

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ**  
**Colegio de Jurisprudencia**

**El Paradigma del Derecho Blando Administrativo: Un análisis del  
Dictamen del Procurador General del Estado.**

**Cynthia Paola Chiriboga Freire**

**JURISPRUDENCIA**

**Trabajo de Titulación presentado como requisito para la  
obtención del título de Abogada.**

**Dr. Juan Pablo Aguilar**

Quito, 9 de mayo de 2019

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

“El paradigma del Derecho Blando Administrativo: Un análisis del Dictamen del Procurador General del Estado.”

Cynthia Paola Chiriboga Freire

Juan Pablo Aguilar  
Director del Trabajo de Titulación

Dunker Morales  
Lector del Trabajo de Titulación

Fabián Andrade  
Lector del Trabajo de Titulación

Farith Simon  
Decano del Colegio de Jurisprudencia

The image shows four handwritten signatures in blue ink, each placed above a horizontal dotted line. From top to bottom, the signatures correspond to the names listed on the left: Juan Pablo Aguilar, Dunker Morales, Fabián Andrade, and Farith Simon. The signatures are stylized and cursive.

Quito, mayo del 2019

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**

**EVALUACIÓN DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO DE TITULACIÓN**

**TÍTULO:** EL PARADIGMA DEL DERECHO BLANDO ADMINISTRATIVO: UN ANÁLISIS DEL DICTAMEN DEL PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

**ALUMNA:** CYNTHIA PAOLA CHIRIBOGA FREIRE

**EVALUACIÓN**

**Importancia del problema presentado**

El dictamen del Procurador General del Estado, pese a que es un informe sobre cuya base debe decidir la Administración, tiene características específicas en nuestro ordenamiento jurídico, por el hecho de que se lo contempla como criterio con carácter vinculante. Entender la naturaleza jurídica de este dictamen y las vías para impugnarlo es, por eso, un problema importante que merece ser analizado.

**Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador**

El uso del concepto de Derecho Blando permite entender de mejor manera la naturaleza del dictamen del Procurador General del Estado, que no es ni un acto normativo ni un acto de simple administración, tal como éstos son definidos por el código Orgánico Administrativo, y merece por eso una definición que establezca con claridad y precisión sus particularidades.

**Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados**

El tema no ha sido estudiado en nuestro medio. Se han utilizado los materiales disponibles en el Derecho Comparado y las pocas opiniones que existen en el Ecuador en relación con la materia. Se trata de materiales y documentos suficientes y, sin duda, pertinentes.

**Contenido argumentativo de la investigación (justificación de la hipótesis planteada)**

La hipótesis, a mi juicio, está debidamente justificada, pues el desarrollo de la argumentación lleva a una clara definición de la particular naturaleza del Dictamen del Procurador General.

**Cumplimiento de las tareas encomendadas a lo largo del desarrollo de la investigación**

Se debe destacar el empeño y puntualidad con que fueron cumplidas las tareas programadas para este trabajo y la apertura para procesar y recoger las observaciones que se hicieron al mismo. Hubo, en todo momento, un estricto cumplimiento de las tareas asumidas.

Considero, por lo tanto, que se han cumplido los requisitos necesarios para que se pueda continuar con el trámite de aprobación.



Juan Pablo Aguilar Andrade

## © **Derechos de Autor**

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma del estudiante: \_\_\_\_\_

Nombres y Apellidos: Cynthia Paola Chiriboga Freire

Código de estudiante: 00124803

C.I: 1722720891

Lugar y Fecha: Quito, 9 de mayo de 2019.

A Dios, por ser mi guía, darme sabiduría, y por todas sus bendiciones.

Para mi mamá, Ruth, mi ejemplo de vida.

## **Agradecimientos:**

A Dios, por enseñarme el valor de la justicia, verdad y humildad.

A mi madre Ruth Freire por ser el pilar fundamental de mi vida, por su amor y apoyo incondicional, por creer en mí y darme fuerza para luchar ante cualquier obstáculo. Gracias por todo lo que me enseñas día a día, ya que todo lo que soy te lo debo a ti.

A mi Padre, por su amor, ejemplo de lealtad, perseverancia y por acompañarme siempre.

A mi Hermana, por su cariño sincero y transparente, por sus consejos, por acompañarme día a día y ser un ejemplo para salir adelante. Te admiro mucho.

A Juan Pablo Aguilar, por su tiempo, guía y apoyo incondicional durante este trabajo de titulación.

A mi familia en general, profesores, amigos y todos quienes me acompañaron durante este trayecto de mi vida y con los que compartimos grandiosos momentos.

## **Resumen**

El paradigma del Derecho Blando Administrativo surge como una contraposición al imperio de la Ley y su actual ineficacia. El Derecho Blando atiende de manera eficaz y oportuna a las necesidades y problemas coyunturales de la sociedad en la práctica jurídica administrativa. Esta es una nueva forma de actuación de la Administración que posee el alcance de regular de manera plena y producir efectos jurídicos generales, pero no obligatorios. En consecuencia, ésta incide en la producción normativa y tiene la capacidad de llenar vacíos, interpretar o complementar preceptos del ordenamiento jurídico, y de allí su relevancia jurídica. El objetivo de este trabajo es reconocer la existencia del Derecho Blando a través de la figura del Dictamen del Procurador General del Estado y su legítima intervención frente a los administrados.



## **Abstract**

The paradigm of Administrative Soft Law emerges as a contrast to the rule of law and its current inefficiency. The Soft Law deals effectively and timely to the needs and short-term problems of society, in the legal administrative practice. This is a new form of acting of the Administration which has the scope to regulate fully and produce general legal effects but not mandatories. As a result, the normative production is affected by its capacity to fill the gaps, interpretate or complement the precepts of the legal system, and there its legal relevance. The objective of this work is to recognize the existence of the Soft Law through the figure of the Procurator General's Opinion of the State and his legitimate intervention in front of its administered.

## Índice del Trabajo:

Introducción.-----	1
<b>I. Capítulo I : El Derecho Blando Administrativo-----</b>	<b>3</b>
i. ¿Qué es el Derecho Blando Administrativo?-----	3
ii. El Derecho Blando como Fuente del Derecho-----	6
iii. Lo que se entiende por Derecho Blando Administrativo en el Ecuador-----	10
iv. El Derecho Blando, Simples Actos y Actos normativos-----	15
<b>II. Capítulo II : Legislación Comparada, Criterios de interpretación del Derecho Blando Administrativo.-----</b>	<b>17</b>
i. La vertiente interpretativa del Derecho Blando en legislaciones de España y Colombia.-----	17
a. Legislación de España-----	18
b. Legislación Colombiana-----	21
ii. El principio de seguridad jurídica como límite de los efectos del Derecho Blando Nacional.-----	24
<b>III. Capítulo III: El Dictamen del Procurador General del Estado-----</b>	<b>26</b>
i. Análisis jurisprudencial de la Corte Constitucional-----	29
ii. El Dictamen del Procurador General del Estado es una muestra de Derecho Blando Administrativo.-----	34
iii. La obligatoriedad de su aplicación dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.	35
iv. Analisis de impugnabilidad del Dictamen del Procurador General del Estado---	40
<b>IV. Conclusiones-----</b>	<b>43</b>
<b>V. Bibliografía-----</b>	<b>46</b>
<b>VI. Anexo 1-----</b>	<b>49</b>
<b>VII. Anexo 2-----</b>	<b>52</b>

## **Introducción.**

El Derecho Administrativo se basa en la sumisión de las potestades y estructuras públicas a la Ley. La seguridad jurídica pretende ser una garantía para el ciudadano o administrado frente a la arbitrariedad, pero esta condiciona la capacidad de reacción del Estado en respuesta a las necesidades de la sociedad. Todos estos factores han contribuido a que exista un consenso respecto a la sobrecarga de legislación y su ineficacia, por tanto es clara la necesidad de adoptar un tipo de producción normativa que atienda a la solución de problemáticas coyunturales y urgentes de su práctica cotidiana.

En este escenario, el Estado requiere una reestructuración que legitime su actuación, a través del modelo de la nueva gobernanza y el desenvolvimiento del Estado Posmoderno. De esta forma, la Administración transforma el paradigma que traía consigo la ciencia de la administración para alcanzar acuerdos estratégicos y estructurar herramientas reguladoras. Su actuación debe ser oportuna, eficaz y eficiente en un escenario de flexibilización de los procedimientos de elaboración de normas y que otorgue una regulación accesible y transparente que brinde los resultados esperados por sus administrados.

El Derecho Blando Administrativo es una respuesta actual, clara y concreta que la Administración usa en su práctica jurídica y atiende a criterios de regulación de orden político, económico y social de manera desconcentrada e inmediata. Este contiene una serie de instrumentos que alcanza y materializa eficientemente los fines y valores estatales de forma general. Estas normas no responden al ejercicio de la potestad reglamentaria, por lo que no son obligatorias. Son reconocidas por ser expresiones de voluntad de la Administración que muestran la forma en la que ésta va a operar u organizar los servicios a su cargo. Tal es el caso, que este medio de acción se presenta en directrices o normas contenidas en un Dictamen, Códigos de Conducta, Normas Técnicas, Recomendaciones, Circulares, Instrucciones, entre otros. Estos mecanismos actúan acorde al ordenamiento jurídico y producen efectos jurídicos verificables ya que determinan el horizonte de la actividad estatal y la conducta que se espera del particular.

El Dictamen del Procurador General del Estado es un acto de naturaleza sui generis y se sostiene que es una forma de manifestación del Derecho Blando Administrativo en el Ecuador. Este se incorpora a través de la remisión expresa a una norma jurídica que atribuye la competencia de interpretación o de aplicación de una norma jurídica a favor de una autoridad. De esta forma, la Ley vinculante se deshace de un segmento de regulación y deposita en el sujeto el alcance que podrá adoptar el instrumento de Derecho Blando que use para su manifestación. Este se presenta con efectos jurídicos vinculantes en la Administración Pública y parcialmente determinados para los administrados. La Corte Constitucional ha postulado la naturaleza jurídica de este instrumento como una norma jurídica, sin embargo, esta se encuentra acorde al alcance que posee la autoridad y los efectos generales que alcanza su pronunciamiento dentro del ejercicio de la Administración.

Esta es una cuestión que no se ha tratado a fondo<sup>1</sup> en el panorama académico ecuatoriano. Por esta razón, se tratará de dilucidar ¿Cómo se manifiesta el Derecho Blando Administrativo en el Ecuador y cuál es su alcance jurídico? ¿Qué fundamento sostiene el desarrollo de instrumentos no vinculantes? ¿Qué criterios de interpretación se debe usar frente a estos instrumentos? ¿Es un acto normativo o simple acto? En cuanto al Dictamen del Procurador General del Estado se trata de establecer ¿Cuál es la naturaleza jurídica de este acto? ¿Es obligatoria y eficaz su aplicación? ¿Es un acto impugnabile o no? El propósito de este trabajo de titulación es responder aquellas interrogantes a lo largo de sus tres capítulos.

El primer capítulo define la forma en que se entenderán los conceptos básicos, determinando lo que se es el Derecho Blando Administrativo, analizándolo como fuente del Derecho Administrativo y definiendo los casos en que se presenta el Derecho Blando Administrativo en el Ecuador. Finalmente, se hace un análisis sobre la distinción que posee el Derecho Blando frente al simple acto y acto normativo administrativo.

El segundo capítulo está dirigido a examinar los criterios de interpretación que rigen en legislaciones comparadas como España y Colombia respecto al Derecho Blando

---

<sup>1</sup> Sobre este tema en el Ecuador no se ha escrito, solo he encontrado referencias en E.Pérez. Manual de Derecho Administrativo. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP). 2018.p.19. y R.Oyarte.Mecanismos de impugnación de los dictámenes del Procurador General del Estado. Quito: FORO Revista de derecho No.6.2006. p.213

Administrativo. Se ha optado por analizar a España por dar inicio y reconocer la existencia del Derecho Blando Administrativo en la práctica jurídica de la Administración. Y se ha elegido a Colombia por ser un país vecino, con rasgos similares en nuestra legislación, y que reconoce la existencia del Derecho Blando además de poseer amplios estudios de este nuevo mecanismo de regulación eficaz. De esta forma se tratará de identificar el criterio más acorde a la legislación nacional conforme al principio de seguridad jurídica.

Finalmente, el tercer capítulo presenta un análisis del Dictamen del Procurador General del Estado como una manifestación del Derecho Blando Administrativo. A partir de aquello, se pretende determinar su naturaleza jurídica tomando en cuenta lo que sobre el particular ha sostenido la Corte Constitucional, la obligatoriedad de su aplicación frente a los administrados, y la posibilidad de impugnación del Dictamen del Procurador General del Estado.

## **I. Capítulo I: El Derecho Blando Administrativo**

### **i. ¿Qué es el Derecho Blando Administrativo?**

El Derecho Blando o “soft law” es un término que tiene su origen en el Derecho Internacional. Este no posee un concepto autónomo y absoluto, pero dentro de la doctrina del Derecho Internacional autores como Mauricio del Toro<sup>2</sup> establecen que: “la expresión soft law busca describir la existencia de fenómenos jurídicos caracterizados por carecer de fuerza vinculante aunque no carentes de efectos jurídicos o al menos con cierta relevancia jurídica”. Esta forma de entender el Derecho Blando es la que ha sido asumida por el Derecho Administrativo y, en consecuencia, en este último se entiende como Derecho Blando al conjunto de expresiones de la voluntad administrativa que no tienen carácter vinculante para el administrado; pero que sin duda produce efectos jurídicos verificables por lo que adquiere particular relevancia jurídica.

Dentro de este capítulo se trata de entender el significado del Derecho Blando Administrativo y su aplicación en el ordenamiento jurídico. Para esto cabe fijar como referencia al Derecho Administrativo actual, mismo que pregona nuevos desarrollos y enfoques efectivos frente a la sociedad presente. Este es aquel que anuncia mejorar la posición del ciudadano y su intervención en los poderes públicos junto con nuevas formas de colaboración<sup>3</sup>. La Administración Corporativa aparece y se convierte en la: “gestora del bien común, de los derechos constitucionales y de la eficiencia de los servicios públicos a través de estándares democráticos”<sup>4</sup>.

A su vez, los lineamientos de una buena administración procuran generar una relación más horizontal, consensuada, persuasiva y dinámica para ser eficiente a través de una nueva gobernanza<sup>5</sup>. En consecuencia, la Administración Pública debe buscar o reconocer nuevas formas de actuación. El Derecho Blando Administrativo es una nueva forma de actuación dentro de su práctica que: “involucra un conjunto de instrumentos jurídicos que procuran que la Administración alcance y materialice eficientemente los fines y

---

<sup>2</sup> M. Del Toro Huerta. *El fenómeno del soft y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional*. México: Anuario Mejjicano de Derecho Internacional, 2006. p.7.

<sup>3</sup> D. Martínez. *El soft law en derecho administrativo y su control judicial en Colombia*. Bogotá: Revista Digital de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia No.20.2018. p.293.

<sup>4</sup> L. Aguilar. *La nueva gobernanza pública*. Guadalajara: Instituto de Investigación en Política Pública y Gobierno Universidad de Guadalajara. 2014. Citado en D. Martínez. *El soft law en derecho administrativo y su control judicial en Colombia*. Bogotá: Revista Digital de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia No.20.2018. p.293.

<sup>5</sup> Se hace referencia a un nuevo modo de gestión pública y acción administrativa. La negociación, el consenso, la flexibilidad y los procedimientos informales son los nuevos medios de acción.

valores estatales, sus objetivos políticos y las obligaciones internacionales’’<sup>6</sup>. Si bien, esta definición trae consigo una realidad jurídica por medio de los instrumentos jurídicos de Derecho Blando, el Derecho Administrativo ecuatoriano tradicional no lo ha tomado en consideración.

Esta nueva forma de regulación normativa es flexible dentro de los márgenes del ordenamiento jurídico y es capaz de adaptarse a la dinámica de la sociedad que se encuentra en constante cambio. A su vez, esta toma en cuenta intereses y orienta el comportamiento de los sujetos para el logro de objetivos determinados por el Estado. La flexibilidad normativa ‘se relaciona a la adaptación del Derecho a la heterogeneidad y dinamismo de la realidad social regulada’’<sup>7</sup>. Así, el Derecho Blando Administrativo llena o atiende vacíos a través de nuevas formas (esquemas de consejo o recomendación) de actuación que velen por los intereses de sus administrados y para que cumpla la Administración sus objetivos establecidos en la Ley.

Las características del Derecho Blando Administrativo son las siguientes: se configura con preceptos de carácter persuasivo, crea esquemas para supervisar fenómenos regulados, implica múltiples actores en niveles distintos; y carece de efectos jurídicos vinculantes, sin embargo no implica la ausencia de eficacia jurídica ya que su adhesión es voluntaria. Estas características no son permanentes pero de manera general se presentan en las manifestaciones del Derecho Blando. Estas normas pueden verse afectadas por un mínimo factor ya sea: la falta de obligatoriedad jurídica, falta de juridicidad o la falta de relevancia jurídica<sup>8</sup>.

Por lo general, el Derecho Administrativo analiza las implicaciones del típico ‘acto administrativo’’. La falta de análisis del Derecho Blando Administrativo respecto a sus principios y elementos puede llevar a confundirlo con el *acto administrativo atípico o con el simple acto*. Estas son: ‘aquellas manifestaciones informales de la Administración que surten efectos hacia terceros pero que se adoptan al margen de los cauces formales de

---

<sup>6</sup> D. Martínez. *El soft law en derecho administrativo y su control judicial en Colombia*. Bogotá: Revista Digital de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia No.20.2018. p.291.

<sup>7</sup> A. Galiana. *La expansión del Derecho flexible y su incidencia en la producción normativa*. España: Anuario de Filosofía de Derecho Gobierno de España.2006.p.7-10.

<sup>8</sup> P. Baldassare. *Soft Law y la Teoría de las Fuentes del Derecho*. Italia: Università degli Studi di Ferrara.2017. p.14-15.

elaboración de actos”<sup>9</sup>. Si bien, ambos gozan de naturaleza atípica, solo surten efectos con carácter individual, mientras que esta figura posee un contenido similar al del acto normativo o el acto administrativo general.

Para diferenciarlos, Daniel Sarmiento establece una serie de rasgos que caracterizan al Derecho Blando Administrativo en general:

1. “Se constituye de normas jurídicas, dirigidas a una pluralidad de destinatarios, que no tienen efectos obligatorios ni posee procedimientos de elaboración.
2. Carece de efectos obligatorios, no es parámetro de enjuiciamiento ni de disposiciones generales ni de actos administrativos.
3. No es susceptible de impugnación ante los Tribunales del orden contencioso-administrativo.
4. Tiene como principal virtualidad en el terreno de la interpretación, dando sentido a las disposiciones del ordenamiento (hard law) y coadyuvando a éstas en el proceso de enjuiciamiento de los actos administrativos.”

Con esto, es claro afirmar que el Derecho Blando es ajeno a la lógica clásica de las tradicionales formas de actuación de la Administración y que es necesario ceñir las consecuencias jurídicas de aplicación o interpretativas que produce. Este se sitúa en el terreno de la interpretación de las disposiciones o normas jurídicas vinculantes, no posee un procedimiento normado de elaboración, no tiene efectos jurídicos obligatorios, no es un parámetro de enjuiciamiento para los tribunales ni es impugnable, y carece de una fuerza obligatoria stricto sensu<sup>10</sup>, de imperatividad y de coercitividad.

El Derecho Blando Administrativo es un instrumento de relevancia jurídica por los efectos que provoca y dinamiza el sistema jurídico<sup>11</sup>. Esta figura mantiene su utilidad al iniciar nuevas formas de gestión administrativa, que promulguen la cooperación entre poderes públicos y de relación con los administrados. Dado esto, el Derecho Blando ocupa un papel fundamental en el panorama jurídico tanto público como privado. Este es la respuesta a la necesidad del administrado y la legítima intervención de la Administración dentro del Estado.

## **ii. El Derecho Blando como Fuente del Derecho**

---

<sup>9</sup> D. Sarmiento. *El Soft Law Administrativo: Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*. Madrid: Editorial Civitas.2008. p.75.

<sup>10</sup> D. Sarmiento. *El Soft Law Administrativo: Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*. Madrid: Editorial Civitas.2008. p.86-90.

<sup>11</sup> Alexander Sánchez Pérez. *Las normas de derecho blando: un análisis jurídico de los efectos de la reserva de instrucción sobre el derecho territorial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Número 17 de Serie de Derecho Administrativo. 2012.



Kelsen<sup>12</sup> concibe al Derecho como un orden autónomo que se auto regula y posee un sistema de fuentes exclusivo y original. Las fuentes son categorías que regulan la creación, reforma y extinción de las normas jurídicas; y en concordancia las fuentes nuevas existen, siempre que sean reconocidas por el propio ordenamiento jurídico. Bobbio<sup>13</sup> hace una distinción entre fuentes originarias y derivadas, siendo las primeras las que son producidas por el poder originario del Estado, por el poder constituyente. Y las fuentes derivadas son aquellas que nacen de competencias de determinados órganos estatales derivadas del poder originario.

En el Derecho Administrativo se reconocen como fuentes a la Ley, Costumbre y Jurisprudencia, Doctrina y Principios Generales. Según Efraín Pérez<sup>14</sup> las fuentes del Derecho Administrativo son: La Constitución, Las normas legales y Las normas administrativas. Y por otro lado, Diego Younes<sup>15</sup> establece como fuentes a: La Constitución, La Ley, Los Decretos Presidenciales y Los principios del Derecho Administrativo. En base a esto es claro que ninguna de esta clasificación hace alusión al soft law o Derecho Blando como fuente del Derecho Administrativo.

Frente a esta realidad hay que reconocer la existencia de una crisis del Derecho<sup>16</sup> que se enfrenta a la inserción de una regulación de conductas, que prescinde de procesos de producción legislativa tradicional pero bajo los parámetros de la Ley. Esto provoca que se presente una etapa de *descodificación*, donde la Ley deja de ser la fuente principal y exclusiva del Derecho, por lo que hay una reformulación del imperio de la Ley. Dada su ineficacia, aparecen zonas de *a legalidad* y de *i legalidad* y la ausencia de legitimidad por la pérdida de capacidad de la Ley como medio idóneo para la organización social<sup>17</sup>. Con esto, se degrada la producción normativa y se piensa en nuevas formas de afrontar la realidad sociedad bajo un orden legal.

En este contexto aparece el Derecho Blando, como una opción de regulación flexible que se adapta con rapidez y facilidad a los cambios por los que pasa una sociedad sin que

---

<sup>12</sup> H. Kelsen. *Teoría pura del Derecho: introducción a la ciencia del Derecho*. Buenos Aires: EUDEBA.1973. p.62.

<sup>13</sup> Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*. Madrid: Debate. 1990. p.3-4.

<sup>14</sup> E. Pérez. *Manual de Derecho Administrativo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.2018. p.11-19.

<sup>15</sup> D. Younes. *Curso de Derecho Administrativo*. Colombia: Editorial Temis S.A.2014.P.4-8.

<sup>16</sup> Esta situación del Derecho la emplea Carbonnier (1994) y Zagrebelsky con su terminología de ‘derecho dúctil’. Esta es una crisis de su capacidad regulativa ya que ha dejado de controlar la producción normativa.

<sup>17</sup> A. Galiana. *La expansión del Derecho flexible y su incidencia en la producción normativa*. España: Anuario de Filosofía de Derecho Gobierno de España.2006. p.14-16.

implique estar fuera del ordenamiento jurídico. Con base en los niveles de efectividad y relevancia jurídica se lo considera al margen de una verdadera fuente de Derecho. El Derecho Blando en sus diversas manifestaciones prescribe, aunque sea de forma atenuada una cosa. “Los actos de soft law recomiendan un fin, indican un comportamiento a asumir, un programa a seguir, un aspecto que debe ser tenido en consideración, un valor que requiere atención, incidiendo sobre la producción normativa”<sup>18</sup>.

El Soft law o Derecho Blando forma parte del corpus normativo y se encuentra en proceso de positivización. Este es una fuente del derecho, en el sentido que es considerado capaz de generar en cualquier modo reglas jurídicas<sup>19</sup>. Esta afirmación no es unánime en la Doctrina, donde otros autores sostienen la idea de la vinculatoriedad y la coercibilidad como rasgos típicos del Derecho. En el presente trabajo se sostiene la tesis de que el Derecho Blando es una fuente que está al interior del Derecho. Esto, en virtud de que puede generar efectos jurídicos relevantes pero por su dimensión no obligatoria también debe ser considerado como débil<sup>20</sup>.

Las manifestaciones de esta corriente normativa tienen la capacidad de anticipar futuras regulaciones, actuar como criterios de interpretación de reglas jurídicas vinculantes, o de transformarse en normas debido a una aplicación reiterada. Pese a no ser exigibles a través de los procedimientos típicos de la coerción jurídica<sup>21</sup>, estas tienen el alcance de conformar comportamientos y alcanzar un cierto grado de efectividad jurídica. Además, parte de la doctrina defiende la calificación del Derecho Blando como fuente del Derecho en cuanto a que puede ser parte de un principio general del Derecho<sup>22</sup> o de la costumbre<sup>23</sup>.

---

<sup>18</sup> A. Galiana. *La expansión del Derecho flexible y su incidencia en la producción normativa*. España: Anuario de Filosofía de Derecho Gobierno de España.2006. p.16-19.

<sup>19</sup> B, Pastore. *Soft law, grandi di normativita, teoria delle fonti*. Italia Lavro e Diritto. 2003.p12. citado en A. Galiana. *La expansión del Derecho flexible y su incidencia en la producción normativa*. España: Anuario de Filosofía de Derecho Gobierno de España.2006.p.18.

<sup>20</sup> Valdés Dal-Re. *Derecho del trabajo y orden económico globalizado: el imparable avance del Derecho Flexible*. Claridad: Modelo Social Europeo.2005. p.41.

<sup>21</sup> Spadaro. “*Sulla giuridicità della Carta europea dei diritti: c’è ma (permolti) ma non si vede*”, en Ferrari, F.G. ( a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Niza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milán (Giufre), p. 259-260. Citado en F. Valdez. *Las transformaciones de las fuentes del trabajo: Una Aproximación*. Madrid: Cuadernos de Relaciones Laborales. 2007.p22.

<sup>22</sup> D. Sarmiento. *La autoridad del Derecho y la naturaleza del soft law*. Cuadernos de Derecho Público.2006. p.223.

<sup>23</sup> A. Gordillo. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo. 2012. p.215.

Por otra parte, las mayores críticas al reconocer la aparición de la flexibilidad del Derecho sostienen que puede vulnerar la certeza del Derecho y apela al alejamiento del imperio de la ley del Estado de Derecho<sup>24</sup>. Sin embargo, Zagrebelsky<sup>25</sup> indica que la fijeza dentro de la certeza no es una característica de los actuales sistemas jurídicos. La fijeza dentro del ordenamiento jurídico no es deseable debido a su constante cambio regulatorio. El Derecho Blando no tiene como finalidad eludir a los principios de seguridad jurídica, sino atender a la imperatividad del Derecho. La existencia de actos o instrumentos de Derecho Blando solo se admite si este posee coherencia dentro del ordenamiento jurídico, sin atentar al principio de seguridad jurídica.

Otra crítica presente es que las normas de Derecho Blando no son vinculantes ante los tribunales, en este caso sobresale la no obligatoriedad de ser tenida en cuenta por el tribunal o autoridad para resolver el caso. No obstante, como establece Escudero<sup>26</sup>: ‘el soft law puede ser utilizado por los jueces en el momento de llevar a cabo la justificación externa de sus sentencias, o cuando conforman la premisa mayor del silogismo judicial’<sup>27</sup>. Estas pueden formar parte de una decisión judicial, pero nada obsta para que el juez el aparte de su decisión, ya que ninguna norma le obliga tenerlas en cuenta para su aplicación. Estas normas tienen su papel en la justificación de sus decisiones eficaces.

Finalmente, se destaca como crítica de que el soft law no aplica sanciones como consecuencia de su incumplimiento. Esto puede ser un problema para su extensión y consolidación como método eficaz de regulación de conductas. Respecto a esta cuestión es claro que resultaría contradictorio este aspecto con la naturaleza y finalidad del soft law, ya que se basa en la adhesión voluntaria y su fuerza radica en la voluntaria aceptación de su contenido. En este caso, cuando concuerda la voluntad del autor y destinatario, se dan las condiciones para que se genere una expectativa de cumplimiento que será efectiva<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> F. Laporta. *El imperio de la ley*. Una visión actual. Madrid: Trotta. 2007.p263.

<sup>25</sup> La certeza descargaría sobre el legislador una tarea insoportable de incesante modificación del Derecho vigente, una tarea que se desarrolla, en cambio, en la labor silenciosa y soterrada de las salas de los tribunales y de los estudios de los juristas. (G. Zagrebelsky. *Derecho Dúctil*. Madrid: Simancas Ediciones S.A. 1995, p.146-147).

<sup>26</sup> R. Escudero. *El concepto de soft law*. Barcelona: Contribuciones a la Filosofía del Derecho en Barcelona:2012,104-105.

<sup>27</sup> R. Escudero. *El concepto de soft law*. Barcelona: Contribuciones a la Filosofía del Derecho en Barcelona.2012.p.103-104.

A pesar de las críticas que se han mencionado de manera previa, es claro señalar que el Derecho Blando Administrativo llega a ser una fuente del Derecho que actúa de forma interna en el Derecho Administrativo dado que aporta contenido esencial y práctico para la comprensión de la Ley. El dinamismo de esta fuente coexiste con el Derecho tradicional como áreas normativas interconectadas en el proceso de orientación de comportamientos y la toma de decisiones en relación con asuntos regulatorios específicos.

### **iii. Lo que se entiende por Derecho Blando Administrativo en el Ecuador**

El Derecho Blando Administrativo en el Ecuador se configura dentro del espacio de actuación de la Administración. Es decir, estos instrumentos de manifestación normativa son producto del ejercicio de la actuación de la Administración Pública o se concretan en esta. Sin embargo, el Derecho Blando no cabe dentro de las categorías ya establecidas en nuestro ordenamiento jurídico<sup>28</sup> como lo son el acto administrativo, acto de simple administración, contrato administrativo, hecho administrativo o acto normativo de carácter administrativo.

La Doctrina establece que la Administración puede actuar fuera de toda categoría jurídica y a través de las llamadas las actuaciones *materiales o informales*<sup>29</sup> de la Administración. Estas obedecen a la producción normativa dentro de la Administración y siguen un criterio de dirección y jerarquía. En este caso, los órganos públicos a través de sus autoridades administrativas aportan elementos de descripción, orientación e interpretación. Estos se convierten en guías interpretativas de las normas legales en beneficio de la Administración y de todos los administrados.

---

<sup>28</sup> Art. 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.

<sup>29</sup> J. Zavala. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Perú: Edilex S.A. 2011. p.329.

Dentro de este ámbito, el uso de esta manifestación es la reserva de instrucción administrativa tal como lo denomina Coviello<sup>30</sup>. Las normas de Derecho Blando se encuentran en esta sección y se caracterizan por ser dúctiles y permitir el desarrollo de una función administrativa efectiva y eficiente a los intereses de la sociedad. Se las puede identificar entre ‘las normas jurídicas abstractas, generales e impersonales y los actos administrativos particulares, singulares y concretos; normas de carácter intermedio cuyo rol sería el de aclarar, interpretar, orientar y describir’<sup>31</sup>. Sin embargo, este tipo de Derecho solo puede explicar su existencia cuando establece una relación con la Ley vigente.

El Derecho Blando Administrativo está presente en el Ecuador. La Administración Pública se ha manifestado con varios mecanismos no vinculantes de dirección y orientación del Estado para cumplir con sus objetivos. En la mayoría de los casos, podemos ser testigos de su presencia a través de desarrollo y aplicación de principios, objetivos y competencia que otorga el Estado a entes y poderes públicos.

Esto sucede en virtud de los siguientes artículos en los que la Constitución de la República dispone que los órganos administrativos deben coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y el ejercicio de los derechos constitucionales<sup>32</sup>, y tienen que regirse por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación<sup>33</sup>

Para entender de manera concreta y legible de qué forma se presenta el Derecho Blando Administrativo se hace referencia a ejemplos que sustentan el desarrollo de una

---

<sup>30</sup> P. Coviello. *La denominada zona de reserva de la administración y el principio de legalidad administrativo*. Reda No.23.1996. citado en A. Sánchez. *Las normas de derecho blando: un análisis jurídico de los efectos de la reserva de instrucción sobre el derecho territorial*. Colombia: Universidad Externado de Colombia Vol1.2012. p.21.

<sup>31</sup> A. Sánchez. *Las normas de derecho blando: un análisis jurídico de los efectos de la reserva de instrucción sobre el derecho territorial*. Colombia: Universidad Externado de Colombia Vol1.2012. p.22.

<sup>32</sup> Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.

<sup>33</sup> 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.

regulación proveniente del Derecho Administrativo. Según Dario Martínez Jurado<sup>34</sup>, al soft law administrativo se lo puede encontrar en resoluciones, circulares, directrices, circulares de servicio, instrucciones, códigos de conducta, protocolos, normas técnicas, guías ambientales, cupos negociables de emisión, acuerdos informales y la información al público, entre otros. Estas son expresiones aplicadas para alcanzar y materializar fines, valores y objetivos que predispone el Estado en su Constitución.

Como primer exponente se tiene a la presencia de circulares de servicio. Estas nacen del poder instructor que posee el Estado y se conciben como orientaciones o instrucciones que prevén una ordenación interna de las entidades públicas. En consecuencia, se proyecta un criterio o interpretación general sobre la forma de ejercer ciertas potestades públicas o pretender la aplicación de determinada norma. Para esto, se menciona a la facultad y competencia de las autoridades para instruir sus actividades mediante un mecanismo determinado.

Tal es el caso en que la Constitución confiere atribuciones a los ministros de Estado, pero además los compete a actuar como rectores de las políticas públicas del ámbito al que está asignado el Ministerio y expedir los acuerdos y resoluciones que sean esenciales para cumplir con su gestión<sup>35</sup>. El alcance de esta atribución es trascendental ya que al regular sus actividades y al establecer su propio patrón de conductas surte efectos jurídicos que crean expectativas a cumplir por parte de los administrados. Siendo estos últimos los dirigidos a una determinada rama de regulación que patrocina el Ministerio.

Por otro lado, el Código Orgánico Administrativo reconoce como formas de pronunciamiento de los órganos administrativos a la instrucción, orden de servicio o sumilla<sup>36</sup>. Estos instrumentos deben ser puestos en conocimiento del destinatario, mismo que por lo general se trata de sus dependientes o un grupo en general. Además, estos

---

<sup>34</sup> D. Martínez. *El soft law en derecho administrativo y su control judicial en Colombia*. Bogotá: Revista Digital de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia No.20.2018. p.291.

<sup>35</sup> Art. 154.- A las ministras y ministros de Estado, además de las atribuciones establecidas en la ley, les corresponde: 1. Ejercer la rectoría de las políticas públicas del área a su cargo y expedir los acuerdos y resoluciones administrativas que requiera su gestión.

<sup>36</sup> 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.

pueden ser autónomos y se los individualiza a través de mecanismos tecnológicos. Cabe recalcar que su incumplimiento no afecta la validez del acto dictado por los órganos administrativos, pero si la responsabilidad del servidor público por no aplicarlo.

Del mismo modo, este cuerpo legal reconoce la existencia del dictamen e informe<sup>37</sup> como medio para aportar opinión o juicio previo a la formación de una voluntad de la Administración. Los informes y dictámenes como parte de su procedimiento de creación deben identificar de manera expresa lo previsto en el ordenamiento jurídico, siempre que cumpla con esto puede ser considerado como fundamento de un acto administrativo. Hay que aclarar que solo si el ordenamiento jurídico permite a un órgano administrativo requerir estos instrumentos dentro de un procedimiento administrativo, tendrán plena eficacia.

Con base en lo dicho se legitima su utilización y como mayores exponentes se tiene a las resoluciones y acuerdos de los ministros de Estado. Cabe recalcar que se hace referencia a aquellos instrumentos que caben en la caracterización del Derecho Blando, al ser identificados por su efecto general y estar fuera de la forma típica del acto. A su vez se menciona al dictamen<sup>38</sup> o informe como una forma clara de manifestación.

En segundo lugar, se tiene a las guías que buscan definir mejores prácticas, emitidas por un órgano de apoyo del Estado para el objetivo superior de alcanzar mayor eficiencia y transparencia. Estas guías generan seguridad jurídica y confianza para procesos técnicos y administrativos prestables. Como ejemplos se tienen los siguientes:

Guía Metodológica para la Auditoría de Gestión de la Contraloría expedida el 22 de noviembre de 2001.

Que, el artículo 3 del Acuerdo 012-CG de 6 de junio de 2003, publicado en Registro Oficial 107 de 19 de junio de mismo año, con el que se expide el Manual General de Auditoría Gubernamental, prescribe que el mismo servirá de referencia y fundamento para la emisión de los manuales especializados de auditoría por parte de la Contraloría General del Estado;

Manual de Buenas Prácticas para uso de Edificaciones Sector Público expedido el 21 de enero de 2014.

Que, el Decreto Ejecutivo No. 798 en su artículo 4 dentro de las atribuciones del Servicio de Gestión Inmobiliaria contempla las de: "4. Emitir políticas, directrices y determinar mediante informe técnico sobre el uso correcto y eficiente de los inmuebles de las entidades detalladas en el

---

<sup>37</sup> 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

<sup>38</sup> No me refiero a todos los dictámenes sino aquellos de los que voy a hablar en la siguiente sección.

artículo 3 de este decreto y en caso de identificarse la utilización deficiente de los mismos, comunicará y requerirá de la máxima autoridad de la entidad la ejecución de los actos correctivos."

Además, se tiene a los códigos de conducta o de ética, que prescriben patrones de conducta o guía de valores a un grupo determinado de personas sea de una institución pública o privada. Estos no tienen determinada de manera clara su aplicación vinculante. Así se tiene a los siguiente:

Código De Ética De La Empresa Publica El Telégrafo Ep expedido el 22 de abril de 2016.

Orientar las acciones y el comportamiento cotidiano del personal de la empresa, con el fin de generar una cultura institucional basada en principios, valores y compromisos éticos, que aseguren una adecuada administración de los recursos y control de la gestión, tendientes al cumplimiento de los objetivos institucionales.

Código de Ética Servidores Superintendencia de Telecomunicaciones expedido el 17 de septiembre de 2012.

Que, el Código de Etica es un instrumento que recoge la identidad institucional expresada en valores corporativos para el cumplimiento de su misión y visión, y elaborado con la participación activa de sus servidores, a través de un proceso de apertura, diálogo, pluralismo y mutuo apoyo;

Como tercer exponente del Derecho Blando Administrativo se tiene a la remisión de normas técnicas. La naturaleza de estas normas demuestra que la adherencia a ellas es voluntaria por parte de los sujetos interesados en la materia que lo regula. Las autoridades las remiten en normas del Derecho tradicional, mismas que suelen ser establecidas por entes de carácter público o privado que están legitimados por el conocimiento de una determinada técnica. Como ejemplo se tiene:

Normas Técnicas para Catastro de Bienes Inmuebles Urbanos, Rurales expedida el 3 de octubre de 2016.

El Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda en calidad de ente rector del Sistema Nacional de Catastro Integral Geo Referenciado de Hábitat y Vivienda, emite las Normas Técnicas de Catastro y Avalúos aplicables en las Entidades Competentes y a todos los entes Avaluadores jurídicos o naturales a nivel nacional.

Normas de Control Interno de la Contraloría General del Estado expedida el 1 de diciembre de 2009.

La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, dispone a este organismo, la regulación del funcionamiento del sistema de control, con la adaptación, expedición, aprobación y actualización de las Normas de Control Interno. A partir de este marco regulador, cada institución del Estado dictará las normas, políticas y manuales específicos que consideren necesarios para su gestión.



En vista los ejemplos mencionados de manera previa el Derecho Blando Administrativo produce efectos jurídicamente relevantes ya que inciden en la realidad a pesar de poseer la característica de no ser vinculantes. Para esto, se está de acuerdo con lo que postula Rafael Escudero<sup>39</sup> respecto a los efectos del soft law:

- Es susceptible de modificar la realidad.
- Diseña conductas o actuaciones a las que sus destinatarios se ajustan.
- Incide en el comportamiento de los ciudadanos y operadores jurídicos.
- Habilita a poderes públicos para actuar sobre ciertas materias.

El Derecho Blando Administrativo causa efectos concretos y reales en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Tales como modificar la situación jurídica de la Administración y sus administrados, crear lineamientos o pautas de regulación de manera amplia. También se denota su incidencia en el ejercicio de tribunales de justicia, donde actúan como mecanismos o directrices que influyen en la creación o parámetro de un criterio jurídico siempre que no atente a la Ley.

#### **iv. El Derecho Blando, Simple Actos y Actos normativos**

El Derecho Blando Administrativo se manifiesta como un instrumento de regulación de carácter general pero no obligatorio. A pesar de carecer de aplicación obligatoria, los efectos que se evidencian son amplios y evidentes. Son actos que por su naturaleza característica se difiere del resto y es clara su presencia dentro de la práctica administrativa. En consecuencia, este rompe con las características propias de los actos típicos del Derecho Administrativo como lo son el simple acto y el acto normativo. A continuación se procede a analizar e identificar sus diferencias, lo cual impide que el Derecho Blando entre en su clasificación.

El Código Orgánico Administrativo reconoce y legitima la existencia del acto de simple administración y acto normativo de carácter administrativo. Si bien, no se reconoce al Derecho Blando dentro de su clasificación, es necesario darle un espacio frente a la aplicación y actuación que este juega dentro de la Administración. El Derecho

---

<sup>39</sup> R. Escudero. *El Concepto de Soft Law*, Madrid: Moreso, J.J. (ed.), *Contribuciones a la filosofía del Derecho*. Imperia en Barcelona, Marcial Pons, Madrid, 2012, p.138-139.

Blando no cabe incluirle en ninguna clasificación ya que su esencia que se pierde y se fusiona en características propias de los dos.

El acto de simple administración<sup>40</sup> es aquel que se lo define como una declaración unilateral de voluntad en ejercicio de la función administrativa entre órganos de la Administración. Este tipo de actos se producen de manera interna, poseen efectos jurídicos individuales y de forma indirecta en la Administración únicamente. Es claro pues que el Derecho Blando no entra en esta clasificación debido a que sus efectos son de carácter general, al llegar a una aplicación dentro de la Administración y por sus administrados. Si bien, su aplicación es de adhesión voluntaria, su característica es relevante dada su efectiva aplicación en la práctica jurídica.

Por otro lado, el acto normativo<sup>41</sup> de carácter administrativo es considerado como una declaración unilateral derivada de una competencia administrativa que produce efectos jurídicos generales. Esta declaración no se agota con el cumplimiento y actúa con efectos de aplicación directa. Dentro de este, se encuentra la potestad reglamentaria que por lo general le corresponde al presidente ejercer en relación con las leyes formales. A diferencia, el Derecho Blando no produce efectos generales de forma directa. Es allí donde su característica de adhesión voluntaria brinda al instrumento el carácter blando y flexible, pero eficaz.

Teniendo en cuenta los elementos mencionados que otorgan claridad en su diferencia, el Derecho Blando sobresale como un tipo de instrumento que se reconoce con la práctica y más aún con la costumbre. Si bien se puede partir su creación desde un acto de simple administración, este dista totalmente de la aplicación indirecta que genera. Pues es claro que su aplicación es de carácter general y que se lo emplea de manera voluntaria dentro de la Administración y frente a sus administrados.

Por otro lado, no se concibe como acto normativo pese a que parte como una declaración realizada en razón del ejercicio de una competencia administrativa que posee

---

<sup>40</sup> 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.

<sup>41</sup> Art. 128.- 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.

efectos generales, su aplicación no es forzada ni imprescindible frente a quienes actúa. Sin embargo, al regular un vacío o llenar un imperativo normativo es necesaria y esencial su existencia, y por ende su aplicación. El Derecho Blando actúa ofreciendo seguridad jurídica de una determinada forma de actuación que predomina y reina por su uso y experiencia.

A continuación se da paso al siguiente capítulo, en el que a través de un estudio de legislación comparada se pretende identificar los criterios de interpretación y aplicación para el Derecho Blando Administrativo.

## **II. Capítulo II : Legislación Comparada, Criterios de interpretación del Derecho Blando Administrativo.**

El Derecho Blando Administrativo es una fuente de Derecho que ha surgido a lo largo del mundo en la Época Contemporánea. En consecuencia, este fenómeno del Derecho Administrativo no solo se presenta en América Latina sino en Europa, Asia y Norte América. El estudio de esta de forma de regulación administrativa se ha dado con mayor o mediana profundidad en ciertos territorios y en otros se ha comenzado a delimitar la presencia del Derecho Blando Administrativo.

### **i. La vertiente interpretativa del Derecho Blando en legislaciones de España y Colombia.**

El objetivo de este capítulo es el de poder sentar bases sobre cómo puede entenderse el Derecho Blando e identificar los efectos jurídicos que presentan en la legislación de cada país. Esto se convierte en la base para poder reconocer y establecer un determinado tipo de interpretación que esté acorde a nuestro ordenamiento jurídico. Lo cual debe ser consecuente con lo que dicta y aplica la Administración Pública en su actuación.

Si bien es cierto, el Derecho Blando Administrativo se ha manifestado en Chile como un “derecho referencial”, y en Japón como “Gyosei Shido” u “Orientación Administrativa”<sup>42</sup>. Este capítulo delimitará su análisis en el estudio del Derecho Blando

---

<sup>42</sup> M. Jaramillo. *Acerca del denominado ‘Soft Law Administrativo’: notas frente a la experiencia japonesa y chilena*, en Archivo-philippi no.292028, v.1.p.1-3.

Administrativo en Colombia y España, siendo legislaciones en donde se ha dado mayor profundidad a su estudio y se ha reconocido su existencia en la práctica jurídica.

#### **a. Legislación de España**

España al ubicarse dentro del continente europeo se somete a la justicia de la Unión Europea. El derecho que prima en la Unión Europea se caracteriza por mantener un orden de integración jurídica. En este caso, la jurisprudencia toma partida como fuente del derecho y posee valor normativo. Es así como la naturaleza dinámica y evolutiva del régimen de la Unión Europea, mediante el Tribunal de Justicia, mismo que juzga, sobresale frente a la carencia del constituyente. El derecho como un todo se aplica de forma descentralizada con apoyo de los jueces nacionales que son los garantes de la aplicación normativa. Los jueces frente a la presencia de jurisprudencia dispersa son unificadores de criterios.

Los jueces interpretan el derecho a través de la prejudicialidad, mismo que evita la desviación de las concepciones jurídicas de los órganos jurisdiccionales de cada Estado. En consecuencia, se aplica una interpretación uniforme, donde cada una de las fuentes de Derecho produzca las mismas consecuencias jurídicas en todo lugar. Los principios de seguridad jurídica e igualdad frente a la Ley quedan garantizados. De esta forma, cada sentencia prejudicial interpretativa, las resoluciones y decisiones respecto de supuestos concretos del Tribunal confluyen frente a cada decisión de los jueces nacionales<sup>43</sup>.

Frente a la evolución de la Unión Europea junto a las disposiciones con primacía y efecto directo coexisten normas de efectos sui generis, cuyas consecuencias jurídicas no son claras. Los actos atípicos se caracterizan por su falta de adecuación a una tipología o procedimiento alguno. Los actos atípicos de soft law son: las Comunicaciones, Reglamentos Internos, Directrices o Acuerdos Inter Institucionales cuya validez nadie cuestiona. ‘‘El soft law comunitario tiene la facultad de surtir efectos con una extensión que abarca tanto al poder público como a los particulares<sup>44</sup>’’.’’

---

<sup>43</sup> Damaso Ruiz-Jarabo Colomer. *La Justicia de la Unión Europea*. España: Aranzadi S.A.2011.p.53-54.

<sup>44</sup> D. Sarmiento. *El Soft Law Administrativo: Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*. Madrid: Editorial Civitas.2008. p.84.

El soft law comunitario surte efectos jurídicos en dos ocasiones. Primero, cuando estos actos son adoptados por las Instituciones comunitarias con la finalidad de fijar su conducta y otorgar seguridad jurídica. Segundo, el soft law surte efecto hacia los Estados y particulares desde la interpretación. Se trata de obligar que quien tiene facultad de interpretar tenga en cuenta el soft law aplicable al caso, salvo que exista norma expresa contradictoria o que restrinja la situación jurídica de un administrado. Esta es una obligación de tener en cuenta sus efectos interpretativos, misma que tienen su fundamento en el principio de seguridad jurídica, entendiendo que estos instrumentos se adoptan con algún motivo<sup>45</sup>.

En cuanto al soft law administrativo dentro del derecho nacional es por su naturaleza una regulación de carácter general y dirigida a un grupo de destinatarios. Su carácter se aplicará siempre que sea adoptada y publicada conforme a las normas reguladoras. Así, el soft law administrativo posee un contenido propio de una norma jurídica con carácter general. Sin embargo, no se admite su incorporación bajo la cobertura del acto administrativo por tener un efecto plural y general<sup>46</sup>.

Según Daniel Sarmiento<sup>47</sup> el soft law es capaz de actuar como un criterio de interpretación de una norma, cuya aplicación sirve para enjuiciar un acto o disposición general. Esta es una orientación a la lectura de las normas que integran las fuentes, hasta generar una obligación de interpretación del derecho vinculante a la luz del soft law como derecho flexible. La misma se ve fundada en el principio de publicidad y seguridad jurídica. La aplicación de esta interpretación se da en tres fases con el fin de dar sentido a los instrumentos de soft law administrativo.

Primero se tiene a la obligación de interpretación del hard law de conformidad con el soft law. Toda norma con rango de Ley debe ser interpretada acorde a los instrumentos de soft law que surtan efectos, para así resolver en conjunto un conflicto con el resto de las normas vinculantes. Este deber se fundamenta en el principio de seguridad jurídica. El soft law administrativo es una manifestación de la voluntad reguladora por parte del

---

<sup>45</sup> D. Sarmiento. *El Soft Law Administrativo: Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*. Madrid: Editorial Civitas.2008. p.88.

<sup>46</sup> D. Sarmiento. *El Soft Law Administrativo: Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*. Madrid: Editorial Civitas.2008. p.94

<sup>47</sup> D. Sarmiento. *El Soft Law Administrativo: Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*. Madrid: Editorial Civitas.2008. p.168.

poder público y al adaptarlo y difundirlo por cauces convencionales de publicidad ofrece una expectativa reguladora. En virtud de esto, se marcan criterios y crea un sentido que asumirán otras normas jurídicas.

En esta línea la existencia del soft law encuentra fundamento en los principios de buena fe y confianza legítima que dirigen la actuación administrativa y su certeza. El soft law administrativo genera efectos en el plano de la interpretación y de esta forma da sentido a su existencia. Por lo cual, se tiene una obligación que se le exige al operador de justicia y al administrado que cuando someta el sistema de fuentes, lo haga bajo la óptica del soft law que posee efectos jurídicos en el caso determinado. Para esto, el destinatario debe acreditar que su difusión fue amplia como para que tengan conocimiento las partes a efectos del litigio en marcha.

Segundo se tiene al principio de legalidad y seguridad jurídica como límites a los efectos del soft law. En este caso es claro fijar como límite a la interpretación cuando su resultado desemboque en una conclusión contra legem, ya que no puede haber su existencia frente a una contradicción. Además es necesario establecer como otro limitante y debido al principio de legalidad, la prohibición de que el soft law produzca efectos jurídicos con gravámenes para los particulares o que empeore su situación jurídica. Esta limitación versará en el soft law ad extra que es en el que se crean efectos jurídicos a terceros al modificar una realidad social por parte de la Administración.

Dentro de este escalón, el soft law puede ser un limitante para el particular cuando se lo emplea como parámetro de decisión por parte de la Administración. El soft law actúa en dos papeles importantes: en la adopción del acto y valoración de criterios de soft law a la luz de la petición de los solicitantes; y durante la fase de control del acto, donde el soft law acude como parámetro de control en arreglo a la potestad discrecional de la Administración. El primero llega a ser un parámetro de reducción de la discrecionalidad que introduce estabilidad en el proceso de decisión administrativa, y el segundo se presenta como una función restrictiva del soft law.

Como tercer punto se tiene a la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos como alternativa ante la imposibilidad de realizar una interpretación conforme<sup>48</sup>. En este

---

<sup>48</sup> La interpretación conforme se refiere a aquella en la Ley se interpreta de conformidad con los instrumentos de Derecho Blando que confluyen en la misma situación jurídica a resolver.

caso, la manifestación de soft law se encuentra frente a un litigio concreto a resolver y se concluye que no cabe una interpretación conforme, ya que la norma de hard law es contradictoria. Si bien se descarta su aplicación en beneficio del administrado, se puede invocar su perjuicio ante el terreno de la responsabilidad extracontractual de los poderes públicos.

Los poderes públicos al momento de provocar un daño a través de su actuación activan y generan responsabilidad extracontractual, cuando el daño causado es antijurídico. El principio de responsabilidad de los poderes públicos llega a ser el rector en todas sus manifestaciones ya que tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos<sup>49</sup>. El soft law llega a ser un mandato de optimización, cuya adopción compromete a sus destinatarios a un objetivo determinado y genera un compromiso para quienes están bajo su órbita.

En consecuencia, una vez que el acto de soft law goza de publicidad y es adoptado por un poder público, la expectativa que puede generar varía si se trata de una regla o un principio. La máxima expectativa se presenta en la regla soft law que se presenta con su antecedente y consecuente determinado. Por otro lado, el principio soft law contribuye que la expectativa se materialice pero requiere de refuerzos jurídicos para sustentar una pretensión de indemnización. Esto a su vez conlleva a la infracción de una norma de hard law que se concreta en el principio de confianza legítima.

En todo caso, el administrado se ve garantizado frente a la inaplicación conforme al soft law administrativo cuando cause un daño antijurídico a reclamar responsabilidad de la Administración. La Administración pretende una auto vinculación de las manifestaciones del soft law administrativo, lo que exige una adopción por parte de ella en la aplicación del hard law. Por lo cual, los jueces mantienen un criterio conforme a la interpretación o aplicación que deriva de estos instrumentos jurídicos de Derecho Blando.

## **b. Legislación Colombiana**

En un contexto globalizado, Colombia reconoce el surgimiento de una nueva fuente de Derecho de difícil conceptualización jurídica llamada soft law o Derecho Blando.

---

<sup>49</sup> Art.106.2 CE citado en D. Sarmiento. *El Soft Law Administrativo: Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*. Madrid: Editorial Civitas.2008. p.201.

Según Diego Zambrano<sup>50</sup>, el Derecho Blando se utiliza para identificar a actos e instrumentos que, no obstante carece de clara fuerza vinculante, terminan insertándose dentro de la jerarquía normativa con una gran vocación reguladora. Estos a su vez dicen irrumpir el alcance de los parámetros aplicables a la hermenéutica de la relación entre Estados, derechos constitucionales y tratados de derechos humanos.

En el Derecho Administrativo es evidente su presencia dentro y fuera de la Administración para la prestación de servicios públicos y la satisfacción del interés general. Dentro del Derecho Constitucional se han configurado mecanismos eficaces para asegurar que sean sometidos los poderes públicos y privados al respeto de los derechos humanos. Los instrumentos de Derecho Blando han adquirido un valor representativo en el sistema de fuentes por lo que se posicionan como un ente referencial de las actividades cotidianas de los jueces incluyendo una notable incidencia en la materia constitucional.

Dentro de la materia constitucional, los instrumentos de Derecho Blando sirven para resolver un caso concreto debido a que predica un mejor estándar de protección de los derechos humanos. El Tribunal Constitucional Colombiano permite establecer las variaciones en las que los instrumentos de soft law han sido inmersas. Según el mismo autor, la Corte Constitucional Colombiana se ha inclinado por conferir carácter vinculante a ciertos instrumentos de soft law internacional. En este se indica que estos documentos o manifestaciones no son meras directrices orientadoras, sino que subyacen a auténticas obligaciones que deben cumplir los Estados por parte de dichos instrumentos.

El Derecho Blando internacional forma parte del bloque de constitucionalidad. El juez se ha valido de estos instrumentos normativos para resolver casos difíciles y es claro el avance que ha tenido en materia de aplicación en múltiples escenarios constitucionales. Los documentos parte del soft law adquieren relevancia de norma tradicional, como criterios relevantes de interpretación o como postulados de obligatorio cumplimiento. Su aplicación se presenta para garantizar los derechos constitucionales y mejorar su contenido.

---

<sup>50</sup> D. Zambrano. *La Incidencia del Llamado Soft Law o Derecho Blando en la Interpretación del Juez Constitucional*. México: Tribunales Constitucionales y jurisprudencia. Casos prácticos: Cuba, Italia, Colombia y México. 2016. p.117.



Esta fuente de producción normativa cumple con una función legitimadora de la actuación de los poderes públicos. Estos asumen un rol normativo que se nutre de la participación de varios sujetos o despliega un marco de cumplimiento voluntario que va a condicionar la actuación del Estado. El Derecho Blando genera confianza en la actividad del poder público y ofrece garantías adicionales que aseguran transparencia. El Derecho tradicional no se ve apartado por el Derecho Blando sino que se complementa con su existencia.

Hasta esta sección se hizo mención del análisis de la aplicación del Derecho Blando internacional y su evidente repercusión en la realidad jurídica dentro del ordenamiento jurídico de Colombia. Empero, Darío Martínez Jurado<sup>51</sup> hace referencia a la presencia de este mecanismo en el Derecho Administrativo y la necesidad de un control judicial por los jueces que administran justicia en Colombia. El objetivo que sostiene es evitar la impunidad de la acción estatal que se pone en manifiesto como medio de regulación en el campo del Derecho Blando Administrativo.

La eficacia jurídica del Derecho Blando Administrativo no justifica la ausencia de un control judicial. Dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho como el de Colombia es ineludible que el juez natural realice un control de la actuación de la Administración. Esto con fundamento en resguardar las garantías de sus administrados y las normas superiores que guían la manifestación estatal a través de objetivos. El control de la actividad de la Administración Pública es fundamental para mantener un sistema de pesos y contrapesos en el ejercicio del poder y la estabilidad del Estado.

En el mismo sentido, el control judicial tiene como finalidad básica el garantizar el efectivo goce de los derechos y proteger sus garantías ante el privilegiado poder del Estado. Ésta se convierte en una lucha constante frente a la arbitrariedad y exceso de poder que recae en la Administración. El control judicial frente al Derecho Blando Administrativo comprende un enfoque en su etapa de producción que puede convertirse en un peligro que atenta en la gestación informal de la actividad de la Administración. Se

---

<sup>51</sup> D. Martínez. *El soft law en derecho administrativo y su control judicial en Colombia*. Bogotá: Revista Digital de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia No.20.2018. p.323-339.

pretende pues, que el proceso de producción respete las garantías fundamentales de los administrados para concebir una total eficacia.

El control judicial que se espera efectuar es uno preventivo, correctivo y de propósito. Esto en base a la constitucionalización del Derecho Administrativo que presupone un mínimo de protección de todo ciudadano. La guía base y primordial para esto son las garantías del debido proceso que reclama actuaciones fundadas en los principios de igualdad y seguridad jurídica. Se materializa de esta forma un control judicial pleno, integral y garantista. El criterio de interpretación que toma el autor es el de neoconstitucionalismo.

Este criterio dice no detener, interrumpir o afectar el funcionamiento normal y eficiente que predomina en el Derecho Blando Administrativo. En consecuencia, es adecuado y preciso sostener un parámetro antes de que un acto se convierta en insumo jurídico que se ajuste al ordenamiento jurídico. No se trata de promulgar una reglamentación severa sino que el juez sea el único encargado de supervisar el procedimiento de producción que haya garantizado la participación de los administrados y el acceso a la información. Con esto, la Administración legitima su actuación y calidad de regulación que se dice es esencial.

A modo de conclusión se puede determinar que en las legislaciones de España y Colombia presentan como factor común de interpretación del Derecho Blando Administrativo a los límites de la seguridad jurídica, igualdad y publicidad. Es clave entender que esta manifestación normativa va de la mano con la ley tradicional y siempre su validez se encuentra bajo el orden que prescribe la primera. El Derecho Blando es un fenómeno expansivo que ha llegado a varias legislaciones con el cometido de llenar o suplir vacíos legislativos en pro de los derechos de los administrados. Su presencia es clara y permite una mayor participación democrática que requiere de garantías para su ejercicio.

## **ii. El principio de seguridad jurídica como límite de los efectos del Derecho Blando Nacional.**

Dentro de la legislación ecuatoriana se puede encontrar al principio de seguridad jurídica y juricidad como parámetro de actuación que establece el Estado. En

consecuencia, estos se convierten en guías a tomar en cuenta en el ejercicio de la Administración Pública y su interpretación. Para esto, revisaremos las normas frente a las que nos encontramos hasta concretar en las normas propias del Derecho Administrativo y determinar el cómo influyen en la interpretación de esta manifestación jurídica.

Según la Constitución la seguridad jurídica es un derecho fundamental que prescribe la existencia de normas jurídicas previas, claras y públicas emitidas por las autoridades competentes. Es decir, que las autoridades y funcionarios de la Administración Pública tiene que cumplir por jerarquía con la seguridad jurídica en su actuación. De la misma forma, la Administración se rige por principios de eficacia, eficiencia y transparencia en servicio de la colectividad<sup>52</sup> pero este a su vez en ejercicio de estos principios deben ejecutarlo conforme lo dispuesto por la Constitución.

El Código Orgánico Administrativo, norma legal y general que regula el Derecho Administrativo dentro de sus principios y acorde a lo mencionado establece que se deben cumplir los principios de juridicidad<sup>53</sup>, seguridad jurídica y confianza legítima<sup>54</sup>. Tal como lo estableció la Constitución, la seguridad jurídica prima sobre el desempeño de la Administración y en la ejecución propia de sus normas. Entonces es claro anunciar que en especial la actuación administrativa debe ser certera y previsible. Es importante contar con que la Administración respetará las expectativas que haya generado y aplicará al respecto el principio de confianza legítima que adquirió desde sus inicios dentro y para sus miembros.

Dentro del mismo contexto aparece el Derecho Blando Administrativo que se caracteriza por su flexibilidad, efectivo cumplimiento y por generar efectos jurídicos. No obstante, como se mencionó previamente este no posee un procedimiento fijo de creación y publicidad que le permitan cumplir con los estándares que poseen las normas jurídicas. Sin embargo, estas actúan bajo la legalidad que prevé el ordenamiento jurídico y seguridad jurídica al cumplir con eficacia la expectativa legítima generada.

Por consiguiente, la potestad de regulación como inicio de esta forma de manifestación jurídica se funda en el principio de confianza legítima que posee la

---

<sup>52</sup> Constitución de la República del Ecuador, Art.227.

<sup>53</sup> Código Orgánico Administrativo, Art.14.

<sup>54</sup> Código Orgánico Administrativo, Art.22.

Administración. Y con base en este la Administración debe guardar coherencia conforme a su actuación previa. A través de la aplicación de este instrumento se podrá asegurar los derechos de los administrados siempre que este acorde al ordenamiento jurídico. Hay que dejar en claro que el Derecho Blando actúa en virtud de los administrados, por lo que una disposición contraria al orden legal le dejaría sin eficacia.

Solo de esta forma se podría decir que los administrados ven un efectivo cumplimiento de la seguridad jurídica. Los precedentes y criterios emitidos por la Administración deben ser firmes y cumplir con los efectos jurídicos que cubren un vacío normativo, interpretan o aclaran disposiciones jurídicas. La seguridad jurídica se debe mostrar de esta forma, al dar seguridad a los administrados de un cumplimiento vinculante de criterios o normas sentadas en este tipo de instrumentos. La Administración debe ser transparente e imponer una misma forma de actuación que se caracterice por su correspondiente orden jurídico y que no predique la imposición de nuevos cambios arbitrarios.

En el siguiente capítulo a través de un análisis del Dictamen del Procurador General del Estado como muestra del Derecho Blando Administrativo en el Ecuador se va a determinar su verdadera naturaleza jurídica. Así como los efectos jurídicos que esta deriva, la posibilidad de impugnación y la trascendencia que fija en el desarrollo de una potestad de regulación proveniente de una autoridad de la Administración Pública con efectos jurídicos relevantes.

### **III. Capítulo III: El Dictamen del Procurador General del Estado**

La Procuraduría General del Estado es un órgano administrativo que fue creado el 2 de agosto de 1928 con Decreto Supremo No.188 emitido por el presidente interino Dr. Isidro Ayora y se colocó bajo la autoridad del Procurador General de la Nación<sup>55</sup>. La creación de este cargo fue concebida con las funciones de: patrocinar casos de interés nacional en defensa del patrimonio público, establecer los estudios jurídicos necesarios, presentar informes, redactar o aprobar proyectos o minutas de los contratos para el poder Ejecutivo y dar el dictamen a cualquiera de los Ministros que soliciten sobre la

---

<sup>55</sup> Registro Oficial No.706 de 2 de agosto de 1928.

inteligencia o aplicación de una ley en un asunto de interés público. Este fue un cargo que dependía directamente del Presidente de la República.

A través del Registro Oficial No. 77 y con decreto del 2 de marzo de 1939<sup>56</sup> se ratifica la existencia jurídica de este órgano del Estado cuyas funciones se determinan en una ley especial. Con fecha 2 de agosto de 1944<sup>57</sup> y mediante Registro oficial No. 52 se le otorga autonomía restringida dado que se le adscribe a la Presidencia. Adicionalmente, se le otorgan dos nuevas funciones que consisten en emitir informes sobre contratos de importancia para el Estado y encargarse de la codificación de las leyes ecuatorianas. Con el Registro Oficial No. 2 de 13 de febrero de 1997<sup>58</sup> se ratifica su autonomía y se determinan las funciones que posee el Procurador.

La fusión que se mantenía desde un inicio entre la Procuraduría General del Estado y el Ministerio Fiscal por mandato de la Carta Política de 1977 se separan. En consecuencia, se crean dos organismos independientes y con funciones específicas. Por lo cual, se expiden los siguientes cuerpos normativos: Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado de 9 de junio de 1998 y la Ley Orgánica del Ministerio Público de 19 de marzo de 1997. El cargo del Procurador se nombra a través del Congreso Nacional, de una terna enviada por el Presidente, durante el periodo de cuatro años.

Desde la Constitución Política de 11 de agosto de 1998 se avala la autonomía de este órgano de control y establece como funciones el ser el representante judicial del Estado, ejercer el patrocinio jurídico del Estado, hacer estudios jurídicos necesarios, aprobar la redacción de documentos y contratos; y dar el dictamen solicitado por los Ministros de Estado sobre la inteligencia o aplicación de una ley, siempre que esté relacionado al interés público.

Actualmente, la figura de la Procuraduría General del Estado es concebida por la Constitución del 2008 en su artículo 235<sup>59</sup>. En este se dispone que es un organismo público, técnico jurídico, con autonomía administrativa, presupuestaria y financiera

---

<sup>56</sup> Registro Oficial No. 77 de 2 de marzo de 1939.

<sup>57</sup> Registro Oficial No. 52 de 2 de agosto de 1944.

<sup>58</sup> Registro Oficial No. 2 de 13 de febrero de 1997.

<sup>59</sup> Art. 235.- La Procuraduría General del Estado es un organismo público, técnico jurídico, con autonomía administrativa, presupuestaria y financiera, dirigido y representado por la Procuradora o Procurador General del Estado, designado para un período de cuatro años.

dirigida por el Procurador General del Estado. Este organismo público de control podrá establecer delegaciones de acuerdo con sus necesidades administrativas y debe cumplir con las funciones que determine la Ley. Así, la Constitución establece a las siguientes en su artículo 237<sup>60</sup>.

En esta sección se hace referencia a la tercera función que compete al Procurador General del Estado de absolver consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante para estas, sobre la inteligencia o aplicación de la Ley a través de un Dictamen. En concordancia con su Ley Orgánica, estas consultas solo pueden referirse a normas legales, excluyendo a las constitucionales y aquellas que encuentran definidas su competencia hacia otras autoridades o entes competentes<sup>61</sup>.

El Dictamen del Procurador General del Estado ha sido un tema jurídico muy cuestionado en virtud de los efectos jurídicos que genera desde su existencia. Las características y elementos que lo componen no coinciden dentro de la doctrina clásica, por lo cual provoca identificar frente a que instrumento jurídico nos encontramos. Sus efectos jurídicos son notorios, ya sea como criterio de interpretación o como precedente para una decisión de una autoridad administrativa. De este modo, su carácter vinculante pone en duda el grado de efectividad jurídica que puede alcanzar en la actuación de la Administración Pública y en especial de su potestad consultiva<sup>62</sup> frente a los administrados.

---

<sup>60</sup> Art. 237.- Corresponderá a la Procuradora o Procurador General del Estado, además de las otras funciones que determine la ley:

1. La representación judicial del Estado.
2. El patrocinio del Estado y de sus instituciones.
3. El asesoramiento legal y la absolución de las consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de la ley, en aquellos temas en que la Constitución o la ley no otorguen competencias a otras autoridades u organismos<sup>60</sup>.
4. Controlar con sujeción a la ley los actos y contratos que suscriban los organismos y entidades del sector público.

<sup>61</sup> Tal es el ejemplo de la interpretar las normas constitucionales por parte de la Corte Constitucional, misma que radica su competencia en el artículo 436, numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador. Por otro lado se tiene a la facultad de absolver consultas por parte del Director General del Servicio de Rentas Internas, mismo que respalda su actuación en el artículo 7, numeral 4 de la Ley de Creación de Servicio de Rentas Internas. Finalmente, se tiene al asesoramiento por parte de la Contraloría General del Estado, mismo que respalda su competencia en el artículo 212, numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador.

<sup>62</sup> Esta es una función administrativa que facilita elementos de juicio para la preparación y formación de la voluntad administrativa. Aparece como una forma de colaboración que a través de órganos técnicos y profesionales asesoran a los órganos activos sobre los actos o resoluciones que deben adoptar e

## **i. Análisis jurisprudencial de la Corte Constitucional**

La Corte Constitucional y el antiguo Tribunal Constitucional han emitido varios pronunciamientos sobre el Dictamen del Procurador General del Estado. Dentro del análisis que se procede a realizar se va a tratar de reconocer la naturaleza jurídica que le otorga la Corte. De este modo, se va a definir a través de sus fallos, la doctrina que ha construido la Corte Constitucional en su ejercicio que versa sobre el Dictamen. En este organismo independiente y de administración de justicia constitucional, el Dictamen se ha ubicado como cuestión previa para resolver los casos sometidos a su juricidad, lo cual quiere decir que es un antecedente para resolver la litis.

En principio, el Tribunal Constitucional emite su primer pronunciamiento respecto a la naturaleza del Dictamen del Procurador General del Estado en el año 2003<sup>63</sup>. De este pronunciamiento se puede inferir que el Dictamen es considerado un acto derivado de la Administración consultiva. Respecto a esto, la función de absolver consultas es una facultad propia que ejerce la Administración Pública a través de sus autoridades y sus distintas formas de actuación. Este influye en la forma de aplicación de normas jurídicas, siendo un acto previo a la decisión de una autoridad. Sin embargo, este no es una decisión administrativa, sino que se limita a corresponder a una parte de los criterios u opiniones sobre aspectos determinados antes de que sea expresada una voluntad pública en un resolución o acto administrativo. El Dictamen del Procurador “no ocasiona efectos individuales, concretos y directos”.

---

cumplimiento de sus funciones en: D. Cervantes. Manual de Derecho Administrativo. Lima: Editorial Rodhas.2008. p.35.

<sup>63</sup> Resolución del Tribunal Constitucional No.426 de 31 de diciembre de 2003

Que, para resolver, lo primero que se debe analizar es la naturaleza jurídica de los dictámenes o pronunciamientos que el Procurador General del Estado emite en razón de la competencia señalada en el considerando precedente. De esta manera, estos dictámenes se emiten con ocasión de la denominada administración consultiva, que tiene por finalidad inteligenciar a los consultantes sobre la aplicación de normas jurídicas de modo previo a la decisión. En razón de lo señalado, la absolución no implica la emisión de la decisión administrativa "sino más bien juicios de valor, opiniones sobre aspectos determinados y siempre con anterioridad a que la administración consultante exteriorice su voluntad pública, pues solo a ella le compete tomar la resolución que cada caso amerite" (Patricio Secaira Durango, Teoría General del Derecho Administrativo, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2003, p. 45).

Que, por lo indicado en el considerando anterior, lo procedente sería impugnar el acto mediante el cual el consultante exterioriza su voluntad y no el acto previo a la misma, pues esta última no ocasiona efectos individuales, concretos y directos.

Por otro lado, la Corte Constitucional en los años 2009<sup>64</sup>, 2012<sup>65</sup> y 2016<sup>66</sup> ha generado una línea respecto a la naturaleza jurídica del Dictamen, difiriendo en el pronunciamiento previo. Así, la Corte define al Dictamen del Procurador General del Estado como una norma que crea derecho objetivo al fundamentar y crear derechos subjetivos y deberes. De manera adicional, sostiene que es una disposición jurídica al cumplir tres características: Generalidad; Crear o modificar el derecho objetivo; y que, se encasilla dentro de la jerarquía normativa como acto de poder público. Es decir, la Corte Constitucional lo identifica como una norma jurídica, que de oficio puede ser declarada inconstitucional<sup>67</sup>. Además, lo postula dentro de la última categoría normativa de ‘acto de poder público’ establecida en el art 425<sup>68</sup> de la Constitución.

La Corte Constitucional lo caracteriza como un mandato obligatorio sobre la aplicación, inaplicación o interpretación de una norma dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Y establece que el Procurador para absolver consultas identificará de forma general supuestos de hecho, deberes y derechos en cada uno de sus dictámenes. Agregando a lo dicho por la Corte, esta identifica como características propias del

---

<sup>64</sup> Resolución de la Corte Constitucional No.2 de 2 de abril de 2009.

Deben existir normas claras, supuestos de hechos que provoquen consecuencias claras manifestadas en deberes y derechos, pero el "ser" del asunto demuestra que a falta de normas claras, a falta de resoluciones del Congreso o de la Corte, el Procurador, a través de sus dictámenes, crea Derecho objetivo y modifica el régimen de supuestos de hecho, de deberes y derechos.

Incluso dentro del razonamiento seguido por Rafael Oyarte Martínez, el dictamen del Procurador se aproxima en gran medida al concepto de norma, mucho más todavía en la línea seguida por esta Corte, que considera como factor determinante para considerar norma o no al dictamen (pronunciamiento) del Procurador identificar si este crea "derecho objetivo". En tal línea de ideas, "(e)l derecho objetivo es pauta, regla, escala según la cual se fundamenta que del comportamiento de los sujetos, bajo un supuesto de hecho, resulten derecho y deberes. El derecho objetivo fundamental que bajo los supuestos designados por él se desarrollan derechos y deberes. El Derecho objetivo es el que crea la razón jurídica suficiente para engarzar con un determinado supuesto de hecho determinados derechos y deberes que nacen, perduran y desaparecen con éste. El derecho objetivo es el único que fundamenta y crea derechos subjetivos y deberes." Por lo tanto esta Corte Constitucional puede adentrarse al examen de las cuestiones constitucionales relacionadas con la demanda de inconstitucionalidad

<sup>65</sup> Ver cuadro Anexo 1.

<sup>66</sup> Ver cuadro Anexo 1.

<sup>67</sup> Constitución de la República del Ecuador, Art. 436.3.

<sup>68</sup> 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.



Dictamen del Procurador el ser general y abstracto<sup>69</sup> en su aplicación dentro de instituciones públicas y frente a sus administrados.

En el mismo campo y respecto al ámbito tributario, la interpretación oficial del Estado por parte del Procurador no tiene carácter vinculante, sino que limita su competencia a la absolución de consultas realizadas por el Director General del Servicio de Rentas Internas<sup>70</sup>. En la misma línea, ratifica el carácter vinculante que tiene el Dictamen frente a la absolución de consultas que realiza el Director Regional del Trabajo<sup>71</sup> delante del solicitante. También, refleja su función al llenar vacíos normativos<sup>72</sup> en el campo de la contratación estatal. Y finalmente, establece como límites al Dictamen a lo impuesto en la Constitución, la Ley y principios de legalidad<sup>73</sup>.

Pese a lo dicho, la doctrina de la Corte Constitucional no tiene clara la naturaleza jurídica del Dictamen. La presente comienza y tiene como base a una doctrina minoritaria administrativista española<sup>74</sup>, misma que sostiene que lo que caracteriza a la norma jurídica es crear derecho objetivo. Empero a la medida que emite otros criterios la Corte, la desnaturaliza y añade características propias de la doctrina clásica, tales como los elementos de generalidad y abstracción. Por lo que su criterio no es coherente, ni coincide con un criterio uniforme que preste seguridad frente a lo que la Corte concibe como norma jurídica y la razón de calificarlo de tal forma al Dictamen. A continuación, paso a demostrar que el Dictamen del Procurador General del Estado no es un acto normativo y no cabe en la clasificación que postula la Corte Constitucional.

El Dictamen del Procurador General del Estado no es un acto normativo por su falta del elemento de obligatoriedad y su forma, de acuerdo a lo que postula Rafael Oyarte<sup>75</sup>.

---

<sup>69</sup> Resolución de la Corte Constitucional 125 de 18 de junio de 2010- registro oficial suplemento 217. Ver cuadro anexo 1.

<sup>70</sup> Resolución de la Corte Constitucional 49 de 3 de febrero de 2016 registro oficial suplemento 878. Ver cuadro anexo 1.

<sup>71</sup> Resolución de la Corte Constitucional 1 22 de octubre de 2014 registro oficial suplemento 390. Ver cuadro anexo 1.

<sup>72</sup> Resolución de la Corte Constitucional 37 del 4 de abril de 2016 registro oficial suplemento 725. Ver cuadro anexo 1.

<sup>73</sup> Resolución de la Corte Constitucional No.2 del 8 de abril de 2009. Ver cuadro anexo 1.

<sup>74</sup> Alfredo Gallego Anabitarte, Ángel Menéndez Rexach, y otros, *Acto y procedimiento administrativo*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2001. pp. 31.

<sup>75</sup> R. Oyarte Martínez. *Mecanismos de impugnación de los dictámenes del Procurador General del Estado*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar. 2006. p.187-213.

El Dictamen no posee carácter general obligatorio, así el Art.3 de la LOPGE señala que “ El pronunciamiento será obligatorio para la Administración Pública, sobre la materia consultada”. En este caso, la obligatoriedad versa solo para la Administración Pública sin mencionar el efecto que dispone para la entidad consultante, por lo que no es de efecto particular. Al no poder modificarse a petición de parte, si su vinculación versa sobre la Administración Pública el dictamen se convierte en obligatorio para quien consultó y también para quien no participó en el proceso de emisión del Dictamen.

En consecuencia, si el pronunciamiento fuere adverso a los intereses del consultante, este puede solicitar una reconsideración, sea en quince días después de notificado el Dictamen<sup>76</sup>. Sin embargo, si este afectare de manera directa a otras instituciones públicas o a sus autoridades, estas se encuentran obligadas a solicitar una reconsideración en un tiempo indeterminado, sin ser claro si rige la regla de quince días después de notificado el Dictamen. Por esto se discute si el Dictamen con su pronunciamiento puede ser obligatorio para toda la Administración Pública y para todos los administrados o particulares. Además en cuanto a su forma, este se materializa en un oficio en el cual se identifica taxativamente y de manera continua al Consultante, Sector, Materia, Consulta y Pronunciamiento<sup>77</sup>. Lo cual, dista mucho del criterio de la Corte al ser este necesario en identificar supuesto de hecho, deberes y derechos.

Es un acto de carácter general pero en su sentido universal, dado que el pronunciamiento contenido en el Dictamen no excluye de manera alguna a un miembro u organismo de la Administración Pública de su vinculación. Esta figura contiene a todas las personas que se encuentren previstas en su estipulación de obligatoriedad. Además posee el carácter de abstracto ya que si bien su respuesta parte de un caso concreto, el dictamen no hace referencia solo a la solución jurídica de ese caso, sino que emite una interpretación que puede derivar de la misma norma o normas en casos similares.

El Dictamen se dice ser obligatorio, ya que la inobservancia de su pronunciamiento puede viciar el acto que dicta la autoridad administrativa, sin embargo su cumplimiento depende de la voluntad de sus destinatarios. En este caso, si es obligatorio se puede inferir que es un acto permanente al no agotarse su vigencia con su cumplimiento y al ser

---

<sup>76</sup> Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Art.13.3.

<sup>77</sup> Ver Cuadro Anexo 2 – Ejemplo de Dictámenes.

definitivo siempre que se ha ratificado su pronunciamiento. No obstante, se duda de su obligatoriedad ya que no siempre se va a aplicar y carece de un mandamiento de aplicación coactiva o por la fuerza. Finalmente, este no contiene la forma de una norma jurídica<sup>78</sup> ya que no emana de la voluntad de una autoridad y no cumple con los preceptos de hecho y consecuencia jurídica establecidos.

El Dictamen contiene la forma que este funcionario estima que debe ser aplicada una norma, cuya inteligencia existe duda al momento de aplicar. Es así como se convierte en un criterio de interpretación de carácter general en el sentido que da alcance a una norma. Este no puede emitirse sobre actos que no tengan el carácter de normas, ni que su pronunciamiento tenga la potestad de alterar o innovar el contenido de estas. La guía del dictamen será fundada por normas superiores del ordenamiento jurídico y respetando las normas interpretativas que han establecido los demás órganos competentes.

Por lo antes expuesto, se puede concluir que el Dictamen del Procurador General del Estado no es un acto normativo. Si lo fuera, los administrados como particulares deberían de cumplirlo, sin embargo, como particular no hay fundamento legal para acogerse a la interpretación del Procurador. Por sobre todo, el juez no tiene por qué acogerse al criterio emitido por parte del Procurador ya que su labor reside en interpretar la norma. Frente a esto, se tiene la realidad de las consultas absueltas por el Servicio de Rentas Internas, mismas que son calificadas como vinculantes para todos y se convierte en un acto normativo de la Administración Tributaria.

Este es pues un antecedente a la decisión de una autoridad administrativa, ya que una vez que haya aclarado su consulta respecto a la aplicación de una norma jurídica. El Procurador no genera derechos, solo emite su pronunciamiento respecto a cómo debe aplicarse o interpretarse la norma. Si bien su Dictamen se ha aplicado de manera general por adhesión voluntaria y al creer que es un criterio propio del Estado, este genera una expectativa de cómo debe actuar la Administración, pero no se puede reclamar nada. Es una expresión de la voluntad del Procurador general y abstracta para la Administración.

---

<sup>78</sup> Así lo ha establecido Efraín Pérez en su obra: Manual de Derecho Administrativo, concibe a la Ley como toda norma que se aplica en forma general y obligatoria, expedida por el poder legislativo conforme el trámite determinado por la Constitución, lo que siempre incluye la ratificación del Ejecutivo y su publicación en el Registro Oficial. Además se hace referencia a la reserva de Ley, por lo que ninguna autoridad puede ejercer otras potestades que las asignadas por la Constitución y la Ley.

Aunque la Corte ha postulado que el Dictamen es una norma jurídica, no lo es, pues este entra en la clasificación de Derecho Blando Administrativo.

**ii. El Dictamen del Procurador General del Estado es una muestra de Derecho Blando Administrativo.**

El Dictamen llega a ser un acto de naturaleza sui generis, que no cumple con los elementos o características de los típicos modos de actuación que posee la Administración. En vista de esto, se lo postula como una manifestación propia del Derecho Blando Administrativo al no necesariamente poseer una naturaleza típica sino que se caracteriza por los efectos jurídicos generales que deriva de su aplicación.

El Dictamen del Procurador General del Estado encaja en la noción del Derecho Blando Administrativo al cumplir con las características previstas en el primer y segundo capítulo. Para comenzar se hace referencia a que este es una nueva forma de actuación reconocida dentro de la Administración Pública. La Doctrina los ubica dentro de las actuaciones materiales o informales de la Administración, conocidas por ser una producción normativa que en este caso obedece a un criterio de dirección e interpretación de las normas jurídicas vinculantes.

Por otro lado, es un instrumento jurídico que procura que la Administración alcance a materializar sus fines u objetivos. El Dictamen admite alcanzar a construir una interpretación oficial del Estado que permite a la Administración y sus instituciones absolver consultas respecto a la interpretación o aplicación de una norma jurídica. De esta manera, se brinda certeza en el desempeño de las autoridades en sus funciones y el cumplimiento de sus fines frente al administrado en todas sus decisiones.

El Dictamen se caracteriza por el carácter flexible dentro de los límites de la legalidad<sup>79</sup> al emitir su pronunciamiento sobre la interpretación de una o varias normas. Este se adapta de manera continua a la dinámica de la sociedad, atendiendo a las consultas sometidas bajo su competencia otorgada por el ordenamiento jurídico vigente. Además, se caracteriza por su pronta emisión respecto a la clásica forma de regulación mediante la

---

<sup>79</sup> Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Art.13, inciso final.

Ley. Asimismo, se ha comprobado su carácter de llenar y atender vacíos normativos a través de los pronunciamientos sobre materias como la contratación pública.

Los actores a los que se encuentra dirigido son un grupo variado en niveles distintos frente a los que se configura con su carácter persuasivo. Por su dinamismo en el sistema jurídico, se transforma de manera paulatina en una fuente de derecho que nace de manera imprevista por su aplicación voluntaria alegada por el consultante y los particulares. Este a su vez se caracteriza por la falta de un procedimiento de elaboración reglado y al no ser parámetro de enjuiciamiento o susceptible de impugnación. Esto debido a que es una manifestación de voluntad que juega como antecedente a la decisión a concretarse de una autoridad administrativa, acto legítimo al cual si es susceptible de impugnarse.

Al ser un instrumento jurídico de Derecho Blando indica un comportamiento a asumir dentro de la Administración Pública, brinda un criterio de interpretación que debe ser tenido en consideración, dando sentido al ordenamiento jurídico y en otros casos incide sobre la producción normativa. De esta manera, se crean criterios y sentido que asumirá la aplicación de una o varias normas jurídicas. El Dictamen habilita a actuar sobre ciertas materias y actúa de manera general y plural sin coerción, razón por la que no encaja dentro de la cobertura del acto administrativo.

Finalmente, si bien se postulaba que no posee efectos obligatorios, no es un elemento fijo, teniendo en cuenta que se ha estipulado en la Ley que el Dictamen es de aplicación obligatoria dentro de la Administración pero no frente a los administrados. Además, se ha comprobado que el mismo es un instrumento de Derecho Blando Administrativo al: ser susceptible de modificar una realidad, diseñar conductas a las que sus destinatarios se ajustan, incidir en el comportamiento de los actores y operadores jurídicos, y habilita a ciertos poderes públicos actuar sobre determinadas materias.

### **iii. La obligatoriedad de su aplicación dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.**

En este sentido cabe cuestionarse respecto a la aplicación vinculante del contenido de los dictámenes emitidos por el Procurador dentro de la Administración Pública. Su contenido se convierte en precedentes que crean expectativas de actuación, en el caso puntualmente del Estado y sus organismos públicos. Sin embargo, el hecho de que sea

obligatorio para la Administración Pública no lo hace para el privado. Pero desde el punto de vista de este último, se piensa que el dictamen del Procurador General del Estado se convierte en la interpretación oficial del Estado.

De esta forma, el privado que se involucra a través de una relación jurídica con el Estado va a tomar en consideración el criterio de interpretación que este ente o el sector público tiene respecto a una norma. En consecuencia, el privado va a entender lo que dice el Procurador, por lo que la aplicación del mismo criterio brindará seguridad jurídica al privado. Si la entidad pública no hace lo que dictamina el Procurador estaría rompiendo la buena fe del administrado e iría en contra del aformismo jurídico “venire contra proprium factum nulli conceditur” o teoría de los actos propios, en especial con la confianza legítima de su actuación frente a los administrados.

En principio, la función de absolución de consultas y brindar asesoramiento sobre la inteligencia o aplicación de las normas constitucionales, legales o de otro orden jurídico nace a partir de la consulta o pedido. Este debe venir de parte de las máxima autoridades de los organismos y entidades del sector público o de los representantes legales o convencionales de las personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública. El Procurador tiene como unico limitante al momento de resolver el que se trate de asuntos que hayan sido resueltos por jueces o tribunales, que estén en conocimiento, o hallándose trabada la litis.

Según la Constitución el Dictamen del Procurador General del Estado se dice ser vinculante en la absolución de consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público. Para lograr visualizar con mayor claridad revisamos lo que estipula la LOPGE, misma que dice que el pronunciamiento sobre la absolución de consultas y asesoramiento será obligatorio para la Administración Pública sobre la materia consultada. Y una vez notificado el pronunciamiento, el consultante puede solicitar su reconsideración dentro del término de quince días.

En este sentido, el Dictamen que emite el Procurador General del Estado crea una expectativa fija de su actuación que será vinculante para su ejercicio. Es decir, se crean patrones de conducta que se espera que cumpla la Administración frente a otras instituciones privadas o administrados. El Procurador posee como guía del ejercicio de sus funciones el precautelar el control de la legalidad dentro de su interpretación y asesoramiento. Pero a su vez, es importante que este respete a la seguridad jurídica

proveniente de las expectativas de actuación que se crea en el Administración Pública frente a los privados.

Es este el panorama frente al cual nos encontramos y del cual se postula que el Dictamen como Derecho Blando Administrativo genera efectos jurídicos. Pero se sostiene la siguiente pregunta: ¿El dictamen del Procurador General del Estado puede ser mencionado para su cumplimiento efectivo frente a una autoridad judicial por parte de privados? Si, pues el dictamen debe ir conforme a los lineamientos de la legalidad y brindar como intérprete de la Ley del Estado, la garantía de cumplimiento de las expectativas de aplicación e interpretación de una norma conforme a los principios de buena fe y confianza legítima.

La doctrina de los Actos Propios o seguido por el aforismo “venire contra factum proprium null conceditur” tiene su origen el Derecho Privado, pero eso no dista de su aplicación en el Derecho Administrativo – Público. Esta regla sostiene que toda actuación de un sujeto genera una expectativa legítima, por lo que hay la necesidad de que el comportamiento futuro sea coherente con el previo. Esto implica que esta doctrina impide las conductas contradictorias, ya que se materializa en la aplicación de los principios de buena fé, confianza legítima y seguridad jurídica dentro de la Administración. Gordillo sostiene lo siguiente:

Lo mismo ocurre con la doctrina de los actos propios, normal en el derecho privado pero que más de una vez se negó en el derecho administrativo. Entre los fallos que aplican la doctrina de los actos propios a la administración, vinculándola por lo demás con la confianza legítima, la buena fe, etc<sup>80</sup>. se recuerda que “deben rechazarse las pretensiones contradictorias con la conducta pasada del pretensor, cuando ellas contrarían la buena fe o vulneran la confianza que terceros depositaron sobre dicha conducta previa.”<sup>81</sup>

En vista de lo mencionado, la Administración, a través de las autoridades competentes debe ser continua y coherente en su actuación. Esto, en vista de que se presentan principios como fuente de derecho que llaman a aplicar la guía de la forma de actuar e interpretar del Estado. Asimismo, Rotondo Tornaría sostiene lo siguiente:

---

<sup>80</sup> STTierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, Miranda, LL, 1998-E, 198, 202. Citado en A. Gordillo. Tratado de Derecho Administrativo. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo. 2012. P.I-28-29.

<sup>81</sup> Voto preopinante de HutCHInSon en el fallo citado en la nota precedente, quien cita a la CSJN, Fallos, 7: 138; 305: 1402; CNFed. CA, Sala III, Casik, 26-XI-85. Ver también maIral, La doctrina de los actos propios y la administración pública, Buenos Aires, Depalma, 1988. Citado en en A. Gordillo. Tratado de Derecho Administrativo. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo. 2012. P.I-28-29.

[...] una “conducta previa” de la administración que contiene un acto anterior que resuelve un caso similar a otro, actual, por lo cual aquel tiene efectos hacia el futuro, momento en que se dirá que se actúa “como se hizo antes” o incluso “como se ha hecho siempre”<sup>82</sup>.

Es por esto que se afirma que las prácticas administrativas son tomadas como fundamentos claros que ha tenido la Administración o la autoridad competente. Por esto, el Dictamen del Procurador General del Estado se convierte en el criterio fijo y vinculante de interpretación de la Ley que debe aplicar la Administración en igualdad con sus administrados. En la misma línea, se alude a la aplicación de los principios de buena fé<sup>83</sup>, confianza legítima y seguridad jurídica<sup>84</sup>, por los que los privados se ven amparados dentro del Código Orgánico Administrativo.

La contradicción de la Administración respecto de un acto anterior infringe las expectativas que ha generado en el pasado. Para esto hay que tener en cuenta que si bien la Administración puede cambiar de criterio cuando haya causa suficiente y motivada, esta deberá aplicar la anterior siempre que respete los límites de la legalidad y de conformidad con el ordenamiento jurídico. Así como en su aplicación debe prevalecer el criterio de igualdad frente a privados que solicitan aplicar.

Jorge Zavala Egas como exponente del Derecho Administrativo ecuatoriano sostiene que:

Luego, no queda duda alguna que el principio de buena fe objetiva, esto es, la situación de confianza que tiene un sujeto sobre que un acto surtirá, en un caso concreto, los mismos efectos que ordinaria y normalmente ha producido siempre en idénticos casos, impera en el Derecho público administrativo y debe ser protegido lo más eficazmente posible. La confianza legítima (buena fe objetiva) es, pues, una situación jurídica digna de ser respetada y, por ello, se sanciona la conducta de la Administración pública que la vulnera. Por lo dicho, podemos afirmar que de

---

<sup>82</sup> F. Rotondo Tornaría, “Conducta previa de la Administración. ¿Existe el precedente administrativo?”, exposición en las Jornadas del Anuario de Derecho Administrativo, realizadas en Montevideo en 2008 (inédita). citado en A. Durán Martínez. El Precedente Administrativo. Montevideo: Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay.2010. p.4.

<sup>83</sup> Art. 17.- Principio de buena fe. Se presume que los servidores públicos y las personas mantienen un comportamiento legal y adecuado en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes.

<sup>84</sup> 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



todo comportamiento, de cualquier conducta de la Administración Pública que atente contra la buena fe o que viole la confianza nacida de sus propios actos, surgen consecuencias jurídicas<sup>85</sup>.

Por esto se dice que la doctrina de los actos propios se sustenta en la protección de la confianza entregada conforme a la buena fe, siempre que esta sea una conducta coherente y esperada de la Administración Pública. Zavala dice que para la aplicación de esta regla se necesita de una conducta (comportamiento), que tenga relevancia jurídica y que genere confianza a un tercero. En este caso, se ha comprobado que el Derecho Blando Administrativo posee valor jurídico al cumplirse de forma alguna y generar efectos jurídicos. Y la conducta, en este caso el criterio emitido, debe ser idóneo para suscitar la confianza de un tercero por la expectativa que genera en los hechos producto de su comportamiento<sup>86</sup>.

Ahora, dentro de los dictámenes del Procurador, Gordillo ha sentado su criterio y manifiesta que:

(...) sin que los abogados del Estado puedan entrar en debate respecto a sus dictámenes, ello se funda en una razón de orden y de uniformidad administrativa. Esa obligatoriedad para los abogados del Estado implica que sus dictámenes se adecuaran a dicha doctrina; y si bien los órganos ejecutivos no están obligados a seguir el consejo de su Dirección de Asuntos Legales, en la práctica será muy difícil que dicten un acto contrario al dictamen obrante en los actuados. Tampoco puede dictarse un acto administrativo que haya de afectar derechos o intereses de terceros, sin el previo dictamen del organismo permanente de asesoramiento letrado<sup>87</sup>.

Aunque en este caso no se trata del Dictamen como un informe vinculante, es importante tomar en cuenta que el autor reconoce a los dictámenes como precedentes administrativos y cuyo contenido es obligatorio debido a su estrecha relación con la costumbre como fuente del Derecho Administrativo. Así se puede concluir que los Dictámenes se sostienen debido a un criterio de uniformidad por parte de la Administración lo cual genera expectativas legítimas de cumplimiento. Por tanto, la forma de actuación a través del Dictamen debe ser de aplicación coherente con los escenarios previos. En el Ecuador la guía del Dictamen es vinculante y debe ser fija para

---

<sup>85</sup> J. Zavala. *La Regla de los Actos Propios y su Aplicación en el Derecho Administrativo Ecuatoriano*. Quito: Revista Iuris Dictio.2006. p.100.

<sup>86</sup> J. Zavala. *La Regla de los Actos Propios y su Aplicación en el Derecho Administrativo Ecuatoriano*. Quito: Revista Iuris Dictio.2006. p.102.

<sup>87</sup> A. Gordillo. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo. 2012. p.218.

el ejercicio de la Administración y preventiva frente a la aplicación que puede exigir un privado.

Finalmente y en vista de los criterios expuestos los criterios de interpretación emitidos dentro de los Dictámenes del Procurador General del Estado deben ser de obligatorio cumplimiento con el privado. Esto en vista de que su pronunciamiento es considerado el criterio de interpretación del Estado y es necesario que brinde seguridad jurídica con su leal entender frente al privado que se somete a su régimen. Por lo cual, el mismo debe exigir el cumplimiento de una interpretación que ha generado expectativas legítimas y el respeto a la buena fe y confianza de la Administración con sus administrados.

#### **iv. Análisis de impugnabilidad del Dictamen del Procurador General del Estado**

En esta sección se va a tratar sobre la posibilidad de impugnar el Dictamen del Procurador General del Estado como instrumento de Derecho Blando Administrativo. Se ha reconocido como factores límites que debe guardar el Dictamen a la Constitución, Ley y al principio de legalidad, lo cual quiere decir que debe someterse al ordenamiento jurídico. El Dictamen al ser un antecedente a una decisión administrativa, al momento de materializarse este acto de la administración podría implicar la necesidad de que toda posible violación al Derecho sea susceptible de impugnación por su contenido. La posibilidad de impugnación materializa el derecho a la tutela judicial efectiva.

Para esto, se tiene en consideración que el Dictamen es un acto interno de la Administración Pública que consiste en un criterio de aplicación e interpretación de normas de rango legal y de obligatorio cumplimiento para las funciones públicas. La Administración debe de respetar su aplicación uniforme en cada supuesto de hecho en el que incurra de forma similar. Mientras que para el administrado o particular genera una expectativa. Por lo tanto, al ser un antecedente a la decisión administrativa, este no puede ser impugnado, mientras que el acto en el que se materializa la decisión sí.

Uno impugna el hacer o no hacer de la Administración que se concreta en las formas típicas de actuación sea como acto administrativo o acto normativo de carácter administrativo, resolución, pero no al Dictamen del Procurador. Frente a esto, se tiene a dos situaciones dentro de la Administración respecto a los efectos que genera el

Dictamen. Primero, la Administración no está de acuerdo con el pronunciamiento emitido por el Dictamen y no desea aplicarlo. Segundo, la Administración inaplica o se contrapone a lo prescrito en el criterio establecido en el Dictamen.

En el primer supuesto, la Administración posee la facultad de solicitar la reconsideración del Dictamen siempre que este sea adverso a los intereses de las instituciones del Estado<sup>88</sup> a través de sus representantes legales. En el caso en el que no surta una reconsideración, la Administración de manera obligatoria deberá cumplir con la disposición. Pese a eso, la segunda cuestión que lleva a controvertir más es en la que el administrado o privado se enfrenta a la aplicación del Dictamen por parte de la Administración y este abarca a su vez dos supuestos.

En el primer caso se tiene a la Administración aplicando un Dictamen frente a un administrado, mismo que cree que su contenido es erróneo o restrictivo<sup>89</sup>. Como segundo caso, la Administración no aplica el Dictamen que a mí, como particular me favorece<sup>90</sup>. Hay que dejar claro que si la Administración es la que vulnera mis derechos<sup>91</sup>, demando

---

<sup>88</sup> Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Art.13.

<sup>89</sup> Resolución del Tribunal Constitucional No. 9 de 25 de octubre de 2007.

En efecto, los dictámenes del referido funcionario son vinculantes para la entidad consultante; sin embargo, corresponde también indicar que en el caso que nos ocupa, el Procurador General del Estado en su dictamen, más allá de inteligenciar al Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social sobre el contenido del artículo 113 reformado del Código del Trabajo, efectúa una interpretación restrictiva de la norma, excediéndose de las atribuciones conferidas legalmente, más aún si se toma en consideración que el único organismo que tiene la facultad de interpretar las leyes de un modo generalmente obligatorio, es el Congreso Nacional, tal como consta en el número 5 del artículo 130 de la Carta Política, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 3 del Código Civil.

La Procuraduría General del Estado, órgano de administración consultiva, debe precautelar la legalidad y legitimidad de las actuaciones de la administración pública en general, a través de sus pronunciamientos, por lo que, precisamente por tal motivo, debe atenerse en el ejercicio de sus funciones, a los límites que le impone la Constitución y la Ley, acorde al principio de legalidad contenido en el artículo 119 de la Carta Fundamental.

<sup>90</sup> Resolución del Tribunal constitucional 449 de 18 de marzo de 2008 registro oficial edición especial 40.

Que mantener el criterio emitido en la consulta antes descrita y no acoger el pronunciamiento del señor Procurador General del Estado, implicaría desacato y violación a la normativa legal ecuatoriana.

QUINTA.- Es pretensión de la accionante se disponga que la CAE, a través de sus dependencias, inmediatamente suspenda los efectos de la Consulta de Aforo No. 005 de 31 de enero de 2005; que la CAE considere al producto Dynamisan como medicamentos para todos los efectos de imposición de derechos arancelarios e impuestos aplicables a la importación; así como también, que la CAE acate el criterio del señor Procurador General del Estado que consta en absolución de consulta No. 020729 de 14 de noviembre de 2005. publicada en el Registro Oficial No. 195 de 25 de enero de 2006.

<sup>91</sup> Resolución No.224-2011 Corte Nacional de Justicia – Sala de lo Contencioso Administrativo de 15 de abril de 2016

a esta la falta de aplicación del pronunciamiento del Procurador en razón de una lesión, o desconocimiento de derechos subjetivos del accionante<sup>92</sup>. En vista de la jurisprudencia señalada queda claro que la impugnabilidad del contenido del Dictamen versa sobre el acto concreto que contiene una decisión administrativa frente a la situación del administrado.

Mientras que en el caso en el que la Administración no aplica un criterio que ha emitido el Procurador mediante Dictamen, puedo exigir la aplicación de este debido a la expectativa que ha generado por actuaciones previas. Es necesario recalcar que la adhesión o llamado a la aplicación de este Dictamen es voluntario. En consecuencia, el administrado como previamente lo analizamos y en base a los principios de buena fe y seguridad jurídica podrá aludir a su concreción. La Administración será la competente en valorar estos principios y podrá autorizar el uso del Dictamen como fundamento de un acto administrativo.

Por lo cual, el acto que produce efectos jurídicos individuales o generales derivados del Dictamen del Procurador General del Estado pueden ser impugnados por quien vea vulnerado o infringidos sus derechos. Esto, teniendo en cuenta que el juez al que se va a someter la causa no tiene como obligación la de apegarse al cumplimiento de la interpretación que ha emitido el Procurador. En base a esto, se sostiene que la vía adecuada para impugnar una violación de los derechos de los administrados sería la Acción Subjetiva dentro del Contencioso Administrativo en sede Administrativa.

Esto dado que la vía del Contencioso Administrativo a más de tener por objeto una tutela de derechos, realiza un control de los actos sujetos al desenvolvimiento de la

---

CUARTO.- En la especie, el recurso se fundamenta en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por errónea interpretación del artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, alegando las recurrentes que si bien es cierto que los dictámenes del Procurador General del Estado no son obligatorios para la Función Judicial, sí lo son para el Ministerio de Salud y particularmente para el Director Provincial de Salud demandado, que está obligados a cumplir con lo dispuesto por el Procurador, y que el Tribunal Distrital de origen se equivoca al considerar que las accionantes solicitan se someta "al efecto vinculante del dictamen" del Procurador, cuando lo que han demandado es que el sujeto pasivo de la demanda lo cumpla en forma obligatoria.

ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, aceptando el recurso interpuesto, se casa el fallo recurrido; por lo que se acepta la demanda, disponiendo que la autoridad accionada dé cumplimiento a lo establecido en el dictamen del Procurador General del Estado constante en su Oficio No. 008633 de 25 de febrero de 2008, cuya conclusión se encuentra transcrita en el Considerando Quinto de la presente decisión.

<sup>92</sup> Código Orgánico General de Procesos, Art. 326.

Administración y del poder público<sup>93</sup>. Este es pues el órgano encargado del juzgamiento de controversias de los particulares con el Estado. Incluso los jueces de lo contencioso administrativo poseen dentro de sus facultades resolver disputas que suscitaran por violación de normas legales o de derechos individuales y supervisar la legalidad de estos<sup>94</sup>.

Por otro lado y una vez finiquitada la acción subjetiva dentro de las Unidades de lo Contencioso Administrativo es prudente interponer una Acción Extraordinaria de Protección siempre que su fallo vulnere los derechos del administrado. Está se interpondrá ante la Corte Constitucional, siempre que de la sentencia se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios para impugnarla. Es por tanto, necesario recurrir a esta acción para que a través de su competencia sea capaz de reconocer la violación de los derechos reconocidos en la Constitución de los administrados<sup>95</sup>.

Así se concluye que el acto de la Administración que debe ser impugnado es el acto administrativo en el que se materializa la decisión de la autoridad. Al interponer la acción se señala que el acto final se atiene al contenido del Dictamen o pronunciamiento por su carácter vinculante y que a consecuencia ha violado determinado derecho. Por lo tanto, la vía contencioso-administrativa llega a ser un proceso de tutela de derecho que hace efectivas las exigencias y derechos de los administrados al someter las actuaciones de la Administración ante un tercero imparcial. A través de su intervención se asegura la vigencia del ordenamiento jurídico y la presencia de equilibrio entre las relaciones que mantiene la Administración con los administrados.

#### **IV. Conclusiones**

El Derecho Blando Administrativo aparece como una nueva forma de actuación de la Administración Pública con alcance normativo. Esta posee relevancia por los efectos que presenta en la práctica jurídica, mismos que se enfrentan a la teoría tradicional del imperio de la Ley y su actual ineficacia. Este tipo de regulación es imperativa y dinámica

---

<sup>93</sup> Código Orgánico General de Procesos, Art 300.

<sup>94</sup> Código Orgánico de la Función Judicial, Art.217.

<sup>95</sup> Constitución de la República del Ecuador, Art.94.

dado que atiende de manera oportuna a las problemáticas que presenta la sociedad. El Derecho Blando actúa como una fuente de Derecho debido a que prescribe algo e incide de manera directa o indirecta en la producción normativa. Su carácter de regulación le brinda el alcance de recomendar un fin, conformar comportamientos, o indicar un valor que debe ser tomado en consideración y alcanzar un grado de efectividad jurídica conforme a lo que dicta el ordenamiento jurídico.

El Derecho Blando se presenta de manera habitual, a través de reglamentos, códigos de conducta, normas técnicas, entre otros, que a pesar de nacer sin el carácter de una Ley se aplican por su necesidad a un indeterminado número de actores de manera eficaz. Este mecanismo de regulación se justifica por la eficacia que surte al tenerlo en cuenta para su aplicación de forma voluntaria sin un elemento coercitivo. La aplicación de estos instrumentos es clave para regular campos determinados de manera oportuna e inmediata y su existencia va ligada a los principios de seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima, dado que guardan coherencia con el ordenamiento jurídico.

El Dictamen del Procurador es un instrumento de Derecho Blando ya que se ha comprobado que mediante su carácter de interpretación se posesiona como un mecanismo clave para asumirlo como la interpretación oficial del Estado. La eficacia que posee es clara ya que se ha evidenciado su alcance de aplicación a una pluralidad de destinatarios en el campo de la interpretación y aplicación normativa. Este tipo de regulación flexible permite atender de manera plena todas las solicitudes que de manera interna y externa pueden surgir ante la Administración Pública. Por lo cual, el criterio emitido se convierte en una disposición esencial que da sentido a las disposiciones del ordenamiento jurídico y coadyuva en el proceso de emisión de actos administrativos firmes y vinculantes que se presentan como una respuesta.

El Dictamen del Procurador General del Estado no cabe dentro de las formas típicas de actuación de la Administración tales como el acto normativo y simple acto. Este nuevo modelo de regulación permite a la Administración alcanzar sus efectos de manera general pero no obligatoria. De allí, que su elemento vinculante ante la sociedad y Administración es el de atención a una necesidad clara y específica que enfrenta el ordenamiento jurídico. Si bien, puede esta forma nacer como un simple acto de administración, a través de los

Dictámenes como lo reconoce la Ley, este no produce efectos jurídicos indirectos, sino que más bien se lo aplica de manera general y por una adhesión voluntaria.

Es claro que el Dictamen del Procurado General del Estado no es una norma jurídica tal como lo califica la Corte Constitucional. Es pues necesario distinguir su presencia como un Derecho Blando de carácter general y efectivo. Si bien, su aplicación es vinculante dentro de la Administración, frente a los administrados crea una legítima expectativa de actuación. Lo cual, sin duda, le convierte en una forma de regulación que prescribe una interpretación que se presenta en atención de todos y que se lo aplica de manera voluntaria por seguridad jurídica. Además, cabe recalcar que la forma del Dictamen es clara al delimitar la materia, atender la consulta y emitir su pronunciamiento mismo que se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas.

El Dictamen se convierte en un criterio eje y fundamental para concretar la típica actuación de la Administración Pública. Por lo cual, este criterio va a ser la guía y pauta para que se emita un acto como respuesta de la Administración o de la autoridad delegada. En efecto, este va a ser el acto que permita otorgar o restringir derechos a una persona o grupo determinado. De este modo, este es el hecho legítimo para impugnar la actuación de la Administración o específicamente del Estado. Los derechos de tutela judicial efectiva y debido proceso se concretan a través de una acción contencioso-administrativa, donde el juez imparcial realiza un control, y actúa frente al alcance que puede derivar el acto emitido por la Administración en su cumplimiento individual o general delante de los administrados.

## V. Bibliografía

- Aguilar, Luis. *La nueva gobernanza pública*. Guadalajara: Instituto de Investigación en Política Pública y Gobierno Universidad de Guadalajara. 2014. Citado en D. Martínez. *El soft law en derecho administrativo y su control judicial en Colombia*. Bogotá: Revista Digital de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia No.20.2018. Extraído en: [http://ut.suagm.edu/sites/default/files/uploads/Centro-Gobernanza/CATEDRAL\\_ANUAL/La-Nueva-Gobernanza-Publica.PR.UT.pdf](http://ut.suagm.edu/sites/default/files/uploads/Centro-Gobernanza/CATEDRAL_ANUAL/La-Nueva-Gobernanza-Publica.PR.UT.pdf) .
- Bobbio, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Madrid: Debate. 1990. p.3-4.
- Baldassare, Pastore. *Soft Law y la Teoría de las Fuentes del Derecho*. Italia: Università degli Studi di Ferrara.2017. extraído en: <http://www.softpowerjournal.com/web/wp-content/uploads/2014/10/articolo-5-Soft-law-y-la-teor%C3%ACa-de-las-fuentes-derecho.pdf> .
- Coviello, Pedro. *La denominada zona de reserva de la administración y el principio de legalidad administrativa*. *Reda* No.23.1996. citado en A. Sánchez. *Las normas de derecho blando: un análisis jurídico de los efectos de la reserva de instrucción sobre el derecho territorial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Número 17 de Serie de Derecho Administrativo. 2012.
- Cervantes, Dante. *Manual de Derecho Administrativo*. Lima: Editorial Rodhas.2008.
- Damaso Ruiz-Jarabo Colomer. *La Justicia de la Unión Europea*. España: Aranzadi S.A.2011.
- Del Toro Huerta, Mauricio. *El fenómeno del soft y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional*, México: Anuario Mejicano de Derecho Internacional, 2006. Extraído de: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derechointernacional/article/viewFile/160/256>.
- Escudero, Rafael. *El concepto de soft law*. Barcelona: Contribuciones a la Filosofía del Derecho en Barcelona.2012.
- F. Rotondo Tornaría, “*Conducta previa de la Administración. ¿Existe el precedente administrativo?*”, exposición en las Jornadas del Anuario de Derecho Administrativo, realizadas en Montevideo en 2008 (inédita) citado en Durán Martínez, Augusto. *El Precedente Administrativo*. Montevideo: *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*.2010. p.4. Extraído de: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiQkPaAx4rhAhXN11kKHRL2AJcQFjAAegQIChAC&url=https%3A%2F%2Frevistas.ucu.edu.uy%2Findex.php%2Frevistadederecho%2Farticle%2Fdownload%2F816%2F818%2F&usq=AOvVaw15YMz8XMQ0x3CTyQ6qZXyq>.
- Galiana, Ángeles. *La expansión del Derecho flexible y su incidencia en la producción normativa*. España: Anuario de Filosofía de Derecho Gobierno de



- España.2006.Extraído de:  
[https://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-F-201610029700322\\_ANUARIO\\_DE\\_FILOSOF%C3%80CDA\\_DEL\\_DERECHO\\_La\\_expansi%C3%80n\\_del\\_Derecho\\_flexible\\_y\\_su\\_incidencia\\_en\\_la\\_producci%C3%80n\\_normativa](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-201610029700322_ANUARIO_DE_FILOSOF%C3%80CDA_DEL_DERECHO_La_expansi%C3%80n_del_Derecho_flexible_y_su_incidencia_en_la_producci%C3%80n_normativa).
- Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo. 2012.
- Jaramillo, Marcos y Lara, José Luis. ''*Acerca del denominado 'Soft Law Administrativo': notas frente a la experiencia japonesa y chilena*'' , en Archivo-philippi no.292028,v.1. Extraído de: <http://www.derecho.uba.ar/institucional/pacem/el-soft-law-administrativo.pdf> .
- Kelsen, Hans. *Teoría pura del Derecho: introducción a la ciencia del Derecho*. Buenos Aires: EUDEBA.1973.
- Laporta, Francisco. *El imperio de la ley*. Una visión actual. Madrid: Trotta. 2007.
- Martinez, Darío. *El soft law en derecho administrativo y su control judicial en Colombia*. Bogotá: Revista Digital de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia No.20.2018. Extraído de: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/5467/6661>.
- Pastore, Baldassare. *Soft law, grandi di normativita, teoria delle gonti*. Italia Lavro e Diritto. 2003.p12. citado en Galiana, Ángeles. *La expansión del Derecho flexible y su incidencia en la producción normativa*. España: Anuario de Filosofía de Derecho Gobierno de España.2006.
- Pérez, Efraín. *Manual de Derecho Administrativo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.2018.
- Sarmiento, Daniel. *El Soft Law Administrativo: Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*. Madrid: Editorial Civitas.2008.
- Sarmiento, Daniel. *La autoridad del Derecho y la naturaleza del soft law*. Cuadernos de Derecho Público.2006. Extraído de: <https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=CDP&page=article&op=view&path%5B%5D=788>.
- Sánchez Pérez, Alexander. "*Las normas de derecho blando: un análisis jurídico de los efectos de la reserva de instrucción sobre el derecho territorial*". Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Número 17 de Serie de Derecho Administrativo. 2012.
- STTierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, Miranda, LL, 1998-E, 198, 202. Citado en Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo. 2012.
- Valdés Dal-Re, Fernando. *Derecho del trabajo y orden económico globalizado: el imparable avance del Derecho Flexible*. Claridad: Modelo Social Europeo.2005.
- Younes, Diego. *Curso de Derecho Administrativo*. Colombia: Editorial Temis S.A.2014.
- Zambrano, Diego. *La Incidencia del Llamado Soft Law o Derecho Blando en la Interpretación del Juez Constitucional*. México: Tribunales Constitucionales y

jurisprudencia. Casos prácticos: Cuba, Italia, Colombia y México.2016. Extraído de: [https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/archivos/calendario\\_actividades/08\\_ZAMBRANO\\_Tribunales%20Constitucionales%20y%20jurisprudencia\\_ICA\\_02.pdf](https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/archivos/calendario_actividades/08_ZAMBRANO_Tribunales%20Constitucionales%20y%20jurisprudencia_ICA_02.pdf).

Zagrebelsky, Gustavo. *Derecho Dúctil*. Madrid: Simancas Ediciones S.A. 1995.

Zavala, Jorge. *La Regla de los Actos Propios y su Aplicación en el Derecho Administrativo Ecuatoriano*. Quito: Revista Iuris Dictio.2006.

### **Fuentes Normativas:**

Constitución de la República del Ecuador, 2008.

Código Orgánico Administrativo, 2018.

Código Orgánico General de Procesos, 2016.

Código Orgánico de la Función Judicial, 2009.

Código De Ética De La Empresa Publica El Telégrafo Ep expedido el 22 de abril de 2016.

Código de Ética Servidores Superintendencia de Telecomunicaciones expedido el 17 de septiembre de 2012.

Guía Metodológica para la Auditoria de Gestión de la Contraloría expedida el 22 de noviembre de 2001.

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, 2004.

Reglamento Orgánico Funcional de la Procuraduría General del Estado, 2012.

Manual de Buenas Prácticas para uso de Edificaciones Sector Público expedido el 21 de enero de 2014.

Normas Técnicas para Catastro de Bienes Inmuebles Urbanos, Rurales expedida el 3 de octubre de 2016.

Normas de Control Interno de la Contraloría General del Estado expedida el 1 de diciembre de 2009.

Registro Oficial No.706 de 2 de agosto de 1928.

Registro Oficial No. 77 de 2 de marzo de 1939.

Registro Oficial No. 52 de 2 de agosto de 1944.

Registro Oficial No. 2 de 13 de febrero de 1997.

### **Jurisprudencia:**

Resolución del Tribunal Constitucional No.426 de 31 de diciembre de 2003.

Resolución del Tribunal Constitucional No. 9 de 25 de octubre de 2007.

Resolución del Tribunal Constitucional No. 449 de 18 de marzo de 2008.

Resolución de la Corte Constitucional No.2 de 2 de abril de 2009.

Resolución de la Corte Constitucional No.2 del 8 de abril de 2009.

Resolución de la Corte Constitucional No. 125 de 18 de junio de 2010.

Resolución de la Corte Constitucional No. 1 22 de octubre de 2014.

Resolución de la Corte Constitucional No. 49 de 3 de febrero de 2016.

Resolución de la Corte Constitucional No. 37 del 4 de abril de 2016

Resolución No.224-2011 Corte Nacional de Justicia – Sala de lo Contencioso Administrativo de 15 de abril de 2016.

Sentencia No. 003-12-SIA-CC de 21 de junio de 2012.

## VI. Anexo 1

<b>Cuadro de Jurisprudencia citada por la Corte Constitucional</b>	
<b>Resolución del Tribunal Constitucional No.426 de 31 de diciembre de 2003.</b>	<p>Que, para resolver, lo primero que se debe analizar es la naturaleza jurídica de los dictámenes o pronunciamientos que el Procurador General del Estado emite en razón de la competencia señalada en el considerando precedente. De esta manera, estos dictámenes se emiten con ocasión de la denominada administración consultiva, que tiene por finalidad inteligenciar a los consultantes sobre la aplicación de normas jurídicas de modo previo a la decisión. En razón de lo señalado, la absolución no implica la emisión de la decisión administrativa "sino más bien juicios de valor, opiniones sobre aspectos determinados y siempre con anterioridad a que la administración consultante exteriorice su voluntad pública, pues solo a ella le compete tomar la resolución que cada caso amerite" (Patricio Secaira Durango, Teoría General del Derecho Administrativo, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2003, p. 45).</p> <p>Que, por lo indicado en el considerando anterior, lo procedente sería impugnar el acto mediante el cual el consultante exterioriza su voluntad y no el acto previo a la misma, pues esta última no ocasiona efectos individuales, concretos y directos.</p>
<b>Resolución de la Corte Constitucional No.2 de 2 de abril de 2009.</b>	<p>Deben existir normas claras, supuestos de hechos que provoquen consecuencias claras manifestadas en deberes y derechos, pero el "ser" del asunto demuestra que a falta de normas claras, a falta de resoluciones del Congreso o de la Corte, el Procurador, a través de sus dictámenes, crea Derecho objetivo y modifica el régimen de supuestos de hecho, de deberes y derechos.</p> <p>Incluso dentro del razonamiento seguido por Rafael Oyarte Martínez, el dictamen del Procurador se aproxima en gran medida al concepto de norma, mucho más todavía en la línea seguida por esta Corte, que considera como factor determinante para considerar norma o no al dictamen (pronunciamiento) del Procurador identificar si este crea "derecho objetivo". En tal línea de ideas, "(e)l derecho objetivo es pauta, regla, escala según la cual se fundamenta que del comportamiento de los sujetos, bajo un supuesto de hecho, resulten derecho y deberes. El derecho objetivo fundamental que bajo los supuestos designados por él se desarrollan derechos y deberes. El Derecho objetivo es el que crea la razón jurídica suficiente</p>

	<p>para engarzar con un determinado supuesto de hecho determinados derechos y deberes que nacen, perduran y desaparecen con éste. El derecho objetivo es el único que fundamenta y crea derechos subjetivos y deberes." Por lo tanto esta Corte Constitucional puede adentrarse al examen de las cuestiones constitucionales relacionadas con la demanda de inconstitucionalidad</p>
<p><b>Sentencia No. 003-12-SIA-CC de 21 de junio de 2012.</b></p>	<p>Esta Corte se ha pronunciado en diversas ocasiones respecto a la naturaleza de los pronunciamientos del procurador general del Estado, en aplicación de su competencia para absolver consultas sobre disposiciones normativas legales o de otro orden jurídico -ver sentencias 002-09-SAN-CC y003-09-SIN-CC-. De esta manera ha observado que el pronunciamiento del procurador general del Estado contiene un mandato obligatorio sobre la aplicación, inaplicación o interpretación de una norma determinada dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, por lo que incide directamente en el ejercicio de los derechos de los administrados.</p> <p>En ese mismo sentido, cuando una norma infraconstitucional no es clara y no ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Asamblea Nacional o la Corte Nacional de Justicia, la consulta dirigida al procurador general del Estado identificará los supuestos de hecho, deberes y derechos que emanan de aquella norma, produciendo de esta manera derecho objetivo.</p> <p>En ese sentido, aquellos pronunciamientos generan efectos de carácter general, lo que implicaría el riesgo de contradecir disposiciones constitucionales y violación de derechos fundamentales respecto de toda la sociedad.</p>
<p><b>Resolución de la Corte Constitucional No. 49 de 3 de febrero de 2016.</b></p>	<p>Al respecto, la Corte observa que en la sentencia No. 002-09-SAN-CC, al momento de efectuarse el control de constitucionalidad que derivó en las medidas ordenadas en los numerales 3 y 4 de la parte resolutive; dentro de la ratio decidendi, y al analizar la naturaleza jurídica de los dictámenes emitidos por el procurador general del Estado, se establece que el dictamen del procurador, debe ser considerado como una norma jurídica, en tanto, cumple con tres requisitos propios de la naturaleza de una disposición jurídica, a saber: 1. Generalidad; 2. Crea o modifica el derecho objetivo; y, 3. Se encasilla dentro de la jerarquía normativa como acto de poder público, tal como lo establece el artículo 425 de la Constitución de la República. Es así que precisamente a partir de considerar al dictamen del procurador como norma jurídica, se analiza la constitucionalidad del dictamen No. 01421 del 23 de junio de 2008, y que ha sido declarado como inconstitucional.</p>
<p><b>Resolución de la Corte</b></p>	<p>Asimismo, solicitan que el representante legal del H. Congreso Nacional del Ecuador extienda a su favor los correspondientes nombramientos para continuar en el ejercicio de las funciones,</p>

<p><b>Constitucional No. 125 de 18 de junio de 2010.</b></p>	<p>y que al mismo tiempo dicha autoridad se abstenga de emitir actos administrativos ilegítimos que violen las garantías y derechos constitucionales que los protegen, y que por el contrario se sujete a los términos de las absoluciones de las consultas emitidas por el señor Procurador General del Estado, a cuyo efecto debe disponer la inmediata expedición de los nombramientos.</p>
<p><b>Resolución de la Corte Constitucional No. 49 de 3 de febrero de 2016.</b></p>	<p>El artículo 2 del Código Orgánico Tributario trata de la supremacía de las normas tributarias, y manda que las disposiciones de este código y de las demás leyes tributarias, prevalecerán sobre toda otra norma de leyes generales y especiales y solo podrán ser modificadas o derogadas por disposición expresa de otra ley destinada específicamente a tales fines. En consecuencia, no serán aplicables por la Administración ni por los órganos jurisdiccionales las leyes y decretos que cualquier manera contravenga este precepto. De las disposiciones legales mencionadas y transcritas, se puede concluir, que en materia tributaria no tiene carácter vinculante la absolución de consultas que sobre ella haga la Procuraduría General del Estado.</p>
<p><b>Resolución de la Corte Constitucional No. 1 de 22 de octubre de 2014.</b></p>	<p>Con estas consideraciones, esta Corte observa que el pronunciamiento del director regional de trabajo no se constituye en norma ni posee la "propiedad nomotética regulatoria propia de una disposición" que sostienen los accionantes, pues, conforme el enunciado jurídico que otorga la atribución de absolver consultas en materia laboral al director regional de trabajo (artículo 542.1 del Código de Trabajo), su pronunciamiento no goza de abstracción, generalidad ni exigibilidad o vinculatoriedad como tal; carácter vinculante que, resulta necesario precisar, si se presenta en las consultas jurídicas absueltas por el Procurador o la Procuradora General del Estado en razón de que, por mandato expreso de la Constitución de la República (artículo 237 numeral 3)4 y la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado (artículo 3 literal e y artículo 135), los pronunciamiento emitidos en aquellas sí tendrán carácter vinculante y obligatorio.</p>
<p><b>Resolución de la Corte Constitucional No. 37 del 4 de abril de 2016.</b></p>	<p>En el Ecuador, la contratación estatal no solo tiene su Ley y Reglamento de contratación, sino además, tiene como apoyo para resolver ciertos vacíos normativos, las absoluciones de consultas que produce la Procuraduría General del Estado, por ello de fojas 147 a 150 del proceso se encuentra el pronunciamiento de esta institución, en relación a cuando debe entenderse que corre el plazo de la ejecución contractual de donde se desprende con claridad manifiesta que mientras no se haya pagado el reajuste de precios del anticipo, se tendrá como no iniciado el transcurso del plazo</p>

<b>Resolución de la Corte Constitucional No.2 del 8 de abril de 2009.</b>	Siendo la Procuraduría General del Estado un órgano de administración consultiva al que le corresponde precautelar la legalidad y legitimidad de las actuaciones de la administración pública en general, a través de sus pronunciamientos, en el ejercicio de sus funciones debe observar los límites que le impone la Constitución y la Ley, conforme establece el principio de legalidad contenido en el artículo 119 de la Carta Fundamental. En este sentido se ha pronunciado esta Sala en el caso Nro. 0929-2004-RA.
---	---

## VII. Anexo 2

<p><b>ACTOS SOCIETARIOS DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS SUJETAS AL CONTROL DE LA SUPERINTENDENCIA DE BANCOS</b>  <b>OF. PGE No.:</b> 01558 de 14-11-2018  <b>CONSULTANTE:</b> SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y SEGUROS SECTOR: ORGANISMOS Y ENTIDADES QUE EJERCEN LA POTESTAD ESTATAL (ART. 225 # 3)  <b>MATERIA:</b> ADMINISTRATIVAS  <b>Submateria / Tema:</b> <b>NORMA SUPLETORIA</b> ¿¿Deben considerarse como supletorias al Código Orgánico Monetario y Financiero a la Ley de Compañías, Código de Comercio, Código Civil y leyes conexas, para el trámite atención, aprobación o negativa de los actos societarios de las entidades financieras sujetas al control de la Superintendencia de Bancos?¿  <b>Pronunciamiento(s)</b>  ¿ de acuerdo con el numeral 7 del artículo 18 del Código Civil, la analogía es una técnica de interpretación de la ley, cuya función es integrar vacíos normativos que permite en ausencia de norma, aplicar otras que existan en el ordenamiento jurídico, siempre que las situaciones de hecho sean similares y existan las mismas razones. Del análisis jurídico efectuado se aprecia que, el Libro I del Código Orgánico Monetario y Financiero es el cuerpo normativo aplicable específicamente para regular las actividades de las entidades que integran el sector financiero privado sujetas al control de la Superintendencia de Bancos; y que de acuerdo con los artículos 13 y 14, numerales 3 y 4 de ese código, corresponde a la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, regular tanto las actividades financieras que ejercen, así como la creación, constitución, organización, operación y liquidación de las entidades financieras. Considerando que las instituciones financieras del sector privado se constituyen como sociedades anónimas y realizan operaciones de banca que son actos de comercio, en atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con el numeral 7 del artículo 18 del Código Civil que prevé que ¿A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos (¿)¿, para la atención de los actos societarios de las entidades financieras privadas sujetas al control de la Superintendencia de Bancos, se podrían aplicar las disposiciones de la Ley de Compañías, el Código de Comercio y el Código Civil, únicamente en aquello que no esté expresamente previsto en el Código Orgánico Monetario y Financiero, que es el</p>
---

cuerpo normativo específico que las rige. El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia o aplicación general de normas jurídicas, por tanto, es de exclusiva responsabilidad de la Superintendencia de Bancos, en los trámites sujetos a su autorización o control, verificar la inexistencia de norma específica y por tanto la aplicabilidad supletoria o analógica de otras normas que integren el ordenamiento jurídico vigente.

## **ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS DE EDUCACIÓN**

**OF. PGE No.:** 01097 de 17-10-2018

**CONSULTANTE:** JUNTA PARROQUIAL DE GUADALUPE

**SECTOR:** ENTIDADES DEL RÉGIMEN AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO  
(ART. 225 # 2)

**MATERIA:** REGIMEN AUTONOMO DESCENTRALIZADO

**Submateria / Tema:** MANTENIMIENTO INFRAESTRUCTURA EDUCACION  
**Consulta(s)**

¿(¿) ¿las escuelas fiscales son consideradas espacios públicos?, y por ello ¿es permitido (sic) nuestra intervención con fondos públicos del Gobierno Parroquial, en materia de mantenimiento infraestructura (sic) de los establecimientos educativos de nuestra parroquia? ¿.

### **Pronunciamiento (s)**

La Autoridad Educativa Nacional corresponde a la Función Ejecutiva y la ejerce el Ministerio de Educación, según el artículo 21 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural. Sobre el convenio al que se refieren los artículos 55, letra g) y 138 del COOTAD, que pueden celebrar las municipalidades con el ente rector en materia de educación, para autorizar el uso por la comunidad de las instalaciones de los establecimientos públicos de educación, para actividades de carácter cultural, artístico, deportivo, o de recreación, la Disposición General Quinta del Reglamento General a la Ley Orgánica de Educación Intercultural, establece: ¿QUINTA.- Para facilitar el uso de las instalaciones de los establecimientos educativos públicos por parte de la comunidad para el desarrollo de actividades deportivas, artísticas, culturales, de recreación y esparcimiento, el Ministerio de Educación podrá celebrar convenios con otras entidades, las cuales serán corresponsables de los bienes de los establecimientos educativos y de los costos del uso, mantenimiento, limpieza y guardianía, de conformidad con la normativa que para el efecto expida el Nivel Central de la Autoridad Educativa Nacional¿. En atención a los términos de su consulta se concluye que, si bien las instalaciones de los establecimientos públicos de educación, podrían ser objeto de uso por la comunidad, si así lo autoriza el ente rector, del tenor de los artículos 55, letra g) y 138 del COOTAD y 36, letras b), f) y g) de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, se aprecia que, el mantenimiento de la infraestructura y equipamiento físicos de educación, es competencia de los gobiernos autónomos descentralizados municipales y metropolitanos, y se trata de competencia exclusiva según el artículo 114 del COOTAD. El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas, siendo responsabilidad exclusiva de la entidad consultante su aplicación a casos particulares.