumen, del análisis deviene que tanto el reglamento como el acto normativo de carácter administrativo comparten la misma naturaleza jurídica, son actos normativos.

Siguiendo con la clasificación en relación con el alcance y la extingibilidad, nos encontramos con el acto particular o singular, que tiene un alcance individual, concreto, puede tener uno o varios destinatarios, pero plenamente determinados o individualizados. Este tipo de acto genera efectos jurídicos particulares.

4.3.3 Según su formación y efectos

Esta clasificación se establece en base a la formación de los actos administrativos, se analiza si para surgir requirieron únicamente de la voluntad de la administración o si se establecen como fruto del acuerdo de voluntades entre diferentes órganos de la Administración Pública, o entre la Administración y él, o los administrados. Lo que implica que los efectos jurídicos generados a raíz de la emisión de estos tipos de actos administrativos pueden recaer en uno o varios sujetos de derecho.

La unilateralidad de los actos administrativos está determinada principalmente en la definición que el COA³⁴⁹ les ha otorgado. Como anteriormente se analizó, tanto la doctrina como la ley, han establecido que el acto administrativo es la declaración unilateral de voluntad del órgano administrativo. Es decir, que la Administración no necesita del consentimiento del administrado para emitir su decisión, juicio u opinión. Por ejemplo, una sanción administrativa. La unilateralidad está dada porque el acto

³⁴⁸ Código Orgánico Administrativo, Artículo 128.

³⁴⁹ Código Orgánico Administrativo, Art. 98.

procede de la Administración Pública y representa su voluntad unitaria sin necesidad de aceptación, consenso, confirmación o ratificación al respecto, de ahí su carácter unilateral.

Los actos administrativos también pueden ser bilaterales, la mayoría de la doctrina reconoce dentro de esta clasificación a los contratos administrativos, considerados de carácter bilateral, ya que la Administración necesita del consentimiento del administrado o de las partes contractuales para constituirse como tal, se precisa de más de una manifestación de voluntad; en el caso de los bilaterales, dos; en el caso de los multilaterales, más de dos. Por ejemplo: una licitación de insumos médico para algún hospital público cuyos proveedores son diferentes personas naturales o jurídicas.

DROMI clasifica a los actos administrativos según su formación y efectos, de la siguiente manera: “a) los unilaterales en su formación y en sus efectos (por ejemplo, la sanción), nace de la administración y afecta únicamente al sancionado o al grupo individualizado de sancionados; b) los unilaterales en su formación, pero de efectos bilaterales (por ejemplo, la jubilación) es emitida mediante la expresión de una sola voluntad pero genera efectos en los destinatarios de la jubilación, como en el órgano encargado de la seguridad social, que deberá constatar el cumplimiento de los requisitos para el otorgamiento del derecho, así como del órgano que tiene la obligación de pagar; y, c) los bilaterales en su formación y unilaterales en sus efectos (por ejemplo, la solicitud o aceptación) en el caso de la postulación a un cargo del Estado, la misma es presentada por varias personas pero es concedida a una sola persona, el ganador del concurso”³⁵⁰.

La normativa ecuatoriana acepta la existencia de actuaciones administrativas³⁵¹ unilaterales, bilaterales y multilaterales. Además, en la sección correspondiente, la norma establece que: “el contrato administrativo es el acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos, entre dos o más sujetos de derecho, de los cuales uno ejerce una función administrativa. Los contratos administrativos se rigen por el ordenamiento jurídico

³⁵⁰ DROMI José Roberto, citado por PEREZ CAMACHO Efraín, *Derecho Administrativo*, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Tomo I, Quito, 2006, pág. 276.

³⁵¹ Código Orgánico Administrativo, Artículo 89.- Actividad de las Administraciones Públicas. Las actuaciones administrativas son: 1. Acto administrativo. 2. Acto de simple administración. 3. Contrato administrativo. 4. Hecho administrativo. 5. Acto normativo de carácter administrativo. Las administraciones públicas pueden, excepcionalmente, emplear instrumentos de derecho privado, para el ejercicio de sus competencias.

específico³⁵² en la materia”³⁵³. Definición que, no modifica mayormente la concepción anterior que se refería a los contratos administrativos como: “todo acto o declaración multilateral o de voluntad común; productora de efectos jurídicos entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa”³⁵⁴. Resulta importante concluir que a pesar de la precisión o amplitud que cada uno de los regímenes jurídicos analizados le conceda al contrato administrativo, ambos aceptan la existencia de actuaciones administrativas unilaterales, bilaterales y multilaterales, cada una con consecuencias y efectos jurídicos propios a su naturaleza.

En cuanto al reglamento y al acto normativo de carácter administrativo son actos normativos de formación unilateral y efectos multilaterales. En el caso del Reglamento emitido únicamente en uso de una voluntad, la del Presidente, pero dirigido a toda la colectividad. En el caso del acto normativo de carácter administrativo emitido en uso de una voluntad, la del órgano desconcentrado emisor, pero dirigido a una cantidad de individuos que, aunque pueden ser individualizados y podría decirse que sus efectos son unilaterales ya que no regulan asuntos generales sino únicamente asuntos internos, acogemos lo estipulado por el ERJAFE³⁵⁵ cuando determina que aunque en el acto normativo sus destinatarios puedan ser individualizados no dejan de ser normativos, por ende asumimos que sus efectos son multilaterales dirigidos a varios individuos que forman parte un mismo órgano. Por ejemplo: sedes, direcciones, repartos, entre otros.

4.3.4 Según los efectos sobre el administrado

Tomando como base los efectos jurídicos que produce el acto administrativo sobre el administrado estos se clasifican en favorables o desfavorables a las pretensiones del administrado. Para analizar esta clasificación tomamos como base las reflexiones del profesor SAMMARTINO.

Los actos administrativos favorables traen como resultado efectos positivos sobre el administrado. “Dentro de esta categoría se incluyen aquellos actos que amplían la

³⁵² Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su reglamento y los actos normativos que regulen la contratación pública en el Ecuador.

³⁵³ Código Orgánico Administrativo, Artículo 125.

³⁵⁴ Presidencia de la República, Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Artículo 75.

³⁵⁵ Presidencia de la República, Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Artículo 80.

esfera jurídica de los particulares, en tanto producen un resultado ventajoso para el destinatario. Son aquellos actos que enriquecen un patrimonio con un derecho antes inexistente o que hubiesen liberado un derecho de un límite de ejercicio ya sea mediante el otorgamiento, reconocimiento de derechos o liberando al particular de algún gravamen. Por ejemplo, una autorización, ya que permiten el ejercicio de actividad generando una situación jurídica activa y ampliando el espectro de derechos subjetivos del particular”³⁵⁶. Estos actos se perfeccionan con el otorgamiento de determinados derechos, exoneración de algún gravamen, concesión de una aprobación o solicitud; en fin, entrañan un beneficio.

Los actos administrativos desfavorables se contraponen a los antes analizados, estos surten efectos negativos en el administrado, los mismos limitan o deniegan derechos, desaprueban determinada solicitud o petición, entre otros se pueden citar como ejemplos: las expropiaciones, la clausura de un comercio, la imposición de obligaciones o cargas públicas, entre otros. Para SAMMARTINO son: “los actos que producen un efecto desventajoso, por haber irrogado cargas u obligaciones sobre los destinatarios, restringiendo así las posiciones del particular. Así quedan incluidos en esta categoría los actos de gravamen, las ordenes (si es positiva, es un mandato; si es negativa, configura una abstención o prohibición); las sanciones; los actos que extinguen derechos subjetivos”³⁵⁷. Estos actos comprimen, extinguen o afectan los derechos del administrado.

Como bien sabemos, el Derecho Administrativo tiene una estrecha relación con el Derecho Constitucional; en esta relación se delimitan las prohibiciones en la actuación por parte de la Administración a través de disposiciones establecidas en la Constitución. Aun así, en caso de existir extralimitación y afectación de derechos por parte de la Administración, la norma constitucional reconoce también, el principio de la tutela efectiva, el derecho la defensa y el acceso a la justicia en favor del administrado. En concordancia, la normativa prevé que: “...en ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público (actos administrativos) atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución”³⁵⁸. De aquí, que se haya

³⁵⁶ SAMMARTINO Patricio, *Amparo y Administración en el Estado Constitucional Social de Derecho*, Editorial Abeledo Perrot, Tomo I, Capítulo VII, Buenos Aires, 2012, pág. 247.

³⁵⁷ SAMMARTINO Patricio, *Amparo y Administración en el Estado Constitucional Social de Derecho*, Editorial Abeledo Perrot, Tomo I, Capítulo VII, Buenos Aires, 2012, pág. 248.

³⁵⁸ Constitución del Ecuador. Artículo 84.

establecido como garantía ante la violación manifiesta los derechos, un proceso de impugnación directa, célere y urgente: la denominada “acción de protección”³⁵⁹ o mejor conocida como amparo.

Esta clasificación esta revestida de importancia ya que, en caso de ilegitimidad, se faculta a la Administración Pública para revocar los actos desfavorables (acto irregular)³⁶⁰ *per se*; o en el caso, de los actos que sean favorables para el interesado (acto regular)³⁶¹ pero que contravengan la ley, faculta a la Administración para plantear una acción de lesividad y solicitar la anulación del acto administrativo en sede judicial. Por otro lado, habilita al administrado para que en el caso de afectación de sus derechos fundamentales pueda plantear una acción de protección y someterse a un régimen especial que sea célere, en consideración de la urgencia en el cese de la afectación notoria de sus derechos.

Respecto a los reglamentos y a los actos normativos de carácter administrativo podemos decir que ambos pueden generar efectos favorables como desfavorables. Si conceden o amplían la gama de derechos de la generalidad a la que van dirigidos, serán favorables, y si limitan o compunguen derechos serán desfavorables. Por ejemplo: Reglamento - Estado de Excepción, es desfavorable porque limita el ejercicio de los derechos especialmente el de libertad y propiedad. Acto normativo de carácter administrativo – Régimen disciplinario para una secretaría pública, es desfavorable porque tipifica actuaciones y establece sanciones.

³⁵⁹ Constitución del Ecuador. Artículo 88.- La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

³⁶⁰ Código Orgánico Administrativo, Art. 118.- Procedencia.- En cualquier momento, las administraciones públicas pueden revocar el acto administrativo desfavorable para los interesados, siempre que tal revocatoria no constituya dispensa o exención no permitida por el ordenamiento jurídico o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico.

³⁶¹ Código Orgánico Administrativo, Art. 115.- Procedencia.- Con la finalidad de proponer la acción de lesividad ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente, las máximas autoridades de las respectivas administraciones públicas, previamente deberán, de oficio o a petición de parte, declarar lesivos para el interés público los actos administrativos que generen derechos para la persona a la que el acto administrativo provoque efectos individuales de manera directa, que sean legítimos o que contengan vicios convalidables. La declaración judicial de lesividad, previa a la revocatoria, tiene por objeto precautelar el interés general. Es impugnabile únicamente en lo que respecta a los mecanismos de reparación decididos en ella. El acto administrativo con vicios convalidables, no puede anularse en vía administrativa cuando la persona interesada o el tercero que resultarían afectadas presentan oposición. En tal supuesto, la anulación únicamente se efectuará en vía judicial. En concordancia con el Código General de Procesos, Artículo 326.- Acciones en el procedimiento contencioso administrativo. Se tramitarán en procedimiento contencioso administrativo las siguientes acciones: ...3. La de lesividad que pretende revocar un acto administrativo que genera un derecho subjetivo a favor del administrado y que lesiona el interés público.

4.3.5 Según los vicios de los que adolezca

La clasificación acerca de los vicios que adolece el acto está estrechamente vinculada con el sistema de nulidades. Por ello, comenzaremos por definir el acto nulo y el acto anulable. El acto nulo es la declaración de la voluntad administrativa que carece de un elemento esencial o que padece de un vicio grave en alguno de sus elementos esenciales (causa, objeto, procedimiento, finalidad y motivación). El acto anulable se presenta cuando aparece un vicio leve en un elemento no fundamental. Por ejemplo: un vicio en la competencia de un subordinado puede ser saneado con la delegación.

La nulidad puede ser absoluta (acto nulo) y relativa (acto anulable). La primera tiene peculiaridades *ex tunc* atendiendo a que sus efectos se pueden retrotraer al pasado, debiéndose considerar como que el acto nulo es literalmente aquel que no existió; sin embargo, la nulidad relativa surte efectos *ex nunc*, en el caso del acto anulable, los efectos surten desde el momento de su declaratoria por el órgano competente hacia el futuro y no posee efecto retroactivo alguno. Como fruto de estas consideraciones, aparecen las modalidades previstas en la normativa y en la doctrina, denominadas: acto irregular y acto regular.

El acto administrativo irregular, es un acto nulo de nulidad absoluta, es decir aquel que ha sido afectado en alguno de sus elementos por un vicio no sujeto a convalidación o saneamiento o aquel que carece de alguno de sus elementos esenciales. Por ejemplo: Si el acto adolece de ilegitimidad, su causa no es lícita o su finalidad desencadena desviación de poder; estos, constituyen vicios graves que no pueden sanearse más que con la extinción del acto.

El acto administrativo regular, es aquel acto plenamente válido, pero también es aquel acto anulable que adolece de nulidad relativa, es decir aquel que está afectado por un vicio leve, es decir aquel que puede ser objeto de saneamiento o convalidación³⁶². Esta

³⁶² Código Orgánico Administrativo, Art. 110.- Reglas generales de convalidación. El acto administrativo con vicios subsanables se considera convalidado cuando, previa rectificación de los vicios conste en el expediente la declaración de la administración pública, en este sentido o por preclusión del derecho de impugnación. La convalidación se efectúa respecto del acto administrativo viciado íntegramente, por lo que no cabe la convalidación parcial. Producida la convalidación, los vicios del acto administrativo se entienden subsanados y no afectan la validez del procedimiento o del acto administrativo. La convalidación produce efectos retroactivos desde la fecha en que se expidió el acto originalmente viciado. En concordancia con artículos 111, 112, 113 y 114.

corrección de errores o vicio leve debe hacerse mediante un acto administrativo cuyo objeto será precisamente corregir el anterior.

En cuanto al acto normativo de carácter administrativo, podría ser sujeto de nulidad absoluta (acto irregular) en cuanto a la competencia (al hacer uso de facultades exclusivas del presidente y emitir reglamentos) y a la materia (al extralimitarse y regular asuntos más allá del fuero interno del órgano) al mediar una estipulación constitucional y legal acerca de las limitaciones, tornaría en ilegítimo, viéndose afectado el elemento objeto. También puede ser anulable en caso de errores de tipeo o calculo. Mientras que, en el caso del reglamento podría existir nulidad absoluta (acto irregular) si el presidente emite un acto extralimitando sus competencias o desconocido algún derecho o prohibición de rango constitucional, con lo cual se afectaría el objeto y la competencia. Y, puede padecer de nulidad relativa (acto regular) cuando existan vicios que puedan ser convalidables. En consecuencia, el acto normativo de carácter administrativo y el reglamento pueden ser actos irregulares y nulos, así como pueden ser actos regulares y anulables, depende del caso de la gravedad de vicio.

4.3.6 Según las relaciones del órgano del que emana

Para sustentar la clasificación que se propone en esta investigación, atendiendo a la organización administrativa y las relaciones de sus órganos, es importante tener en cuenta dos cuestiones fundamentales: la personalidad jurídica de los órganos emisores y el vínculo jerárquico o relación de subordinación que mantengan. Como ya se analizó con anterioridad al hablar acerca de la centralización, descentralización y desconcentración (ver *supra* capítulo III), cada forma de organización administrativa implica un tipo de relación jurídica. Si esa relación se desarrolla entre dos órganos públicos que tienen personalidad jurídica propia decimos que es una relación interadministrativa y si se desarrolla entre dos órganos entre los cuales alguno no posea personalidad jurídica propia decimos que es una relación interorgánica.

En ese sentido, GUSMAN³⁶³ asocia las relaciones con la centralización y descentralización. Para la primera, el poder de decisión nace de los órganos superiores

³⁶³ GUSMAN Alfredo Silverio, “Autarquía y descentralización”, Revista El Derecho Jurisprudencia General/Universidad Católica Argentina, No. 179, Buenos Aires, 1998, pág. 755.

administrativos, constituido por aquellas entidades que están en la cima de la organización de esta naturaleza y que se relacionan bajo nexos jerárquicos. Por su lado, la descentralización, está presente cuando el ordenamiento jurídico le otorga competencias a otros órganos, que gozan de personalidad jurídica propia y que están separados de la administración central. Con respecto a este asunto, es importante destacar que para GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ³⁶⁴ dicha personalidad, es una figura legal que permite que una persona no física, sea ente de derechos y obligaciones. Por ello pueden ejecutar actos y negocios jurídicos de cualquier naturaleza, los que pueden modificarse y extinguirse.

Los vínculos jerárquicos, se conforman por tres elementos básicos: uno técnico, que es el poder de mando; otro técnico jurídico, que es la concentración funcional; y el restante es jurídico, las potestades propiamente dichas.³⁶⁵ Siguiendo estos postulados, se puede distinguir que el poder de mando (aspecto técnico), habilita al superior a ordenar, imponiendo concreta, directa e inmediatamente el ejercicio de una actividad, la ejecución de un acto o hecho de acuerdo con los dictados de su voluntad. Es decir, la relación de subordinación. La concentración funcional es la aptitud técnica y jurídica de un órgano para realizar por sí o hacer realizar por otros subordinados cualquier acto u operación comprendida en la competencia atribuida³⁶⁶, aunque sólo trascienda la voluntad del jerarca como entidad representativa del sistema. Las potestades o poderes jurídicos aseguran su funcionamiento armónico, resultando complemento indispensable e instrumento regulatorio de los dos restantes elementos³⁶⁷.

Sobre la jerarquía, MARIENHOFF³⁶⁸ manifiesta que es el vínculo sustentado en la supremacía de los superiores, dígame servidores, órganos, entidades respecto a los inferiores, que se subordinan a los primeros, o sea, a los de mayor rango. En ese orden se manifiestan las diferentes derivaciones que nacen de la relación jerárquica, entre las que se mencionan por MONTI³⁶⁹ están que el órgano superior que tiene la facultad de ordenar

³⁶⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 5ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 2003, pág.721.

³⁶⁵ MÉNDEZ Aparicio, *La Jerarquía*, Editorial Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, 1950, pág.37.

³⁶⁶ *Ibíd.* págs. 41-63.

³⁶⁷ *Ibíd.* págs. 103-105.

³⁶⁸ MARIENHOFF Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Abeledo Perrot, Tomo I, 4ta Edición, Buenos Aires, 1990, pág. 592.

³⁶⁹ MONTI Laura, *“La jerarquía y la competencia como principios de la organización administrativa”*, Libro *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Ediciones RAP, 2005, Buenos Aires, pág.115.

al inferior, sujeto a la normativa y sin modificar las cuestiones de competencia del órgano de menor rango. También que puede ejercer la vigilancia sobre estos al igual que expedir normas internas enfocadas en regulares temas de actuación o de organización mediante disposiciones como: instrucciones, circulares, entre otras. Lo anterior concuerda con el criterio de BIELSA que establece que la jerarquía da lugar a la potestad de los superiores para dirigir, ordenar e inspeccionar la conducta de los órganos inferiores, sea de oficio o a pedido de parte, sobre actos o personas³⁷⁰.

Corresponde plantear, que, en virtud de la personalidad jurídica y de la jerarquía de los órganos, al igual que de los tres elementos de los vínculos jerárquicos establecidos por MENDEZ (poder de mando, concentración funcional y las potestades o poderes jurídicos), tal como se ha manifestado en esta investigación, en Ecuador, el poder y mandato en cuanto a la Administración Pública lo ejerce el Presidente de la República³⁷¹; la concentración funcional pudimos desentrañar al menos en cuanto a la normativa administrativa COA, que no pareciera reconocerse la descentralización funcional sino únicamente la territorial, con lo cual se da lugar a que los órganos tengan carácter desconcentrado con dependencia y sujeción al órgano que los creó; y, en cuanto a los poderes jurídicos podemos decir que la potestad reglamentaria pertenece al Presidente y la facultad normativa de carácter administrativo sobre asuntos internos es una facultad de los órganos desconcentrados, en armonía con los anteriores elementos. Es decir, existen dos competencias claramente diferenciadas.

En ese orden y en virtud de las particularidades nacionales, se debe plantear que, de acuerdo con la persona competente para la creación de los actos normativos (reglamentos y actos normativos de carácter administrativo), la norma de creación del organismo emisor del acto normativo (va a determinar si tiene personalidad jurídica y con ello el vínculo jerárquico), los distintos ámbitos de aplicación conforme a la materia o asuntos específicos que regulan; y las limitaciones legales y principialista establecidas para ambos, es posible establecer que en Ecuador existe una subclasificación dentro de los actos normativos, que sería la siguiente:

³⁷⁰ BIELSA Rafael, *El Recurso jerárquico*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1953, pág. 27.

³⁷¹ Constitución de la República del Ecuador, Art. 141.

1. **Actos normativos interadministrativos:** En esta clasificación ubicaremos a la clasificación de los reglamentos de CHALCO (véase *infra* en la clasificación de los reglamentos) los reglamentos orgánicos funcionales (creación de órganos y aditamento de competencias); dictados en relación con la organización y funcionamiento de la Administración Pública. Emitidos por un órgano con personalidad jurídica, la presidencia, y con rango jerárquico; siendo el Presidente, el Jefe de Estado y Gobierno, y el responsable de la Administración Pública. Y en consideración de los tres elementos de los vínculos jerárquicos, en virtud de que posee poder de mando, existe concentración funcional y la potestad reglamentaria del Presidente es una potestad específica, reconocida en la Constitución y en el artículo 129 del Código Orgánico Administrativo (COA).

Dentro de esta clasificación también se incluyen aquellos actos emitidos por órganos descentralizados, que posean personalidad jurídica propia (poder de mando), que sean descentralizados o autónomos en sus funciones (concentración funcional) y que tenga competencia expresa (poderes jurídicos) para regular determinados asuntos sin interferir con las injerencias de otros órganos ni tampoco desatender las limitaciones constitucionales y legales para ese ejercicio.

2. **Actos normativos interorgánicos:** En este grupo ubicaremos a los actos normativos de carácter administrativo que regulan asuntos internos del órgano administrativo, en virtud de no poseen personalidad jurídica propia (no tienen poder de mando), son órganos subalternos o subordinados (concentración funcional), y existe una limitación en la competencia en base a la especificidad de la materia, reconocida a las máximas autoridades administrativas para regular los asuntos internos del órgano a su cargo, prevista en el artículo 130 del COA.

Esta propuesta de clasificación coadyuvaría a eliminar la incertidumbre jurídica existente en el país en cuanto a la potestad reglamentaria y a la facultad normativa de carácter administrativo y sus instrumentos, ya que aunque reconoce a ambos actos como normativos, les agrega particularidades que los diferencia y por ende da lugar a un trato e impugnación diferentes. Además, evitaría cualquier clase de ilegalidad, arbitrariedad y extralimitación de la competencia por parte de los órganos administrativos inferiores. En fin, impediría la exacerbación de la facultad normativa y la emisión en demasía de

instrumentos que carecen de importancia jurídica ya que son innecesarios, repetitivos y muchas veces contradictorios, situaciones que han sido ejemplificadas en este trabajo con anterioridad.

4.4 Caracteres o cualidades

Los caracteres del acto administrativo como su nombre lo indica, son aquellas particularidades que lo distinguen de otras formas de expresión de voluntad; entre ellos se encuentran la legitimidad, ejecutoriedad y ejecutividad, y retroactividad que serán analizadas en enfoque de los actos normativos que dan origen a esta investigación.

4.4.1 Presunción de legitimidad

La legislación ecuatoriana en el régimen actual como en el anterior, ha reconocido la presunción de legitimidad de los actos administrativos al tenor de lo siguiente: “los actos administrativos se presumen legítimos y deben cumplirse desde que se dicten y de ser el caso, se notifiquen, salvo los casos de suspensión previstos en este estatuto”.³⁷² Con lo anterior podemos destacar dos caracteres reconocidos por ambos cuerpos normativos³⁷³, estos son: legitimidad y fuerza ejecutoria.

La presunción de legitimidad, “implica la suposición de que el acto administrativo ha sido dictado con arreglo a las normas jurídicas que debieron condicionar su emisión”³⁷⁴. Por tanto, se considera legítimo aquel acto que se emita conforme al ordenamiento jurídico y, en consecuencia, se consideran totalmente válidos porque se supone que la Administración al no tener intereses particulares y actuar en miras del bien común, ha cumplido con lo establecido para la expedición del acto administrativo.

Por su parte, MAIRAL plantea que: “La presunción de legitimidad del acto administrativo, significa considerarlo válido a partir del nacimiento y hasta tanto se haya

³⁷² Presidencia de la República, Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Artículo 68.

³⁷³ Código Orgánico Administrativo, Art. 229.- Suspensión del acto administrativo. Por regla general, los actos administrativos regulares se presumen legítimos y deben ser ejecutados luego de su notificación. La interposición de cualquier recurso administrativo o judicial no suspenderá la ejecución del acto, salvo que la persona interesada lo solicite dentro del término de tres días, petición que será resuelta en un término igual.

³⁷⁴ COMADIRA Julio Rodolfo, ESCOLA Héctor Jorge y COMADIRA Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Abeledo Perrot, Tomo I, Buenos Aires, 2013, pág. 463.

declarado judicialmente su ilegitimidad”³⁷⁵. Se debe recordar que la legitimidad implica la observancia de la Constitución, la ley, la jurisprudencia, las opiniones consultivas emitidas por el órgano competente, los contratos administrativos y todos los actos administrativos dictados en *stricto sensu*.

El fundamento que deviene de la presunción general de validez que acompaña a los actos estatales es el siguiente: “a toda la ley se la presume constitucional, a toda sentencia se la considera válida, y a todo acto de la Administración se lo presume legítimo”³⁷⁶. Esta máxima nos permite entender que esta presunción les otorga estabilidad a los actos administrativos, y que la necesidad de alegar y probar la ilegitimidad es una derivación de la imposibilidad de la declaración judicial de nulidad de oficio³⁷⁷. Y esa estabilidad hace que los actos administrativos no suspendan sus efectos ni puedan ser anulados de oficio por el juez, sino que la ilegitimidad se haya probado por la parte afectada quien deberá obedecerlos hasta que no se demuestre su ilegitimidad.

Para el profesor COMADIRA, “la presunción de legitimidad, no es absoluta sino meramente simple, pues no puede ser predicada respecto de actos que adolezcan de vicios graves, que aparezcan de modo evidente, ostensible o notorio”³⁷⁸. Entonces, como resultado de lo que antecede es posible llegar a las siguientes conclusiones: primera, es una facultad inherente a la Administración, la obligación de anular de oficio aquel acto administrativo que es ilegítimo³⁷⁹; segunda, este carácter se ve afectado si estamos en presencia de un vicio manifiesto, una inconstitucionalidad o la afectación notoria de un derecho fundamental.

En el caso de los actos normativos, especialmente de los reglamentos considero que la suposición de legitimidad entraña también una exigencia, porque si entendemos que la producción normativa es una competencia originaria del poder legislativo que ha sido

³⁷⁵ MAIRAL Héctor, *Control Judicial de la Administración Pública*, Editorial Depalma, Volumen II, Buenos Aires, 1984, págs. 774-779.

³⁷⁶ FIORINI Bartolomé, *Teoría jurídica del acto administrativo*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1969, pág.97.

³⁷⁷ Quien alega la existencia de un vicio grave y manifiesto es quien debe probarla (principio de la carga probatoria) CASSAGNE Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Editorial Abeledo Perrot, Tomo II, Buenos Aires, 1971, pág. 172.

³⁷⁸ COMADIRA Julio Rodolfo, MONTI Laura (colaboradora), *El acto administrativo en la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo*, Editorial La Ley, 1era Edición, Buenos Aires, 2011, pág. 140.

³⁷⁹ Acción de lesividad, actualmente conocida como revocatoria de los actos bien sean favorables como desfavorables. En el régimen ecuatoriano se dice que cuando los efectos son desfavorables para el administrado, la Administración podrá de oficio revocarlos. Mientras que cuando sus efectos son favorables para el administrado pero desfavorables para el interés público será el juez quien declarará la lesividad y concederá los derechos a los que haya lugar. Código Orgánico Administrativo. Arts. 115 – 119.

concedida al ejecutivo con la intención de agilizar y dinamizar su actividad en aras de la atención de los fines estatales. Y siendo que estos actos, al sumar normas jurídicas que van a formar parte del bloque de juridicidad tienen una mayor exigencia de guardar consonancia con la ley. No solo en un análisis jerárquico entre la ley y los actos normativos sino en la materialización y reconocimiento de los derechos de los administrados.

4.4.2 Ejecutoriedad y ejecutividad

La ejecutoriedad del acto administrativo “es la posibilidad de la Administración otorgada por el orden jurídico, de ejecutar por sí misma el acto, pudiendo acudir a diversas medidas de coerción para asegurar su cumplimiento”³⁸⁰. La definición antes citada, pone de manifiesto que los actos expedidos por la Administración son de obligatorio cumplimiento y por tanto su incumplimiento da origen a sanciones en el marco administrativo, según lo previsto en la normativa jurídica.

Considerando la postura de GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ: “La ejecutoriedad es la expresión de un poder de autotutela, que dispensa a la Administración de tener que acudir al Juez para poder defender sus intereses, sigue siendo una técnica sin la cual la Administración difícilmente podría funcionar”³⁸¹. En consecuencia, la ejecutoriedad pone de manifiesto el contenido operativo y funcional que tiene el acto administrativo para realizarse directamente a través de los órganos auxiliares (policía nacional) de la Administración sin necesidad de ventilar el asunto en una contienda judicial.

Para el profesor CASSAGNE: “La ejecutoriedad es la facultad atribuida por el ordenamiento a los órganos estatales que ejercen la función administrativa, para disponer *per se* la realización o el cumplimiento del acto administrativo, sin necesidad de acudir a la intervención de la justicia, empleando para ello, de ser necesario, procedimientos de ejecución coactiva”³⁸². La ejecutoriedad es el medio que permite que las decisiones

³⁸⁰ DROMI José Roberto, *El Acto Administrativo*, Editorial Ciudad Argentina, 4ta. Edición, Buenos Aires, 2008, pág.253.

³⁸¹ GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Cívitas, 8va. Edición, Tomo I, Madrid, 1997, pág. 502.

³⁸² CASSAGNE Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Editorial Abeledo Perrot, Tomo II, Buenos Aires, 1971, pág.53.

administrativas sean cumplidas, sin que medie la intervención judicial y de ser necesario mediante el uso legítimo de la fuerza.

La normativa ecuatoriana establece que: “los actos provenientes de la Administración Pública resultaran inmediatamente ejecutivos excepto en los casos de suspensión y en aquellos casos en que una norma disponga lo contrario o necesiten de la autorización o aprobación superior. Así, también la Administración Pública, mediante aquellos órganos con competencia en cada caso, podrá previo apercibimiento, proceder a ejecutar de manera forzosa los actos administrativos, excepto en los casos en que se suspenda la ejecución de conformidad con la ley, o cuando la norma constitucional o la ley establezcan la intervención de los tribunales para realizar la ejecución”³⁸³. Por ello, es importante destacar la ejecutoriedad es una consecuencia de la presunción de legitimidad, lo que conlleva a que el acto administrativo deba cumplirse sin que resulte necesaria la obtención de una sentencia declarativa previa, es de obligado cumplimiento desde el momento que el acto es notificado.

En consecuencia, la ejecutoriedad que caracteriza al acto administrativo produce el efecto no suspensivo del acto frente a la impugnación mediante la interposición de recursos, por lo que deberá cumplirse hasta que el caso se haya ventilado en los tribunales y se haya procedido a su anulación judicial.

Otra de las características es la ejecutividad que se relaciona con la capacidad de ejecutar el acto administrativo, permite el cumplimiento de lo dispuesto en el acto, el logro de sus efectos. Para la doctrina, la ejecutividad del acto administrativo consiste en que una vez perfeccionado produce ya, de por sí, todos los efectos propios y ha de cumplirse necesariamente, sin que se pueda diferir de su cumplimiento³⁸⁴.

Se debe destacar que una de las propiedades del acto es justamente que sea ejecutivo para con ello lograr su verdadera eficacia, Este carácter sumado a la presunción de legitimidad y la ejecutoriedad, hacen la obligatoriedad del acto³⁸⁵. Por lo cual el acto administrativo no puede dejar de cumplirse. Salvo que sea un acto nulo, en cuyo caso las

³⁸³ Presidencia de la República, Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Arts. 161 y 162.

³⁸⁴ ESCOLA Héctor Jorge, *Tratado General de Procedimiento Administrativo*, Editorial Depalma, 2da. Edición, Buenos Aires, 1981, pág. 378 y ss.

³⁸⁵ Código Orgánico Administrativo, Art. 108.

personas no están obligadas al cumplimiento de un acto administrativo declarado nulo. Incluso los servidores públicos deben oponerse a la ejecución del acto nulo³⁸⁶ motivando su negativa.

Sobre el tema de estudio, la normativa ecuatoriana establece que los actos de la Administración Pública serán ejecutivos, salvo las excepciones establecidas en la legislación vigente. Siendo así, “se entiende por ejecutividad, la obligación que tienen los administrados de cumplir lo dispuesto en el acto administrativo”.³⁸⁷ La fuerza ejecutiva de estos actos implica que mientras se tramite algún reclamo estos no suspenderán o detendrán su curso cuanto más si nos referimos a cuerpos normativos como el caso de los reglamentos que posee fuerza de ley.

4.4.3 Retroactividad

El régimen administrativo establece que: “la Administración Pública puede expedir, con efecto retroactivo, un acto administrativo, solo cuando produzca efectos favorables a la persona y no se lesionen derechos subjetivos o intereses legítimos de otra. Los supuestos de hecho para la eficacia retroactiva deben existir en la fecha a la que el acto se retrotraiga”³⁸⁸. La retroactividad del acto es una característica de vital importancia atendiendo a que esta admite que los efectos del acto se retrotraen a un momento anterior al de la fecha en el que es expedido. Ejemplo de ello sería la retrocesión o reversión de la expropiación³⁸⁹ cuando el bien no ha sido utilizado para ningún fin o ese bien no es considerado de utilidad pública.

La retroactividad de una disposición no supone sino su aplicación a situaciones jurídicas consolidadas en el pasado, o bien situaciones, relaciones o efectos que, aunque

³⁸⁶ Constitución del Ecuador. Art. 98.- Los individuos y los colectivos podrán ejercer el derecho a la resistencia frente a acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales, y demandar el reconocimiento de nuevos derechos.

³⁸⁷ Presidencia de la República, Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Art. 124.

³⁸⁸ Código Orgánico Administrativo, Art. 102. Al respecto Llambías considera que un derecho se adquiere “cuando se reúnen todos los presupuestos exigidos por la norma para su imputación a favor del sujeto en calidad de prerrogativa jurídica individualizada” (derecho subjetivo). El derecho en expectativa, por su parte, es una noción contrapuesta al de derecho adquirido y no es, en verdad, un derecho, sino “una esperanza o posibilidad de que pase a serlo cuando se reúnan los presupuestos legales correspondientes, los que por ahora no son sino una mera eventualidad” (interés legítimo). LLAMBÍAS Jorge, *Tratado de derecho civil*, Editorial Abeledo Perrot, 16va. Edición, Tomo I, 1995, pág. 136.

³⁸⁹ Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. Art. 454.- Reversión. - En cualquier caso en que el gobierno autónomo descentralizado no destinare el bien expropiado a los fines expresados en la declaratoria de utilidad pública, dentro del plazo de un año, contado desde la fecha de la notificación de tal declaratoria, el propietario podrá pedir su reversión en la forma establecida en la ley.

nacidos, no están consumados o agotados en lo referente a los derechos adquiridos³⁹⁰, ya que vienen a conformar parte del patrimonio del administrado, y en resguardo del derecho constitucional a la propiedad, sólo es permitida a mí parecer en caso de: sustitución, ratificación, confirmación o invalidez del acto.

Sobre el tema de estudio, GORDILLO analiza que: “la regla de carácter general es que los actos administrativos son irretroactivos, no obstante, existen excepciones establecidas en la normativa según la materia que se trate, cita como ejemplo que en lo relativo al saneamiento de actos administrativos particulares, las excepciones en las que resulta aplicable la irretroactividad está definida en la normativa y en lo referente a los actos generales, en cambio, la irretroactividad de la norma se prevé tanto en su formulación como en aquellas excepciones analizadas por la jurisprudencia, que no concibe supuestos de realizar el saneamiento retroactivo”³⁹¹.

Es importante destacar que la retroactividad resulta inadmisibles para aquellos actos que den lugar a la limitación del ejercicio de facultades, que vulneren derechos adquiridos o que den lugar a la imposición de deberes u obligaciones; salvo los casos de nulidad del acto regular. Por ejemplo: cuando en la provisión de bienes, los pliegos de la contratación exigen características o condiciones irrisorias ya que no existen en el mercado un producto como el requerido. Se debe apuntar que en el caso de los reglamentos y actos normativos de carácter administrativo pueden tener efecto retroactivo en caso de nulidad y revocatoria, salvo el análisis previo de cada caso.

4.5 Formas de extinción

Con respecto a la extinción del acto administrativo consiste en su eliminación o cesación de efectos en el mundo jurídico. De forma general los actos administrativos se extinguen cuando se ha cumplido con todos sus objetivos y finalidades, y consecuentemente con ello, han producido los efectos jurídicos que estaban contenidos

³⁹⁰ Marienhoff ha manifestado que el concepto de derecho adquirido debe ser interpretado con amplitud, comprendiendo la idea de “derecho a una situación”, de “derecho a ser juzgado de acuerdo a denominada norma” o de “ser sometido a determinada norma”, siempre y cuando el desconocimiento de estos criterios pudiere determinar o determinarse un agravio efectivo y cierto a la garantía de inviolabilidad de la propiedad. MARIENHOFF Miguel, “Derecho adquirido y derecho ejercido; pretendidas diferencias en cuanto a su protección jurídica”, Revista de Derecho Administrativo, No.1, Buenos Aires, 1989, pág. 3.

³⁹¹ GORDILLO Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Porrúa, México D.F., 2004, pág. 301.

en el objeto de este. Existen actos que se extinguen de forma normal o sea cuando han cumplido su objeto o por haber transcurrido su término su vigencia, mientras que otros se extinguen de maneras anormales, como: por disposición judicial o por decisión de los tribunales de naturaleza administrativa o por decisión de las propias autoridades administrativas, surgiendo con ello las figuras de la revocación, nulidad, caducidad, terminación y la prescripción, entre otras.

En cuanto al régimen ecuatoriano³⁹², los actos administrativos se extinguen por las siguientes causas: 1. Razones de legitimidad, cuando se declara su nulidad. 2. Revocatoria, en los casos previstos en este Código. 3. Cumplimiento, cuando se trata de un acto administrativo cuyos efectos se agotan. 4. Caducidad, cuando se verifica la condición resolutoria o se cumple el plazo previsto en el mismo acto administrativo o su régimen específico. 5. Ejecución de los derechos o cumplimiento de las obligaciones que se deriven de él, de conformidad con la ley, si no se ha previsto un régimen específico. En interpretación de lo anterior, los actos normativos, pueden extinguirse mediante la nulidad por ilegitimidad, sustitución o modificación de las condiciones tendientes al interés público a través de la revocatoria, caducidad y cumplimiento de las obligaciones que deriven de él.

Según ACOSTA³⁹³ las causas de extinción del acto administrativo se dividen en dos tipos: normales y anormales. Las primeras son aquellas que ocurren a través de medios como la realización fáctica jurídica del acto administrativo que se lleva a cabo de forma natural, a través del cumplimiento voluntario y la realización de todas aquellas operaciones encaminadas al objeto del propio acto. Esta realización que ocurre de forma voluntaria puede llevarse a cabo por parte de los órganos internos de la Administración, así como por parte de los administrados, en este caso el acto administrativo se cumple y se extingue por la sola realización de su objeto. Otra de las causas consideradas normales para la extinción del acto, es el hecho de haberse cumplido los efectos inmediatos, en el supuesto, que el acto estuviera referido a ejecutar actos declarativos y por el cumplimiento de los plazos en aquellos actos que dependieran de determinados términos de tiempo.

³⁹² Código Orgánico Administrativo. Art. 103.

³⁹³ ACOSTA ROMERO Miguel, *Compendio de Derecho Administrativo*, Editorial Porrúa, México D.F., 1996, pág.232.

Por otra parte, el mencionado autor, considera como medios anormales aquellos que culminan por causas diferentes al cumplimiento del contenido del acto, y, por tanto, éste no se modifica, ni se perfecciona de forma eficaz. Dichos medios según la doctrina son los siguientes: la rescisión, revocación administrativa, caducidad, prescripción, la presencia de ineficiencias o irregularidades del acto administrativo, la renuncia de derechos, la extinción motivada por decisión de recursos interpuestos en el orden administrativo o por motivos de condición y término.

La legislación ecuatoriana ha establecido también, formas de extinción del procedimiento administrativo³⁹⁴, las que también pueden surgir en condiciones normales y anormales. Importan para la extinción de los actos normativos: la emisión de otro acto administrativo, que le pone fin al primero, aplica en el caso de la revocatoria por causas imprevistas o para la doctrina conocidas como razones de mérito, oportunidad y conveniencia cuando se emite un nuevo reglamento con la intención de modificar condiciones o de establecerlas e conformidad con el interés común de actualidad; la caducidad de la potestad pública, aplica en caso de que los reglamentos tengan una fecha de vigencia, especialmente los que surgen del Estado de Excepción; o la imposibilidad material de continuarlos por causas imprevistas, aplica en caso de que decida extinguirse algún órgano del Estado como una medida de austeridad ante una crisis económica, al extinguirse el órgano se extingue el reglamento y la normativa que lo regían.

COMADIRA reconoce que el acto administrativo puede extinguirse por dos motivos: por razones de ilegitimidad (anulación) o ilegalidad y por razones de mérito, oportunidad o conveniencia (revocación). “En ambos casos, la autoridad administrativa provee a la satisfacción directa e inmediata del interés público. En el primero, restableciendo *per se* la juridicidad vulnerada con el acto extinguido; en el segundo, acomodando su accionar a las nuevas circunstancias de hecho existentes, distintas de las apreciadas originalmente; a la nueva valoración de estas últimas o, en fin, a las actuales exigencias del mutable interés público”.³⁹⁵ Desde este punto de vista, ambas (autotutela / nulidad y discrecionalidad / revocatoria) formas de extinción se consideran normales ya que devienen del uso de facultades propias de la Administración. Cuando la terminación

³⁹⁴ Código Orgánico Administrativo, Art. 201.

³⁹⁵ COMADIRA Julio Rodolfo, ESCOLA Héctor Jorge y COMADIRA Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Abeledo Perrot, Tomo I, Buenos Aires, 2013, pág. 499.

surge por intervención judicial o por voluntad del administrado se consideran como formas anormales, esto, desde la concepción del órgano o la persona que resuelve en tal o cual sentido. En este sentido, valga recordar que en Ecuador la lesividad de un acto regular que favorece al administrado, pero perjudica el interés común únicamente puede ser declarada por el juez³⁹⁶, a razón de los derechos adquiridos que ha generado el acto lesivo.

En discordancia con la doctrina anterior, DROMI ha dicho que: “el acto administrativo puede ser revocado por razones de ilegitimidad o de oportunidad”³⁹⁷. El citado autor no hace distinción entre la anulación y la revocatoria, ya que, bajo su doctrina, generan los mismos efectos. La revocación está sujeta a cuestiones relacionadas con el interés público basada en la legalidad, ocurre en los supuestos que estén presentes vicios que resulten insubsanables, como, por ejemplo: desviación de poder, falta de motivación, causa u objeto de carácter ilícito; lo que genera la nulidad de estos, volviendo las cosas al estado anterior. Es importante destacar que el primer cuerpo normativo en materia administrativa en Ecuador, ERJAFE tomo como base la doctrina de DROMI, de ahí la razón por la cual lo exponemos en este trabajo además de las coincidencias interpretativas con las normas actuales. En mi opinión, la nulidad cabe únicamente para casos de ilegitimidad y la revocación para razones de oportunidad mérito y conveniencia en uso de facultades discrecionales. Quizás la confusión terminológica del COA, devenga de la doctrina comentada o quizás sea algo premeditado considerando que los jueces en su análisis no desestiman decisiones discrecionales sino que llevan a cabo un examen de legitimidad de los actos, donde pueden cuestionarse la falta de motivación o la irrazonabilidad pero concebidas como elemento esencial del acto administrativo.

El maestro COMADIRA, al respecto hace la siguiente distinción: “corresponde designar como anulación a toda extinción de un acto administrativo dispuesta por la Administración o la justicia, con fundamento en razones de ilegitimidad derivada de vicios o defectos inherentes a la estructura misma del acto, y, como revocación a toda extinción de un acto administrativo dispuesta por la Administración con fundamento en razones de oportunidad, mérito o conveniencia, derivadas de la inadecuación de la relación por el generada a las exigencias del interés público vigente en el momento de la

³⁹⁶ Código Orgánico Administrativo, Art. 115.

³⁹⁷ DROMI José Roberto, *Derecho Administrativo*, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, pág. 389.

extinción”³⁹⁸. Acogiendo esta última postura y considerando la postura personal, en cuanto a que los efectos de ambas formas de extinción son diferentes, a continuación, se desarrollan por separado, ambos términos revocación y anulación aplicados a los actos normativos, objeto de investigación de este trabajo.

4.5.1 Anulación

Para comprender la anulación es importante conocer el sistema de nulidades, como ya anteriormente lo habíamos mencionado. La nulidad debe analizarse según las irregularidades, vicios o defectos que padezcan los actos administrativos: absoluta en el caso de los actos nulos, ante la existencia de un vicio grave que afecta al acto administrativo o la carencia de uno de sus elementos esenciales; y, relativa, para aquellos actos que resulten anulables y se refiere específicamente, a la afectación por un vicio leve atendiendo a que el acto padece de un vicio subsanable en alguno de sus elementos.

Como destacan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ: “los vicios de nulidad absoluta son de orden público, cuando trascienden el interés individual, y, por consiguiente, imponen la extinción en aras de la regularidad y de conformidad con el derecho. La Administración, por consiguiente, no tendría otra opción que la de declarar nulo el acto viciado, justamente porque está subordinada al derecho, mal podría tolerar, en contradicción con el principio, que existan actos radicalmente ilegítimos y que admita la posibilidad de sus efectos, cuando el orden jurídico establece su nulidad radical”³⁹⁹. Así como la Administración tienen la facultad de reglamentar o regular el ejercicio de los derechos, así mismo tiene la obligación inherente de revisarlos⁴⁰⁰ y corregirlos en caso de subsistan en ellos, vicios que alteren la juridicidad o afecten el interés común.

Sólo ante la existencia de un vicio grave, es decir la presencia de un acto nulo de nulidad absoluta e insanable o también conocido como acto nulo de pleno derecho⁴⁰¹, que

³⁹⁸ COMADIRA Julio Rodolfo, ESCOLA Héctor Jorge y COMADIRA Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Abeledo Perrot, Tomo I, Buenos Aires, 2013, pág. 504.

³⁹⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás Ramón, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, Madrid, 2012, págs. 596-597.

⁴⁰⁰ Código Orgánico Administrativo, Art. 106.- Declaración de nulidad. Las administraciones públicas anularán de oficio el acto administrativo, mediante el ejercicio de la potestad de revisión. La persona interesada puede solicitar la declaración de nulidad del acto administrativo a través de la interposición de una reclamación o un recurso administrativo. La o el interesado que se crea lesionado en un derecho subjetivo amparado en el ordenamiento jurídico, puede solicitar la declaración de nulidad del acto administrativo, aunque no haya comparecido al procedimiento administrativo, previamente.

⁴⁰¹ Presidencia de la República, Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Art.129.- Nulidad de pleno derecho. 1. Los actos de la Administración Pública son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

padece vicios que no son convalidables⁴⁰²; es posible su anulación en sede administrativa, es decir, cuando se trata de un acto irregular. La anulación en sede judicial procede cuando se trata del acto regular o de aquel que haya generado derechos subjetivos a favor del administrado. Ante la existencia de un vicio leve, es decir, estar ante un acto anulable o que está afectado por vicios susceptibles de convalidación, es pertinente su anulabilidad en sede administrativa. Coincidentes cuestiones, analizadas anteriormente y determinadas por el Código Orgánico Administrativo en los artículos 115 y ss.

Algunas precisiones acerca de la anulación serían las siguientes: el acto administrativo puede ser anulado total o parcialmente. La declaración de nulidad puede referirse a uno, varios o a todos los actos administrativos contenidos en un mismo instrumento⁴⁰³. Es nulo el acto administrativo que: sea contrario a la Constitución y a la ley; viole los fines para los que el ordenamiento jurídico ha otorgado la competencia al órgano o entidad que lo expide; se dictó sin competencia por razón de la materia, territorio o tiempo; se dictó fuera del tiempo para ejercer la competencia, siempre que el acto sea gravoso para el interesado; determine actuaciones imposibles; resulte contrario al acto administrativo presunto cuando se haya producido el silencio administrativo positivo, de conformidad con este Código; se origine en hechos que constituyan infracción penal declarada en sentencia judicial ejecutoriada; se origine de modo principal en un acto de simple administración⁴⁰⁴. Finalmente, la declaración de nulidad debe instrumentarse materialmente mediante la emisión de otro acto administrativo que tenga como causa el acto viciado y como finalidad el restablecimiento de la juridicidad.

a. Los que lesionen, de forma ilegítima, los derechos y libertades consagrados en el artículo 24 de la Constitución Política de la República; b. Los dictados por órgano incompetente por razón de la materia, del tiempo o del territorio; c. Los que tengan un contenido imposible; d. Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta; e. Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos de la administración, sean colegiados o no; f. Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición; y, g. Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal. 2. En concordancia con lo estipulado en el artículo 272 de la Constitución, también serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, los tratados internacionales, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

⁴⁰² Presidencia de la República, Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Artículo 94.- No son susceptibles de convalidación alguna y en consecuencia se considerarán como nulos de pleno derecho: a) Aquellos actos dictados por un órgano incompetente por razones de materia, territorio o tiempo; b) Aquellos actos cuyo objeto sea imposible o constituya un delito; y, c) Aquellos actos cuyos presupuestos fácticos no se adecuen manifiestamente al previsto en la norma legal que se cita como sustento. Tampoco son susceptibles de convalidación aquellos actos cuyo contenido tenga por objeto satisfacer ilegítimamente un interés particular en contradicción con los fines declarados por el mismo acto, así como los actos que no se encuentren debidamente motivados.

⁴⁰³ Código Orgánico Administrativo, Art. 104.

⁴⁰⁴ Código Orgánico Administrativo, Art. 105.

En el caso de los actos normativos, recordemos que al tenor de la normativa ecuatoriana, tenemos dos tipos: reglamentos y actos normativos de carácter administrativo o como en esta tesis los hemos querido clasificar como: actos normativos interadministrativos y actos normativos interorgánicos; ambos casos fueron ejemplificados en el capítulo II cuando se analizó la exacerbación de la potestad reglamentaria y/o facultad normativa; una característica común en esos ejemplos fue el abuso de poder, bien sea cuando el Presidente asume potestades legislativas que no le competen y modifica o alteran el contenido de las leyes que reglamenta; o en el caso de los órganos administrativos que emiten actos, tomando como subsidiaria la potestad reglamentaria del presidente y reglamentando leyes extralimitando la especificidad y el alcance de sus regulaciones, y también modificando o estableciendo condiciones diferentes a la ley, es decir asumiendo facultades legislativas. En ambos casos aplica la nulidad, teniendo como vicio el abuso de poder que afectaría principalmente el elemento objeto al ser vejatorio de la ley.

Ahora bien, dentro del régimen de nulidades también está inmersa la concepción de la nulidad manifiesta y no manifiesta. La nulidad manifiesta tiene fundamento constitucional⁴⁰⁵, el vicio se manifiesta de forma grosera, notoria y ostensible. Mientras que la nulidad no manifiesta es aquella en la que el vicio generalmente se detecta una vez que el acto está firme y ha generado derechos subjetivos, ante lo cual sólo cabe su anulación en sede judicial. En el caso de los actos normativos en Ecuador, si buscamos una anulación por ilegitimidad manifiesta cabe la acción judicial objetiva o de anulación y si lo que se busca es impugnar judicialmente un acto regular que posee un vicio de ilegitimidad no manifiesto cabe la acción subjetiva o de plena jurisdicción. Los efectos de una y otra se analizarán en el capítulo de la impugnación.

Por otro lado, los efectos jurídicos que produce la anulación⁴⁰⁶ son *ex tunc*, es decir que operan hacia atrás, al pasado, desde que el acto nace, por lo que mediante la

⁴⁰⁵ Constitución del Ecuador. Artículo 88.

⁴⁰⁶ Código Orgánico Administrativo, Art. 107.- Efectos. La declaración de nulidad tiene efecto retroactivo a partir de la fecha de expedición del acto declarado nulo, salvo que la nulidad sea declarada con respecto a los vicios subsanables. La declaración de nulidad con respecto a los derechos de terceros, adquiridos de buena fe, generará efectos desde su expedición. La declaración de nulidad de un acto administrativo afecta exclusivamente al acto viciado, salvo en los casos en que el procedimiento administrativo deba también ser declarado nulo de conformidad con este Código. Cuando se trata de la declaración de nulidad del procedimiento administrativo, este debe reponerse al momento exacto donde se produjo el acto administrativo viciado. El órgano que declare la nulidad del procedimiento administrativo dispondrá la conservación de aquellos actos administrativos, diligencias, documentos y más pruebas cuyo contenido se ha mantenido igual de no haberse incurrido en el vicio que motiva la declaración de nulidad del procedimiento.

anulación; las cosas, las situaciones y relaciones jurídicas vuelven a su estado anterior. En resumen, el acto desaparece del mundo jurídico y genera indemnización dependiendo de la acción judicial o constitucional que se proponga.

4.5.2 Revocación

La revocación según fue analizada por GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ: “es la retirada definitiva por la Administración de un acto suyo anterior mediante otro signo contrario”⁴⁰⁷, lo que significa que se deja sin efectos jurídicos una determinada concesión o mandato. La revocación a diferencia de la anulación, a mi parecer está sujeta a la discrecionalidad, cuando se trate de razones de oportunidad, mérito y/o conveniencia, como lo desarrollo a continuación.

Para COMADIRA la revocación: “se trata de la extinción del acto administrativo dispuesta por la propia Administración Pública con el fin de adaptar su accionar a las nuevas circunstancias de hecho -diferentes de las apreciadas originalmente-, a la nueva valoración de estas últimas o a las actuales exigencias del interés público”⁴⁰⁸. De conformidad con el régimen administrativo cabe la revocatoria de oficio⁴⁰⁹ (en sede administrativa), de los actos normativos, en cualquier momento, cuando el acto administrativo es desfavorable para los interesados, siempre que tal revocatoria no constituya dispensa o exención no permitida por el ordenamiento jurídico o sea contraria a la igualdad o al interés público. La revocatoria a petición de parte⁴¹⁰, se efectúa mediante el recurso de apelación solicitando al órgano que emitió el acto que corrija los vicios que motivan la nulidad y emita un acto administrativo sustitutivo.

Debe decirse que todos los actos pueden ser revocables, siempre que la Administración motive adecuadamente su decisión. La falta de adecuación del acto administrativo a las exigencias del interés público actual hace que los efectos de la revocación del acto sean *ex nunc*, es decir que operen para el futuro. La revocación por razones de oportunidad, mérito y conveniencia surge cuando las circunstancias

⁴⁰⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás Ramón, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, Madrid, 2012, pág. 642.

⁴⁰⁸ COMADIRA Julio Rodolfo, ESCOLA Héctor Jorge y COMADIRA Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Abeledo Perrot, Tomo I, Buenos Aires, 2013, pág. 552.

⁴⁰⁹ Código Orgánico Administrativo, Art. 118.

⁴¹⁰ Código Orgánico Administrativo, Art. 115.

originarias cambiaron. Por ejemplo: si se creó un organismo mediante un reglamento orgánico funcional emanado de la presidencia, para tratar los asuntos relacionados con la pandemia (estudios científicos, análisis y provisión de vacunas, medidas de salubridad pública, entre otras injerencias), una vez superada la situación de emergencia es necesario revocar el acto, eliminar el organismo o concederle nuevas competencias ya que las circunstancias han cambiado.

La revocatoria por cuestiones de oportunidad, permite dejar sin efecto un acto administrativo que es perfectamente regular, pero que en un determinado momento resulta improcedente por dejar de ser cierto y facticiamente posible, o por ser contrario al interés público actual. Esto genera como efecto, que el acto anterior no desaparezca del mundo jurídico, sigue estando dentro del bloque de juridicidad, ya que es legítimo, pero no ajustable a la actualidad, es por ello que se lo modifica, amplía, sustituye, pero no se extingue, haría las veces de la derogación si lo comparamos con la ley.

Otro efecto del acto de revocación sería, en caso de existir, la afectación al o los particulares alcanzados por la emisión de este, teniendo en cuenta que ese acto ya se había instaurado en el bloque de juridicidad y había empezado a surtir efectos; en consecuencia, había otorgado determinados derechos (adquiridos) en favor de una persona, motivos por los cuales corresponde indemnizar⁴¹¹ o reparar al afectado por el accionar de la Administración, aunque este fuera legítimo. Para ello tendría que plantearse la demanda de responsabilidad objetiva del Estado en sede judicial contencioso administrativa.

Por su parte, el régimen administrativo ecuatoriano también reconoce la obligación que tiene el Estado de indemnizar por daños⁴¹² causados al particular, siempre que estos

⁴¹¹ Presidencia de la República, Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Artículo 92.- La autoridad que decida extinguir o reformar un acto administrativo por razones de oportunidad, que afecte total o parcialmente un derecho subjetivo, deberá previamente pagar la debida indemnización por el daño que se cause al administrado. Para el efecto, se instaurará, de oficio o a petición de parte, un expediente administrativo que será sustanciado de manera sumaria. Los administrados podrán impugnar judicialmente la resolución que adopte la Administración con respecto al pago de la mencionada indemnización. Dicha impugnación no impedirá la extinción del acto administrativo resuelta por la respectiva autoridad. Esta indemnización no tendrá lugar cuando lo que se ve afectado por el mencionado acto es un derecho otorgado expresa y válidamente a título precario o derechos reflejos o intereses legítimos.

⁴¹² Código Orgánico Administrativo, Art.336.- Reparación por daños. Cuando el daño sea patrimonial, se procurará la restitución de las cosas a su estado original o al más próximo al que se encontraban antes de la afectación o de no ser posible, mediante reparación pecuniaria en la que estará incluida la reparación por daños meramente morales, cuando corresponda. La reparación pecuniaria podrá sustituirse por una compensación equivalente en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado. Cuando el caso lo amerite, la administración pública podrá, dentro del ámbito de su competencia y con sujeción a los principios de legalidad e igualdad, establecer reparaciones no

recaigan bajo su responsabilidad⁴¹³. La cuestión muy debatida en cuanto a la indemnización es el *quantum*⁴¹⁴, de aquí deviene la necesidad de una norma expresa en materia administrativa que rijan para la indemnización impidiendo la arbitrariedad y la insuficiencia en la reparación. Esta indemnización podrá ser impugnada por vía judicial⁴¹⁵ en caso de no satisfacer las pretensiones del afectado.

La regla general para la indemnización es *in integrum restitutio*, que abarca el daño emergente y el lucro cesante, pero si consideramos los postulados doctrinarios en relación a la responsabilidad del Estado por actividad lícita, en el caso, correspondería indemnizar únicamente por el daño emergente; cuestión diferente en la anulación por ilegitimidad, ya que ante la responsabilidad por actividad ilícita del Estado, sí corresponde reparar de manera integral, reconociendo tanto el daño emergente como el lucro cesante.

4.6 El Reglamento

Valga apuntar que la presente tesis trata acerca de dos tipos de actos normativos diferenciados en la normativa ecuatoriana, como lo son: el reglamento y el acto normativo de carácter administrativo. En esta sección trataré acerca del reglamento de forma general, sus orígenes, definiciones, naturaleza jurídica, comparaciones y clasificaciones para luego determinar el acto normativo de carácter administrativo como un cuerpo que pareciera encontrarse subordinado al reglamento o que bien podría decirse que el reglamento, da lugar a la producción de actos normativos de carácter administrativo. Haré varias consideraciones al respecto, para enriquecer la presente investigación y fundamentar la diferenciación doctrinaria, entre uno y otro.

patrimoniales siempre que no afecten derechos de terceros ni generen erogaciones adicionales al Estado. Están fuera del ámbito de esta disposición, la reparación integral prevista en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

⁴¹³ Código Orgánico Administrativo, Art. 330.- Responsabilidad extracontractual. Las instituciones del sector público, con excepción de la función judicial cuya responsabilidad está determinada en su propia ley, responden por el daño debidamente calificado proveniente de sus actuaciones u omisiones, incluso cuando estas sean lícitas, siempre que el particular perjudicado no tenga la obligación jurídica de soportarlo, en los términos de la reparación por daños prevista en este Código. En los mismos términos la o el delegatario y concesionario responden directamente por los daños que ocasionen y subsidiariamente el Estado. En todos los casos el Estado ejercerá su derecho a la repetición. En concordancia COGEP Art. 326 numeral 4, literal c.

⁴¹⁴ Código Civil Ecuatoriano, Artículo 1572.- La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptuase los casos en que la ley limita el daño emergente. Exceptuase también las indemnizaciones por daño moral determinadas en el Título XXXIII del libro IV de este Código.

⁴¹⁵ Constitución del Ecuador, 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.

4.6.1 Orígenes

Desde la Edad Media se viene distinguiendo entre disposiciones emanadas del príncipe y las leyes de la tierra. La *lex terrae* era inmutable y su procedimiento de formación no obedecía al arbitrio real, sino que, por el contrario, tenía que contarse con la voluntad de los *meliores terrae* para poder establecerlas o alterarlas. Cuando se arriba a la Baja Edad Media – época en que comienza la formación de los estados nacionales mediante la acumulación de poder del *princeps* – el problema de distinguir la potestad reglamentaria de la formación de las leyes se oscurece, como consecuencia de la recepción del Derecho Romano, utilizado para fundamentar el poder del príncipe frente a los estatutos autónomos, los municipios, los ordenamientos costumbristas y, en general, para terminar con las ordenaciones que se producían autónomamente⁴¹⁶.

La distinción entre ley y reglamento toma verdadera importancia con el advenimiento del Estado Constitucional. En ese contexto, ejecución de la ley y Administración vienen a ser lo mismo. La idea es recibida tras la Revolución Francesa, en la Constitución del año VII. Su artículo 144 establecía que: “el gobierno propone las leyes y hace los reglamentos necesarios para asegurar su ejecución”; criterio que es seguido por todas las constituciones del siglo XX⁴¹⁷ incluyendo la Constitución del Ecuador⁴¹⁸ que permite la facultad reglamentaria y que distingue el reglamento de la ley, dejando clara la subordinación del primero a la segunda. Y a su vez, con la consolidación del Estado de Derecho nacen los límites para el ejercicio de la potestad reglamentaria, bajo los principios: reserva de ley, división de poderes, legalidad, jerarquía normativa, entre otros que veremos a continuación.

4.6.2 Definiciones

Sobre el reglamento existen doctrinalmente una serie de definiciones, pero se debe partir de su significado etimológico, el cual, proviene de la palabra regla y, por lo ello, significa un grupo de regulaciones o preceptos que, de manera ordenada, organizan y

⁴¹⁶ VILLAR PALASÍ José Luis, *Principios del Derecho Administrativo*, Tomo II, Capítulo Noveno, La Potestad, Editorial Universidad Complutense, Madrid, 1987, pág.160.

⁴¹⁷ USLENGHI Alejandro, “*Régimen Jurídico de la Potestad Reglamentaria, Acto Administrativo y Reglamento*”, *Jornadas de Derecho Administrativo organizadas por la Universidad Austral*, Editorial RAP, Buenos Aires, 2002, pág.488.

⁴¹⁸ Constitución del Ecuador, Art. 147, numeral 13.

ordenan a la comunidad. Entre los criterios doctrinales se destaca VILLAR quien considera que el reglamento surge de la potestad administrativa y al respecto planteó que: “la potestad es el antecedente de la relación jurídica o, si se quiere, su fuente y título. Así, por ejemplo, ¿en virtud de qué relación jurídica concreta y singular puede la Administración dictar un reglamento? Evidentemente aquí no hay una relación jurídica; sin embargo, una vez que se haya dictado el reglamento, puede, en efecto, constituirse”⁴¹⁹.

Lo planteado anteriormente por VILLAR resulta muy interesante, ya que reconoce como una potestad propia, la que permite a la Administración dictar reglamentos y, en consecuencia, establecer una relación jurídica entre la Administración y los destinatarios de éste, convirtiéndose el reglamento en un dispositivo normativo de obligatorio cumplimiento. El reglamento debe ser considerado como una herramienta natural, un instrumento jurídico de la Administración Pública para asegurar que los servicios públicos funcionen adecuadamente, para poner en ejecución la ley, que esta sea cumplida a cabalidad y no sustituida; por ello debe sumar de manera armónica a la ley y responder a las necesidades reales de cada momento.

Por su parte, MARIENHOFF⁴²⁰ considera al reglamento como un acto que nace en el Poder Ejecutivo y que es una fuente esencial del Derecho Administrativo atendiendo a que representa la voluntad de los órganos administrativos, de manera general, sin embargo la responsabilidad de reglamentar no es solamente del Poder Ejecutivo, sino también de los poderes tradicionales (Legislativo y Judicial) y por ende, de los nuevos poderes (Transparencia y Control Social, y Electoral) implementados en el Ecuador.

COMADIRA afirma que el reglamento es un acto de carácter administrativo, al respecto expresa: “los actos administrativos de contenido general o abstracto, en tanto miran a una pluralidad de personas o cosas indeterminadas o indeterminables, hallan expresión en los reglamentos, de modo que cuando se habla de esta clase de actos administrativos entiéndase referir a éstos”⁴²¹. Anteriormente, al confrontar el reglamento con el acto normativo de carácter administrativo, habíamos dicho que ambos son actos

⁴¹⁹ VILLAR PALASÍ José Luis, *Principios del Derecho Administrativo*, Tomo II, Capítulo Noveno, La Potestad, Editorial Universidad Complutense, Madrid, 1987, pág. 162.

⁴²⁰ MARIENHOFF Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Abeledo-Perrot, 4ta. Edición, Tomo II, Buenos Aires, 1993, pág. 301.

⁴²¹ COMADIRA Julio Rodolfo, ESCOLA Héctor Jorge y COMADIRA Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Abeledo Perrot, Tomo I, Buenos Aires, 2013, pág. 393.

normativos, ampliado el sentido ya que la naturaleza jurídica del reglamento no depende únicamente de su alcance sino también de su exigibilidad.

Sobre el tema de estudio debe decirse que, el reglamento es un compendio normativo expresado de forma escrita, jerárquicamente inferior a la ley, expedido por organismos estatales. Constituye una herramienta valiosa para la Administración, siempre que no contradiga la ley, ni se dicten en exceso o se extralimite, ya que a través de él se ordena y organiza su actividad y las relaciones con la sociedad; su carácter eminentemente normativo permite que sus disposiciones guarden características similares a la ley como: generalidad (dirigido a la colectividad), obligatoriedad (impositivo por naturaleza), ejecutoriedad (la Administración puede, inclusive, valerse de la coacción), estabilidad (forma parte del bloque normativo piramidal), entre otras.

Debe precisarse que para que el reglamento tenga la validez⁴²² y eficacia jurídica⁴²³ debe cumplir con determinadas condiciones entre ellas su vigencia y sobre todo su valor en el ámbito normativo, para lo cual se vuelve inescindible el cumplimiento de los siguientes aspectos: que la norma esté en consonancia con el sistema jurídico (en observancia de los principios de legalidad, juridicidad, reserva de ley, jerarquía normativa, división de poderes, entre otros que nutren el Estado de Derecho); que dicha creación tenga un basamento legal (que se emitan en uso de una facultad concedida por la ley) y que reúnan los presupuestos legales de su especie (cumplir con los requisitos del acto administrativo y respetar sus limitaciones principalmente acerca de la especificidad de la materia que regulan) y cualidades que le permitan instaurarse en el sistema normativo sin errores ni vicios garantizando su legitimidad y de esta forma la seguridad jurídica⁴²⁴.

⁴²² Código Orgánico Administrativo, Artículo 99.- Requisitos de validez del acto administrativo. Son requisitos de validez: Competencia, Objeto, Voluntad, Procedimiento, Motivación.

⁴²³ Código Orgánico Administrativo, Art. 3.- Principio de eficacia. Las actuaciones administrativas se realizan en función del cumplimiento de los fines previstos para cada órgano o entidad pública, en el ámbito de sus competencias.

⁴²⁴ Constitución del Ecuador, Artículo 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes. En concordancia, el Código Orgánico Administrativo, Art. 22.- Principios de seguridad jurídica y confianza legítima. Las administraciones públicas actuarán bajo los criterios de certeza y previsibilidad. La actuación administrativa será respetuosa con las expectativas que razonablemente haya generado la propia administración pública en el pasado. La aplicación del principio de confianza legítima no impide que las administraciones puedan cambiar, de forma motivada, la política o el criterio que emplearán en el futuro. Los derechos de las personas no se afectarán por errores u omisiones de los servidores públicos en los procedimientos administrativos, salvo que el error u omisión haya sido inducido por culpa grave o dolo de la persona interesada.

Sobre este mismo tema, BOBBIO analiza tres exigencias que deben estar presentes para colegir la existencia legal de cualquier norma jurídica, entre ellas el reglamento: “que la autoridad que expidió la norma posea el poder legal para ello, que se revise y compruebe que la norma objeto de estudio mantiene su vigencia y la determinación de que la norma sea compatible con las restantes normas que conforman el ordenamiento jurídico”⁴²⁵.

Lo antes expuesto exige que al utilizar la potestad reglamentaria, la Administración deba someterse al respeto estricto de las normas de mayor jerarquía y la autoridad que dicte los reglamentos debe contar con la competencia correspondiente otorgada por la ley para hacerlo y de igual manera la materia que contenga el asunto que regule debe ser permitida por el ordenamiento jurídico; de forma tal que el reglamento permita aclarar y especificar determinados aspectos de ejecución de la ley, que la misma no haya contemplado, en lugar de regular de manera mecánica y repetitiva, asuntos que ya estén precisados en las normas, por el mero hecho de hacer uso de dicha potestad.

En el mismo sentido, sobre este tipo de acto administrativo COMADIRA expresa lo siguiente: “el acto de alcance general normativo o reglamentario está dirigido a sujetos indeterminados, sentando una norma y pretendiendo su inserción en el ordenamiento jurídico”⁴²⁶. Estableciendo de esta forma como características del reglamento las siguientes: impersonalidad, generalidad y objetividad, ya que no tiene un destinatario específico, sino que alcance a toda la colectividad. También nos permite advertir que al conformar parte del sistema normativo (es un compendio de reglas de contenido jurídico) implica que los demás actos tendrán que someterse a este y aplicarlo en situaciones similares⁴²⁷. Cabe hacer una reflexión, respecto al principio de inderogabilidad singular del reglamento, ya que si bien por un lado busca reconocer la estabilidad de las disposiciones y con ello la seguridad jurídica y evitar omisiones subjetivas, al tenor de esta investigación

⁴²⁵ BOBBIO Norberto, *Teoría General del Derecho*, Editorial Temis S.A, Bogotá, 1999, pág. 62.

⁴²⁶ COMADIRA Julio Rodolfo, MONTI Laura (colaboradora), *El Acto Administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2011, pág. 19.

⁴²⁷ Al respecto, el principio de inderogabilidad singular del reglamento, fundado en el de legalidad y también en la garantía de igualdad, expresa la relación que debe mediar entre el reglamento (acto de alcance general normativo) y los actos de alcance particular: un acto administrativo de esta última índole no puede violar lo dispuesto en un reglamento, aun cuando este haya sido emitido por una autoridad de jerarquía inferior, salvo que lo derogue, lo modifique o, en su caso, lo interprete de modo de sentar un precedente que deberá ser obligatoriamente observado en situaciones similares futura. Análisis de la causa Promenade, por COMADIRA Julio Rodolfo, ESCOLA Héctor Jorge y COMADIRA Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Abeledo Perrot, Tomo I, Buenos Aires, 2013, pág. 394.

hemos brindado criterios para categorizar el acto normativo de carácter administrativo como una disposición inferior al reglamento, emitida por un órgano inferior; no por ello se desentienda el contenido del reglamento o acto normativo que tendrán que aplicarse y si su contenido es contradictorio, ilegítimo o inconstitucional; ello ha de establecerse con anterioridad a la desobediencia.

GARRIDO FALLA asevera que el reglamento es: “toda disposición jurídica de carácter general dictada por la Administración Pública y con valor subordinado a la ley. Así como, las disposiciones del Poder Ejecutivo con fuerza de ley tienen carácter excepcional y suponen una verdadera sustitución del Poder Legislativo ordinario, en cambio, los reglamentos son la consecuencia de las competencias propias que el ordenamiento jurídico concede a la Administración⁴²⁸. Esto nos pone frente a lo que una parte de la doctrina ha denominado “la zona de reserva de la Administración”, que operaría como una “zona de reserva de la ley” pero otorgando la competencia a la Administración ya que los asuntos que no se encuentran en la ley (vacíos legales) deben regularse, y al ser cuestiones propias de injerencia del Poder Ejecutivo, este último debería ser el llamado a regular esos asuntos. Entre quienes avalan este postulado tenemos a MARIENHOFF y entre los disidentes a GORDILLO como lo veremos a continuación.

MARIENHOFF, al respecto analiza que los reglamentos: “Son los que puede dictar el Poder Ejecutivo sobre materias acerca de las cuales dicho poder tiene competencia exclusiva, de acuerdo a textos o principios constitucionales. Estas materias son las que, a mi criterio, integran lo que llamo «reserva de la Administración», por oposición a la «reserva de la ley» que contempla un ámbito reservado al legislador”⁴²⁹. Incluso el autor reconoce una especificidad en la materia sobre la que la administración puede regular y que tanto la competencia como la limitación de la materia nacen de la ley.

En contraposición, GORDILLO sostiene que: “con la debida prudencia, es posible utilizar este medio reglamentario dentro de sus límites; habrá de cuidarse de no fijar obligaciones de los particulares hacia la Administración que no tengan un sustento legal específico. Y tampoco sostener, desde luego, que pertenece a una esotérica «zona de

⁴²⁸ GARRIDO Falla Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Tecnos, Vol. I, 13va. Edición, Madrid, 2002, pág. 270.

⁴²⁹ MARIENHOFF Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Abeledo-Perrot, Tomo I, Buenos Aires, 1970, pág. 241

reserva de la Administración» que no existe en ninguna parte de nuestro sistema constitucional⁴³⁰. La crítica fuerte del autor, reconoce como límites para la potestad reglamentaria a la razonabilidad cuando se refiere a la prudencia, la legalidad cuando enmarca esa competencia en la ley y cuando se refiere a la creación de nuevas obligaciones para los administrados.

Desde mi punto de vista, ante ambigüedades legales, la Administración Pública puede reglamentar, en sentido de precisar las disposiciones existentes o quizás creando nuevas, siempre y cuando no extralimite su competencia, sin generar afectación a los particulares o generando la menor posible, para lo cual va a valerse del principio de razonabilidad⁴³¹ o racionalidad⁴³² y actuar en observancia de los límites que la constitución y la ley le han señalado.

Recogiendo las posturas más importantes, USLENGHI⁴³³ analiza que: “a la hora de elaborar el concepto de reglamento, los autores ponen generalmente énfasis en los siguientes aspectos: a) se trata de una disposición de índole jurídica, de carácter general y con consecuencias obligatorias, destinada a regular situaciones objetivas e impersonales; b) es dictado por un órgano de la Administración Pública, prefiriendo Gordillo indicar que es dictado en ejercicio de la función administrativa; c) tiene rango o valor subordinado a la ley; d) destacan su carácter de acto unilateral, tanto CASSAGNE como GORDILLO⁴³⁴”.

El reglamento es aquella normativa que nace de un órgano administrativo, posee un carácter eminentemente normativo, es una herramienta de la actividad administrativa para su organización y está relacionada con funciones de ejecución de las leyes, la creación de organismos y el aditamento de competencias a estas; así como de manera excepcional

⁴³⁰ GORDILLO Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial UNAM-Porrúa-FDA, 9na. Edición, México, 2004, pág. 51.

⁴³¹ El principio de razonabilidad se hace también indispensable para frenar el crecimiento de normas irrazonables, irreales, excesivas, superfluas, etc. que paralizan tanto a los particulares como a los propios funcionarios públicos. GORDILLO Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Porrúa, Capítulo de las Fuentes del Derecho Administrativo, México, 2004, pág. 43.

⁴³² Código Orgánico Administrativo, Artículo. 23.- Principio de racionalidad. La decisión de las administraciones públicas debe estar motivada. En concordancia, artículo 100 del mismo cuerpo normativo.

⁴³³ USLENGHI Alejandro, “*Régimen Jurídico de la Potestad Reglamentaria, Acto Administrativo y Reglamento*”, Jornadas de Derecho Administrativo organizadas por la Universidad Austral, Editorial RAP, Buenos Aires, 2002, pág.487.

⁴³⁴ CASSAGNE y GORDILLO mencionados por USLENGHI Alejandro, en “*Régimen Jurídico de la Potestad Reglamentaria, Acto Administrativo y Reglamento*”, *Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Editorial RAP, Buenos Aires, 2002, págs. 487-488.

para regular asuntos propios de una emergencia en el caso del Estado de excepción. La pertinencia del reglamento está dada en aplicar y ejecutar leyes formales con el fin de regular de manera uniforme no solo casos aislados y singulares, sino casos que resultan semejantes y que aún no se pueden determinar con exactitud.

Por su parte, COMADIRA y ESCOLA⁴³⁵ consideran que dentro de los actos administrativos se incluyen los reglamentos como actos de alcance general de carácter normativo. Al respecto, se establece una importante diferenciación que ha sido enfoque de estudios y posturas de varios administrativistas acerca de la naturaleza jurídica del reglamento, para establecerlo dentro del grupo de los actos generales, dentro del cual podría surgir una división entre normativos y no normativos, siendo el reglamento, parte de esos actos generales normativos, pero esto lo analizaremos *infra* en la sección de la naturaleza jurídica.

En resumen, el reglamento es un acto unilateral atendiendo a que expresa una sola voluntad, no requiere de la aceptación ni consenso de las personas, nace de un órgano que actúa en función de la Administración, genera nuevas condiciones jurídicas generales, posee un carácter legislativo, atendiendo a que genera situaciones de índole jurídico, abstractas, generales, impersonales y obligatorias en consonancia con la ley. Además, se pueden determinar tres elementos fundamentales: que los reglamentos son disposiciones administrativas y por tanto son emitidas por la Administración, que su carácter general surge al ser considerada norma jurídica y que alcanza a toda la colectividad; en consecuencia, es de obligatorio cumplimiento para sus destinatarios desde el momento que pasa a formar parte del ordenamiento jurídico y convertirse en una ley en el sentido material.

GORDILLO⁴³⁶ de una forma interesante plantea que el reglamento posee determinados problemas y contradicciones, la considera la fuente del Derecho Administrativo más polémica, puesto que existe una tendencia de la Administración a establecer normas generales para toda su actividad, sin muchas veces reflexionar y estudiar sobre ello, lo que conlleva a un exceso de regulación. Cita como ejemplo que

⁴³⁵ COMADIRA Julio Rodolfo, ESCOLA Héctor Jorge y COMADIRA Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Abeledo Perrot, Tomo I, Buenos Aires, 2013, pág. 54

⁴³⁶ GORDILLO Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Porrúa, Capítulo de las Fuentes del Derecho Administrativo, México, 2004, pág. 41.

tanto las condiciones de una licitación y los pliegos de bases tienen un carácter reglamentario y que son constantemente modificados, copiados y permanecen vigentes en el tiempo, cada contrato de orden administrativo está pendiente de un reglamento exclusivo y propio para ello. Considera que es desmedido el uso y abuso de los reglamentos no razonados que regulan cuanta cosa se le ocurra a la Administración y que solo el funcionario que lo debe aplicar lo posee debidamente actualizado. Textualmente expresa lo siguiente: “de alguna manera, el reglamento es la fuente de más ilegalidad y arbitrariedad en el campo de la administración. En ninguna otra parte del Derecho Administrativo se consagra tanto la arbitrariedad, el capricho, la auto contradicción, la improvisación e imprevisión permanentes, las contramarchas constantes y la desviación de poder”.⁴³⁷ De cierta forma, comparto la postura de Gordillo aunque sin su estrictez, ya que es claro que actualmente, el reglamento es la norma mayormente utilizada en el sector público, debido a la inminente la necesidad de su existencia para regular asuntos que requieran inmediatez y prontitud, pero a Santos de la eficacia no podemos desatender la validez.

Es interesante la reflexión realizada por el mencionado autor. De ahí, que los reglamentos no pueden traspasar los límites para los cuales fueron creados en el orden administrativo, porque utilizarlo de manera irracional e indiscriminada atenta contra el destinatario y fricciona por sobremanera su relación con la Administración. Si sus actuaciones son excesivas, exacerbadas y resultan contrarias al ordenamiento jurídico. En consecuencia, esas actuaciones contradicen los fines del Estado, basado en satisfacer el interés general llevando a *contrario sensu* a la confusión de los particulares y operadores, quienes pasan constantemente por una controversia normativa, cuando de aplicar reglamentos irracionales, ilegítimos e inconstitucionales, se trata; generando dificultades serias e incertidumbre jurídica para los administrados y afectando el adecuado ejercicio de las actividades administrativas.

El tratadista ZAVALA EGAS⁴³⁸ considera que el reglamento al igual que la ley, poseen la condición de ser actos jurídicos normativos, y surgen con la intención de disciplinar pro futuro la realidad, poseen el carácter de ser actos jurídicos públicos, puesto

⁴³⁷ GORDILLO Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Porrúa, Capítulo de las Fuentes del Derecho Administrativo, México, 2004, pág. 42.

⁴³⁸ ZAVALA EGAS Jorge, *Introducción al Derecho Administrativo*, Editorial Edino, Tomo I, Guayaquil, 2003, pág.31.

que ponen de manifiesto la voluntad de los poderes públicos y gozan de presunción de validez, propia de cualquier acto emanado de estos poderes, lo que implica que los actos jurídicos públicos no pueden extinguirse por la simple voluntad de la autoridad, sino cumpliendo con el procedimiento que impone el ordenamiento jurídico.

Queda claro en los conceptos mencionados por los autores, que el reglamento pone de manifiesto la voluntad administrativa de *iure proprio*, es decir acerca de una materia que le pertenece de manera única y excluyente. Sin embargo, en el análisis histórico y evolutivo, esta capacidad normativa, de manera originaria y formal, le corresponde únicamente por excepción, en los casos que no son regulables para el Poder Legislativo por lo que consideramos que no se presta a la aplicación de todos los órganos del Estado sino únicamente del Presidente, tal cual se ha planteado por la Constitución y el Código Orgánico Administrativo en Ecuador, no es una competencia subsidiaria sino puntual y específica.

Por otro lado, existen una serie de premisas que determinadas por la doctrina deben quedar establecidas en los reglamentos, entre ellos que al ser normas de menor jerarquía le resulta imposible modificar y contradecir la ley. Los reglamentos son creados en procedimientos caracterizados por la celeridad puesto que son actos en los que se manifiesta la voluntad del administrador y este participa directamente en su formación y emisión; los reglamentos deben asegurar y facilitar el cumplimiento de la Constitución atendiendo a que la facultad reglamentaria proviene del texto constitucional. Y recordando a GARCÍA DE ENTERRÍA,⁴³⁹ los reglamentos establecen normas complementarias no suplementarias ni modificatorias, es decir no reemplazan la ley ni tampoco la modifican; sino que, únicamente, la complementan bajo finalidades ejecutivas y operativas de la misma.

Los reglamentos deben contar con un fundamento habilitante, lo que significa que legalmente deben contar con el amparo y guardar concordancia con la Constitución⁴⁴⁰,

⁴³⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo y Tomas Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Temis, 12va. Edición, Tomo I, Bogotá, 2011, págs. 203 y ss.

⁴⁴⁰ Constitución del Ecuador, Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

como disposición de mayor jerarquía y las restantes normas, para que estos no tengan un carácter inconstitucional. MAURER⁴⁴¹ al respecto comentó que la ley es la que habilita al reglamento, es su fundamentación; y, en consecuencia, en el reglamento deben quedar claramente delimitados y determinados los poderes y los fines hasta donde dicha habilitación ha sido otorgada, o sea hasta donde este llegará en virtud de la norma que concede a la Administración la potestad administrativa. También, aclara que el legislador parlamentario, por tanto, debe establecer él mismo, el marco y la tendencia de la futura regulación, de modo que el autor del reglamento solo le reste la concreción y el desarrollo del programa legislativo prefijado. Caso contrario, el reglamento podría desarrollarse a santo de las facultades reglamentarias y extenderse hasta donde su motivación le permita, que como en la mayoría de los casos, esta motivación será el bien común y se desarrollará de manera amplia e imprecisa, muchas veces a riesgo de esconder otros fines fundados en la arbitrariedad, el capricho o los intereses particulares de quienes lo emanan.

El reglamento se convierte en una ley en el carácter material ya que adquiere los mismos caracteres, ejecutoriedad y obligatoriedad principalmente, además de la estabilidad y permanencia en el bloque de juridicidad. Sin embargo, el hecho de que a través del reglamento se pueda completar y aplicar la ley acogiendo a sus preceptos, no significa que se realice un uso excesivo ni ilegítimo de él, de allí que en la postura de MAURER, para evitar arbitrariedades y uso irracional del reglamento, éste debe estar sujeto a los principios del Derecho Administrativo y a las restricciones constitucionales. La doctrina expone que el reglamento atendiendo a su propia naturaleza, puede afectar derechos subjetivos⁴⁴² y/o intereses legítimos⁴⁴³, de ahí la necesidad de ser revisados exhaustivamente antes de su expedición para no vulnerar ningún tipo de derecho.

⁴⁴¹ MAURER Hartmut, *Derecho Administrativo*, Editorial Marcial Pons, Parte General, Buenos Aires, 2011, pág.359.

⁴⁴² Hay derecho subjetivo, para Alessi, cuando el ordenamiento configura “una garantía legal de una utilidad sustancial para el sujeto titular... Por el contrario, el interés legítimo sería un interés protegido únicamente de modo menos perfecto, o bien de forma ocasional o refleja... cuando garantiza una utilidad instrumental para el individuo, representado por un determinado comportamiento de la administración, ajustado al interés público —y como tal establecido por la norma— y susceptible de satisfacer sólo de modo eventual y mediato un interés individual de naturaleza sustancial, pero inadecuado para garantizar al individuo una utilidad sustancial directa e inmediata”. Analizado por CASSAGNE Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Los poderes o facultades del administrado, Situaciones jurídicas subjetivas de carácter activo), Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982, pág. 117.

⁴⁴³ En concordancia con Cassagne, la diferencia entre el derecho subjetivo y el interés legítimo radica en la exclusividad que caracteriza al derecho subjetivo además de que en el caso del interés legítimo constituye una aspiración, algo que se espera tener en el futuro pero que aún no forma parte de sus derechos adquiridos. CASSAGNE Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, “Los poderes o facultades del administrado, Situaciones jurídicas subjetivas de carácter activo”, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982, pág. 117.

Los reglamentos como se han estado analizando son inferiores a la ley dentro del ordenamiento jurídico, sin embargo, en Ecuador resultan irracionalmente abundantes y en muchas ocasiones excesivos, atendiendo a que no solamente son el cauce de las competencias de los órganos administrativos sino que tornan repetitivos sobre aspectos que ya han sido regulados por la ley y extralimitan los asuntos que regulan. Recordemos que el valor del reglamento, es considerarlo una herramienta, puesto que a través de él, se procede a aligerar la carga del parlamento y dotar de mayor dinamismo a la administración además de atemperar de manera rápida las nuevas circunstancias que se presentan en la vida cotidiana de la Administración, en especial en lo que se refiere a asuntos técnicos, procedimentales o de ejecución. Y por último, son la herramienta para instancias inferiores (GADS), que permite regular en cuanto a las diferencias regionales de manera autónoma y coordinada con la administración central.

Según afirma MAURER: “el reglamento contrario a derecho es nulo y, por consiguiente, no vinculante. A las autoridades no les está permitido aplicarlo y los ciudadanos no deben acatarlo”⁴⁴⁴. Como se ha estudiado, mediante la potestad reglamentaria, la Administración puede dictar normas, sin embargo, los reglamentos deben respetar plenamente la limitación legal para asegurar su validez en el mundo jurídico, porque aunque sea la respuesta más eficaz a una situación emergente debe ajustarse a la ley. En Ecuador, no está permitida la desobediencia de los reglamentos ni de ningún acto administrativo, es una prohibición fundada en los caracteres de presunción de legitimidad y ejecutoriedad. Es necesario llevar a cuestionamiento, bien sea en sede administrativa y/o judicial o constitucional (principio *solve el repete*⁴⁴⁵), el reglamento que se considere ilegítimo para que una vez que sea sentenciado como ilegítimo o inconstitucional se proceda al resarcimiento de los daños que pudo causar a los administrados, pero aclaro que en la práctica no es posible la desobediencia aunque la

⁴⁴⁴ MAURER Hartmut, *Derecho Administrativo*, Editorial Marcial Pons, Parte General, Buenos Aires, 2011, pág.365

⁴⁴⁵ Acerca del principio *solve et repete*, se ha polemizado en varias tesis: políticas en cuanto al *ius puniendi* del Estado, autónomas en cuanto se ha dicho que únicamente alcanza a la materia tributaria y la que importa a esta investigación, la tesis administrativa bajo la cual el principio *solve et repete* se relaciona directamente con la ejecutoriedad del acto administrativo. GIULIANI establece: “Si se aplicase la regla del *solve et repete* como requisito procesal se violaría el más elemental derecho de defensa, equivaldría a que se aplique la pena primero para luego juzgar su legalidad. La regla del *solve et repete* es de aplicación restrictiva”. El autor menciona a Mortara, Bodda, Vitta, Orlando, Borsi y D’Alessio, quienes sostienen que el *solve et repete* deriva del principio de legitimidad y ejecutoriedad del acto administrativo y que por lo tanto constituye una consecuencia normal de la actividad de la administración. Por su parte, Bielsa, lo invoca como fundamento de la ejecutoriedad del acto administrativo. GIULIANI FONROUGE, Carlos M. “Acerca del *solve et repete*”, Revista Jurídica Argentina La Ley, Buenos Aires, 1990, pág. 616 y ss.

vulneración del derecho sea manifiesta, deben agotarse previamente los procedimientos impugnatorios.

Como se ha analizado a lo largo de la investigación, el reglamento es un valioso instrumento administrativo siempre que se haga uso racional de él y que el hecho de dictarlo responda realmente a necesidades de la actuación administrativa, siempre que esté sujeto al ordenamiento jurídico, para garantizar la existencia de un régimen exorbitante⁴⁴⁶. Su naturaleza jurídica está basada en la existencia de un régimen jurídico propio y específico lo que lo hace diferente de otros actos administrativos ya que su contenido es normativo.

Luego de haber analizado doctrinalmente, el reglamento resulta pertinente analizar su regulación jurídica en la legislación ecuatoriana, pero para ello debe tomarse en cuenta que, según ROBALINO, el reglamento es: “la norma de naturaleza administrativa por excelencia, cuyo origen está en la potestad reglamentaria otorgada al Presidente”.⁴⁴⁷ Distinción de exclusividad que se encuentra tanto en la Constitución como en el Código Orgánico Administrativo del Ecuador.

La Constitución del Ecuador preceptúa entre las atribuciones y deberes del Presidente de la República, la facultad de “expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la Administración”⁴⁴⁸. Y también, el Código Orgánico Administrativo determina que “le corresponde al Presidente de la República el ejercicio de la potestad reglamentaria en relación con las leyes formales, de conformidad con la Constitución”⁴⁴⁹.

Sobre dicha facultad SALGADO PESANTE expresó lo siguiente: “el Presidente de la República como titular del Ejecutivo tiene una facultad que le es propia, la de dictar los reglamentos que son normas jurídicas indispensables para la ejecución o aplicación de la ley. La mayoría de estos reglamentos permiten poner en marcha a la Administración

⁴⁴⁶ Según Comadira, la exorbitancia del Derecho Administrativo es el equilibrio entre prerrogativas (Estado) y garantías (administrado). COMADIRA Julio Rodolfo, MONTI Laura (colaboradora), *El Acto Administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2011, pág. 19.

⁴⁴⁷ ROBALINO Javier, “*El Reglamento y el Acto Normativo en el Ecuador*”, *Memorias Del VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, VIII Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo - Universidad Externado de Colombia*, Bogotá, 2007, pág. 608.

⁴⁴⁸ Constitución del Ecuador, Art. 147 numeral 13.

⁴⁴⁹ Código Orgánico Administrativo. Art. 129.

pública y puntualizar el ejercicio de diversas facultades que la ley concede a la Función Ejecutiva. A esta facultad propia del Ejecutivo, la doctrina constitucional denomina potestad reglamentaria y en cuanto a su contenido –punto de vista material- no se trata de una potestad discrecional, pues estos reglamentos no pueden alterar ni interpretar el sentido de las leyes, para cuya aplicación son dictados”⁴⁵⁰.

Los reglamentos en el ámbito ecuatoriano deben ser dictados por el Presidente, sino carecen de validez jurídica. Sin embargo, esto podría depender de la interpretación que le demos a la norma constitucional, ya que muchas otras facultades del Presidente se han entendido como subsidiarias para los organismos que componen la Administración Pública, con lo cual ellos estarían también facultados para dictar actos de índole general. Ahora bien, si la ley otorga una determinación expresa en cuanto a los asuntos que pueden normar los órganos administrativos, denominándolos “asuntos internos” y otorgando una serie de prohibiciones en cuanto a la competencia normativa⁴⁵¹, la subsidiariedad queda desplazada y nos ajustamos al tenor de la ley.

Gran parte de la doctrina (MARIENHOFF⁴⁵², GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ⁴⁵³, CASSAGNE⁴⁵⁴, entre otros) plantean una diferenciación entre los actos emanados del Presidente de aquellos que provienen de los otros organismos que conforman la Administración ante la confusión entre unos y otros. Según mi apreciación,

⁴⁵⁰ SALGADO PESANTE Hernán, *Instituciones Políticas*. Constitución del Ecuador, Editorial ILDIS, Quito, 1987, pág. 36.

⁴⁵¹ Código Orgánico Administrativo. Art. 131. - Prohibiciones. Las administraciones públicas que tengan competencia normativa no pueden a través de ella: 1. Restringir los derechos y garantías constitucionales. 2. Regular materias reservadas a la ley. 3. Solicitar requisitos adicionales para el ejercicio de derechos y garantías distintos a los previstos en la ley. 4. Regular materias asignadas a la competencia de otras administraciones. 5. Delegar la competencia normativa de carácter administrativo. 6. Emitir actos normativos de carácter administrativo sin competencia legal o constitucional.

⁴⁵² MARIENHOFF Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Abeledo Perrot, Tomo II, Buenos Aires, 1997, pág. 755 y 711, respectivamente. Los actos institucionales son aquellos que, emitidos por cualquiera de los poderes del Estado, tienen como elemento categorizador el hecho de que son dictados para asegurar o lograr la organización y subsistencia de aquel, sin afectar con inmediatez los derechos de los particulares. Son actos que se vinculan o relacionan inmediata o directamente con los órganos o poderes estatales siendo su vinculación, con aquellos, solo mediata o indirecta... Por su lado los actos políticos serían en el marco de esta categorización, aquellos que se diferencian conceptualmente de los actos administrativos, en tanto se vinculan con las finalidades superiores o trascendentes del Estado, ejemplo el indulto o la conmutación de penas.

⁴⁵³ GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Cívitas, 8va. Edición, Tomo I, Madrid, 1997, pág. 568. Sostienen que solo pueden ser manifestación de la función política “las grandes decisiones que afectan al Estado como un todo, medidas de conjunto relativas a la seguridad interior del Estado o a la organización militar en general, pero no simples actos administrativos que afecten a una o varias personas.

⁴⁵⁴ CASSAGNE Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Editorial Abeledo Perrot, 6ta. Edición, Tomo II, Buenos Aires, 1998, pág. 70. Los actos institucionales son producto de la llamada función gubernativa o política y engloban la actividad de los órganos superiores del Estado respecto de aquellas relaciones que hacen a la subsistencia de las instituciones esenciales que organiza la Constitución, tanto en el plano del derecho público interno como en el concerniente al derecho internacional público.

la diferencia principal radica en que los decretos o actos reglamentarios son actos que se exteriorizan en sus efectos, tienen un carácter extrínseco y en sí mismos reflejan la competencia exclusiva de reglamentar las leyes; mientras que, los actos normativos son los que dirigen sus efectos principalmente hacia el interior de la organización, aquellos que tienen un carácter intrínseco.

Cabe señalar además que el texto constitucional en el artículo 240, establece nuevamente una distinción, entre las competencias de la Administración Pública, al tenor de lo siguiente: “Los Gobiernos Autónomos Descentralizados de las regiones, distritos metropolitanos, provincias y cantones tendrán facultades legislativas en el ámbito de sus competencias y jurisdicciones territoriales. Las juntas parroquiales rurales tendrán facultades reglamentarias”⁴⁵⁵. No existen al respecto en la doctrina ecuatoriana ninguna apreciación en relación con este tema que permita distinguir las facultades, legislativa, reglamentaria y normativa en relación con el territorio, además de generar confusión al momento de aplicarlas. Esta diferenciación de facultades podría revestir importancia en relación con la jerarquía normativa⁴⁵⁶ que poseen los instrumentos jurídicos emanados por los GADS en especial si analizamos al Ecuador como un estado unitario.

En resumen, en Ecuador los reglamentos son: 1. cuerpos normativos de carácter general o de alcance diferenciado hacia una parte de la colectividad, 2. instrumentos de expresión presidencial por excelencia, 3. no se extinguen del mundo jurídico con su ejecución sino que se mantienen como fuente del derecho administrativo, 4. gozan de presunción de legitimidad y ejecutoriedad, 5. se distinguen de los actos normativos de carácter administrativo por la competencia y la materia. A continuación analizaremos la naturaleza jurídica de los reglamentos y de los actos normativos de carácter administrativo para continuar con la distinción que queremos sentar en esta investigación.

⁴⁵⁵ Constitución de la República, Art. 240.

⁴⁵⁶ Constitución del Ecuador, Art. 425. El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las Normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.

4.6.3 Naturaleza jurídica

Los reglamentos en el Ecuador se encuentran estipulados en el Estatuto Régimen Jurídico Administrativo Función Ejecutiva, en el que se los define como actos normativos⁴⁵⁷, en concordancia con el Código Orgánico Administrativo que establece lo siguiente: “son la expresión unilateral de voluntad efectuada en ejercicio de competencia administrativa, que genera efectos jurídicos generales, que no se agota con su cumplimiento y de forma directa”⁴⁵⁸, es decir forma parte del bloque de juridicidad⁴⁵⁹; es fruto de la potestad reglamentaria⁴⁶⁰ en estricta observancia de las limitaciones⁴⁶¹ legales y constitucionales para el desarrollo de la misma. Como se puede observar la legislación ecuatoriana, otorga al reglamento la naturaleza jurídica de un acto normativo junto a otras decisiones o aquellas disposiciones de orden administrativo, que sean generales, no se extingan y se afinquen como fuentes del Derecho Administrativo.

Al referirnos a otras disposiciones de orden administrativo, nos referimos a los actos normativos de carácter administrativo, que también se consideran como toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de una competencia administrativa que produce efectos jurídicos generales, que no se agota con su cumplimiento y de forma directa. Discrepo o denoto una contradicción en cuanto a los efectos, ya que si la norma establece que regulan asuntos internos⁴⁶² del órgano, no tendrían alcance general o lo tendría pero en cuanto al colectivo a su cargo. No se extinguen con su sola aplicación ya que se instaura como normativa interna del órgano y tampoco puede extinguirse de manera directa ya que es necesaria su ejecución en un acto administrativo posterior que afecte directamente los intereses de un particular para que este pueda plantear un proceso impugnatorio del acto particular con alcance al normativo que considere lesivo.

⁴⁵⁷ Presidencia de la República, Estatuto Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Art.80.- Acto Normativo.- Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos generales, objetivos de forma directa. De conformidad con la Constitución corresponde al Presidente de la República el ejercicio de la potestad reglamentaria. Un acto normativo no deja de ser tal por el hecho de que sus destinatarios puedan ser individualizados, siempre que la decisión involucre a la generalidad de los diversos sectores.

⁴⁵⁸ Código Orgánico Administrativo, Artículo 128.

⁴⁵⁹ Código Orgánico Administrativo, Art. 14.- Principio de juridicidad. La actuación administrativa se somete a la Constitución, a los instrumentos internacionales, a la ley, a los principios, a la jurisprudencia aplicable y al presente Código. La potestad discrecional se utilizará conforme a Derecho.

⁴⁶⁰ Código Orgánico Administrativo, Arts. 129 y 130.

⁴⁶¹ Constitución del Ecuador, Art. 147 numeral 13. En concordancia, Código Orgánico Administrativo, Artículo 131.

⁴⁶² Código Orgánico Administrativo. Art. 130.- Competencia normativa de carácter administrativo. Las máximas autoridades administrativas tienen competencia normativa de carácter administrativo únicamente para regular los asuntos internos del órgano a su cargo, salvo los casos en los que la ley prevea esta competencia para la máxima autoridad legislativa de una administración pública. La competencia regulatoria de las actuaciones de las personas debe estar expresamente atribuida en la ley.

Al tenor de los textos normativos en Ecuador se presenta una confusión entre el reglamento y el acto normativo de carácter administrativo, la misma que nace de las competencias del Presidente y de los órganos administrativos. Estas imprecisiones y contradicciones, ponen de manifiesto ineficacia jurídica del instituto, ya que se le reconoce plenos poderes al Ejecutivo, cediéndole incluso parte del Poder Legislativo como en el caso del artículo 243 del COA⁴⁶³ pero además haciendo amplia o extensiva una competencia que en la interpretación estricta de la ley le compete a una sola persona.

Por otro lado, la doctrina⁴⁶⁴, atendiendo a una visión orgánica, considera que al nacer el reglamento de la Administración Pública en ejercicio de una competencia administrativa, es prudente considerarlo dentro de la naturaleza jurídica de los actos administrativos. Y también, según una visión material, debido a que éste regula principalmente cuestiones de injerencia de la Administración Pública, en el caso del Presidente todos los asuntos para la buena marcha de la administración.

Además, debido a que este acto administrativo contiene disposiciones dirigidas de manera abstracta a un grupo de sujetos no individualizados y no precisamente se dirige a un sujeto de forma particular y directa, algunos autores afirman que el reglamento es un

⁴⁶³ Código Orgánico Administrativo, Art. 243- Potestad de reestructuración de procedimientos para la provisión de bienes y servicios públicos. Es potestad de la o el Presidente de la República reestructurar los procedimientos para la provisión de bienes y servicios públicos en el ámbito de la Administración Pública Central, conforme con las limitaciones previstas en este Código. Igual potestad tiene la máxima autoridad administrativa de las demás entidades del sector público.

⁴⁶⁴ En la doctrina clásica, los autores no realizan esta distinción. Así, Bielsa contempla a los reglamentos como actos administrativos y define al “decreto” como todo acto administrativo de autoridad ejecutiva dictado ya sea en carácter de ejecutor de la ley, ya ejerciendo la potestad autónoma o por delegación. BIELSA Rafael, *Derecho Administrativo*, Editorial Depalma, 5ta. Edición, Tomo I, Buenos Aires, 1955, pág. 306. Villegas Basavilbaso se refiere al reglamento como fuente jurídico - administrativa y como acto administrativo, y lo define como la manifestación escrita y unilateral de voluntad del Poder Ejecutivo, que crea status generales, impersonales y objetivos y contiene necesariamente normas jurídicas. VILLEGAS BASAVILBASO Benjamín, *Derecho Administrativo*, Editorial TEA, Tomo I, Buenos Aires, 1949, pág. 265. Se perfila la distinción con Diez, quien define al reglamento como el acto con disposiciones generales que dicta el órgano ejecutivo en mérito de facultades que expresa o implícitamente le han sido conferidas y con carácter normativo; y hace diferencia, asimismo, a la doctrina según la cual existen disposiciones de carácter general dirigidas a personas indeterminadas pero que no poseen índole reglamentaria por carecer de carácter normativo, es decir contempla a la categoría del acto de alcance general no normativo. DIEZ Manuel, *Manual de Derecho Administrativo*, Editorial Plus Ultra, Tomo I, Buenos Aires, 1977, pág. 96. Cassagne a su vez califica como reglamento al acto unilateral que emite un órgano de la administración pública, creador de normas jurídicas generales y obligatorias, que regula, por tanto, situaciones objetivas e impersonales, distinguiéndolo de los meros actos de alcance general que no integran el ordenamiento jurídico. CASSAGNE Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Editorial Abeledo Perrot, 6ta. Edición, Tomo I, Buenos Aires, 1998, pág. 136. En el mismo sentido Gordillo establece de su parte, el concepto de reglamento, en tanto acto de alcance general normativo, con vocación de permanencia, implica un contenido bien amplio y genérico. Incluimos en él, por tanto, no solo a los reglamentos en sentido estricto (de ejecución, delegados, de necesidad y urgencia, y autónomos), sino también, a los internos de la administración que se traduzcan en la exigibilidad de conductas obligatorias para los agentes en relación con el contenido de los actos administrativos para cuyo dictado tengan competencia. GORDILLO Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Macchi, Tomo III, Buenos Aires, 1974, pág. IV-17.

acto general⁴⁶⁵, que encuentra su fundamento en la ley y en consecuencia puede ser impugnado en la vía judicial. Pero hay otros, que avalan, además, una posterior división de actos administrativos generales, en normativos y no normativos, división en la cual, el reglamento estaría dentro de los actos administrativos generales normativos, entre ellos tenemos a COMADIRA y ESCOLA⁴⁶⁶, quienes fundamentan la distinción en razón del carácter consuntivo que poseen los actos no normativos con relación a los normativos.

Por otro lado, la doctrina analiza que el reglamento actúa de forma simultánea tanto como acto administrativo y norma jurídica. Como el primero porque está sujeto a la Constitución y a la ley en lo relativo a los elementos constitutivos materiales y formales que debe observar para su expedición y validez jurídica, y como norma jurídica crea, modifica y extingue derechos y obligaciones generando efectos *erga omnes*⁴⁶⁷. Pese a la polémica en cuanto a la generalidad del acto normativo ya que en la mayoría de los casos se puede individualizar (al establecer un espacio territorial, una materia, un grado; siempre es posible individualizar). Al respecto, prefiero entender que en mi país, los actos normativos (reglamentos y actos normativos de carácter administrativo) son cuerpos normativos de alcance de algún colectivo y no de un solo individuo, que regulan hechos y relaciones jurídicas, en ejercicio de competencias administrativas, que no se extinguen con su sola aplicación ni de manera directa y que forman parte de las fuentes del derecho administrativo.

4.6.3.1 El reglamento y la ley

Para comenzar el estudio comparativo entre el reglamento y la ley, se debe decir que el reglamento es un acto normativo (que crea normas y que se configura dentro del bloque de juridicidad) eminentemente administrativo (nace de un órgano administrativo

⁴⁶⁵ Establece que la diferencia entre norma jurídica y resolución no se encuentra en el carácter abstracto y general de la norma y concreto y singular de la resolución, sino en que la primera crea derecho, usualmente de forma general y abstracta mientras que la segunda lo aplica. GALLEGO ANABIARTE Alfredo y MENÉNDEZ REXACH Ángel, *Acto y Procedimiento Administrativo*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2001, pág. 30.

⁴⁶⁶ Desde nuestro punto de vista, la diferencia entre el carácter normativo, o no, del acto, sea que se parta de la noción genérica de acto general (García Trevijano Fos) o, simplemente, de acto (García de Enterría y Fernández), deriva de la vocación de permanencia que exteriorice la voluntad administrativa. Mientras el acto general normativo o directamente, acto normativo, se incorpora al ordenamiento como fuente permanente de juridicidad, el que no reúne esa condición se agota con su cumplimiento; el primero no se consume, pues, con su aplicación; el segundo, en cambio sí. De ahí entonces, que a este temperamento diferenciador se lo denomine consuntivo. COMADIRA Julio Rodolfo, ESCOLA Héctor Jorge y COMADIRA Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Abeledo Perrot, Tomo I, Buenos Aires, 2013, pág. 394.

⁴⁶⁷ CABANELLAS, *Diccionario Jurídico Elemental*. Expresa que la ley, el derecho, o la resolución abarcan a todos, hayan sido partes o no; y ya se encuentren mencionados u omitidos en la relación que se haga.

y se ocupa de materias propias de la Administración Pública) de carácter general e indeterminado (alcanza a la colectividad), sujeto a las normas jerárquicamente superiores y resulta de obligatorio cumplimiento. Los reglamentos poseen un carácter de legitimidad y ejecutoriedad por lo que obligan no sólo a los ciudadanos y a los poderes públicos sino que rigen sobre cualquier actuación o relación que esta tenga.

Resulta vital tener en cuenta criterios doctrinales como el de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ⁴⁶⁸, quienes parten de la idea de que el reglamento y la ley tienen como similitud el hecho de ser normas escritas, pero que debido a la naturaleza jurídica del reglamento éste constituye una norma inferior, secundaria, un complemento de la ley y es una obra eminentemente administrativa, es una norma que necesita contar con una fundamentación asunto por asunto, condicionada, con limitaciones y es susceptible de un juicio constante de legalidad por parte de sus destinatarios.

Es interesante mencionar que existe una máxima general basada en el principio de legalidad y el *ius puniendi*⁴⁶⁹ del Estado, que establece lo siguiente: “nada escapa a la fuerza de la ley y la posibilidad de ser legislado” con lo cual se establece que muchas materias⁴⁷⁰ van a ser reguladas por la ley y complementadas en su ejecución por el reglamento. A pesar de ello, cuando el COA establece los actos normativos de carácter administrativo establece como limitación los asuntos internos del órgano, así como también la Constitución limita el ejercicio reglamentario del Presidente a no asumir facultades legislativas y parlamentarias que no le hayan sido expresamente concedidas, para no afectar el Estado de Derecho y extralimitarse en el poder.

⁴⁶⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Temis, 12va. Edición, Tomo I, Bogotá, 2011, pág. 203.

⁴⁶⁹ Esta noción significa “el derecho que tiene el Estado de imponer y aplicar penas”. Ello en función de un acuerdo de voluntades entre los gobernantes y los gobernados, contrato social por el que se establece que el derecho a castigar reside en aquél. Esto se debe a la evolución que tuvieron las ideas penales desde la etapa de la venganza hasta nuestros días. La idea de que sea el Estado quien goce de ese derecho debe ofrecer a los gobernados la tranquilidad y seguridad de que, en un verdadero estado de derecho, quien resulte presumiblemente responsable de un delito sea enjuiciado con todos los derechos que la ley le concede para poder defenderse de la imputación, y que se acredite su culpabilidad, partiendo de un principio de inocencia. <http://www.diccionariojuridico.mx/definicion/ius-puniendi/>.

⁴⁷⁰ Constitución del Ecuador, Art. 132.- La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común. Las atribuciones de la Asamblea Nacional que no requieran de la expedición de una ley se ejercerán a través de acuerdos o resoluciones. Se requerirá de ley en los siguientes casos: 1. Regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales. 2. Tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes. 3. Crear, modificar o suprimir tributos, sin menoscabo de las atribuciones que la Constitución confiere a los gobiernos autónomos descentralizados. 4. Atribuir deberes, responsabilidades y competencias a los gobiernos autónomos descentralizados. 5. Modificar la división político-administrativa del país, excepto en lo relativo a las parroquias. 6. Otorgar a los organismos públicos de control y regulación la facultad de expedir normas de carácter general en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales.

Por su parte, DIEZ PICAZO⁴⁷¹ considera a la ley desde un sentido formal como un acto que nace del parlamento⁴⁷² y se elabora sujeto a determinados procedimientos⁴⁷³ y adopta una forma solemne. Por otro lado, analiza que la ley como fuente de derecho basado en que esta, es una manera primaria de crear derecho y que las demás disposiciones poseen un carácter secundario y subsidiario y están sujetas a la validez y alcance que les otorgue, en principio, la ley.

GORDILLO señala características de la ley como la omnipotencia relacionada con su carácter incondicionado, ya que carece de límites y, por otro lado, su primacía ya que permite que las restantes normativas resulten dependientes de ella. La ley constituye también una fuente para el Derecho Administrativo⁴⁷⁴, atendiendo a que a partir de esta se expiden, nacen normas generales y de obligatorio cumplimiento que sirven de base a los principios y estructuras administrativas reconocidas por el texto constitucional.

La ley es la expresión de voluntad del Estado, en ejercicio del principio democrático y soberano del pueblo representado por sus assembleístas. La ley puede ser analizada desde dos sentidos: formal y material; el primero, como aquel documento o acto de contenido normativo escrito que surge de la función legislativa (procedimiento previo) y que prevé situaciones futuras para que sea eficaz (genera efectos *erga omnes*), incluyendo a aquellos actos emanados por el Presidente del Ecuador, en uso de las facultades legislativas como el Plan Nacional de Desarrollo⁴⁷⁵ y el Presupuesto del Estado⁴⁷⁶, estos instrumentos

⁴⁷¹ DIEZ PICAZO Luis, *La derogación de las Leyes*, Editorial Cívitas, Madrid, 1990, pág. 101.

⁴⁷² Constitución del Ecuador, Art. 120.- La Asamblea Nacional tendrá las siguientes atribuciones y deberes, además de las que determine la ley. 6. Expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio.

⁴⁷³ Constitución del Ecuador, Art. 137.- El proyecto de ley será sometido a dos debates. La Presidenta o Presidente de la Asamblea Nacional, dentro de los plazos que establezca la ley, ordenará que se distribuya el proyecto a los miembros de la Asamblea y se difunda públicamente su extracto, y enviará el proyecto a la comisión que corresponda, que iniciará su respectivo conocimiento y trámite. Las ciudadanas y los ciudadanos que tengan interés en la aprobación del proyecto de ley, o que consideren que sus derechos puedan ser afectados por su expedición, podrán acudir ante la comisión y exponer sus argumentos. Aprobado el proyecto de ley, la Asamblea lo enviará a la Presidenta o Presidente de la República para que lo sancione u objete de forma fundamentada. Sancionado proyecto de ley o de no haber objeciones dentro del plazo de treinta días posteriores a su recepción por parte de la Presidenta o Presidente de la República, se promulgará la ley, y se publicará en el Registro Oficial.

⁴⁷⁴ GORDILLO Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Macchi, Tomo I, Las fuentes del Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1979, pág. 38.

⁴⁷⁵ Constitución del Ecuador, Art. 280.- El Plan Nacional de Desarrollo es el instrumento al que se sujetarán las políticas, programas y proyectos públicos; la programación y ejecución del presupuesto del Estado; y la inversión y la asignación de los recursos públicos; y coordinar las competencias exclusivas entre el Estado central y los gobiernos autónomos descentralizados. Su observancia será de carácter obligatorio para el sector público e indicativo para los demás sectores. En concordancia con el Art. 147.- Atribuciones del Presidente de la República, numeral 4. Presentar al Consejo Nacional de Planificación la propuesta del Plan Nacional de Desarrollo para su aprobación.

⁴⁷⁶ Constitución del Ecuador, Art. 292.- El Presupuesto General del Estado es el instrumento para la determinación y gestión de los ingresos y egresos del Estado, e incluye todos los ingresos y egresos del sector público, con excepción de los pertenecientes a la seguridad social, la banca pública, las empresas públicas y los gobiernos autónomos

necesitan la aprobación del legislativo para su emisión. En su sentido material, la ley está compuesta por normas generales y abstractas, que necesitan ser precisadas para su ejecución y puesta en marcha.

Sobre la ley, COMADIRA y ESCOLA la definen como un “acto estatal, general o particular, emitido por el Congreso, de acuerdo con el procedimiento previsto para la formación y sanción de las leyes”⁴⁷⁷. Al respecto, el régimen jurídico ecuatoriano establece que: “la ley es la manifestación de la voluntad soberana (acto) que, prescrita en la Constitución, manda, prohíbe o permite”⁴⁷⁸.

Luego de analizada de manera general la ley, debe recalcar que el reglamento es un acto normativo que posee carácter general, es dictado por el presidente y está subordinado a la ley. Para MARTÍNEZ GONZALEZ⁴⁷⁹ el reglamento constituye una manifestación de voluntad de carácter excepcional que surge como resultado del ejercicio de una potestad legislativa material que se atribuye por la ley a un órgano del Estado específicamente.

Es de importancia establecer como diferencia entre el reglamento y la ley el proceso de creación. Las leyes se crean mediante el planteamiento de una iniciativa que da lugar a dos debates parlamentarios, objeciones totales o parciales y modificaciones, se sujeta a un veto presidencial total o parcial, mientras que el reglamento guarda conformidad con el procedimiento para la emisión de los actos administrativos. Otra de las diferencias entre ley y reglamento es que la ley puede crear, modificar y extinguir determinada situación de manera permanente, sin embargo, el reglamento se desarrolla y tiene su sustento en normas que ya han sido creadas previamente por la Constitución o la Ley, y, en consecuencia, no puede hacer ningún tipo de modificación con respecto a ellas.

Para elaborar un reglamento en el régimen ecuatoriano, lo primero a tener en cuenta es la competencia del órgano que lo expedirá, la iniciativa de emitir ese acto normativo

descentralizados. En concordancia con el Art. 147.- Atribuciones del Presidente de la República, numeral 8. Enviar la proforma del Presupuesto General del Estado a la Asamblea Nacional, para su aprobación.

⁴⁷⁷ COMADIRA Julio Rodolfo, ESCOLA Héctor Jorge y COMADIRA Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Abeledo Perrot, Tomo I, Buenos Aires, 2013, pág. 41.

⁴⁷⁸ Congreso Nacional, Código Civil, Art. 1.

⁴⁷⁹ MARTÍNEZ GONZÁLEZ Diego, “*El acto administrativo de efectos generales*”, Repositorio de tesis de la Universidad Católica de Guayaquil, Guayaquil, 2011, pág.21.

debe estar avalada por estudios que justifiquen la necesidad, interés común, la legitimidad y oportunidad de este documento jurídico. El mismo que se expresa en forma de declaración y puede adoptar también la forma de resoluciones, decretos, ordenanzas o acuerdos; para ganar eficacia jurídica debe ser publicado, la transcripción debe ser auténtica e íntegra, no gozan de efectos retroactivos y siempre estará dirigido a la satisfacción del bien común mediante el reconocimiento de los derechos fundamentales y garantías constitucionales. Una vez que se publica el reglamento es de obligatorio cumplimiento por sus destinatarios sin que quepa la desobediencia por ilegitimidad. La Administración posee la potestad de revocar o modificar el reglamento de forma expresa o de manera tácita mediante un nuevo reglamento que tendrá un contenido diferente al anterior, como sucede con la mayoría de los actos administrativos.

Respecto al procedimiento, hay que considerar que crear y modificar la ley es más complejo y se dilata en el tiempo, mientras que la expedición del reglamento goza de celeridad y dinamismo. La ley es incondicional en su contenido y resulta eficaz porque expresa la voluntad de la nación, en cambio el reglamento, representa intereses y una voluntad limitada, la de la Administración en servicio del bien común.

En la comparación entre la ley y el reglamento, se deben destacar las diferencias fundamentales existentes entre estos dos cuerpos normativos. Al respecto, DROMI expresó lo siguiente: “a. La ley es la expresión de la voluntad soberana del pueblo, el reglamento es la expresión de la competencia reglamentaria de la Administración, que le es conferida por el ordenamiento jurídico. b. La ley expresa la voluntad general, mientras el reglamento expresa un conjunto de reglas técnicas que indican cómo ha de organizarse y funcionar el aparato estatal. c. La ley es de carácter superior y soberano; el reglamento es una norma de carácter subalterno, inferior y complementario de la ley. d. La ley emana institucionalmente de uno de los poderes del Estado, el Legislativo; el reglamento es dictado por la administración, es el aparato instrumental servicial para la ejecución de los fines estatales”⁴⁸⁰. Así, se ponen de manifiesto claramente las diferencias elementales entre ley y reglamento; las cuales, en lo esencial, están basadas en la autoridad que las expide y la materia que desarrollan. El reglamento posee una menor jerarquía con respecto a la ley, está sometido a ella y posee un carácter eminentemente complementario.

⁴⁸⁰ DROMI José Roberto, *Manual de Derecho Administrativo*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1987, pág. 214.

El reglamento se subordina no solo a la ley como tal, sino al resto del ordenamiento jurídico conducido por la Constitución y los principios que en ella se consagran, de ahí su diferencia con la ley, no solo por tener una menor jerarquía sino por motivo de su distinta fuente de legitimidad, atendiendo a que reglamento no es una ley en sentido material, la ley emana del mayor poder de la comunidad que es dictada utilizando los órganos representativos (bancadas de partidos o asociaciones políticas) como resultado del poder soberano (elección del pueblo), mientras que el reglamento es una manifestación de la voluntad de índole netamente administrativa⁴⁸¹, que está al servicio de la comunidad y que además no es titular del poder soberano. El reglamento es, en definitiva, una norma subordinada a la ley.

SECAIRA⁴⁸² explica que la ley representa la soberanía nacional y su titularidad le corresponde exclusivamente al Estado, mientras que el reglamento es una herramienta para la aplicación correcta de las disposiciones del ordenamiento jurídico y en consecuencia no puede ser contrario a ello. La ley y el reglamento no se diferencian por su contenido o eficacia vinculante, sino su disparidad fundamental está en quien las expide. Cuestionable la postura de este autor, ya que establece que ambos instrumentos podrían tratar las mismas materias, lo cual implicaría concederle plenos poderes legislativos al ejecutivo y afectar el principio de la reserva de ley, característico en el estado de derecho.

Con respecto al origen, la ley y el reglamento se diferencian en que la primera, surge del Poder Legislativo y el reglamento del Poder Ejecutivo. Con respecto a su existencia la ley nace, existe y posee valor legal de forma independiente, no necesita del reglamento, mientras que este último, requiere irremediabilmente de la ley para existir. La vigencia es otro de los aspectos que crea una diferencia entre ley y reglamento, ello está dado porque la ley resulta obligatoria mientras esté vigente y no se haya derogado, pero el reglamento no puede existir desde el momento que la ley desaparece. El contenido crea disparidad también, puesto que la ley posee una materia que es objeto de reserva y que,

⁴⁸¹ Los reglamentos son eminentemente administrativos y por consiguiente deben relacionarse con las funciones que desempeña la Administración Pública y debe estar ajustado a la ley. Las normas reglamentarias solo pueden versar sobre asuntos administrativos, es decir, que estén directamente relacionados con el ámbito de las funciones y cometidos que el ordenamiento jurídico confía a la Administración Pública. Por el contrario, la ley puede prestar su fuerza propia para cualquier contenido o regular todo tipo de materia. GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Cívitas, Madrid, 1997, pág. 223.

⁴⁸² SECAIRA Patricio, *Curso Breve de Derecho Administrativo*, Editorial Universitaria, Quito, 2004, pág. 25.

por tanto, sólo ella puede regular, en cambio el reglamento no puede sobrepasar lo que la ley establece ni interferir en esa materia de reserva legislativa.

BENALCÁZAR GUERRÓN⁴⁸³ sobre las diferencias analizadas, hace referencia a que la ley es una normativa legal con rango superior al reglamento, posee una mayor capacidad de tipo normativa. La jerarquía está dada por la función propia del reglamento, el cual está restringido a la materia administrativa y su basamento es facilitar la actividad de la Administración a través de disposiciones flexibles, cambiantes y sujetas a criterio técnico. De aquí radica precisamente la razón de que, en la Administración Pública, la mayor parte de regulaciones nacen de los reglamentos, quizás con el ánimo de celeridad y actuar por los intereses del administrado o quizás, como en la opinión de GORDILLO⁴⁸⁴ que habíamos visto antes, el reglamento es el instrumento que sirve a la Administración para la arbitrariedad e inconstitucionalidad.

Es importante señalar que el reglamento facilita las funciones y la actividad propia de la Administración Pública, debido a que posee un régimen de cierta forma de autorregulación, en el sentido que regula sus propias relaciones jurídicas y aquellos temas sobre los que la administración tenga competencia para establecer sus propias reglas, mientras que la ley abarca un ámbito amplio, regula las relaciones humanas en su totalidad, sin límite material. Se puede afirmar que son marcadas las diferencias que existen entre el reglamento y la ley, destacándose entre esos aspectos, los relacionados con su ámbito de aplicación y el procedimiento para su creación.

En resumen, en mi interpretación, tenemos como semejanzas entre la ley y el reglamento, son cuerpos normativos de carácter general y objetivo, son emitidos de forma unilateral, gozan de presunción de legitimidad y ejecutoriedad, son obligatorios y tienen como finalidad satisfacer el bien común⁴⁸⁵. Entre las diferencias principales están: quien las crea, como se crean, sobre que asuntos y su carácter originario o secundario. Habiendo

⁴⁸³ BENALCÁZAR GUERRÓN Juan Carlos, “Comentarios sobre la facultad normativa de los gobiernos autónomos descentralizados”, Revista de Derecho No. 13, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2010, págs. 7-9.

⁴⁸⁴ GORDILLO Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Porrúa, Capítulo de las Fuentes del Derecho Administrativo, México D.F., 2004, pág. 42.

⁴⁸⁵ AQUINO Santo Tomás, *Contra Gentiles*, lib. 3 cap. 17 n. 6; S Th I, q. 60 a. 5 ad 5. Citado por GROPPA Octavio, “Una relectura de la noción de bien común y su relación con la economía”, pág. 13. El bien común, por su parte, es el fin de cualquier comunidad. La determinación de este fin depende del lugar que ocupa la determinada comunidad en un orden jerárquico. Las comunidades típicas en el pensamiento tomista son la familia, el Estado, la Iglesia. El grado sumo de bien común es Dios, fuente de todo bien y bien último al que se ordenan todos los bienes particulares. <https://ucu.edu.uy/sites/default/files/facultad/fce/rso/groppa.pdf>

realizado la comparación de mayor a menor en el rango jerárquico (ley vs. reglamento), pasamos a comparar el reglamento y el acto normativo de carácter administrativo.

4.6.3.2 El reglamento y el acto normativo de carácter normativo

Es fundamental para esta investigación analizar al acto normativo de carácter administrativo, de manera que permita establecer las diferencias esenciales entre ambas figuras. En el Código Orgánico Administrativo de Ecuador no se establecen conceptos diferentes para el reglamento y el acto normativo de carácter administrativo, se concede una descripción que nos permite abarcar ambos instrumentos en la misma naturaleza jurídica⁴⁸⁶. Al establecer lo siguiente: acto normativo de carácter administrativo es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de una competencia administrativa que produce efectos jurídicos generales, que no se agota con su cumplimiento y de forma directa. De este concepto y de la doctrina analizada a lo largo de esta investigación vendría a tener la misma naturaleza jurídica del reglamento.

OYARTE MARTÍNEZ⁴⁸⁷ considera al acto normativo como aquella manifestación de voluntad del órgano competente del poder público, que sale a la luz de la manera que está prevista constitucionalmente; en cuya norma, consta regulaciones que sirven de mandato, prohibición o autorización, las que generan una obligatoriedad general. El autor analiza que el acto normativo es general, es decir, se aplica todos los sujetos cuya conducta se acopla a los presupuestos de hecho previstos en la norma⁴⁸⁸.

De las consideraciones de OYARTE MARTÍNEZ podemos establecer varias cualidades acerca de los actos normativos de carácter administrativo: 1. Son una manifestación de voluntad unilateral. 2. Se ejerce por un órgano público competente de conformidad con la ley. 3. Sirve de mandato, autorización o prohibición. 4. Su carácter es eminentemente regulativo. 5. Sus efectos son generales y objetivos respecto a la conducta que se regula. 6. Poseen un carácter de obligatoriedad general.

⁴⁸⁶ Código Orgánico Administrativo, Art. 128.

⁴⁸⁷ OYARTE MARTÍNEZ Rafael, “*La declaratoria de inconstitucionalidad de actos normativos y actos administrativos*”, 24 de noviembre 2005.

<https://www.derechoecuador.com/la-declaratoria-de-inconstitucionalidad-de-actos-normativos-y-actosadministrativos>

⁴⁸⁸ *Ibíd.*

Como se ha expuesto anteriormente el artículo 80 del ERJAFE⁴⁸⁹ también considera al acto normativo en símiles términos que el COA como: “toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos generales, objetivos de forma directa”. Pero además nos brinda dos consideraciones muy importantes; la primera, establece que de conformidad con la Constitución, “corresponde al Presidente de la República el ejercicio de la potestad reglamentaria”; y la segunda, que “un acto normativo no deja de ser tal por el hecho de que sus destinatarios puedan ser individualizados, siempre que la decisión involucre a la generalidad de los diversos sectores”.

Corresponde mencionar que, los orígenes del acto normativo de carácter administrativo, se equiparán a los del reglamento ya que se asimilan como instrumentos normativos que surgen de la Administración Pública. Sin embargo, a través del tiempo y en virtud de sus características, han ido cambiando los criterios sobre su determinación, cuestión que se mostrará a continuación, partiendo de que inicialmente, la generalidad y el carácter abstracto de sus presupuestos, eran suficientes para considerarlo un acto normativo, cuestión que ha ido evolucionando y se han incluido otras particularidades para limitar la amplitud con la que se concebía, y dentro de ellas se encuentra: la competencia de los órganos administrativos, la especificidad dentro de la materia administrativa; y su carácter subordinado y secundario; limitaciones propias del Estado de Derecho.

Como dijimos, el acto normativo tiene como particularidad esencial, según OYARTE MARTÍNEZ, su carácter general, de ahí que su alcance y destino llegue a grupos indeterminados de personas. Este es parte del ordenamiento jurídico, el que también es de naturaleza general. Al respecto, POZO CHAMORRO⁴⁹⁰ ratifica este criterio basado en que, de igual manera que la ley, estos actos, vistos desde una perspectiva material son generales aplicables a todos los asuntos y sujetos que estén en idéntica situación fáctica tal como está regulado en la norma correspondiente. En ese sentido, la característica de la generalidad implica que la intención del acto normativo es

⁴⁸⁹ Presidencia de la República, Estatuto Régimen Jurídico Administrativo Función Ejecutiva, ERJAFE. Art. 80.

⁴⁹⁰ POZO CHAMORRO Jaime Raunir, “*El control constitucional de los actos administrativos con efectos generales, en el marco de la Constitución de la República y la jurisprudencia de la Corte Constitucional*”, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2013, pág. 32.

llegar a una pluralidad no determinada de sujetos y no se dirige hacia alguien en específico.

Sin embargo, puede decirse que según PÉREZ⁴⁹¹ los actos de carácter normativo pueden producir efectos jurídicos de carácter individual, aun cuando su naturaleza sea general, los que resultan aplicables a las personas directamente y de manera inmediata, a partir que son promulgados, aunque no sean conocidos por sus destinatarios. Por ejemplo: en el caso de la imposición de nuevos requisitos para la habilitación de un comercio en la Ciudad de Quito, abarca a los comerciantes de la ciudad de Quito, con lo cual la generalidad de los actos normativos tendría un efecto individualizado no sobre toda la colectividad sino específicamente sobre los comerciantes de la ciudad de Quito y son aplicables de manera directa e inmediata a cada uno de ellos, a partir de su publicación, así no sean conocidos por cada uno de los particulares de ese sector.

En relación con lo antes expuesto, OYARTE MARTÍNEZ explica que la generalidad del acto está “en el hecho de que resulta aplicable a todas aquellas personas cuya conducta se ajusta a los supuestos de hecho previstos en la norma, es decir, no se dicta, por lo menos no frontalmente, para que se aplique a determinada persona”⁴⁹². Dicha característica alcanza como se dijo antes, a las personas que se enmarcan en determinadas situaciones que son reguladas por el acto normativo, al igual que sus consecuencias son aplicables a los individuos de ese grupo que se encuentra alcanzado por la regulación que se desprende del acto normativo.

A continuación analizaremos los criterios: de la generalidad, la abstracción, lo formal, lo teleológico y lo ordinamentalista de los actos administrativos de efectos generales realizada y recogida por el autor MARTÍNEZ, para ir encuadrando y caracterizando al acto normativo de carácter administrativo como una nueva concepción de los actos normativos en Ecuador.

⁴⁹¹ PÉREZ Efraín, “*La noción de Acto Administrativo en el Derecho Público ecuatoriano*”, Revista Iuris Dictio, Universidad San Francisco de Quito, 2002, pág. 12.

⁴⁹² OYARTE Rafael, “*Mecanismos de impugnación de los dictámenes del Procurador General del Estado*”, Revista FORO, Universidad Andina Simón Bolívar, pág. 190.

Respecto a la generalidad, LEGUINA VILLA⁴⁹³ apunta que, justamente el acto normativo es una regulación general, de carácter objetivo e impersonal de una materia específica, cuyo fin, no va directo a un destinatario del acto, sino en la manera que la norma regula determinada situación por la que se encuentra alcanzado. De esta forma, la regulación va enfocada a varias personas indeterminadas respecto de una situación pero que también podrían conducir a varios casos posibles dentro de esa materia específica. Es decir, en el caso de los actos normativos de carácter administrativo, van a tratar situaciones específicas del ejercicio ordinario de ese órgano, regula ÚNICAMENTE asuntos internos de conformidad con el artículo 130 del COA.

En cuanto al carácter abstracto del acto normativo, está dado por el hecho de que está compuesto por mandatos que deben ser observados en todos los supuestos y por todos los que estén bajo las circunstancias y situaciones definidas en la regla, independientemente del momento en que se aplican. Para BOBBIO⁴⁹⁴ las categorías de generalidad y abstracción no distinguen a los actos normativos, sino que son propias de todas las disposiciones jurídicas que resultan ser óptimas y justas. La abstracción del acto normativo de carácter administrativo, está relacionada con la amplitud de posibilidades de la situación que regula. Por ejemplo: sanciones por el uso incorrecto del uniforme en un ministerio. Tendríamos amplitud en cuanto a la determinación del uso incorrecto del uniforme, habría muchas posibilidades; usar un color u otro en un día específico, un tipo de prenda u otra, usar ornamentos no autorizados, usar maquillaje o no; es decir es abstracto en cuanto presenta vaguedades en la determinación precisa de la situación.

En el carácter formal MARTÍNEZ GONZÁLEZ⁴⁹⁵ considera que los actos normativos son inherentes al ordenamiento, el que le da la fuerza necesaria para existir y obligar, este criterio lo asocia a la competencia que se le reconoce a la autoridad para expedir esta clase de actos al igual que al procedimiento reconocido para darlo a conocer, para exteriorizarlo. Al respecto se afirma que, en Ecuador, “no existe lugar para entender que la potestad para reglamentar las leyes pueda estar atribuida a otro órgano

⁴⁹³ LEGUINA VILLA Jesús, Legitimación, *Actos Administrativos Generales y Reglamentos*, pág. 211. Citado en MARTÍNEZ GONZÁLEZ Diego, “*El acto administrativo de efectos generales*”, Repositorio Universidad Católica de Guayaquil, 2011, pág. 559.

⁴⁹⁴ BOBBIO Norberto, “*Per una classificazione degli imperativi giuridichi*”, en *Scritti giuridichi in memoria de Pietro Calamandrei*, Vol. I, Padova, 1958, pág.119. Citado en MARTÍNEZ GONZÁLEZ Diego, “*El acto administrativo de efectos generales*”, Repositorio Universidad Católica de Guayaquil, pág. 213.

⁴⁹⁵ MARTÍNEZ GONZÁLEZ Diego, “*El acto administrativo de efectos generales*”, Repositorio Universidad Católica de Guayaquil, 2011, pág. 560.

administrativo que no sea el Presidente de la República”⁴⁹⁶. En el caso de los actos normativos de carácter administrativo, el COA en su artículo 130, les concede a las máximas autoridades administrativas la competencia normativa de carácter administrativo únicamente para regular los asuntos internos del órgano a su cargo, misma que no es igual a la potestad reglamentaria presidencial estipulada en el artículo 129 del COA. La competencia normativa de carácter administrativo prevé un proceso de formación igual al de los actos administrativo siendo su naturaleza originaria, por lo que deberá guardar concordancia con los requisitos de validez⁴⁹⁷ del acto administrativo: competencia, objeto, voluntad, procedimiento, motivación; y, sujetarse a las prohibiciones⁴⁹⁸ expresadas por el mismo ordenamiento.

El criterio finalista o teleológico, para MARTÍNEZ GONZÁLEZ se sustenta en observar la intención, el fin con el que el legislador le atribuyó determinado poder a un órgano de naturaleza administrativa. De esta forma se busca determinar la naturaleza normativa o no del acto de carácter general expedido. Al respecto determina lo siguiente: “Si en efecto la finalidad perseguida por el legislador consiste en que el órgano administrativo coopere con la integración del ordenamiento jurídico a través de sus actuaciones, entonces estaremos ante un acto normativo”⁴⁹⁹. Ergo, la competencia normativa de carácter administrativo en Ecuador, tiene como finalidad que las máximas autoridades de los órganos administrativos puedan regular a través de instrumentos jurídicos, las conductas internas para su organización y funcionamiento, cooperando con el ordenamiento jurídico.

Finalmente, el carácter ordinamentalista del acto normativo. Al respecto GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ⁵⁰⁰ enseñan que el acto normativo es ordinamental,

⁴⁹⁶ QUINTANA Ricardo, “Los Actos, Hechos y Contratos Administrativos en las Empresas Públicas Ecuatorianas, en la Construcción de Obra Pública e Infraestructura y en su Giro Ordinario del Negocio”, Repositorio de Tesis Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2015, pág.76.

⁴⁹⁷ Código Orgánico Administrativo. Art. 99.

⁴⁹⁸ Código Orgánico Administrativo. Art. 131. Prohibiciones. Las administraciones públicas que tengan competencia normativa no pueden a través de ella: 1. Restringir los derechos y garantías constitucionales. 2. Regular materias reservadas a la ley. 3. Solicitar requisitos adicionales para el ejercicio de derechos y garantías distintos a los previstos en la ley. 4. Regular materias asignadas a la competencia de otras administraciones. 5. Delegar la competencia normativa de carácter administrativo. 6. Emitir actos normativos de carácter administrativo sin competencia legal o constitucional.

⁴⁹⁹ MARTÍNEZ GONZÁLEZ Diego, “El acto administrativo de efectos generales”, Repositorio Universidad Católica de Guayaquil, 2011, pág. 561.

⁵⁰⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, pág. 185 y 186 citados en MARTÍNEZ GONZÁLEZ Diego, “El acto administrativo de efectos generales”, Repositorio Universidad Católica de Guayaquil, 2011, pág. 562.

puesto que no se consume cuando se cumple, sino que se fortalece, consolida y mantiene, de manera tal que, admite varias formas de cumplimiento continúa poniendo en orden la vida de la sociedad desde una posición que goza de superioridad. Al respecto, el acto normativo de carácter administrativo, al ser un cuerpo normativo no se consume con su aplicación sino que sigue rigiendo para las diferentes situaciones que abarca. Dando lugar a su estabilidad o su carácter permanencia que tiene lugar ante el hecho de que no se agota con su mera observancia, sino que, se reafirma en la medida en que se aplica a aquellos supuestos para los que fue creado. Dicha naturaleza implica que se fija de forma imperativa mientras sea parte del ordenamiento jurídico aunque sea de una manera complementaria y secundaria.

Cabe agregar que otro de los rasgos de los actos normativos, se refiere a la obligatoriedad. Esta característica conlleva a que, su observancia, no esté sujeta al libre albedrío del destinatario, ni a su voluntad o convicción, sino que, sencillamente deben acatarla, caso contrario, su incumplimiento conduce a la imposición por la fuerza. Dicha cuestión, para OYARTE MARTÍNEZ⁵⁰¹ nace la naturaleza unilateral del acto y del carácter heterónomo del Derecho, elemento que exige el uso de la fuerza ante la inobservancia de dicho acto.

Se debe señalar que los actos normativos para gozar de validez y generar efectos jurídicos deben ser objeto de publicación⁵⁰² en los medios oficiales del Estado. Por ello, gozan de la característica de la publicidad porque su vigencia está sujeta a este requisito. Por más que el acto normativo de carácter administrativo regule asuntos internos y alcance a un colectivo aunque este sea individualizado debe ser publicado para exigir su cumplimiento y que los sujetos alcanzados no puedan alegar ignorancia para desconocerlos o inaplicarlos. Esto último, relacionado con el principio de tipicidad en especial cuando los actos normativos de carácter administrativo impliquen sanciones o medidas coercitivas personales e impersonales para sus destinatarios.

⁵⁰¹ OYARTE Rafael, “*Mecanismos de impugnación de los dictámenes del Procurador General del Estado*”, Revista FORO, Universidad Andina Simón Bolívar, pág. 191.

⁵⁰² A pesar de que para algunos autores, a los reglamentos internos no es necesario publicarlos. Los reglamentos internos no obligan sino a los agentes administrativos. ANTONIOLLI, Walter, *Allgemeines Verwaltungswcht*, Viena, 1954, pág. 72. Citado en GORDILLO Agustín, *Derecho Administrativo*, Capítulo V, De las Fuentes del Derecho Administrativo, pág. IADA-V-7. https://www.gordillo.com/pdf_tomo5/01/01-capitulo5.pdf

En conclusión, podemos establecer que la naturaleza jurídica de los actos normativos de carácter administrativo es la de un acto administrativo normativo, pero con ciertas cualidades cuyo análisis los hace semejantes pero distintos de los reglamentos; relacionadas con la generalidad (respecto a una materia de interés general para un colectivo de personas no directamente para un particular), la abstracción (ambigüedades que dan lugar a múltiples situaciones de hecho dentro de la misma regulación), lo formal (competencia y procedimiento que nacen del ordenamiento jurídico), lo teleológico o finalista (órganos administrativos cooperando en la regulación de sus asuntos internos), ordinamentalista (no se extinguen con su sola aplicación por lo que gozan de estabilidad), obligatoriedad (incluso mediante el uso de la coacción); y publicidad - tipicidad (presupuestos para su validez y exigibilidad).

4.6.3.3 Semejanzas y diferencias entre reglamento y acto normativo de carácter administrativo

De los análisis anteriores respecto a la naturaleza jurídica de los reglamentos y su comparación con la ley, así como de la naturaleza jurídica del acto normativo de carácter administrativo y su comparación con el reglamento; surgen una cantidad de semejanzas y diferencias que propongo en esta sección.

ORTIZ ORTIZ analiza que: “el acto general tiene de común con el reglamento el sujeto indeterminado a que se dirige, pues va destinado a todo aquel que se encuentre en una determinada situación de hecho. Pero a diferencia del reglamento, tiene su motivo en un hecho concreto ya ocurrido y su fin es satisfacer una necesidad pública dentro de esa circunstancia, logrando un resultado único e irrepetible y no meramente regular la conducta.”⁵⁰³ Entonces, tenemos como primera semejanza que tanto el acto normativo como el reglamento, se conducen hacia una generalidad, aquellos sujetos que estén en una determinada situación de hecho. Lo que da lugar también a una diferencia, el reglamento abarca situaciones generales y amplias mientras que el acto normativo de carácter administrativo es más concreto y específico. Por ejemplo: el Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se encuentra dirigido a una

⁵⁰³ ORTIZ ORTIZ Eduardo, “*Materia y objeto del contencioso administrativo*”, Revista de Ciencias Jurídicas No.5, Universidad de Costa Rica, 1965, pág. 128. Citado en MARTÍNEZ GONZÁLEZ Diego, “*El acto administrativo de efectos generales*”, Repositorio Universidad Católica de Guayaquil, 2011, pág. 562.

generalidad no a sujetos determinados y sobre una materia amplia, la contratación pública del país y todos sus procesos (subasta inversa, licitación, cotización, menor cuantía, etc.). En ese mismo entendimiento, el acto normativo de carácter administrativo serían los pliegos de condiciones generales para una subasta inversa; este es un acto normativo dirigido a una colectividad de sujetos (los oferentes) pero que regula un asunto concreto y específico, solamente el proceso de subasta inversa.

El ejemplo nos trae como referencia, la anteriormente citada, clasificación de COMADIRA respecto a los actos administrativos de efectos generales, subdivididos en normativos (pliegos de condiciones generales de una contratación) y no normativos (condiciones particulares de esa contratación). No aplica para este análisis porque lo que se quiere precisar en el régimen normativo de Ecuador no es la consunción o extinguiabilidad de los actos como elemento diferenciador entre el reglamento y el acto normativo de carácter administrativo; sino la especificidad respecto a la materia o lo que en la norma se establece como “asuntos internos” sobre los que tienen competencia normativa las máximas autoridades de los órganos administrativos.

Siguiendo con las semejanzas podemos decir que, tanto el reglamento como el acto normativo de carácter administrativo son actos unilaterales ya que no necesitan del consenso o acuerdo de sus destinatarios para su emisión; son de naturaleza administrativa, es decir que son emanados por la Administración Pública en ejercicio de una función administrativa. De aquí nace una diferencia, a pesar de que ambos nacen del ejercicio de una competencia otorgada por la ley; en Ecuador, la potestad reglamentaria está dirigida solamente al Presidente y la facultad normativa está dirigida a las máximas autoridades de los órganos administrativos.

Ambos instrumentos, constituyen fuentes del Derecho Administrativo. Ambos regulan conductas por lo que son productores de normas jurídicas y por consiguiente forman parte del bloque de juridicidad. El reglamento y el acto normativo de carácter administrativo son herramientas fundamentales para el dinamismo y celeridad en el obrar administrativo, siempre que se utilicen para satisfacer y regular asuntos necesarios para perfeccionar el funcionamiento de la Administración y lograr el bienestar general;

siempre que estén sujetos a la ley y se emita en uso de la razonabilidad⁵⁰⁴ pertinente. Esto, da lugar a la cualidad de estabilidad que tanto el reglamento y acto normativo de carácter administrativo gozan, ya que no se extinguen con una sola aplicación; como ya explique el dilema en Ecuador, respecto a la determinación del acto normativo de carácter administrativo, no se dirige a la consunción, ambos se instauran en ordenamiento jurídico ya que su objeto no es inmediato sino que seguirán rigiendo para el futuro.

En cuanto a las diferencias fundamentales entre reglamento y acto normativo de carácter administrativo, corresponde mencionar lo relacionado a la competencia. El primero, nace de la potestad reglamentaria del Presidente reconocido en la norma constitucional; en cambio el segundo, emana de los órganos administrativos en el ejercicio de la facultad reglamentaria. Otra diferencia fundamental nace en función de la especificidad de la materia que estos instrumentos regulan. En primer lugar, el reglamento, regula materias generales, de manera amplia, puede dirigirse a establecer cuestiones relacionadas con todos los asuntos administrativos vinculados a la buena administración del país; mientras que el acto normativo de carácter administrativo, se dirige a regular cuestiones muy específicas, debe limitarse a cuestiones vinculadas a asuntos internos. Por ejemplo, las normas de conducta dentro del órgano o los procedimientos de su injerencia.

Una diferencia importante de la que nace mi clasificación de los actos con respecto a sus relaciones, es que el reglamento tiene un carácter interadministrativo ya que surge para regular las relaciones interadministrativas por lo que es aplicable a todo el entorno de la Administración Pública; mientras que, el acto normativo de carácter administrativo es interorgánico, al aplicar sus regulaciones al interior de un órgano determinado. De aquí, se desprende que el reglamento tenga un alcance tanto externo como interno. Y, el acto normativo de carácter administrativo se aplica hacia el interior del órgano.

⁵⁰⁴ Se llega a «la racionalidad irracional de la burocracia»: lo más importante, en muchos casos, previsible pero irrazonablemente, es cumplir «estrictamente» la norma escrita, aunque sea claramente injusta, ineficaz, arbitraria, desproporcionada, incausada, etc., sin siquiera buscar interpretarla para superar esos óbices a su validez constitucional y supraconstitucional. Ello es una defectuosa aplicación del orden jurídico, pues desconoce que los principios jurídicos tienen jerarquía sobre las pequeñas normas o su lectura por una Administración también pequeña y mezquina. GORDILLO Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Porrúa, Capítulo de las Fuentes del Derecho Administrativo, México, 2004, pág. 42.

La diferencia en cuanto a la responsabilidad, da lugar a que se considere responsabilidad subsidiaria en el caso del reglamento pero en el caso del acto normativo de carácter administrativo la responsabilidad se limita al órgano del que depende. Esto, en cuanto al análisis de las formas de organización administrativa en Ecuador, que por esencia se funda en la centralización reconociendo la descentralización únicamente en base al territorio y cuya fórmula es la desconcentración, haciendo con ello que los órganos administrativos se encuentren siempre en sumisión del órgano que los creó. Lo que es contradictorio en el margen normativo, ya que se permite el derecho a repetición sobre el funcionario aunque la responsabilidad sea del órgano que creó a aquel del que emana el acto normativo de carácter administrativo.

A continuación un resumen. Las semejanzas generales:

1. Emanan del Poder Ejecutivo, o sea de la Administración y sus órganos administrativos;
2. Su función es cooperar en la formación del ordenamiento jurídico con las limitaciones expresadas para ello, por lo que poseen un carácter secundario⁵⁰⁵ con respecto a la ley.
3. Comparten la misma naturaleza jurídica, son formas de actuación de la Administración del tipo normativo;
4. Forman parte del bloque de juridicidad del Ecuador;
5. Son unilaterales atendiendo a que no son reflejo de voluntad general sino de la voluntad proveniente del Presidente o de la máxima autoridad del órgano.
6. Gozan de presunción de legitimidad y son ejecutorios⁵⁰⁶.

⁵⁰⁵ Deben ir en consonancia con la Constitución, estar sometidos a ella, sujetarse a los límites, atribuciones y garantías previstas en el texto constitucional y no contravenir los mandatos expresos que esta recoge. Al respecto CEA, establece que el reglamento posee un carácter sub legal ya que aparece en el mundo jurídico como consecuencia directa de la ley y por tanto, debe respetar la jerarquía de esta, ello lo convierte en un acto normativo secundario e inferior, por lo que se ve limitado legalmente por la materia que regula. CEA EGAÑA José Luis, “*Dominio Legal y Reglamentario en la Constitución de 1980*”, Revista Chilena de Derecho, Volumen 11, Santiago de Chile, 1984, págs. 41-43.

⁵⁰⁶ Se destaca el principio de inderogabilidad singular, que para COMADIRA se funda en la legalidad y en la garantía de igualdad, expresa la relación que debe mediar entre el reglamento y los actos de alcance particular, este último no puede violar lo dispuesto en un reglamento, aunque haya sido expedido por una autoridad cuya jerarquía es inferior, excepto que lo derogue, modifique o en su caso haga una interpretación con el fin de sentar un precedente que permita tenerlo en cuenta ante situaciones futuras y de naturaleza semejante. COMADIRA Julio Rodolfo, ESCOLA Héctor Jorge y COMADIRA Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Abeledo Perrot, Tomo I, Buenos Aires, 2013, pág. 394. En sentido contrario, para OYARTE el acto normativo carece de la ejecutoriedad, de los actos administrativos, es decir, si se cumplen los presupuestos de hecho previstos en la norma, las consecuencias jurídicas sólo se harán efectivas si existen actos administrativos de ejecución que la apliquen. Es decir, no se ejecuta *per se*. OYARTE MARTÍNEZ Rafael, “*La declaratoria de inconstitucionalidad de actos normativos y actos administrativos*”, 24 de noviembre 2005, en <https://www.derechoecuador.com/la-declaratoria-de-inconstitucionalidad-de-actos-normativos-y-actos-administrativos>

Y, las principales diferencias: competencia, especificidad de la materia, sus relaciones (interadministrativa o interorgánica), y la responsabilidad de sus actos.

4.6.4 Clasificación

Previo a revisar las clasificaciones más comunes para los reglamentos, es preciso aclarar que este trabajo no tiene como objetivo el estudio del reglamento sino el análisis de la potestad reglamentaria y normativa para entender el origen de la diferenciación que la norma realiza en cuanto al reglamento y al acto normativo de carácter administrativo. El reglamento no está en cuestionamiento sino de manera complementaria para determinar la naturaleza jurídica del acto normativo de carácter administrativo y con ello esclarecer la confusión entre ambos instrumentos en la praxis del Derecho Administrativo ecuatoriano.

Es por ello que, a continuación menciono algunas clasificaciones de los reglamentos, las mayormente aceptadas por la doctrina sin profundizar acerca de ellas, ya que cada una implicaría una investigación propia. La más importante para esta investigación es la clasificación establecida por el constitucionalista ecuatoriano CHALCO, quien de manera muy acertada determina los dos tipos de reglamentos existentes en el Ecuador (ejecutivos o de ejecución de la leyes y orgánico funcionales de creación de los organismos).

Los reglamentos han sido clasificados de manera general, en internos y externos⁵⁰⁷. Son considerados actos normativos internos: los instructivos orgánico – funcionales, los estatutos, las circulares, las resoluciones; entre otros. Los actos normativos externos son aquellos que regulan las relaciones jurídicas que se establecen entre la Administración y el administrado, se caracterizan por poseer un carácter abstracto e impersonal. Ambos se expiden fácilmente, al igual que son susceptibles de forma ágil de modificación y derogación. Dentro de este tipo de reglamentos están: los ejecutivos o de ejecución de las leyes y los independientes o autónomos.

⁵⁰⁷ Los actos de la administración se dividen en internos y externos según que establezcan o no una relación jurídica con el particular. El acto interno sería la orden o instrucción que el Estado da a sus órganos para el desempeño de sus funciones; el acto interno, a primera vista, sería pues una relación entre terceros en la que el particular es contemplado a título de objeto. GORDILLO Agustín, *Derecho Administrativo*, Capítulo V, De las Fuentes del Derecho Administrativo, pág. IADA-V-5. https://www.gordillo.com/pdf_tomo5/01/01-capitulo5.pdf

En la normativa ecuatoriana, esta clasificación no se ha determinado con precisión. Para SECAIRA⁵⁰⁸ los reglamentos internos son aquellos cuyo objetivo es regular el orden interno de las entidades públicas, y establecer las funciones estipuladas a cada una de sus dependencias. Quizás podrían verse incluidos en esta clasificación, los actos normativos de carácter administrativo ya que de conformidad con el COA, son aquellos emitidos por los órganos administrativos únicamente sobre asuntos internos propios de esa entidad⁵⁰⁹. Sin embargo, los órganos administrativos cuando emiten actos normativos en cuanto a procesos internos también pueden tener efectos jurídicos externos, por ejemplo: la recepción de ofertas de un proceso de contratación tiene efectos para los funcionarios pero también para los oferentes.

Por su parte, los reglamentos externos⁵¹⁰ deberían ser aquellos que han sido emitidos por el Presidente de la República, en uso de una potestad constitucional. Los reglamentos externos tienen un amplio espectro de regulación y alcance ya que pueden abarcar todos los asuntos de administración en general; dentro de estos podrían encontrarse los reglamentos ejecutivos de una ley y los decretos de estado de excepción. Sin embargo, esta clasificación no se encuentra esclarecida ya que los asuntos internos de los órganos también los puede reglamentar el Presidente, por ejemplo: al emitir un acto de creación de un órgano y concederle las competencias, ese acto tiene eminentemente efectos jurídicos internos pero también externos.

Pese a lo anterior, es importante establecer que los actos normativos son la actuación administrativa más utilizada en la actividad cotidiana de la Administración, es por ello que debe ser delimitada y controlada constantemente, para evitar arbitrariedad o abuso de poder de la Administración Pública.

4.6.4.1 Reglamentos ejecutivos o de ejecución

Este tipo de reglamentos para GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ⁵¹¹ son los que desarrollan aquellos aspectos establecidos en la ley, permitiendo que la

⁵⁰⁸ SECAIRA Patricio, *Curso Breve de Derecho Administrativo*, Editorial Universitaria, Tomo I, Quito, 2004, pág.81.

⁵⁰⁹ Código Orgánico Administrativo, Art. 130.

⁵¹⁰ Código Orgánico Administrativo, Art. 129.

⁵¹¹ GARCIA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ Tomás, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 5ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 2003, pág. 432.

Administración utilizando el reglamento, detalle y regule todo lo relacionado con la forma de aplicarse este, ante determinado supuesto o actuación administrativa.

SECAIRA afirma que este tipo de reglamento: “es aquel que expide la Administración en razón de que la propia ley lo faculta o mejor lo obliga a dictarlos y sirven de complemento para la ley, para regular ciertos hechos o procedimientos, su objetivo es asegurar el cumplimiento de la ley, es decir hacer viable su ejecución, por ello también se los conoce como reglamentos de ejecución”⁵¹². De manera explícita en la Constitución se establece que los reglamentos ejecutivos tienen como finalidad hacer cumplir la ley.

En relación, a los reglamentos ejecutivo o de ejecución, GORDILLO nos brinda una brillante crítica que reza lo siguiente: “las leyes deben cumplirse desde el momento de su promulgación y publicación, por lo que no dependen en modo alguno de que el Poder Ejecutivo decida reglamentarlas o no: los jueces y la misma Administración deben acatar y ejecutar o hacer ejecutar las leyes en los casos concretos, interpretándolas para salvar sus vacíos en la medida que fuere necesario en los casos ocurrentes, pero sin depender de que no hayan sido reglamentadas. Esto es así incluso aunque la ley disponga en sus últimos artículos, como es de práctica, que «el Poder Ejecutivo reglamentará la presente ley», pues de admitirse el principio opuesto quedaría librado al arbitrio del poder administrador el cumplir o hacer cumplir la ley, o no, mediante el simple camino de no reglamentarla, lo que, por cierto, no sería admisible bajo ningún punto de vista”⁵¹³.

En mi opinión, los reglamentos ejecutivos o de ejecución tienen como objetivo fundamental lograr la materialización formal de la ley, están dirigidos a la generalidad, a fin dotarlos de una herramienta que les permita conocer, interpretar y aplicar la ley de manera correcta. El reglamento ejecutivo instrumenta y capacita al servidor público para que desarrolle su función con eficiencia, sin que de su existencia dependa el cumplimiento de la ley; ya que ella, posee la característica de obligatoriedad y cumplimiento *per se* y no necesita ser reglamentada para ello.

⁵¹² SECAIRA Patricio, *Curso Breve de Derecho Administrativo*, Editorial Universitaria, Tomo I, Quito, 2004, pág.80.

⁵¹³ GORDILLO Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Macchi, Tomo I, Las fuentes del Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1979, pág. 52.

Los reglamentos de este tipo son los que desarrollan aquellos aspectos establecidos en la ley, permitiendo que la Administración, detalle y regule todo lo relacionado con la forma de aplicarse la ley, ante determinado supuesto o actuación administrativa. Es así, que la jurisprudencia ecuatoriana sobre este tema razonó en una sentencia lo siguiente: “que la ley es abstracta y general, por lo que el reglamento permite legislar sobre las particularidades que la realidad exige, para garantizar el cumplimiento de la ley a la que está subordinado, es decir, depende en mucho de la forma en que se la aplique en concreto, esto es, la forma en que se la ejecute y cobre eficacia el mandato del legislador. Adicionalmente a ello la actividad parlamentaria no tendría la efectiva posibilidad de legislación total, y por ello se enlaza con la potestad reglamentaria del ejecutivo, generándose a su favor una cesión de potestades y que finalmente responde a la necesidad de que las funciones públicas actúen coordinadamente”⁵¹⁴.

Para BARRA analiza que los reglamentos de ejecución se clasifican en: sustantivos y adjetivos. Estos últimos, no son sino “normas de procedimiento para la adecuada aplicación de la ley por parte de la Administración Pública”, mientras que los primeros —que se asemejan a la delegación, tanto que la Corte los denomina como reglamentos de “delegación impropia” o delegados— nacen de una decisión del legislador, que “encomienda al Ejecutivo la determinación de aspectos relativos a la aplicación concreta de la ley, según el juicio de oportunidad temporal o de conveniencia de contenido que realizará el poder administrador”⁵¹⁵.

Los reglamentos ejecutivos en Ecuador, poseen la condición de normas secundarias y por tanto son los que regulan el procedimiento de aplicación de la ley, entre ellos, los principios básicos que la soportan. En entendimiento del aporte de BARRA, el dictado de los reglamentos implica también una cuota discrecionalidad, la cual en el caso de los decretos sustantivos o delegados debe justificarse en la razonabilidad. Este tipo de reglamento es dictado por la Administración Pública, amparados en la atribución constitucional y jurídica que le permite desarrollar el contenido previsto en la ley y que, según lo analizado, debe existir una norma precedente para que sobrevivan, tenga la validez y eficacia necesaria en el ordenamiento jurídico.

⁵¹⁴ Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución No 002-2003-TC, Quito, 2003.

⁵¹⁵ BARRA Rodolfo Carlos, *Principios del Derecho Administrativo, “Reglamentos Administrativos”*, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 1980, pág. 1039.

El reglamento ejecutivo, se dicta con el fin de desarrollar las previsiones reguladas en la norma jurídica, justamente de ahí proviene la denominación reglamentos ejecutivos o de desarrollo, ellos realizan una pormenorización y concreción de determinados aspectos que están establecidos de manera vaga, abstracta e imprecisa en la disposición legal. Su contenido es estrictamente normativo y sirve de complemento a la ley, este tipo de reglamento surge de un mandato expreso contenido el cual se va a desarrollar mediante este.

En este punto de la investigación, es importante retomar la crítica de GORDILLO que establece: “el sentido constitucional es prohibitivo y no supone otorgarle al Poder Ejecutivo la facultad de definir los términos legales (un vicio bastante frecuente), llenar supuestos vacíos o lagunas (otro vicio constante), «corregir errores» ni interpretar con acciones positivas del supuesto espíritu de la ley, sino tan sólo abstenerse de violarlas con aquellas excusas: debe cumplir fielmente sus disposiciones, de acuerdo a la finalidad y objetivos del texto parlamentario”⁵¹⁶. En esta crítica precisamente, se refleja la principal confusión entre el reglamento ejecutivo y el delegado, reitero que en Ecuador (doctrina de CHALCO) no existe la figura del reglamento delegado. Ambas situaciones la de reglamentar en base a una competencias constitucional y la de reglamentar en base de un encargo legal, se ven reflejadas en la figura del reglamento ejecutivo o de ejecución. En la praxis, se usa para la puesta en marcha de la ley; y, también para subsanar, completar o regular inclusive, asuntos no abordados por determinada norma, siempre que esa determinada norma le haya concedido expresamente esa facultad reglamentaria a la Administración Pública. El reglamento ejecutivo en Ecuador, tiene carácter adjetivo, procedimental y formal de apoyo para la ejecución de la ley en el caso concreto.

4.6.4.2 Reglamentos autónomos, independientes o constitucionales

Para comenzar el análisis de este tipo de reglamento de carácter externo debe decirse que como su nombre lo indica, es totalmente independiente, no reglamenta ni completa nada, no constituye una ampliación de la ley; éste, se expide para establecer el ejercicio de aquellas atribuciones de carácter constitucional propias del órgano ejecutivo que lo pronuncia. Este tipo de reglamento no necesita de la ley para garantizar su

⁵¹⁶ GORDILLO Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Macchi, Tomo I, Las fuentes del Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1979, pág. 53.

existencia, tiene como único requisito que el órgano emisor se encuentre facultado por un precepto constitucional.

Los reglamentos autónomos son reglamentos *praeter legem*, dictados por el Presidente de la República, sujeto a las llamadas decisiones administrativas, para expedirlo no se subordina a una ley formal, y se emiten para rectorar las funciones internas de la Administración de forma general, ejerciéndose de esta forma la condición de máxima autoridad administrativa en el país. Por ejemplo: el Reglamento para Vialidad del Indulto, Rebaja y Conmutación de Penas vigente en Ecuador, y todos los reglamentos orgánico funcionales (doctrina de CHALCO) que crean órganos y los dotan de competencias para su ejercicio.

Las posiciones doctrinarias⁵¹⁷ al respecto son muchas y muy variadas, ya que algunos autores avalan la existencia de estos reglamentos, fundados en la “zona de reserva administrativa” de confronte con la “zona de reserva de la ley”; otros, establecen que es inaudito considerar una zona de reserva, inexistente constitucionalmente; y otros, tienen una postura intermedia que reconoce el imperio de la ley pero que establecen que podrían aceptarse los reglamentos autónomos dentro del margen interno de la Administración Pública. Y así, sucesivamente la discusión se vuelve eterna, es por ello que me he limitado a citar los principales postulados al pie y establecer que en mi país, los reglamentos autónomos, independientes o constitucionales, se expiden en virtud de una facultad

⁵¹⁷ MARIENHOFF, quien no sólo es el que ha concretado más acabadamente el tema del reglamento autónomo sobre la base de la existencia de esa zona de la reserva de la administración sino que ha ido más lejos diciendo que "si el órgano legislativo intentara regular estos temas que hacen a la organización y funcionamiento del Poder Ejecutivo, serían inconstitucionales; no puede avanzar el órgano legislativo porque si avanza quebranta el principio de la separación del poder y, por ende, no podrán ser considerados constitucionales. Creo que es la tesis más extrema que existe en cuanto al reconocimiento del Reglamento autónomo. También sigue el Dr. Cassagne esta tesis, pero como ocurre en el Derecho administrativo, por supuesto, no estamos todos de acuerdo. Entonces están los que, en la otra postura, lo niegan terminantemente. Por su parte encontramos a los Dres. Fiorini y Gordillo, que dicen que no hay una potestad reglamentaria reconocida al Poder Ejecutivo en la Constitución Nacional; que es esotérico esto de encontrar una zona de reserva de la administración en el texto constitucional, por lo tanto, rechazan la teoría de la zona de reserva administrativa. El Dr. Linares está en una postura intermedia, diciendo que sí existen estos reglamentos autónomos en tanto y en cuanto estén referidos exclusivamente a la organización y funcionamiento interno de la administración, pero que, si el Congreso legislara sobre las instituciones que según la teoría del profesor Marienhoff únicamente lo podía hacer el órgano ejecutivo, caería el reglamento autónomo porque Linares le otorga prevalencia a la ley. A esto podríamos agregarle lo que sostiene el Dr. Fiorini que también rechaza rotundamente la posibilidad de existencia de una zona de reserva en la administración y además dice que estos reglamentos que hacen a la organización, al funcionamiento, que en definitiva sería el meollo de los textos de los reglamentos autónomos debe considerarse como una "función inherente" que va implícita dentro de las funciones de organización o de auto organización que deben darse los distintos órganos del poder de autoridad del Estado. GAUNA Juan Octavio, "*Reglamentos Autónomos, Acto Administrativo y Reglamento*", *Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Editorial RAP, Buenos Aires, 2002, págs. 626 y 627.

constitucional, no constituyen complemento de la ley y normalmente se expiden para establecer reglas relacionadas con la organización administrativa.

Este tipo de reglamentos, en su gran mayoría y generalidad establecen las competencias, atribuciones, y organización interna de algún organismo o dependencia subordinada. El debate acerca de ellos, se justifica en la constitucionalidad, ya que si bien; por un lado, se está ejerciendo una facultad constitucional directa sin intermedio de ninguna ley; por otro lado, se le concede al Poder Ejecutivo facultades legislativas que implicarían, que este último podrá crear y extinguir derechos, establecer requisitos irracionales o quizás fijar obligaciones que no tengan un sustento legal.

4.6.4.3 Reglamentos delegados o de integración

Según BARRA: “La delegación es un instituto típico del derecho público por el cual se autoriza a que un órgano transfiera a otro el ejercicio de su propia competencia. La transferencia normalmente tiene un contenido determinado y hasta la explicitación de las finalidades a obtener, como así también suele tener un plazo preciso. El órgano delegante es de superior o, excepcionalmente, de igual jerarquía que el órgano delegado; la inversión de esta relación jerárquica resultaría absurda y contradictoria con la naturaleza del propio instituto”⁵¹⁸. En cuanto a los reglamentos delegados, el órgano que delega es el Poder Legislativo, en favor del Poder Ejecutivo, usará como medio para esta delegación, la ley en sí misma.

Se consideran reglamentos delegados según COMAIRA y ESCOLA: “Los actos de alcance general normativo dictados por el Poder Ejecutivo, o eventualmente, por otro órgano de la Administración Pública sobre materias propias de las competencias del Congreso, con base en la autorización previamente acordada por este mediante una ley formal”⁵¹⁹. Se hace fundamental para no generar ninguna vulneración de derechos, y evitar cuestionamientos judiciales de índole constitucional, que la delegación provenga de una norma en forma expresa.

⁵¹⁸ BARRA Rodolfo Carlos, *Principios del Derecho Administrativo, “Reglamentos Administrativos”*, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 1980, pág.1040.

⁵¹⁹ COMADIRA Julio Rodolfo, ESCOLA Héctor Jorge y COMADIRA Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Abeledo Perrot, Tomo I, Buenos Aires, 2013, págs. 44 y 45.

⁵¹⁹ Congreso Nacional, Código Civil, Art. 1.

A pesar de lo expuesto se presentan muchas críticas a este tipo de reglamento es por ello que CULLEN nos aporta un primer elemento para la resolución de este problema, con su clara diferenciación de los conceptos de delegación propia y de delegación impropia. El autor sostiene que: “la necesidad de evitar concentración de poder, por un lado, y de permitir flexibilización y eficacia de ejercicio, por el otro, llevaron a distinguir entre delegación propia e impropia. La primera, importa transferir pura e incondicionalmente la función atribuida a un órgano, hacia otro. La segunda, significa no transferir la función sino solo las particularidades de ésta que, por su naturaleza, no pueden ser ejercidas por el Congreso. La delegación propia no resulta aceptada y si, en cambio, la impropia”⁵²⁰.

En consecuencia, este tipo de reglamentos están sujetos a la autorización y el control del Poder Legislativo (delegante). La delegación legislativa constituye una necesidad del Estado a razón de la celeridad y eficacia en el cumplimiento de las finalidades del Estado. Entenderíamos, que, aunque sea muy cuestionable, si observamos las exigencias anteriormente planteadas, no afectaríamos la división de poderes, puesto que el legislador delega sus competencias sujetas a límites, los cuales deben ser precisos para no incurrir en afectación de derechos. Dicha delegación debe ser expresa y clara, definiéndose cada uno de los asuntos, los órganos que la asumen y especialmente los límites inherentes a ella. Finalmente, es determinante para la delegación legislativa que existan ciertas exigencias⁵²¹ que nos ayuden a garantizar el Estado de Derecho y su correcta funcionalidad.

⁵²⁰ CULLEN mencionado por SABSAY Daniel Alberto y ONAINDIA José Miguel, *La Constitución de los Argentinos, Análisis y comentario de su texto luego de la reforma de 1994*, 7ma. Edición, Editorial ERREPAR, Buenos Aires, 2002, pág. 251.

⁵²¹ SABSAY Daniel Alberto y ONAINDIA José Miguel, *La Constitución de los Argentinos, Análisis y comentario de su texto luego de la reforma de 1994*, 7ma. Edición, Editorial ERREPAR, Buenos Aires, 2002, pág. 252 y 253. Que la delegación sea impropia, es decir que se transfieran parte de las competencias; que el órgano delegante (legislativo) no pierda sus facultades de control sobre el órgano delegado, fiscalización que incluye la posibilidad de dejar sin efecto el reglamento resultante de la delegación; por ende, el delegante, no pierde tampoco su competencia sobre la materia delegada; ciertas materias que hacen a los derechos fundamentales de las personas, entre otras, deben quedar fuera de la esfera de la delegación; el órgano delegante debe determinar en el acto de la delegación los principios de política legislativa en la materia. Expresión que la jurisprudencia estadounidense encierra en el concepto de estándares o patrones legislativos. Es decir, no será una suerte de cheque en blanco concedido en favor del Ejecutivo, sino que este último debe completar una norma ya planeada por el legislador a través de todos los contenidos emparentados por su naturaleza, con el tipo de tareas que el desarrolla; que no sea implícita, es decir, supuestamente derivada de otro acto del Legislativo; por el contrario, ella debe ser expresa y para el caso o situación en cuestión; que sea por tiempo determinado; que exista un control jurisdiccional “a posteriori”, además del que le compete al propio órgano delegante.

4.6.4.4 Reglamentos de necesidad y urgencia o estado excepción

La expedición de un reglamento de necesidad y urgencia posee un carácter excepcional y debe acogerse a las causas establecidas constitucionalmente. En el caso de Ecuador, se denominan decretos de excepción y son el instrumento para hacer frente a las situaciones de emergencia⁵²². Son denominados de esta forma por dos razones; primera, porque excepcionalmente el Presidente cumplirá facultades legislativas; y, segunda, porque se exceptúa la observancia de ciertos derechos, los principalmente afectados: la propiedad y la libertad.

Es importante recalcar que para que los estados de excepción sean legítimos deben poseer ciertas limitaciones⁵²³ desde la justificación de la necesidad y urgencia hasta la temporalidad de la medida⁵²⁴. Además de que al considerarse al reglamento como una actuación administrativa, debe sujetarse a los requisitos de validez de los actos administrativos principalmente la motivación ya que la necesidad y urgencia al constituir un concepto indeterminado, deben precisarse de manera razonada y proporcionada.

⁵²² Constitución del Ecuador, Art. 164.- La Presidenta o Presidente de la República podrá decretar el estado de excepción en todo el territorio nacional o en parte de él en caso de agresión, conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural. La declaración del estado de excepción no interrumpirá las actividades de las funciones del Estado. El estado de excepción observará los principios de necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad y razonabilidad. El decreto que establezca el estado de excepción contendrá la determinación de la causal y su motivación, ámbito territorial de aplicación, el periodo de duración, las medidas que deberán aplicarse, los derechos que podrán suspenderse o limitarse y las notificaciones que correspondan de acuerdo con la Constitución y a los tratados internacionales.

⁵²³ Constitución del Ecuador, Art. 165.- Durante el estado de excepción la Presidenta o Presidente de la República únicamente podrá suspender o limitar el ejercicio del derecho a la inviolabilidad de domicilio, inviolabilidad de correspondencia, libertad de tránsito, libertad de asociación y reunión, y libertad de información, en los términos que señala la Constitución. Declarado el estado de excepción, la Presidenta o Presidente de la República podrá: 1. Decretar la recaudación anticipada de tributos. 2. Utilizar los fondos públicos destinados a otros fines, excepto los correspondientes a salud y educación. 3. Trasladar la sede del gobierno a cualquier lugar del territorio nacional. 4. Disponer censura previa en la información de los medios de comunicación social con estricta relación a los motivos del estado de excepción y a la seguridad del Estado. 5. Establecer como zona de seguridad todo o parte del territorio nacional. 6. Disponer el empleo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional y llamar a servicio activo a toda la reserva o a una parte de ella, así como al personal de otras instituciones. 7. Disponer el cierre o la habilitación de puertos, aeropuertos y pasos fronterizos. 8. Disponer la movilización y las requisiciones que sean necesarias, y decretar la desmovilización nacional, cuando se restablezca la normalidad.

⁵²⁴ Constitución del Ecuador, Art. 166.- La Presidenta o Presidente de la República notificará la declaración del estado de excepción a la Asamblea Nacional, a la Corte Constitucional y a los organismos internacionales que corresponda dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la firma del decreto correspondiente. Si las circunstancias lo justifican, la Asamblea Nacional podrá revocar el decreto en cualquier tiempo, sin perjuicio del pronunciamiento que sobre su constitucionalidad pueda realizar la Corte Constitucional. El decreto de estado de excepción tendrá vigencia hasta un plazo máximo de sesenta días. Si las causas que lo motivaron persisten podrá renovarse hasta por treinta días más, lo cual deberá notificarse. Si el Presidente no renueva el decreto de estado de excepción o no lo notifica, éste se entenderá caducado. Cuando las causas que motivaron el estado de excepción desaparezcan, la Presidenta o Presidente de la República decretará su terminación y lo notificará inmediatamente con el informe correspondiente. Las servidoras y servidores públicos serán responsables por cualquier abuso que hubieran cometido en el ejercicio de sus facultades durante la vigencia del estado de excepción.

CASSAGNE⁵²⁵ analiza que la necesidad o urgencia que da lugar a este tipo de reglamento se caracteriza por: colocar al gobernante ante una situación extrema que conlleve a la decisión de dictar normas para superar una situación de crisis grave o que perjudique la subsistencia y continuidad del Estado; o de grave riesgo en el ámbito social; que se presente una proporción adecuada entre los fines perseguidos y las medidas que establece el reglamento y la rapidez con que deben dictarse las normas para impedir o prever riesgos comunitarios graves. Este tipo de reglamento como su nombre lo indica debe estar encaminado a rectorar y direccionar la actuación de los órganos estatales, de los agentes públicos y de la colectividad en general a la atención de la emergencia. Éstos, son reglamentos que se dictan de forma eventual para resolver una determinada situación de emergencia nacional, ante la que resulta imprescindible la toma de decisiones y regulaciones prontas y expeditas.

El reglamento de necesidad y urgencia es una respuesta extraordinaria, urgente y dinámica en auto conservación del Estado. Según GARCÍA PELAYO: “la idea de que la previsión de situaciones de grave riesgo social, requiere de respuestas urgentes, no susceptibles de generarse por el órgano constitucional al que le compete el ejercicio normal de la Función Legislativa, es una cuestión que integra la propia dialéctica del Estado de Derecho”⁵²⁶. En concordancia, BIELSA enseñó que si bien la potestad normativa del Estado se ejerce según una partición interna de poderes, su continuidad no puede afectarse ante la necesidad de proveer a una necesidad súbdita de interés general, solo por una razón formal, pues si así fuere habría que reconocer una debilidad congénita en el sistema constitucional que engendraría un fundado escepticismo respecto de la soberanía del Estado y de la función protectora que en el orden jurídico él debe realizar sin solución de continuidad⁵²⁷.

En mi postura, los reglamentos de necesidad y urgencia son constitucionales siempre y cuando se justifiquen en los principios del derecho, principalmente en la razonabilidad, proporcionalidad, adecuación y debido proceso. Y por supuesto, que se

⁵²⁵ CASSAGNE Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Palestra Editores SAC, Tomo II, Lima, 2010, pág. 132.

⁵²⁶ GARCÍA Pelayo mencionado por COMADIRA Julio Rodolfo, ESCOLA Héctor Jorge y COMADIRA Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Abeledo Perrot, Tomo I, Buenos Aires, 2013, pág. 58.

⁵²⁷ BIELSA mencionado por COMADIRA Julio Rodolfo, ESCOLA Héctor Jorge y COMADIRA Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Abeledo Perrot, Tomo I, Buenos Aires, 2013, pág. 59.

respeten las limitaciones materiales y formales que se hayan establecido en la norma, así como el plazo para la vigencia de estos.

4.6.4.5 Clasificación en Ecuador, según la doctrina de Chalco: Reglamentos ejecutivos y orgánicos funcionales

Corresponde revisar la clasificación que se le ha dado al reglamento en el contexto ecuatoriano y bajo el análisis constitucional, en virtud de la doctrina de CHALCO⁵²⁸. Dicho autor tomando como base las limitaciones constitucionales, en especial la reserva de ley y la participación ciudadana expresada en el principio democrático, sumadas a los diferentes criterios doctrinales, y la praxis constitucional⁵²⁹ referente al control de la Corte Constitucional del Ecuador sobre el ejercicio reglamentario.

El autor expone lo siguiente: “En efecto, la facultad reglamentaria que recae en el Presidente de la República es una atribución que se encuentra en la esfera del derecho público, ajustando su vigencia al escenario de la distribución del poder; consecuentemente, el apego a la Carta Fundamental y no debilitamiento de la democracia, son sustento importante de este ejercicio reglamentario que como se ha demostrado por norma constitucional existe exclusivamente en la titularidad del presidente de la república y no, en todo el poder que este dirige. Ahora bien, las distintas resoluciones de la Corte Nacional de Justicia que se han mostrado, indican criterios disconformes dentro del órgano; uno de ellos (*Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Resolución 301- 2014, juicio 604-2012, Quito, 22 de abril de 2014*) busca ajustarse a la propuesta de un entendimiento a que la potestad reglamentaria puede existir en otros funcionarios de la administración central. Sin embargo, se insistirá en que ello sería desatender la esencia constitucional de la distribución de potestades entre los poderes del Estado, la observancia al principio democrático y la razón de ser del Estado constitucional como guardián de la norma suprema (*Ecuador, Corte Constitucional del*

⁵²⁸ CHALCO SALGADO José, “*Principio democrático y la facultad reglamentaria del Presidente de la República*”, Repositorio de tesis Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2014.

⁵²⁹ Pues, la práctica y acciones realizadas por quienes están convocados a la protección de la normatividad, espíritu y tutela constitucional serán el termómetro mismo de la efectividad de la Constitución en el país. Así, tanto la medición del respeto constitucional, y la adecuación de los actos de autoridad pública a ella, aún más, cuando se traten de decisiones provenientes del poder que pudiesen alterar la debida participación social y principio democrático estructural del Estado, garantizarán un ordenamiento jurídico conforme y apegado a la Constitución. CHALCO SALGADO José, “*Principio democrático y la facultad reglamentaria del Presidente de la República*”, Repositorio de tesis Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2014, págs. 98-99.

Ecuador, Resolución, RO, No. 451, Quito, 22 de octubre de 2009). Así, en Ecuador únicamente existen reglamentos de ejecución y orgánico funcionales. Mal se puede pretender sostener que la Constitución habilita la creación ejecutiva de reglamentos autónomos”⁵³⁰.

Discrepo con CHALCO al establecer que todos los actos normativos son de única expresión del Presidente. La potestad reglamentaria sí, es únicamente de competencia del Presidente de la República, al tenor de nuestro texto constitucional. Sin embargo, la facultad normativa es propia de la Administración por lo que los órganos administrativos pueden emitir actos normativos, competencia que ha sido reconocida en nuestro país, por el COA, con las limitaciones de ley; y, en mi opinión, en un grado de jerarquía inferior inclusive que los reglamentos. No consiento la idea de desconocer una facultad propia de la Administración. Al respecto, MARIENHOFF expresó “que los reglamentos son los que dicta la Administración en ejercicio de facultades normativas propias, para asegurar o facilitar la aplicación o ejecución de las leyes, llenando o regulando detalles necesarios para un mejor cumplimiento de las leyes y de las finalidades que se propuso el legislador”.⁵³¹

Para COMADIRA y ESCOLA⁵³², establecen que el Poder Ejecutivo, no necesita, dentro del sistema constitucional argentino, de la habilitación de orden legislativa, atendiendo a que su expedición es una atribución propia de él. Los reglamentos ejecutivos tienen como objetivo fundamental lograr la materialización de la ley formal o material, coadyuvan a que los servidores públicos que representan la administración conozcan, dominen y apliquen la ley de manera correcta.

En sus conclusiones, CHALCO establece que: “La Constitución del Ecuador reconoce dos tipos de reglamentos conforme el art. 147.13, estos son: de ejecución y orgánico funcionales. Los primeros, de ejecución, tienen como fin auxiliar a la ley para su correcta vigencia, sin alterarla ni contravenirla, así estos reglamentos dan origen al entendimiento de un respeto al espíritu de la ley, siendo en tal virtud subalternos y conformes a ella; tienen además un sentido de complemento hacia la producción que haga

⁵³⁰ *Ibíd.* pág.99.

⁵³¹ MARIENHOFF Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, 5ta. Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, pág. 41

⁵³² COMADIRA Y ESCOLA, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, pág.41.

el legislador mas no, como un intento por completar a la ley. Los segundos, orgánico funcionales, son aquellos que buscan regular el horizonte de la administración central hacia adentro, es decir marcar las pautas en el manejo del Poder Ejecutivo y nada más, estos reglamentos son de tipo vertical en razón de la observancia de la jerarquía de un jefe de Gobierno que lleva el timón de las actuaciones de sus funcionarios”⁵³³.

Por su parte, JARAMILLO⁵³⁴ considera que el reglamento orgánico funcional no se ha reconocido y que ha sido tratado someramente por una parte de la doctrina o que incluso se lo suma a la clasificación de los reglamentos autónomos. Estos reglamentos según CHALCO⁵³⁵, tienen como objeto establecer de forma única y estricta cuestiones relacionadas con la administración central con el fin de que pueda materializar sus objetivos y alcanzar un alto grado de eficiencia en la gobernanza estatal. Criterio que se relaciona con la figura denominada por GARCÍA DE ENTERRÍA⁵³⁶, como un reglamento *ad extra*, enfocado en asegurar el ejercicio de la facultad de organización de la Administración Pública.

En el mismo sentido, PORRAS⁵³⁷ manifiesta que, el reglamento orgánico funcional se dirigen a autorregular tanto la organización como el funcionamiento en el interior de los órganos de la administración central. En consecuencia, son reglamentos destinados a regir para el funcionamiento y organización de la administración central en sentido vertical, generando efectos directos para los funcionarios públicos⁵³⁸. Al respecto, considero que también generan efectos sobre el administrado, ya que las obligaciones descritas en los cuerpos normativos internos también son exigibles de manera externa por el administrado. Por ejemplo: los casos de corrupción, *compliance*, cohecho, entre otros.

⁵³³ CHALCO SALGADO José... op. cit., pág. 101.

⁵³⁴ JARAMILLO ORDÓÑEZ Hernán, *Manual de Derecho Administrativo*, Editorial Universitaria, Loja, 1992. Citado por CHALCO Salgado José... op. cit., pág. 52.

⁵³⁵ CHALCO Salgado José... op. cit., págs. 53-57.

⁵³⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Bogotá, Temis, 2008, pág. 921.

⁵³⁷ PORRAS RAMÍREZ José María, “Fundamento, naturaleza, extensión y límites de la potestad reglamentaria del Consejo General del Poder Judicial”, *Revista de Estudios Políticos*, No. 87, 1995, pág. 249.

⁵³⁸ AZÓCAR relaciona al reglamento orgánico funcional únicamente con el Poder Ejecutivo, ya que no afecta a los órganos que no pertenezcan a este. AZÓCAR Arturo Aylwin, “La potestad reglamentaria del presidente de la república”, *Revista Chilena de Derecho* 11, No. 2-3, Santiago, 1984, pág. 453. Esto viene ligado a la potestad del Presidente en cuanto a la creación de órganos y entidades con su propio aditamento de competencias.

En resumen y acorde con esta investigación, compatibilizando lo constitucional y lo administrativo y haciendo una sinergia entre la doctrina de CHALCO y mis postulados, en Ecuador, se identifican dos tipos de reglamentos, con sus propias características:

1. **Reglamentos ejecutivos o de ejecución:** son actos normativos que emanan del Poder Ejecutivo, únicamente de la persona del Presidente de República. Son creados con el fin de ejecutar una ley. Son instrumentos subordinados o subalternos ya que dependen de la existencia de una norma jurídica previa para su reglamentación. Su fin es justamente la ejecución, aplicación y materialización de los efectos jurídicos previstos en esa norma jurídica previa. Son fruto únicamente de la potestad reglamentaria constitucional, es por ello que tienen una condición casi de ley y pueden considerarse superiores a los demás actos normativos.
2. **Reglamentos orgánico-funcionales:** Se enfocan en la gestión de los organismos, sus funcionarios y procedimientos. Regulan la actividad de la Administración Pública. Mediante estos instrumentos se crea un organismo y se le otorgan las competencias para su funcionamiento. Al igual que los reglamentos ejecutivos, son fruto de la potestad reglamentaria del Presidente, podrían también ser emanados por los GADS, pero como dijimos esta investigación se inclina hacia la organización administrativa funcional, más no a la jurisdiccional o territorial. Estos reglamentos, conforme a la clasificación de los actos normativos según las relaciones del órgano del que emanan, que se ha creado en esta tesis, serían los denominados “actos normativos interadministrativos”, ya que regulan las relaciones de los órganos administrativos.

Por su parte, los actos normativos de carácter administrativo o “actos normativos interorgánicos”, son normas inferiores a los reglamentos orgánico-funcionales para efectos de jerarquía normativa. Constituyen una subdivisión de los reglamentos orgánico-funcionales, ya que surgen como fruto de una prerrogativa propia de la Administración (la facultad normativa) y en ejercicio de las competencias que los reglamentos orgánico-funcionales les han otorgado.

4.7 Síntesis Capítulo IV

El capítulo cuatro es la parte medular de esta investigación porque es propiamente donde desarrollo los productos del tema propuesto, el reglamento y el acto normativo de carácter administrativo. El tema aunque pareciera abarcar un doble objeto de estudio no lo tiene ya que es precisamente de esas dos maneras, con similitudes y diferencias, como se ejerce la competencia normativa en el Ecuador.

Este capítulo empieza por la naturaleza jurídica de los instrumentos estudiados, el acto administrativo, una serie de definiciones normativas y doctrinarias, los elementos del acto administrativo, caracteres del acto administrativo, las formas de extinción y algunas clasificaciones dentro de las cuales propongo como aporte principal de este capítulo, clasificar al acto normativo según las relaciones del órgano del que emana.

Respecto al reglamento analizamos sus orígenes, definiciones, naturaleza jurídica, comparaciones y clasificaciones para luego determinar al acto normativo de carácter administrativo como un instrumento que pareciera encontrarse subordinado al reglamento, o que bien podría decirse que el reglamento da lugar a la producción de actos normativos de carácter administrativo. Otro de los aportes de esta parte de la investigación es la distinción entre reglamento y acto normativo de carácter administrativo, como lo vemos a continuación.

Entre las principales semejanzas entre el reglamento y acto normativo de carácter administrativo, podemos decir que ambos comparten naturaleza jurídica, es decir, son actos normativos, se emiten de manera unilateral, se realizan en ejercicio de una función administrativa (el Presidente tiene la potestad reglamentaria y los órganos administrativos la facultad normativa de carácter administrativo), constituyen fuentes del Derecho Administrativo, forman parte del bloque de juridicidad, son herramientas fundamentales para el dinamismo y celeridad en el obrar administrativo, gozan de estabilidad ya que su objeto no es inmediato sino que seguirán rigiendo para el futuro, y son ejecutorios.

Entre las principales diferencias se encuentran: la competencia, la especificidad de la materia, sus relaciones (el reglamento tiene un carácter interadministrativo ya que surge para regular las relaciones interadministrativas por lo que es aplicable a todo el entorno

de la Administración Pública; mientras que, el acto normativo de carácter administrativo es interorgánico, al aplicar sus regulaciones al interior de un órgano determinado).

Para recordar la clasificación del acto normativo según las relaciones del órgano del que emana, es fundamental tener en cuenta la personalidad jurídica, el vínculo jerárquico o relación de subordinación y/o los tres elementos de MENDEZ⁵³⁹ (poder de mando, concentración funcional y las potestades o poderes jurídicos). Si esa relación se desarrolla entre dos órganos públicos que tienen personalidad jurídica propia decimos que es una relación interadministrativa y si se desarrolla entre dos órganos entre los cuales alguno no posea personalidad jurídica propia decimos que es una relación interorgánica.

Ergo, un acto normativo interadministrativo es aquel que emana de un órgano que tiene personalidad jurídica o poder de mando, concentración funcional o jerarquía y potestad para emitir ese acto. Siendo un ejemplo de este los reglamentos orgánico-funcionales emitidos por el Presidente para crear y acreditar competencias a un órgano subordinado. Un acto normativo interorgánico es aquel que surge de un órgano que no poseen personalidad jurídica propia (no tienen poder de mando), son órganos subalternos o subordinados (concentración funcional en el órgano jerárquico), y existe el poder jurídico para regular únicamente los asuntos internos del órgano a su cargo (Art. 130 del COA).

Esta propuesta de clasificación coadyuvaría a eliminar la incertidumbre jurídica existente en el país en cuanto a la potestad reglamentaria y a la facultad normativa de carácter administrativo y sus instrumentos, ya que aunque reconoce a ambos actos como normativos, les agrega particularidades que los diferencian y por ende da lugar a un trato e impugnación diferentes. Además, evitaría cualquier clase de ilegalidad, arbitrariedad y extralimitación de la competencia por parte de los órganos administrativos inferiores.

Por su parte también resulta interesante el análisis de las diversas teorías respecto a la clasificación de los reglamentos, en doctrina de GORDILLO⁵⁴⁰ establece como clasificación general de los actos normativos, los internos y los externos respecto de la relación de la Administración con el administrado; la clasificación en el derecho administrativo argentino (ejecutivos, autónomos, delegados y de necesidad y urgencia);

⁵³⁹ Citado en pág. 167.

⁵⁴⁰ Citado en pág. 218.

y, la clasificación constitucional aplicable al Ecuador en doctrina de CHALCO⁵⁴¹ reglamentos ejecutivos y orgánico funcionales porque son los que expresamente se encuentran en el art. 147 de la Constitución del Ecuador.

De esta parte el aporte principal es la diferenciación, por un lado tenemos al reglamento ejecutivo o aquel que pone en ejecución una norma constitucional o una disposición legal; y, por otro, al reglamento orgánico funcional que sería aquel que es emitido para crear un organismo y concederle sus competencias, en nuestra clasificación en base a las relaciones del órgano del que emana, sería el denominado acto normativo interadministrativo. En consecuencia y subordinación de este último es que el órgano regulará sus asuntos internos y lo hará mediante la figura del acto normativo de carácter administrativo.

⁵⁴¹ Citado en pág. 228.

CAPÍTULO V

IMPUGNACIÓN DEL REGLAMENTO Y DEL ACTO NORMATIVO DE CARÁCTER ADMINISTRATIVO

5.1 El Procedimiento Administrativo

Es importante examinar los criterios doctrinales que definen el procedimiento administrativo, al respecto ZAVALA EGAS⁵⁴², lo considera una sucesión cronológica y ordenada de actos a través del cual se ejerce la actividad de la Administración Pública y que genera determinadas consecuencias jurídicas. Por su parte, DROMI⁵⁴³ analiza que constituye una herramienta para gobernar, controlar y ejercer el poder sujeto a la legalidad y a garantizar los medios procesales a los administrados y es el hilo conductor que va encauzando los actos derivados de los órganos de poder público, para materializar y expresar jurídicamente la voluntad administrativa.

El procedimiento administrativo constituye un grupo de reglas estipuladas en la ley, que determinan el desenvolvimiento de los actos de índole administrativa y que, a su vez, asegura los derechos subjetivos de los administrados⁵⁴⁴. Reconoce como partes en el mismo, a la administración y al administrado, basado en una relación de poder que implica una subordinación al interés común. Dicho procedimiento administrativo es intrínseco a la Función Ejecutiva, es considerado una técnica que garantiza la condición jurídica de vulnerabilidad del administrado puesto que su objetivo fundamental tiene un doble fin: asegurar y proteger al particular frente a la administración y garantizar la concreción del bien público.

⁵⁴² ZAVALA EGAS Jorge, *Derecho Administrativo*, Editorial Edino, Tomo I, Guayaquil, 2003, pág. 65.

⁵⁴³ DROMI José Roberto, *Derecho Administrativo*, Editorial Ciudad Argentina, 10ma. Edición, Buenos Aires, 2004, pág.121.

⁵⁴⁴ Constitución del Ecuador, Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada. 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento. 4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria. 5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora. 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza. 7. El derecho de las personas a la defensa...

Se debe destacar que según GORDILLO⁵⁴⁵ en el procedimiento de naturaleza administrativa, los administrados pueden impugnar la voluntad de la Administración haciendo uso de recursos, reclamaciones y denuncias como vías para ejercer sus derechos y garantías de carácter constitucional. Entre las características propias del procedimiento administrativo se destacan: que está basado en el principio de auto tutela administrativa⁵⁴⁶, ya que se ejerce ante los órganos de esa naturaleza, posee un carácter formal, protege derechos subjetivos de los administrados, se manifiesta el principio de oficialidad llamado inquisitivo, se comienza e impulsa tanto a petición de parte como de oficio⁵⁴⁷, puede culminar con una resolución firme y admite reclamos y recursos ante la misma sede y en caso de casación se acude a los órganos jurisdiccionales de carácter administrativo.

Sobre el procedimiento administrativo, SANTOFIMIO⁵⁴⁸ plantea que el procedimiento administrativo se caracteriza por ser unitario, pero con etapas perfectamente delimitadas en el ordenamiento positivo. Una etapa de inicio, que podríamos de acuerdo con la naturaleza de su objeto, denominarla de formación del acto o procedimiento de legalidad; y, una etapa posterior, también de carácter administrativo pero que no se refiere propiamente a la conjugación de elementos para el nacimiento del acto de carácter posterior, tendiente a la eficacia del acto o decisión adoptada por la Administración; sino que se refiere al ejercicio de los derechos y garantías de los administrados y se denomina, recursiva o de impugnación. Estas dos etapas conforman el procedimiento administrativo; una, consagrada como elemento esencial en la formación de la voluntad de la Administración Pública; y, la otra, como la sustancia del principio de

⁵⁴⁵ GORDILLO Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Porrúa, 9na. Edición, México, 2004, pág.231.

⁵⁴⁶ Código Orgánico Administrativo, Art. 132.- Revisión de oficio. Con independencia de los recursos previstos en este Código, el acto administrativo nulo puede ser anulado por la máxima autoridad administrativa, en cualquier momento, a iniciativa propia o por insinuación de persona interesada. El trámite aplicable es el procedimiento administrativo. El transcurso del plazo de dos meses desde el día siguiente al inicio del procedimiento de revisión de oficio sin dictarse acto administrativo produce la caducidad del procedimiento.

⁵⁴⁷ Código Orgánico Administrativo, Art. 139.- Impulso procedimental. A las administraciones públicas les corresponde el impulso oficial del procedimiento administrativo. Al solicitar las diligencias o trámites que deban ser cumplidos por otros órganos administrativos, debe indicarse el término para su cumplimiento. El órgano competente debe corregir las omisiones o errores de derecho en que incurran las personas que intervienen en el proceso, que no se refiera a la pretensión, con excepción del procedimiento administrativo sancionador. La persona interesada podrá también impulsar el procedimiento administrativo, particularmente, en lo que respecta a las cargas y obligaciones en la práctica de la prueba.

⁵⁴⁸ SANTOFIMIO Jaime Orlando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial de la Universidad Externado de Colombia, 4ta. Edición, Bogotá, 2013, pág. 183.

tutela efectiva⁵⁴⁹ y el derecho a la defensa⁵⁵⁰ de los administrados. De ahí provienen los dos caracteres del procedimiento administrativo, esencial/elemental y sustancial/adjetivo.

Sobre el tema de estudio, SAYAGUÉS LASO escribió que: “Es el conjunto de trámites y formalidades que debe observar la Administración al desarrollar su actividad. Los órganos de la Administración se mueven dentro de los límites precisos que fija el derecho y sujetándose a reglas de procedimiento determinadas. Esto es indispensable no sólo para encauzar debidamente a la Administración Pública, sino como garantía a los particulares afectados por su actividad. El cumplimiento de las normas de procedimiento es, por lo tanto, un deber de los órganos públicos”⁵⁵¹.

Como se ha analizado, el procedimiento posee varias etapas y todas encaminadas a darle al procedimiento el curso que corresponde, sujeto a formalidades y principios. Es importante destacar que el procedimiento administrativo al regular la actuación de la Administración, el administrado ocupa una posición importante en él, abandonando la posición de expectante, puesto que, al existir un procedimiento determinado, éste puede ejercer un control de los actos que surgen de la Administración y en caso de inconformidad impugnarlos ya sea en sede administrativa, judicial o constitucional.

Partiendo de la generalidad del procedimiento administrativo, podemos decir que de conformidad con la naturaleza jurídica de los instrumentos analizados en esta tesis (reglamento y acto normativo de carácter administrativo) de la especie actos

⁵⁴⁹ Constitución del Ecuador, Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado.

⁵⁵⁰ Constitución del Ecuador, Art. 76 numeral 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento. b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa. c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones. d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento. e) Nadie podrá, ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto. f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento. g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor. h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra. i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto. j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo. k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.

⁵⁵¹ SAYAGUÉS LASO Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, Edición Fundación de Cultura Universitaria, Tomo II, Montevideo, 1972, pág. 46.

administrativos, del tipo actos normativos; se ven alcanzados por el procedimiento administrativo tanto en su formación como en su impugnación. Es así, que lo primero a considerar para la emisión de un acto son sus requisitos de validez: competencia, objeto, voluntad, procedimiento y motivación. En cuanto a la forma, la generalmente aceptada es la escrita, en especial por su carga probatoria.

5.2 Principios del Procedimiento Administrativo

En el procedimiento de naturaleza administrativa, están presentes varios principios que son la directriz y constituyen la estructura de este, además aseguran las garantías de los administrados. Los principios se valoran y se aplican de forma ponderada, en ellos inciden varios aspectos, al respecto DWORKIN⁵⁵², analiza que los principios son distintos a las reglas, y su diferencia radica, en que su aplicabilidad a un asunto determinado no es absoluta, o sea no es “todo o nada”, sino que está en dependencia del peso relativo del principio con respecto a otros principios que resulten relevantes, según el caso que se trate. Por su lado, GORDILLO afirma que: “los principios no son ‘reglas’ de las que se pueda deducir conclusiones por un razonamiento lógico, son formas de comprender y hacer funcionar el derecho para que sea justo”⁵⁵³.

Por las consideraciones anteriores, resulta elemental analizar la definición de principios, cuya acepción según TAMAYO⁵⁵⁴ proviene del griego *arxe*, el cual está asociado a la constitución de un elemento. Los principios constituyen una forma de proposición, un fundamento sobre los cuales se basan determinadas decisiones, estos conforman un conjunto de axiomas basados en la doctrina, la filosofía y contribuyen al surgimiento de determinado derecho y sobre él se erige el ordenamiento jurídico. En el procedimiento administrativo, están presentes una serie de principios que constituyen la directriz y la estructura del mismo.

⁵⁵² DWORKIN Ronald, *Los Derechos en Serio*, Editorial Ariel, Barcelona, 2012, pág. 236.

⁵⁵³ GORDILLO Agustín, *Introducción al Derecho Administrativo*, Editorial Abeledo Perrot, 1era. Edición, Buenos Aires, 1962, pág. 5

⁵⁵⁴ TAMAYO Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica, El paradigma de la racionalidad y la ciencia del Derecho*, Editorial Universidad Nacional Autónoma, México, 2003, pág. 43.

Con referencia a lo anterior es importante tener en cuenta que SANTOFIMIO⁵⁵⁵ valora los principios como premisas básicas de orden jurídico que guían la interpretación, la actuación y participación, de la administración en sus actuaciones; y al expedir un acto de naturaleza administrativa, se consideran elementos rectores que permiten controlar y limitar el ejercicio de los poderes del Estado y en consiguiente su correcta aplicación permiten lograr una armonía entre la Administración y el administrado. Se puede afirmar que los principios aseguran la defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos, permite la participación ciudadana y la defensa de aquellos derechos que inciden en la colectividad.

Sobre el tema CARBONELL considera que: “los principios son mandatos de optimización”⁵⁵⁶ y por tanto conllevan a su correcto, sistemático y ordenado cumplimiento. Claramente, los principios nos sirven para la interpretación y aplicación del derecho, los operadores de justicia los usan como medios para suplir falencias y complementar el derecho positivo. Recordemos que los principios administrativos estudiados en el análisis de la potestad reglamentaria y la facultad normativa en el capítulo II, sirven como parámetros que habilitan o prohíben la producción de normativa por parte de la Administración, en el eje del Estado de Derecho.

ZAMBRANO aseveró que: “los principios son la expresión jurídica de las facultades y libertades de los hombres y mujeres, estos representan sus intereses, necesidades y aspiraciones encaminados a tener una vida digna, basada en la racionalidad y la justicia. Independientemente de las diferencias sociales que existen entre las personas”⁵⁵⁷. Siendo la vida digna la compilación de los derechos humanos (principios), es una obligación del Estado recogerlos en el ordenamiento jurídico, además de crear mecanismos para materializarlos y aplicarlos adecuadamente en todas las esferas de la sociedad.

Luego de conocer las generalidades del término “principio” es posible afirmar que estos constituyen axiomas o presupuestos que deben aplicarse en el actuar de la

⁵⁵⁵ SANTOFIMIO Jaime Orlando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia Bogotá, 4ta. Edición, Bogotá, 2013, pág. 34

⁵⁵⁶ CARBONELL Miguel, *Argumentación Jurídica, El Juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, Editorial Porrúa, México, 2011, Pág. 2.

⁵⁵⁷ ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Del Estado Constitucional al Neo constitucionalismo*, Editorial EDILEX, Guayaquil, 2011, pág. 53.

Administración para de esta manera lograr un equilibrio no solo en el ejercicio de la potestad reglamentaria y la facultad normativa de carácter administrativo de confronte con la división de poderes y la democracia; sino también en la creación y emisión de los actos administrativos, como en su posterior control de constitucionalidad y legalidad. En definitiva, aunque el análisis de los principios torna amplio y apasionante, en cuanto a esta investigación y a los intereses del Derecho Administrativo Ecuatoriano, lo concluimos estableciendo que los principios que serán analizados son aquellos que rigen los procedimientos en el margen del Estado de Derecho. A continuación, se analizan algunos de estos principios.

5.2.1 Principio de Verdad Material

El principio a examinar es de vital importancia en el procedimiento administrativo y esta interrelacionado con el resto de principios que serán analizados más adelante. Al respecto, ESCOLA plantea acertadamente que este principio “supone que se deseche la prevalencia de criterios que acepten como verdadero algo que no lo es o que nieguen la veracidad de lo que sí lo es. Ello porque con independencia de lo que hayan aportado, la Administración siempre debe buscar la verdad sustancial como mecanismo para satisfacer el interés público”⁵⁵⁸. Es importante señalar, que la verdad jurídica objetiva según el autor antes mencionado busca la adecuación entre la visión que se posee de un objeto y lo es este en realidad. La Administración en el procedimiento administrativo está obligada a obtener como resultado la verdad material, para poder tomar una decisión ajustada a derecho, lograr los resultados esperados y cumplir con los fines a ella encomendados.

En general, en los procedimientos administrativos en Ecuador, se tiende a encontrar la verdad formal, lo que se llega a probar mediante las actuaciones escritas constantes en el expediente. Los servidores públicos como parte del procedimiento administrativo deben contar con el soporte documental y probatorio en el expediente⁵⁵⁹ correspondiente al asunto que le permita llegar a un convencimiento pleno para poder tomar la decisión correcta. El expediente en el momento procesal en el que se despeja la prueba constituye parte fundamental ya que como establece HUTCHINSON: “esta

⁵⁵⁸ ESCOLA Héctor Jorge, *Tratado General de Procedimiento Administrativo*, Editorial Depalma, 2da. Edición, Buenos Aires, 1981, pag.126.

⁵⁵⁹ Código Orgánico Administrativo, Art. 145 y ss.

proyección puede darle la firme convicción de haber descubierto la verdad o que, ese conocimiento coincide con la verdad”.⁵⁶⁰ En consecuencia, la verdad material implica lo esencial y verosímil, lo sustancial, lo que es cierto, lo que no se puede cambiar, es decir es aquello que es porque posee características de certeza; mientras que la verdad formal es aquello que se logra probar, esta es maleable según las pretensiones y la retórica de quien la maneje.

Por su lado, HEREDIA⁵⁶¹ analiza que el procedimiento administrativo basado en este principio debe tener un carácter instructorio, y permitir que la autoridad pueda proceder de oficio. En el procedimiento analizado, el órgano o en específico el servidor que resuelve el caso, debe actuar sujeto al principio de la verdad material, y, por tanto, debe acogerse a los hechos, para lo que es elemental verificar hechos, circunstancias, y todos aquellos elementos que incidan en el asunto, para lograr una decisión adecuada.

En el mismo sentido, se debe decir que la instrucción, en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones, implica el recaudo de indicios y la práctica de ciertas diligencias que den como resultado la mayor verosimilitud entre ellos para aproximarse a la certeza sobre los hechos. Así mismo, en el procedimiento administrativo, la Administración Pública, debe recaudar, comprobar y valorar para despejar las dudas y de esta manera materializar el principio analizado. Más aún, cuando se trata del cuestionamiento de un acto normativo de carácter administrativo, se hace fundamental que la administración que emitió el acto lo revise previamente antes de resolverlo o elevarlo al jerárquico para su resolución, recordemos que la presunción de legitimidad de los actos implica que sean estables, por lo que si adolecen de vicios deben ser rectificadas por la propia administración.

5.2.2 Principio de Eficacia

Otro de los principios del procedimiento administrativo a analizar es la eficacia, basada en que en la tramitación y solución del asunto se deben lograr salvaguardar el interés público. La Administración para materializar la eficacia no debe imponer

⁵⁶⁰ HUTCHINSON Tomás, *Régimen de Procedimientos Administrativos, De la prueba en el procedimiento administrativo*, Ediciones RAP, 6ta. Edición, Buenos Aires, 2002, pág. 380.

⁵⁶¹ HEREDIA Horacio, “*Los medios administrativos para la protección de los administrados*”, Revista Colegio de Abogados N° 2, Buenos Aires, 1945, pág. 251.

formalidades que conlleven a la dilatación y afecten el adecuado funcionamiento de la actividad administrativa. Sobre este principio, DROMI⁵⁶² expresó que se relaciona con la simplificación y concentración de procedimientos, implica no utilizar términos innecesarios y carentes de utilidad, debe aplicarse en el procedimiento objetividad y flexibilidad probatoria que le permitan gozar de la eficacia necesaria.

El principio de eficacia⁵⁶³ implica que los sujetos del procedimiento administrativo deben procurar el cumplimiento del fin que dio lugar a ese procedimiento, impedir el exceso de formalismos que afecten su consecución y que no sean determinantes para tomar la decisión correspondiente, evitar cualquier acto que vulnere las garantías del administrado, que pueda colocarlo en indefensión y todas aquellas actuaciones que afecten la validez y legitimidad del procedimiento. Este principio se relaciona con el de informalismo, ambos tienen como objetivo lograr la verdad material mediante el reconocimiento de los derechos del administrado.

Así también, el principio de eficacia se relaciona estrechamente con el principio de eficiencia⁵⁶⁴ ya que al establecerse que la Administración Pública constituye un servicio⁵⁶⁵ para la colectividad, tiene que ver con “la actitud entusiasta de los servidores públicos para cumplir sus funciones con oportunidad, cortesía y esmero; comprometidos con la misión institucional de su dependencia o entidad, y así manifestar su mística de trabajo en aras de un servicio oportuno, completo, confiable y transparente”⁵⁶⁶. Es por ello, es necesario omitir formalidades no esenciales y dentro del margen de la legalidad ejecutar la finalidad propuesta por el órgano al momento del inicio del procedimiento.

Este principio alcanza en gran manera a los actos reglamentarios y/o normativos ya que considerando que se van a ensamblar en el ordenamiento jurídico y regir para situaciones futuras; al referimos a la creación de estos instrumentos, la eficacia viene dirigida a cumplir legítimamente (ajustando a los asuntos de su competencia y respetando

⁵⁶² DROMI José Roberto, *Derecho Administrativo*, Editorial Ciudad Argentina, 10ma Edición, Buenos Aires, 2004, pág. 318.

⁵⁶³ Código Orgánico Administrativo, Art. 3.- Principio de eficacia. Las actuaciones administrativas se realizan en función del cumplimiento de los fines previstos para cada órgano o entidad pública, en el ámbito de sus competencias.

⁵⁶⁴ Código Orgánico Administrativo, Artículo 4.- Principio de eficiencia. Las actuaciones administrativas aplicarán las medidas que faciliten el ejercicio de los derechos de las personas. Se prohíben las dilaciones o retardos injustificados y la exigencia de requisitos puramente formales.

⁵⁶⁵ Constitución del Ecuador, Art. 227.

⁵⁶⁶ HUERTA OCHOA Carla, *La Intervención Administrativa en el Estado Contemporáneo*, Editorial Universidad Nacional Autónoma, 2da. Edición, México, 2012, pág. 81.

limitaciones) un propósito, bien sea, ejecutar una ley, crear un organismo o regular los asuntos internos de ese organismo. De cualquier modo, es indispensable contar con un proceso eficaz en cuanto a la recaudación de los elementos que van a constituir la motivación del acto para no caer en regulaciones repetitivas, innecesarias y/o arbitrarias.

5.2.3 Principio de Oficialidad

El principio de oficialidad es importante dentro del procedimiento administrativo, puesto que se refiere al deber administrativo de darle el impulso procesal al procedimiento por iniciativa propia y la obligación de la Administración de resolver el asunto. La aplicación de este principio dentro del procedimiento constituye una garantía y representa una buena administración de los intereses generales. Este principio impulsa *per se* todos los trámites es por ello que se relaciona estrechamente con la auto tutela ya que promueve el examen propio de las actuaciones. Como dijimos antes, estos principios se ven revestidos de importancia siendo que nos referimos a los reglamentos y actos normativos de carácter administrativo, no a simples actos administrativos.

En cuanto al procedimiento adjetivo, CAMPOLIETI analiza que: “toda vez que el fin último del procedimiento administrativo es la búsqueda de la verdad material, es deber de las autoridades dirigir e impulsar el procedimiento de oficio.”⁵⁶⁷ Con lo cual obliga a la Administración Pública a impulsar y agotar la práctica de todas las diligencias que resulten necesarias para dictar una decisión ajustada a derecho.

Al aplicarse el principio de oficialidad se debe lograr cumplir con los fines del procedimiento, por tanto, la Administración posee tanto la obligación de iniciar el trámite correspondiente como de sustanciarlo hasta su culminación, garantizando en el procedimiento las garantías del debido proceso⁵⁶⁸ y la seguridad jurídica⁵⁶⁹ de los administrados. Este principio implica no solo el impulso de oficio, sino también la instrucción mediante la práctica de la prueba oficiosa⁵⁷⁰. La autoridad administrativa para

⁵⁶⁷ CAMPOLIETI, Federico, *Los límites del contrato administrativo*. En FERNÁNDEZ RUIZ Jorge y SANTIAGO SÁNCHEZ Javier, “*Contratos administrativos. Culturas y sistemas jurídicos comparados*”, Repositorio de tesis de la Universidad Nacional Autónoma, México, 2007, pág. 22.

⁵⁶⁸ Constitución del Ecuador, Artículo 76.

⁵⁶⁹ Constitución del Ecuador, Artículo 82.

⁵⁷⁰ Código Orgánico Administrativo, Art. 198.- Prueba oficiosa. Las administraciones públicas podrán disponer la práctica de cualquier prueba que juzguen necesaria para el esclarecimiento de los hechos controvertidos.

dar cumplimiento al mismo debe tomar las medidas pertinentes y contar con las herramientas para impulsar debidamente el procedimiento, para obtener las pruebas necesarias que le permitan resolver el asunto correspondiente.

Sobre lo antes analizado, GORDILLO expresó: “el principio de oficialidad no solo implica la impulsión de oficio, sino también la instrucción de oficio, correspondiéndole la carga de la prueba a la Administración, lo cual significa que, si la prueba aportada al expediente no satisface al funcionario instructor, deberá disponer la práctica de diligencias probatorias, que considere necesarios para establecer la verdad material”⁵⁷¹. Se debe destacar que la carga probatoria⁵⁷², en la mayoría de los casos, recae sobre la Administración y si las pruebas que constan en el expediente resultan insuficientes, el servidor funcionario público debe solicitar informes, dictámenes u otros medios que le permitan esclarecer los hechos para en base a ello emitir la resolución sobre el asunto.

Se debe decir que el principio de oficialidad está estrechamente relacionado con el principio del debido proceso administrativo⁵⁷³ y la tipicidad, atendiendo a que debe cumplirse con los mecanismos establecidos con anterioridad, que implica favorecer o al menos no afectar los administrados (principio pro administrado). Es importante destacar que, en la práctica cotidiana, los administrados son los que le dan al procedimiento el impulso necesario puesto que la Administración muchas veces muestra pasividad o descomedimiento en el procedimiento debido principalmente al congestionamiento en cuanto a los casos o asuntos que atender.

5.2.4 Principio de Informalidad

Otro de los principios que intervienen en el procedimiento administrativo y que importa a esta investigación, es el principio de informalidad conocido también como: *pro*

⁵⁷¹ GORDILLO Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Fundación de Derecho Administrativo, Tomo V, Buenos Aires, 2012, pág.30.

⁵⁷² Código Orgánico Administrativo, Art. 195.- Cargas probatorias. La prueba se referirá a los hechos controvertidos. En todo procedimiento administrativo en que la situación jurídica de la persona interesada pueda ser agravada con la resolución de la administración pública y en particular, cuando se trata del ejercicio de potestades sancionadoras o de determinación de responsabilidades de la persona interesada, la carga de la prueba le corresponde a la administración pública. En todos los demás casos la carga de la prueba le corresponde a la persona interesada. La administración pública no exigirá de la persona interesada la demostración de hechos negativos, la ausencia de responsabilidad, su inocencia o cualquier otra forma de prueba ilógica o físicamente imposible.

⁵⁷³ Código Orgánico Administrativo, Art. 33.- Debido procedimiento administrativo. Las personas tienen derecho a un procedimiento administrativo ajustado a las previsiones de ordenamiento jurídico.

administrado o indubio pro actione, forma parte de la tutela administrativa efectiva ya que salvaguarda el derecho a la acción, aun cuando el administrado haya cumplido o no con las formalidades requeridas en el procedimiento. Este principio, también obliga a la Administración a hacer una interpretación de la norma, del caso y resolver el asunto. Para los autores, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ: “el principio de acción se postula en favor de la mayor garantía y de la interpretación más favorable al ejercicio del derecho de acción y, por lo tanto, en el sentido de asegurar, en lo posible más allá de las dificultades de índole formal, una decisión sobre el fondo de la cuestión objeto del procedimiento”⁵⁷⁴.

La informalidad está relacionada también con la buena fe, atendiendo a que la Administración está obligada a actuar bajo dicha forma con respecto al administrado. Bajo este precepto, el administrado puede incumplir las formalidades no esenciales requeridas en el procedimiento, generando un predominio de los temas de fondo que las formas. Por ejemplo: en caso de que el administrado/sancionado presente un recurso de apelación ante la imposición de una sanción desproporcionada e inconstitucional (tres días de arresto de rigor por no saludar a un jefe así sea fuera de la institución y de las horas laborables), cuyo fundamento es un reglamento disciplinario emitido por el Ministerio de Defensa Nacional, pero la sanción se exteriorizó por acto administrativo sancionatorio que emana del Comando Conjunto del Ejército; la pretensión es la nulidad del reglamento y por ende el levantamiento de la sanción, por lo cual debería plantearse ante el Ministerio. Sin embargo, lo presenta ante el Comando Conjunto; siguiendo el principio de informalidad, el Comando debería elevarlo al Ministerio para que lo resuelva.

Para COMADIRA: “la atenuación de las exigencias formales no esenciales en el procedimiento administrativo es consecuencia del papel de colaborador que, en él, y en principio, corresponde atribuir al administrado respecto de la gestión del bien común atribuida a la Administración Pública”⁵⁷⁵. Es decir, el administrado no es un litigante, es un colaborador⁵⁷⁶ de la Administración y en consideración a ello se permite la elasticidad

⁵⁷⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás, *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Cívitas, 8va. Edición, Tomo I, Madrid, 1997, pág. 477.

⁵⁷⁵ COMADIRA Julio Rodolfo, ESCOLA Héctor Jorge y COMADIRA Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Abeledo Perrot, Tomo II, Buenos Aires, 2013, pág. 1159

⁵⁷⁶ Código Orgánico Administrativo, Art. 41.- Deber de colaboración con las administraciones públicas. Las personas deben colaborar con la actividad de las administraciones públicas y el buen desarrollo de los procedimientos. Facilitarán a las administraciones públicas informes, inspecciones y otros actos de investigación en los casos previstos por el ordenamiento jurídico. Proporcionarán a las administraciones públicas actuantes, información dirigida a identificar a

de las exigencias de procedimiento, sin que esto signifique inexigibilidad de formas, solo relativización y preponderancia de ellas. En consecuencia, la exigencia de ciertas formas no debe dar lugar a la obstaculización, suspensión o paralización del procedimiento o sea se debe garantizar que este fluya, por más que se trate de instrumentos normativos.

5.2.5 Principio de Publicidad

El principio de publicidad es importante en el procedimiento administrativo de formación de los actos normativos, ya que al igual que la ley condiciona su vigencia y validez. Además, asegura la transparencia⁵⁷⁷ y la participación ciudadana a través del control de las disposiciones contenidas en ese instrumento.

En lo que respecta a la transparencia se relaciona también con la participación⁵⁷⁸ del administrado. CAMARASA señala que: “las autoridades deben brindar las condiciones necesarias a todos los administrados para acceder a la información que administren, sin expresión de causa, a excepción de aquellas que afectan la intimidad personal, de las vinculadas a la seguridad nacional o las que expresamente sean excluidas por la ley”⁵⁷⁹.

SANTOFIMIO asegura que: “la publicidad se traduce, desde el punto de vista de los procedimientos administrativos, en la necesidad de dar a conocer las decisiones mediante comunicaciones, notificaciones o publicaciones o a través de los medios que los procedimientos especiales consideren aptos para estos propósitos. La eficacia jurídica de los actos administrativos depende directamente de los efectivos y válidos procesos de publicidad que desarrollen las autoridades”⁵⁸⁰. La actuación administrativa debe basarse en la claridad, transparencia y tener carácter público, además de conocimiento general y no debe dar lugar a la sorpresa o la inobservancia por desconocimiento del administrado.

otras personas no comparecientes con interés legítimo en el procedimiento. Comparecerán ante los titulares de los órganos administrativos responsables de la tramitación de las actuaciones o los procedimientos administrativos, cuando sean requeridos. Denunciarán los actos de corrupción.

⁵⁷⁷ Código Orgánico Administrativo, Art. 12.- Principio de transparencia. Las personas accederán a la información pública y de interés general, a los registros, expedientes y archivos administrativos, en la forma prevista en este Código y la ley.

⁵⁷⁸ Código Orgánico Administrativo, Art. 10.- Principio de participación. Las personas deben estar presentes e influir en las cuestiones de interés general a través de los mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico.

⁵⁷⁹ CAMARASA Juan, *La participación en la Administración Pública*, Editorial Temis, Bogotá, 2001, pág. 93.

⁵⁸⁰ SANTOFIMIO Jaime Orlando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia Bogotá, 4ta. Edición, Bogotá, 2013, pág. 266.

En conclusión, el procedimiento administrativo para la emisión de los actos normativos debe ser público para prevenir cualquier manifestación de arbitrariedad, puesto que los administrados pueden acceder plenamente a la normativa, conocer y controlar la normativa, con lo cual se garantiza la seguridad jurídica, la confianza legítima y la participación ciudadana, coadyuvando a que se establezca una relación de cooperación entre la Administración y administrado, permitiendo que estos últimos se rijan por instrumentos legítimos y válidos.

5.2.6 Principio de Imparcialidad

Durante el procedimiento de formación de los actos normativos, las regulaciones van dirigidas a la colectividad, no atiende a un particular en específico, a pesar de la relación de subordinación que caracteriza al Derecho Administrativo, el órgano administrativo debe gozar de toda la autonomía para emitir su decisión, no deben manifestarse preferencia alguna hacia otros interés que no sean los del interés común, siendo que muchas veces, en especial cuando se trata de aplicar los actos normativos, la administración actúa como: regulador, juez y parte, por ejemplo: un sumario administrativo.

Al respecto, la imparcialidad torna relativa, sobre ello GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ expusieron que: “la Administración reúne en el procedimiento administrativo la doble condición de juez y parte, razón por la cual el principio de la imparcialidad, característico de todo proceso, resulta relativizado en cierta medida”⁵⁸¹. La imparcialidad es un principio que debe cumplirse tanto por el legislador, el juez y la Administración, en cualquier proceso, más aun, en el caso de emitir normas que determinen derechos y obligaciones. En apego a la imparcialidad, se debe usar la razonabilidad y la objetividad para tomar una emanar un acto reglamentario y/o normativo, libre de arbitrariedades y favoritismos.

⁵⁸¹ GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás, *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Cívitas, 5ta. Edición, Tomo I, Madrid, 1997, pág. 483.

5.2.7 Principio del Debido Proceso

El debido proceso tiene raigambre constitucional y para efectos de esta investigación, tienen varios enfoques: 1. En cuanto a la motivación o la parte considerativa del instrumento, en donde debe especificarse la competencia, el alcance, y los supuestos que serán reglamentadas. 2. En cuanto a la impugnación de los actos normativos, esto incluye varios principios como la inderogabilidad singular del reglamento, aplicación de los criterios de jerarquía, especialidad y favorabilidad frente a la contradicción entre actos normativos.

GUZMÁN define este principio “como un grupo de garantías imprescindibles para que un proceso se considere verdaderamente justo”⁵⁸². El autor, reconoce el debido proceso, como una garantía amplia y compleja en su contenido porque aparecen ligados a ella otros derechos como: la motivación, la tutela efectiva, la seguridad jurídica, la confianza legítima, entre otros.

El debido proceso tiene un sustento filosófico y político, de carácter irrenunciable y resulta aplicable a cualquier tipo de actuación del Estado, que resuelve conflictos de intereses y salvaguarda el interés general. La jurisprudencia ecuatoriana establece: “el debido proceso tiene como cometido; una recta, justa y cumplida administración de justicia. Es una malla de contención contra la que choca la arbitrariedad y el abuso estatal. No es un fin en sí mismo, sino el compendio mínimo de garantías, que se debe observar para el desarrollo de una actuación oficial y de los sujetos procesales para desembocar en el estadio procesal y así proferir en el fallo definitivo”⁵⁸³. Este principio se relaciona con la participación ciudadana⁵⁸⁴, que debe estar presente en el procedimiento administrativo especialmente cuando se trata de la fiscalización de las actuaciones administrativas. Este principio resulta fundamental ya que junto a otros principios garantiza que el procedimiento se desenvuelva en condiciones de igualdad y justicia.

⁵⁸² GUZMÁN NAPURI Christian, “*La Administración Pública y el Procedimiento Administrativo General*”, IUS La Revista, No. 38, Lima, 2000, pág. 28.

⁵⁸³ Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Sala de lo Contencioso Administrativo. Resolución No. 91, Quito, 2010.

⁵⁸⁴ Constitución del Ecuador. Art. 61.- Las ecuatorianas y ecuatorianos gozan de los siguientes derechos: 5. Fiscalizar los actos del poder público.

En cuanto a la impugnación de las actuaciones administrativas, “este principio es fundamental ya que el procedimiento administrativo debe dirigir su aplicación y sustanciación a un trámite legal que garantice la seguridad jurídica, que vaya acorde al debido proceso y obtener así un resultado que se encuentre enmarcado dentro de la ley y asegure a las partes la tutela administrativa de sus derechos y garantías constitucionales y procesales”⁵⁸⁵. La tutela administrativa efectiva⁵⁸⁶ es una garantía fundada en el derecho a la defensa, pero orientada a la relación que existe entre la Administración y el administrado, ya que por esencia esta se caracteriza por la subordinación y desigualdad, ante lo cual es fundamental que se reconozca la condición de vulnerabilidad del administrado y se le conceda un trato justo y digno dentro de esa relación, además de garantizar el principal deber del estado, el goce de los derechos de los individuos.

5.3 Reglas Generales de la impugnación

En la impugnación se observarán las siguientes reglas⁵⁸⁷ o consideraciones: 1. Existen dos recursos para impugnar, en sede administrativa, los actos administrativos en Ecuador (apelación y extraordinario de revisión). 2. La norma generaliza las actuaciones administrativas y expresa “solo el acto administrativo” será impugnabile, considero que generaliza ya que no considerar impugnables al resto de actuaciones como los hechos administrativos y los actos normativos, sería contrario a la Constitución. 3. Solo las personas interesadas⁵⁸⁸ podrán impugnar los actos administrativos (derechos subjetivos o intereses legítimos en titularidad o en representación de un colectivo).

Al respecto, el ERJAFE⁵⁸⁹, en cuanto a la impugnación de los actos normativos, establece: “las personas que se consideren afectadas directamente por las disposiciones

⁵⁸⁵ DROMI José Roberto, *Derecho Administrativo*, Editorial Ciudad Argentina, 10ma. Edición, Buenos Aires, 2004, pág. 319.

⁵⁸⁶ Constitución Del Ecuador. Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

⁵⁸⁷ Código Orgánico Administrativo, Art. 217.- Impugnación. En la impugnación se observarán las siguientes reglas: 1. Solo el acto administrativo puede ser impugnado en vía administrativa por las personas interesadas, con independencia de que hayan comparecido o no en el procedimiento, mediante el recurso de apelación. 2. El recurso extraordinario de revisión cabe, exclusivamente, respecto del acto administrativo que ha causado estado en vía administrativa en los supuestos previstos en este Código. 3. La elección de la vía judicial impide la impugnación en vía administrativa. 4. El error en la denominación del recurso por parte del recurrente no es obstáculo para su tramitación, siempre que resulte indudable la voluntad de impugnar el acto administrativo. Los actos de simple administración por su naturaleza no son propiamente impugnables, salvo el derecho a impugnar el acto administrativo que omitió un acto de simple administración, necesario para la formación de la voluntad administrativa.

⁵⁸⁸ Código Orgánico Administrativo, Art. 149

⁵⁸⁹ Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Art. 83.

de actos normativos o por los actos de ejecución de los mismos podrán pedir su derogatoria o reforma en sede administrativa, sin perjuicio del derecho que les asiste de impugnarlos judicialmente”. Con lo anterior reconoce claramente la impugnación en sede administrativa de los actos normativos, de dos formas directa contra el acto normativo o indirecta mediante un acto que ejecuta el acto normativo lesivo.

Por su parte, también el COGEP⁵⁹⁰, en sede judicial, da lugar a la impugnación de los actos normativos, mediante las acciones: 1. De plena jurisdicción o subjetiva y 2. De anulación objetiva o por exceso de poder. La única condición sería que sea presentada por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal. Concordante con lo establecido en la anterior normativa judicial aplicable en materia contencioso administrativa⁵⁹¹.

El COA en cuanto a la impugnación la ha ligado no solo a las reglas expresadas sino también a la distinción en cuanto al estado de los actos administrativos, determinándolos como actos firmes y actos que causan estado.

Mientras que la doctrina, incluye también al acto definitivo⁵⁹². Por lo que en suma los expresamos de la siguiente forma:

1. Acto definitivo, también denominado acto principal, originario, conclusivo y final, es aquel que resuelve, directa o indirectamente, la cuestión de fondo planteada en un procedimiento, reflejando la voluntad concreta de la Administración y produciendo los efectos jurídicos deseados por ella acerca de dicha cuestión, y se opone al acto preparatorio, que no contiene ni expresa la voluntad de la Administración respecto de aquella cuestión, ya que concurre meramente a formularla (acto de simple administración; instrucción, orden de servicio o sumilla; dictamen e informe). Estos últimos son impugnables solo a través del acto administrativo definitivo, que los contiene.

⁵⁹⁰ Código Orgánico General de Procesos. Art. 326.

⁵⁹¹ Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa, Art.1.- El recurso contencioso administrativo puede interponerse por las personas naturales o jurídicas contra los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública o de las personas jurídicas semipúblicas, que causen estado, y vulneren un derecho o interés directo del demandante.

⁵⁹² COMADIRA Julio Rodolfo, ESCOLA Héctor Jorge y COMADIRA Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Abeledo Perrot, Tomo I, Buenos Aires, 2013, págs. 521/522.

2. Acto que “causa estado”⁵⁹³ es aquel que: 1. Se ha expedido producto del recurso de apelación. 2. Ha fenecido el plazo para interposición del recurso de apelación (diez días contados a partir de la notificación del acto administrativo) y no se ha ejercido el derecho. 3. Se ha interpuesto acción contenciosa administrativa respecto de él⁵⁹⁴. 4. Da lugar, únicamente, en vía administrativa, al recurso extraordinario de revisión o la revisión de oficio.

3. Acto firme y consentido, se infiere que los actos revisten estas condiciones cuando se derivan del consentimiento expreso o tácito del sujeto afectado, bien sea porque ese consentimiento resulte del vencimiento de los plazos legales para la impugnación como de cualquier otra forma que demuestre su conocimiento y aceptación. Y, cuando no pueden ser impugnados en sede administrativa ni judicial⁵⁹⁵. Salvo, el recurso de casación y las acciones constitucionales a las que haya lugar.

El COA es bastante ambiguo, respecto a la interpretación del término “causa estado”⁵⁹⁶, para esta normativa, sería el acto que es el resultado del recurso de apelación (sede administrativa) y que está listo para la articulación del extraordinario de revisión. Siendo que en mi opinión, un acto que propiamente “causa estado” es aquel que no da lugar a la interposición de ningún otro recurso en sede administrativa y el “causar estado” significa que está listo para ser cuestionado en sede judicial.

5.3.1 Legitimación

La doctrina a lo largo de la evolución del Derecho Administrativo ha mantenido “la diferencia entre la exclusividad y la concurrencia o difusión del interés protegido. Así, se ha sostenido que la titularidad del derecho subjetivo consistiría en la posibilidad de exigir de la Administración Pública una determinada conducta en situación de exclusividad, mientras que, el interés legítimo radicaría en la posibilidad de requerir la conducta administrativa debida en situación de concurrencia. El interés simple, se resumiría, a su

⁵⁹³ Código Orgánico Administrativo, Art. 218.

⁵⁹⁴ Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Art. 1.

⁵⁹⁵ Código Orgánico Administrativo, Art. 218.

⁵⁹⁶ Código Orgánico Administrativo, Art. 218.

vez, en el interés vago, impreciso, difuso que asiste a todo administrado en el cumplimiento general de la legalidad”⁵⁹⁷.

La legitimación está fundada en las relaciones subjetivas en el procedimiento administrativo, que nos llevan a determinar el sujeto activo⁵⁹⁸ (actor, quien es el acreedor de la pretensión) y el sujeto pasivo (demandado, quien es el deudor de la pretensión en favor del actor). Y, a su vez, el sujeto activo puede destacarse porque reclama el reconocimiento de un derecho subjetivo o un interés legítimo, o el apego a la ley en caso del interés siempre.

El COA abarca la legitimación dentro del concepto personas interesadas⁵⁹⁹, se refiere a dos tipos de situaciones jurídicas subjetivas, (la titularidad del derecho o derecho subjetivo y al interés legítimo). Esto hace, que el caso de la impugnación de los actos normativos, la persona interesada tenga dos opciones: 1. Que haya sido afectada de manera directa por el acto normativo. 2. Que haya sido afectada por el acto administrativo que lo pone en ejecución. En cualquiera de los dos casos deberá demostrar que existe un derecho subjetivo o interés legítimo con el que se lo afecta o al colectivo que representa.

5.3.2 Agotamiento de Sede Administrativa

Es importante considerar al agotamiento de sede administrativa como una dualidad; por un lado, el derecho a la impugnación que posee el administrado, ya que presupone, que en Ecuador (instancia única judicial) se ejerza una doble instancia procesal que reconsiderará la decisión del acto, asegurando de esta manera el derecho a la defensa, la tutela administrativa efectiva y en consecuencia el acceso a la justicia. Y, por otro lado,

⁵⁹⁷ FIORINI Bartolomé, *¿Qué es el contencioso?*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, pág. 47.

⁵⁹⁸ Código Orgánico General de Procesos, Artículo 303 numerales 4 y 6.

⁵⁹⁹ Código Orgánico Administrativo, Art. 149.- Persona interesada. Además de las personas a quienes la administración pública ha dirigido el acto administrativo, se considerará persona interesada en el procedimiento administrativo la que: 1. Promueva el procedimiento como titular de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos. En el caso de intereses colectivos, la persona titular demostrará tal calidad por cualquiera de los medios admitidos en derecho. 2. Invoque derechos subjetivos o acredite intereses legítimos, individuales o colectivos, que puedan resultar afectados por la decisión que adopte en el procedimiento. 3. Acredite ser titular de derechos o intereses legítimos de las asociaciones, organizaciones, los grupos afectados, uniones sin personalidad, patrimonios independientes o autónomos y comparezca al procedimiento ante de la adopción de la resolución. Cuando la condición de persona interesada se derive de alguna relación jurídica transmisible, la persona derechohabiente mantiene tal condición, cualquiera que sea el estado del procedimiento. Si son varios los sucesores, deben designar un procurador común, de conformidad con el régimen común. El interés legítimo invocado, individual o colectivo, no puede ser meramente hipotético, potencial o futuro.

es una prerrogativa de la Administración Pública para auto tutela y control de sus propias actuaciones.

Para CASSAGNE⁶⁰⁰, el sistema recursivo constituye una garantía del particular, integrante del régimen exorbitante, inexistente en el plano de la actividad de los sujetos privados, donde solo rigen las garantías judiciales. Sin embargo, esta garantía funciona también como una prerrogativa estatal, en aquellos supuestos en los cuales el ordenamiento jurídico consagra la exigencia de agotar la instancia administrativa a través de la vía recursiva, antes de promover una demanda judicial.

Por otro lado, PERRINO⁶⁰¹ establece que el agotamiento de sede administrativa constituye un ritualismo inútil y los jueces igualmente (facultad también del administrado) podrán excepcionar el tránsito previo por la vía administrativa por considerar que aquél implicaría un injustificado rigor formal incompatible con el derecho de acceso a la jurisdicción, toda vez que la deducción del reclamo en sede administrativa puede llegar a transformarse en un ritualismo inútil lesivo de dicho derecho de linaje constitucional. La exigencia del agotamiento de sede administrativa va en contra de las modernas tendencias que predicán la eliminación de las trabas que obstaculizan el acceso a la justicia, pues como lo ha expresado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “el principio de tutela judicial efectiva puede traducirse en la garantía de la libre entrada a los tribunales para la defensa de los derechos e intereses frente al Poder Público”.

En Ecuador, el Derecho Administrativo considera innecesaria la obligatoriedad de agotar la vía administrativa antes de interponerse la impugnación en sede judicial, y la convierte en una situación volitiva⁶⁰², es decir, el administrado puede acudir directamente

⁶⁰⁰ COMADIRA Julio Rodolfo, ESCOLA Héctor Jorge y COMADIRA Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Abeledo Perrot, Tomo II, Buenos Aires, 2013, pág. 1369.

⁶⁰¹ Cuando medie una clara conducta estatal que haga presumir la ineficacia cierta de acudir a la vía administrativa ya sea ésta reclamativa o impugnatoria—, transformando aquélla en una carga inútil, no corresponderá exigir su tránsito. PERRINO Pablo Esteban, “*El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva y el Acceso a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*”, Revista de Derecho Público, editada por Rubinzal-Culzoni, año 2003-I, Proceso administrativo –I, págs. 257/294. También en “*El ritualismo inútil*”, Jornadas de Derecho Administrativo organizadas por la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2009, pág. 320.

⁶⁰² Ley de Modernización del Estado. Art. 38.- Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos... No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento en la vía administrativa. Empero, de iniciarse cualquier acción judicial contra alguna institución del sector público, quedará insubsistente todo el reclamo que sobre el mismo asunto se haya propuesto por la vía administrativa. (Derogada).

a la vía judicial o agotar sede administrativa, según como le parezca. Podría considerarse beneficiosa esta condición en relación con el administrado, ya que le permite acudir a sede judicial sin necesidad de que el asunto se entorpezca o dilate en sede administrativa⁶⁰³ mediante procedimientos lentos y engorrosos que quizás no lo lleven a una resolución favorable a su pretensión. Aunque desde mi punto de vista, el hecho de que exista instancia única judicial⁶⁰⁴ (Tribunal o Unidad Distrital Contencioso-Administrativa, primera y única instancia) y que no se permitía la apelación, coarta las posibilidades de impugnar y el doble conforme, es decir el acceso a la justicia que tiene el administrado por lo cual, de cierta manera contar con el agotamiento de sede administrativa se convertiría en una opción para rever la petición del administrado.

5.4 Impugnación de los reglamentos y de los actos normativos de carácter administrativo

La impugnación es la institución jurídica que permite articular el derecho a la defensa, el acceso a la justicia y la tutela efectiva. Impugnar significa argüir de ilegítima una actuación, debatir para conseguir su eliminación y el cese de los efectos jurídicos desfavorables para el recurrente. La impugnación del reglamento y del acto normativo de carácter administrativa, difieren en virtud de que aunque compartan naturaleza jurídica, sus particularidades, los hacen diferentes.

Hay autores⁶⁰⁵ que hacen distinción entre dos tipos de impugnación: la directa y la indirecta. En cuanto a la procedencia de la impugnación directa se reconoce que los actos administrativos generales o reglamentos tienen como modo de aplicación su sola vigencia y no necesitan de actos particulares para su aplicación, en esos casos es posible realizar una aplicación directa mediante el reclamo administrativo y se habilita la impugnación judicial. Mientras que, la impugnación indirecta, se deduce contra el acto de alcance

⁶⁰³ Código Orgánico Administrativo, Artículo 217, numeral 3. La elección de la vía judicial impide la impugnación en vía administrativa.

⁶⁰⁴ Código Orgánico General de Procesos, Artículo 256.- Procedencia. El recurso de apelación procede contra las sentencias y los autos interlocutorios dictados dentro de primera instancia así como contra las providencias con respecto a las cuales la ley conceda expresamente este recurso. Se interpondrá de manera oral en la respectiva audiencia. Las sentencias adversas al sector público se elevarán en consulta a la respectiva Corte Provincial, aunque las partes no recurran, salvo las sentencias emitidas por los Jueces de lo Contencioso Administrativo y Tributario. En la consulta se procederá como en la apelación. Artículo modificado por la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico General de Procesos, Suplemento del Registro Oficial No. 517, 26 de Junio 2019 que mediante el artículo 38 suprime el segundo párrafo del artículo 256 con lo cual se presume que también se extingue la instancia única administrativa.

⁶⁰⁵ COMADIRA Julio, ESCOLA Héctor Jorge y COMADIRA Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Abeledo Perrot, Tomo II, Buenos Aires, 2013, págs.1243/1245.

general, pero a través de la aplicación en el acto de alcance particular, en cuyo caso se podrá acudir a cualquiera de los recursos ordinarios aplicables en sede administrativa.

En el procedimiento de impugnación indirecta, “deberá distinguirse si el vicio que endilga al acto de alcance general se concreta exclusivamente en el caso planteado, o es inherente al reglamento y repetible en forma genérica. En el primer caso, corresponderá declarar la inaplicabilidad del reglamento ante el caso concreto y salvaguardar su validez general. En el segundo, el dictado del acto derogatorio de alcance general”⁶⁰⁶. En entendimiento de lo anterior, el acto normativo de carácter administrativo es inherente al reglamento y es repetible en forma genérica; en consecuencia, su extinción está ligada a la del reglamento que le da origen.

Respecto a la impugnación, la normativa administrativa ecuatoriana, no hace ninguna distinción respecto del reglamento o del acto normativo de carácter administrativo. Sin embargo, partiendo del conocimiento que los reglamentos surgen de una competencia constitucional exclusiva del Presidente de la República, deberían ser impugnables directamente en vía constitucional (acogiendo la máxima “en derecho como se hace se deshace”), mientras que los actos normativos de carácter administrativo deberían impugnarse por todas las vías que en derecho les corresponda.

Al respecto, es fundamental reconocer la brillantez de GARCÍA PULLÉS⁶⁰⁷, que cuestiona la impugnación de los actos de alcance general mediante vía directa (recursos en sede administrativa) desde dos puntos vista: el primero, que no se tiene una afectación inmediata de los derechos subjetivos o los intereses legítimos debido al alcance que tienen este tipo de actos; y, el segundo, fundado en la inexigibilidad de un plazo para recurrir (coincide con GORDILLO⁶⁰⁸) ya que no puede interpretarse iniciado el plazo para recurrir, en consideración de que no se han concretado sus efectos, debido a que a diferencia del acto particular, en el cual comienzan a generarse efectos a partir de la notificación; en el acto general no se tiene esa certeza y exigírsela al administrado significaría afectar su derecho de impugnación. En resumen, las características de:

⁶⁰⁶ GARCÍA PULLÉS, Fernando Raúl, *El Contencioso Administrativo en la Argentina - Análisis del sistema federal, de las veintitrés provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, “La impugnación de actos administrativos de alcance general”, Tomo I, Buenos Aires, 2012, pág. 864.

⁶⁰⁷ *Ibíd.* págs. 859 - 860.

⁶⁰⁸ GORDILLO Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Macchi, Tomo IV, Capítulo X, Procedimientos y Recursos Administrativos, Buenos Aires, 1971, págs. 364-365.

afectación directa o indirecta y el computo de los plazos; hace imposible que se recurra de igual forma un reglamento que un acto normativo de carácter administrativo.

Cuando se trata de la impugnación de los actos administrativos en Ecuador, hay varias particularidades que se irán analizando en este capítulo, cuyo objeto es determinar la procedencia respecto al acto normativo de carácter administrativo; pero que de inicio podrían puntualizarse de la siguiente manera:

1. El acto normativo interadministrativo puede impugnarse en sede administrativa (reclamo – vía directa, recurso de apelación y recurso extraordinario de revisión o jerárquico – vía indirecta), en sede judicial (acción de plena jurisdicción o subjetiva – vía indirecta, acción de anulación objetiva o por exceso de poder y acción de protección – vía directa) y en sede constitucional (acción de inconstitucionalidad, acción extraordinaria de protección y acción de protección – vía indirecta). Mientras, el reglamento en cuanto a que su origen es constitucional y a su fuerza de ley, tiene impugnación directa mediante acción pública de inconstitucionalidad.
2. En el caso de los actos normativos interorgánicos, si uno de los órganos no posee personalidad jurídica, únicamente pueden impugnarse en sede administrativa mediante el reclamo. Pero si pueden impugnarse en sede judicial y constitucional respecto del acto particular que los pone en aplicación, es decir en vía indirecta de idéntica forma que los actos normativos interadministrativos.
3. No es necesario el agotamiento de sede administrativa para acceder a sede judicial. El único requisito es no incoar ambos procesos en simultáneo.
4. La impugnación en sede judicial⁶⁰⁹ se considera de instancia única ya que no cabe apelación, respecto de las decisiones del juez *a quo* (Tribunal o Unidad

⁶⁰⁹ Código Orgánico General de Procesos, Artículo 256.- Procedencia. El recurso de apelación procede contra las sentencias y los autos interlocutorios dictados dentro de primera instancia así como contra las providencias con respecto a las cuales la ley conceda expresamente este recurso. Se interpondrá de manera oral en la respectiva audiencia. Las sentencias adversas al sector público se elevarán en consulta a la respectiva Corte Provincial, aunque las partes no recurran, salvo las sentencias emitidas por los Jueces de lo Contencioso Administrativo y Tributario. En la consulta se procederá como en la apelación. Artículo modificado por Ley Orgánica Reformativa del Código Orgánico General de Procesos, Suplemento del Registro Oficial No. 517, 26 de Junio 2019, Art. 38 suprime la única instancia en materia administrativa.

Distrital Contencioso Administrativa o primera instancia). Actualmente, la Ley Orgánica Reformativa del Código General de Procesos mediante el art. 38 suprimió el segundo párrafo del artículo 256: “Las sentencias adversas al sector público se elevarán en consulta a la respectiva Corte Provincial, aunque las partes no recurran, salvo las sentencias emitidas por los Jueces de lo Contencioso Administrativo y Tributario. En la consulta se procederá como en la apelación”, con lo cual se presume que se suprime la instancia única en materia administrativa. Sin embargo, el artículo 266.- De la procedencia de la casación, establece lo siguiente: “El recurso de casación procederá contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las Cortes Provinciales de Justicia y por los Tribunales Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo”. Esto último, nos da a entender que se sigue manteniendo la instancia única judicial, es decir que de primera instancia pasa a casación sin contar con el doble conforme.

5. Las sentencias de primera instancia pueden ser impugnadas mediante el recurso de casación⁶¹⁰ y de conformidad con los presupuestos establecidos en el COGEP, ante las salas contencioso administrativas de la Corte Nacional de Justicia.
6. El proceso en sede administrativa se encuentra establecido en el Código Orgánico Administrativo, el proceso judicial se encuentra regulado por el Código Orgánico General de Procesos; y, el proceso constitucional regido por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.
7. En materia constitucional, se plantean dos fueros, sede judicial por sorteo (control difuso), en el caso de la acción de protección o amparo; y Corte Constitucional en el caso de acción de inconstitucionalidad o acción extraordinaria de protección (control concentrado).

⁶¹⁰ Código Orgánico General de Procesos. Art. 266.

5.4.1 Impugnación en Sede Administrativa

Se consideran de sede administrativa según VELÁSQUEZ VILLAMAR⁶¹¹ a aquellos actos o procedimientos que son sometidos al conocimiento y resolución de la jurisdicción de carácter administrativa. En principio, todo acto administrativo puede ser objeto de modificaciones por parte de la misma Administración que lo emitió.

La impugnación en sede administrativa es aquella que se plantea ante el mismo órgano administrativo o su jerárquico superior para que resuelva el conflicto que se presenta en la relación entre la Administración y el administrado. En Ecuador, lo concerniente al procedimiento de impugnación en sede administrativa se encuentra contenido en el Código Orgánico Administrativo y/o leyes especiales.

Ante el planteamiento de cualquier medio de impugnación, hay que tener en cuenta que la Administración posee como prerrogativa la posibilidad de revisar sus actuaciones de oficio⁶¹², y en el caso de encontrarse lesionando derechos subjetivos o intereses legítimos, debe corregir esas actuaciones y restablecer la juridicidad. En el caso de los actos normativos de carácter administrativo, la Administración puede anular el acto administrativo si el acto no ha causado efectos o si sus efectos son desfavorable para los interesados, siempre que tal revocatoria no constituya dispensa o exención no permitida por el ordenamiento jurídico o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico⁶¹³, o revocarlo por oportunidad mérito y conveniencia si lo que pretende es modificarlo o ajustarlo a las condiciones actuales.

5.4.1.1 Recurso de Apelación

A partir de la notificación del acto administrativo, se cuenta con un término de diez días para interponer recurso de apelación⁶¹⁴ ante la misma autoridad que dictó el acto. Si en la fundamentación del recurso no se consideraron hechos o documentos por ser nuevos o porque constaban en el expediente original y que se sean de importancia dentro del

⁶¹¹ VELÁSQUEZ VILLAMAR Gastón Alexander, “*Conceptos Jurídicos Básicos del Derecho Administrativo Tributario*”, Editorial de la Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2008, pág. 147.

⁶¹² Código Orgánico General de Procesos, Art. 132.

⁶¹³ Código Orgánico General de Procesos, Art. 118.

⁶¹⁴ Código Orgánico Administrativo, Art. 224.

recurso de impugnación, éstos se pondrán a disposición de las personas interesadas para que, en un plazo de cinco días, procedan a completarlo, formular las alegaciones y presentar los documentos y justificantes que consideren necesarios para la solución del recurso⁶¹⁵. En observancia de los principios *pro administrado* y de verdad material.

En el recurso de apelación se puede invocar la nulidad del acto administrativo⁶¹⁶ o del procedimiento administrativo. La nulidad del acto administrativo⁶¹⁷ puede fundarse en razones de legitimidad⁶¹⁸ (cuando no se requieran actuaciones adicionales que el órgano que resuelve el recurso esté impedido de ejecutarlas por sí mismo, por razones de hecho o de derecho, se resolverá sobre el fondo del asunto) o razones de oportunidad, mérito y conveniencia⁶¹⁹ (disponer que el órgano competente, previa la realización de las actuaciones adicionales que el caso requiera, corrija los vicios que motivan la nulidad y emita el acto administrativo sustitutivo, en el marco de las disposiciones que se le señalen).

La nulidad del procedimiento⁶²⁰ resulta procedente si al momento de resolver el recurso, la Administración Pública determina la existencia de alguna causa que vicie el procedimiento, ante ello, la Administración está en la obligación de declarar ya sea de oficio o a petición de la persona interesada, la nulidad del procedimiento a partir del momento en que se produjo el vicio. Esta declaratoria de nulidad procede únicamente si el vicio tiene influencia en la decisión.

En resumen, el recurso de apelación surge como la posibilidad de impugnar las cuestiones de hecho y de derecho que motivaron el acto administrativo o atacar la legitimidad del acto o el procedimiento administrativo, ante la existencia de un vicio en sus elementos. El Código Orgánico Administrativo no determina específicamente causales para la interposición de este recurso, pero sí menciona la nulidad del acto o del

⁶¹⁵ Código Orgánico Administrativo, Art. 225.

⁶¹⁶ Código Orgánico Administrativo, Art. 228.

⁶¹⁷ Código Orgánico Administrativo, Art. 103. Causas de extinción del acto administrativo. El acto administrativo se extingue por: 1. Razones de legitimidad, cuando se declara su nulidad. 2. Revocatoria, en los casos previstos en este Código.

⁶¹⁸ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Art. 93.- Cualquier acto administrativo expedido por los órganos y entidades sujetas a este estatuto deberá ser extinguido cuando se encuentre que dicho acto contiene vicios que no pueden ser convalidados o subsanados.

⁶¹⁹ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Art. 91.- La extinción o reforma de oficio de un acto administrativo por razones de oportunidad tendrá lugar cuando existen razones de orden público que justifican declarar extinguido dicho acto administrativo.

⁶²⁰ Código Orgánico Administrativo, Art. 227.

procedimiento, entendidas como las causas para la presentación del recurso. A diferencia del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva que establece ciertas causales como objeto⁶²¹ del recurso de apelación, que nos permiten establecer que la apelación cabe en caso de la afectación directa de los derechos subjetivos.

Finalmente, en consideración del análisis de los actos normativos de carácter administrativo, cabe el recurso de apelación sobre el acto administrativo que pone en ejecución el acto normativo cuestionado⁶²²; esto en consideración de que los efectos del acto normativo se exteriorizan mediante la aplicación en cada caso.

5.4.1.2 Recurso Extraordinario de Revisión

Entre los recursos previstos en sede administrativa en el Ecuador, se prescribe también el recurso extraordinario de revisión, el mismo que funciona como un jerárquico, ya que lo resuelve la autoridad jerárquicamente superior. Resulta procedente la interposición del recurso extraordinario de revisión cuando el acto administrativo ha causado estado, según la normativa ecuatoriana, cuando el acto impugnado es el resultado de la interposición del recurso de apelación o cuando se venció el plazo para apelar.

La interposición del recurso extraordinario de revisión requiere de la concurrencia de las siguientes causales⁶²³:

1. Que al dictarlos se ha incurrido en evidente y manifiesto error de hecho, que afecte a la cuestión de fondo, siempre que el error de hecho resulte de los propios documentos incorporados al expediente. A presentarse en el plazo de un año contado desde el día siguiente a la fecha de la notificación de la resolución impugnada (resolución del recurso de apelación).

⁶²¹ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Art. 176.- Recurso de apelación. Objeto. 1. Las resoluciones y actos administrativos, cuando no pongan fin a la vía administrativa, podrán ser recurridos en apelación ante los ministros de Estado o ante el máximo órgano de dicha administración. El recurso de apelación podrá interponerse directamente sin que medie reposición o también podrá interponerse contra la resolución que niegue la reposición. De la negativa de la apelación no cabe recurso ulterior alguno en la vía administrativa. 2. Son susceptibles de este recurso los actos administrativos que afecten derechos subjetivos directos del administrado.

⁶²² Las consecuencias jurídicas sólo se harán efectivas si existen actos de ejecución que apliquen el acto normativo. OYARTE MARTÍNEZ Rafael, La declaratoria de inconstitucionalidad de actos normativos y actos administrativos, op. cit.

⁶²³ Código Orgánico Administrativo. Art. 232.

2. Que al dictarlos se haya incurrido en evidente y manifiesto error de derecho, que afecte a la cuestión de fondo.
3. Que aparezcan nuevos documentos de valor esencial para la resolución del asunto que evidencien el error de la resolución impugnada, siempre que haya sido imposible para la persona interesada su aportación previa al procedimiento.
4. Que en la resolución hayan influido esencialmente actos declarados nulos o documentos o testimonios declarados falsos, antes o después de aquella resolución, siempre que, en el primer caso, el interesado desconociera la declaración de nulidad o falsedad cuando fueron aportados al expediente dichos actos, documentos o testimonios.
5. Que la resolución se haya dictado como consecuencia de una conducta punible y se ha declarado así, en sentencia judicial ejecutoriada.

Para las restantes causas se podrá interponer en el término de veinte días contados desde la fecha en que se tiene conocimiento de los documentos esenciales o desde la fecha en que se ha ejecutoriado o quedado firme la declaración de nulidad o falsedad.

El plazo para resolver el recurso extraordinario de revisión⁶²⁴ por parte de la Administración, una vez admitido, es de un mes y en caso de no pronunciamiento expreso por la Administración significa que ha sido desestimado, por lo cual se habilita la vía judicial y el plazo para hacerlo correrá desde la resolución o desestimación del recurso.

Si en cuanto al planteamiento del recurso de apelación habíamos establecido que en relación con los actos normativos, cabe presentarlo respecto del acto administrativo que lo pone en ejecución; y siendo que el recurso extraordinario de revisión es una vía de impugnación posterior o jerárquica respecto a la apelación, acogemos el mismo criterio. Los actos normativos de carácter administrativo pueden impugnarse mediante este recurso en cuanto al acto administrativo que los aplica.

⁶²⁴ Código Orgánico Administrativo. Art. 234.

En resumen, acerca de los recursos en sede administrativa, podemos decir que el orden sería el siguiente: 1. Plantear un recurso de apelación, la resolución de ese recurso, es el acto que causa estado. 2. Sobre el acto que causa estado, es decir la resolución de la apelación, se plantea el recurso extraordinario de revisión. 3. La resolución o desestimación del recurso extraordinario de revisión da lugar a la apertura de la sede judicial. A pesar de que el administrado se encuentra habilitado para optar entre la impugnación en sede administrativa (bien sea presentando el recurso de apelación o planteando directamente el extraordinario de revisión) o en sede judicial teniendo como único requisito que no se interpongan ambas al mismo tiempo.

5.4.1.3 Reclamo Administrativo

Al tratar lo relacionado al reclamo administrativo, cabe recalcar que el mismo no tiene la calidad de un recurso propiamente dicho y que tampoco es un requisito ineludible para la interposición de posteriores recursos. El reclamo administrativo respecto a los actos normativos, es ejecutado por el administrado como una forma de participación⁶²⁵ y también como una medida de control⁶²⁶ de las actuaciones administrativas, ya que contribuye a la revisión de los actos normativos⁶²⁷, funciona ante la negligencia en la expedición y ejecución de los mismos. Además, funciona también a manera de una solicitud de aclaración o rectificación de errores materiales, tipográficos o de cálculo, no tiene como objeto el reconocimiento de un derecho subjetivo o un interés legítimo; el reclamo más bien es una herramienta instrumental de colaboración dentro del procedimiento administrativo de formación de la normativa interna.

5.4.2 Impugnación en Sede Judicial

La impugnación en sede judicial es aquella que se plantea ante el órgano jurisdiccional competente según la materia, el territorio y el grado. En cuanto a la materia, ante la resolución de las controversias administrativas, los órganos competentes son los Tribunales o Unidades Distritales Contencioso Administrativas⁶²⁸. En cuanto a la

⁶²⁵ Código Orgánico Administrativo. Art. 10. Las personas deben estar presentes e influir en las cuestiones de interés general a través de los mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico.

⁶²⁶ Código Orgánico Administrativo. Art. 20. Las personas participarán en el control de la actividad administrativa a través de los mecanismos previstos.

⁶²⁷ Código Orgánico Administrativo. Arts. 132 y 106.

⁶²⁸ Código Orgánico de la Función Judicial. Arts. 216 y 217.

jurisdicción territorial depende del lugar donde se llevaron a cabo los hechos o del domicilio de la Administración. En cuanto al grado, la impugnación en materia administrativa tiene una única instancia cuestión que se tratará más adelante.

El doctrinario VELÁSQUEZ VILLAMAR⁶²⁹ plantea como concepto de sede judicial todo acto o procedimiento que se pone al conocimiento y resolución de la jurisdicción de los órganos de administración de justicia, de la Función Judicial y el proceso se instruye en virtud de las disposiciones adjetivas propias de dicha función. La norma que rige para todo lo relacionado con la sustanciación de procesos judiciales en Ecuador, es el Código Organico General de Procesos (COGEP).

Las acciones contencioso administrativas se tramitan bajo dicho procedimiento, y entre ellas se establecen: la de plena jurisdicción o subjetiva, la de anulación objetiva por exceso de poder, y las especiales (silencio administrativo, pago por consignación, responsabilidad objetiva del Estado, nulidad de contrato, las controversias en materia de contratación pública y las demás que señala la ley). A continuación tratamos aquellas que rigen para los actos normativos de carácter administrativo.

5.4.2.1 Acción de Plena Jurisdicción o Subjetiva

Las acciones o recursos de plena jurisdicción o subjetivo⁶³⁰ que amparan un derecho subjetivo del accionante que le ha sido negado presuntamente, desconocido o no se ha reconocido de forma total o parcial por hechos o actos procedentes de la Administración y que surten efectos jurídicos directos sobre el administrado. Procede también esta acción contra actos normativos que lesionen los derechos subjetivos.

Con el análisis anterior advertimos que una de las formas de impugnar el acto normativo de carácter administrativo es mediante la acción de plena jurisdicción o subjetiva. La ley nos lleva nuevamente al análisis de los tipos de impugnación (directa e

⁶²⁹ VELÁSQUEZ VILLAMAR Gastón Alexander, *“Conceptos Jurídicos Básicos del Derecho Administrativo Tributario”*, Editorial de la Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2008, pág. 149.

⁶³⁰ Código Orgánico General de Procesos, Artículo 326, numeral 1. En concordancia con el anterior régimen, Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Artículo 3, primer inciso.- El recurso contencioso - administrativo es de dos clases: de plena jurisdicción o subjetivo y de anulación u objetivo. El recurso de plena jurisdicción o subjetiva ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata.

indirecta); en este caso la norma limita la impugnación de los actos normativos a la afectación de los derechos subjetivos; en consecuencia, la impugnación es indirecta. Sin embargo, de cierta forma la norma es puntual respecto a la impugnación de los actos normativos se efectuaría bajo la acción o el recurso de plena jurisdicción o subjetivo.

5.4.2.2 Acción de Anulación Objetiva o por Exceso de Poder

La anulación objetiva o por exceso de poder⁶³¹ que tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de índole administrativa y que puede proponerse por aquella persona que tenga interés directo para deducir la acción, mediante la solicitud de nulidad del acto impugnado que padece de un vicio legal. Al respecto, la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa establece una nota al final del artículo 3, que establece lo siguiente: “Respecto a un acto administrativo de carácter general, puede interponerse recurso objetivo o de anulación, cuando se pretende únicamente el cumplimiento de la norma jurídica objetiva; o recurso de plena jurisdicción o subjetivo, cuando se demanda el amparo de un derecho subjetivo del recurrente”. *Ergo*, la anulación objetiva da lugar a la impugnación directa del acto normativo por razones de ilegitimidad.

5.4.2.3 Instancia única

Corresponde plantear que la instancia única en materia administrativa significa que los asuntos administrativos se debatirán únicamente en primera instancia (Tribunal o Unidad Distrital Contencioso Administrativa), sin dar lugar a la apelación⁶³² ante organismos jurisdiccionales *ad quem*. Salvo, el recurso de casación⁶³³ que atiende únicamente cuestiones de procedimiento; es decir, la solución del caso recae en el juez *a quo* o aquel que lo conoció de primera mano.

En el Ecuador, ello tiene su fundamento en el artículo 256 del Código Orgánico General de Procesos cuando establece: “las sentencias adversas al sector público se

⁶³¹ Código Orgánico General de Procesos, Artículo 326, numeral 2. En concordancia con el anterior régimen, Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Artículo 3, Segundo inciso. El recurso de anulación, objetivo o por exceso de poder, tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo, y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando al Tribunal la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal.

⁶³² Código Orgánico General de Procesos, Art. 256.

⁶³³ *Ibíd.* Arts. 266 y 268.

elevantán en consulta a la respectiva Corte Provincial, aunque las partes no recurran, salvo las sentencias emitidas por los Jueces de lo Contencioso Administrativo y Tributario. En la consulta se procederá como en la apelación”. Al respecto, la Corte Nacional ha expresado que: “De acuerdo con esta disposición, no existe duda que se instituye la consulta como institución jurídico-procesal, a través de la cual un proceso puede ser conocido y resuelto por el tribunal de la Sala correspondiente de la Corte Provincial de Justicia; no obstante, existe ambigüedad respecto del procedimiento que debe cumplirse ante el órgano consultado, ya que el legislador se ha limitado a señalar que, en la consulta se procederá como en la apelación, lo cual ha generado duda... también debemos anotar, que existen cuestiones que determinan la naturaleza misma de la consulta, diferenciándola del recurso de apelación. En primer lugar, no se trata de un medio de impugnación sino un instrumento de control, que como tal no se rige por el principio dispositivo; en segundo lugar, debemos tener claro que la consulta se establece por mandato de la ley, de manera que la remisión del proceso al superior no está sujeta a la voluntad de las partes, ni del juez sino al cumplimiento de una disposición legal; y, por último que mediante la consulta no se preserva el interés de las partes (no se garantiza una revisión en razón de un perjuicio) sino se busca la correcta aplicación del ordenamiento jurídico, como medio para preservar la seguridad jurídica. De manera que, nada impide que los jueces conozcan y resuelvan el caso conforme lo previsto en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de la convocatoria a la audiencia en la Corte Provincial de Justicia a quienes han sido parte o puedan tener interés en el proceso”⁶³⁴.

En ese orden, se presentan las siguientes consideraciones: 1. La consulta no es un medio de impugnación. 2. La impugnación en materia administrativa tiene una única instancia. 3. La decisión emanada de la instancia única es la única en la que se discute la materia de fondo del acto administrativo impugnado. 4. El único recurso judicial que se presenta ante un jerárquico es la casación, que será resuelta por la Corte Nacional de Justicia.

⁶³⁴ Resolución de la Corte Nacional de Justicia No. 15, Registro Oficial Suplemento 104, 20 de Octubre de 2017.

5.4.2.4 Recurso de Casación

El recurso de casación⁶³⁵, procede contra aquellas sentencias y autos que ponen fin al proceso dictados tanto por las Cortes Provinciales de Justicia como por los Tribunales Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo, se interpone de forma escrita en el plazo de diez días, posteriores a la ejecutoria del auto o sentencia o del auto que niegue o acepte su ampliación o aclaración. La interposición del recurso de casación⁶³⁶ se presenta por escrito y procede de acuerdo con las siguientes causas:

1. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o en un error de interpretación de normas procesales, que hayan viciado al proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión y hayan influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa, y siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal;
2. Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones que son contradictorias o incompatibles, así como, en el caso que incumplan el requisito de motivación;
3. Cuando se haya resuelto en la sentencia o auto lo que no sea materia del litigio o se haya concedido más allá de lo demandado, o se haya omitido con respecto a resolver algún particular de la controversia;
4. Cuando se haya realizado una aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho sustantivo en la sentencia o auto;
5. Cuando se haya aplicado indebidamente, no se haya aplicado o se haya interpretado erróneamente las normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan resultado determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto.

⁶³⁵ Código Orgánico General de Procesos, Art. 266.

⁶³⁶ Código Orgánico General de Procesos, Art. 368.

La Corte Nacional de Justicia⁶³⁷, es el máximo órgano de justicia, competente para conocer y resolver este recurso. Este recurso se interpone ante el mismo órgano jurisdiccional, el mismo que dispondrá se obtengan los documentos y copias necesarias para ejecutar la sentencia o auto y ordenará que el juzgador executor proceda a tomar cualquier medida que conduzca a alcanzar la reparación integral y con efecto inmediato de los derechos vulnerados.

Los efectos de este recurso⁶³⁸ traen consigo que la admisión de este no impedirá que la sentencia o auto se cumpla, excepto que haya sido propuesto por los organismos o entidades del sector público. Con respecto a los efectos del fallo ejecutado, de haberse ejecutado el fallo que es casado, el juzgador que lo dispuso procederá a dejar sin efecto aquello que pueda deshacerse y dispondrá se liquiden los daños y perjuicios, para la parte que no pueda deshacerse, así como de la ejecución en general. En ambos casos, se protegerán los derechos de terceros de buena fe.

Finalmente, “en lo que atañe a la vía judicial, si bien es cierto que el juez no puede exigir de la Administración Pública la derogación, no es menos cierto que, practicado el análisis anterior, en el supuesto de concluirse la invalidez genérica del reglamento (acto normativo), deberá declarar su nulidad en el caso, y hacer saber de la misma en forma expresa a la Administración, a los efectos de propiciar, aunque fuera de manera indirecta y por la sola fuerza de la argumentación jurídica de su fallo, la derogación general del acto”⁶³⁹. El pronunciamiento judicial respecto de la legitimidad de los actos normativos, aunque podría dar lugar a la intromisión en las funciones del Poder Ejecutivo, es absolutamente necesario, caso contrario se sacrificaría la legalidad de los actos generales y con ella los intereses de los administrados.

Debe apuntarse que los actos administrativos de cualquier naturaleza son objeto de control, al respecto el profesor COVIELLO⁶⁴⁰ planteó que: “toda la actividad de la Administración es objeto de revisión por el Poder Judicial”. El autor citó al juez Buján,

⁶³⁷ Código Orgánico General de Procesos, Art. 269.

⁶³⁸ Código Orgánico General de Procesos, Art. 276.

⁶³⁹ GARCÍA PULLÉS, Fernando Raúl, *El Contencioso Administrativo en la Argentina - Análisis del sistema federal, de las veintitrés provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, “La impugnación de actos administrativos de alcance general”, Tomo I, Buenos Aires, 2012, págs. 364.

⁶⁴⁰ COVIELLO Pedro José Jorge, “El Control judicial de la discrecionalidad administrativa. Control de la Administración Pública”, *Jornadas de Derecho Administrativo organizadas por la Universidad Austral*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2003, pág. 645.

quien en la causa Marengo manifestó: “Prescindiendo una vez más de las cuestiones terminológicas que abruma a los administrativistas, lo que me interesa destacar es que no existe campo alguno de la actividad administrativa cuya revisión judicial esté excluida o limitada por alguna razón intrínseca a aquél”.

A los fines de esta investigación, es procedente que el Poder Judicial pueda cuestionar la ilegitimidad de los actos de alcance general, siempre que se motive la actuación en la legalidad y el debido proceso; sin que ello sea pernicioso para la división de poderes. En caso de que no se proceda por vía judicial, ante la vulneración manifiesta y grosera de los derechos o de la legitimidad se permite la articulación de mecanismos constitucionales para la impugnación de los actos normativos; acciones céleres, proclives a la protección constitucional como lo veremos a continuación.

5.4.3 Impugnación Constitucional

Pese al análisis de la impugnación, tanto en sede administrativa como judicial es importante tener en cuenta que la Constitución del Ecuador⁶⁴¹ prevé garantías jurisdiccionales que permiten a cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad reivindicar o reconocer un derecho constitucional ante las autoridades que resultan competentes para conocer estas, el procedimiento aplicable es sencillo, se basa en la celeridad y eficacia, ya que debe atender de manera emergente la violación de un derecho constitucional. En Ecuador, las regulaciones sobre el tema están recogidas en lo sustantivo por la Constitución y en lo adjetivo por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Al respecto, FERRAJOLI⁶⁴² analiza que estas garantías constitucionales resultan elementales atendiendo a que definen a la Constitución como norma jurídica superior, coadyuvando su cumplimiento obligatorio tanto para gobernantes como para gobernados, permite que se creen instituciones y mecanismo constitucionales que permitan que lo que esté escrito en el texto constitucional, se materialice. En consecuencia, el juzgador debe constatar la vulneración expresa y manifiesta de los derechos, de hacerlo debe calificarla, declararla y ordenar la reparación de forma integral.

⁶⁴¹ Constitución de la República, Art. 84 y ss.

⁶⁴² FERRAJOLI Luigi, *Derechos y Garantías*, Editorial Trotta, 8va. Edición, Madrid, 2016, pág. 93.

Las garantías constitucionales tienen como finalidad precautelar de forma eficaz e inmediata los derechos reconocidos tanto en la norma constitucional como en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la declaración de la vulneración de uno o varios derechos y la reparación integral de los daños causados por su violación⁶⁴³. A continuación analizamos los tipos de control constitucional y legal existente en Ecuador para encauzar y determinar las acciones constitucionales que caben respecto a los reglamentos y/o actos normativos, fruto de esta investigación.

5.4.3.1 Tipos de Control

Los controles de constitucionalidad y legalidad toman como punto de partida la supremacía constitucional, la jerarquía normativa, la especialidad y la competencia que nace de la propia Constitución⁶⁴⁴. La Constitución es la norma suprema⁶⁴⁵ y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de validez.

La condición de supremacía puede estudiarse desde dos ámbitos: formal y material. Desde el punto de vista formal, por ser la ley suprema que rige todo el ordenamiento jurídico, traza las pautas para la creación de otras normativas, crea y otorga la competencia a los organismos, establece las materias y limitaciones, y determina las formas como se irá construyendo el bloque normativo; esto de doctrina de positivistas⁶⁴⁶. Desde el punto de vista material⁶⁴⁷, en ella se plasman los principios fundamentales (los derechos humanos) que rigen para la sociedad. *Ergo*, tenemos dos tipos de control; uno formal o legal y otro, material o convencional.

⁶⁴³ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 6.

⁶⁴⁴ Constitución de la República, Art. 425.

⁶⁴⁵ Constitución de la República, Artículo 424.

⁶⁴⁶ KELSEN Hans, *Teoría pura del Derecho*, Editorial Eudeba, 4ta. Edición, 9na. Reimpresión, Traducida por Moisés Nilve, Buenos Aires, 2009. pág. 67.

⁶⁴⁷ En la crítica de Dworkin al positivismo jurídico, por ejemplo, la distinción entre principios jurídicos y reglas jurídicas es fundamental. El ataque se centra en que cuando los juristas discuten acerca de derechos y obligaciones jurídicas, especialmente en los casos difíciles, emplean otras pautas o patrones que no son reglas, tales como los principios. Los principios jurídicos no son patrones extrajurídicos y son vinculantes para el juez. Los principios juegan un papel central en los razonamientos que justifican las decisiones acerca de derechos subjetivos y obligaciones. Dworkin afirma que entiende por «principio» una pauta que ha de observarse porque es una exigencia de justicia, equidad o de otro aspecto de la moral, y ofrece como ejemplo el patrón de que «nadie puede beneficiarse de sus propios actos ilícitos». A juicio de Dworkin, la distinción entre principios jurídicos y reglas jurídicas es «lógica». Supongo que con ello quiere decir, al menos en parte, que es una distinción que abstrae el contenido de uno u otro tipo de pauta, y se concentra en la forma en la que operan en el razonamiento jurídico. DWORKIN Ronald, *Los Derechos en Serio*, Editorial Ariel, 5ª reimpresión, Traducción de Marta Gustavino, Barcelona, 2002, pág. 82.

El orden jerárquico normativo en el Ecuador se establece en el artículo 425 de la Constitución, de la siguiente forma: la Constitución; los tratados y convenios internacionales, las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones emanadas de los poderes públicos. Esto alude a que la aplicación de la Constitución se realice en forma directa por los jueces, autoridades administrativas y servidores públicos.

Resulta esencial en el control de constitucionalidad (formal y material) ya que afianza la supremacía de dicha norma e impide que esta constituya una simple declaración, una mera formalidad jurídica atendiendo a que resulta inevitable que cualquier órgano administrativo la reconozca. Tal como aseveró DE LASSALLE: “de nada sirve lo que escriba en una hoja de papel (se refiere a la Constitución), si no se ajusta a la realidad, a los factores reales y efectivos de poder”⁶⁴⁸. Es decir, la Constitución no puede convertirse en letra muerta debe atender de manera eficaz las necesidades sociales y especialmente la protección de los derecho mediante la provisión de mecanismos y un control eficaz.

BIDART CAMPOS expresó: ·supone una gradación jerárquica del orden jurídico derivado, que se escalona en planos distintos. Los más altos subordinan a los inferiores, y todo el conjunto se debe subordinar a la Constitución Nacional. Cuando esa relación de coherencia se rompe, hay un vicio o defecto que llamamos inconstitucionalidad”⁶⁴⁹. La supremacía le otorga a la norma constitucional la condición de primera de fuente del derecho de la que nacen las restantes normas y, en consecuencia, se subordinan a ella.

Sobre esto último, la doctrina considera como “elemental poner atención a la coherencia lógica que deben tener las normativas legales. Para lo cual, se deben tener presente dos sistemas de articulación: el principio de jerarquía normativa, y el principio de competencia o distribución de materia”⁶⁵⁰. El primer principio observa la Constitución como la cúspide de la pirámide de jerarquía normativa y que encima de ella, no existe

⁶⁴⁸ DE LASSALLE Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, Editorial Ariel, Barcelona, 1984, pág. 116.

⁶⁴⁹ BIDART CAMPOS Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, Editorial EDIAR, Tomo I, Capítulo V, Buenos Aires, 1996, pág. 18.

⁶⁵⁰ PALOMINO MANCHEGO José, *Constitución, Supremacía Constitucional y Teoría de las Fuentes del Derecho: una visión desde el Perú*, Editorial Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2008, pág. 6.

otra norma; y, el segundo, se basa en que las normas deben ser expedidas por el órgano al que se haya concedido la potestad reglamentaria y/o normativa y sobre los asuntos que constituya la materia autorizada sobre la que basa sus actuaciones.

El papel de la Constitución en el ordenamiento jurídico es elemental, constituye su mayor soporte, debe ser objeto de atención por parte del Estado, las instituciones, el órgano que tiene a cargo su control (Corte Constitucional) y todos los ciudadanos. Por ello, es necesario fijar la imperiosa necesidad de respetar sus lineamientos (competencia, materia y límites) en la actividad de la administración y en especial al expedir reglamentos y actos normativos de carácter administrativo; acogiendo también, los principios de origen convencional, lo que conlleva a que los actos normativos gocen de validez y eficacia jurídica.

5.4.3.2 Control de constitucionalidad

Resulta importante destacar que todos los actos administrativos son objeto de control constitucional. Mediante el control constitucional se garantiza la legitimidad de las actuaciones o su reivindicación. Además de procurar la separación de poderes, sobre la base de que las diferentes funciones del Estado tienen competencias específicas y propias, y gozan de independencia. De allí, que el control del Poder Judicial respecto de las actuaciones del Poder Ejecutivo, se limite a la legalidad y la razonabilidad (fundada en la motivación) de sus actuaciones.

La posibilidad de que se ejerza un control de índole constitucional constituye la base de un sistema democrático, admite que la voluntad del pueblo soberano sea objeto de respeto cuando se vayan a producir normas de rango *infra* constitucional, incluidos los reglamentos y actos normativos de carácter constitucional, por supuesto. Se debe señalar que todos los órganos del Estado, y entre ellos, la Administración Pública deben acogerse a la normativa, respetar la esfera de competencias de los otros poderes y órganos del Estado, atendiendo a que las potestades administrativas requieren ser dinámicas para ajustarse a las exigencias actuales, y, al hacer uso de ellas, pueden concebirse actos arbitrarios, de abuso o desvío de poder que ameritan ser objeto de control para garantizar los derechos de los ciudadanos.

El control de constitucionalidad en el Ecuador, se realiza de forma mixta, entre el concentrado y el difuso o de revisión judicial. Para ciertas garantías constitucionales, como la acción extraordinaria de protección (apelación de la sentencia por defectos de índole constitucional) y la acción de inconstitucionalidad, el conocimiento y resolución de las mismas recae en un organismo autónomo⁶⁵¹, la Corte Constitucional⁶⁵², efectuándose un control constitucional concentrado. Para otras garantías como la acción de protección, el control recae en cualquier juez de primera instancia por sorteo, propiamente un control difuso o de revisión judicial. Al respecto, podemos decir que el control de constitucionalidad tiene como resultado la efectiva vigencia de los derechos. No se podría establecer con total precisión cuál de los dos controles (constitucionalidad o legalidad) es el más efectivo; sin embargo, en Ecuador se articula un control mixto.

Cabe mencionar que la Corte Constitucional del Ecuador ha evolucionado en sus pronunciamientos respecto al control de constitucionalidad. Anteriormente, se mantenía en el agotamiento de otros mecanismos judiciales de defensa respecto a las actuaciones administrativas, denotando mucho recelo en cuanto a la intromisión en las funciones del Ejecutivo. La Corte evadía los asuntos relacionados con la Administración Pública, los casos generalmente eran inadmitidos y enviados a la justicia contencioso administrativa antes de ejecutar el control constitucional, con lo cual se desvirtuaba la protección constitucional y la razón de existencia de las garantías jurisdiccionales. A continuación cito las sentencias que avalan lo antedicho:

- 1) Corte Constitucional. Sentencia N° 016-13-SEP-CC, caso N° 0485-12-EP:
“No todas las vulneraciones al ordenamiento jurídico necesariamente tienen cabida para el debate en la esfera constitucional ya que para conflictos en materia de legalidad existen las vías idóneas y eficaces dentro de la jurisdicción ordinaria. El juez constitucional cuando de la sustanciación de garantía jurisdiccional establezca que no existe vulneración de derechos constitucionales, sino únicamente posibles controversias de índole infraconstitucional puede señalar la existencia de otras vías (...) La acción de

⁶⁵¹ Constitución del Ecuador, Art. 430.- La Corte Constitucional gozará de autonomía administrativa y financiera. La ley determinará su organización, funcionamiento y los procedimientos para el cumplimiento de sus atribuciones.

⁶⁵² Constitución del Ecuador, Art. 429.- La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito. Las decisiones relacionadas con las atribuciones previstas en la Constitución serán adoptadas por el pleno de la Corte.

protección no constituye un mecanismo de superposición o reemplazo de las instancias judiciales ordinarias, pues ello ocasionaría el desconocimiento de la estructura jurisdiccional estatal establecida por la Constitución (énfasis añadido)”.

- 2) Corte Constitucional. Sentencia N° 196-16-SEP-CC, CASO N° 1152-11-EP: “En este sentido, no corresponde a la jurisdicción constitucional el conocimiento y resolución de demandas de acción de protección, pronunciarse respecto de la interpretación y aplicación de disposiciones legales y actos normativos en general, por cuanto esta es una competencia propia de la jurisdicción ordinaria”.
- 3) Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N.° 016-13-SEP-CC, Caso N.° 1000-12-EP: “la naturaleza de las garantías jurisdiccionales determina la tutela y protección de derechos constitucionales y del debido proceso; en aquel sentido, los conflictos que pudieren generarse respecto a la aplicación errónea o mala interpretación de las disposiciones normativas infraconstitucionales no pueden ser objeto del análisis por parte de la justicia constitucional vía garantías jurisdiccionales de los derechos, puesto que para ello existen los intérpretes normativos competentes. (Énfasis añadido)”.

Actualmente, la Corte Constitucional, ha dejado su pasividad y celo, admitiendo las garantías jurisdiccionales respecto de las actuaciones administrativas, mediante un pronunciamiento emblemático para el acceso a la justicia constitucional frente a la ilegitimidad de las actuaciones administrativas.

- 4) Corte Constitucional. Sentencia No. 085-12-SEP-CC. Caso No. 0568-11-EP: “No se trata de desconocer la competencia que tienen los jueces en la jurisdicción contencioso administrativa para resolver los casos sometidos a su conocimiento por disposición de la ley; lo que debe quedar claro es que tratándose de actos u omisiones a los que se impute vulneración de derechos constitucionales, la vía contencioso administrativa, así como las demás vías previstas en la jurisdicción ordinaria (que constituirían otros "mecanismos de defensa judicial"), devienen en ineficaces para la protección de esos derechos,

debido a la naturaleza del trámite propio de cada una de las acciones en la jurisdicción ordinaria, caracterizado por la dilación que genera su propia sustanciación, así como por la interposición de recursos, lo que no es desconocido por el foro ni por los usuarios del sistema de administración de justicia, siendo ello público y notorio, y respecto de lo cual no amerita que se exija prueba, por expreso mandato del artículo 27 del Código Orgánico de la Función Judicial. La larga espera que implica el trámite de un proceso judicial en la jurisdicción ordinaria sin duda alguna contradice el objeto de la acción de protección, esto es, el amparo directo y eficaz de derechos constitucionales. De aceptarse el criterio expuesto por los legitimados pasivos, implica que en todo caso de vulneración de derechos constitucionales, la afectada deba transitar por el largo y engorroso trámite de un proceso judicial en las "otras vías judiciales". Razón que al verificar la violación de los derechos fundamentales de la legitimada activa el acceder a la vía contenciosa administrativa su reclamo por las características del proceso se prologaría la afectación del derecho resultando la vía constitucional el mecanismo idóneo para la protección de sus derechos fundamentales y que incluso podría traer consecuencias irreparables, razón por la cual se busca la reparación inmediata por vía constitucional considerada por su celeridad y eficacia como manifestó el insigne Tratadista Luigi Ferrajoli en su obra *Derecho y Razón* "Los Derechos son solo un papel si no se incluyen las garantías adecuadas"⁶⁵³. Plausible la posición que ha adoptado la justicia constitucional en Ecuador, ya que, ahora sí, se reconocen cuestionables las actuaciones del Poder Ejecutivo.

A continuación el análisis de cada una de las acciones constitucionales que caben respecto de los actos normativos.

5.4.3.3 Acción de protección o amparo

La acción de protección⁶⁵⁴ o amparo es una garantía jurisdiccional de origen constitucional⁶⁵⁵, cuyo procedimiento se encuentra estipulado por la Ley Orgánica de

⁶⁵³ Corte Constitucional. Sentencia No. 085-12-SEP-CC. Caso No. 0568-11-EP.

⁶⁵⁴ Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 39.

⁶⁵⁵ Constitución del Ecuador, Art. 88.

Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, tiene como objeto el amparo de forma directa y eficaz de aquellos derechos reconocidos en la norma constitucional y en los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Esta acción procede en los siguientes casos: violación de un derecho constitucional; acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente; e inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado⁶⁵⁶. Respecto a este último requisito, anteriormente, cuando trate el tema de control de constitucionalidad, me referí a los pronunciamientos de la Corte Constitucional en cuanto a la procedencia de garantías jurisdiccionales respecto de las actuaciones administrativas, sin que eso signifique para la Corte, menoscabo de la justicia ordinaria.

ZAVALA EGAS sobre ello, expone que: “cuando la acción de protección se dirige en contra de cualquier acto de autoridad no judicial, no importa la naturaleza de aquella exteriorización y, mucho menos, su denominación como norma, instrucción, disposición, orden, circular, hecho resolución, regulación y cuantos más se conciban”⁶⁵⁷. Este postulado contiene a los reglamentos y los actos normativos de carácter administrativo, en Ecuador.

Por otro lado, valga establecer que la inadmisibilidad de la acción de protección y remisión a otra vía judicial⁶⁵⁸, en este caso la contencioso administrativa implica una motivación razonada ya que “...si una persona presenta una acción de protección, es porque considera que las demás vías de resolución judicial del caso son inadecuadas o ineficaces por lo que carecería de sentido establecerlo como requisito para la presentación de la acción... La prueba de que la vía no es la adecuada y eficaz, se la debe actuar en el momento procesal de la etapa probatoria, por tanto, se requiere necesariamente de la

⁶⁵⁶ Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 40.

⁶⁵⁷ ZAVALA EGAS Jorge, *Introducción al Derecho Administrativo*, Editorial Edino, Tomo I, Guayaquil, 2003, pág.58.

⁶⁵⁸ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N° 001-16-PJO-CC dentro del caso N° 0530-10-JP. “Las juezas y jueces constitucionales que conozcan de una acción de protección, deberán realizar un profundo análisis acerca de la real existencia de la vulneración de derechos constitucionales en sentencia, sobre la real ocurrencia de los hechos del caso concreto. Las juezas o jueces constitucionales únicamente, cuando no encuentren vulneración de derechos constitucionales y lo señalen motivadamente en su sentencia, sobre la base de los parámetros de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, podrán determinar que la justicia ordinaria es la vía idónea y eficaz para resolver el asunto controvertido”.

sustanciación de la causa...”⁶⁵⁹. Por ende y de conformidad con los pronunciamientos de la Corte Constitucional no puede constituir una causa de rechazo *in limine* de la acción.

5.4.3.4 Acción extraordinaria de protección

Para estudiar la acción extraordinaria de protección⁶⁶⁰ es importante establecer que dicha acción es similar a la acción de protección pero procede contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado. El término máximo⁶⁶¹ para accionar es de veinte días contados a partir de haberse notificado la decisión judicial a la que se imputa la violación del derecho constitucional.

Es importante traer al análisis de la impugnación de los actos normativos, a la acción extraordinaria de protección ya que la misma se puede plantear ante una decisión del Tribunal o Unidad Distrital de lo Contencioso Administrativo. Y, considerando que la sede judicial contencioso administrativa se considera de instancia única al no dar lugar a la apelación, todo recurso que permita cuestionar lo resuelto por el juez *aquo* garantiza el derecho a la defensa del administrado.

Al respecto, conviene recordar que en la sentencia N.º 018-16-SEP-CC, dentro del caso N.º 0932- 15-EP, esta Corte expuso: La naturaleza de esta acción jurisdiccional constitucional persigue dos finalidades: por un lado, corrige y repara los posibles errores judiciales violatorios de derechos constitucionales que se hubieren cometido dentro de un proceso, y por otro sirve como herramienta para alcanzar la uniformidad constitucional del ordenamiento jurídico, sentando precedentes indispensables para precautelar la plena vigencia de los derechos garantizados por la Constitución (...) Lo expuesto, nos lleva a la conclusión de que la acción extraordinaria de protección no se convierte en una instancia o etapa más de los procesos judiciales ordinarios, al contrario se erige en la garantía

⁶⁵⁹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N° 102-13-SEP-CC, caso N° 0380-10-EP.

⁶⁶⁰ Constitución del Ecuador Art. 94. Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 58.

⁶⁶¹ Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 60.

necesaria para precautelar el respeto y observancia de los derechos constitucionales potencialmente vulnerados en el desarrollo de las etapas procesales ordinarias.

5.4.3.4 Acción de inconstitucionalidad

Para hablar del control constitucional de los actos normativos no parlamentarios y actos administrativos de carácter general en el Ecuador, es importante remitirse a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LGJCC), que ha dedicado una sección, el capítulo XII, al control constitucional de estas actuaciones.

El artículo 436 de la Constitución, establece dos posibilidades de control constitucional respecto de los actos normativos, al tenor de lo siguiente: numeral 2. Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado; y, numeral 4. Conocer y resolver, a petición de parte, la inconstitucionalidad contra los actos administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad pública. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto administrativo.

En concordancia, la LGJCC; por un lado, se refiere a la acción de inconstitucionalidad⁶⁶² que procede respecto de cualquier acto normativo que vulnere normas constitucionales. Y, por otro, establece el control de los actos administrativos de carácter general⁶⁶³. Y, en su artículo 75, determina que la acción de inconstitucionalidad opera en contra de: c) Leyes, decretos leyes de urgencia económica y demás normas con fuerza de ley; y, d) Actos normativos y administrativos con carácter general. Lo que daría lugar a la existencia de dos instrumentos administrativos sujetos al control constitucional.

Para POZO CHAMORRO: “Parecería ser que la intención del constituyente fue dividir los actos normativos que gozan de fuerza de ley y los de rango inferior a esta: a los primeros se les aplicaría la acción pública de inconstitucionalidad y, a los segundos, la acción de inconstitucionalidad de actos administrativos; no de otra manera se entiende

⁶⁶² Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 135.

⁶⁶³ Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 136.

que el legislativo haya dividido las competencias de la Corte Constitucional para ejercer el control de constitucionalidad sobre leyes, decretos leyes de urgencia económica y demás normas con fuerza de ley (Art. 75.c), por una parte, y de actos normativos y administrativos con carácter general (75.d), por otra”⁶⁶⁴. Sin embargo, el problema radica en la determinación sobre la naturaleza de estos instrumentos.

A lo largo de esta tesis he intentado demostrar, con base en el Derecho Administrativo, que en Ecuador, existen dos actos administrativos con contenido normativo: el reglamento y el acto normativo de carácter administrativo. Estableciendo como principales diferencias: la competencia de quien los dicta, la especificidad de la materia y el alcance que tienen. Al parecer la misma incertidumbre, surge en el ámbito constitucional, ya que “la Corte Constitucional no ha logrado definir qué tipos de actos deben ser fiscalizados a través de la acción pública de inconstitucionalidad y cuáles a través de la acción de inconstitucionalidad de actos administrativos”⁶⁶⁵.

Con respecto a los efectos jurídicos, el principio general es que toda sentencia que se dicte sobre las acciones de inconstitucionalidad invalida el acto y tiene efectos hacia el futuro o *ex nunc*. Sin embargo, al compatibilizar la invalidez constitucional con las nulidades previstas en la materia administrativa⁶⁶⁶, cuando el acto administrativo padece un vicio de legitimidad, es un acto nulo de nulidad absoluta y sus efectos tienen carácter *ex tunc*, es decir las cosas vuelven al estado anterior. Para OYARTE⁶⁶⁷, los efectos de la acción de inconstitucionalidad son dos: la inconstitucionalidad de un acto normativo no tiene efecto retroactivo, mientras que la inconstitucionalidad de un acto administrativo tiene efecto retroactivo. Esto como un criterio diferenciador, entre la inconstitucionalidad de los actos normativos y la inconstitucionalidad de los actos administrativos.

En consecuencia, y siguiendo los fines de esta investigación; la acción de inconstitucionalidad posee dos formas: 1. Respecto de los reglamentos (Constitución art 436 numeral 2, LOGJCC Art. 75 literal. C, LOGJCC Art. 135) con efectos de invalidez

⁶⁶⁴ POZO CHAMORRO Jaime Raunir, “El control constitucional de los actos administrativos con efectos generales, en el marco de la Constitución de la República y la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, Repositorio de tesis de la Universidad Andina Simón Bolívar, pág. 63.

⁶⁶⁵ *Ibíd.* pág. 65.

⁶⁶⁶ Código Orgánico Administrativo. Art. 107.- Efectos. La declaración de nulidad tiene efecto retroactivo a partir de la fecha de expedición del acto declarado nulo...

⁶⁶⁷ En análisis de lo expuesto por OYARTE Rafael, “Mecanismos de impugnación de los dictámenes del Procurador General del Estado”, Revista FORO, Universidad Andina Simón Bolívar, pág. 29.

hacia el futuro. Y, 2. Respecto de los actos normativos de carácter administrativo (Constitución art 436 numeral 4, LOGJCC Art. 75 literal. D, LOGJCC Art. 136) con efectos retroactivos – convalidable con la nulidad de los actos administrativos.

5.4.4 Control de legalidad

El control de legalidad resume la aplicación correcta de la ley en toda actuación y en especial en la producción reglamentaria o normativa que desarrolla la Administración Pública. El control de legalidad de los actos administrativos constituye una potestad propia de la administración⁶⁶⁸, de la jurisdicción contenciosa administrativa⁶⁶⁹ y del control de constitucionalidad para la Corte Constitucional, según corresponda al caso.

En consecuencia, el control directo de legitimidad de los actos normativos de carácter administrativo se puede alcanzar a través de tres sedes: 1. El control en sede administrativa que se realiza ante la administración mediante el reclamo administrativo; 2. El control que se establece en la vía judicial mediante el procedimiento contencioso administrativo con la interposición de la acción de anulación objetiva o por exceso de poder; y, 3. El control de constitucionalidad, mediante: acción extraordinaria de protección (de la sentencia del contencioso administrativo) y acción de inconstitucionalidad.

Mientras que el control indirecto de los actos normativos de carácter administrativo (respecto al acto administrativo que lo ejecuta) puede presentarse de la siguiente forma: 1. El control en sede administrativa, se realiza ante la administración mediante los recursos de apelación y extraordinario de revisión; 2. El control en la vía judicial mediante el procedimiento contencioso administrativo con la interposición de la acción de subjetiva o de plena jurisdicción; y, 3. El control de constitucionalidad, mediante la acción de protección o amparo.

⁶⁶⁸ Código Orgánico Administrativo. Art.132.

⁶⁶⁹ Constitución del Ecuador, Art. 173. Art. 173.- Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial.

5.5 Síntesis Capítulo V

En este capítulo tratamos acerca de la impugnación de los actos normativos en Ecuador (reglamento y acto normativo de carácter administrativo). Empezamos por tratar acerca del procedimiento administrativo y los principios que lo rigen, la legitimación y el agotamiento de sede administrativa. En Ecuador no existe el agotamiento de sede administrativa, es una opción para el administrado siempre y cuando no haya debatido la misma pretensión en sede judicial. Es decir puede elegir entre impugnar el acto en sede administrativa o en sede judicial.

Continúo el capítulo exponiendo la impugnación en sede administrativa, tratando cada uno de los recursos vigentes en Ecuador (apelación, extraordinario de revisión) y el reclamo administrativo.

Para llegar a conocer los recursos caben respecto del reglamento y el acto normativo de carácter administrativo estudiamos las vías de impugnación (directa e indirecta). La directa es aquella que no necesita que medie un acto de aplicación del acto normativo para presentar un recurso, puede presentarse considerando el plazo a partir de su notificación o publicación en páginas oficiales como ha sido reconocido por el COGEP. Mientras que, la indirecta permite recurrir un acto normativo a través de la impugnación del acto administrativo particular que le da aplicación.

Ergo, el acto normativo interadministrativo puede impugnarse en sede administrativa (reclamo – vía directa, recurso de apelación y recurso extraordinario de revisión o jerárquico – vía indirecta), en sede judicial (acción de plena jurisdicción o subjetiva – vía indirecta, acción de anulación objetiva o por exceso de poder y acción de protección – vía directa) y en sede constitucional (acción de inconstitucionalidad – vía directa, acción extraordinaria de protección y acción de protección – vía indirecta). El reglamento en cuanto a que su origen es constitucional y a su fuerza de ley, tiene impugnación directa mediante acción pública de inconstitucionalidad. En el caso de los actos normativos interorgánicos, si uno de los órganos no posee personalidad jurídica, únicamente pueden impugnarse en sede administrativa mediante el reclamo. Pero si pueden impugnarse en sede judicial y constitucional respecto del acto particular que los pone en aplicación, es decir en vía indirecta de idéntica forma que los actos normativos interadministrativos.

La impugnación en sede judicial⁶⁷⁰ se considera de instancia única ya que no cabe apelación, respecto de las decisiones del juez *a quo* (Tribunal o Unidad Distrital Contencioso Administrativa o primera instancia). Es decir que de primera instancia pasa a casación sin contar con el doble conforme.

El proceso en sede administrativa se encuentra establecido en el Código Orgánico Administrativo, el proceso judicial se encuentra regulado por el Código Orgánico General de Procesos; y, el proceso constitucional regido por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

En materia constitucional, se plantean dos fueros, sede judicial por sorteo (control difuso), en el caso de la acción de protección o amparo; y Corte Constitucional en el caso de acción de inconstitucionalidad o acción extraordinaria de protección (control concentrado).

Todos estos constituyen aportes de investigación que ayudan al abogado en el libre ejercicio a poder optar por una u otra alternativa de impugnación respecto a la pretensión y a las particularidades que cada proceso tiene. Para esta investigación ha sido fundamental, analizar el recorrido que hace un acto normativo desde su nacimiento a través de las potestades y facultades, su naturaleza jurídica y la del órgano que los emite, los vicios en sus elementos, sus formas de impugnación y los tribunales competentes para dirimirlo.

⁶⁷⁰ Código Orgánico General de Procesos, Artículo 256.- Procedencia. El recurso de apelación procede contra las sentencias y los autos interlocutorios dictados dentro de primera instancia así como contra las providencias con respecto a las cuales la ley conceda expresamente este recurso. Se interpondrá de manera oral en la respectiva audiencia. Las sentencias adversas al sector público se elevarán en consulta a la respectiva Corte Provincial, aunque las partes no recurran, salvo las sentencias emitidas por los Jueces de lo Contencioso Administrativo y Tributario. En la consulta se procederá como en la apelación. Artículo modificado por Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico General de Procesos, Suplemento del Registro Oficial No. 517, 26 de Junio 2019, Art. 38 suprime la única instancia en materia administrativa.

CAPÍTULO VI

DE LAS CONCLUSIONES

Principalmente podemos decir que he cumplido a cabalidad con los objetivos generales planteados en esta tesis he intentado cumplir con los objetivos y desarrollar el problema en cuanto a la confusión entre estos dos instrumentos: reglamento y acto normativo de carácter administrativo, que se asimilan en cuanto a su naturaleza jurídica pero que sus particularidades los hacen diferentes. Además a lo largo de la investigación, descubrí que el problema respecto a la confusión de estos instrumentos, no solo tiene injerencia en el Derecho Administrativo Ecuatoriano, sino también en el Derecho Constitucional en especial en el momento de la impugnación.

Es menester establecer que Ecuador se rige por el sistema jurídico del *civil law* de allí que se analicen textos de aplicación directa, como en la tesis muchos cuerpos normativos incluso algunos que se encuentran derogados pero que constituyen doctrina comparativa en cuanto al régimen administrativo ecuatoriano. Esto no quita, el análisis y cuestionamiento que se ha dado a cada uno de los temas en el marco general de las fuentes del derecho.

A continuación voy a establecer las principales conclusiones de cada uno de los capítulos de la tesis. Obviamente omití el capítulo I que abarca temas generales de la investigación (introducción, objetivos, metodología y justificación).

7.1 Sobre el Capítulo II

Potestad reglamentaria y facultad normativa de carácter administrativo

Respecto al capítulo II relacionado como el uso de las competencias, atribuciones y facultades de la Administración Pública podemos exponer lo siguiente:

La potestad reglamentaria nace del ordenamiento jurídico específicamente de la Constitución. Ha sido concedida ÚNICAMENTE al Presidente de la República en el art. 147 núm. 13 de la Constitución del Ecuador. No trata sobre contenidos específicos sino que su contenido es general y no está dirigida a ninguna persona de manera individual

por lo que su alcance es a todo el colectivo. No produce relaciones jurídicas directas sino que implica una situación pasiva de inercia, de acatamiento en los administrados.

Los límites de la potestad reglamentaria se encuentran establecidos por la propia norma (art. 147 num. 13 Constitución) cuando establece: “*sin modificar ni alterar el contenido de la ley*”. También se analizó como limitantes los siguientes principios: división de poderes, en cuanto a que el uso de la competencia de crear normas es originaria del Poder Legislativo pero ha sido concedida por el ordenamiento al Presidente en consideración del dinamismo y eficacia que debe existir al momento de atender el bien común; reserva de ley, en cuanto a que existen materias que no pueden ser reguladas por el Presidente, es el caso de los tributos y las penas; y, el principio democrático o de participación ciudadana a la luz del reconocimiento de los ciudadanos como sujetos activos en la conformación del Estado y de las normativas que los rigen.

La facultad normativa de carácter administrativo, mediante el art. 130 del Código Orgánico Administrativo, ha sido concedida a las máximas autoridades de los órganos que conforman la Administración, sobre asuntos internos del órgano a su cargo. La norma no ha expresado mayor precisión respecto a que se entiende como “*asuntos internos*”, sin embargo, de aquí nace lo que considero es una facultad que le es propia a la Administración en Ecuador, ya que le permite producir normativa; o como se conoce por la doctrina ejercer lo que propiamente es la facultad normativa.

Acerca de los límites de la facultad normativa tenemos varias connotaciones. Desde la normativa, el art. 226 de la constitución que establece la sujeción estricta a los términos en los que se presenta la competencia, es decir se “*ejercerán solamente las competencias y facultades que le han sido atribuidas por la Constitución y la ley*”. El art. 131 del COA, establece las prohibiciones en el ejercicio de esta competencia y como la norma es clara, cabe al respecto una interpretación a *stricto sensu*. Por su parte, también desde los principios del derecho, fije como limitantes en el ejercicio de esta competencia, los siguientes: jerarquía normativa, considerando que estas normas tienen un grado inferior la ley e incluso al reglamento; seguridad jurídica y confianza legítima bajo las cuales se tiene la certeza de que los actos administrativos son legítimos y han sido emitidos en consonancia con el resto de normas aplicables; tutela administrativa efectiva en cuanto a la formación del acto normativo que procura causar el menor perjuicio a los

administrados en observancia de los derechos fundamentales; principio de legalidad y zona de reserva de Administración, confrontando por un lado la ley y por otro la zona franca de la Administración en la cual es, de manera muy acotada, libre de emitir normativa; principios de razonabilidad y proporcionalidad en la emisión de actos normativos, considerando la adecuación, la necesidad y los fines como presupuestos.

Acerca de los excesos tanto en el ejercicio de la potestad reglamentaria como de la facultad normativa de carácter administrativo, se advierte del análisis de varios actos normativos así como de sentencias; que existe un abuso y confusión en el uso de las competencias. Cuando el Presidente interpreta la ley, la altera o modifica; o, cuando los órganos administrativos inferiores regulan asuntos que por competencia constitucional le corresponden al Presidente, o incluso en el uso propio de competencias sobrepasan las limitaciones legales.

Encontré como semejanzas principales las siguientes: tanto la potestad reglamentaria como la facultad normativa, nacen del ordenamiento jurídico, que les da origen, las disciplina y limita; son emitidas por personas u órganos que conforman la Administración Pública; producen normas de carácter subalterno, secundario o inferior a la ley; tienen como objeto regular conductas; y, en consecuencia, comparten la naturaleza jurídica del acto normativo. Las principales diferencias radican en la competencia, la especificidad de la materia que regulan y la jerarquía normativa que poseen.

6.2 Sobre el Capítulo III

El Poder Ejecutivo ecuatoriano y sus relaciones

Respecto al capítulo III es menester mencionar que se analizaron dos poderes: Ejecutivo y Legislativo; de los cinco que rigen en Ecuador. Esto, en consideración de la precisión respecto al tema y al problema que recae en la confusión en el uso de las competencias para la emisión de normas dentro de la Administración Pública. Necesariamente, por el objeto de estudio, se vincula al Poder Legislativo pero con los otros poderes hay vinculación únicamente accidental, por ello no los incluí. Analice también la organización administrativa; estado centralizado, descentralizado y/o desconcentrado; así como: sus relaciones y conflictos para entender el nivel jerárquico de los actos normativos que emanan unos u otros órganos.

Al analizar el tema obtuve las siguientes conclusiones: 1. El presidente es la máxima autoridad administrativa en Ecuador; 2. Los órganos administrativos en su mayoría son desconcentrados; 3. Se reconoce, en el régimen normativo únicamente la descentralización territorial (GADS) y no a la funcional como tal, de conformidad con el art. 46 del COA; 3. La jerarquía y la personalidad jurídica son criterios determinantes en las relaciones administrativas; 4. Las relaciones administrativas en Ecuador se caracterizan por ser jerárquicas, bajo sujeción y control del superior; y, 5. Las relaciones administrativas en Ecuador son por esencia interorgánicas, salvo el caso en el que uno de los órganos posea personalidad jurídica, en cuyo caso será interadministrativa.

6.3 Sobre el Capítulo IV

El reglamento y acto normativo de carácter administrativo

Respecto al capítulo IV que pone de manifiesto el problema respecto a la confusión entre el reglamento y el acto normativo de carácter administrativo. Con la intención de disipar dudas y evitar arbitrariedades, he llegado a las siguientes conclusiones:

1. El reglamento y el acto normativo de carácter administrativo son actos administrativos, es decir son expresiones de voluntad unilaterales en ejercicio de funciones administrativas que producen efectos jurídicos y que se expiden por cualquier medio documental, físico o digital y quedará constancia en el expediente administrativo.
2. Debido a su contenido normativo, podemos decir que tanto el reglamento como el acto normativo de carácter administrativo, tienen la naturaleza jurídica de actos normativos. Son declaraciones de voluntad, unilaterales, efectuadas en ejercicio de una competencia administrativa que produce efectos jurídicos generales, que no se agota con su cumplimiento y de forma directa. Por su contenido de derecho positivo, forman parte de las fuentes del derecho administrativo.
3. De conformidad con el art. 99 del COA, son requisitos de validez, tanto para el reglamento como para el acto normativo de carácter administrativo: la voluntad, la competencia, el objeto, el procedimiento y la motivación.

4. Dentro de las clasificaciones. Según su forma de manifestación, ambos instrumentos son actos normativos expresos. Según su alcance y extinguiabilidad, ambos tienen alcance general y no se consumen con su aplicación. Según su formación y efectos ambos nacen de la voluntad unilateral y sus efectos son generales por más de que hablemos de un colectivo de diverso sector de conformidad con el ERJAFE art. 80 cuando determina que aunque en el acto normativo sus destinatarios puedan ser individualizados no dejan de ser normativos, por ende asumimos que sus efectos son generales dirigidos a varios individuos que forman parte un mismo órgano.
5. De conformidad con la doctrina de COMADIRA, los actos de alcance general de contenido normativo o reglamentario están dirigidos a sujetos indeterminados, sentando una norma y pretendiendo su inserción en el ordenamiento jurídico; y, los actos no normativos se caracterizan porque se consumen con su aplicación. Considero, que en el grupo de los actos normativos se encuentran los reglamentos y los actos normativos de carácter administrativo de Ecuador, ya que ninguno cumple con el criterio diferenciador de su consunción. Ambos se insertan al bloque de juridicidad.
6. De conformidad con la doctrina de MENDEZ en base a los tres elementos de los vínculos jerárquicos: poder de mando, concentración funcional y potestades o poderes jurídicos. Y en consideración de la relaciones entre los órganos administrativos, la persona competente para la creación de los actos, la norma de creación del organismo emisor del acto normativo (va a determinar si tiene personalidad jurídica y con ello el vínculo jerárquico), los distintos ámbitos de aplicación conforme a la materia o asuntos específicos que regulan; y las limitaciones legales y principialistas establecidas para ambos; establecí una clasificación diferenciadora entre el reglamento y el acto normativo de carácter administrativo.
7. La nueva clasificación según las relaciones del órgano del que emana, los divide en actos normativos interadministrativos (los reglamentos orgánicos funcionales de CHALCO), son emitidos por un órgano con personalidad jurídica, con rango jerárquico y en uso de las competencias constitucionales. Y

actos normativos interorgánicos, donde se encuentran los actos normativos de carácter administrativo que regulan asuntos internos del órgano administrativo, en virtud de que este no posee personalidad jurídica propia (no tienen poder de mando), es un órganos subalterno (concentración funcional), y existe una limitación en la competencia en base a la especificidad de la materia que pueden regular. Cabe mencionar que el reglamento ejecutivo no consta dentro de esta clasificación ya que considero que no media una relación con otro órgano en su emisión sino que existe en sujeción con la ley. Son fruto únicamente de la potestad reglamentaria constitucional, es por ello que tienen una condición casi de ley y pueden considerarse superiores a los demás actos normativos.

8. Esta propuesta de clasificación coadyuvaría a disipar la incertidumbre jurídica existente en el país en cuanto a la potestad reglamentaria y la facultad normativa de carácter administrativo y sus instrumentos, ya que aunque reconoce a ambos actos como normativos, les agrega particularidades que los diferencia y por ende da lugar a un trato e impugnación diferentes. Además, evitaría cualquier clase de ilegalidad, arbitrariedad y extralimitación de la competencia por parte de los órganos administrativos inferiores, en fin, impediría a la exacerbación de la facultad normativa y la emisión en demasía de instrumentos que carecen de importancia jurídica ya que son innecesarios, repetitivos y muchas veces contradictorios, situaciones que han sido ejemplificadas en este trabajo con anterioridad.
9. Ambos instrumentos están sujetos a la existencia de la ley. Ambos gozan de presunción de legitimidad como una prerrogativa que permite la autotutela de sus actuaciones. Ambos son ejecutorios mediante los actos administrativos que los aplican.
10. Ambos son revocables en sede administrativa por razones de oportunidad, mérito y conveniencia siempre que dicha revocatoria se encuentra motivada, y si se genera afectación al administrado, da lugar a la indemnización (únicamente) del daño emergente ya que sus efectos son *ex tunc*. Respecto a la nulidad por ilegitimidad, lo explico en las conclusiones del capítulo V.

11. Sobre el reglamento podemos decir que en cuanto a sus definiciones, naturaleza jurídica, y características he acogido la doctrina del constitucionalista ecuatoriano CHALCO, que divide a los reglamentos en: ejecutivos y orgánico funcionales. Los ejecutivos son actos normativos que emanan únicamente de la persona del Presidente de República. Son creados con el fin de ejecutar una ley. Son instrumentos subordinados o subalternos ya que dependen de la existencia de una norma jurídica previa para su reglamentación. Su fin es justamente la ejecución, aplicación y materialización de los efectos jurídicos previstos en esa norma jurídica previa. Los orgánico funcionales, se enfocan en la gestión de los organismos, sus funcionarios y procedimientos. Regulan la actividad de la Administración Pública. Mediante estos instrumentos se crea un organismo y se le otorgan las competencias para su funcionamiento. Al igual que los reglamentos ejecutivos, son fruto de la potestad reglamentaria del presidente, pero podrían también ser emanados por los GADS. Estos reglamentos, conforme a la clasificación de los actos según sus relaciones pertenecen al grupo de los actos normativos interadministrativos.
12. Finalmente, las semejanzas generales: a. Emanan del Poder Ejecutivo, o sea de la Administración y sus órganos administrativos; b. Su función es cooperar en la formación del ordenamiento jurídico con las limitaciones expresadas para ello, por lo que poseen un carácter secundario con respecto a la ley; c. Comparten la misma naturaleza jurídica, son formas de actuación de la Administración del tipo normativo; d. Forman parte del bloque de juridicidad del Ecuador; e. Son unilaterales atendiendo a que no es reflejo de voluntad general, representa es proveniente del Poder Ejecutivo. f. Gozan de presunción de legitimidad y son ejecutorios mediante el acto administrativo que los aplica. Y, las principales diferencias: competencia, especificidad de la materia, sus relaciones (interadministrativa o interorgánica), jerarquía normativa (el reglamento es superior al acto normativo de carácter administrativo) y la responsabilidad de sus actos sujetos a tutela o control, según como corresponda.

6.4 Sobre el Capítulo V

Impugnación de los reglamentos y de los actos normativos de carácter administrativo

Para empezar las conclusiones respecto al capítulo V y resumir las formas de impugnación del reglamento y el acto normativo de carácter administrativo en Ecuador, debemos establecer como máxima que es el deber de la Corte Constitucional del Ecuador revisar la legitimidad de los reglamentos y de todo acto normativo, incluso de oficio.

Son premisas para considerar en el proceso impugnatorio: 1. Es impugnable en sede administrativa y judicial el acto administrativo que ha causado esto; es decir aquel que es fruto del recurso de apelación de conformidad con el COA. 2. El agotamiento de vía administrativa es volitivo y tiene como único requisito que no se interponga acciones en sede administrativa y judicial al mismo tiempo. 3. La sede administrativa judicial se considera de instancia única ya que no existe apelación, la decisión pasa del Tribunal Distrital Contencioso Administrativo a la casación en la Corte Nacional de Justicia.

Los actos normativos interadministrativos pueden impugnarse en sede administrativa (reclamo – vía directa, recurso de apelación y recurso extraordinario de revisión o jerárquico – vía indirecta), en sede judicial (acción de plena jurisdicción o subjetiva – vía indirecta, acción de anulación objetiva o por exceso de poder y acción de protección – vía directa) y en sede constitucional (acción de inconstitucionalidad y acción extraordinaria de protección – vía directa, acción de protección – vía indirecta). Mientras que, el reglamento en cuanto a que su origen es constitucional y a su fuerza de ley, tiene impugnación directa mediante acción pública de inconstitucionalidad de conformidad con la doctrina de OYARTE. Y, los actos interorgánicos, si uno de los órganos no posee personalidad jurídica solo pueden impugnarse en sede administrativa mediante el reclamo administrativo. Pero, si puede impugnarse por vía indirecta mediante el acto que lo pone en aplicación, de igual forma que los actos normativos interadministrativos.

El proceso en sede administrativa está regulado por el Código Orgánico Administrativo, el proceso judicial por el Código Orgánico General de Procesos; y, el proceso constitucional por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. En materia constitucional, se plantean dos fueros, sede judicial por sorteo

(control difuso), en el caso de la acción de protección o amparo; y Corte Constitucional en el caso de acción de inconstitucionalidad o acción extraordinaria de protección (control concentrado). Es decir en Ecuador se conjuga un control constitucional mixto.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

ABALOS José, Descentralización fiscal y transferencia de competencias: aproximación general y propuestas para fortalecer los Gobiernos Regionales en Chile, Editorial CEPAL, Santiago, 2002.

ACOSTA Romero Miguel, Compendio de Derecho Administrativo, Editorial Porrúa, México, 1996.

ALEXY Robert, Derechos fundamentales y Estado constitucional de derechos, Editorial del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, segunda edición, traducción y estudio preliminar de Carlos Bernal Pulido, Madrid, 2003.

ANDRADE Leonardo, Práctica Tributaria, Editorial Compugrafic, Quito, 2000.

ARAGÓN Manuel, Constitución y Democracia, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2002.

ATIENZA Rodríguez Manuel, Argumentación y Estado Constitucional, Derechos, Justicia y Estado Constitucional. Tributo a Miguel C. Miravet, Editorial Universidad de Valencia, España, 2005.

ÁVILA, Santamaría Ramiro, Ecuador: Estado constitucional de derechos y justicia. En Constitución del 2008 en el contexto andino: Análisis desde la doctrina y el derecho comparado, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito 2008.

AYALA Mora Enrique, Ecuador. Patria de todos, Universidad Andina Simón Bolívar. Corporación Editora Nacional, 2da y 3era Edición, Quito, 2004 y 2008.

BADÍA Juan Fernando, en El Estado Unitario, El Federal y el Estado Regional, Editorial Tecnos, Madrid, 1978.

BALBÍN Carlos, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, 2da. Edición, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2015.

BARRA Rodolfo Carlos, Actos reglados y discrecionales. Su problemática y control, en Procedimiento Administrativo, Ponencias IV Encuentro Hispano – Argentino sobre Derecho Administrativo, Santiago de Compostela, 1994.

BARRA Rodolfo Carlos, Ejecutoriedad del acto administrativo, Editorial Ábaco Depalma, Buenos Aires, 1989.

BARRA Rodolfo Carlos, Los actos administrativos contractuales, Teoría del acto coligado, Editorial Ábaco Depalma, Buenos Aires, 1989.

BARRA Rodolfo Carlos, Principios del Derecho Administrativo, Reglamentos Administrativos, Editorial Ábaco Depalma, Buenos Aires, 1980

BARRA Rodolfo Carlos, Tratado de Derecho Administrativo, Editorial Abaco Depalma, Tomo I, Buenos Aires, 2002.

BERNAL Pulido Carlos, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Editorial del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

BERNAL Pulido, Carlos, El neo constitucionalismo y la normatividad del derecho. Escritos de derecho constitucional y filosofía del derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.

BIDART Campos Germán, Compendio de Derecho Constitucional, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2008.

BIDART Campos Germán, Manual de la Constitución Reformada, Editorial EDIAR, Tomo I, Capítulo V, Buenos Aires, 1996.

BIDART Campos Germán, Nociones Constitucionales, Las intersecciones iusnaturalistas de la Constitución, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2007.

BIELSA Rafael, El Recurso jerárquico, Editorial Ábaco Depalma, Buenos Aires, 1953.

BIELSA Rafael, Tratado de Derecho Administrativo, Editorial Depalma, 5ta. Edición, Tomo I, Buenos Aires, 1955.

BOBBIO Norberto, Per una classificazione degli imperativi giuridici, en Scritti giuridici in memoria di Pietro Calamandrei, Vol. I, Padova, 1958.

BOBBIO Norberto, Teoría General del Derecho, Editorial Temis S.A, Bogotá, 1999.

BOCANEGRA Sierra Raúl, Lecciones sobre el acto administrativo, Editorial Cívitas, 2da. Edición Madrid, 2011.

BORJA Cevallos Rodrigo, Descentralización, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1997.

BRITO Mariano, De la justicia en lo contencioso administrativo, Editorial FCU, Tomo VIII, Montevideo, 2000.

CAMARASA Juan, La participación en la Administración Pública, Editorial Temis, Bogotá, 2001

CAMPOLIETI, Federico, Los límites del contrato administrativo, en Fernández Ruiz, Jorge – Santiago Sánchez, Javier (eds.), Contratos administrativos. Culturas y sistemas jurídicos comparados, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.

CANO Melgoza Magda, Conceptos jurídicos fundamentales, UNAM, Guadalajara, 2011.

CARBONELL Miguel, Argumentación Jurídica, El Juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad, Editorial Porrúa, México, 2011

CARRIÓN Fernando, DAMMERT Manuel Dammert y VILLARONGA Brigitta, Descentralizar: un derrotero a seguir, Introducción. La descentralización: visión

internacional de la cuestión plurinacional del Estado, Seminario internacional Descentralización y Reforma Constitucional en la Región Andina FLACSO Quito, 2008.
CASSAGNE Juan Carlos, Derecho Administrativo, Editorial Abeledo Perrot, Tomo II, Buenos Aires, 1992.

CASSAGNE Juan Carlos, Derecho Administrativo, Editorial Abeledo Perrot, Tomo II, Buenos Aires, 1971.

CASSAGNE Juan Carlos, Derecho Administrativo, Editorial Abeledo Perrot, 6ta. Edición, Tomos I y II, Buenos Aires, 1998.

CASSAGNE Juan Carlos, Derecho Administrativo, Los poderes o facultades del administrado, Situaciones jurídicas subjetivas de carácter activo), Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982.

CASSAGNE Juan Carlos, Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial LexisNexis, Buenos Aires, 2003.

CASSAGNE Juan Carlos, El Acto Administrativo, Editorial Porrúa, México, 2014.

CASSAGNE Juan Carlos, Tratado de Derecho Administrativo, Palestra Editores, Tomo II, Lima, 2010.

CIANCIARDO Juan, El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad, 2da edición, actualizada y ampliada, Editorial Abaco Depalma, Buenos Aires, 2009.

COMADIRA Julio Rodolfo, ESCOLA Héctor Jorge y COMADIRA Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), Curso de Derecho Administrativo, Editorial Abeledo Perrot, Tomos I y II, Buenos Aires, 2013.

COMADIRA Julio Rodolfo, MONTI Laura (colaboradora), El Acto Administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Editorial La Ley, 1era. Edición, Buenos Aires, 2011.

COVIELLO Jorge Pedro José, la denominada zona de reserva de la administración y el principio de legalidad administrativa en el texto Derecho Administrativo. Obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel. S. Marienhoff, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

COVIELLO Pedro José Jorge, El Control judicial de la discrecionalidad administrativa. Control de la Administración Pública, Jornadas de Derecho Administrativo organizadas por la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2003.

COVIELLO Pedro José Jorge, La causa y el objeto del acto administrativo, Acto Administrativo y Reglamento, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Editorial RAP, Buenos Aires, 2002.

COVIELLO Pedro José Jorge, La protección de la Confianza del Administrado. Derecho Argentino y Derecho Comparado, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004.

DE LA CUÉTARA Martínez Juan Miguel, Las potestades administrativas, Editorial Tecnos, Madrid, 1986.

DE LA QUADRA Salcedo Fernández del Castillo Tomás, El Derecho Administrativo, Editorial Iustel, 10ma Edición, Madrid, 2009.

DE LASSALLE Ferdinand, ¿Qué es una Constitución?, Editorial Ariel, Barcelona, 1984.

DIEZ Manuel María, Derecho Administrativo, Editorial Plus Ultra, Tomo II, Buenos Aires, 1977.

DIEZ Picazo Luis, La derogación de las Leyes, Editorial Cívitas, Madrid, 1990.

DROMI José Roberto, Derecho Administrativo, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.

DROMI José Roberto, Derecho Administrativo, Editorial Ciudad Argentina, 10ma. Edición, Buenos Aires, 2004.

DROMI José Roberto, El Acto Administrativo, Editorial Ciudad Argentina, 4ta. Edición, Buenos Aires, 2008.

DROMI José Roberto, Manual de Derecho Administrativo, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1987.

DUHARTE Emilio, La Política: Relaciones Interdisciplinarias: Teoría y Procesos Políticos Contemporáneos, Editorial Félix Varela, Tomo I, La Habana, 2006.

DUVERGER Maurice, Instituciones políticas y derecho constitucional, Editorial Ariel, Barcelona, 1962.

DWORKIN Ronald, Los Derechos en Serio, Editorial Ariel, 5ª reimpresión, Traducción de Marta Gustavino, Barcelona, 2002.

DWORKIN Ronald, Los Derechos en Serio, Editorial Ariel, Barcelona, 2012.

EHRENBERG Víctor, Seguridad jurídica y seguridad del tráfico, Editorial Colegio de Registradores de Propiedad Mercantiles y de Bienes Muebles de España, Madrid, 2003.

ESCOLA Héctor Jorge, Tratado General de Procedimiento Administrativo, Editorial Depalma, 2da. Edición, Buenos Aires, 1981.

ESPÍN, Eduardo, Principios Constitucionales sobre la estructura del ordenamiento: jerarquía normativa, competencia. El Sistema Fuentes en la Constitución. Derecho Constitucional, Derechos y Deberes de los Ciudadanos., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

FERRAJOLI Luigi, Derechos y Garantías, Editorial Trotta, 8va. Edición, Madrid, 2016.

FERRAJOLI Luigi, Pasado y futuro del Estado de Derecho. Estado de Derecho, Editorial Siglo Veintiuno, México, 2002.

FIORINI Bartolomé, ¿Qué es el contencioso?, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997

FIORINI Bartolomé, Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, 2da. Edición, Tomo I, Buenos Aires, 1976.

FIORINI Bartolomé, Procedimiento administrativo y recurso jerárquico, 2da. Edición, ampliada y actualizada, Buenos Aires, 1970.

FIORINI Bartolomé, Teoría Jurídica del Acto Administrativo, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1969.

GALLEGO Anabiarte Alfredo y MENÉNDEZ Rexach Ángel, Acto y Procedimiento Administrativo, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2001.

GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás Ramón, “Tratado de Derecho Administrativo”, Editorial Civitas, Madrid, 2012

GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Editorial Temis S.A., Tomo I, Bogotá, 2008.

GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Editorial Cívitas, 8va. Edición, Tomo I, Madrid, 1997.

GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Editorial Temis, 12va. Edición, Tomo I, Bogotá, 2011.

GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás Ramón, Tratado de Derecho Administrativo, Editorial Civitas, Madrid, 2012.

GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, 5ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 2003.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Editorial Civitas, Madrid, Ediciones 1985, 2001 y 2006.

GARCÍA Máñez Eduardo, Filosofía del Derecho, Editorial Porrúa, 15va Edición, México, 2005.

GARCÍA Pullés Fernando Raúl, La Impugnación de los Actos Administrativos de Alcance General, Jornadas de Derecho Administrativo organizadas por la Universidad Austral, Editorial RAP, Buenos Aires, 2013.

GARCÍA Pullés, Fernando Raúl, El Contencioso Administrativo en la Argentina - Análisis del sistema federal, de las veintitrés provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Tomo I, La impugnación de actos administrativos de alcance general, Buenos Aires, 2012.

GARCÍA Trevijano Fos José Antonio, Los Actos Administrativos, Editorial Cívitas, Madrid, 1991.

GARCINI Guerra Héctor, Derecho Administrativo, Editorial Pueblo y Educación, 2da Edición, La Habana, 1986.

GARRIDO Falla Fernando, Tratado de Derecho Administrativo, Editorial Tecnos, Madrid, 1987.

GARRIDO Falla Fernando, Tratado de Derecho Administrativo, Editorial Tecnos, Vol. I, 13va. Edición, Madrid, 2002.

GAUNA Juan Octavio, Reglamentos Autónomos, Acto Administrativo y Reglamento, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Editorial RAP, Buenos Aires, 2002.

GORDILLO Agustín, Derecho Administrativo de la Economía, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1967.

GORDILLO Agustín, Introducción al Derecho Administrativo, Editorial Abeledo Perrot, 1era. Edición, Buenos Aires, 1962

GORDILLO Agustín, Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas, Tomo I, 1era. Edición, FDA, Buenos Aires, 2013.

GORDILLO Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Editorial Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2017.

GORDILLO Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Editorial Fundación de Derecho Administrativo, 5ta Edición, Tomo I, Capítulo XIV Buenos Aires, 1998.

GORDILLO Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Editorial Fundación de Derecho Administrativo, Tomo V, Buenos Aires, 2012

GORDILLO Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Editorial Macchi, Tomo III, Buenos Aires, 1974.

GORDILLO Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Editorial Macchi, 5ta. Edición, Buenos Aires, 2000.

GORDILLO Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Editorial Macchi, Tomo I, Las fuentes del Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1979.

GORDILLO Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Editorial Macchi, Tomo IV, Capítulo X, Procedimientos y Recursos Administrativos, Buenos Aires, 1971.

GORDILLO Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Editorial UNAM-Porrúa-FDA, 9na. Edición, México, 2004.

GORDILLO Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, El acto administrativo, Editorial Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998.

GUASTINI Ricardo, Estudios de Teoría Constitucional, Editorial Fontamara, México, 2007.

HERNÁNDEZ Carbajal Carmen Beatriz, Análisis del discurso en programas de la Administración Pública Federal del Sexenio del Dr. Ernesto Zedillo Ponce de León Al Sexenio del Lic. Vicente Fox Quesada, Editorial de la Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2016.

HERNÁNDEZ Terán Miguel, Contenido esencial de los derechos y su aplicación jurisprudencial, Editorial Aranzadi, Madrid, 2016.

HERNÁNDEZ Terán Miguel, Seguridad Jurídica. Análisis, Doctrina y Jurisprudencia, Editorial Edino, Guayaquil, 2004.

HOBBS Thomas, Leviatán o la Materia, Forma y Poder de una República Eclesiástica y Civil, Fondo de Cultura Económica, Undécima Edición, México D.F., 2001.

HUERTA Ochoa Carla, La Intervención Administrativa en el Estado Contemporáneo, Editorial Universidad Nacional Autónoma, 2da. Edición, México, 2012

HUERTA Ochoa Carla, Mecanismos constitucionales para el control del poder político, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 3ra. Edición, México, 2010.

HUTCHINSON Tomás, Régimen de Procedimientos Administrativos, De la prueba en el procedimiento administrativo, Ediciones RAP, 6ta. Edición, Buenos Aires, 2002.

JARAMILLO Ordóñez Hernán, Manual de Derecho Administrativo, Editorial Universitaria, Loja, 1992.

JARAMILLO Ordoñez Hernán, Manual de Derecho Administrativo, Latina Editores, Loja, 1986.

JELLINEK Georg, Teoría General del Estado, Editorial B de f, Tercera Edición, Traducción de la 2ª ed. alemana por Fernando de los Ríos, España, 2005.

KELSEN Hans, Teoría General del Estado, Traducido de Luís Legaz Lacambra, en estudio preliminar: Los fundamentos del estado democrático en la teoría jurídico-política de Kelsen a cargo de José Luíz Monereo Pérez, Editorial Comares, Granada, 2000.

KELSEN Hans, Teoría pura del Derecho, Editorial Eudeba, 4ta. Edición, 9na. Reimpresión, Traducida por Moisés Nilve, Buenos Aires, 2009.

LINARES Juan Francisco, Derecho Administrativo, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1986.

LINARES Juan Francisco, Razonabilidad de las leyes, El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina, Editorial Astrea, 1970,

LINARES Juan Francisco, Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina, Editorial Astrea, 2da edición actualizada, Buenos Aires, 2002.

LLAMBÍAS Jorge, Tratado de derecho civil, Editorial Abeledo Perrot, 16va. Edición, Tomo I, 1995.

LOCKE John, Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil, Editorial Tecnos, Madrid, 2010.

LÓPEZ Olvera Miguel Alejandro, Tratado de la Facultad Reglamentaria, Editorial Porrúa, México, 2007.

LOWENSTEIN Karl, Teoría de la Constitución, Citado por: BARRA Rodolfo Carlos y otros, en Derecho Constitucional General, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995.

MAIRAL Héctor, Control Judicial de la Administración Pública, Editorial Depalma, Volumen II, Buenos Aires, 1984.

MARIENHOFF Miguel, El exceso de punición como vicio del acto jurídico de derecho público, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1989.

MARIENHOFF Miguel, Tratado de Derecho administrativo, 5ta. Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000

MARIENHOFF Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965.

MARIENHOFF Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990, Tomo I.

MARIENHOFF Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Editorial Abeledo Perrot, 5ta. Edición, Tomo I, Buenos Aires, 1995.

MARIENHOFF Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Editorial Abeledo-Perrot, 4ta. Edición, Tomo II, Buenos Aires, 1993.

MARIENHOFF Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Editorial Abeledo-Perrot, Tomo I, Buenos Aires, 1970.

MARIENHOFF Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Editorial Abeledo Perrot, Tomo II, Buenos Aires, 1997.

MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Editorial Abeledo Perrot Tomo I, 5ta. Edición Actualizada, Buenos Aires, 2011.

MARTÍNEZ González Diego, El acto administrativo de efectos generales, Universidad Católica, Guayaquil, 2011.

MAURER Hartmut, Derecho Administrativo, Editorial Marcial Pons, Parte General, Buenos Aires, 2011.

MÉNDEZ Aparicio, Centralización. Sistemas Orgánicos, Ediciones Jurídicas Amalio M Fernández, Tomo I, Montevideo, 1973.

MÉNDEZ Aparicio, La Jerarquía, Editorial Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, 1950.

MÉNDEZ Juan, Los derechos fundamentales como límite al principio democrático de la voluntad mayoritaria, Democracia, desarrollo humano y ciudadanía. Reflexiones sobre la calidad d de democracia en América Latina, editado por Guillermo O'Donnell, Osvaldo Iazzetta, y Jorge Vargas Cullell. Homo Sapiens Ediciones, No. 281-8, Santa Fe, 2003.

MERTEHIKIAN Eduardo, Estudios sobre contratación pública, Editorial RAP, Buenos Aires, 1996.

MONROY Cabra Marco Gerardo, Concepto de Constitución, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Tomo I, Edición de Konrad-Adenauer-Stiftung E.V. Montevideo, 2005.

MONTESQUIEU Charles, Del espíritu de las leyes, Traducido por Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Editorial Alianza, Madrid, 2015.

MONTI Laura, La jerarquía y la competencia como principios de la organización administrativa, Libro Organización administrativa, función pública y dominio público, Ediciones RAP, 2005, Buenos Aires.

MORALES Tobar Marco, Manual de Derecho Procesal Administrativo, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones CEP, Quito, 2011.

MURATORIO Jorge, Derecho Administrativo, Los actos administrativos, tácitos e implícitos, Capítulo IV, Libro en homenaje al profesor Miguel Marienhoff, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

OYARTE Martínez Rafael, La declaratoria de inconstitucionalidad de actos normativos y actos administrativos, 24 de noviembre 2005.

PALOMINO Manchego José, Constitución, Supremacía Constitucional y Teoría de las Fuentes del Derecho: una visión desde el Perú, Editorial Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2008.

PAREDES Montiel Marat y Raúl, RODRÍGUEZ Lobato, El principio de reserva de ley en materia tributaria, México DF, Porrúa, 2001.

PAREJO Alfonso Luciano, El concepto del Derecho Administrativo, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.

PÉREZ Camacho Efraín, Derecho Administrativo, Corporación de Estudios y Publicaciones, Tercera Edición Actualizada, Quito, 2006.

PEREZ Camacho Efraín, Derecho Administrativo, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Tomo I, Quito, 2006.

PÉREZ DE AYALA José Luis y GONZÁLEZ Eusebio, Derecho Tributario I, Plaza Universitaria Ediciones, Salamanca, 1994.

PÉREZ Luño Enrique, La seguridad jurídica, Editorial Ariel, Barcelona, 1994.

PÉREZ Royo Javier, Curso de Derecho Constitucional, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2018.

PÉREZ Royo Javier, Fundamentos y ámbito de la reserva de ley en materia tributaria, Editorial Tecnos, Madrid, 1997.

PERRINO Pablo Esteban, El ritualismo inútil, Jornadas de Derecho Administrativo organizadas por la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2009

PONCE Cumplido Jaime, La Desconcentración Administrativa, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1965.

POZO Chamorro Jaime Raunir, El control constitucional de los actos administrativos con efectos generales, en el marco de la Constitución de la República y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2013.

PRECIADO Hernández Rafael, Lecciones de Filosofía del Derecho, 3ra Edición, Editorial JUS, México, 1965.

ROBALINO Javier, El Reglamento y el Acto Normativo en el Ecuador, Memorias Del VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, VIII Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo - Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007,

RODRÍGUEZ Libardo, Derecho Administrativo General y colombiano, Editorial Temis, Bogotá, Ediciones 2006 y 2013.

ROUSSEAU Jean Jacques, El Contrato Social, Del Pacto Social, Ediciones Altaya, Barcelona, 1993.

SABSAY Daniel Alberto y ONAINDIA José Miguel, La Constitución de los Argentinos, Análisis y comentario de su texto luego de la reforma de 1994, 7ma. Edición, Editorial ERREPAR, Buenos Aires, 2002.

SAGUÉS Néstor Pedro, Elementos de Derecho Constitucional, Editorial Astrea, 2da. Edición, Tomo II, Buenos Aires, 1997.

SALGADO Pesante Hernán, Instituciones Políticas. Constitución del Ecuador, Editorial ILDIS, Quito, 1987.

SALGADO Pesantes Hernán, Introducción al derecho, Corporación de Estudios y Publicaciones, 4ta. Edición, Quito, 2019.

SAMMARTINO Patricio, Amparo y Administración en el Estado Constitucional Social de Derecho, Editorial Abeledo Perrot, Tomo I, Capítulo VII, Buenos Aires, 2012.

SÁNCHEZ De La Torre Ángel, El Derecho en la aventura europea de la libertad. Editorial Reus, Madrid, 1987.

Santidad Juan XXII, I Pacem in Terris, Carta Encíclica

SANTOFIMIO Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, 4ta Edición, Bogotá, 2013.

SAYAGUÉS Laso Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, Edición Fundación de Cultura Universitaria, Tomo II, Montevideo, 1972.

SAYAGUÉS Laso Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, 8va Edición, actualizada por MARTINS Daniel Hugo, Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 2002.

SAYAGUÉS Laso Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, Editorial Machi, Tomo III, Buenos Aires, 1996.

SAYAGUÉS Laso Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Tomo I, Montevideo, 1963.

SECAIRA Durango Patricio, Curso Breve de Derecho Administrativo, Editorial Universitaria, Universidad Central del Ecuador, Quito, 2004.

SQUELLA Narducci Agustín, Introducción al Derecho, Editorial Jurídica de Chile, 1ra Edición, Santiago, 2007.

TAMAYO Rolando, Razonamiento y argumentación jurídica, El paradigma de la racionalidad y la ciencia del Derecho, Editorial Universidad Nacional Autónoma, México, 2003.

TAWIL Guido, Administración y justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa, Editorial Depalma, Tomo I, Buenos Aires, 1993.

TRAYTER Jiménez Joan Manuel, Derecho Administrativo, Editorial Atelier, 3ra. Edición, Barcelona, 2017.

USLENGHI Alejandro Juan, Régimen Jurídico de la Potestad Reglamentaria, Acto Administrativo y Reglamento, Jornadas de Derecho Administrativo. Universidad Austral, Editorial RAP, Buenos Aires, 2002.

VELÁSQUEZ Villamar Gastón Alexander, Conceptos Jurídicos Básicos del Derecho Administrativo Tributario, Editorial de la Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2008.

VILLANUEVA Gómez Luis Enrique, La División de Poderes. Teoría y Realidad, UNAM, 2014.

VILLAR Palasí José Luis, Apuntes de Derecho Administrativo, Jornadas de Derecho Administrativo organizadas por la Universidad Austral, Editorial RAP, Buenos Aires, 2012.

VILLAR Palasí José Luis, Principios del Derecho Administrativo, Tomo II, Capítulo Noveno, La Potestad, Editorial Universidad Complutense, Madrid, 1987.

VILLEGAS Basavilbaso Benjamín, Derecho Administrativo, Editorial TEA, Tomo I, Buenos Aires, 1949.

YÁÑEZ Julio, Principios a considerar en la descentralización de las finanzas públicas (locales). Estudios Públicos No. 45, CEP, Santiago de Chile, 1992.

ZAMBRANO Pasquel Alfonso, Del Estado Constitucional al Neoconstitucionalismo, Editorial EDILEX, Guayaquil, 2011.

ZANOBINI Guido, Corso di Diritto Amministrativo, Giuffrè Editore, Tomo II, Milano, 1954.

ZAVALA Egas Jorge, Derecho Administrativo, Editorial Edino, Guayaquil, Ediciones 2003 y 2005.

REVISTAS

ARAGON Manuel, La forma del poder. Estudios sobre la Constitución, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Año 14, Núm. 41. Mayo-Agosto, comentando a RUBIO Llorente Francisco, Madrid, 1994.

AZÓCAR Arturo Aylwin, La potestad reglamentaria del presidente de la república, Revista Chilena de Derecho 11, No. 2-3, Santiago de Chile, 1984.

BENALCÁZAR Guerrón Juan Carlos, Comentarios sobre la facultad normativa de los gobiernos autónomos descentralizados, Revista de Derecho No. 13, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2010.

CARBONELL Miguel, Sobre la reserva de ley y su problemática actual, Vinculo Jurídico, Revista de la Universidad Autónoma de Zacatecas, No. 42, México, 2000.

CEA Egaña José Luis, Dominio Legal y Reglamentario en la Constitución de 1980, Revista Chilena de Derecho, Volumen 11, Santiago de Chile, 1984.

FERRADA Juan Carlos, Las Potestades y Privilegios de la Administración Pública en el Régimen Administrativo Chileno, Revista de Derecho, Volumen XX, No. 2, Santiago de Chile, 2007.

GALLEGO Alfredo, Transferencia y Descentralización; Delegación y Desconcentración; Mandato y Gestión o Encomienda. Teoría Jurídica y Derecho Positivo, Revista de Administración Pública, No.25, 1990.

GIULIANI FONROUGE, Carlos M. Acerca del *solve et repete*, Revista Jurídica Argentina La Ley, Buenos Aires, 1990.

GUSMAN Alfredo Silverio, Autarquía y descentralización, Revista: El Derecho Jurisprudencia General / Universidad Católica Argentina, No.179, Buenos Aires, 1998.

GUZMÁN Napuri Christian, La Administración Pública y el Procedimiento Administrativo General, IUS La Revista, No. 38, Lima, 2000.

HEREDIA Horacio, Los medios administrativos para la protección de los administrados, Revista Colegio de Abogados, N° 2, Buenos Aires, 1945.

IVANEGA Miriam Mabel, Los principios de la organización administrativa, El Derecho Administrativo en Argentina. Situación y Tendencias Actuales (I), Revista DA/Documentación Administrativa, No. 267-268, Buenos Aires, septiembre 2003-abril 2004.

LÓPEZ Raygada Pierino Stucchi y IPARRAGUIRRE Romero Gianfranco, Explicando el Ejercicio de Poder Público desde las Categorías Proceso y Procedimiento, Revista de Derecho Administrativo de la Universidad Católica del Perú, Lima, 2003.

MARIENHOFF Miguel, Derecho adquirido y derecho ejercido. Pretendidas diferencias en cuanto a su protección jurídica, Revista de Derecho Administrativo, No.1, Buenos Aires, 1989.

MURATORIO Jorge, Los conflictos interadministrativos nacionales. Revista de Derecho Administrativo, No.19/20, Editorial Ábaco Depalma, Buenos Aires, 1995.

OTERO Parga Milagros, División de Poderes. Antes y Ahora, Boletín de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho, No. 12, Madrid, 1997.

OYARTE Rafael, Mecanismos de impugnación de los dictámenes del Procurador General del Estado, Revista FORO, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2017.

PAREJO Alfonso Luciano, El Estado Social Administrativo. Algunas Reflexiones sobre la «crisis» de las prestaciones y los servicios públicos, Revista de Administración Pública, Núm. 153, 2000.

PÉREZ Efraín, La noción de Acto Administrativo en el Derecho Público ecuatoriano, Revista Iuris Dictio, Universidad San Francisco de Quito, 2002.

PÉREZ Luño Enrique, La seguridad jurídica. Una Garantía del Derecho y la Justicia. Revista Boletín de la Facultad de Derecho, núm. 15, Universidad Nacional de Educación a Distancia, España, 2000.

PERRINO Pablo Esteban, El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva y el Acceso a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Revista de Derecho Público. Proceso administrativo –I, editado por Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003-I.

PFERSMANN Otto, Carré de malberg y la jerarquía normativa. Revista mexicana de Derecho Constitucional, Cuestiones Constitucionales, UNAM, 2001.

PORRAS Ramírez José María, Fundamento, naturaleza, extensión y límites de la potestad reglamentaria del Consejo General del Poder Judicial, Revista de Estudios Políticos, No. 87, enero-marzo 1995.

TUDELA Aranda José, El derecho a decidir y el principio democrático, Universidad Nacional Educación a Distancia. Revista Teoría y Realidad Constitucional, núm. 37, Barcelona, 2016.

URRUTIGOITY, Javier, El principio de tutela administrativa efectiva, SJA 30/11/2005, Revista Suplemento de Derecho Administrativo. Jurisprudencia Argentina, Número: 2005-IV, Buenos Aires, 2005.

YADAROLA Mauricio, El Espíritu del Derecho Positivo, Revista Jurídica de la Universidad Nacional de Córdoba, No. 1-3, Enero-Marzo de 1926, Córdoba, publicada 2014.

TESIS

AGUIRRE Castro Pamela, El principio constitucional de legalidad y la facultad normativa del SRI, Repositorio de tesis de la Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2013.

CHALCO Salgado José, Principio democrático y la facultad reglamentaria del presidente de la República, Repositorio de tesis Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Presentada 2014 y Publicada 2017.

FERNÁNDEZ Ruiz Jorge y SANTIAGO Sánchez Javier, Contratos administrativos. Culturas y sistemas jurídicos comparados, Repositorio de tesis de la Universidad Nacional Autónoma, México, 2007.

GROPPA Octavio, Una relectura de la noción de bien común y su relación con la economía, Repositorio de Tesis de la Universidad Católica, Buenos Aires, 2014.

LÓPEZ María Eugenia, La potestad reglamentaria en el Ecuador, Quito, Repositorio de tesis Universidad Andina Simón Bolívar, 2013.

MARTÍNEZ González Diego, El acto administrativo de efectos generales, Repositorio de tesis de la Universidad Católica de Guayaquil, Guayaquil, 2011.

MORENO González, Iraia, El principio de jerarquía normativa, Repositorio de tesis de la Universidad del País Vasco, San Sebastián, 2019/2020.

ORDÓÑEZ Vásquez Grace, La Seguridad Jurídica y su Aplicación en la Ejecución de los Contratos de Concesión se servicios de telefonía, Repositorio de tesis de la Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009.

POZO Chamorro Jaime Raumar, El control constitucional de los actos administrativos con efectos generales, en el marco de la Constitución de la República y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, Repositorio de tesis de la Universidad Andina Simón Bolívar, 2013.

QUINTANA Ricardo, Los Actos, Hechos y Contratos Administrativos en las Empresas Públicas Ecuatorianas, en la Construcción de Obra Pública e Infraestructura y en su Giro Ordinario del Negocio, Repositorio de Tesis Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2015.

VILLAMARIN Molina Jorge, Potestades de Derecho Público en las Empresas, Repositorio de tesis Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2014.

LEYES

Constitución del Ecuador.

Código Orgánico Administrativo.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Ley de Naturalización de Ecuador.

Ley Orgánica de Educación Intercultural.

Ley Orgánica de Educación Superior.

Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno.

Ley Orgánica de la Función Legislativa,
Código Civil.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

Código Orgánico General de Procesos

Derogadas

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (Presidencia)

Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Ley de Modernización del Estado.

ACTOS NORMATIVOS

Presidencia de la República, Reforma al Reglamento para la Concesión de Indulto, Conmutación o Rebaja de Penas, Decreto No. 1440, Quito, 23 de mayo de 2017.

Presidencia de la República, Decreto N° 1364 de fecha 12 de abril de 2017. Crisis ambiental y efectos del terremoto 2016 que enfrentan las provincias de Manabí y Esmeraldas.

Presidencia de la República, Decreto No 288, Quito, 28 de noviembre 2017. Modifica los días feriados por la Fundación de Quito.

Presidencia de la República, Indulto Antonio Edmundo Buñay Dongilio, presidente Banco Cofiec, Decreto Ejecutivo 1415, Quito, 16 de mayo de 2017.

Presidencia de la República, Oficio No. T.1-C.1.-SNJ-12-1134, de 5 de octubre de 2012, suscrito por el Dr. Alexis Mera Giler, Secretario Nacional Jurídico, dirigido a los Ministros y Secretarios de Estado, Autoridades de la Administración Pública Central e Institucional.

Presidencia de la República, Reglamento a la Ley Orgánica de Educación Intercultural, Decreto Ejecutivo, No.1241. Registro Oficial No. 754, Quito, 26 de julio de 2012.

Presidencia de la República, Reglamento Ejecutivo a la Ley de Naturalización para el otorgamiento de cartas de naturalización por servicios relevantes, 2012. Registro Oficial No. 648 fecha 27 de febrero de 2012.

Presidencia de la República, Reglamento Ejecutivo a la Ley Orgánica de Educación Superior con Registro Oficial No. 526, Quito, 2 septiembre de 2011.

Presidencia de la República. Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Decreto Ejecutivo 1700. Registro Oficial Suplemento 588 de 12-mayo -2009.

Presidencia de la República, Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Decreto Ejecutivo 2428, Registro Oficial 536 de 18 de Marzo del 2002.

Presidencia de la República, Ley de Naturalización de Ecuador, Decreto Supremo No. 276, 2 Registro Oficial, No. 66, Quito, 14 de abril 1976.

Presidencia de la República, Decreto Ejecutivo N° 18, publicado en el Registro Oficial No. 590 del 13 de marzo de 1928. Crea la Caja de Jubilaciones, Montepío Civil, Retiro y Montepío Militar, Ahorro y Cooperativa, que se denominó Caja de Pensiones.

Instituto Nacional de Contratación Pública, Resolución No. INCOP RE-2013-0000083 de fecha 27 de marzo 2013. Convalidación de Errores.

SENTENCIAS

Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N° 001-16-PJO-CC dentro del caso N° 0530-10-JP, Quito, 2016.

Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N° 102-13-SEP-CC, caso N° 0380-10-EP, Quito, 2013.

Corte Constitucional. Sentencia No. 085-12-SEP-CC. Caso No. 0568-11-EP, Quito 2012.

Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución No 002-2003-TC, Quito, 2003.

Corte Nacional de Justicia, Resolución No. 15, Registro Oficial Suplemento 104, Quito, 20 de octubre de 2017.

Corte Suprema de Justicia, Constructora San Martín Granda Cía. Ltda. / San Martín Garate Elvia, Sentencia No. 0299 – 2013, Quito, 2013.

Corte Nacional de Justicia de Ecuador, Caso Rafael Correa vs. Emilio Palacio y Diario El Universo, Sentencia 457-Q-2011, Quito, emitida el 16 de febrero de 2012.

Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Sala de lo Contencioso Administrativo. Resolución No. 91, Quito, 2010.

FUENTES ELECTRÓNICAS

AGUIRRE Castro Pamela, El principio constitucional de legalidad y la facultad normativa del SRI, Repositorio de tesis de la Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2013.

<https://www.uasb.edu.ec/publicacion?el-principio-constitucional-de-legalidad-y-la-facultad-normativa-del-sri-581>

ARAGÓN Manuel, Constitución y Democracia, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2002.

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/288/4.pdf>

ARAGON Manuel, La forma del poder. Estudios sobre la Constitución, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Año 14, Núm. 41. Mayo-Agosto, comentando a RUBIO Llorente Francisco, Madrid, 1994.

[file:///C:/Users/Estefi/Downloads/Dialnet-LaFormaDelPoder-2008317%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/Estefi/Downloads/Dialnet-LaFormaDelPoder-2008317%20(3).pdf)

ÁVILA, Santamaría Ramiro, Ecuador: Estado constitucional de derechos y justicia. En Constitución del 2008 en el contexto andino: Análisis desde la doctrina y el derecho comparado, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito 2012.

<https://core.ac.uk/download/pdf/159776178.pdf>

CARRIÓN Fernando, DAMMERT Manuel Dammert y VILLARONGA Brigitta, Descentralizar: un derrotero a seguir, Introducción. La descentralización: visión internacional de la cuestión plurinacional del Estado, Seminario internacional Descentralización y Reforma Constitucional en la Región Andina FLACSO Quito, 2008.

<file:///C:/Users/Estefi/Downloads/LFLACSO-01-Carrion.pdf>

CASSAGNE Juan Carlos, Tratado de Derecho Administrativo, Palestra Editores, Tomos I y II, Lima, 2010. <https://docplayer.es/42521713-Juan-carlos-cassagne.html>

CHALCO Salgado José, Principio democrático y la facultad reglamentaria del presidente de la República, Repositorio de tesis Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Presentada 2014 y Publicada 2017.

<https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/6076/1/SM216-Chalco-Principio.pdf>

Expectativa en proveedores del Estado por los pagos

<https://www.elcomercio.com/actualidad/ecuador-expectativa-proveedores-pagos-petroecuador.html>

FERNÁNDEZ Ruiz Jorge y SANTIAGO Sánchez Javier, Contratos administrativos. Culturas y sistemas jurídicos comparados, Repositorio de tesis de la Universidad Nacional Autónoma, México, 2007.

<http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/11360>

Fiscalía investiga 157 casos de corrupción desde el inicio de la pandemia

<https://www.primicias.ec/noticias/politica/fiscalia-casos-corrupcion-inicio-pandemia/>

GARCÍA Pullés, Fernando Raúl, El Contencioso Administrativo en la Argentina - Análisis del sistema federal, de las veintitrés provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Tomo I, La impugnación de actos administrativos de alcance general, Buenos Aires, 2012. [https://static-](https://static-laley.thomsonreuters.com/LALEYARG/product/files/41407279/41407279.pdf)

[laley.thomsonreuters.com/LALEYARG/product/files/41407279/41407279.pdf](https://static-laley.thomsonreuters.com/LALEYARG/product/files/41407279/41407279.pdf)

GORDILLO Agustín, Derecho Administrativo, Capítulo V, De las Fuentes del Derecho Administrativo. https://www.gordillo.com/pdf_tomo5/01/01-capitulo5.pdf

GORDILLO Agustín, Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas, Tomo I, 1era. Edición, FDA, Buenos Aires, 2013. https://www.gordillo.com/pdf_tomo1/tomo1.pdf

GROPPA Octavio, Una relectura de la noción de bien común y su relación con la economía, Repositorio de tesis Universidad Católica, Publicado en Cuadernos de RSO, Vol. 5, No.1, Buenos Aires, 2017.

<https://ucu.edu.uy/sites/default/files/facultad/fce/rso/groppa.pdf>

HERNÁNDEZ Terán Miguel, Seguridad Jurídica. Análisis, Doctrina y Jurisprudencia, Editorial Edino, Guayaquil, 2004. <http://bestlaw.ec/2016/05/seguridad-juridica-ecuador/>

MARTÍNEZ González Diego, El acto administrativo de efectos generales, Universidad Católica de Guayaquil, Guayaquil, 2011. https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2010/01/555a566_el_acto_adm.pdf

MONROY Cabra Marco Gerardo, Concepto de Constitución, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Tomo I, Edición de Konrad-Adenauer-Stiftung E.V. Montevideo, 2005. <http://biblioteca.utec.edu.sv/siab/virtual/interactiva/49045.pdf>

MORENO González, Iraia, El principio de jerarquía normativa, Repositorio de tesis de la Universidad del País Vasco, San Sebastián, 2019/2020.
https://addi.ehu.es/bitstream/handle/10810/49044/TFG_Moreno%20Gonzalez%20Iraia.pdf?sequence=2&isAllowed=

MURATORIO Jorge, Los conflictos interadministrativos nacionales. Revista de Derecho Administrativo, No.19/20, Editorial Ábaco Depalma, Buenos Aires, 1995.
<https://es.scribd.com/document/410191546/Muratorio-Jorge-Los-Conflictos-Interadministrativos-Nacionales>

ORDÓÑEZ Vásquez Grace, La Seguridad Jurídica y su Aplicación en la Ejecución de los Contratos de Concesión se servicios de telefonía, Repositorio de tesis de la Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009.
<https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/877>

OSSORIO Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, XX Edición, Buenos Aires, 1992.
https://www.google.com/search?q=OSSORIO+Manuel%2C+Diccionario+de+Ciencias+Jur%3%ADdicas%2C+Pol%3%ADticas+y+Sociales%2C+Editorial+Heliasta%2C&rlz=1C1ALOY_esAR934AR934&oq=OSSORIO+Manuel%2C+Diccionario+de+Ciencias+Jur%3%ADdicas%2C+Pol%3%ADticas+y+Sociales%2C+Editorial+Heliasta%2C&aqs=chrome..69i57.2119j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8

OTERO Parga Milagros, División de Poderes. Antes y Ahora, Boletín de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho, No. 12, Madrid, 1997.

<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:bfd-1997-12-f85e4a13/pdf>

OYARTE Martínez Rafael, La declaratoria de inconstitucionalidad de actos normativos y actos administrativos, 24 de noviembre 2005. <https://www.derechoecuador.com/la-declaratoria-de-inconstitucionalidad-de-actos-normativos-y-actos-administrativos>

OYARTE Rafael, Mecanismos de impugnación de los dictámenes del Procurador General del Estado, Revista FORO, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2017. <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/320/319>

PÉREZ Luño Enrique, La seguridad jurídica. Una garantía del Derecho y la Justicia, Editorial Ariel, Barcelona, 1994. <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:bfd-2000-15-48a09575&dsID=pdf>

PFERSMANN Otto, Carré de malberg y la jerarquía normativa. Revista mexicana de Derecho Constitucional, Cuestiones Constitucionales, UNAM, 2001. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5613/7311>

POZO Chamorro Jaime Raunir, El control constitucional de los actos administrativos con efectos generales, en el marco de la Constitución de la República y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, Repositorio de tesis de la Universidad Andina Simón Bolívar, 2013. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3781/1/T1336-MDE-Pozo-El%20control.pdf>

TUDELA Aranda José, El derecho a decidir y el principio democrático, Universidad Nacional Educación a Distancia. Revista Teoría y Realidad Constitucional, núm. 37, Barcelona, 2016. <file:///C:/Users/Estefi/Downloads/Dialnet-ElDerechoADecidirYElPrincipioDemocratico-5497198.pdf>

URRUTIGOITY, Javier, El principio de tutela administrativa efectiva, SJA 30/11/2005, Revista Suplemento de Derecho Administrativo. Jurisprudencia Argentina, Número: 2005-IV, Buenos Aires, 2005.

<https://biblioteca.mpf.gov.ar/meran/opac-detail.pl?id1=28401>

VILLAMARIN Molina Jorge, Potestades de Derecho Público en las Empresas, Repositorio de tesis Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2014.

<https://biblioteca.uasb.edu.ec/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=160730>

YÁÑEZ Julio, Principios a considerar en la descentralización de las finanzas públicas (locales). Estudios Públicos No. 45, CEP, Santiago de Chile, 1992.

https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20160303/20160303184000/rev45_yanez.pdf

DICCIONARIOS

CABANELLAS Guillermo, Diccionario Elemental Jurídico, Editorial Heliasta, 3ra. Edición, Buenos Aires, 2005.

OSSORIO Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, XX Edición, Buenos Aires, 1992.

OSSORIO Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Datascan, S.A., 1era. Edición Electrónica Guatemala, 2018.

Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, S.L.U. Espasa Libros, 23va. Edición, Madrid, 2014.

Diccionario jurídico / MONTOYA Pérez

<http://www.diccionariojuridico.mx/definicion/ius-puniendi/>

Diccionario jurídico / VEGA José

<https://diccionario.leyderecho.org/erga-omnes/>