

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

ARÉA DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO, MENCIÓN DERECHO

ADMINISTRATIVO

“La necesidad de incorporar en la legislación ecuatoriana un recurso de extraordinario en solo interés de la ley dentro de la jurisdicción contenciosa administrativa.”

Byron Villarreal Moreno

2010

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

Quito, 23 de agosto de 2010

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

ARÉA DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO, MENCIÓN DERECHO

ADMINISTRATIVO

“La necesidad de incorporar en la legislación ecuatoriana un recurso de extraordinario en solo interés de la ley dentro de la jurisdicción contenciosa administrativa.”

TUTOR:

Dr. Genaro Eguigüren

AUTOR:

Byron Villarreal Moreno

Quito

2010

“ABSTRACT”

El propósito del presente trabajo se encamina a analizar la necesidad de incorporar en la legislación ecuatoriana un recurso extraordinario de casación en solo interés de la ley en el ámbito contencioso administrativo, para lo cual se ha establecido en principio, un primer capítulo orientado a determinar la actual situación del recurso de casación en la jurisdicción contenciosa administrativa ecuatoriana, sus finalidades o funciones así como sus características, luego, en el segundo capítulo del presente trabajo, se aborda el estudio específico del recurso extraordinario de casación en solo interés de la ley, dentro del cual, entre otras cosas, se consideran sus antecedentes, su concepción y crítica en el ámbito jurídico español por ser la realidad o experiencia jurídica más cercana en el panorama jurídico hispanoamericano, y su utilidad en cuanto a permitir copar un aspecto jurídico que debe ser objeto de control en la égida de la plenitud de la norma constitucional, en el capítulo tercero, se analiza la técnica de control empleado tanto por el recurso de casación tradicional cuanto por el recurso de casación en solo interés de la ley intercalando durante todo el análisis realizado en cada uno de los capítulos y subtemas, la aureola de los nuevos principios y valores establecidos en la Constitución de la República en vigor, para finalmente en el Capítulo cuarto se efectúa un análisis de ciertos casos particulares que ejemplifican la problemática nacional.

Agradecimiento:

*Mi sentido y sincero agradecimiento al tutor de esta tesis,
doctor Genaro Eguigüren.*

*Dejo testimonio de mi gratitud al impulsor del tema
propuesto, doctor Patricio Secaira*

Dedicatoria:

A mi familia y Yolanda

TABLA DE CONTENIDO

La necesidad de incorporar en la legislación ecuatoriana el recurso de casación en solo interés de la ley dentro de la jurisdicción contenciosa administrativa.

ABSTRACT	3
INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO I	11
Recurso de casación en la jurisdicción contenciosa administrativa ecuatoriana	11
1. Finalidad.- Defensa del derecho positivo	11
a. Función de nomofilaxia	12
b. Función unificadora	13
2. Características	14
2.1. La casación es un medio de impugnación	14
2.2. Extraordinario	15
2.3. Formalista	16
2.4. Vertical y supremo	17
2.5. Interés público	18
3. Legitimación	18
CAPÍTULO II	24
Recurso de casación en solo interés de la ley	24
1. Antecedentes	24

2. Concepción española	28
3. Finalidad	32
4. Características	35
5. Utilidad	37
CAPÍTULO III	38
Técnica de control	38
1. Estado Constitucional de Derecho y obligación de confluir y aportar al interés general	38
2. Potestad pública de la administración	43
3. Igualdad ante la Ley (Constitución).- Administración por encima del administrado	53
4. Legitimación	56
5. Técnica de control en el Recurso de Casación común	58
6. Técnica de control en el Recurso de Casación en solo Interés de la Ley	62
7. Principal crítica realizada por los tratadistas españoles	63
CAPÍTULO IV	66
Problemática Nacional	66
V Conclusiones	85
VI Recomendaciones	89
Bibliografía	91

INTRODUCCIÓN

La presente tesis aborda la problemática de la imposibilidad jurídica de la administración y de los administrados, de someter, en igualdad de condiciones, a revisión una sentencia firme expedida por los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, cuando en ella se establecen por parte de los jueces respectivos errores en la interpretación y alcance de los preceptos legales, sentando consecuentemente, una equívoca doctrina legal que puede ciertamente ser reiterada en el futuro, lesionando el interés general cuya tutela corresponde a la colectividad toda.

A efecto de dar una solución al problema circunscrito, se ha analizado la técnica que emplea el recurso de casación en sólo interés de la ley establecido en la jurisdicción contenciosa española, debiendo aclararse por rigurosidad académica y ética, que no es objeto del presente trabajo la búsqueda de argumentos que permitan realizar un traslado maquinal a nuestra actual realidad jurídica de ese instituto, sino por el contrario, analizarlo, criticarlo y desentrañar su utilidad para la problemática planteada, por lo que, éste estudio discurre en la interrogante de la necesidad o posibilidad de introducir en la legislación ecuatoriana el Recurso de Casación en solo interés de la Ley en materia Contenciosa Administrativa, en virtud de que contiene una *técnica* útil a fin de proteger el interés general cuando las sentencias contienen doctrinas legales erróneas que además de afectarlo gravemente pueden reiterarse en el futuro.

De ahí que la hipótesis planteada a efecto de ser dilucidada a través de este estudio, es que el recurso de casación en solo interés de la ley puede ser introducido en la jurisdicción contenciosa administrativa ecuatoriana, como mecanismo jurídico útil para tutelar el interés general, pues permite la revisión y de ser necesario la enmienda de los errores en la doctrina legal o criterios sentados en las sentencias impidiendo de esa manera, que se reiteren en el futuro.

Es necesario advertir que la perspectiva teórica metodológica empleada para el desarrollo de esta tesis, se fundamenta en las corrientes neoconstitucionalistas,

determinantes en la materialización de la norma constitucional, y en la necesidad inmediata de que sea irradiada por todo el sistema jurídico en la égida del respeto de sus principios y valores.

De igual manera se indica que las fuentes empleadas en este estudio se circunscriben a la Constitución de la República, Ley de Casación, Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo de España, tratados de derecho en el ámbito constitucional, administrativo, procesal administrativo y procesal, que guían los conceptos y orientaciones determinados durante todo el trabajo.

El ámbito del presente estudio se circunscribe a la jurisdicción contencioso administrativa, específicamente a lo referente al control de las concepciones y orientaciones establecidas tanto por los Tribunales de lo Contencioso administrativo como de la sala especializada respectiva de la Corte Nacional de Justicia al determinar equívocas doctrinas legales que lesionan el interés general y que deben ciertamente ser revisadas y corregidas, pretendiendo promover un debate sobre la utilidad de incorporar a nuestra legislación un recurso que permita este tipo de revisión de doctrina legal al margen de lo juzgado.

El contenido de la tesis ha sido estructurado de forma que propende a establecer en principio la realidad de los institutos jurídicos en estudio, y a partir de ello, efectuar un análisis de sus características, utilidades y críticas en la presencia de las orientaciones constitucionales, por lo que el Capítulo primero contiene lo atinente a la exploración del recurso de casación en la jurisdicción contencioso administrativa ecuatoriana, sentando su función, características y la respectiva legitimación, cuyo propósito es determinar la insuficiencia de la estructura de este recurso para permitir la revisión de la errónea doctrina legal establecida por los jueces de la materia contencioso administrativa que lesionando al interés general se puede propagar en el futuro.

El segundo capítulo se pretende introducir el estudio específico del recurso de casación en solo interés de la ley, en el que consta los antecedentes, la forma en que ha sido concebido en la legislación española, sus funciones y su utilidad, buscando en su técnica características que podrían dar una solución al problema planteado.

El capítulo tercero, y una vez expuesta la realidad del instituto casacional ecuatoriano y revisado el recurso de casación en sólo interés de la ley, se pretende condensar bajo análisis correspondiente los elementos de éstos recursos, sus técnicas de control, las concepciones en la aureola del Estado constitucional de derechos y justicia y la crítica que permite desentrañar las falencias de la concepción ibérica del recurso cuya utilidad se pretende plasmar a nuestra realidad.

Finalmente, en el capítulo cuarto, se analiza casos concretos de la problemática nacional, a través de los cuales se pone de manifiesto la manera cómo se lesiona el interés general a través de doctrinas jurídicas equívocamente establecidas en nuestra realidad jurídica que de suyo, permiten avizorar la utilidad de la técnica empleada en el recurso de casación en solo interés de la ley.

La necesidad de incorporar en la legislación ecuatoriana un recurso de extraordinario en solo interés de la ley dentro de la jurisdicción contenciosa administrativa.

CAPÍTULO

I

Recurso de casación en la jurisdicción contenciosa administrativa ecuatoriana

1. Finalidad.-

La casación a decir de Jaime Guasp, es “...el proceso de impugnación de una resolución judicial, ante el grado supremo de la jerarquía judicial, por razones immanentes al proceso en que dicha resolución fue dictada.”¹

El recurso de casación es un recurso extraordinario a través del cual el Tribunal de máxima jerarquía judicial, realiza un control de legalidad de las sentencias emitidas por los jueces inferiores a efecto de corregirlas o anularlas, cuando contienen ora errores en el derecho sustancial –*errores in judicando*- ora errores en el derecho del procedimiento –*in procedendo*-

Juan Isaac Lovato señala que el referido recurso persigue:

“[...] en primer lugar, *la defensa del derecho objetivo* contra el exceso de poder por parte de los jueces y contra las aplicaciones incorrectas que de la ley hagan, y en segundo lugar, *la unificación de su interpretación* necesaria para la certidumbre

¹ Juan Isaac Lovato Vargas, “*Programa analítico del Derecho Procesal Civil Ecuatoriano*”, Quito, Corporación Editora Nacional, 2002, p. 145

jurídica y para que exista una verdadera igualdad de los ciudadanos ante la ley [...] puede aceptarse que, como un fin *secundario*, persiga otorgar a la parte agraviada con la sentencia o con el vicio del procedimiento, una oportunidad adicional para la defensa de sus derechos.”²

Aquí se identifica la finalidad pública que el recurso de casación ha de satisfacer de manera primigenia, *ius constitutionis*, misma que radica en la defensa del derecho objetivo o función nomofiláctica, pero adicionalmente, procura que la aplicación e interpretación legal, se realice de modo recto y uniforme por parte de todos los jueces inferiores a nivel nacional, -función unificadora-, homogeneizando el criterio judicial sobre similares situaciones.

De manera secundaria el recurso de casación cumple con la función de recomponer y proteger el derecho de los litigantes, *ius litigatoiris*, que se verifica en la eventualidad de que los jueces inferiores han desviado la aplicación o interpretación de la ley.

Al recurso en examen le corresponde una doble finalidad, por un lado, satisfacer el interés público a través de la función nomofiláctica y uniformadora, y, por otro, se le atañe una finalidad secundaria expresada en la recomposición de la situación de los litigantes.

a. Función de nomofilaxia

O *ius constitutionis*, defensa del derecho objetivo, es la función más antigua u originaria del recurso de casación, cuya finalidad es la conservación de la ley que, debiendo ser cumplida por todos, frente a la contingencia de que los jueces al momento de su aplicación se desvinculen de su verdadero alcance, se establece el recurso de casación como mecanismo de control de legalidad a efecto de evitar o corregir la desviación legal en

² Juan Isaac Lovato Vargas, Op. Cit. p. 140

la que incurre el juzgador, sometiendo por tanto a toda resolución judicial, a la recta aplicación e interpretación de los preceptos legales de fondo o forma.

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 184 número 1 dispone que: “[s]erán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes: [...] Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley.”.

Por su parte la Ley de Casación en su artículo 2 dispone que: “[e]l recurso de casación procede contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, dictados por las cortes superiores, por los tribunales distritales de lo fiscal y de lo contencioso administrativo.”

El conocimiento y resolución del recurso de casación y por ende el cumplimiento de la función nomofiláctica se encuentra a cargo de la Corte Nacional de Justicia, quien verificará la correcta aplicación de la norma legal sustantiva y adjetiva en las resoluciones judiciales emitidas por los jueces y tribunales inferiores, buscando la pervivencia de la recta aplicación e interpretación de los preceptos legales que eventualmente pudieron ser desviados.

b. Función uniformadora

El recurso de casación también se encamina a conseguir la unidad en la interpretación y aplicación de la norma legal por parte de los órganos jurisdiccionales inferiores a nivel nacional. El texto constitucional le otorga a la Corte Nacional de Justicia competencia a nivel nacional, a través de su artículo 182, último inciso “[l]a Corte Nacional de Justicia tendrá jurisdicción en todo el territorio nacional...”

La función unificadora del recurso de casación proporciona certeza jurídica a los justiciables en idénticas situaciones, aquello resalta su fundamental aporte a la defensa del principio de igualdad de todas las personas ante la ley.

La Constitución de la República del Ecuador, en sus artículos 185 y 184 número 2, establece el desarrollo del sistema de precedentes jurisprudenciales basados en la triple reiteración de fallos emitidos por la salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia, para ello emplea un mecanismo mediante el cual, la sala especializada que emitiera tres sentencias con idéntica opinión sobre un mismo punto, remite al Pleno de ese Órgano Jurisdiccional a fin de que un plazo de 60 días, éste decida sobre su conformidad, de caso contrario, en su silencio y vencido dicho lapso, esa opinión reiterada por la sala especializada, constituirá jurisprudencia obligatoria.

2. Características

2.1. La casación es un medio de impugnación

“Los recursos son, genéricamente hablando, medios de impugnación de los actos procesales. Realizado el acto, la parte agraviada por él tiene, dentro de los límites que la ley le confiera, poderes de impugnación destinados a promover la revisión del acto y su eventual modificación”³

No obstante su particularidad e importancia, la casación se enmarca en lo genérico de todo recurso y por ello, es un medio de impugnación dentro del proceso, limitado a la corrección de errores de derecho y de carácter público.

³ Eduardo Couture, “*Fundamentos del Derecho Procesal Civil*”, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2002, p. 277.

2.2. Extraordinario

El recurso de casación es procedente solo en ciertos juicios y dentro de los límites previamente tasados en la ley, “pero todas pueden sintetizarse en la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas y preceptos jurídicos, de derecho sustancial o procesal”⁴.

Reafirmando lo aseverado, Devis Echandía respecto a esta característica manifiesta que “[s]e trata de un *recurso extraordinario*, razón por la cual está limitado a los casos en que la importancia del litigio por su valor o su naturaleza lo justifica.”

La Ley de Casación en su artículo 3 dispone que:

Artículo 3.- “El recurso de casación sólo podrá fundarse en las siguientes causales:

1. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva;
2. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, cuando hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, siempre que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente;
3. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto;

⁴ César Coronel Jones, “*La Ley de Casación: estudio introductorio*”, Quito, Corporación Editora Nacional, 1994, p. 19, en Juan Carlos Benalcázar Guerrón, “*Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*”, Quito, Fundación Andrade & Asociados, 2007, p. 371.

4. Resolución, en la sentencia o auto, de lo que no fuere materia del litigio y omisión de resolver en ella todos los puntos de la litis; y,
5. Cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la Ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles.”

2.3. Formalista

El recurso de casación debe ser interpuesto en el marco de requisitos específicos verbigracia, determinación de la o las normas legales sean sustantivas o adjetivas que se consideran infringidas u omitidas en la sentencia o auto recurrido, el señalamiento de las causales en que se funda entre otras exigencias legales cuya omisión por parte recurrente en su escrito de interposición, acarreará el rechazo del mismo por parte de la Corte Nacional de Justicia sin entrar si quiera al análisis de fondo.

El artículo 6 de la Ley de Casación determina que:

Artículo 6.- “En el escrito de interposición del recurso de casación deberá constar en forma obligatoria lo siguiente:

1. Indicación de la sentencia o auto recurridos con individualización del proceso en que se dictó y las partes procesales;
2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido;
3. La determinación de las causales en que se funda; y,
- 4 Los fundamentos en que se apoya el recurso.

Este aspecto formalista del recurso de casación, despierta una interrogante al confrontarlo con varias disposiciones constitucionales, pues si bien estamos consientes de que el recurso de casación tiene como objetivo prístino la nomofilaxis, y solo secundariamente abre la posibilidad de proteger los derechos de los litigantes, cabe plantearse la siguiente inquietud: si por alguna omisión formal en la confección del escrito contentivo del recurso de casación, la Corte Nacional de Justicia, niega la posibilidad de entrar a analizar el recurso y, producto de ello, queda lesionado un derecho subjetivo, ¿debería o no atenderse el recurso?

El texto constitucional establece que no se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades –artículo 169- que los jueces están obligados a aplicar las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos aunque no se las haya alegado expresamente –artículo 426-.

A ello se tiene que agregar que siendo la centralidad de la persona uno de los aspectos primordiales dentro del Estado constitucional de derechos adoptado por el Ecuador y esa orientación debe ser difuminado por todo el sistema, estamos entonces *i.* frente a la necesidad de replantear el recurso de casación o, *ii.* que al no tener el recurso de casación una tendencia directa a la justicia de las partes, se debe estar a la rigurosidad que la ley determina o, *iii.* que sin afectar a la naturaleza jurídica del recurso, su aspecto formal debe ser analizado atendiendo a los elementos que rodean el caso puesto a conocimiento el tribunal de casación, en todo caso aspectos jurídicos que han de ser vistos en mérito a los principios y cargas valorativas establecidas en el Texto Supremo.

2.4. Vertical y supremo

Esta característica se establece en virtud de que su conocimiento corresponde a un órgano superior al juez o tribunal que emite la sentencia, órgano que además, ocupa la

cúspide jerárquica en la organización judicial. La Constitución de la República establece los órganos jurisdiccionales encargados de administrar justicia de la siguiente forma:

Artículo 178.- “Los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de otros órganos con iguales potestades reconocidos en la Constitución, son los encargados de administrar justicia, y serán los siguientes:

1. La Corte Nacional de Justicia.
2. Las cortes provinciales de justicia.
3. Los tribunales y juzgados que establezca la ley.
4. Los juzgados de paz.”

2.5. Interés público

El recurso de casación responde a un interés público, es decir, que cuando la Corte Nacional de Justicia fiscaliza el cumplimiento de los preceptos legales, efectúa una función de defensa del derecho objetivo y solo secundariamente satisface el interés de los litigantes.

3. Legitimación

El artículo 4 de la Ley de Casación dispone que:

“El recurso solo podrá interponerse por la parte que haya recibido agravio en la sentencia o auto. No podrá interponer el recurso quien no apeló de la sentencia o auto expedido en primera instancia ni se adhirió a la apelación de la contraparte, cuando la resolución del superior haya sido totalmente confirmatoria de aquella. No será admisible la adhesión al recurso de casación.”

De lo transcrito, la legitimación activa en el recurso de casación se apoya en dos elementos:

1. La condición de parte dentro del proceso; y,
2. La existencia de un agravio devenido de una sentencia o auto.

Estos mismos presupuestos gobiernan a la materia contencioso-administrativo, de ahí que es menester indagar sobre quienes pueden ser parte dentro de este tipo de procesos a efecto de conocer de antemano los potenciales recurrentes en casación.

La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa determina quienes pueden ser los sujetos activos y pasivos dentro de esta clase de procesos, o dicho de otra forma, señala quienes pueden tener la calidad de partes en los procesos contencioso-administrativos.

Artículo 23.- Para demandar la declaración de no ser conforme a derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones de la administración, pueden comparecer:

- a) La persona natural o jurídica que tuviere interés directo en ellos;
- b) Las entidades, corporaciones e instituciones de derecho público o semipúblico, que tengan la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo, siempre que el recurso tuviera por objeto la impugnación directa de las disposiciones administrativas, por afectar a sus intereses;

c) El titular de un derecho derivado del ordenamiento jurídico que se considere lesionado por el acto o disposición impugnados y pretendiere el reconocimiento de una situación jurídica individualizada o el restablecimiento de la misma; y,

d) El órgano de la Administración autor de algún acto que, en virtud de lo prescrito en la ley, no pudiese anularlo o revocarlo por sí mismo.”

Artículo 24.- La demanda se podrá proponer contra:

a) El órgano de la Administración Pública y las personas jurídicas semipúblicas de que provinieren el acto o disposición a que se refiere el recurso; y,

b) Las personas naturales o jurídicas a cuyo favor derivaren derechos del acto o disposición.

Este es el universo de potenciales sujetos procesales en el proceso contencioso-administrativo, quienes a su vez, en virtud de un perjuicio derivado de una sentencia o auto, quedan legitimados a efecto de interponer el recurso de casación.

Al finalizar esta sucinta descripción de las finalidades y características del recurso de casación dentro de la jurisdicción contenciosa-administrativa ecuatoriana, se deja notar de manera inmediata la necesidad de profundizar la discusión y análisis de un recurso de casación que recoja las peculiaridades propias de esta materia, o quizá con mayor propiedad, atienda o mire al recurso de casación en las características propias del Derecho Público.

Su actual concepción es atávica a una perspectiva civilista por excelencia –sin desmerecer el significativo aporte que esta rama del derecho ha desarrollado para este recurso- y soslaya la especialidad de lo contencioso-administrativo sometiénolo a una lógica distinta como si se tratara de resoluciones de conflictos privado-patrimoniales.

Tengamos presente que la jurisdicción contenciosa-administrativa se constituye en una herramienta fundamental dentro del Estado constitucional de derechos, pues es un control que encuentra su etiología en la verificación del sometimiento de toda actuación de

la administración pública a la legalidad y por ende a los principios y valores constitucionales – artículo 426 “Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución”-, a los fines que la sustentan y a Derecho, esto es, que lo contencioso-administrativo guarda una lógica dirigida al control del poder y la sujeción de éste a la juridicidad, cuestión que sin duda merece una atención distinta.

“Debemos tener presente que esta materia –contencioso administrativa- está regulada por una ley que acusa vetustez y falta de idoneidad para un auténtico control de la legalidad en el puro interés de la legalidad⁵”

En efecto, la Ley de Casación muestra sus falencias al pretender regular un recurso de casación en materia contencioso-administrativa cuando aún por ejemplo su concepción se halla gobernada por el principio dispositivo⁶, cuestión que a nuestro entender, genera una contradicción entre el medio que emplea para llevar a cabo el control de legalidad con lo consustancial del Derecho Público, ergo, sí pese a que el tribunal de casación, en la certeza del quebrantamiento del derecho positivo contenido en una sentencia –que bien puede implicar tanto desmedro de derechos individuales como desvío del interés general por parte de la administración pública-, no puede emprender la fiscalización sino hasta que una de las partes o las partes “agraviadas” en sus intereses *impulsen* el reproche legal en contra de tal sentencia, o que una vez planteado el recurso de casación deba atender únicamente al *objeto* -los errores *in judicando* o *in procedendo*- señalado por el o los recurrentes.

En este sentido Juan Carlos Benalcázar asevera que:

⁵ Benalcázar Guerrón, Juan Carlos, Op. Cit. Pág. 374

⁶ Para Vescovi “La mejor forma de analizar el principio dispositivo es la de considerar diversos subprincipios que la componen...” “En primer lugar el proceso debe comenzar por iniciativa de parte.” [...] “El objeto del proceso (*thema decidendum*) lo fijan las partes, y es dentro de esos límites como el juez debe decidir [...] “Las partes pueden disponer no solo de los actos procesales sino del propio proceso...” “Finalmente, digamos que el impulso procesal se realiza por medio de las partes y no de oficio.”, Enrique Vescovi, Op. Cit. Pág. 52 y 53

“El Juez de Casación, en materia pública, debe tener facultades de apreciación más allá de los puntos alegados por las partes, de tal modo que pueda extender su actividad hacia un examen total de la juridicidad administrativa, si al examinarla el Juez *a quo* incurrió en una falta de aplicación, indebida o errónea interpretación de normas de Derecho público.”⁷

La Constitución de la República en el inciso segundo de su artículo 426, obliga a los jueces a aplicar los preceptos constitucionales pertinentes en sus resoluciones aunque estos no hayan sido alegados expresamente.

Artículo 426. inc. 2.- “Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.”[énfasis agregado]

El recurso de casación como instituto procesal tiene funciones y finalidades plenamente determinadas –como se lo ha visto *ut supra*-, sobre las que converge el control de legalidad de las diversas materias del Derecho -así lo entendió nuestro legislador-, empero, no debe desconocerse que la evolución jurídica y el desarrollo del Derecho, así como los rasgos esenciales de cada una de sus ramas, dicen de la necesidad de que el recurso en examen atienda a la naturaleza propia de cada materia.

El tratamiento uniforme del recurso de casación para todas las materias jurídicas *per se* plantea el problema de su especialización, a efecto de atender los requerimientos del objeto de regulación y fines al que cada una de las ramas del derecho apunta.

⁷ Benalcázar Guerrón, Juan Carlos, Op. cit. p. 377.

La jurisdicción contencioso-administrativa en un Estado garantista alcanza una relevancia significativa, se orienta a un control de juridicidad integral de la actividad administrativa, lo que implica de suyo, no solo la simple verificación de legalidad de esas actuaciones sino que, además, debe resolver las múltiples aristas que emergen de la tensión entre el interés público, la ejecución legal, el conflicto social, intereses legítimos, derechos subjetivos violentados, derechos fundamentales y el interés general, de ahí que el control de legalidad de las sentencias, no puede dar la espalda a ese tipo de control al que también directa o indirectamente debe servir, y más aún cuando son las resoluciones del tribunal de casación la fuente que va formando de apoco la manera como se deberá resolver esos conflictos en el futuro por parte de los jueces inferiores.

Ahora bien, la legislación ecuatoriana ha adoptado un esquema en lo que cabe el término, *revisor* de actuaciones administrativas en el que se parte de la situación en la que la administración pública en el ejercicio de sus potestades, -encaminadas al servicio de la comunidad, su razón de ser-, se aparta de los cánones legales contemplados para tal cometido, y en esa circunstancias, se autoriza a la jurisdicción contenciosa-administrativa para realizar la revisión de dicho obrar administrativo, y a su vez, dentro de ésta, nuestra legislación ha determinado la posibilidad⁸ del control de legalidad de las sentencias del Tribunal Contencioso-Administrativo, órgano de control de legalidad administrativa, a través del recurso de casación, sin embargo, cabe preguntarse ¿qué pasaría si el órgano de control de legalidad es precisamente el que avala una conducta administrativa ajena a la finalidad legal establecida para su actuación o es la causante de una actuación administrativa errónea por la concepciones equívocas y lesionantes que ha empleado en sus sentencias? ¿éste esquema es suficiente para garantizar la irradiación de los valores y principios constitucionales?

⁸ Conforme se encuentra regulado el recurso de casación el control de legalidad es una posibilidad, una contingencia en manos de las partes; mas dentro de la concepción del Estado constitucional de derechos, ese control de legalidad indispensable sobre las sentencias emitidas por el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, debería ser inminente en presencia de un desvío del juez en la aplicación o interpretación legal.

No se aprecia ni en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y menos en la Ley de Casación, la situación en la que tanto los jueces encargados del control de legalidad sobre la actuación administrativa cuanto los jueces encargados del control de legalidad de las sentencias emitidas por los primeros, fueren causantes ciertamente de que el interés general al momento de su plasmación por parte de la administración sea gravemente lesionado, por contener sus sentencias, erradas doctrinas legales que pueden reiterarse en el futuro sin que nadie las pueda someter a revisión; como tampoco se distingue que este sistema garantice una irradiación de plenitud de la Constitución en un sentido revisor, cuestiones que pueden ser explicadas y dimensionadas mediante el análisis de casos concretos como se lo verá en el Capítulo IV.

CAPÍTULO

II

Recurso de casación en interés de la ley

1. Antecedentes

Es en Francia donde nace y evoluciona el recurso de casación.

En sus orígenes -siglo XVI, Ordenanza de Blois 1579-, la casación fue un instrumento en manos del monarca para reprimir toda actuación jurisdiccional contraria a su voluntad, de ahí que, el referido recurso desde sus inicios más que servir a la justicia para las partes resultó en un instrumento para afianzar las ordenanzas regias.

“[el recuso de casación]... fue un medio irregular y arbitrario de coacción con el que el monarca reprimía caso por caso las contravenciones a cualquier mandato singular suyo, se comprende que la misma estuvo entregada únicamente al discernimiento del soberano que se servía de ella a su criterio cuando lo estimaba oportuno.”⁹

Motivo por el cual en sus albores la casación responde a finalidades exclusivamente políticas más que procesales, –aún se mantiene el fuerte rasgo político en este instituto- y el paso de los siglos lo moldeó como una verdadera impugnación hasta conocer la concepción moderna de este recurso a partir de la Revolución francesa.

Durante la época monárquica, el conocimiento y resolución de la casación estuvo a cargo del Consejo de Estado, órgano conformado por un grupo de personas de confianza del Rey que por regla general eran aristócratas, debiendo resaltar que en este órgano se concentraba tanto el contencioso judicial como el contencioso administrativo.

La actividad jurisdiccional además se complementaba por órganos jurisdiccionales de menor jerarquía entre ellos, un nivel intermedio, que lo conformaban los Parlamentos, competentes para conocer las materias civil y penal, los Tribunales de impuestos y de cuentas encargados de la fiscalización de los gastos de los agentes públicos y, finalmente, órganos inferiores como Tribunales Inferiores de Primera Instancia, Balías, Senadurías, la denominada justicia Señorial y Municipal.

Como se puede apreciar el recurso de casación contencioso-administrativo, responde a ese origen común en virtud a la concentración de materias en el Consejo de Estado, empero, el tiempo se encargaría de distinguirlo en su propia materia.

La Revolución Francesa inspirada entre otras orientaciones en la división tripartita del poder, pretendió establecer una correcta administración de justicia disociando la

⁹ Piero Calamandrei, “La Casación Civil”, Historia y Legislaciones, tomo I, volumen I, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945. p.338

actividad administrativa de la jurisdiccional, lo que de suyo permitió al legislador la distinción del Derecho Administrativo del Derecho Civil y Penal, cuestión que trasciende a la casación y allana el camino a una especialidad de este recurso.

Se consideró en la línea del pensamiento revolucionario francés, que tanto el orden político como el social encontraban su estabilidad en la ley, por ello en 1790, se estableció un Tribunal de Casación encargado de precautelar la pureza del derecho objetivo, es decir, se incardinó en un órgano político, la tarea de fiscalizar que el valor absoluto encontrado en la ley por la Revolución Francesa, sea cabalmente observado en las decisiones jurisdiccionales, prescindiendo de la defensa de los derechos de los litigantes.

Sin embargo, el afán extremo de mantener la independencia de los poderes del Estado, llevó a confundir la administración con el contencioso-administrativo, ergo, el período revolucionario significó la supresión del recurso de casación en materia contencioso-administrativa, en simultáneo se eliminaron las jurisdicciones administrativas y se prohibió a los órganos judiciales el conocimiento sobre impugnaciones de actos administrativos.

“Con todo, hay que destacar que durante la discusión del art. 193 de la Constitución del 22 de febrero del año VIII (15 de diciembre de 1799), se demandó la creación de un Tribunal de Casación en materia administrativa parecido al existente en el orden judicial. Aunque tal solicitud fue desestimada, sí se sentaron las bases que permitieron la reaparición del recurso de casación en el ámbito contencioso-administrativo.”¹⁰

A partir de este precedente constitucional –diciembre de 1799- y la Ley del 28 de Pluvioso del año VII, se comienza a establecer tribunales fuera del seno administrativo y

¹⁰ Inés Celia Iglesias Canle, “*El Recurso de Casación Contencioso-Administrativo*”, Valencia, Tirant lo blanch, 2000, p. 51

se entrega competencia al Consejo de Estado para conocer los conflictos entre administración y tribunales, convirtiéndose el referido Consejo en juez de materia contenciosa-administrativa, dándose en este punto la construcción del recurso de casación en materia contenciosa-administrativa en Francia.

Situados que han sido los antecedentes del recurso de casación común con el que a su vez y en las consideraciones de sus propias vicisitudes, se desarrolla el contencioso-administrativo, encontramos en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés los rasgos primitivos del recurso de casación en interés de la ley y su formalización se enclaustra en la Ley de 3 de marzo de 1849.

Esta modalidad de casación, la podía interponer un Ministro de Estado ante la Asamblea General del Consejo de Estado, dirigida en contra de las decisiones de la Sección del contencioso-administrativo de ese Órgano, motivado en el solo interés de la ley.

La Ley que regulaba el recurso de casación en interés de la ley fue derogada y no obstante este hecho, el referido instituto pervivió en la práctica jurídica del Consejo de Estado y finalmente en 1952 fue nuevamente instituido.

De sus características se puede apreciar que se trataba de un recurso cuya legitimación activa estaba circunscrita a los Ministros de Estado, su resolución en lo absoluto generaba nuevas situaciones jurídicas a los litigantes, "...consistiendo en la realidad, en una censura puramente doctrinal que no podía beneficiar ni perjudicar a las partes o a terceros."¹¹ En sus orígenes y como se verá *infra*, ha sido un recurso implementado en servicio de la administración.

Por otro lado, en España, el antecedente inmediato del recurso de casación en interés de la ley, fue un recurso de apelación extraordinario o en interés de la ley, mismo que fue eliminado del ámbito contencioso-administrativo en la reforma efectuada en la Ley 10/1992.

¹¹ Inés Celia Iglesias Canle, "El Recurso de Casación Contencioso-Administrativo", Valencia, Tirant lo blanch, 2000, p.75

En todo caso, el referido instituto encuentra su finalidad en la correcta interpretación de la ley al margen de lo ya juzgado, gran parte de esas particularidades se han mantenido a través del tiempo, conforme podremos apreciar cuando analicemos líneas a bajo este especial instituto en la legislación española.

2. Concepción española

A efecto de alcanzar una mejor comprensión del tema a tratar en este capítulo, se hace necesario conocer al menos de modo general tanto los órganos que integran la Administración pública como la estructura orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa española en donde se interna nuestro objeto de estudio.

Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo de España:

Artículo 1.

2. "Se entenderá a estos efectos por Administraciones públicas:

- a. La Administración General del Estado.
- b. Las Administraciones de las Comunidades Autónomas.
- c. Las Entidades que integran la Administración local.
- d. Las Entidades de Derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades locales."

Artículo 6.

“El orden jurisdiccional contencioso-administrativo se halla integrado por los siguientes órganos:

- a. Juzgados de lo Contencioso-administrativo.
- b. Juzgados centrales de lo Contencioso-administrativo.
- c. Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia.
- d. Sala de lo Contencioso-administrativo de la audiencia Nacional.
- e. Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.”

La competencia para conocer los diferentes recursos contencioso-administrativos se halla distribuida entre estos órganos en razón de materia, territorio, grado, cuantías y muchas de ellas combinadas entre sí, verbigracia:

Si los actos a impugnarse corresponden por ejemplo a:

- Entidades locales –Juzgados de lo Contencioso-administrativo.
- Entidades de la Administración General del Estado –Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo.
- Comunidades Autónomas –las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores.

Si se trata de un acto proveniente de un Alto funcionario o un cuerpo colegiado en razón a determinada materia:

- Actos de Ministros y Secretarios de Estado en materia de personal- Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo.
- Disposiciones generales y actos de Ministros y Secretarios de Estado cuando se trata al nacimiento o extinción de la relación de servicio de un funcionario de carrera –Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.

- Disposiciones y actos provenientes del Consejo de Ministros o del Consejo del Poder Judicial – Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

Si se trata de una materia específica en relación a la cuantía, por ejemplo:

- Reclamaciones por responsabilidad patrimonial de actos dictados por Ministros y Secretarios de Estado que no rebasen los 30.050 euros- Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo.

Si se trata de una determinada materia, por ejemplo:

- Toda resolución en materia de extranjería dictada por la Administración periférica- Juzgados de lo Contencioso-administrativo.
- Las resoluciones del Comité Español de Disciplina Deportiva en materia de disciplina deportiva- Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo.

Pronto se deduce que el entramado de la jurisdicción contenciosa-administrativa española responde a diversas razones de competencia, pero además es de subrayar que entre los órganos de esta jurisdicción opera el control jerárquico a través de varios recursos como el de apelación o el propio recurso de casación.

La legislación ibérica, ha regulado en materia contencioso-administrativa tres tipos de recurso de casación, a saber:

- a. Recurso de casación -en lo que cabe el término- común¹²;
- b. Recurso de casación para la unificación de la doctrina¹³; y.
- c. Recurso de casación en interés de la ley.

¹² Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo de España. Artículo 86. 1. “Las sentencias dictadas en única instancia por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia serán susceptibles de recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo. [...]”

¹³ Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo de España. Artículo 96. 1. “Podrá interponerse recurso de casación para la unificación de doctrina contra las sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia cuando, respecto a los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación y, en mérito de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos.” [...]

El artículo 12, apartado 2, letra a. de la referida Ley española dispone que el conocimiento del recurso de casación le corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, mas es de destacar que no es una competencia exclusiva de este órgano jurisdiccional, pues las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia también son competentes para conocer el recurso de casación para la unificación de doctrina y en interés de la ley en su versión autonómica, según el artículo 10, apartados 5 y 6 respectivamente, aclarando que para esta última modalidad la propia norma legal ha establecido una regulación diferente –artículo 101 LJCA.E-.

Queda entonces por establecer que el recurso de casación en interés de la ley, objeto de este estudio, según la doctrina jurisprudencial proveniente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, concibe a esta modalidad de recurso de casación dentro de los siguientes términos:

“...el recurso de casación en interés de la ley constituye, [...] un remedio extraordinario y último de que disponen las Administraciones Públicas –y, en general, las Entidades y Corporaciones que ostenten la representación y defensa de intereses de carácter general o corporativo- para evitar que sentencias que se estimen errónea y que puedan comprometer y dañar gravemente el interés general más allá del caso resuelto definitivamente por las mismas con fuerza de cosa juzgada, perpetúen o multipliquen sus negativos efectos en el futuro ante no ya la posibilidad, sino la fundada probabilidad de reiteración o repetición de su desviada doctrina.”¹⁴

De lo cual podemos extraer sus finalidades, características y utilidad conforme pasamos a ver.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª.) Recurso de casación en interés de la ley núm. 5480/1998

3. Finalidad

El recurso de casación en interés de la ley se desliga de los fines tradicionales del recurso de casación común –nomofilaxis y unificación-, y mas bien su función se dirige a la tutela del interés general cuya defensa según lo concibe la legislación y jurisprudencia española, está a cargo de la Administración Pública.¹⁵

La tutela del interés general se manifiesta cuando mediante la facultad legal que asiste a la Administración Pública, se evita que una sentencia errada por sentar doctrina legal equívoca sea reiterada en el futuro.

Las atinentes disposiciones contenidas en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa determinan que:

Artículo 100

1. “Las sentencias dictadas en única instancia por los Jueces de lo Contencioso-administrativo y las pronunciadas por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional, que no sean susceptibles de los recursos de casación a que se refieren las dos secciones anteriores, podrán ser impugnadas por la Administración Pública territorial que tenga interés legítimo en el asunto y por las Entidades o Corporaciones que ostenten la representación y defensa de intereses de carácter general o corporativo y tuviesen interés legítimo en el asunto, por el Ministerio Fiscal y por la

¹⁵ Según la legislación y jurisprudencia española, la defensa del interés general esta a cargo de la administración y en esa virtud, se le otorga la legitimación activa exclusivamente a ella, sin embargo, como lo veremos adelante, el interés general al ser una expresión del interés global de la comunidad su defensa le corresponde a todos y no solo a una visión parcial de él; y, que al ser un valor indisponible para todo poder público no se puede considerar su apropiación mediante el otorgamiento exclusivo de legitimación permitiendo que la visión de la administración sea la única capaz de emprender su defensa como si le perteneciera a ella.

Administración General del Estado, en el interés de la Ley, mediante un recurso de casación, cuando estimen gravemente dañosa para el interés general y errónea la resolución dictada. [énfasis agregado]

2. Únicamente podrá enjuiciarse a través de este recurso la correcta interpretación y aplicación de normas emanadas del Estado que hayan sido determinantes del fallo recurrido.”¹⁶

A través de este recurso se puede impugnar de manera excepcional las sentencias firmes de:

- Juzgados de lo Contencioso-administrativo -artículos 8 y 9 de la LJCA-
- Salas de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional -artículo 11 de la LJCA-
- Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia – artículo 10 de la LJCA-

El transcrito apartado 2 del artículo 100 del cuerpo legal español en mención, establece que el alcance del instituto se dirige únicamente a las *normas estatales*, y por ende reserva el conocimiento de la interpretación y aplicación de las *normas autonómicas*, al recurso de casación en interés de la ley que atiende a esa especialidad de normas.

Artículo 101.

1. “Las sentencias dictadas en única instancia por los Jueces de lo Contencioso-administrativo contra las que no se puede interponer el recurso previsto en el artículo

¹⁶ Esta misma regulación sustancial se ha establecido para el recurso que conoce las Salas del Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo. Art. 1001 LJCA.E

anterior podrán ser impugnadas por la Administración pública territorial que tenga interés legítimo en el asunto y por las Entidades o Corporaciones que ostenten la representación y defensa de intereses de carácter general o corporativo y tuviesen interés legítimo en el asunto, por el Ministerio Fiscal y por la Administración de la Comunidad Autónoma, en interés de la Ley, mediante un recurso de casación, cuando estimen gravemente dañosa para el interés general y errónea la resolución dictada.”

El recurso de casación en la modalidad autonómica tiene prácticamente la misma estructura del instituto que inquietó este estudio, *ergo*, por la duplicidad de esfuerzos para entender lo mismo a un nivel orgánico intermedio en el contexto español, o por la confusión que puede traer intentar explicarlo, considerando la dificultad de hacer algún símil, cuando no tenemos una estructura sucedánea operando en el país, hace innecesario que adelante hagamos referencia a él.

Continuando con la descripción del recurso de casación en interés de la ley establecido en la legislación española, éste debe ser presentado directamente a la Sala correspondiente del Tribunal Supremo, dentro de los tres meses posteriores a la notificación de la sentencia¹⁷.

El escrito de interposición a más de ser razonado debe establecer la doctrina legal que se postule, adjuntando para ello, copia certificada de la sentencia impugnada. Si el recurso no cumple con estos requisitos o si es presentado fuera del plazo señalado para el efecto, el Tribunal procede a ordenar su archivo.

Verificados los requisitos que preceden, el Tribunal Supremo solicita los autos originales al órgano jurisdiccional de quien emanó la sentencia que contiene la doctrina legal reprochada y, procede a emplazar a quienes han sido parte en los procesos a fin de que en un plazo de 15 días comparezcan al recurso.

¹⁷ La disposición pertinente de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de España guarda silencio con respecto a la época desde la cual se debe contar el plazo de tres meses a efecto de interponer el recurso, sin embargo, en el estudio realizado por la citada profesora Inés María Iglesias Canle establece que “... a partir de la notificación de la sentencia que se pretende recurri...” Op. Cit. p. 265

Las partes personadas, previo traslado del recurso, tienen un plazo de 30 días para que formulen las alegaciones correspondientes. Señala la norma, que el traslado se entiende siempre con el defensor de la Administración cuando no fuere recurrente. En este lapso se pone de manifiesto todas las actuaciones de la Secretaría.

Fenecido el plazo anterior y escuchado indefectiblemente el Ministerio Fiscal por el plazo de 10 días, con o en ausencia de alegaciones, el Tribunal Supremo emite su sentencia.

De ser estimatoria la sentencia fijará la doctrina legal y en todo caso, siempre *respetará la situación jurídica particular establecida en el fallo recurrido*. Luego, procede la publicación en el Boletín Oficial del Estado y a partir de dicha publicación es vinculante para Jueces y Tribunales inferiores propios de este orden jurisdiccional.

4. Características

Entre las características más sobresalientes de esta modalidad de recurso de casación se puede enumerar lo siguiente:

1. Es recurso extraordinario, toda vez que su interposición responde a limitadas condiciones.
2. Es subsidiario o residual, puesto que su postulación solo procede a falta de interposición de los recursos de casación común y unificación de la doctrina.
3. La legislación española señala expresamente que la representación del interés general la ostenta la Administración pública y el Ministerio Fiscal y en esa virtud, se les ha otorgado exclusivamente la legitimación activa.
4. Procede contra sentencias firmes.

5. Su resolución es al margen del asunto ya juzgado, esto es, la situación jurídica particular resuelta mediante la sentencia que se impugna a través del recurso de casación en interés de la ley, no se modifica aún si el Tribunal Supremo estima el referido recurso.

6. El motivo de su interposición se circunscribe a la estimación de que *i.* una sentencia errónea *ii.* lesiona gravemente al interés general. Estos dos elementos constituyen el fundamento mismo de la procedencia del recurso, conforme lo dispone la última parte del apartado 1 del citado artículo 100 de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa de España.

En relación a este último punto, el presupuesto de la norma establece que la sentencia impugnada sea errónea, circunstancia que se determinará en función de su falta de acomodo a la regla aplicable al caso, por tanto, solo se puede impugnar a través de este recurso el *error de derecho y no el error de hecho.*

Concurrentemente, se precisa que la sentencia reprochada por tal error, sea gravemente dañosa para el interés general, lo que se ha de manifestar no solo en una lesión patrimonial o no, sino fundamentalmente, en la probabilidad cierta de su proyección y reiteración en el futuro, o dicho en otras palabras, en la potencialidad de que a casos similares se aplique esa equívoca doctrina legal.

Al respecto la Jurisprudencia española instruye que no únicamente interesa que se endilgue o denuncie el error en una sentencia sino que:

“... se estime que el criterio que sienta es gravemente dañoso para el interés general. El grave daño para el interés general es un requisito indispensable para que pueda prosperar un recurso de casación en interés de la Ley y está en función de una posible posterior y repetida actuación de los Tribunales de instancia, al conocer casos iguales, que se suponen de fácil repetición...”

Es decir, tiene que ser razonablemente previsible la reiteración de actuaciones administrativas iguales a la que ha sido enjuiciada por la Sentencia impugnada en interés de la Ley o la existencia de un número importante de afectados por el criterio que se pide al Tribunal Supremo que altere fijando la oportuna doctrina legal.”¹⁸

5. Utilidad

Siendo impugnada una sentencia en firme por estimarse errónea y dañar gravemente el interés general bajo la potencialidad de multiplicar en el futuro equívocas doctrinas legales, la utilidad del recurso de casación en interés de la ley, radica en la posibilidad jurídica de someter a un último examen a dicha sentencia –insistimos sin afectar a la situación particular juzgada- permitiendo al juzgador, de ser el caso, sentar la doctrina legal idónea, que a futuro se aplicará a similares situaciones jurídicas por parte de los jueces de instancia, luego se impide la réplica de esos errores dañosos.

Consientes de que el referido recurso se encuentra alojado en una realidad jurídica y fáctica distinta a la ecuatoriana, se hace atractivo su análisis cuando observamos su finalidad y potencial utilidad (su técnica de control), esto es, corregir la doctrina legal errónea y establecer el verdadero alcance normativo legal, función que además entendemos puede ser de mucha utilidad al momento de difuminar las disposiciones constitucionales en todo el orden contencioso-administrativo así como tutelar el interés general como valor y fin normativo al que tiene que someterse todo poder.

Es menester en este punto aclarar que no es intención de este trabajo, buscar justificativos para efectuar un traslado maquinal del recurso de casación en interés de la ley española, a la realidad jurídica ecuatoriana, sino que partiendo de su análisis crítico y previo desnudar las falencias de su regulación, pretendemos buscar un mecanismo

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª.) Recurso de casación en interés de la ley núm. 3/2002

jurídico que posibilite abrir el debate respecto a las interpretaciones de la normativa legal que los jueces efectúan al ejercer el control de legalidad de las actuaciones administrativas, en proyección contingente o potencial o cierta de repercusiones futuras desviadas, impidiendo el vicio de repetir las como verdades absolutas que avalan o permiten un obrar administrativo *erróneo*, cuyo auspicio se encuentra en el equívoco de las interpretaciones jurisdiccionales que además deben ser puestas a tono con el contexto de los derechos fundamentales de la persona y la proscripción del ejercicio del poder arbitrario, principios y valores propios del Estado constitucional de derechos.

CAPÍTULO

III

Técnica de control

1. Estado constitucional de derechos e interés general.

El Ecuador a partir de la vigencia de la actual Constitución de la República, adoptó el modelo jurídico-político del Estado constitucional de derechos y justicia, conforme lo dispone el artículo 1 del referido texto supremo. *“El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia...”*

La dimensión y alcance de este paradigma de Estado se puede abordar desde tres pilares fundamentales, a saber:

“[...] a) la supremacía constitucional y de los derechos fundamentales, sean de naturaleza liberal o social, b) la consagración del principio de legalidad como

sometimiento efectivo a derecho de todos los poderes públicos y c) por la funcionalización de todos los poderes del Estado a la garantía del disfrute de los derechos de carácter liberal y a la efectividad de los sociales”¹⁹

El Estado constitucional de derechos se asienta en el carácter supremo y normativo de la Constitución, el sometimiento a derecho de todos los poderes del Estado y en el direccionamiento del aparato estatal a la efectiva vigencia de los derechos ciudadanos, empero, detrás de esta condensación conceptual aparentemente sencilla, se esconde todo un proceso de evolución que rebasa viejos paradigmas y a la vez desmitifica postulados que influían en todas las instituciones jurídicas, situando a este modelo de Estado como un tipo normativo de carácter general, cuyo contenido jurídico esta compuesto de finalidades y fuertes cargas valorativas, sin que ello signifique, soslayar o desvincular los aspectos políticos y sociales que interactúan en la realidad social.

En este contexto y para lo que atañe al interés general, en principio hay que establecer que al ser el Estado constitucional de derechos, una evolución del Estado de derecho, precisamente ese adelanto ha permitido la desmitificación de concepciones que aparecían como válidas en los denominados Estados legislativos, como la aparente diferencia entre el *interés* público y privado o entre el interés particular y el interés general que para efectos de este estudio resulta de radical importancia.

En efecto, el interés particular o individual se le atribuía al individuo sin consideración alguna al contexto colectivo o grupal en el que se desenvuelve, y en contrapartida, se imputaba el interés público a un grupo de individuos que componen un interés simultáneo, homogéneo, compacto y pacífico en su interior.

Al respecto Antonio Peña Freire señala que:

¹⁹ Andrés Ibáñez, *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción*, 1996, p. 10, citado por Antonio Manuel Peña Freire, “*La garantía en el Estado constitucional de derecho*”, Madrid, Editorial Trotta, 1997, p. 37

“Esta contraposición, típica del pensamiento liberal y ejemplo del excluyente binomio público-privado, puede entenderse superada. Las causas se localizan en la aparición de formas mixtas y difusas de interés, pero, sobre todo, la crisis de la citada reducción es responsabilidad de la práctica política y jurídica de los Estados sociales. A la superación de las imágenes homogéneas y simplificadoras de la sociedad liberal suceden la desintegración y atomización de la sociedad como todo unitario y de la voluntad social y la multiplicación de las sedes y procedimientos a través de los que se manifiesta.”²⁰ [énfasis agregado]

Resulta que la división entre interés público y privado se pulveriza frente a la emersión de intereses difusos en el contexto de los Estados sociales de derecho, y que la aparente integración de un interés homogéneo al que en ese entorno se podía denominar público, en su seno es conflictivo y por ende forzado mantenerlo como justificativo de prácticas jurídicas legítimas.

Para explicar el papel que juega la noción de interés general, encontramos guía en la línea del pensamiento del citado Peña Freire, quien ha expresado que el interés general es un *valor* de referencia para las normas en un sentido ideal, es la expresión del interés de la comunidad global, y que por ende, necesariamente se lo debe entender inserto en ese ámbito social, político y jurídico y siempre en conexión a los valores de la persona.

El interés general constituye una construcción conceptual, una ficción jurídica confeccionada desde la búsqueda de la optimización, o mejoramiento del goce de todos aquellos bienes que la sociedad concibe y tiene como valiosos.

²⁰ Antonio Manuel Peña Freire, “*La garantía en el Estado constitucional de derecho*”, Madrid, Editorial Trotta, 1997, p. 168

“El interés general es el *fin normativo –que no real- genérico* de todos los procesos de programación política y de todo programa normativo de ejecución. Como ficción tiene además una función típicamente política: la de legitimar determinadas decisiones en función de la conveniencia de su adopción para todos los individuos de una determinada comunidad, donde *todos* no son *todos y cada uno*, sino una nueva abstracción de lo que constituiría el máximo de la mejor satisfacción posible para la generalidad de intereses socialmente relevantes y no incompatibles con los criterios básicos reguladores del grupo político.”²¹ [énfasis agregado]

De lo cual se puede aseverar que al interés general es posible atribuirle por un lado una función orientadora para los programas normativos y su ejecución y por otro, una función política capaz de legitimar decisiones que se toman en conveniencia de la comunidad.

Sin obstar de ello, el interés general también puede llegar a expresarse en una faceta deslegitimadora, la que tiene lugar cuando las normas en procura de plasmarlo, se desvinculan de su ámbito, es decir, en el trabajo de puesta en práctica del interés general desarrollado a través del espectro normativo y de su ejecución, es potencialmente cierto que puede verse afectado por desviaciones y en tales circunstancias, será este valor el que subsistirá y reorientará ese fin normativo.

El interés general y el interés público se encuentran vinculados en una relación valor-práctica, así, frente a lo abstracto e ideal del interés general –en su posición de interés global de la comunidad social y política-, se encuentra el interés público que hace posible su concreción. “*En este punto parece posible conectar ambas nociones*, de donde resulta que la relación entre el interés general y su plasmación jurídica, a la que hemos denominado interés público, es del todo similar a la existencia entre valores y realidades o prácticas normativas”²² [énfasis agregado]

²¹ Antonio Manuel Peña Freire, Ob. cit. p. 169

²² Antonio Manuel Peña Freire, Ob. cit. p. 170

El interés público se localiza en el esquema normativo de ahí que halle mayor vinculación con el Estado, "...de modo que el interés público se convierte en el interés general tal y como es percibido por el Estado o por los poderes públicos encargados de su definición."²³

Nótese de inmediato que el interés público, contiene una carga política que se encuadra en las referencias parciales e indirectas de las normas legales, distanciándose por tanto, de la condición de valor indisponible para el poder político que exterioriza el interés general.

"Queda, por tanto, descalificado por reduccionista cualquier intento de asimilar el interés público al interés global de la comunidad social y política –que sería el interés general-, en la medida en que aquél se elabora a partir de formas parciales, políticamente mediatizadas, de expresión normativa, es decir, como resultado de la producción normativa de un gobierno con un determinado signo u orientación que siempre tendrá que elegir entre opciones políticas diversas."²⁴

El interés público es una visión parcial del interés general, y que no obstante el aporte a su ejecución, no se lo debe confundir como si se tratara del propio interés general.

En orden, el interés general como valor, ha de responder y se lo ha de concebir vinculado al modelo jurídico-político del Estado constitucional, cuyo énfasis apunta a la centralidad de la persona, respeto de los derechos fundamentales y limitación del poder.

A lo manifestado debe incluirse que las aclaraciones traídas brevemente al presente estudio, permiten verificar en primer término, la importancia de tutelar el interés general por ser un *valor* o fin normativo que hace posible legitimar prácticas jurídicas que bien pueden estar a tono con ella, así como, someter a examen aquellas que pretenden

²³ Antonio Manuel Peña Freire, Ob. cit. p. 169

²⁴ Antonio Manuel Peña Freire, Ob. cit. p. 170

perennizarse en la *aparente* concordancia con ese valor; y, en segundo término, al corriente de que el interés público no es el interés general, hace posible determinar la incompatibilidad de que a un sólo sector, se le atribuya la titularidad de su defensa.

La visión aquí entregada respecto al interés general enclaustrado en el modelo constitucional de derechos, dice de la importancia de un medio que jurídicamente dispuesto, admita, desde cualquier ángulo del conglomerado social, la revisión de toda actuación en el marco de ese valor.

2. Potestad pública de la administración.

El profesor García de Enterría aborda el concepto de potestad a partir de la relación género y especie que importan las nociones de poderes jurídicos, derecho subjetivo y potestad. Estas dos últimas "...son especies del género poderes jurídicos, en sentido amplio, esto es, facultades de querer y de obrar conferidas por el ordenamiento a los sujetos."²⁵

A través de la diferenciación entre derecho subjetivo y potestad, parafraseando al citado autor, se puede elaborar los rasgos concretos de la potestad de la siguiente manera:

- a. El derecho subjetivo emerge de una relación jurídica determinada, verbigracia actos, negocios jurídicos, contratos, convenios o ciertos hechos no así la potestad, la cual surge del ordenamiento jurídico.
- b. El derecho subjetivo recae sobre un objeto específico, mientras que la potestad se caracteriza por tener una concepción genérica que define a la actuación del sujeto en grandes líneas.

²⁵ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, "*Curso de Derecho Administrativo I*", Madrid, Thomson Civitas, Duodécima edición 2004, reimpresión 2005, p. 449

c. Al derecho subjetivo se apareja una pretensión concreta, frente a la cual, aparece un sujeto pasivo a quien le corresponderá una obligación, en tanto que la potestad no obedece a esa lógica, sino mas bien, implica la simple contingencia abstracta de crear efectos jurídicos que pueden terminar en relaciones jurídicas particulares producto de su ejercicio. “En fin, a la potestad no corresponde ningún deber, positivo o negativo, sino una simple sujeción o sometimiento de otros sujetos (normalmente de un círculo de sujetos) a soportar sobre su esfera jurídica los eventuales efectos derivados del ejercicio de la potestad.”²⁶

La potestad se encuentra condicionada a la existencia de una norma previa, situación que se hace más visible en la Administración pública en virtud del principio de legalidad que gobierna su actuación, así, la Constitución de la República, en su artículo 226, dispone que: “[l]as 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 atribuidas en la Constitución y la ley...”

El ordenamiento jurídico atribuye a la Administración una serie de potestades para actuar –como expresión de poder público- sobre un conjunto de sujetos quienes soportarán los efectos sean beneficiosos o gravosos que se presentan con ocasión a ese ejercicio, empero, no significa de modo alguno que esas facultades sean ilimitadas, absolutas o incondicionales, todo lo contrario, las potestades administrativas en su contenido y extensión no pueden trascender lo dispuesto por la Constitución y ley, enfatizando que frente a tal limitación normativa hay una posición jurídica activa del administrado.

Sentado el entendimiento cabal de lo que comporta la potestad, es necesario abordar el tema desde otra perspectiva que sostiene la propuesta de este estudio, con este propósito citamos al doctor Patricio Secaira quien manifiesta que “[l]a potestad es el *poder público* que el Estado tiene para cumplir los objetivos de su creación, es la fuerza moral

²⁶ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, Ob. Cit. p. 450

que, nacida de la soberanía, permite gobernar la nación.”²⁷, es decir, la potestad es una técnica de derecho, un instrumento que convierte ese poder público –abstracto-, en técnicas jurídicas, concretas.

De esa manera el Estado se sirve de este poder para cumplir con sus objetivos, de ahí que las potestades administrativas se encuadran en las denominadas potestades-función, que son aquellas ejercidas no en interés propio sino en interés ajeno.

El artículo 227 de la Constitución señala que “La administración pública constituye un servicio a la colectividad...” por lo cual podemos concluir que las potestades administrativas deben ser ejercidas en servicio del interés colectivo, ajeno al interés de la administración, de lo que se deriva según García de Enterría consecuencias negativas y positivas:

“...negativamente, las potestades administrativas no pueden ejercitarse sino en servicio de ese interés comunitario, que es ajeno, y absolutamente superior, al interés propio de la Administración como organización; positivamente, la Administración está obligada al ejercicio de sus potestades cuando ese interés comunitario lo exija, obligación que marca incluso las potestades discrecionales más amplias.”²⁸

La administración se convierte entonces en una organización sometida a la ley y direccionada al servicio de la comunidad, lo que implica, que en la administración pública radica el efectivo goce de muchos de los derechos consignados en la Constitución. En este punto vale nuevamente rescatar la centralidad de la persona como fundamento del Estado constitucional de derechos, pues en ese contexto la actuación administrativa debe dirigirse

²⁷ Patricio Secaira Durango, “Curso breve de Derecho Administrativo”, Quito, Editorial Universitaria, 2004, p. 121

²⁸ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, Ob. Cit. p. 453

a garantizar el mejor disfrute de los derechos²⁹ ciudadanos, encontrando en esa tarea su fin.

Como organización sometida a la ley, la administración inmediatamente consiente la orientación política deseada por el legislativo, pero además al ser una organización jerarquizada, es susceptible de reiterar o repetir ejecuciones ilegítimas acaecidas con anterioridad.

Ampliando la idea, la ejecución normativa desarrollada por la administración pública en servicio a la comunidad, es susceptible de desviación dado ciertos elementos que pueden intervenir en la ejecución de los programas normativos como por ejemplo, la participación de intereses particulares; abstracciones o generalidades normativas que en muchas ocasiones convergen con las emergentes necesidades sociales que deben ser atendidas, provocado una desenfrenada “creación” reguladora desde la perspectiva administrativa en procura atender precisamente esas situaciones específicas, concretas y contingentes,³⁰ con el riesgo de realizarlas al margen del precepto constitucional o legal;

²⁹ De lo manifestado las disposiciones contenidas en el Título II del texto constitucional.

³⁰ García de Enterría al tratar “La contingencia y variabilidad del sistema normativo escrito del Derecho Administrativo”, analiza la mayor estabilidad de las normas en otras ramas del Derecho que contrasta con los contenidos normativos de los diarios oficiales que “[...] es proporción absolutamente mayoritaria, de normas de Derecho Administrativo. Nada, pues, parecido a lo que ocurre en otros sectores del ordenamiento (Civil, Mercantil, Procesal, Penal), que viven sobre una norma básica (el Código o Ley de Enjuiciamiento respectivos) que rara vez es afectada por la actividad legislativa y cuyas virtualidades la doctrina y la jurisprudencia van morosamente descubriendo y desarrollando. Frente a esta envidiable tranquilidad, el Derecho administrativo es el ejemplo por excelencia de lo que Carl SCHMITT ha llamado la <<legislación motorizada>>; son varios miles al año [...] las normas nuevas que se promulgan en nuestro ámbito. El cambio normativo es frenético. El legalismo, desenfrenado, vocado a una inestabilidad permanente [...]. Siguiendo con el análisis, García de Enterría enfatiza que e el ámbito del Derecho Administrativo, la norma escrita tiene otra connotación “La doctrina alemana, desarrollando una intuición del propio SCHMITT, ha distinguido entre el concepto <<clásico>> de la Ley (la Ley como definidora de un orden abstracto de justicia, con vocación de permanencia) y la *Massnahmegesetz* o <<Ley-medida>>, que más que definir un orden abstracto pretende, por el contrario, resolver un problema concreto y singular, instrumentar una <<política pública>> (crecimiento económico, pleno empleo, salud, educación, protección del medio ambiente, cultura, vivienda, etc.), por lo que en definitiva, supone adoptar aunque con una técnica normativa, una <<medida>> o serie de medidas para afrontar un problema determinado y conseguir un determinado objetivo. [...] La ley-medida no pretende definir un orden abstracto de justicia y por ello tendencialmente permanente; renuncia deliberadamente a las dos cosas y se presenta como una norma ocasional, contingente, explicable sólo en función de una situación o problema determinados que se pretende enderezar o superar, en todo caso conformar, en función de una determinada política o fin o resultado o conseguir más que en función de una justifica abstracta. [...] Hemos de aclarar inmediatamente que cuando hablamos de <<Ley-medida>> no nos referimos sólo, ni siquiera primordialmente, a las Leyes en sentido formal, sino que incluimos

persistente intención de esquivar el control, que comporta tanto desviaciones en su razón de ser, como de los mismos derechos fundamentales afectados por inestabilidades normativas o ejecuciones ilegítimas constantemente asumidas en prácticas jurídicas reiteradas.

Estas situaciones justifican el imperativo establecido por el Estado constitucional de derechos y sus valores, a través del cual, las actuaciones administrativas –y de todos los poderes- debe someterse a control y a derecho.

El control de las actividad administrativa se efectiviza a través de los órganos de la función judicial encargados de la corrección jurídica de los procesos administrativos. El artículo 173 de la Constitución de la República dispone que: “Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Jurisdiccional”

Las técnicas de control judicial respecto de las actuaciones de la administración abarcan varias materias que pasamos a ver brevemente.

i. El sometimiento de la administración a derecho se expresa en un rasgo que ya manifestamos con anterioridad, esto es, que la actividad administrativa se encuentra condicionada al sentido y extensión de una disposición normativa previa, que autoriza o limita una determinada actuación, de ese modo y simultáneamente, ejecuta la orientación política establecida por el legislativo impresa en las leyes –que a su vez, en principio, es la ejecución de la Constitución y sus valores-.

De lo anterior se plantea dos situaciones:

- a. Cuando la norma contiene y dispone todas las aristas de la actuación administrativa, y,
- b. Que una norma legal permita que ciertos contenidos del ejercicio de la potestad administrativa, queden librados a la apreciación subjetiva de la administración.

también, y sobre todo, al Reglamento.” En García de Enterría y Tomás Ramón Fernández Ob. Cit. pp. 82 y 83

A ello es a lo que se denomina potestad reglada y potestad discrecional. En el primer caso la ley no permite a la administración ningún tipo de consideración al momento de su aplicación, debe ejecutar sus preceptos tal y como se encuentran previstos; En el segundo supuesto, la ley admite que la administración realice una valoración de tal suerte que pueda completar los presupuestos legales y ejerza la potestad atribuida.

“Por eso la discrecionalidad, frente a lo que pretendía la antigua doctrina, no es un supuesto de libertad de la Administración frente a la norma; más bien, por el contrario, la discrecionalidad es un caso típico de remisión legal: la norma remite parcialmente para completar el cuadro regulativo de la potestad y de sus condiciones de ejercicio a una estimación administrativa, sólo que no realizada [...] por vía normativa general, sino analíticamente caso por caso, mediante una apreciación de circunstancias singulares, realizables a la vez que precede al proceso aplicativo.”³¹

El ejercicio de potestades administrativas es materia de control por parte de la función judicial. En esa órbita de fiscalización es de significativa relevancia lo atinente a la potestad discrecional de la administración, pues al supuesto amparo de ella se pueden ocultar prácticas ilegítimas e incompatibles con los preceptos legales, de ahí sea un imperativo revisar al menos de manera sucinta esta área de control.

ii. La ley puede contener tanto conceptos cuyos alcances y sentido son determinados con exactitud, como conceptos cuyos límites y alcances no se encuentran establecidos con precisión, quedando la administración en esas circunstancias frente a *conceptos jurídicos indeterminados*.

Ahora bien, la ley puede autorizar que la administración interprete los referidos conceptos, en ese supuesto y pese a que la administración esta facultada para valorarlos,

³¹ García de Enterría y Tomás Ramón Fernández Ob. Cit. p.p. 461 y 462.

solo le resta actuar en una sola línea, *ergo*, al momento de ser aplicado al caso concreto, el concepto indeterminado solo comprende una única solución justa. “Lo que quiere decir exactamente es que en un caso dado la concreta conducta objeto de enjuiciamiento o es de buena fe o no lo es, lo que remite a una <<apreciación por juicios disyuntivos>>, [...] ya que no puede ser las dos cosas al mismo tiempo, como es evidente”³².

Al contrario, cuando la administración actúa discrecionalmente, el proceso de aplicación de los conceptos al caso específico, arroja un abanico de soluciones igualmente justas que quedan a elección de la administración.

Se ha de insistir que la potestades administrativas discrecionales no son ilimitadas ni tampoco inmunes a control alguno, todo lo contrario, partiendo de tal postulado, toda actuación de poder público debe someterse a Derecho y por ende es objeto de control, también lo serán las mencionadas facultades discrecionales que obedecen en su origen, desarrollo y límites a una matriz legal, de la cual reciben en menor o mayor medida, de manera explícita o implícita los presupuestos de su ejercicio, por lo tanto, no se puede hablar de potestad discrecional pura, a lo cual la doctrina se refiere en los siguientes términos:

“En concreto, puede decirse que son cuatro por lo menos los elementos reglados por la Ley en toda potestad discrecional y que no pueden dejar de serlo: la existencia misma de la potestad, su extensión (que nunca podrá ser absoluta, como ya sabemos), la competencia para actuarla, que se referirá a un ente y –dentro de este- a un órgano determinado y no a cualquiera, y, por último, el fin, porque todo poder es conferido por la Ley como instrumento para la obtención de una finalidad específica, la cual estará normalmente implícita y se referirá a un sector concreto de las necesidades generales, pero en cualquier caso tendrá que ser necesariamente una finalidad pública. Además de estos cuatro elementos preceptivamente reglados puede haber en la potestad otros que lo sean eventualmente: tiempo u

³² García de Enterría y Tomás Ramón Fernández Ob. Cit. p. 466.

oportunidad de ejercicio de la potestad, forma de ejercicio, fondo parcialmente reglado [...] De este modo el ejercicio de toda potestad discrecional es un *compositum* de elementos legalmente determinados y de otros configurados por la apreciación subjetiva de la Administración ejecutora.”³³

iii. Es materia del control judicial la *desviación de poder* que ocurre cuando la administración se separa de la finalidad querida por la ley.

La administración debe por norma ser consecuente con los fines que la justifican- Artículo 227 de la Constitución de la República-.

La administración no determina por sí misma la medida o límites de su actuación, sino todo lo contrario, debe *ejecutar* una voluntad que contenida en las programaciones normativas, es distinta a la suya. Por tanto, en la programación normativa no solo ha de encontrar una orientación política legitimada por la mayoría –ley–, sino localiza potestades que van configurando sus fines³⁴ a los que debe someterse indefectiblemente.

iv. El control judicial también puede recaer sobre *hechos determinantes*, esta técnica tiene como fin verificar que los presupuestos de hecho que la administración empleó o sobre los cuales fundó su actuación, correspondan efectivamente a la realidad, toda vez que, no se puede alterar ese escenario fáctico a la simple invocación de una potestad discrecional.

v. De igual manera puede suscitarse perfectamente un control judicial por *principios de derecho*, esta técnica tiene una especial relevancia dentro del modelo del Estado constitucional, toda vez que, uno de los postulados básicos es que todo acto emanado del poder, debe responder al andamiaje jurídico, es decir, se entiende que no solo deberán

³³ García de Enterría y Tomás Ramón Fernández Ob. Cit. p.p. 462 y 463.

³⁴ “Efectivamente, el fin de la actividad administrativa no es libremente determinable por la administración sino que es el querido normativamente. La actividad de la administración no se justifica en abstracto sino particularizadamente y en la medida en que responda y se oriente a la consecución del interés general en su concreta plasmación normativa: éste es el modelo constitucional de administración y así debe ser observada y considerada por los distintos operadores jurídicos.” Antonio Manuel Peña Freire, Ob. cit. p. 281

corresponder a las disposiciones normativas sino también a los principios que lo fundan, gobiernan y orientan.

“No tiene sentido por ello pretender ampararse en una potestad discrecional para justificar una agresión administrativa al orden jurídico, a los principios generales, que no sólo forman parte de éste, sino mucho más, lo fundamentan y lo estructura, dándole su sentido propio por encima del simple agregado de preceptos casuísticos

Conviene recordar a este propósito que los principios generales del Derecho son una condensación de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el *substratum* del Ordenamiento y de la experiencia reiterada de la vida jurídica.”³⁵

A través de este tipo de control se busca extraer de la actuación administrativa sometida a examen, una explicación sobre la base de un principio general que motive y de fundamento a tal actuación, luego, se disipe la idea de que el criterio empleado por la administración, será o deberá ser suplido por el criterio del juzgador.

Como se puede apreciar mediante las diferentes técnicas de control brevemente expuestas, se realiza la fiscalización de las actuaciones administrativas ya sean en ejercicio de una potestad reglada o de una discrecional.

Sin embargo, debe considerarse la necesidad de un control judicial contencioso-administrativo integral, que corresponda más adecuadamente a los fundamentos del nuevo paradigma de Estado adoptado en nuestra realidad y que se encuentra, articulado plenamente a la defensa de los derechos fundamentales, que si bien deben ser

³⁵ García de Enterría y Tomás Ramón Fernández Ob. Cit. p. 483

efectivizados por la administración también su actuación presenta la contingente omisión o violación de muchos de ellos.

“A partir de estos rasgos podemos ofrecer una definición general de la función jurisdiccional en el Estado constitucional como aquella actividad *i)* ejercida por un poder real e independiente *ii)* orientado a la garantía de derechos e intereses de los ciudadanos mediante *iii)* la corrección de los márgenes de desviación e ilegitimidad jurídica y *iv)* la resolución de conflictos jurídicos al señalar los derechos e intereses que son legítimos y, por tanto, merecedores de tutela.”³⁶

El control judicial de la administración en el contexto constitucional tiene como objeto la *corrección jurídica* de ese accionar, pero además, el control que realiza el juez debe observar otros rasgos cardinales que le imprimen este modelo jurídico-político, verbigracia, el Juez debe entender que el caso puesto a su conocimiento es un conflicto de intereses y no conflicto normativo; al caso específico no solo debe vincular una norma legal de forma aislada, sino más bien debe valorar al caso partiendo de los principios y preceptos más altos y generales del ordenamiento jurídico; el Juez esta constreñido a tutelar los derechos fundamentales en el sentido más favorable a su efectiva vigencia y a sus valores, más allá de la orientación política determinada en la ley³⁷, es decir, el juez debe excluir cualquier interpretación política y responder únicamente al sentido del Derecho y en esa línea está obligado a llevar el derecho al caso concreto, “[e]n conclusión, la apertura constitucional del sistema jurídico al entorno social postula la existencia de una sede jurídica difuminada en lo social, abierta al conflicto y con potestad para *decir el derecho (y no la norma)*.”³⁸

³⁶ Antonio Manuel Peña Freire, Ob. cit. p. 231

³⁷ Artículo 11.- Número 5. “En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.” Constitución de la República del Ecuador.

³⁸ Antonio Manuel Peña Freire, Ob. cit. p. 234

La ejecución normativa no es sino una plasmación parcial del interés general como lo es también la plasmación del programa normativo llevado adelante por el legislativo, y como perspectiva parcial, es susceptible de desviación, por tanto, es menester su corrección a través de la actividad jurisdiccional que cumple una garantía de cierre del sistema, permitiendo que se realice una corrección del accionar administrativo a partir del interés general que pervive como un valor legitimador indisponible a los poderes públicos capaz de reorientar a sus cauces cualquier acción ilegítima.

En último lugar, podemos aseverar que las potestades regladas o discrecionales de la administración pública han sido otorgadas a esa organización para efectivizar los fines del interés global de una comunidad, dentro de la dinámica que el derecho le señala y debiendo tal actuación ser sometida a un control jurisdiccional integral en las concepciones del Estado constitucional de derechos, posibilitando su corrección jurídica en la eventualidad de desvíos ilegítimos acaecidos en el propósito de la plasmación del interés general que debe ser tutelado por ser la expresión del interés de la comunidad toda.

3. Igualdad ante la Ley (Constitución).- Administración por encima del administrado

En este acápite es nuestro propósito analizar la relación de las partes procesales dentro del proceso contencioso-administrativo, en el marco constitucional de derechos, comprensión capital para la inteligencia de la legitimación en el recurso de casación común y en especial su articulación al recurso de casación en interés de la ley materia de estudio.

El proceso se encuentra gobernado por varios principios fundamentales, entre ellos buscamos el papel que desempeña el *principio de igualdad*, que “[i]mporta el tratamiento

igualitario a los litigantes y se entiende que resulta del principio constitucional de igualdad ante la ley.”³⁹

Efectivamente, el artículo 11 número 2 de la Constitución de la República, dispone que: “[t]odas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades”, en esa línea, el artículo 66, 4 del texto constitucional señala que: “Se reconoce y garantizará a las personas: Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.”

Las referidas disposiciones constitucionales deben ser efectivizadas dentro de toda causa y en el marco del derecho al debido proceso, que dicho sea de paso, el constituyente lo ha regulado de modo diferenciado, pues por un lado se encuentran regulaciones de debido proceso para los procesos penales –artículo 77- y por otro disposiciones que gobiernan a los demás procesos.

El artículo 76 de la Constitución número 1 dispone que: “Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.” [énfasis agregado] De ahí que, las autoridades dentro de los procedimientos administrativos y los jueces en los procesos judiciales son garantes del cumplimiento de los derechos de igualdad del que gozan las personas.

No obstante de ello, y como lo señala Juan Carlos Benalcázar, el principio de igualdad “... sufre una quiebra importante en materia contencioso administrativa por los injustificados privilegios de que goza la Administración Pública, propios de un pensamiento que solo puede calificarse de autoritario.”⁴⁰ Esta situación se la pretende “justificar” en la relevancia que implicaría el interés público del que se reviste la actividad administrativa frente al interés particular que debe ceder siempre en presencia del primero.

Con mayor claridad el citado autor señala que:

³⁹ Enrique Vescovi, Ob. Cit. p. 63

⁴⁰ Benalcázar Guerrón, Juan Carlos, Ob. cit. p. 270

“Estos criterios, vertidos en una Ley vetusta y poco acorde con la doctrina moderna, son propios de un propósito de favorecer a un mal entendido “interés público”, partiendo de la idea repetida de memoria del que la Administración representa la “generosidad” y el administrado “el egoísmo.”⁴¹

Téngase en cuenta que la división entre interés público e interés particular se desvanece en la presencia de los intereses difusos –emergentes con en el Estado social de derecho- y que el interés público no es el interés global de la comunidad sino una parte de él conforme se señaló en su momento.

Si en gracia de discusión se aceptara que el interés público perseguido por la administración, debe prevalecer sobre el interés particular y que en esa virtud es menester establecer algún tipo de privilegio para la administración, sería sostener que la actividad que busca su consecución es siempre acertada y justa, tanto así que en su presencia no cabe resistencia alguna y al particular no le queda otra posibilidad que no sea prescindir o declinar cualquier acción que la enerve. Siendo así ¿habría necesidad de control?

“En cuanto a la posición jurídica de la administración en el proceso ha de ser de igualdad respecto de la otra parte sin estar justificados privilegios o tratamientos diferenciados. [...]

La afirmación de esta característica del proceso contencioso-administrativo del modelo constitucional de Estado presupone la superación de la imagen tradicional de los ciudadanos que actúan movidos por intereses privados, mientras que la administración gestionaría intereses públicos cualificados respecto de aquéllos.”⁴²

⁴¹ Benalcázar Guerrón, Juan Carlos, Ob. cit. p. 271

⁴² Antonio Manuel Peña Freire, Ob. cit. p. 294

En definitiva no existe justificativo alguno para que la administración goce de un tratamiento especial y menos aún dentro de la concepción del Estado constitucional de derechos.

4. Legitimación.

En este acápite situamos el instituto de la legitimación y a partir de él, pretendemos averiguar la manera en que la legitimación opera tanto en el recurso de casación común contenido en nuestra legislación como en el recurso de casación en interés de la ley.

La Legitimación a criterio de Enrique Vécovi es:

“[...] la consideración legal, respecto del proceso, a las personas que se hallan en una determinada relación con el objeto del litigio y en virtud de la cual se exige, para que la pretensión de fondo pueda ser examinada, que dichas personas figuren como tales partes en el proceso.

La legitimación, entonces, puede definirse como la posición de un sujeto respecto al objeto del litigioso, que le permite obtener una providencia eficaz.”⁴³

De la cita se puede aseverar que la legitimación se fundamenta en una relación sujeto-objeto, y que conforme se observó *supra*, en nuestra realidad jurídica esa relación se marca sujeto-parte agraviada, objeto-sentencia.

⁴³ Enrique Vécovi, Ob. Cit. p.

Sabemos que el recurso de casación no es sino un medio de impugnación dentro de un mismo proceso, lo que implicará, que el universo de sujetos potencialmente inmersos en la relación a la que hacemos referencia a través de la cita de Véscovi, se reduce significativamente cuando se trata del legitimado para interponer el recurso de casación en materia contenciosa-administrativa –cuestión similar ocurre en otras materias-.

Nótese que si la legitimación activa únicamente se encuentra en cabeza de un sujeto destinatario de un perjuicio a su interés, queda en sus manos –quizá hasta en su albedrío o conveniencia– el logro de la defensa del derecho objetivo como finalidad pública, *-ius constitutioni-*, que el recurso de casación ha de satisfacer.

Resulta entonces, que un solo sujeto puede como no, iniciar un proceso de fiscalización ante el órgano jurisdiccional competente –Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia– a efecto de que una sentencia emitida al margen de los preceptos legales sustantivos o adjetivos, sea anulada o reformada, sin embargo, en el campo del Derecho Administrativo, es relevante la construcción y respeto del interés legítimo que debe ser tenido en cuenta en el recurso de casación.

En este punto bien cabe hacer una crítica al caso del recurso de casación en interés de la ley configurado en la realidad española, pues parece existir una confusión con respecto a la legitimación vista desde la perspectiva sujeto-objeto, porque siendo el objeto del recurso la tutela del interés general, expresión del interés global de la comunidad, no se entiende por qué el único sujeto interesado en su defensa deba ser la Administración y el Ministerio Fiscal, cuando el objeto a tutelar no tiene un titular determinado sino que su titularidad se encuentra en cabeza de una comunidad de sujetos indeterminados, que solo podrán ser visibles en la medida que la vulneración de ese interés general perturbe a su esfera de interés.

Por tanto consideramos que la legitimación tanto en el recurso de casación común y en especial el recurso de casación en interés de la ley deben contemplar la posibilidad de que sean interpuestos por quien tengan interés legítimo sobre el objeto a debatir.

5. Técnica de control en el Recurso de Casación común

Como lo señalamos al momento de revisar los antecedentes del recurso de casación, en sus albores el instituto no era un recurso general al servicio del mantenimiento de la norma sino más bien, era una facultad real exorbitante, motivo por el cual su impulso se limitaba a la exclusiva voluntad del monarca.⁴⁴

El Consejo de Estado fue el órgano a quien el rey encargó el control de las sentencias en su interés, el que con el paso del tiempo experimentó cambios en su estructura orgánica sin que aquello haya significado la pérdida esencial de esa competencia.

En la dinámica de revisión de sentencias, el interés particular jamás fue objeto de apreciación, ya que no se trataba del ejercicio de un derecho de impugnación del cual los particulares eran sus titulares.

Esta característica de la casación -de no intervención de los particulares e impulso exclusivo del rey-, se mantuvo hasta tanto la casación adquiere las características de un "...remedio general y regular contra la violación de cualquier ordenanza, la iniciativa del soberano pareció insuficiente para descubrir y para reprimir en todo el reino las múltiples violaciones a las ordenanzas que podían ser cometidas por los jueces."⁴⁵

⁴⁴ "La función de deliberar sobre las casaciones de las sentencias de los Parlamentos, fue, en efecto, conserva celosamente por el rey a su Consejo de Estado, que era la asamblea con el cual el monarca tenía continuo e inmediato contacto en el despacho de los más importantes negocios de gobierno: y cuando, a principios del siglo XIV, los reyes franceses dividieron el consejo que los rodeaba en tres organismos diversos (*Conseil*, propiamente dicho, para os negocios políticos; *chambre des comptes*, para los negocios financieros, *Parlament*, para la justicia); la transmisión de la justicia suprema al Parlamento no quitó al *Conseil*, que continuó rodeando al soberano, la prerrogativa de avocar los procesos de los jueces inferiores o de anular las sentencias que contenían una rebelión al mandato soberano..." Piero Calamandrei, "La Casación civil" Ob. Cit. p. 338

⁴⁵ Piero Calamandrei, Ob. Cit. p. 339

Es decir, al adquirir la casación la característica de un remedio general ante violaciones normativas, obligó a que el impulso del instituto deje de operar solo en la órbita volitiva del rey, pues la imposibilidad física de verificar caso por caso tales contravenciones y de ellas, en todo el territorio, permitió que los litigantes sean además, quienes lleven adelante la demanda de casación en la defensa del interés real.

Así el impulso del recurso de casación por parte de los particulares, obedece a la práctica y no a un desarrollo normativo, sin embargo, esta situación dio cuenta de la gran utilidad que por ende representaba al interés particular, pues si bien la finalidad de la casación era la pervivencia de la voluntad del monarca, de la denuncia y posterior proceso de revisión de una sentencia, el particular podía obtener ventaja al lograr su nulidad, lo que a su vez generó una patología expresada en la desmedida interposición de acciones casacionales, obligando al rey a tomar entre otras medidas, la modificación de la estructura del Consejo de Estado, por ello, para 1578, se crea dentro del referido órgano la sección del Consejo de las Partes que atendió las demandas de casación emprendidas por los particulares.

Con el transcurso del tiempo, la casación afinó su estructura -como lo indica el profesor Calamandrei-, para los siglos XVII y XVIII se distingue entre normativa atinente a cuestiones de orden público y las propias de la orbe privada, lógica que trasciende al impulso procesal estableciéndose que al rey y los particulares respectivamente les correspondía cada materia.

En su amplio estudio Calamandrei señala que el impulso del recurso de casación incardinado en las partes, debió surgir entre la mitad del siglo XVI y XVII, señalando como dato principal las regulaciones de la Ordenanza de Blois, la cual disponía la nulidad de toda sentencia que violará cualquier ordenanza, formándose consecuentemente la cualidad de un remedio al que las partes podían acceder a efecto de lograr su nulidad. En adelante, las ordenanzas mantuvieron esa característica de permitir que las partes propongan el recurso.

Como corolario, tanto la extensión territorial, el crecimiento normativo, como el número de órganos judiciales,-Parlamentos- dificultaron cada vez más la tarea del monarca de impedir a través de la casación, violaciones a su voluntad, de ahí que de manera paulatina se dio paso a que la *demande en cassation* tenga iniciativa particular.

“De este modo el soberano, imposibilitado para ejercer un control directo sobre todas las decisiones de los parlamentos, orientaba en provecho suyo el espíritu de litigiosidad de las partes en causa, que son quienes están en mejor situación, por su inmediata intervención en juicio, y más inclinadas que nadie, por su anhelo de sustraerse a la irrevocabilidad de una cosa juzgada desfavorable, a descubrir en la decisión de los jueces aun los vicios más escondidos...”⁴⁶

Se encontró en las dificultades prácticas que debieron afrontar los reyes franceses, razones por las que ese interés real se sirva del interés particular, sin que ello signifique que el espíritu que mantenía la casación –a ese entonces- sea alterado, de hecho, una vez presentada la demanda no importaba corregir las injusticias que se pudieron cometer en contra del o los litigantes, sino, mantener incólume la voluntad del monarca expresada en sus ordenanzas.

El desarrollo del instituto permitió identificar la dicotomía entre contravenciones cometidas a ordenanzas de procedimiento de aquellas que afectaban a ordenanzas contentivas de derechos sustanciales errores *in procedendo* e *in iudicando*. Aquí constan sus causales a las que en lo posterior se agregan otras que miraban al interés del litigante, transformando al instituto en una acción de nulidad por vicios del proceso.

El transcurso del tiempo matizó a la casación como una impugnación para la que todos estaban facultados a interponerla de ahí que:

⁴⁶ Piero Calamandrei, Ob. Cit. p. 353

“...en la práctica, la necesidad de limitar la elitización del recurso de casación, del cual, por otra parte, se habrían prevalido los litigantes de mala fe en daño de la justicia, aconsejó bien pronto el principio de que la casación podía ser pedida sólo por quien tenía un interés real en obtener la anulación de la sentencia, y el principio todavía más riguroso de que la casación de una sentencia podía ser pedida solamente por quien hubiese sido parte en el juicio que la había precedido.”⁴⁷

Lo que hoy conocemos como recurso de casación -producto de un lento trajín por los siglos-, mantiene ciertos rasgos que podríamos rescatar, así por ejemplo, sin obstar de sus orígenes, aún su finalidad política es una de las características que más resalta en su ejercicio, de igual manera la técnica que emplea para lograr tal fin y conforme a su evolución, sigue siendo la misma, esto es, *que en la actualidad siendo la casación una pretensión nomofiláctica* –sirve a la voluntad de la ley- se vale de la iniciativa o pretensión privada para alcanzar tal finalidad.

Visto el proceso histórico de como el impulso procesal del recurso de casación se le atribuye a las partes, resta por analizar la situación en la que el impulso procesal del recurso se desenvuelve en nuestra realidad jurídica.

Al corriente de que la disposición contenida en el artículo 4 de la Ley de Casación, limita el ejercicio del recurso a quienes hayan sido perjudicados por una sentencia, esa posibilidad excluyente no parece ser la más adecuada para el ámbito del Derecho público y específicamente a lo contencioso-administrativo.

Para ser agraviado por una sentencia y en consecuencia poder interponer el recurso de casación, se debió ser parte en un proceso contencioso-administrativo, en el cual siendo la Administración –es sentido lato– la demanda, se ha de considerar que su actividad o

⁴⁷ Piero Calamandrei, Ob. Cit. p. 372

mejor dicho, el ejercicio de sus potestades, encaminada a su rol de garante de muchos de los derechos fundamentales de los ciudadanos en el contexto del Estado constitucional de derechos, conlleva la posibilidad de desviación de estas potestades y en tal circunstancia, no solo pueden resultar afectados derechos subjetivos sino también intereses legítimos⁴⁸, luego, todo aquel que tenga interés legítimo sobre la situación a juzgar, no podrán emprender ningún control de legalidad, puesto que esa posibilidad jurídica es soslayada tajantemente por la citada disposición legal, cuestión que consideramos no es consecuente con la lógica del control integral y centralidad de la persona que exige el modelo constitucional y la naturaleza del Derecho Público.

6. Técnica de control en el Recurso de Casación en solo Interés de la Ley

Conforme se encuentra dispuesto en la legislación española, la técnica de control en esta especial modalidad de casación es una cuestión distinta a la técnica empleada en el recurso de casación común, dado que este recurso *per se* persigue fines distintos.

Es menester nuevamente decir que el recurso de casación en interés de la ley es un recurso extraordinario, último, subsidiario, que procede al margen de lo ya juzgado, cuya función es evitar que una sentencia errónea por contener una equívoca doctrina legal, se replique en el futuro por el daño que causa al interés general.

De lo cual y con respecto a la técnica de control del referido recurso, difícilmente se puede sustentar que la legitimación activa deba circunscribirse únicamente en el interés de los litigantes, porque más allá de tener una situación privilegiada en el proceso que antecede a la sentencia, y procurar extraerse de cualquier resolución judicial que les cause

⁴⁸ “De este modo, el interés legítimo se convierte en una posición jurídico-subjetiva flexible de hecho – vinculada socialmente a factores personales o sociales- y acorde a los valores y principios constitucionales. En este contexto, el interés legítimo es algo más que el simple interés genérico a la corrección y razonabilidad de la actividad administrativa. La superación de la vinculación entre el interés legítimo y la acción administrativa es inmediata si se vincula la legitimidad del interés no a las fórmulas y declaraciones legales sino a las constitucionales.” Antonio Peña Freire, Ob. Cit. p 186

algún gravamen negativo que los obligue escudriñar en cualquier error del juez, este recurso no reivindica ninguna posición o pretensión de las partes, todo lo contrario, lo juzgado queda como ha sido establecido.

La doctrina española sostiene que a través del recurso de casación en interés de la ley se pretende la tutela del interés general que es representado y defendido por la Administración pública –artículo 100. 1. de la LJCA.E-

Esta característica, considerada inexacta desde nuestro modesto punto de vista, hace que el referido recurso tal cual se encuentra dispuesto en la legislación española, más que defender el interés general, responde básicamente al interés propio de la Administración pública lo que sin duda genera una distorsión que la pasamos analizar.

7. Principal crítica realizada por los tratadistas españoles

El recurso de casación en interés de la ley en la concepción española, conlleva un problema de significativa importancia que reside en el desequilibrio establecido en la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, que inclina a favor de la administración, un privilegio poco justificable que se expresa al ponerlo conjuntamente con el Ministerio Fiscal, como únicos legitimados.

La crítica a esta situación gira en torno precisamente a esa preponderancia o ventaja que la administración tiene por efecto normativo. Es importante señalar en este punto, que parte de los estudiosos españoles, precisamente por estas falencias y dado que el antecedente de este recurso fue suprimido por el establecimiento del recurso de casación común en la jurisdicción contencioso-administrativa –recurso de apelación en interés de la ley– sostienen que debe desaparecer puesto que en la actualidad el recurso de casación en interés de la ley, no justifica su presencia en la legislación, expresándose de la siguiente manera:

“la existencia de este último recurso extraordinario podría justificarse en la LJC – Ley Jurisdicción Contenciosa- por la ausencia total de recurso de casación, lo que impedía en el ámbito procesal administrativo la existencia de una interpretación uniforme de las normas jurídicas que fuera suministrada por el Tribunal Supremo al decidir dichos recursos. Pero, una vez instaurada la casación con carácter general, el añadir un tipo especial del citado recurso con ese mismo fin, parece a todas luces gratuito, más aún, desde el momento en que, en realidad, esta nueva casación no se produce ni mucho menos <<en interés de la ley>>, sino de la Administración, y, además aparentemente, no de toda la Administración”⁴⁹

En definitiva la justificación legal del recurso se encuentra establecida en el propósito de tutelar *más* el interés de la administración que el interés general, cuestión con la que no compartimos y nos oponemos firmemente a cualquier medio jurídico en este sentido puesto que:

- i. Si bien el interés general es plasmado por la administración a través del interés público, éste último no es el interés general. Recordemos que al igual que las disposiciones constitucionales el derecho y sus valores, el interés general es indisponible a todo poder político. Entonces no se entiende porque la administración deba ser la *única* llamada a representar y defender el interés general cuando en ella radica solo una visión parcial de él.
- ii. No se puede aceptar que un recurso en interés de la ley –como el de casación común en el ámbito del Derecho Público– sea instrumentado para determinados sujetos, en el caso español la Administración y el Ministerio Fiscal. Admitir esta situación sería determinar que la sola posición de la administración pública, es capaz de determinar en abstracto una visión única y omnicomprensiva de todo el conglomerado social y político,

⁴⁹ Garberí Llobregat, en Inés María Iglesias Canle. Op. cit. p. 271

por tanto, su visión engloba todas y cada una de las aristas del interés general, cuando estamos consientes de que la administración tiene un enfoque parcializado y mediatizado políticamente, y que si bien no debe ser excluidos de su aporte a la defensa del interés general, no puede ser la única legitimada para endilgar cualquier quiebre o desvío en su plasmación normativa.

iii. Aceptar que la administración sea la única legitimada a fin de procurar enderezar los errores en derecho contenidas en una sentencia y a través de ello defender el interés general, es aseverar que la titularidad tanto del derecho como del interés de la comunidad le pertenece, por lo que estaría en capacidad de determinar en concreto cual es el interés general –incluso en abstracto– y en tal virtud deba ser quien disponga del recurso –así como de cualquier medio jurídico– a su “conveniencia”, convirtiéndose en “señor” de la revisión legal y del interés general.

Estos motivos nos llevan a decir que no obstante rescatar del recurso de casación en interés de la ley establecido en la legislación española, sus motivaciones, *finalidades y utilidad*, no estamos de acuerdo con la manera en que ha sido instituido, diríamos incluso contradiciendo su propia razón de ser, pues el recurso es para el empleo y satisfacción de la administración y no de aquello que dice tutelar.

A través de esta regulación la administración goza de un privilegio exclusivo al ser la única facultada a reprochar cualquier doctrina legal, como si solo a ella atañe la correcta aplicación del derecho, de ahí que bien vale tener presente lo manifestado por Zagrebelsky quien sostiene que: “[...] podríamos afirmar como conclusión que entre el Estado constitucional y cualquier <<señor del derecho>> hay una radical incompatibilidad. *El derecho no es un objeto propiedad de uno, sino que debe ser objeto de cuidado de todos.*”⁵⁰

[énfasis agregado]

⁵⁰ Gustavo Zagrebelsky, “*El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*”, Madrid, Editorial Trota, p. 153

CAPÍTULO IV

Problemática nacional

Una vez establecidos en los capítulos precedentes el estudio relativo a la situación del recurso de casación en la legislación ecuatoriana, del cual deviene que nomofilaxis y unificación de la jurisprudencia no resulta una técnica jurídica suficiente frente a doctrinas erróneas sentadas por los tribunales del orden contencioso administrativo, y analizada la utilidad de la técnica empleada en el recurso de casación en solo interés de la ley, en el presente capítulo se pretende demostrar a través de ejemplos, cómo nuestro tribunal de casación respecto a la materia contencioso administrativa, sienta doctrinas erróneas cuya potencialidad de ser replicadas a futuro lesionan el interés general conforme se pasa analizar.

i. La sentencia expedida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la extinta Corte Suprema de Justicia, el 22 de septiembre de 2003, expediente No. 241, publicada en el Registro Oficial No. 248 de 9 de enero de 2004, contiene un caso que sienta una doctrina errónea respecto a la concepción del silencio administrativo en su aplicación como lo explicitamos enseguida:

Antecedente.-

El Gerente General de una Compañía farmacéutica, interpone recurso de casación en contra de la sentencia expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo mediante la cual, se declaró legal el *acto administrativo*, Acuerdo Nro. DNI-285-DPM expedido por el Subsecretario de Industrias y el Subsecretario General de Salud Pública, y desecha la demanda incoada en contra del Procurador General del Estado, del delegado del Consejo Nacional de Fijación de Precios de Medicamentos de Uso Humanos, de los ministros de Industrias, Comercio, Integración y Pesca y Salud Pública.

La Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia delimita el caso de la siguiente manera:

“El acto administrativo impugnado es el Acuerdo Nro. DNI-285-DPM expedido por el Subsecretario de Industrias y el Subsecretario General de Salud Pública, por medio del cual se fija el precio de tres medicamentos, se revisa el precio de dos medicamentos, se ratifica el precio de cuatro medicamentos y se niega la revisión del precio de dos medicamentos de la Farmacéutica [...], en referencia a las solicitudes presentadas por la parte actora el 19, 22 y 23 de julio de [...], tendientes a obtener la fijación y revisión de precios de sus productos.”

La alegación efectuada por la recurrente gira en torno a los siguientes elementos:

- i. Que la falta de notificación con la resolución que *fijaba los precios de varios medicamentos* de la Compañía, produjo la aceptación tácita de las peticiones que en su momento efectuó al referido Consejo de Fijación de Precios; y,
- ii. Que la sentencia impugnada dejó de aplicar la disposición contenida en el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado referente al silencio administrativo, por lo que requiere se ejecute lo solicitado.

Vistas estas alegaciones el órgano jurisdiccional comienza su análisis y sostiene que:

“[...] de autos aparece que el recurrente presentó sendas solicitudes de revisión de la fijación de los precios de los medicamentos que comercializa durante los días 19, 22 y 23 de julio [...], en tanto que el Acuerdo Nro. DNI-285-DPM es expedido el 6 de agosto [...] es decir dentro del término de quince días a que se refiere el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, por lo que es evidente que no se produjo la aceptación tácita a la que hace referencia.” [énfasis agregado]

De lo expuesto viene un primer cuestionamiento ¿qué naturaleza jurídica tiene el Acuerdo Interministerial impugnado a efecto de que se aplique el silencio administrativo?

Ésta materia no fue elemento de análisis de la Sala juzgadora, considerando que el aludido Acuerdo Interministerial tiene un régimen jurídico distinto, y cuyo objeto fue la *fijación de precios de venta de medicamentos* conforme a su competencia legal, sin embargo, se lo redujo a un acto creador de efectos jurídicos directos e inmediatos y en ese mérito, el órgano jurisdiccional advierte que el plazo para expedirlo se circunscribió al determinado por la Ley por lo que no ha lugar la alegación de silencio administrativo de acuerdo a la Ley de Modernización.

Luego, más adelante, la sentencia se refiere al silencio administrativo alegado por el recurrente y expresa que:

“En cuanto a la falta de aplicación del Art. 65 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva entonces vigente, referente a la notificación al administrado de los actos administrativos para la plena validez del acto administrativo, esta Sala de lo Contencioso Administrativo se ha referido ya en varios casos que la notificación con el acto administrativo no constituye mera formalidad en tanto en cuanto sólo por este conducto se pueda conocer de la realización del acto administrativo, mas el recurrente dice darse por notificado con el Acuerdo Interministerial que impugna a partir del 5 de septiembre de 1996, fecha en la que supuestamente fue entregado el acuerdo impugnado a un funcionario de la empresa recurrente. Al respecto, el tratadista Gustavo Penagos sostiene que: "la notificación del acto administrativo consiste en hacer conocer la decisión al interesado, es un requisito externo para la eficacia, pero no forma parte del acto administrativo, el cual puede existir sin la notificación, pero no produce efectos jurídicos o fuerza vinculante, por no ser conocido. En conclusión, la falta de notificación no genera la nulidad del acto administrativo, sino que lo hace inoponible frente a terceros, y así lo enseña el Consejo de Estado Colombiano.". (El acto administrativo según la jurisprudencia, Tomo III, segunda edición, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1995, p. 255). En el caso que nos ocupa, es evidente que una vez enterado el recurrente de la expedición del acuerdo interministerial impugnado éste era susceptible de oposición, pero ello

no implica que se haya producido el silencio administrativo por falta de notificación, como se manifestó ya, la falta de notificación es independiente a la falta de expedición del acto administrativo dentro del término legal." [énfasis agregado]

Como segundo elemento de la doctrina expuesta por la Sala, sostiene que el silencio administrativo no opera en el caso analizado, ya que si bien la "notificación" del Acuerdo Interministerial, se efectuó en una fecha posterior al vencimiento del plazo para que se produzca el instituto en mención, la resolución, según los juzgadores, fue "expedida" dentro de ese término legal, y en esa virtud se desecha el recurso interpuesto.

Doctrina errónea.-

Conforme al relato precedente, se puede evidenciar que la Sala de lo Contencioso Administrativo, sigue la línea de aplicación del silencio administrativo a un Acuerdo Interministerial de fijación de precios, y no dilucida su naturaleza jurídica, sin diferenciar lo que es un acto de ordenación de uno ordenado, considerando que el primero no agota su cumplimiento, por el contrario, lo reafirma, emergiendo enseguida la interrogante de que si fijado el precio de venta al público de un medicamento por el órgano administrativo competente, verbigracia un jarabe a USD \$ 10,00, y dos sujetos en la fila de una farmacia lo pretenden adquirir ¿será necesario emitir otro acto fijando nuevamente el precio de USD \$ 10,00 para el segundo adquirente?. Esta situación evidentemente invita en seguida a discutir de manera profunda y detenida la doctrina que deja sentada de manera explícita el tribunal de casación con respecto a la aplicación del silencio administrativo en estos casos.

Pero aún más, dejando al menos por un momento lo referente a la aplicación del silencio administrativo al Acuerdo Interministerial de fijación de precios, y con afán de continuar con el breve análisis que de manera ejemplificativa se realiza con el caso descrito para el fin último de este trabajo, es de suma importancia entrar a examinar la doctrina

explicitada por la Sala respecto a que la falta de notificación de la Resolución, no implica que haya operado el silencio administrativo en virtud de que la regla reguladora de este instituto, se refiere a la falta de *expedición del acto y no a la notificación del mismo*, de lo cual cabe preguntarse, si el acto administrativo no es notificado, es decir, no tiene eficacia jurídica y no es oponible ¿se puede expresar que aquello no es parámetro para determinar que no ha operado el silencio administrativo, pues éste ha sido “*expedido*” dentro del plazo que otorga la regla?

Siguiendo esta doctrina, a futuro, se auspiciaría la ineficiencia, ineficacia y falta de apego a los derechos a seguridad jurídica y debido proceso que debe irrestrictamente cumplir la administración, ello por si solo significa lesión del interés general, pues la administración por principio constitucional se concibe como un servicio a la comunidad en la omnipresencia de actuaciones eficientes, eficaces y enmarcadas en derecho, ya que los administrados al pretender a través de sus peticiones que la administración actúe o se abstenga de hacerlo, y no ser atendido dentro de los términos establecidos por la ley, el requerimiento de ejecución del acto presunto ante los órganos jurisdiccionales sería inocua, pues a la administración le bastaría con presentar un acto administrativo *expedido* aunque no *notificado* -conforme lo dicho por la Sala-, dentro de los lapsos legales, para que no opere el efecto de este instituto, burlando la norma que la contiene y los derechos de los administrados.

A lo dicho agregamos, que siguiendo la orientación marcada por la Sala, la administración bien podría no atender las solicitudes de los administrados, y en caso de demanda de ejecución en mérito al silencio administrativo, bien podría confeccionar el acto administrativo y determinar su fecha de *expedición* a fin de que coincida con los plazos establecidos por la Ley de Modernización o la norma que contenga tal lapso, y dejaría inmediatamente sin fundamento a la demanda planteada.

La doctrina sentada por la Sala como se puede evidenciar, incurre en un doble error como queda anotado, que igualmente implican lesiones al interés general en mérito a que lo perseguido o valor considerado en la comunidad, son actuaciones administrativas

dentro de los cánones del derecho y aplicación debida de sus instituciones a efecto de consolidar el derecho a la seguridad jurídica.

ii. El 15 de junio de 2007; a las 10h30, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la fenecida Corte Suprema de Justicia expide dentro del expediente No. 239, la sentencia publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 39 de 1 de abril de 2008, cuyo contenido es objeto del análisis que sigue.

Antecedente.-

Una agente del servicio público, interpone recurso subjetivo o de plena jurisdicción en contra del acto administrativo que le imponía la sanción de destitución, demandando por ello al Director del Hospital “Vicente Corral Moscoso” y al Procurador General del Estado.

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo respectivo, declaró sin lugar la demanda incoada y a la vez declaró la legalidad del acto administrativo impugnado, motivando la interposición del recurso de casación cuyo fundamento radicó, en la prescripción de la acción para imponer la sanción por parte de la autoridad, toda vez que el acto administrativo sancionador, no le fue notificado dentro del término establecido para el efecto.

Doctrina errónea.-

Luego de situar los hechos, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia, acogiendo el argumento esgrimido por la recurrente manifiesta en la sentencia en comento que:

“[...] El efecto de la falta oportuna de notificación del acto administrativo, en los términos analizados, tiene por efecto, según lo previsto en el artículo 126 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, entonces vigente, que la potestad sancionatoria de la Administración haya prescrito en el presente caso.- En tal sentido, es admisible la acusación efectuada por la recurrente y en tal virtud se hace necesario casar la sentencia y dictar en su lugar la que corresponde, según lo previsto en el artículo 16 de la Ley de Casación.” [énfasis agregado]

La Sala llega a la conclusión de que el acto administrativo sancionador efectivamente no fue notificado a la recurrente por lo cual carecía de eficacia jurídica, lo que de suyo implicó la prescripción del término para imponer la sanción por parte de la autoridad, conforme lo manifiesta en el considerando Cuarto de la sentencia en mención:

“La actora pretende que la Acción de Personal No. 200 RH VCM E 2003, de 26 de marzo de 2003, sea declarada nula e ilegal, entre otras razones, porque la potestad sancionatoria de la Autoridad había prescrito, según lo previsto en el artículo 126 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, pues, el acto administrativo no fue notificado en el plazo previsto en la referida norma. Como queda señalado en el considerando precedente, la alegación del actor es procedente y, en tal virtud, esta Sala considera que el acto administrativo impugnado es ilegal.” [énfasis agregado]

A este punto es necesario señalar que las pretensiones perseguidas por la recurrente básicamente fueron las siguientes:

- i. El reintegro al cargo que venía desempeñando; y,
- ii. El pago de las prestaciones dejadas de percibir durante el tiempo en que fue separada de la Institución, más los intereses legales.

En este sentido y haciendo relación a la segunda pretensión de la recurrente, en el considerando Quinto de la sentencia en examen la Sala dice que:

“De otra parte, la actora pretende que se le reintegre en el cargo que venía desempeñando y que se ordene el pago de las prestaciones que dejó de percibir durante el tiempo de su ilegal separación, más los intereses legales. El efecto de la declaratoria de ilegalidad del acto administrativo con el que se destituyó a la actora se reduce a su extinción por razones de legitimidad y, como consecuencia de ello, la actora debe ser restituida al cargo que venía desempeñando; sin embargo, no procede la orden de pago de las prestaciones e intereses, pues, de conformidad con las disposiciones de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, vigente a la fecha de expedición del acto impugnado, sólo cabía la orden de pago de las prestaciones que dejó de percibir un servidor por su ilegal separación, *si éste era de carrera*, lo que no consta en el proceso para el caso de la actora.” [énfasis agregado]

En principio es de notar la *discriminación* entre funcionarios de carrera y los demás agentes del servicio público que no se encuentran bajo este régimen, es decir, que frente a la irregular destitución de un servidor público, el juzgador recompone o no la situación quebrantada por una actuación ilegal y por tanto arbitraria, mirando la condición jurídica de cada servidor.

Es concluyente de acuerdo a la sentencia que examinamos, que en tratándose de un servidor público de carrera, ha lugar la recomposición en caso de su ilegal destitución, mas no se procede de similar forma cuando se destituye ilegítimamente a otro funcionario público, de lo que surgen varios cuestionamientos, a saber: ¿acaso ambos no prestan su contingente laboral para el servicio a la comunidad? ¿acaso un acto ilegal es reprochable solo si se tratan de determinadas personas o acogidas a determinados regímenes jurídicos?

Los efectos perniciosos de todo acto al margen de la norma jurídica, deben ser censurados por el solo hecho de su arbitrariedad, ellos implican *per se* no solo daños a quienes son sus destinatarios directos, sino además socavan los cimientos mismos del paradigma constitucional, pues no se emplean mecanismos que hagan posible el real sometimiento del poder a derecho, y por el contrario, se deja un margen actuación abusivo por el grado de impunidad del cual se beneficia la administración, pues al destituir a funcionarios al corriente de que se lo hace de modo ilegal, se conoce de antemano que en el peor de los eventos lo reincorporará a su lugar de trabajo, sin tener que restituir las remuneraciones que dejó de percibir durante el tiempo que fue separado ilegítimamente, no obstante el perjuicio que le causaron por el solo hecho de haberlo dejado sin su medio de sustento.

Situación inadmisibles si consideramos el derecho de las personas a no ser discriminadas bajo ningún concepto, conforme a las disposiciones constitucionales que deben ser aplicadas de modo directo y por encima de cualquier norma secundaria.

En todo caso, el punto básico al menos en esta ligera reflexión, es el poco desarrollo de los principios constitucionales dentro de las sentencias a este nivel, y que merecen ser objeto de corrección pues no pueden ser soslayados cuando por el contrario éstos deben ser irradiados por todo el sistema.

Retomando el análisis de la sentencia, la Sala concluye y resuelve que:

“Por las consideraciones vertidas, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se casa la sentencia y, en virtud del artículo 16 de la Ley de Casación, se acepta parcialmente la demanda, declarándose la prescripción de la potestad sancionatoria de la Autoridad en el presente caso y, por tanto, la ilegalidad de la Acción de Personal No. 200 RH VCM E 2003, de 26 de marzo de 2003, materia de este proceso. Se ordena la restitución de la actora al cargo que venía desempeñando en el Hospital Vicente Corral Moscoso, en el plazo previsto en el artículo 207 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.” [énfasis agregado]

De lo citado se infiere enseguida que:

- i.* El artículo 59 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa dispone en lo que nos concierne que: “Son causas de nulidad de un resolución o del procedimiento administrativo: a) La incompetencia de la autoridad, funcionario o empleado que haya dictado la resolución o providencia...”
- ii.* La competencia en materia administrativa se encuentra distribuida en razón de grado, territorio, materia y tiempo, debiendo entenderse a esta última como:
[La] “Competencia que asigna idoneidad al órgano público para que conozca y resuelva los asuntos que le están atribuidos solo dentro del periodo previamente fijado en la ley; lo cual significa que toda resolución expedida fuera de ese lapso, se la realiza cuando esa competencia ha precluido. Preclusión que torna incompetente al órgano público, ya que el derecho a decidir terminó.⁵¹” [énfasis agregado]
- iii.* En la sentencia en examen se establece que la potestad sancionadora prescribió por no haberse notificado el acto administrativo en el que se destituyó a la recurrente.

En orden, si prescribió la potestad sancionadora de la administración -como lo señala el órgano jurisdiccional- y no obstante de ello, la recurrente fue separada de su cargo mediante el acto administrativo en referencia, es concluyente que ésta fue destituida por una autoridad incompetente en razón al tiempo, pues al no ser notificada del acto sancionador dentro del término establecido por la Ley, el acto fue inoponible y por el transcurso del tiempo fue viciado con nulidad insanable de conformidad al artículo 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo.

Entonces, frente a un acto nulo y no anulable es de indagar los efectos jurídicos de uno y otro radical en la determinación de la situación jurídica de la recurrente, así, el

⁵¹ Patricio Secaira Durango, “Curso Breve de Derecho Administrativo”, Editorial Universitaria, Primera Edición, Quito 2004, pág . 130

primero difunde efectos *ex tunc*, esto es, “desde entonces”, mientras que, el segundo, tiene efectos *ex nunc*, “desde ahora”, por tanto, a la recurrente, no solo que se le debió restablecer a su puesto de trabajo, sino además se le debió restituir todos las remuneraciones que dejó de percibir por la ejecución de un acto administrativo, emitido para quien es su destinataria, sin competencia.

La equívoca doctrina sentada por el tribunal de casación, lesiona el interés general al establecer que la actuación de la administración sancionadora fuera de los lapsos establecidos en la ley, implica únicamente un acto anulable, tesis jurídica que al multiplicarse a futuro potencialmente puede generar una suerte de auspicio de la arbitrariedad administrativa cuando destituye a un agente del servicio público –que no es de carrera, más allá de las consideraciones de discriminación efectuadas *ut supra*–, al margen de la competencia que en virtud del tiempo tiene, generándole una lesión del derecho del servidor separado irregularmente, y que no será restituida en mérito a la dimensión del daño sufrido, bajo el argumento manifestado por la Sala de lo Contencioso Administrativo como se mira en el caso de marras, vulnerando el derecho al debido proceso y seguridad jurídica y permitiendo que el principio de legalidad al que debe atender la administración sea batido por esta doctrina jurisdiccional.

Bajo esta concepción la administración si pretende separar a un servidor, le bastará con destituirlo más allá de si es competente o no para hacerlo, pues en el peor de los casos, y después de todo un proceso judicial, el perjuicio económico y el tiempo invertido por el destituido, lo que ocurrirá es su restitución sin que nada tenga que restituirse en relación a sus remuneraciones.

iii. Otro ejemplo lo podemos observar en la sentencia expedida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la extinta Corte Suprema de Justicia, el 1 de marzo de 2006, expediente No. 55, publicada en el Registro Oficial No. 338 de 21 de agosto de 2006, contiene otro caso que sienta una doctrina errónea respecto a la concepción del principio de proporcionalidad en la imposición de la sanción a un juez infractor como pasamos brevemente analizar:

Antecedente.-

El Juez Décimo Segundo de lo Civil de Pichincha, interpuso recurso subjetivo o de plena jurisdicción por el que impugnó la resolución del Pleno del Consejo Nacional de la Judicatura, mismo que culminó con el procedimiento administrativo iniciado en mérito a la queja que presentó en su momento el Contralor General del Estado, en contra tanto del mencionado recurrente como del Juez Décimo Primero de lo Civil de Pichincha.

A través de la impugnada decisión administrativa, se declaró firme la resolución expedida por la Comisión de Recursos Humanos del Consejo de la Judicatura, que determinó a su vez, la destitución del cargo para el Juez Décimo Segundo de lo Civil de Pichincha en mérito básicamente a dos razones:

- i.* Por actuar sin competencia en la tramitación y resolución de una acción de amparo constitucional respecto de un examen especial efectuado por la Contraloría General del Estado; y,
- ii.* Por no despachar el escrito de aclaración y ampliación de una providencia, mediante la cual el destituido Juez, elevó una consulta al Tribunal Constitucional a fin de que dirima el conflicto de competencia surgido entre el destituido y el Juez Décimo Primero de lo Civil de Pichincha.

Doctrina errónea.-

Establecido el antecedente, la Sala de lo Contencioso Administrativo procede al respectivo análisis y en su Décimo considerando expresó que:

“[...] En materia de sanciones se debe tener presente el numeral 3 del artículo 24 de la Constitución Política de la República que dispone: "Las leyes establecerán

la debida proporcionalidad entre infracciones y sanciones...". Con fundamento en el denominado principio de proporcionalidad de las penas, todo orden jurídico democrático dispone que las medidas o sanciones adoptadas dentro de cualquier procedimiento judicial o administrativo deben ser proporcionales con los hechos o actos establecidos como infracciones. De esta forma, la responsabilidad administrativa se gradúa de acuerdo con la falta cometida y no solo cumple una acción represiva, por lo coercitivo de la sanción, sino también preventiva, pues, conocida la consecuencia de la probable desviación, reduce la posibilidad de que otros funcionarios incurran en faltas. En este sentido, el referido principio de proporcionalidad constituye una exigencia para la Administración, ya que para fijar una sanción entre dos límites mínimo y máximo, deberá apreciar previamente la situación fáctica y atender al fin perseguido por la norma." [énfasis agregado]

Las consideraciones de la Sala discurren de manera correcta alrededor del principio de proporcionalidad, a observarse en todo procedimiento y proceso en el que se pretende la imposición de sanciones, como el caso en revisión, además, es de destacar que compartimos plenamente que la aplicación del aludido principio debe determinarse en función a la gravedad del hecho cometido por su agente, mas, esta acertada concepción, tiene un giro radical en la sentencia de la siguiente manera:

En la especie, se ha determinado que las actuaciones del [...] Juez Décimo Segundo de lo Civil de Pichincha, configuran una falta administrativa, por el incumplimiento de los deberes y obligaciones propios del juzgador; sin embargo, la sanción impuesta puede ser considerada como desproporcionada. En este punto, es preciso referirse a la sanción impuesta al Juez Décimo Primero de lo Civil de Pichincha [...]: noventa días de suspensión sin derecho a remuneraciones, en razón de su inhibición de conocer la tantas veces referida acción de amparo constitucional, sanción adoptada por la Comisión de Recursos Humanos dentro

del expediente administrativo iniciado en virtud de la queja presentada por el Contralor General del Estado en contra de los jueces Décimo Primero y Décimo Segundo de lo Civil de Pichincha. En el caso del Juez [Décimo Primero] se observa que la sanción es menos rigurosa que en el caso del recurrente, [Juez Décimo Segundo]. Esto lleva a concluir que existe una desproporción en la sanción impuesta al recurrente, lo que estaría en contraposición con el artículo 24, número 3 de la Constitución Política y con el artículo 17, letra f) de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura, cuerpos jurídicos que consagran el principio de la proporcionalidad de la pena o sanción. En consecuencia, esta desproporción en la sanción establecida por la Comisión de Recursos Humanos del Consejo constituiría una violación de la ley, lo cual afectaría a la legalidad del acto administrativo." [énfasis agregado]

Finalmente en función de estos fundamentos, la sentencia resolvió lo siguiente:

"ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se declara ilegal el acto administrativo impugnado, en los términos de los considerandos noveno y décimo, acto que se encuentra contenido en la resolución adoptada por el Pleno del Consejo Nacional de la Judicatura..." [énfasis agregado]

De lo anotado, se puede vislumbrar una errónea doctrina que lesiona el interés general, la que se circunscribe al equívoco análisis que efectuó la Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia respecto a la diferencia de las sanciones impuestas a uno y otro juez para determinar la violación del principio de proporcionalidad de la sanción.

Si bien la diferencia de sanciones entre los jueces, es un dato relevante para entrar a analizar la actuación administrativa en el procedimiento sancionatorio, aquello no significa que tal comparación sea inmediatamente una vulneración del principio de proporcionalidad en la sanción impuesta por lo siguiente:

1. La responsabilidad por infracciones administrativas -y de toda índole- es de carácter personal, *ergo* la sanción como consecuencia de un hecho constitutivo de infracción, se la impondrá a su agente.
2. En la esfera normativa, a cada infracción le corresponde una sanción.
3. El principio de proporcionalidad implica la correspondencia entre el hecho objeto de sanción y las medidas adoptadas, debiendo el juzgador analizar cada caso en particular, o dicho de otro modo, la potestad sancionadora debe observar la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción impuesta a *quien* la cometió, mas la valuación de la sanción solo procede luego de haber efectuado una ponderación o juzgamiento individual del agente activo del hecho reprochable.

Ampliando lo dicho, las sanciones conllevan la ineludible situación de una responsabilidad personal, esto es y cómo no puede ser de otra manera, solo aquel que cometió el hecho conforme a la tipología establecida en la ley, puede ser sancionado, considerando que la sanción que se le impone, debe ser ajustada precisamente a la gravedad del hecho que ha perpetrado.

En esa orientación, el principio de proporcionalidad solo tiene sentido entre el hecho cometido por el individuo infractor y la sanción que éste merece, por lo que es de suma relevancia para el test de proporcionalidad el análisis de la situación fáctica del individuo infractor a efecto de conmensurar la sanción que se le ha de imponer.

En el caso planteado, frente a la existencia de dos sanciones diferentes, ésta situación más que restringir el objeto de análisis para el control de legalidad, debió conducir a la Sala de lo Contencioso Administrativo, a la apertura de un panorama diverso de problemas jurídicos que pueden ocultarse en esas diferencias.

Por ello, sin obstar de que las sanciones de los dos jueces infractores, devienen del mismo procedimiento administrativo instaurado previo a una queja por hechos que los atañen en diversa medida a ambos, se deben disgregar y ponderar dichas actuaciones en su contexto individual, es decir, en función a la conducta de cada uno.

Aún en la hipótesis de que tales hechos, aunque diferentes, implicaren la misma intensidad en cuanto a la gravedad del daño a los deberes de juzgadores, lo que correspondía y corresponde analizar, era la debida adecuación entre dicha gravedad y la consecuente sanción de *manera individual*.

No se puede tomar como elemento fundamental a fin de determinar la vulneración del principio de proporcionalidad, la simple *comparación de sanciones* para conocer si efectivamente la administración, en la destitución del Juez Décimo Segundo de lo Civil de Pichincha, incurrió en la violación de tal principio, puesto que aquello sería transmutar de manera irreal la conducta y su consecuente tasación represiva, a un individuo diferente que por hechos parecidos o iguales que haya perpetrado, deben ser vistos, analizados y ponderados en su contexto fáctico e individual, sin perjuicio de que merezcan similar reproche.

La sentencia establece que frente a la situación de dos jueces infractores -por hechos distintos-, sancionado el uno con su destitución; y, el otro, con 90 días de suspensión, se evidencia la vulneración del principio de proporcionalidad en la situación del primero, puesto que se le impone una sanción más grave que la del segundo.

De ello se evidencia un error en la doctrina sentada por el juzgador en esta sentencia, al considerar que el aludido principio de proporcionalidad es inequívocamente vulnerado por la sola comparación de las sanciones impuestas a los jueces dentro del procedimiento administrativo confirmado por el Consejo de la Judicatura, de tal manera que, *“según el Tribunal de Casación el principio en comento, no se encontraría en el hecho cometido por cada individuo, sino en la comparación de sanciones que se les impongan a uno y otro.”*

Se busca de manera errada, el test de cumplimiento del principio de proporcionalidad en la sanción impuesta al otro individuo, que más allá de haber estado dentro del mismo procedimiento sancionatorio, su conducta es distinta y bajo otras circunstancias, o incluso siendo iguales, los sujetos deben responder de manera personal,

por tanto el principio de proporcionalidad se asienta en la relación de la sanción de acuerdo a la gravedad del hecho y no en función de la sanción de otro individuo.

La comparación de las sanciones ciertamente puede ser un indicio de radical importancia para quien efectúa el control de legalidad, puesto que siendo el resultado de un procedimiento administrativo que conllevó, al menos en teoría, un proceso lógico de interpretación, análisis y aplicación de reglas frente a los hechos puestos en conocimiento del juzgador, éste es un indicativo de que el resultado de ese proceso, la sanción, no es adecuado quizá por los siguientes motivos:

- i.* Carecer de razonabilidad;
- ii.* Vulnerar el carácter gradual de la sanción en mérito a la gravedad del hecho;
- iii.* Realizar una indebida connotación en cuanto a la actividad lógica que el juzgador debió efectuar;
- iv.* Indebida aplicación de la norma adecuada al caso; o,
- v.* Equívoca interpretación de la norma aplicada.

Mediante la comparación de sanciones en las circunstancias del procedimiento administrativo que culminó con la sanción de los aludidos jueces, se abre un abanico de posibilidades para ejercer el control de legalidad, luego del cual, podremos determinar si efectivamente se vulneró o no el principio de proporcionalidad.

La equívoca doctrina sentada por el tribunal de casación, lesiona el interés general al vulnerar el derecho al debido proceso, a la seguridad jurídica y a la justicia, por la potencialidad de multiplicarse la doctrina comentada en futuros fallos, haciendo del principio de proporcionalidad un ejercicio metodológico de comparación de sanciones, dejando en serio riesgo de inocuidad a la potestad sancionadora de la administración, frente a conductas infractoras de sus agentes, puesto que cualquier procedimiento sancionador emprendido en su contra, es endeble si los sancionados solicitan o alegan la comparación de sus sanciones respecto a otros, a fin de obtener un mínimo de sanción, dejando de lado la responsabilidad que ciertamente puede tener.

En un Estado constitucional de derechos y justicia, el sometimiento de la Administración a derecho es uno de sus rasgos más notables, por lo que efectivamente el control que efectúan los órganos jurisdiccionales deben apuntar precisamente a ese fin, sin embargo, tampoco ello debe significar que por doctrinas como la que acabamos de analizar, se deje inerte a ese poder sancionatorio de la Administración, necesario para separar al agente del servicio público que no tiene la aptitud, actitud ni la probidad para ser parte del servicio a la comunidad, y alejar a quien le puede causar daño por no cumplir a cabalidad sus funciones.

En todo caso, las sentencias han sido expedidas y es de interrogarse:

- ¿cómo se podría evitar la propagación de estas doctrinas perniciosas para el interés general?
- ¿es posible corregir en nuestra realidad jurídica esta doctrina errónea?
- ¿se podrá sentar una nueva doctrina sobre el tema específico?
- ¿existe una técnica que permita un nuevo debate sobre la doctrina errónea, sin que aquello implique un nuevo juzgamiento para las partes procesales?

Éstas sentencias invitan a reflexionar sobre la necesidad de debatir nuevamente las doctrinas que ellas determinan a fin de evitar su proliferación a futuro, puesto que la ley, los principios y las instituciones jurídicas deben ser entendidas, interpretadas y aplicadas en los diversos conflictos en su correcta dimensión.

Es incuestionable que la legislación ecuatoriana, no cuenta con un medio jurídico que permita la revisión de las doctrinas erróneas expedidas por nuestros tribunales, *considerando que en nuestro medio este tipo de sentencias lamentablemente no son escasas*, y que bajo la potencialidad de repetirse a futuro lesionando el interés general, no es mucho lo que se puede hacer, más que esperar que los tribunales no las repitan, cuando en un nuevo paradigma de estado en el que no existen *señores del derecho*, se debe analizar la posibilidad de discutir nuevamente sobre dichas doctrinas a fin de que no se perennicen, para lo cual, es necesario indagar sobre una técnica que *al margen de lo juzgado* permita el control de las

enseñanzas -en lo que cabe el término- sentadas por los órganos jurisdiccionales en el orden contencioso administrativo, contribuyendo al enriquecimiento de la discusión jurídica y académica en nuestra realidad, y a la vez, sea un medio por el cual, también se desnude, transparente y examine la actuación del juzgador, al indagar directa o indirectamente en su forma de pensar y de actuar en casos determinados, o también servir como un escenario en el que el juzgador puede legitimar su actuación, elementos estos, que pueden ser además determinantes al momento de fiscalización cuando de tamizar la calidad, los perfiles y por qué no, las conductas de nuestros tribunales se trata, para finalmente dejar sentada la doctrina que se considera debida previa su postulación al debate.

El recurso planteado como solución a la problemática expuesta, debe ser visto incluso desde su *potencial* utilidad, esto en mérito a que si bien la orientación de este trabajo es proponer un medio por el cual se puedan abrir nuevos debates sobre las doctrinas que los tribunales en el orden contencioso administrativo expidan, sin modificar o cambiar la situación juzgada, y garantizando la tutela del interés general, se ha de entender que la discusión sustancial sobre tales doctrinas consideradas erróneas, dependerá de la especificidad propia de cada caso, a los elementos sociales y económicos, principios, derechos y valores en él comprometidos, que obedecerán a su vez, a cambios y concepciones sociales, económicas y jurídicas que mutan e influyen en el derecho y en el interés general, abriendo una diversidad de materias a discutir cuya tasación es de difícil conmensurabilidad, he ahí una de las bondades del recurso bajo las características indicadas en este estudio, que radica precisamente en proporcionar un medio jurídico que canalice la revisión de las sentencias en las visiones de un mundo cambiante y que quizá no lo miramos.

La inclusión de un recurso de casación en solo interés de la ley en la legislación ecuatoriana, resulta un medio cuya función no depende de la adaptación a una vieja o nueva estructura en el orden contencioso administrativo, o del mantenimiento o expedición de un nuevo cuerpo normativo moderno para esta materia –que ciertamente lo requiere-, ni de estabilidad o cambios de jueces, pues, con o sin nueva ley, y/o nueva

estructura, y/o nuevos jueces, y/o propuestas valederas y novedosas para solucionar los problemas que ya han sido identificados y denunciados hace mucho tiempo atrás respecto a los inconvenientes que aquejan a la jurisdicción contencioso administrativa, los tribunales de la materia, tienen que expedir sentencias por ser esa su obligación-función constitucional y legal, y que siendo producto del intelecto humano, *nada ni nadie puede garantizar su perfección, ni doctrinas jurídicas siempre correctas y acertadas*, más allá de que si estos nuevos o viejos elementos estructurales, normativos y abundamiento en descripciones, análisis e identificación de problemas y soluciones a la actual jurisdicción contenciosa administrativa ecuatoriana, son de extraordinaria concepción o utilidad.

El recurso de casación en solo interés de la ley, sería un medio extraordinario, subsidiario, abierto para todo aquel que tenga interés legítimo, al margen de lo juzgado y en defensa del interés general, que auxiliaría a los propios órganos jurisdiccionales contencioso administrativos para corregir sus doctrinas en función con ocasión de la tutela interés general efectuada desde la posición de otros sujetos.

V

Conclusiones

1. La Ley de Casación ecuatoriana, al tratar y regular de modo general el referido recurso para todas las materias, deja de lado las particularidades y requerimientos propios del Derecho Público.

La presencia del principio dispositivo en la casación, cuya inclinación atiende más a una concepción propia del derecho privado, impide al juzgador la revisión integral de todos los puntos de la sentencia más allá del *thema decidendum* establecido por los

recurrentes; de igual manera excluye la posibilidad de interponer el recurso por quien tenga interés legítimo sobre lo sentenciado.

2. El recurso de casación en la legislación ecuatoriana, hace posible que la Sala Especializada de lo Contencioso-administrativo de la Corte Nacional de Justicia, efectúe el control de legalidad de las sentencias emitidas por los Tribunales Contencioso-administrativo del país, anulándolas o corrigiéndolas cuando contienen errores ya sea en el derecho sustancial o en el de procedimiento.

En ese sentido, el recurso de casación refiriéndonos a esta materia, cumple primordialmente con su función nomofiláctica y, secundariamente, repara la injusticia que pudo haberse cometido por la indebida aplicación de la ley a una de las partes litigantes.

Empero, estas finalidades resultan ineficaces a efecto de desarrollar un control de legalidad integral en el ámbito contencioso-administrativo, toda vez que no comprenden una revisión de doctrinas legales emitidas o agregadas en las sentencias por los tribunales contencioso-administrativos, en proyección a las repercusiones futuras para el interés general.

3. Conforme hemos revisado, el recurso de casación en interés de la ley, posee una finalidad distinta a la nomofilaxis y ajena totalmente a la satisfacción del interés de las partes; y más bien su función radica en el establecimiento del verdadero alcance de la ley, corrigiendo sentencias erróneas que afectan gravemente el interés general por la posibilidad de multiplicarse en el futuro. Motivación que consideramos apropiada para las finalidades perseguidas con el recurso que se propone en este estudio, sin embargo, no podemos dejar de lado las falencias que afronta esta modalidad de recurso de casación, de lo cual bien podemos subsumir lo que sigue:

3.1. En el recurso de casación en interés de la ley, la legitimación activa la ostenta únicamente la Administración pública y el Ministerio Fiscal; situación que genera una

contradicción con la etiología del recurso en sí, pues en esas circunstancias más que servir al interés de la ley, es un recurso en interés de la Administración. Privilegio inaceptable en un Estado constitucional de derechos y justicia por romper el principio de la igualdad ante la ley consagrada en el vigente texto constitucional ecuatoriano, por tanto, no se podría aceptar la introducción de un recurso con tal desequilibrio de oportunidades para interponerlo.

3.2. Entendemos que el *interés general* es un *valor*, un fin normativo, una ficción jurídica basada en el mejoramiento u optimización del disfrute de todos los bienes que una sociedad concibe como valiosos, es la expresión global de la comunidad y en consecuencia es un asunto que atañe a todos y cada uno de sus miembros; en esa virtud, es contradictorio que su tutela a través del recurso de casación en interés de la ley, se le atribuye a la Administración pública y Ministerio Fiscal de manera exclusiva y excluyente. Esta determinación en la legislación ibérica confunde la dimensión del interés general con su plasmación normativa, es decir con el interés público que no es otra cosa que una visión parcial y mediatizada del primero.

Recordemos que la diferenciación entre interés privado e interés público a efecto de justificar algún tipo de privilegio a favor de la administración, por la emersión de intereses mixtos o difusos queda como artificiosa y forzada por tanto, inaceptable para estructurar un recurso en interés de la ley.

En definitiva, la tutela del interés general debe provenir no solo de la Administración pública sino de cualquier posición de la comunidad, sin embargo, buscando el interés para recurrir o mejor dicho en procura de un real impulso a un recurso que cumpla con el fin propuesto, bien podría considerarse que a más de estar legitimadas las partes que intervinieron en el proceso, -por principio de igualdad ante la ley-, y que culminó con la sentencia cuya errónea interpretación legal es susceptible de impugnar, debe otorgarse además la legitimación activa a favor de quien tenga interés legítimo en recomponer esa equívoca interpretación. Técnica válida y a tono con el Derecho Procesal Administrativo.

4. Al comprender a través de la presente investigación que entre los rasgos característicos del juez en el Estado constitucional, es de difuminar la Constitución por el todo el entramado jurídico, *acercando a cada caso el derecho y no solo la norma específica*, hace necesario un control de la doctrina normativa que el juez va señalando en cada caso puesto a su conocimiento, sin que aquello signifique la posibilidad de que tal revisión se convierta en un medio más que busque satisfacer las pretensiones de las partes, sino que se oriente a inteligenciar para lo sucesivo el alcance interpretativo de una norma legal en la omnipresencia de la Constitución, el Derecho, sus principios y valores.

De ahí que la manifiesta necesidad de establecer un mecanismo que controle la doctrina legal la encontramos *i.* en el nuevo paradigma que significa el Estado constitucional de derechos, *ii.* en la necesidad de defender el interés general, *iii.* en requerimiento de difuminar las disposiciones constitucionales y sus valores en todo el ordenamiento jurídico y en todo conflicto puesto a resolución de los jueces.

5. La revisión integral de la actividad de la administración a la que hemos hecho referencia debe ser establecida a toda doctrina legal sentada por cualquier juzgador. Debiendo tener presente que sus interpretaciones y aplicaciones legales deben sujetarse al canon constitucional y al mantenimiento de la interpretación que más favorezca a la efectiva vigencia de los derechos y garantías de las personas.

Por tanto, siendo insuficiente el recurso de casación en materia contencioso-administrativa establecido en nuestra legislación para emprender una nueva revisión de sentencias erróneas que lesionan gravemente al interés general por su posible reiteración en el futuro, se hace necesario establecer un recurso extraordinario en solo interés de la ley que acoja únicamente la motivación establecida en el recurso de casación en interés de la ley español.

VI

Recomendaciones

Por lo expuesto se recomienda que:

1. Se debe regular de manera especializada el recurso de casación en materia contencioso-administrativa a efecto de atender las particularidades propias del Derecho Administrativo, el Derecho Procesal Administrativo y sobre todo a los postulados del Estado constitucional de derechos y justicia, respeto a los derechos fundamentales y proscripción del ejercicio arbitrario del poder.
2. Considerando la utilidad de los fines perseguidos por el recurso de casación en interés de la ley, en el Ecuador se estudie y analice la inclusión de un *recurso extraordinario en el solo interés de la ley*, con las siguientes características:
 - Que proceda en contra de sentencias firmes.
 - Para su interposición se considere un término que no exceda de los noventa días contados a partir de la ejecutoria de la sentencia.
 - Su legitimación activa se establezca tanto para las partes procesales, así como todo aquél que acredite interés legítimo sobre el asunto.
 - Este nuevo debate jurídico no debe implicar de modo alguno, cambios en la situación jurídica de las partes procesales que se impugnaría mediante el recurso propuesto, es decir, no es una nueva oportunidad para satisfacer el interés de los litigantes.
 - Que examine toda sentencia en el ámbito de lo contencioso-administrativo incluyendo las expedidas por la Corte Nacional de Justicia.
 - La motivación del recurso debe ser la errónea interpretación legal contenida en una sentencia que lesiona gravemente el interés general por la posibilidad de ser reiterada en el futuro.

- El órgano encargado de conocer este recurso debe ser la Corte Constitucional, quien se encargaría de fijar el verdadero alcance de la norma legal a tenerse a futuro en los cánones constitucionales, evitando su propagación y protegiendo de tal manera el interés general.

La propuesta debería desarrollarse mediante una reforma legal en la vigente Ley de Casación, siendo lo ideal, enmarcarla en un cuerpo normativo renovado, acorde al nuevo paradigma de Estado, y que situé a éste tipo de recurso de casación con toda la regulación pertinente como un instituto procesal propio del orden contencioso-administrativo.

Bibliografía

1. Benalcázar Guerrón, Juan Carlos, *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*, Quito, Andrade & Asociados, Fondo Editorial, 2007.
2. Calamandrei, Piero, *La Casación Civil: Historia y Legislaciones volumen I*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.
3. Chiovenda, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Civil: Tomo III*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1940.
4. Couture, Eduardo, *“Fundamentos del Derecho Procesal Civil”*, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2002.
5. Devis Echandia, Hernando, *Teoría General del proceso*, Buenos Aires, Editorial Universidad S.R.L, 2004.
6. Fiorini, Bartolome, *Que es el contencioso*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1965.
7. García de Enterría, Eduardo y Fernández Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas Ediciones, 2005.
8. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Teoría General del Derecho Procesal*, Buenos Aires, Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera, 1999.
9. Iglesias Canle, Inés Celia, *El Recurso de Casación Contencioso Administrativo*, Valencia, Tirant lo blanch, 2000.
10. Jirón Vargas, Enrique; Mery Bravo, Sergio; Saric Paredes, Alejandro, *Lo contencioso-administrativo*, Santiago de Chile, Editorial Jurídico de Chile, 1959.
11. Secaira Durango, Patricio, *Curso Breve de Derecho Administrativo*, Quito, Editorial Universitaria, 2004.
12. Zavala Egas, Jorge, *Introducción al Derecho Administrativo*, Quito, Edino, 2003.
13. Zagrebelsky Gustavo, *“El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia”*, Madrid, Editorial Trota, 2009.