

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría Profesional en Derecho Administrativo

Las medidas cautelares dentro del proceso contencioso administrativo

Carlos David Coello Jácome

Tutora: María del Carmen Jácome Ordóñez

Quito, 2019



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Carlos David Coello Jácome, autor de la tesis intitulada “Las medidas cautelares dentro del proceso contencioso administrativo”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno 6 de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Administrativo en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador y en tal virtud.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo, por lo tanto, la Universidad utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en formato virtual, electrónico, digital u óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha. 09 de julio de 2019.

Firma:

Resumen

A través de la justicia contencioso administrativa se pretende controlar la legalidad del actuar de la administración y con ello asegurar el equilibrio entre poder y libertad de las relaciones que se producen entre las instituciones del Estado y los ciudadanos; sin embargo en la realidad procesal ese control se mira generalmente lejano ya que la falta de celeridad en los procesos judiciales o el propio proceso impugnatorio en sí mismo, provoca efectos negativos para los derechos e intereses de los ciudadanos que se ven sometidos a los efectos de las actuaciones administrativas, sin importar si estas han sido o no ajustadas a Derecho ya que, tales actuaciones de la administración, gozan de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad y a pesar de que estas puedan ser impugnadas judicialmente continuarán surtiendo sus efectos lo que podría devenir en la frustración de las pretensiones de quienes ejercen la acción impugnatoria por cuanto el paso del tiempo y la prerrogativa estatal de la ejecutividad de las actuaciones administrativas podrían devenir en la ineficacia del proceso judicial, vulnerándose de esta forma el acceso a una tutela judicial efectiva.

Frente a esta realidad, surgen las medidas cautelares como un mecanismo legal que busca asegurar la tutela judicial efectiva y la eficacia de las sentencias, siendo necesario para el efecto que en la normativa procesal se establezca la posibilidad de adoptar estas medidas, bajo parámetros determinados para su concesión, y con un enfoque de plena jurisdicción; es decir, concediendo a los juzgadores la capacidad de conceder medidas cautelares según las particulares circunstancias de cada caso, para así asegurar la eficacia de las sentencias y con ello la tutela judicial efectiva.

Es por ello, que en el presente estudio, se realizará un análisis de qué son las medidas cautelares, es decir como estas se definen, cuál es su naturaleza y además cuáles son sus características y presupuestos de concesión a fin de poder determinar que su establecimiento en los ordenamientos jurídicos busca salvaguardar el acceso real a una tutela judicial efectiva, vista como una garantía a la que tienen derecho los ciudadanos, garantía que se mira desde las perspectivas de acceso a la jurisdicción, celeridad procesal y por sobre todo eficacia de las resoluciones judiciales.

Dedicatoria:

A Dios, por cuya intercesión e infinita bondad todo es posible.

A mis padres, que son la fuente de mi inspiración y los gestores de todos mis logros.

Tabla de contenidos

Introducción	11
Capítulo Uno	13
Las medidas cautelares y los presupuestos para su concesión en el proceso contencioso administrativo.	13
1. Breves antecedentes de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo.	14
1.1. Derecho Inglés	14
1.2. Derecho Francés	16
1.3. Derecho Español	19
2. Naturaleza jurídica de las medidas cautelares.	21
3. Definición	25
4. Características de las medidas cautelares	27
4.1 Provisionalidad	28
4.2 Instrumentalidad	29
4.3 Discrecionalidad	30
4.4 Jurisdiccionalidad	31
4.5 Variabilidad	32
5. Clases de medidas cautelares	33
5.1. Medidas cautelares preventivas	34
5.2. Medidas cautelares conservativas	34
5.3. Medidas cautelares anticipativas	35
5.4. Medidas cautelares de suspensión del acto	36
6. Finalidad de las Medidas Cautelares	37
7. Presupuestos de concesión de las Medidas Cautelares	42
7.1.- Verosimilitud del derecho (Fumus boni iuris)	44
7.2.- Peligro en la demora (Periculum in mora)	46
7.3- Prestación de una contracautela	48
7.4.- Falta de identidad entre el objeto de la prestación cautelar y la acción de fondo.	49
8.- Extinción de las medidas cautelares	50
Capítulo Dos	53
Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo ecuatoriano	53
1.- Establecimiento de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo ecuatoriano.	53
2.- La Medida Cautelar de suspensión del acto administrativo de conformidad con el Código Orgánico General del Procesos	72
2.1. Petición de parte	73
2.2. Suspensión del acto administrativo	74

2.3. Juicio provisional e indiciario favorable a la pretensión exhibida	77
2.4. Retardo en la decisión de la causa pueda afectar irremediablemente el derecho opuesto	80
2.5. Razonabilidad de la medida	84
3. Requisitos formales para proponer la suspensión del acto administrativo como medida cautelar de conformidad con el Código Orgánico General de Procesos	88
3.1. Solicitud escrita ante la autoridad competente	88
3.2 Legitimación para solicitar la medida cautelar	89
3.3. Momento procesal	90
4. Impugnabilidad de la resolución que concede o deniega la medida cautelar de suspensión del acto administrativo.	98
5.- Las limitaciones de la tutela cautelar en el contencioso administrativo ecuatoriano	108
Conclusiones	119
Bibliografía	121

Introducción

Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo ecuatoriano tuvieron un desarrollo tardío toda vez que apenas en la derogada Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de 1968 se estableció la posibilidad de suspender el procedimiento de ejecución coactiva mientras se tramitaba la causa en el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, lo que se podría considerar un esbozo de la tutela cautelar, pero sin que de forma concreta se pueda hablar de medidas cautelares. Es así que, luego de más de 40 años, en el 2015, con la expedición del Código Orgánico General de Procesos, recién podemos hablar de medidas cautelares, de hecho tan solo de la posibilidad de suspender los efectos de los actos administrativos impugnados.

La falta de celeridad en la tramitación de los procesos judiciales, y en especial en los procesos contencioso administrativos, constituye una seria amenaza a la tutela judicial puesto que la lentitud en recibir una sentencia definitiva en esta clase de procesos puede provocar que los derechos e intereses de quienes impugnan las decisiones estatales se empeoren por el transcurso del tiempo o las resoluciones judiciales que se emitan carezcan de eficacia. Por estas razones y a fin de contrarrestar los abusos del privilegio de autotutela del que goza la administración, se hace necesario contar con mecanismos procesales que aseguren una tutela judicial efectiva.

Bajo las premisas antes señaladas, en el desarrollo de la investigación se analizarán las medidas cautelares, desde el punto de vista doctrinario y normativo, sus características y presupuestos de concesión y cómo estas buscan ser instrumentos de salvaguarda de la tutela judicial efectiva. Para el efecto se elaborará un análisis comparativo con las legislaciones de Colombia, Costa Rica y España, a fin de determinar puntos de conexión entre estas y la ecuatoriana.

La investigación se realizará con base en fuentes bibliográficas y normativas, incluyendo derecho comparado; además se utilizará el método dogmático con la intención de analizar y desarrollar la teoría de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo ecuatoriano, utilizando para el efecto la técnica de análisis documental. De esta manera se abordarán tópicos como la naturaleza jurídica, definición, características,

clases y los presupuestos de concesión de las medidas cautelares desde una visión general para luego profundizar en el caso ecuatoriano.

Finalmente, tomando como punto focal el artículo 330 del Código Orgánico General de Procesos, se propenderá a determinar cómo deberían operar las medidas cautelares para que revistan carácter de instrumentos de protección del derecho a una tutela judicial efectiva.

Capítulo Uno

Las medidas cautelares y los presupuestos para su concesión en el proceso contencioso administrativo.

En los sistemas procesales de Ecuador, Colombia, Costa Rica y España se ha vuelto evidente, desde hace algunos años, la intensa actividad jurisdiccional. Esta realidad no es ajena al Ecuador, la consagración de la gratuidad de la justicia y las continuas relaciones entre el Estado y los particulares pueden considerarse elementos causales de este fenómeno procesal al que están sometidos los administradores de justicia en todas las materias; pero con un especial énfasis aquellos con competencia para la resolución de los conflictos con la Administración; es decir los jueces del “contencioso administrativo”. Este auge de judicialización, sumado en muchas ocasiones, a las desleales prácticas procesales de agotamiento al contrario -ya sea por contar con más recursos económicos o por ser titular de una ventaja legal- ha generado que obtener una sentencia, e idealmente con ello justicia, se convierta en un verdadero privilegio, mismo que en muchas ocasiones resulta utópico debido a que las decisiones judiciales (sentencias) terminan siendo ineficaces en relación con la pretensión procesal esperada, en razón del tiempo de demora de los procesos contencioso administrativos.

Ante estas situaciones, que perturban el derecho a gozar de una justicia expedita y eficaz, surgen las medidas cautelares como herramientas procesales que procuran impedir que el desmedido paso del tiempo en la emisión de una resolución obstruya la garantía de acceder a una tutela judicial efectiva.

La presente investigación tiene como propósito evidenciar la importancia de contar con un sistema de medidas cautelares dentro del proceso contencioso administrativo ecuatoriano puesto que sobre este tema en particular no se ha legislado a profundidad; sin embargo de haberse incorporado en el artículo 330 del Código Orgánico General de Procesos, la posibilidad de suspender los efectos del acto administrativo impugnado, hecho que representa un avance significativo en la incorporación a nuestro sistema jurídico de una tutela cautelar, que resulta insuficiente.

1. Breves antecedentes de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo.

1.1. Derecho Inglés

El desarrollo de la tutela cautelar en Inglaterra tuvo como antecedentes a los denominados <Contempt of Court e injunction>, medidas que tienen su origen en el Common Law¹ y que constituyen un mecanismo de autoprotección de los tribunales de justicia. Es menester recalcar que si bien este es un antecedente de la tutela cautelar, su desarrollo dista del que se generó en España y Francia, que estarán más acercados a nuestro sistema procesal.

Este sistema está configurado por cuatro aspectos fundamentales:

1. Es un instrumento consuetudinario en manos de los tribunales para hacer frente a cualquier comportamiento que perturbe el normal funcionamiento de la Administración de Justicia.
2. Es utilizable tanto frente a ataques a concretas actuaciones judiciales como frente a agresiones genéricas a la administración de justicia.
3. No es necesariamente un instrumento represivo o punitivo, sino que puede tener naturaleza preventiva.
4. Cuando tiene carácter represivo, es siempre constitutivo de delito².

La tutela cautelar en Inglaterra se ha denominado de *injunction* cuando su objetivo es ser una medida preventiva que prohíbe la realización de alguna actividad³; sin embargo también tiene naturaleza punitiva, cuando la medida consiste en una multa o sanción.

¹ Luis María Díez Picazo, “Parlamento, Proceso y Opinión Pública”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, <file:///C:/Users/lenovo/Downloads/Dialnet-ParlamentoProcesoYOpinionPublica-79336.pdf>.

² *Ibíd.*

En ese sentido, conforme enseña el profesor Aldo Zela Villegas la *injunction* se presentaría cuando “el sujeto que detenta una determinada titularidad puede prohibir al ofensor que continúe ejerciendo la actividad nociva a sus intereses. De este modo, el ofensor sólo puede llevar a cabo dicha actividad si es capaz de sobornar a la víctima (es decir, si es capaz de lograr su asentimiento)⁴”.

En los procesos civiles como medida de <injunction> podía darse que: “un ciudadano de Londres demandaba a un deudor que se encontraba fuera de la jurisdicción del Tribunal, por lo que el demandante podía solicitar el embargo de cualquiera de los bienes que aquel tuviere dentro de la jurisdicción⁵”.

Otra medida del Derecho Inglés, que se acerca a lo que constituyen las medidas cautelares, es el *Contempt of Court* o desacato a la Corte, que es “una vieja institución de muy difundida aplicación (...) [que se utiliza] en aquellos casos en que la sentencia civil no ha sido cumplida espontáneamente por el deudor y el juzgador ordena el arresto del demandado y/o el pago de una multa pecuniaria⁶”, por lo tanto tiene como propósito el evitar o de plano castigar conductas que tiendan a obstruir, perjudicar o abusar de la administración de justicia; puesto que lo que estas conductas provocan es la dilación y demora de la resolución del proceso, lo que termina perjudicando a los intereses que se encuentran en controversia. En el derecho inglés fue de aplicación en procesos civiles y penales.

De esta manera o a través de la incorporación de estas actuaciones, surgieron las medidas cautelares en el derecho inglés, el cual posteriormente evolucionó a un sistema de <interlocutory injunctions> “cuya finalidad era evitar que el demandado alterara el status quo en los juicios que no envolvían el pago de una suma de dinero, o prevenir la

³ Juan Carlos Marín González, “Notas sobre la tutela provisional en el derecho inglés: especial referencia a la freezing o mareva injunction”, *Revista de Derecho*, <<http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v13/art13.pdf>>.

⁴ Aldo Zela Villegas, *La tutela preventiva de los derechos (como manifestación de la tutela diferenciada)*, primera edición, (Lima: Palestra editores S.A.C, 2008), 118.

⁵ Luis María Díez Picazo, “Parlamento, Proceso y Opinión Pública”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, <<file:///C:/Users/lenovo/Downloads/Dialnet-ParlamentoProcesoYOpinionPublica-79336.pdf>>.

⁶ Aldo Zela Villegas, *La tutela preventiva de los derechos (como manifestación de la tutela diferenciada)*, primera edición, (Lima: Palestra editores S.A.C, 2008), 202.

comisión de un ilícito civil o evitar su continuación mientras se tramitaba la causa; medidas que, obviamente, se dictaban antes de que el tribunal hubiere establecido la responsabilidad en el fondo del demandado⁷”.

Como se desprende de las instituciones analizadas, las *injunction* y el *Contempt of Court*, se pueden considerar como antecedentes de las medidas cautelares por cuanto, como lo afirman los autores citados, Aldo Zela y Luis María Díez, su aplicación tiende a asegurar el cumplimiento de las decisiones del poder judicial evitando que quien tiene la razón sufra por el desacato del vencido.

Es decir que una *injunction* es una orden de un tribunal “un remedio de equidad, que disuade a una persona de efectuar un acto específico, y, en ciertos casos excepcionales, requieren que lleve a cabo una actuación concreta”⁸.

1.2. Derecho Francés

Revisar la historia de las medidas cautelares en Francia resulta relevante por cuanto en esta parte del mundo tuvo su origen el derecho administrativo, fruto directo de la revolución francesa cuyo principal resultado fue la eliminación de la concentración de poderes que tenía hasta ese momento la monarquía francesa. Así se dio paso a la existencia de división de funciones en el Estado francés, las cuales manejarían sus responsabilidades con total independencia y bajo los presupuestos dictados por la Ley. De esta forma fue que la administración alcanzó relevancia por su relación directa con los ciudadanos, puesto que las actuaciones de la administración debían garantizar sus derechos; surgiendo de esta forma el derecho administrativo como materia encargada de regular la actividad administrativa, así como las relaciones entre el Estado y los particulares.

Bajo las premisas del naciente Derecho Administrativo, aquellas controversias suscitadas en estas relaciones Estado – ciudadanos, se ventilaban a través de órganos especializados como el Consejo de Estado, entes en los cuales como sucede en los procesos judiciales se produce el paso de un amplio lapso de tiempo entre el planteamiento de la

⁷ Juan Carlos Marín González, “Notas la tutela provisiona en el derecho inglés: Especial referencia a la *freezing* o *mareva injunction*”, *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile), Vol. XIII (2002): 207-223.

⁸ *Ibíd*, 212.

demanda y la emisión de la sentencia definitiva, lo que puede causar que la medida judicial no sea efectiva, siendo fuente de inconvenientes que afectan la correcta ejecución de la sentencia.

Al respecto del tema en análisis, en el derecho francés se introdujeron las medidas cautelares para el proceso contencioso administrativo a través de un Decreto de 30 de septiembre de 1953, mediante el que se instauró como única medida al *surcis a l'exécution* o suspensión del acto administrativo, medida que estuvo dirigida a: “paralizar la eficacia de un acto administrativo ejecutable. Su éxito se condiciona a que el solicitante invoque motivos serios y fundados en apoyo a su demanda (*fumus boni iuris*) y que el daño ocasionado durante el tiempo de desarrollo del proceso contencioso administrativo sea difícilmente reparable (*periculum rei*)⁹”, se observa que el propósito de esta disposición legal fue suspender la ejecutividad¹⁰ del acto hasta el pronunciamiento de la acción principal, con el fin de que no se cause perjuicio con la ejecución del acto.

Esta disposición se mantuvo vigente hasta que, mediante Decreto 907 de 2 de septiembre de 1988, se produjo una importante innovación en materia cautelar con la cual se introdujo el *référé de provision*, esto quiere decir que estamos frente a “un juez administrativo de urgencia, que no juzga lo principal, que es la nulidad del acto, sino que dicta medidas cautelares, provisionales y rápidas, destinadas a salvaguardar los derechos y las libertades de los administrados¹¹”, que permite imponer a la Administración medidas de contenido positivo. En el mismo decreto también se estableció que en apelación o en casación se puede suspender un auto de cuya ejecución, pudieran derivarse consecuencias difícilmente reparables.

⁹ Ramón Parada, *Derecho Administrativo II*, 21 edición, (Madrid: Open ediciones Universitarias, 2014), 598.

¹⁰ Roberto, Dromi, *Acto Administrativo*, (Buenos Aires: ciudad Argentina, 2008), 389: Dromi define a la ejecutividad como el derecho a la exigibilidad y el deber de cumplimiento del acto [administrativo] a partir de su notificación.

¹¹ Colombia Consejo de Estado, “El rol del Juez Administrativo de Urgencia en Francia y los principales cambios en las líneas jurisprudenciales”, 21 de julio de 2018, <http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/biblioteca/revistas/edi01/doc/art7.pdf>

Posterior a ello en el derecho francés se expidió la Ley No. 2000 del 30 de junio de 2000, relativa a las medidas de urgencia ante las jurisdicciones administrativas, norma mediante la cual se establecieron las siguientes medidas:

1. Las medidas de urgencia comunes, como lo son la suspensión provisional del acto, la orden respecto de libertades fundamentales, la orden de conservación, la orden de revisión:
2. Las medidas cautelares de “experticia”, como la medida de constatación, la medida de instrucción y la medida de provisión:
3. Medidas de urgencia relativas a campos específicos.

Con la introducción de estas medidas de urgencia, en Francia se pretende que la justicia contencioso administrativa responda a las exigencias de eficacia y celeridad por parte de la ciudadanía y el juez tome decisiones acertadas en un corto tiempo.

Actualmente esta ley sufrió una reforma la cual permite que el Juez de Urgencias pueda decretar medidas más eficaces adecuadas para un mejor tratamiento de los litigios: “(...) debe pasar entonces, por tener en cuenta de manera global, la situación tanto de los requirentes como de las autoridades administrativas, con el fin de pronunciarse sobre unas medidas que permitan respetar los derechos de ambas partes, pero que sean realmente eficaces, por lo que sus funciones deben ser ampliadas y las medidas deben ser cada vez más obligantes y eficaces¹²”.

De lo que antecede se evidencia un aspecto que por ahora no se ha considerado en la legislación ecuatoriana y es la posibilidad de existencia de un juez de urgencia, que sea el encargado de expedir medidas cautelares en base al inminente daño que puede causar la demora del proceso principal y sobretodo que tenga la capacidad de contemplar las aristas del proceso contencioso administrativo que son los derechos del particular y el interés público de la administración.

¹² Colombia Consejo de Estado, “El rol del Juez Administrativo de Urgencia en Francia y los principales cambios en las líneas jurisprudenciales”, 21 de julio de 2018, <http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/biblioteca/revistas/edi01/doc/art7.pdf>

1.3. Derecho Español

Para concluir con el tema referente a los antecedentes de las medidas cautelares, nos referiremos al derecho español puesto que este tuvo gran influencia en la derogada Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa del Ecuador y para ello partimos de la concepción de que las medidas cautelares forman parte del derecho a la tutela judicial efectiva. Así podemos señalar que las medidas cautelares tendrían su origen sobre la base de lo que disponía el artículo 84 del Reglamento del Ministerio de la Gobernación de 30 de noviembre de 1870, prescripción normativa que se ha manifestado constituye la primera regulación de la suspensión del acto administrativo en la vía contenciosa y establecía que “Las órdenes dadas por el Ministerio en los expedientes particulares se habrán de ejecutar inmediatamente, no pudiendo suspenderse sus efectos sino cuando fuesen reclamadas en la vía contencioso administrativa, y pudiera su ejecución causar perjuicios a los intereses públicos, o daño irreparable a los particulares¹³”

Con posterioridad y con un mayor desarrollo de la única medida cautelar, que era la suspensión del acto administrativo, se expidió la Ley Jurisdiccional española conocida como Ley Santamaría de Paredes, la cual supeditaba “la suspensión al periculum rei, es decir a que, la ejecución del acto pudiera hacer peligrar la viabilidad posterior de la pretensión ejercitada¹⁴”. El artículo 122.2 de la ley en mención, de manera textual, señalaba lo siguiente: “Procederá la suspensión cuando la ejecución hubiese de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil¹⁵”.

De lo que antecede se desprende que la concepción de los daños que puede causar la ejecutoriedad del acto se amplió, por lo que se añadió como criterio a los “daños de difícil reparación”; y se contemplaba a la suspensión del acto administrativo en razón de que la

¹³ Jaime Rodríguez Arana Muñoz, “La evolución histórica de la suspensión del acto administrativo en vía contenciosa en el derecho español”, 30 de julio de 2018, <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/134523.pdf>>.

¹⁴ Ramón Parada, *Derecho Administrativo II*, 21 edición, (Madrid: Open ediciones Universitarias, 2014), 599.

¹⁵ España, *Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso administrativa*, Boletín Oficial del Estado 363, 28 de diciembre de 1956.

ejecución del acto pudiere hacer peligrar la eficacia de la sentencia, en otras palabras, el único presupuesto de concesión era el *periculum rei*.

Finalmente fue con la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa¹⁶, que constituyó un cambio radical en la forma de ver y sobre todo aplicar las medidas cautelares, que se determinó que la suspensión del acto administrativo era una medida insuficiente en los procesos de esta índole y se introdujo una importante reforma como es la posibilidad de que el Juez pueda adoptar cualquier medida cautelar que fuere necesaria, incluso las de carácter positivo, dejando abierta la posibilidad de conceder cualquier tipo de medida que ofrezca asegurar la eficacia de la sentencia futura. Por otro lado, la inteligencia de la norma establece las circunstancias que el juez tomará en consideración para aceptar las medidas cautelares, entre estas: la ponderación de todos los intereses involucrados en la controversia (público y particular), cuando la ejecución del acto hiciera perder la finalidad del recurso (ya no se habla de daños de difícil o imposible reparación) y que la concesión de las medidas cautelares pudiere perjudicar a los intereses generales.

De los breves antecedentes citados se evidencia que la evolución que han tenido las medidas cautelares en el derecho europeo, a diferencia del derecho ecuatoriano, en el cual las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo han sido poco o nada desarrolladas, a tal punto que el único instrumento que puede garantizar el derecho por la potencial demora del juicio Contencioso Administrativo, es la suspensión del acto administrativo, sin que se haya establecido en el orden jurisdiccional otra consideración adicional y esto tomando en cuenta que esta posibilidad de suspensión ha sido incorporada en una norma procesal reciente, esto es el Código Orgánico General de Procesos, que se publicó en el Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015, pero entró en vigencia doce meses después.

¹⁶ España, *Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso administrativa*, Boletín Oficial del Estado 167, 14 de julio de 1998.

2. Naturaleza jurídica de las medidas cautelares.

Para abordar este tema y poder determinar la naturaleza jurídica de las medidas cautelares en la jurisdicción contenciosa administrativa, es necesario partir de un concepto básico en el Derecho Administrativo que hace referencia a que las actuaciones de la Administración Pública se ven materializadas a través de actos administrativos, hechos administrativos, actos de simple administración y contratos administrativos que ostentan la característica esencial de ser ejecutivos y ejecutorios¹⁷; es decir que en virtud de la autotutela administrativa están llamados a cumplirse sin que la Administración deba acudir a la Función Judicial para que se puedan ejecutar, incluso mediante coacción.

Sobre el principio de autotutela el autor ecuatoriano Marco Morales Tobar ha señalado que este “involucra que las decisiones de la Administración están investidas de fuerza ejecutiva, lo que impone su inmediato cumplimiento, inclusive bajo el ejercicio de coacción propia eximiéndose de la necesidad de contar con el amparo del órgano jurisdiccional¹⁸”. De forma concordante con el criterio expuesto por el autor ecuatoriano, el profesor español Tomás de la Quadra sobre la autotutela ha manifestado que: “la Administración puede, por sí misma (autotutela) establecer lo que es conforme a Derecho, declararlo, imponer unilateralmente derechos y obligaciones a los ciudadanos y hacerlos ejecutar sin necesidad de acudir a un tercero –a los Jueces y Tribunales–. Todo ello lo hace por sí misma¹⁹”.

El principio de autotutela que rodea a las actuaciones administrativas determina que la administración pública tiene la capacidad de hacer cumplir por sí misma sus decisiones,

¹⁷ Fernando Garrido Falla, Alberto Palomar y Herminio Losada, *Tratado de Derecho Administrativo*, volumen I, (Madrid: Tecnos, 2005), 688: Una parte de la doctrina ha intentado poner de relieve la diferencia existente entre la ejecutividad y la ejecutoriedad del acto administrativo. Para RODRÍGUEZ MORO, la ejecutividad es sinónimo de eficacia del acto y la expresión se refiere entonces a cualquier acto administrativo, mientras que la ejecutoriedad supone llevar la ejecución a sus últimas consecuencias, incluso imponiéndolo obligatoriamente a los administrados que no se avienen a su cumplimiento.

¹⁸ Marco Morales Tobar, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, (Quito: Corporación de estudios y publicaciones, 2011), 191.

¹⁹ Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, “La Autotutela Administrativa”, <<http://ocw.uc3m.es/derecho-administrativo/instituciones-basicas-derecho-administrativo/lecciones-1/Leccion6.pdf>>.

como lo ha señalado el profesor García de Enterría, quien reconoce además que la administración está capacitada, como sujeto de derecho, para hacer ejecutar sus actos, eximiéndose de necesitar una tutela judicial²⁰. Es por ello que la administración al emitir un acto administrativo, cualquiera que este fuera, tiene la certeza de que su actuación deberá ser cumplida sin que previamente sea necesario que se acuda ante un juez o tribunal para que avale su actuación o haga que esta se cumpla a través de un fallo que así lo determine; esto sin perjuicio de que esta actuación pueda contener vicios que la hagan nula o ilegal y que haya sido cuestionada o impugnada por el receptor de sus efectos.

La autotutela administrativa, como lo menciona el profesor español García de Enterría, es un privilegio jurídico en virtud del cual las administraciones públicas resguardan por sí mismas las situaciones jurídicas sin necesidad de acudir al auxilio jurisdiccional, principio que se apoya en el de legitimidad que hace que las actuaciones administrativas se presuman válidas hasta que un órgano judicial disponga lo contrario²¹. En virtud de estos principios los actos administrativos regulares se presumen legítimos y deben ejecutarse después de su notificación, de ahí que ni la interposición de cualquier recurso administrativo o judicial, suspenda sus efectos.

Por otro lado, la ejecutoriedad del acto, tiene relación con la autotutela de la administración, puesto que esta puede hacer cumplir sus propias decisiones, incluso de manera forzosa, sin necesidad de la colaboración de otra autoridad pública. Al respecto, el profesor argentino Juan Carlos Cassagne manifiesta que la ejecutoriedad “es un típico privilegio 'hacia afuera' que habilita a los órganos que ejercen la función materialmente administrativa para disponer la realización o cumplimiento del acto sin intervención judicial, apelando (...) al uso de la coacción dentro de los límites dispuestos por el ordenamiento jurídico. Constituye una prerrogativa propia de la función administrativa²².

De manera concordante con el criterio expuesto, el profesor Garrido Falla, señala que: “la ejecutoriedad sólo es propia de aquellos actos que imponen deberes positivos o

²⁰ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, (Madrid: Civitas, 1999), 489.

²¹ *Ibíd.*, 490.

²² Juan Carlos Cassagne, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, (Buenos Aires: La Ley, 2011), 480-81.

negativos, cuyo cumplimiento pueda no ser voluntariamente aceptado por el obligado. Naturalmente, la ejecutoriedad presupone que el acto sea ejecutivo, es decir, jurídicamente eficaz²³”. La ejecutividad del acto además de la función ya analizada, se justifica por razones de eficiencia y se configura en razón del interés general que representa el Estado.

En el Ecuador, el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (Erjafe) disponía que el acto administrativo es eminentemente ejecutorio, es decir debe cumplirse desde que se dicta y fue notificado; por lo que no se desprende ninguna limitación a la capacidad de ejecución por parte de la administración.

Esta regla general de la ejecutoriedad de los actos administrativos, que no tenía limitación alguna, ha sido modificada por lo que dispone el novel Código Orgánico Administrativo que en su artículo 229 contempla una excepción a la regla del carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos que es la posibilidad de suspensión del acto, cuando se configuren los siguientes casos:

1. Que la ejecución pueda causar perjuicios de imposible o difícil reparación.
2. Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho, previstas en este Código o las normas que rijan el respectivo procedimiento especial.

Esta suspensión podrá solicitarla la persona interesada en el término de 3 días, la Administración resolverá sobre la suspensión del acto administrativo, previa ponderación motivada de los daños que su suspensión o ejecución causaría al administrado, al interés público o a terceros. La falta de resolución expresa al pedido de suspensión, se entenderá como negativa tácita. De la negativa expresa o tácita, no cabe recurso alguno.

Al respecto de esta disposición legal, es necesario comentar que la norma no guarda armonía con lo previsto en el artículo 173 de la Constitución de la República del Ecuador, que con meridiana claridad establece: “Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”. La prohibición de recurrir ante este acto administrativo viola de manera flagrante el derecho a impugnar que ha determinado la Constitución, colocando a los administrados en un estado de indefensión, norma que desde

²³ Fernando Garrido Falla, “La Eficacia de los Actos Administrativos en la Nueva Ley de Procedimiento”, 10 de julio de 2018, <file:///C:/Users/lenovo/Downloads/Dialnet-LaEficaciaDeLosActosAdministrativosEnLaNuevaLeyDeP-2112401.pdf>.

nuestro particular criterio es y debe ser declarada inconstitucional en razón de la imposibilidad de impugnación, lo que contraviene lo dispuesto en la Carta Primera del Estado y más aún, dado su contenido, hace viable que se reinstituya el silencio administrativo negativo; ya que en este caso la falta de pronunciamiento expreso equivale a denegación de lo solicitado, efecto que deja a la libre discreción de la administración el guardar silencio para negar lo que se solicita, vulnerándose de esta manera además la garantía del derecho de petición determinada en el artículo 66 numeral 23 de la Constitución.

Adicionalmente hay que señalar que esta norma no es clara y podría prestarse para interpretaciones por cuanto al señalar que sobre esta negativa ya sea expresa o tácita, no cabe recurso alguno; podría entenderse que incluso está limitada la capacidad de los administrados de impugnar tal decisión en la vía jurisdiccional, lo que constituiría una limitación de las facultades concedidas a la jurisdicción contencioso administrativa.

No obstante lo antes señalado este trabajo se limita al análisis de las medidas cautelares, como la suspensión del acto que se desarrollan en materia jurisdiccional, de ahí que no se analice a profundidad esta posibilidad en sede administrativa.

Ahora bien, centrándonos nuevamente en el tema de estudio debemos señalar que el objetivo principal de los procesos judiciales es otorgar a las partes justicia, la solución a una contienda propuesta por ellas en relación con sus pretensiones, actuación que se espera se ejecute en un tiempo razonable, que no perjudique su situación actual y derechos y que la misma se expida con apego al ordenamiento jurídico.

Es así que surgen las medidas cautelares, “cuyo objetivo consiste en proporcionarle a las sentencias de mérito la posibilidad de que resulten eficaces; y con ello evitar que la acción jurisdiccional sea objeto de burla, y también que el proceso sea considerado un vano torneo de actitudes declamatorias carentes de proyecciones prácticas²⁴, por lo tanto son aplicables cuando el camino hasta la decisión judicial se ve estancado por la ineficacia procesal o cuando por su desarrollo tardío se pone en riesgo los intereses y derechos de las

²⁴ Podetti Ramiro citado por Martin Hurtado Reyes, *Tutela Jurisdiccional Diferenciada*, (Lima: Palestra Editores, 2006),181.

partes que pueden incluso perderse, haciendo que la obtención de la resolución final sea inútil.

Si hablamos de la justicia contencioso administrativa, a la tardía consecución de las sentencias a las que pueden estar enfrentados los administrados debemos sumar el privilegio de ejecutoriedad de la que gozan las actuaciones administrativas, situación que implica que incluso de existir una actuación contraria a derecho, mientras esta no se declare nula por la administración de justicia, el receptor de sus efectos seguirá siendo perjudicado por la decisión de ahí que, aun cuando se pueda obtener una sentencia estimatoria de las pretensiones propuestas por el administrado, si la misma no se emite en un tiempo razonable resultaría ineficaz, por lo que se hace necesario, para contrarrestar este mal, de la existencia de un remedio procesal que pueda evitar que la prolongación en el tiempo de la tramitación de la causa afecte a los intereses de las partes, sobre todo en la materia contencioso administrativa en la que la validez de las actuaciones administrativas se presume.

De esta forma y a fin de aplacar los perjuicios o daños antes referidos, es que surgen las medidas cautelares, cuya naturaleza jurídica es de ser un instrumento de urgencia, para precautelar la eficacia de la administración de justicia y cuyo objeto es asegurar y garantizar los bienes y derechos de los administrados, por tanto son aplicables cuando existe un riesgo inminente de daño irreparable o de imposible o difícil reparación.

3. Definición

Resulta difícil esbozar una definición concreta acerca de las medidas cautelares, por ello es necesario referirse, previo a la emisión de una definición propia, a los pronunciamientos que han emitido algunos autores, los cuales servirán como guía para el desarrollo de un concepto propio.

El tratadista Ferran Pons Cánovas las define como: “Aquella decisión administrativa de carácter provisional, excepcional e instrumental, que se adopta en el seno de un procedimiento sancionador, o con carácter previo al mismo, con las debidas garantías y limitaciones, ya sea para poner fin a los efectos perjudiciales de la conducta infractora, ya

sea para proteger el interés general perturbado por la infracción, ya sea, en fin, para asegurar —en sentido amplio— la eficacia de la resolución que pueda recaer²⁵”.

Para el autor Marc Carrillo en cambio, las medidas cautelares: “pretenden la obtención de la tutela judicial sobre intereses legítimos cuya salvaguarda se plantea durante el desarrollo del proceso y con anterioridad a una sentencia firme. Presentan una clara dimensión de garantía sobre el contenido de bienes jurídicos al objeto de evitar que la ejecutividad del acto administrativo produzca efectos irreversibles²⁶”.

De las definiciones citadas encontramos un punto en común y esto es que las medidas cautelares tienen por objetivo ser salvaguardas ya sea de los efectos negativos que causen las actuaciones o de la eficacia de las resoluciones.

En la misma línea el profesor Enrique Palacios ha señalado que: “la medida cautelar pretende asegurar el cumplimiento de la decisión judicial, de manera que cuando el fallo llegue el derecho esté a salvo. De este modo la medida cautelar convierte en socialmente eficaz la función jurisdiccional, asegurando el logro de su real objetivo: la paz social en justicia²⁷”.

En armonía con lo que señala el profesor Palacios, se encuentra el criterio del insigne tratadista Manuel María Díez, quien enseña que las medidas cautelares “son actos procesales del órgano judicial adoptados en el curso de un proceso, o previamente a él, a solicitud de interesado para asegurar bienes o pruebas y mantener una situación de hecho, como anticipo de una garantía judicial de la defensa de la persona y de los bienes y para no tornar ilusorias las sentencias judiciales²⁸”. Como concluyen ambos autores las medidas cautelares buscarían el aseguramiento de que el proceso sea una herramienta eficaz de tutela de los derechos.

Inclinándonos hacia la definición adoptada por el profesor Marc Carrillo, que compartimos, por cuanto para esbozarla analiza el carácter finalista de las medidas

²⁵ Ferran Pons Cánovas, *Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo sancionador*, (Madrid: Marcial Pons), 26.

²⁶ Marc Carrillo, *La Justicia Cautelar como garantías de los derechos fundamentales en La ciencia del Derecho Procesal Constitucional*, Tomo IV, (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008) 234.

²⁷ Enrique Palacios Pareja, “Reflexiones sobre la caducidad de las medidas cautelares”, *Revista de Derecho Ius et veritas*, Universidad Católica de Perú, 26-27.

²⁸ Manuel María Díez, *Derecho administrativo*, (Buenos Aires: Plus Ultra, 1996), 71.

cautelares y su subsidiariedad al proceso principal, conceptualizamos a las medidas cautelares como aquellas decisiones judiciales que se otorgan en virtud de un análisis valorativo de las circunstancias que rodean al proceso, cuya naturaleza es provisoria y cuyo objetivo fundamental es mantener a salvo derechos, bienes, o a las personas, en garantía del acceso a una efectiva tutela judicial; siendo mecanismos de interdicción de la ineficacia de las decisiones judiciales por el transcurso del tiempo o por el agravamiento que pueden sufrir las particulares situaciones de los administrados hasta que se emita una resolución de fondo en relación con las controversias que son sometidas al conocimiento judicial en materia contencioso administrativa.

A modo de síntesis se debe señalar que son actuaciones judiciales que pretenden hacer efectivas las sentencias, garantizado que las pretensiones procesales no se vean afectadas, por el tiempo transcurrido hasta la existencia de una decisión de fondo. Como se señala de forma prácticamente unánime, las medidas cautelares están concebidas como salvaguardas de la tutela judicial efectiva a fin de lograr el anhelado equilibrio entre la celeridad del proceso y la ponderación de los derechos de los administrados que son parte del pleito²⁹.

4. Características de las medidas cautelares

Al igual que otras figuras jurídicas, las medidas cautelares tienen cualidades que las representan y distinguen por lo que, después de haber consultado a autores como Martín Hurtado Reyes³⁰, Andrea Proto³¹, Enrique Pareja³² y Miguel Ángel Sendín³³, se pueden señalar como características generales de las medidas cautelares, a las siguientes:

²⁹ Piero Calamandrei, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, (Perú: ARA Editores, 2005): las providencias cautelares representan la conciliación entre las dos exigencias, frecuentemente opuestas, de la justicia: la de la celeridad y la de la ponderación; entre hacer las cosas pronto pero mal, y hacerlas bien pero tarde, las providencias cautelares tienden, ante todo, hacerlas pronto, dejando que el problema del bien y el mal se resuelva más tarde.

³⁰ Martín Hurtado Reyes, *Tutela jurisdiccional diferenciada*, (Lima: Palestra editores, 2006), 186-245.

³¹ Andrea Proto Pisani, ed, *Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo*, (Perú: Ara Editores, 2009).

4.1 Provisionalidad

Esta característica se encuentra ligada con la vigencia de la medida cautelar, porque éstas se mantienen hasta que se emita la sentencia final, esto ya que en dicho momento desaparecen las condiciones que incidieron en su concesión. En este sentido hay que resaltar que es una característica de las medidas cautelares el no tener carácter definitivo; puesto que no se encargan de resolver la controversia principal, sino que simplemente pretenden cuidar el derecho cuando haya un peligro de daño eminente antes de que se emita la resolución que ponga fin al proceso.

En cuanto a la temporalidad de la medida cautelar, “su duración está limitada, por su relación con el proceso principal, la resolución definitiva del litigio o su no realización, pero en ningún momento pueden considerarse como situaciones perdurables³⁴”, debiendo quedar de manifiesto que en cualquier momento desde que el Juez ordenó la medida cautelar, pueden presentarse nuevos hechos que hagan al Juez revertir su decisión, sustituyendo o desapareciendo la medida.

Andrea Proto hace una importante reflexión acerca de la característica de la provisionalidad y señala que no son necesariamente provisionales, es decir que “si la medida a cognición plena afirma la existencia del derecho sobre el cual se había concedido la medida cautelar, los efectos de dicha medida se adquieren definitivamente”. No compartimos el razonamiento formulado por la catedrática por cuanto la esencia de las medidas cautelares está dada por su temporalidad en cuanto su existencia depende del proceso principal por tanto cuando aquel concluye pone fin a la tutela cautelar. En igual sentido se debe señalar que nos apartamos de la postura formulada por cuanto será una sentencia definitiva la que determine o no la estabilidad de la medida sobre la base de los

³² Enrique Palacios Pareja, “Reflexiones sobre la caducidad de las medidas cautelares”, *Revista de Derecho Ius et veritas*, Universidad Católica de Perú, 26-27.

³³ Miguel Ángel Sendín García, *Medidas Cautelares y Proceso Contencioso Administrativo en Nicaragua*, 02 de agosto de 2018, <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/opera-primaderecho-admin/article/viewFile/1438/1339>>De aquí se deriva, tal como lo señaló Garrido Falla, la regla del carácter no suspensivo de los recursos administrativos y jurisdiccionales que se puedan utilizar para impugnar a los actos administrativos.

³⁴ Pía Calderón mencionada por Martín Hurtado en *Tutela jurisdiccional diferenciada*, (Lima: Palestra editores, 2006),197.

presupuestos considerados para su concesión; pero debiendo recalcar que el objeto de la sentencia no será la mera ratificación de la medida cautelar, pudiendo ser esta ratificación una consecuencia del análisis de fondo que se realice al caso en concreto y en todo caso, la medida cautelar, si fuera anticipativa, podrá adquirir firmeza pero dejará de ser una medida cautelar por cuanto se convertirá en la decisión final sobre el litigio, de ahí que es provisional y no estable.

4.2. Instrumentalidad

Esta característica marca el carácter accesorio que tienen las medidas cautelares, puesto que dependen en todo momento del proceso principal, o como bien lo ha señalado Andrea Proto: “las medidas cautelares están siempre ligadas al proceso de cognición plena en el sentido que estas siempre están destinadas a perder eficacia en caso de sentencia declarativa de inexistencia del derecho o ser absorbidas por las sentencias de acogida³⁵”, siendo estas un instrumento de urgencia que procurará asegurar la efectividad de la tutela judicial de fondo.

Vale señalar que incluso el jurista Piero Calamandrei determinó que esta es una característica configuradora de las medidas cautelares –en el proceso general- puesto que no constituyen un fin en sí mismas sino que obligatoriamente se encuentran vinculadas a un proceso principal y a la vez buscan garantizar la efectividad del resultado, el cual está sujeto a la adecuada y eficiente intervención de la justicia³⁶.

Asimismo, afirma el profesor Palacios, que en las medidas cautelares se encuentra una instrumentalidad al cuadrado pues: “son en efecto, de una manera inevitable, un medio predispuesto para el mejor éxito de la resolución definitiva, y a su vez un medio para la actuación del derecho, esto es, en relación a la finalidad última de la función jurisdiccional, instrumento del instrumento”, es por tanto instrumento para proteger el derecho

³⁵ Andrea Proto Pisani, ed, *Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo*, (Perú: Ara Editores, 2009), 492.

³⁶ Piero Calamandrei, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, (Perú: Ara editores, 2005).

controvertido y también es instrumento del proceso principal que se encuentra sustanciándose.

De mejor manera explica esta característica Jean Claude Tron Petit, quien sostiene que “las medidas cautelares son esencialmente instrumentales y dependientes porque no tienen existencia autónoma ya que su origen siempre estará subordinado a la emisión de una sentencia definitiva que resuelva el fondo del litigio y de la cual pretenden asegurar su eficacia³⁷”.

Finalmente para concluir este tema señalamos que la instrumentalidad define a las medidas cautelares y las ubica como herramientas accesorias del proceso principal puesto que subsisten hasta que el fallo definitivo sea dictado o sean debidamente sustituidas por alterarse las circunstancias que les dieron origen.

4.3. Discrecionalidad

Esta característica se funda en la posibilidad plenamente concedida al juez para conceder o negar la solicitud de medidas cautelares, manteniéndose siempre vigente su libertad de decisión para otorgarlas o no; aún en perjuicio de los intereses del proponente. No obstante lo señalado hay que hacer un real énfasis en cuanto a que la discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad, de ahí que les corresponda a los jueces motivar debidamente sus decisiones sobre la base de los requerimientos legalmente impuestos para la concesión de las referidas cautelas.

En el Ecuador, el artículo 330 del Código Orgánico General de Procesos, determina los requisitos o lineamientos que los juzgadores deben apreciar para la concesión de las medidas de esta naturaleza o la única prevista en el ordenamiento jurídico ecuatoriano que es la suspensión del acto impugnado, siendo los criterios de valoración los siguientes:

a) Cuando de los hechos alegados en la demanda y las pruebas acompañadas, aparezca como justificado un juicio provisional e indiciario favorable a la petición exhibida, sin que esto implique una decisión anticipada sobre el fondo.

³⁷ Jean Claude Tron Petit, “La suspensión como modalidad de medida cautelar en el amparo”, 01 de agosto de 2018, <http://jeanclaude.tronp.com/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=4>.

b) Siempre que el retardo en la decisión de la causa pueda afectar irremediablemente el derecho opuesto.

Como queda indicado, la actuación de los juzgadores en lo relativo a la jurisdicción Contencioso Administrativa, “debe desenvolverse dentro de los límites impuestos por la ley y por la equidad en la ponderación de los intereses afectados³⁸, a pesar de que no cuenta con límites claros pero debe ser capaz de adecuar las medidas cautelares dependiendo de los intereses que se encuentren controvertidos en el proceso.

4.4. Jurisdiccionalidad

La existencia de la medida cautelar está sujeta a ser concedida por el Juez, es decir que “éstas emanan o se originan en una decisión judicial, clasificándoselas como un acto jurídico procesal realizado por un órgano jurisdiccional³⁹”. La afirmación que realiza Monroy no es absoluta, al menos en la legislación ecuatoriana, puesto que en los procedimientos administrativos el Código Orgánico Administrativo⁴⁰ faculta a la administración a adoptar medidas cautelares dependiendo del objeto del procedimiento a fin de precautelar la eficacia de la resolución, conforme así lo dispone el artículo 190⁴¹ de la norma antes citada.

³⁸ Juan Francisco Pérez Gálvez, “Las Medidas Cautelares en la Jurisdicción Contencioso Administrativa en España”, *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, <<http://biblio.juridicas.unam.mx>>.

³⁹ Juan Monroy Gálvez, “El Juez Nacional y la Medida Cautelar”, *Universidad de Lima*, <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/14196/14809>>.

⁴⁰ Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, Registro Oficial 31, Suplemento, 07 de julio de 2017, artículo 189.- Medidas cautelares. El órgano competente, cuando la ley lo permita, de oficio o a petición de la persona interesada, podrá ordenar medidas cautelares, pudiéndose adoptar las siguientes:

1. Secuestro.
2. Retención.
3. Prohibición de enajenar.
4. Clausura de establecimientos.
5. Suspensión de la actividad.
6. Retiro de productos, documentos u otros bienes.
7. Desalojo de personas.
8. Limitaciones o restricciones de acceso.
9. Otras previstas en la ley.

⁴¹ Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, Registro Oficial 31, Suplemento, 07 de julio de 2017, artículo 190.- Procedencia. Iniciado el procedimiento, si existen elementos de juicio suficientes para ello, el órgano administrativo competente puede adoptar, de oficio o a petición de persona interesada, las medidas cautelares proporcionales y oportunas para asegurar la eficacia de la resolución.

No obstante lo cual nos decantamos por la visión de que las medidas cautelares como elementos que se ven presentes en los procesos contencioso administrativos nacen de la decisión del poder judicial; es decir que coincidimos con el autor citado en que su existencia, en el proceso contencioso administrativo está sujeta a la decisión jurisdiccional que las concede, sobre la base de los presupuestos necesarios para su instauración y vigencia.

4.5. Variabilidad

Esta característica tiene plena relación con el cambio o la modificación y al referirse a las medidas cautelares, significa que estas pueden mutar a otra que puede ser más conveniente o útil para el proceso que se lleva a cabo.

Esta característica se podría presentar en el caso de que ya se concedió en una primera instancia la medida cautelar en virtud de la información preliminar que presentó el solicitante, pero cuyas circunstancias cambian con el desarrollo del proceso, de ahí que el juez pudiera adoptar la decisión de aplicar otra medida cautelar que resulte más beneficiosa al accionante titular del derecho en controversia.

Esta variación de la medida cautelar puede darse por el cambio en el fondo o en la forma del derecho invocado (*fumus bonis iuris*), como bien lo señaló el profesor Monroy para quien “es perfectamente posible que el juez -de oficio o a pedido de parte- pueda variar el contenido de la medida cautelar, aumentándola o reduciéndola según sea el caso⁴²”, es una característica fundamental de la medida cautelar que le brinda la certeza a las partes que de conformidad al desarrollo del proceso, esta puede cambiar y ser más o menos estricta, o hasta ser revocada.

De lo señalado es importante aclarar que en el proceso Contencioso Administrativo ecuatoriano, la concesión de medidas cautelares no se produce de oficio, es decir se prevé como requisito previo la solicitud realizada por la parte interesada, sin embargo consideramos que la modificación de la medida y su revocación podría realizarse de oficio

⁴²Juan Monroy Gálvez, “El Juez Nacional y la Medida Cautelar”, *Universidad de Lima*, <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/14196/14809>>.

por parte del Juez pero deberá estar motivada en los presupuestos de concesión de la medida cautelar y el aseguramiento de la eficacia de la resolución definitiva.

Hecho este análisis se concluye entonces que las características de las medidas cautelares son: provisionalidad, instrumentalidad, discrecionalidad, jurisdiccionalidad y variabilidad; elementos que se encontrarán de forma general en todas las clases de medidas cautelares.

5. Clases de medidas cautelares

Las medidas cautelares podrían clasificarse de muchas formas y en relación con su objeto o la materia a que se refieran; sin embargo para el objeto de esta investigación, se hará mención a la clasificación que más se ajusta para el proceso contencioso administrativo.

A modo ilustrativo señalamos la clasificación de estas medidas que determina el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Colombiano⁴³, el cual expone que las medidas cautelares podrán ser: preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, siendo su propósito proteger el objeto de la controversia y la efectividad de la sentencia.

⁴³ Colombia, *Ley 1437 de 2011- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, Diario Oficial No. 47.956, 18 de enero de 2011, artículo 230.- Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas: 1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible. 2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida. 3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo. 4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos. 5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.

En el estudio realizado por el autor colombiano Euclides Londoño⁴⁴, sobre las medidas cautelares en la jurisdicción Contenciosa Administrativa Colombiana, se considera que el listado legal de posibles medidas cautelares debía tenerse como puramente ejemplificativo, más sin embargo el artículo 230 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo colombiano, eliminó la posibilidad de decretar medidas distintas a las allí reguladas, por lo tanto con finalidad de estudio y por la similitud y cercanía de las normas ecuatorianas y colombianas, se revisará la clasificación allí ejemplificada, a las cuales ya se han referido varios tratadistas del Derecho Administrativo y que se encuentran clasificadas de la siguiente manera:

5.1. Medidas cautelares preventivas

Como su acepción lo indica, son aquellas medidas cuyos efectos tienen por objetivo prevenir o prever el cometimiento de un perjuicio a través de la satisfacción provisional de una situación de hecho. Es decir, son medidas dictadas específicamente para “conservar las condiciones reales indispensables para la emisión y ejecución del acto final⁴⁵”; en estricto sentido el propósito de las medidas cautelares es proteger el hecho, objeto o derecho de la controversia para que la sentencia sea eficaz.

5.2. Medidas cautelares conservativas

Son aquellas cuyo objetivo es mantener la situación que ahora se encuentra en controversia, en el mismo estado hasta que se dicte la sentencia definitiva, es decir conserva el status.

La funcionalidad regular de las medidas cautelares es mantener intacta la situación hasta que el Juez resuelva la controversia y emita la sentencia; pero también puede darse una modificación del estado del hecho existente con el fin de prevenir el daño que puede provocar el retardo en la solución de la controversia. Al respecto de la modificación del

⁴⁴ Euclides Álvaro Londoño-Londoño, “Las medidas cautelares reguladas por la ley 1437 de 2011 como instrumento para el desarrollo de la tutela jurisdiccional efectiva”, <https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/2779/Art%C3%ADculo%20de%20Grado%20Euclides%20L.pdf?sequence=1>.

⁴⁵ Ramiro Simón Padrós, *La tutela cautelar en la jurisdicción administrativa*, primera edición, (Buenos Aires: Nexis Lexis, 2004), 46.

estado del hecho el profesor Cassagne ha señalado que “(...) al tratarse de pedidos de modificación de hechos concretos, las medidas innovativas requeridas no se encuentran nominadas en el código, por lo tanto, son genéricas o innominadas⁴⁶”, lo que nos abre la puerta a señalar la existencia de las medidas innovativas.

Por otro lado, en la tesis doctoral de Lorenzo Bujosa a estas medidas conservativas, se las denomina como medidas cautelares inhibitorias o de no innovar puesto que:

(...) contiene intrínsecamente una orden de no hacer, de abstenerse de realizar una actividad o suspender la ya iniciada. En los casos en que la conservación de un estado de hecho es la forma más idónea para proteger un derecho especial, es cuando se solicita el despacho de la medida de no innovar; puesto que si se consuma un hecho, sería demasiado tarde, puesto que ya se habría infringido el derecho y haría inútil el llevar adelante el proceso principal⁴⁷.

Cualquiera que fuere la denominación de esta clase de medida cautelar, tiene como único objetivo conservar o mantener el hecho o derecho desde que el Juez conoció la demanda hasta el pronunciamiento mismo de la sentencia definitiva, y evitar así las consecuencias de una resolución tardía e ineficaz.

5.3. Medidas cautelares anticipativas

Estas medidas se denominan “ante causam” porque el Juez las dicta previamente al inicio del proceso, puesto que su objetivo es prevenir que la ejecutividad de la actuación ponga en peligro la efectividad de la tutela judicial efectiva. Es así que, mediante estas medidas “se decide interinamente, en espera de que a través del proceso ordinario se perfeccione la decisión definitiva⁴⁸”.

Jean Claude Tron Petit las denomina anticipativas porque “la medida puede adelantar la efectividad de la sentencia cuando sea pertinente o indispensable para

⁴⁶ Ezequiel Cassagne, “Las Medidas cautelares contra la administración”, 27 de julio de 2018, <[http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Las_medidas_cautelares_contra_la_Administracion_en_Tratado_de_Derecho_Procesal_Administrativo_Director_Juan_Carlos_Cassagne,.pdf](http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Las_medidas_cautelares_contra_la_Administracion_en_Tratado_de_Derecho_Procesal_Administrativo_Director_Juan_Carlos_Cassagne.pdf)>.

⁴⁷ Lorenzo Mateo Bujosa Vadell, “Medidas Cautelares en el Proceso de Derechos de Autor”, (tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2009), 318.

⁴⁸ Piero Calamandrei, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, (Perú: Ara editores, 2005), 58.

conservar la materia del juicio⁴⁹”. La pertinencia la decidirá de forma unilateral el Juez quien debe garantizar una verdadera tutela judicial efectiva, por tanto evitar el riesgo de que se dicte una sentencia que apenas satisfaga las pretensiones de las partes, únicamente por cumplir con los tiempos de los procesos sin que verdaderamente se imparta justicia y además evitar retrasos innecesarios por las dilaciones de las partes.

Dentro de esta clasificación están todas aquellas medidas que son concedidas como una solución provisional a la controversia que se está tramitando. Dichas medidas se aplican en base a los presupuestos del peligro en la demora y en la apariencia del buen derecho, que son los presupuestos de concesión establecidos en la doctrina.

De lo expresado se puede señalar que en esta medida si bien se reconoce una naturaleza provisoria y por tanto que debe aguardar hasta el momento en que se dicte la providencia definitiva que ponga fin a la controversia, la decisión adoptada brinda tranquilidad a las partes de que no habrá perjuicio al finalizar la controversia, claro está siempre que su concesión sea el producto de un verdadero juicio valorativo de las circunstancias que rodean al caso y bajo los presupuestos legalmente determinados.

5.4. Medidas cautelares de suspensión del acto

Esta clasificación, que es la más usual y que conlleva la simple suspensión de los efectos de la actuación administrativa es la única invocada por la normativa ecuatoriana, misma que procede a solicitud de parte y será dispuesta por el juzgador cuando de los hechos alegados en la demanda y las pruebas acompañadas, aparezca como justificado un juicio provisional e indiciario favorable a la pretensión exhibida, sin que esto implique una decisión anticipada sobre el fondo.

Es decir que es factible su concesión: “cuando del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como sustento en la demanda o en la solicitud cautelar, o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, surja la violación de las mismas; por lo que el requisito sustancial de procedencia está determinado por la

⁴⁹ Jean Claude Tron Petit, *La suspensión como modalidad de medida cautelar en el amparo*, 01 de agosto de 2018, <http://jeanclaude.tronp.com/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=4>.

violación de cualquiera de las disposiciones normativas”⁵⁰, esta afirmación podría contrariar a los presupuestos de concesión de la medida cautelar como son el periculum in mora y el fumus boni iuris, puesto que el único requisito que se valora es la violación de una disposición normativa misma que la analizará el Juez a través de la sentencia definitiva.

6. Finalidad de las Medidas Cautelares

Para iniciar este tema, abstrayéndonos por un instante de la jurisdicción contencioso administrativa bajo un panorama general nos ubicaremos en el sistema jurídico y procesal ideal en el cual, como hizo mención Calamandrei: “la providencia definitiva pudiese ser siempre instantánea, de modo que, en el mismo momento en que el titular del derecho presentase la demanda se le pudiera inmediatamente otorgar justicia de modo pleno y adecuado al caso (...)”⁵¹, bajo este escenario las medidas cautelares serían inútiles y no tendrían razón de ser; sin embargo la realidad es otra. El acceso a una tutela judicial efectiva, traducida en la posibilidad de recibir decisiones judiciales en un plazo razonable, puede resultar ilusorio.

Sobre el alcance de la tutela judicial efectiva el tratadista español Jesús González Pérez ha dicho que este derecho “(...) desplegará sus efectos en tres momentos distintos: primero, en el de acceso al proceso; segundo, una vez en él, haciendo posible la defensa y la obtención de la solución en un plazo razonable, y tercero, una vez dictada la sentencia, al llegar la hora de hacer efectivos sus pronunciamientos. Acceso a la jurisdicción, proceso debido y eficacia de la sentencia”⁵². De lo citado resalta la importancia del plazo razonable en el proceso judicial, es así que la Convención Americana de Derechos Humanos⁵³ la ha

⁵⁰ Consejo de Estado de Colombia, “Sentencia de 29 de marzo de 2016, número 11001-03-26-000-2015-00126-01”, caso Arlen Yimmy Cardona Ceballos vs Agencia Nacional de Minería.

⁵¹ Piero Calamandrei, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, (Perú: Ara editores, 2005), 44.

⁵² Jesús González Pérez, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Tomo I, 3ª edición, (Madrid: Civitas, 1998),14.

⁵³ Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 8.1: Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada

configurado como una garantía judicial imprescindible del debido proceso legal, una consideración que inició con los procesos penales pero que en la actualidad es concebida en todos los procesos judiciales, incluidos los contencioso administrativos, siendo su fundamento “(...) la necesidad de evitar dilaciones indebidas que se traduzcan en denegación de justicia o en la consumación de perjuicios irremediables para quienes solicitan protección judicial⁵⁴”, convirtiéndose el plazo razonable en un elemento fundamental para alcanzar una efectiva tutela judicial.

Sin embargo no se debe identificar a la vulneración al plazo razonable con toda dilación, ya que el plazo razonable también garantiza a las personas que su causa no va a ser tratada de manera sumamente rápida y superficial⁵⁵. Como bien indica el profesor Edgar Carpio “aunque la duración excesiva de los procesos sea el supuesto más notorio de violación de este derecho, cabe también proyectar la garantía del derecho frente a procesos excesivamente breves, cuya configuración esté prevista con la finalidad de impedir una adecuada composición de la litis⁵⁶”. Se concibe por tanto al plazo razonable como la garantía dentro del proceso que asegura a los administrados que los jueces resolverán las causas puestas a su conocimiento de manera eficaz, sin que se produzcan dilaciones innecesarias y tampoco se inobserven las etapas propias de cada procedimiento. De ahí la importancia de contar con medidas cautelares que permitan aplacar los efectos de la dilación del proceso cuando no se asegura por parte de las instituciones y los administradores de justicia el derecho a recibir una tutela judicial efectiva dentro del plazo razonable; puesto que como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *Mémoli vs. Argentina*⁵⁷ y *Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*⁵⁸, “La falta de

contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

⁵⁴ Carolina Rodríguez Bejarano, *El plazo razonable en el marco de las Garantías Judiciales en Colombia*, <file:///C:/Users/lenovo/Downloads/Dialnet-ElPlazoRazonableEnElMarcoDeLasGarantiasJudiciales-3851181%20(1).pdf>.

⁵⁵ Elar Ricardo, Bolaños Salazar, *El plazo razonable como garantía del debido proceso: análisis comparativo de los estándares actuales en el Sistema Interamericano y en el TC peruano*, <https://www.researchgate.net/publication/305992378_El_plazo_razonable_como_garantia_del_debido_proces_o_analisis_comparativo_de_los_estandares_actuales_en_el_Sistema_Interamericano_y_en_el_TC_peruano>.

⁵⁶ Edgar, Carpio Marcos, “*El derecho a un proceso que dure un plazo razonable en el anteproyecto de reforma constitucional*”. Revista Peruana de Derecho Público. Vol. 2, N° 3, (Grijley, Lima: 2001), 40.

⁵⁷ Corte IDH, “Sentencia de 22 de agosto de 2013”, *Caso Mémoli vs. Argentina*, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_265_esp.pdf: El presente caso se refiere a la alegada

razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales”, ausencia que como acertadamente señala la profesora Carolina Rodríguez Bejarano debe analizarse a la luz de cuatro elementos a saber: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades judiciales; y d) la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso⁵⁹.

Como se ha podido evidenciar, la falta de resolución de los procesos judiciales en un plazo razonable atenta al derecho a la tutela judicial efectiva y provoca sendas vulneraciones a las garantías jurisdiccionales, por esta razón, con la finalidad de asegurar la efectividad de las sentencias y con ello eliminar la afección generada en contra de la persona o personas involucradas en el proceso, es que se requiere de mecanismos que limiten o hagan nulos los efectos derivados de una tramitación judicial altamente dilatada.

“violación al derecho a la libertad de expresión de Carlos y Pablo Carlos Mémoli, por la condena penal impuesta a las [presuntas] víctimas debido a sus denuncias públicas de la venta supuestamente irregular de nichos del cementerio local, por parte de la Comisión Directiva de una asociación mutual de la ciudad de San Andrés de Giles”. Asimismo, según la Comisión, el caso “se relaciona con la violación a la garantía de plazo razonable en perjuicio de las [presuntas] víctimas en el marco del proceso civil que se sigue en su contra y mediante el cual hace más de 15 años se pretende hacer valer una indemnización establecida en el proceso penal. En [dicho] proceso, desde hace más de 14 años se dispuso el embargo de los bienes de las [presuntas] víctimas lo que, en la práctica, [presuntamente] ha tenido un efecto sancionatorio e inhibitorio de la libertad de expresión, con consecuencias en el proyecto de vida de los señores Mémoli”.

⁵⁸ Corte IDH, “Sentencia de 05 de agosto de 2008”, Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf: La demanda se relaciona con la destitución de los ex-jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo Ana María Ruggeri Cova, Perkins Rocha Contreras y Juan Carlos Apitz Barbera el 30 de octubre de 2003, por haber incurrido en un error judicial inexcusable al conceder un amparo cautelar que suspendió los efectos de un acto administrativo que había negado el registro de una compraventa. La Comisión alegó que la destitución por dicho error “resulta contraria al principio de independencia judicial pues atenta contra la garantía de fallar libremente en derecho” y que se los destituyó “por haber incurrido en un supuesto error judicial inexcusable cuando lo que existía era una diferencia razonable y razonada de interpretaciones jurídicas posibles sobre una figura procesal determinada, en grave violación de su derecho a un debido proceso por la falta de motivación de la decisión que los destituyó y sin que tuvieran a su disposición un recurso sencillo, rápido y efectivo que se pronunciara sobre la destitución de que fueron objeto”. De otra parte, la Comisión indicó que la Corte Primera había adoptado decisiones “que generaron reacciones adversas por parte de altos funcionarios del Poder Ejecutivo” y que un “conjunto de indicios” permitiría inferir que el órgano que ordenó la destitución carecía de independencia e imparcialidad y que dicha destitución obedecía a una “desviación de poder” que se explicaría en la “relación de causalidad [que existiría] entre las declaraciones del Presidente de la República y altos funcionarios del Estado por los fallos contrarios a intereses del gobierno y la investigación disciplinaria que fue impulsada y que devino en la destitución de las víctimas”.

⁵⁹Carolina Rodríguez Bejarano, *El plazo razonable en el marco de las Garantías Judiciales en Colombia*, <file:///C:/Users/lenovo/Downloads/DialnetEIPlazoRazonableEnElMarcoDeLasGarantiasJudiciales-3851181%20(1).pdf>.

En el Ecuador y sobre todo en la jurisdicción Contencioso Administrativa no se ha logrado ni de cerca estar bajo el escenario ideal de la resolución instantánea de las causas judiciales o de decisiones emitidas dentro de plazos que puedan considerarse razonables puesto que es notoriamente conocido el hecho de que en esta jurisdicción la resolución de una controversia puede tomar periodos de tiempo que ya no pueden considerarse excesivos sino caóticos pues los retrasos pueden ser de hasta décadas entre la presentación de una demanda y la emisión de una sentencia que será de primer grado, lo que a todas luces hace infructuoso el impulso de una acción judicial.

Un escenario típico de este retraso, que produce devastadores efectos sobre quienes intervienen en el proceso, es el que se relaciona con las controversias en las que se litiga o impugna las resoluciones de terminación unilateral de contratos administrativos. En estos particulares casos desde que se inicia el proceso contencioso administrativo de impugnación, hasta que el juez emite una sentencia definitiva, el administrado afectado por la decisión puede haber perdido todo su patrimonio a causa de las graves consecuencias que esta prerrogativa de la administración acarrea.

Dado el carácter de ejecutorios de los actos administrativos, aun cuando estos pudieran ser nulos o haberse dictado de manera ilegal continuarán ejecutándose sin que el administrado receptor de sus efectos pueda hacer frente a sus consecuencias como son la ejecución de garantías bancarias, su inhabilitación para contratar con el Estado por un determinado periodo de tiempo (5 años en la legislación vigente), la falta de pago de lo debido por parte de la entidad contratante y otros que no solo acarrearán la destrucción del patrimonio del administrado; sino que provocan un desfase hacia todo aquello que le rodea y que no será reparado aun cuando se obtenga una sentencia favorable; pues el lapso de tiempo transcurrido entre que aquello ocurra y la fecha en la que se impugnó tal actuación podría hacer ineficaz cualquier sentencia produciéndose así daños de difícil o porque no decirlo de imposible reparación.

A modo de ejemplo del retardo y sin analizar a profundidad las consecuencias que pudo traer la falta de una sentencia en tiempo oportuno, podemos citar el proceso judicial

signado con el No. 17811-2013-0400⁶⁰, en el que un contratista del Estado presentó una demanda el 01 de junio de 2009 en contra de una entidad estatal, impugnando una resolución de terminación unilateral de contrato emitida el 31 de julio de 2007, proceso judicial que desembocó en una sentencia favorable para el actor luego de nueve años de haberse presentado la demanda, esto es el 20 de julio de 2018, sentencia que en primera instancia declaró la nulidad de la resolución de terminación del contrato, dejando sin validez los efectos jurídicos de dicho acto administrativo, pero ante lo cual cabe hacerse la pregunta de cómo esta resolución, que llegó nueve años después de que se solicitó la tutela judicial, puede reparar el hecho de que desde el 31 de julio del año 2007 el contratista no pudo contratar con el Estado. Ante una resolución tan tardía es necesario cuestionarse ¿se hará justicia en este caso? ¿Los efectos causados por esta resolución judicial tardía podrán verdaderamente ser reparados? ¿Hasta cuándo tendrá que soportar el actor de la causa sus efectos, si el Estado como efectivamente sucedió interpuso un recurso extraordinario de casación, que está en trámite y alargará aún más la duración del proceso?

Ante situaciones como la ejemplificada podemos señalar que las medidas cautelares justamente tienden a que hechos como los relatados no sean la constante. Esto por cuanto las medidas cautelares pretenden conciliar la celeridad con que debe dictarse la resolución definitiva, con la ponderación de los intereses en juego, de ahí que su finalidad sea asegurar la eficacia de las sentencias de fondo sin sacrificar a quien puede tener una pretensión completamente válida y fundada, por el lapso de tiempo que transcurre para la adopción de la decisión definitiva.

Es por todo lo señalado, que las medidas cautelares son concedidas por el Juez, con el fin de que la demora en el desarrollo del proceso hasta la resolución, no afecte al derecho o interés legítimo; es decir que la ejecución de dicha resolución sea eficaz y ante todo, garantice la seguridad jurídica; puesto que “el principal objeto de las medidas cautelares en todos los procesos, es mitigar el riesgo inherente al transcurso del (generalmente largo) período temporal que puede transcurrir mientras se sustancian las distintas fases del

⁶⁰ Ecuador, Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, “Sentencia”, en *Juicio No.* 17811-2013-0400, 20 de julio de 2018.

procedimiento⁶¹”. Así se han convertido las medidas cautelares en los mecanismos provisionales que garantizan la protección eficaz e inmediata de los derechos e intereses legítimos hasta la emisión de la sentencia definitiva o de ser el caso, hasta que disminuya el riesgo de afectación del derecho hasta la consecución de la resolución final. En consecuencia con lo señalado hay que decir que las medidas cautelares responden a una doble finalidad: preventiva y asegurativa.

Preventiva por cuanto, “la demora necesaria para que se resuelva en definitiva el proceso principal, puede considerarse en algunos casos como causante de ulterior daño, a esta demora se pretende convertirla en inocua con una medida cautelar específica para el caso concreto⁶²”.

Es asegurativa asimismo puesto que la medida cautelar está relacionada con la efectividad de la sentencia del proceso principal, puesto que pretende evitar que el retraso en el desarrollo del proceso provoque que la sentencia a ser emitida no sea eficaz es decir no sea aplicable a la situación que generó la controversia.

Con lo manifestado, finalmente se puede concluir que no se puede concebir como único propósito de las medidas cautelares el tratar de conciliar la celeridad del proceso con la eficacia de la resolución definitiva, sino que su finalidad está dada también con el afán de prevenir, impedir o interrumpir la violación de un derecho y una garantía de orden constitucional como es el acceso a una justicia expedita y eficaz.

7. Presupuestos de concesión de las Medidas Cautelares

Son conocidos también como requisitos para la concesión de las medidas cautelares, los cuales deben ser invocados por el peticionario al Juez.

⁶¹ Jaime Folguera Crespo, Borja Martínez Corral y Uría Menéndez, “Las Normas de defensa de la competencia: Medidas Cautelares en su aplicación judicial directa”, 21 de agosto de 2018, <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1676/colaboraciones/549/documento/049CompetenciaUM.pdf?id=1929>.

⁶² Piero Calamandrei, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, (Perú: Ara editores, 2005), 42.

La doctrina ha tenido un criterio prácticamente unificado respecto a cuáles son estos presupuestos fundamentales y no son otros que la aparente existencia del derecho invocado por el solicitante de la cautela (*Fumus boni iuris*) y el correspondiente peligro en la demora que amenaza tal derecho (*Periculum in mora*).

De manera previa a estudiar a los presupuestos que se consideran fundamentales, es necesario citar lo señalado por el profesor Jean Claude Tron Petit, para quien existen otros presupuestos de concesión a ser tomados en cuenta:

En principio la medida cautelar debe ser legítima, esto es, acorde y consistente con las normas de orden público y no vulnerar o disminuir el disfrute de los intereses de que es titular o favorecen y convienen a la sociedad. Otro presupuesto básico es que las medidas cautelares no pueden innovar o ser creativas en el patrimonio jurídico del solicitante. Esto significa que el interés que con la medida se busca preservar, evitar se demerite o que desaparezca, ya exista y sea acreditado al momento de solicitar la tutela cautelar⁶³.

Los puntos mencionados en el párrafo citado destacan por su importancia puesto que si bien la medida cautelar tiene un propósito y es el de evitar un perjuicio por el paso del tiempo o por el riesgo en el que se encuentra el derecho, su concesión debe estar conforme con el ordenamiento jurídico.

Otro aspecto destacable en relación con su procedibilidad, aportado por el profesor Tron Petit es que las medidas no pueden ser *per se*, creadoras de nuevas situaciones para el particular; es decir que sobre la base de estas no pueden crearse más derechos para el solicitante que los que ya poseía; puesto que la naturaleza de las medidas cautelares es preservar una situación jurídica previa o evitar que los efectos de las actuaciones administrativas constituyan un desmedro de esos derechos previamente adquiridos o cuyo mantenimiento se pretende.

Hecho el razonamiento anterior a continuación se analizarán los dos presupuestos primordiales para la concesión de la medida cautelar:

⁶³ Jean Claude Tron Petit, *La suspensión como modalidad de medida cautelar en el amparo*, 01 de agosto de 2018, <http://jeanclaude.tronp.com/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=4>.

7.1.- Verosimilitud del derecho (Fumus boni iuris)

El “fumus boni iuris” tiene su origen en el derecho romano, de acuerdo a sus vocablos en latín, significa humo del buen derecho y junto con el “periculum in mora”, son los requisitos sine qua non, para autorizar las medidas cautelares.

De acuerdo con el profesor Monroy Palacios, “la verosimilitud no sugiere que el juez evalúe a futuro la fundabilidad de la pretensión sino que considere, por lo menos que la pretensión tiene un sustento jurídico que la hace discutible⁶⁴”. Esto significa que el juez debe convencerse de la existencia del derecho invocado por el administrado, el mismo que posteriormente en la sentencia definitiva se confirmará o se dará por inexistente. Es una existencia aparente por cuanto para otorgar las medidas cautelares no se produce la actividad probatoria ni tampoco la contradicción entre las partes, que se desarrollará en el proceso judicial en el cual se confirmará o no la existencia del derecho alegado.

Por la misma línea se decantó Enrique Palacios, quien aseguró que la apariencia del buen derecho “implica que el Juez aprecie la apariencia del mismo, que como consecuencia de un análisis o juicio de probabilidad – no de certeza- concluya que es posible que lo que el demandante pretende sea fundado⁶⁵”, esto conlleva una presunción afirmativa del juez de que el proceso sea favorable para el accionante y solamente con la sentencia definitiva, se podrá determinar que la hipótesis que se tuvo al inicio, corresponde a la realidad.

En el derecho administrativo, Jean Claude Tron Petit ha sabido configurar a la apariencia de buen derecho “como la convicción indiciaria que ha de tener quien ha de adoptar la decisión de que al peticionario de una medida cautelar le asiste prima facie un derecho de notable importancia y, en cualquier caso, que existe un interés público lesionado que puede ser concurrente con el interés del solicitante⁶⁶”, esto significa que el Juez al analizar “la apariencia del buen derecho” para conceder la medida cautelar, no va a juzgar la ilegalidad del acto, simplemente se sujetará a la impresión preliminar de la afirmación de

⁶⁴ Juan Monroy Gálvez, *El Juez Nacional y la Medida Cautelar*, Universidad de Lima, versión electrónica.

⁶⁵ Enrique Palacios Pareja, “Reflexiones sobre la caducidad de las medidas cautelares”, *Revista de Derecho Ius et veritas*, Universidad Católica de Perú.

⁶⁶ Jean Claude Tron Petit, *La suspensión como modalidad de medida cautelar en el amparo*, 01 de agosto de 2018, <http://jeanclaude.tronp.com/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=4>.

la existencia de un derecho cautelable vs el interés público, el cual debe tomar en cuenta la intensidad de la exigencia de protección de la situación tutelada. Por lo tanto debe haber una ponderación de intereses a fin de que la concesión de la medida, evite que se produzca un daño mayor y que la administración no se beneficie de forma maliciosa del carácter ejecutorio del acto administrativo.

Este presupuesto fue analizado por el maestro Eduardo García de Enterría, quien señala de forma contundente que:

(...) la protección cautelar debe otorgarse a quien exhiba en sus pretensiones de fondo una apariencia de buen derecho frente a la posición de la otra parte, que, en contraposición con esa apariencia, tiende a ser vista como abusiva del instrumento del proceso; este abuso es especialmente valorado, dada la estructura del contencioso-administrativo, en la Administración, como abuso de la autotutela⁶⁷.

Este abuso al que se refiere García de Enterría es el beneficio que obtiene la administración por una actuación que se sigue ejecutando, independientemente de la legalidad y buena fe con la que se dictó, la misma que se declarará por el juez contencioso en el futuro.

Al “*fumus bonis iuris*” se lo considera como el elemento más delicado de las medidas cautelares, puesto que el juez podría prejuzgar el hecho controvertido sin llegar al fondo, dejando ver que se le está otorgando la razón al actor respecto a lo que exige.

Como señala el profesor Martín Hurtado, quien argumenta la existencia de esa apariencia de buen derecho deberá realizar: “un pedido de medida cautelar que contenga fundamentos sólidos (argumentación) que convenzan al juez que dictará o denegará la cautela (...) que de lo que pretende en la demanda, tiene cierto grado de ser resuelto favorablemente en la sentencia”⁶⁸, consideración con la que se resume al *fumus boni iuris* puesto que la parte interesada que solicita la medida cautelar debe justificar ante el Juez un juicio provisional e indiciario favorable a la pretensión exhibida, tal como hace mención el artículo 330 del Código Orgánico General de Procesos.

⁶⁷ Eduardo García de Enterría, *La Batalla por las medidas cautelares*, tercera edición, (Madrid: Civitas, 2004), 205-06

⁶⁸ Martín Hurtado Reyes, *Tutela Jurisdiccional Diferenciada*, (Lima: Palestra Editores, 2006), 184.

7.2.- Peligro en la demora (*Periculum in mora*)

Como se ha explicado en esta investigación, las medidas cautelares surgen como instrumentos de urgencia para proteger los derechos o intereses legítimos de las partes cuando la demora en la emisión de la decisión judicial coloque en riesgo inminente la eficacia de la resolución, tal como lo señaló el estudioso Enrique Palacios, “la función de la tutela cautelar, no es otra que evitar que la duración o la demora del proceso convierta en irreparable o en más gravosa la lesión que sufre el demandante⁶⁹”.

Daniel Castaño conceptualiza al *periculum in mora* como “la necesidad de proteger la situación del demandante frente al inminente acaecimiento o agravación de una situación dañosa cuya consumación podría hacer nugatorios los efectos de la sentencia, tanto por la ocurrencia de un fenómeno de sustracción de materia, como por su inoportunidad temporal, frustrando con ello la efectiva obtención de justicia⁷⁰”.

Para Juan Monroy este peligro en la demora se define como “la amenaza de que el proceso se torne ineficaz durante el tiempo transcurrido desde el inicio de la relación procesal hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva”; considerándose esta definición como la más adecuada a este estudio puesto que para que opere la medida cautelar, se deberá justificar que el riesgo del paso del tiempo mientras dura el proceso podría frustrar la tutela judicial efectiva, volviéndose ineficaz la resolución al momento de ejecutarse. El riesgo es el detonante de la medida cautelar, así como de su duración y magnitud.

Por otra parte hay que señalar que el *periculum in mora* no puede sobreentenderse, sino que debe quedar debidamente acreditado por quien solicita las medidas cautelares, siendo deber del juez apreciar de manera adecuada la concurrencia de este requisito para conceder o denegar la medida solicitada. Piero Calamandrei hace un énfasis especial respecto al *periculum in mora* y ha señalado que: “está constituido no por la temida desaparición de los medios necesarios para la formación o para la ejecución de la

⁶⁹ Enrique Palacios Pareja, “Reflexiones sobre la caducidad de las medidas cautelares”, *Revista de Derecho Ius et veritas*, Universidad Católica de Perú.

⁷⁰ Daniel Castaño Parra, “La protección cautelar en el contencioso administrativo colombiano: hacia un modelo de justicia provisional”, Ponencia presentada para las XI Jornadas de Derecho Administrativo, llevadas a cabo en la *Universidad Externado de Colombia*, los días 8, 9 y 10 de septiembre de 2010.

providencia principal sobre el mérito, sino precisamente por la prolongación, a causa de las dilaciones del proceso ordinario, del estado de insatisfacción del derecho sobre el que se contiene en el juicio de mérito⁷¹”.

De lo señalado por el autor, se puede aseverar que este presupuesto busca asegurar que la demora del proceso no agrave la situación de insatisfacción del derecho o del interés que se encuentra en disputa, que además el paso del tiempo puede dañar o extinguir y que la decisión definitiva no carezca de validez por ser inoperante.

Ahora bien, cuando estamos ante un proceso contencioso administrativo, se da la posibilidad de que concurra un riesgo doble, ya que a más de existir el riesgo por la demora de la sentencia, existe el riesgo que se deriva de la ejecución del acto, puesto que a causa de la ejecutoriedad y ejecutividad estos no se suspenden por la interposición de un recurso, “ello es, que la urgencia de adoptar la medida cautelar estará determinada, ya no por el retardo del proceso, sino por la inminencia de la lesión de un derecho subjetivo como consecuencia de la ejecución unilateral e inmediata del acto administrativo impugnado judicialmente⁷²”.

Como lo expresa con claridad el maestro García de Enterría, la tutela cautelar no busca únicamente o como fin último evitar la producción de riesgos irreparables, lo que se busca es evitar que se turbe la tutela judicial efectiva, esto desde la perspectiva de que lo que se pretende no es que los daños sean menores; sino que estos no se produzcan, es decir no se lesionen los derechos o intereses legítimos tutelados; ya que si esta lesión se produce el proceso sería inoficioso⁷³. En palabras simples la tutela cautelar busca asegurar el resultado final del proceso, garantizando así la tutela judicial efectiva.

⁷¹ Piero Calamandrei, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, (Perú: Ara editores, 2005), 72.

⁷² Daniel Castaño Parra, “La protección cautelar en el contencioso administrativo colombiano: hacia un modelo de justicia provisional”, Ponencia presentada para las XI *Jornadas de Derecho Administrativo*, llevadas a cabo en la Universidad Externado de Colombia, los días 8, 9 y 10 de septiembre de 2010.

⁷³ Eduardo García de Enterría, *La Batalla por las medidas cautelares*, tercera edición, (Madrid: Civitas, 2004), 205: El fundamento de Derecho segundo es el que formula a nueva doctrina. La cual debe, en efecto, partir de la existencia de un riesgo de perjuicios para el que pide la suspensión, pero no desde la perspectiva formal de la simple reparabilidad de tales perjuicios (...), sino desde la perspectiva de la incidencia de tales perjuicios precisamente sobre la tutela efectiva que en el proceso ha de otorgarse a quien ostente los derechos o intereses legítimos tutelables.

Lo manifestado nos permite concluir entonces que el *periculum in mora*, como requisito de las medidas cautelares, consiste en el peligro de que la tardanza en la tramitación del proceso pueda causar de manera inminente una lesión al interesado que agravará su situación o provocará la ineficacia de la decisión judicial.

7.3- Prestación de una contracautela

Como se ha venido señalando en líneas anteriores, la medida cautelar se da en virtud de dos requisitos que son analizados por el juez de manera superficial sin entrar a fondo al proceso principal, por lo que se decide en base a una apariencia, a la posibilidad de un daño en el derecho por el transcurso del tiempo y por la consideración de que el actor puede tener la razón, “si la medida cautelar se adopta para garantizar la eficacia de la sentencia frente al *periculum in mora*, de su adopción pueden, a su vez, derivarse perjuicios, que deberán evitarse o paliarse, y en último término prestarse garantía para responder de los que pudieran causarse⁷⁴”.

Es así que, la contracautela tiene como propósito ser una fianza puesto que es “el contrapeso a la propia cautela, evitando peticiones injustificadas y respondiendo de los daños y perjuicios que pudieran ocasionarse con una adopción ilícita⁷⁵”.

Conforme señala el profesor Juan Monroy Gálvez, “este requisito de garantizar el resarcimiento del daño que produzca la ejecución de la medida en caso no se ampare al final del proceso su pretensión, recibe el nombre de contracautela⁷⁶”. Por otro lado, el catedrático considera a la contracautela como un presupuesto de efectividad de la medida cautelar en virtud de que ella puede resarcir los perjuicios en caso de una concesión de medidas errónea, por parte del juez.

La finalidad de la contracautela, es entonces garantizar la reparación de posibles daños, causados por la ejecución de la medida cautelar, al respecto el catedrático Enrique

⁷⁴ Jesús González Pérez, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, tercera edición, (Madrid: Civitas, 2001), 587.

⁷⁵ Calderón Pía señalada por Martín Hurtado *Tutela jurisdiccional diferenciada*, (Lima: Palestra editores, 2006), 186-245.

⁷⁶ Juan Monroy Gálvez, *El Juez Nacional y la Medida Cautelar*, Universidad de Lima, versión electrónica.

Palacios, indica que ésta no es un requisito para la concesión de la medida sino para su ejecución, es decir que es una consecuencia de su concesión, necesaria para que se ejecute.

Es así que la contracautela “funciona como aseguramiento preventivo del eventual derecho al resarcimiento de los daños, que podrá surgir si en el juicio definitivo la medida provisoria es revocada, a favor de aquel contra quien ha sido ejecutada”⁷⁷, es decir los daños a los que se hace mención corresponden a las consecuencias que contrae que la sentencia definitiva se dicte en favor de la administración, la cual por la medida cautelar vio suspendido los efectos del acto administrativo que fue dictado en sede administrativa.

De lo señalado se colige que podría exigirse la contracautela una vez que se haya concedido la medida cautelar. Al respecto el tipo de medida asegurativa va a variar dependiendo de la materia de que se trate el litigio, del actor que haya solicitado la medida o del tipo de contracautela que se haya ofrecido.

En el caso ecuatoriano no se contempla este requisito de ejecución de la medida cautelar, por lo que acogemos el criterio del tratadista mexicano Jean Claude Tron Petit en cuanto a que “El límite de las medidas cautelares, se encuentra en el perjuicio irreparable o en la violación de derechos fundamentales que se incardina también con la no afectación grave al interés público, lo que implica sopesar y ponderar estos elementos en los casos concretos⁷⁸”, de ahí que aun cuando no se exija una contracautela, como nos resulta acertado, es el juez el que debe valorar la no existencia de afectaciones al interés general para conceder la medida solicitada.

7.4.- Falta de identidad entre el objeto de la prestación cautelar y la acción de fondo.

Este requisito lo ha desarrollado en su teoría Juan Carlos Cassagne quien sostiene lo siguiente: “Este criterio postula que la identidad del objeto de la pretensión cautelar debe ser distinta al de la pretensión que será objeto de la sentencia que se dicte en el proceso principal. La finalidad de este principio es evitar que el juez al momento de resolver la

⁷⁷ Carlos A. Vallefín, *Protección Cautelar Frente al Estado*, (Abeledo Perrot: Buenos Aires, 2002), 117.

⁷⁸ Jean Claude Tron Petit, *La suspensión como modalidad de medida cautelar en el amparo*, 01 de agosto de 2018, <http://jeanclaude.tronp.com/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=4>.

cautelar prejuzgue sobre el contenido de la sentencia definitiva que tendrá luego que dictar”.

Es decir que este presupuesto tiene como objetivo impedir que el juez realice un juicio de valor del objeto principal de la controversia, al momento de analizar la concesión de medidas cautelares, pues de esta forma se impedirá un direccionamiento en su fallo final. En el Ecuador este precepto ha sido contemplado en el artículo 330 del COGEP que señala que para la adopción de una medida cautelar (suspensión del acto administrativo) se hará un juicio provisional acerca de las potenciales posibilidades de la concesión de la pretensión principal sin que esto implique una decisión anticipada sobre el fondo. Lo que quiere decir que el Juez aceptará la medida cautelar siempre y cuando verifique, sin entrar a valorar el fondo del asunto, que la pretensión exigida guarda un nivel de verosimilitud, sin que esta apreciación inicial sea una valoración anticipada de la decisión de fondo del asunto puesto en su conocimiento.

La tarea de los jueces en este sentido es compleja por cuanto deben analizar de manera adecuada y con suma prolijidad que su decisión de conceder la medida no se realice sobre la base de un prejuzgamiento del objeto principal de la litis. De ahí la importancia de que se aprecien de manera razonada y fundada los requisitos de concesión de las medidas cautelares a fin de que el ejercicio valorativo se genere sobre la base de la potencialidad real de que una decisión final sea favorable pero sin que esto nuble el juicio de imparcialidad que deben mantener los juzgadores. Así las medidas cautelares lo que buscan es prevenir un posible daño, mas no convertirse en una medida definitiva como quedó anotado.

8.- Extinción de las medidas cautelares

Las medidas cautelares de conformidad a sus caracteres específicos, se han constituido como instrumentos provisorios, instrumentales de un proceso principal y revocables, es decir que no son independientes ni subsisten por sí mismas, por lo tanto tendrán un plazo de expiración. Todo esto por cuanto su único objetivo es impedir que se produzcan consecuencias perjudiciales debido a la demora en la tramitación del proceso, como por ejemplo que la sentencia no tenga la eficacia esperada.

Al hacer mención a que las medidas cautelares tienen un plazo de vigencia, se explicará a continuación sus formas de extinción para lo cual se citará lo mencionado por el catedrático Agustín Gordillo, para quien las medidas cautelares “pueden cesar por admisión del recurso administrativo que justificó el pedido de suspensión de efectos del acto, decisión judicial modificatoria, sustitutiva, revocatoria o anulatoria, y agotamiento del plazo para el que fueron dictadas⁷⁹”, es decir cuando el Juez haya emitido sentencia, que de ser el caso revoque el acto administrativo impugnado, supondría la cesación inmediata de la cautela que ya no requiere seguir suspendiendo los efectos del acto, puesto que todo regresaría al momento previo al inicio del procedimiento administrativo.

En igual sentido se ha pronunciado Ramón Parada cuando señala que: “Las medidas cautelares estarán vigentes hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en el que fueron acordados o hasta que éste finalice por cualquiera de las causas previstas en la Ley. No obstante, podrán ser modificadas o revocadas durante el curso del procedimiento si cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hubieran adoptado⁸⁰”. De lo citado se desprende que las medidas cautelares se extinguen con la sentencia definitiva pero también por la revocatoria o modificación de la medida, que realice el mismo Juez que la concedió y que conoce el proceso principal, estas situaciones pueden darse en cualquier momento en el que varíen las circunstancias, puesto que de no ser así, se estará dando a la medida cautelar otras características que solo le corresponden a la sentencia definitiva del proceso principal.

Una vez que se han analizado a las medidas cautelares desde una perspectiva abierta y general, exponiendo sus principales características, los presupuestos de su concesión y extinción, y se ha esbozado un concepto propio de estas, podemos avanzar en el desarrollo de esta investigación centrando este estudio de las medidas cautelares, en el proceso contencioso administrativo ecuatoriano.

⁷⁹ Agustín Gordillo, “Presunción de Legitimidad, Exigibilidad y Ejecutoriedad”, 10 de julio de 2018, <https://www.gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo5.pdf>.

⁸⁰ Ramón Parada, *Derecho Administrativo II*, vigésima primera edición, (Madrid: Open ediciones Universitarias, 2014), 602.

Capítulo Dos

Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo ecuatoriano

En este segundo capítulo de la investigación, se hará un estudio específico de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo ecuatoriano, se revisarán los fundamentos y alcance de las medidas cautelares; mismas que pretenden evitar perjuicios irreparables al demandante y llegar así a garantizar una auténtica tutela judicial efectiva, garantía establecida en el texto constitucional ecuatoriano como un derecho de los ciudadanos.

La legislación contencioso administrativa ecuatoriana está anclada a la suspensión del acto administrativo como única medida cautelar, medida que es necesario señalar consideramos como insuficiente, siendo necesaria una innovación normativa que ataque el estancamiento en el que se ha sumido esta posibilidad de garantizar los resultados de los procesos en esta materia. Como señala Emilio Biasco, “la justicia administrativa, requiere de rápidas reformas legislativas tendientes a dotarla de los medios eficaces para mantener intacta, durante el curso del proceso, la posibilidad de satisfacción del interés invocado⁸¹”.

1.- Establecimiento de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo ecuatoriano.

Realizar una breve remembranza histórica de la evolución de la jurisdicción contencioso administrativa en nuestra legislación nos permitirá observar su desarrollo legal

⁸¹ Emilio Biasco, “La suspensión jurisdiccional de la ejecución del acto administrativo y otras medidas cautelares”, versión digital de la clase dictada en el Cursillo de posgrado en Derecho Administrativo, de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, correspondiente al año 1995.

y procesal en el tiempo, así como evidenciar cómo se incorporaron las medidas cautelares en nuestro ordenamiento adjetivo.

Al efecto se debe señalar que la jurisdicción contencioso administrativa y la existencia de los Tribunales de la materia como los conocemos hoy, son “producto de una serie de modificaciones en el sistema judicial, teniendo un ámbito de competencia definida en la Ley”⁸². En este sentido, se puede tomar como punto de partida de esta jurisdicción, a la Constitución Política de 1906, norma en la cual se estableció como una de las competencias del Consejo de Estado – que era un órgano consultivo del Jefe de Estado, conformado por el Presidente de la Corte Suprema, el Presidente del Tribunal de Cuentas, Secretarios de Estado, dos Senadores, dos Diputados y tres ciudadanos que tengan las cualidades necesarias para ser Senador⁸³- el conocer y decidir sobre las cuestiones contencioso administrativas⁸⁴.

La existencia de este Consejo de Estado en 1906 nos deja notar que en dicha época, no existía en el Ecuador un ente, perteneciente al poder judicial, encargado de conocer y sustanciar los asuntos que corresponden hoy en día a una justicia especializada en asuntos contencioso administrativos; y en su lugar, las controversias derivadas de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, eran conocidas y resueltas por el Consejo de Estado, que era un organismo de asistencia al Ejecutivo, no existiendo hasta ese momento una Ley especializada en la materia y menos aún podríamos decir, un real proceso contencioso administrativo.

Posteriormente, con la Constitución de la República de 1929 se modificó la estructura del Consejo de Estado⁸⁵, pero se mantuvo como parte de sus atribuciones ejercer jurisdicción en lo contencioso administrativo; y a más de ello se agregó como parte de sus competencias, la facultad de declarar por acción popular, la Acción de Nulidad de decretos

⁸² Rafael Oyarte, *Derecho Constitucional Ecuatoriano y comparado*, (Quito: Corporación de estudios y publicaciones CEP, 2014), 781.

⁸³ Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador de 1906*, Registro Oficial 262 de 24 de diciembre de 1906, Art. 97.

⁸⁴ *Ibíd.*, Art. 98, numeral 9.

⁸⁵ Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador de 1929*, Registro Oficial 138 de 26 de marzo de 1929, Art. 115.

o reglamentos que hayan sido dictados por el Poder Ejecutivo en contravención de la Constitución y las leyes del país⁸⁶.

Luego de más de una década, con la Constitución de 1945, sin que se haga referencia al Consejo de Estado en dicha norma, se encomendó la competencia para ejercer jurisdicción en lo contencioso administrativo al Tribunal de Garantías Constitucionales⁸⁷, determinándose que esta atribución sería ejercida de conformidad con lo que determine la ley. Sin embargo, no se desarrolló a esa fecha, una Ley especializada para temas Contencioso Administrativos.

Finalmente en la Constitución de 1967⁸⁸ se institucionalizaron los Tribunales de lo Contencioso Administrativo⁸⁹, como parte de la función jurisdiccional y como una rama especializada y diferenciada de la justicia ordinaria; siendo esta norma, a nuestro criterio, de vital importancia en el desarrollo jurisdiccional ya que “estableció la existencia de tres órganos jurisdiccionales máximos, cada uno con un ámbito de competencia material distinto, pero de una misma jerarquía: la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal de lo Contencioso y el Tribunal Fiscal”⁹⁰. Los dos últimos Tribunales fueron los encargados del conocimiento y resolución de los asuntos, contencioso administrativos y contencioso tributarios, respectivamente, y entre sus atribuciones se encontraban las siguientes:

Conocer las impugnaciones que las personas naturales o jurídicas hicieran contra los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública o de las entidades semipúblicas, y resolver acerca de su ilegalidad o inaplicabilidad. Le correspondió igualmente a este Tribunal conocer y resolver lo concerniente a las violaciones de la ley reguladora de la Carrera Administrativa, y declarar la responsabilidad, de la Administración, y de sus funcionarios y empleados⁹¹.

⁸⁶ *Ibíd*, Art. 117.

⁸⁷ Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador de 1945*, Registro Oficial 228 de 06 de marzo de 1945, Arts. 159 y 160.

⁸⁸ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador de 1967*, Registro Oficial 133 de 25 de mayo de 1967.

⁸⁹ *Ibíd*, Art. 213.

⁹⁰ Rafael Oyarte, *Derecho Constitucional Ecuatoriano y comparado*, (Quito: Corporación de estudios y publicaciones CEP, 2014), 781.

⁹¹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador de 1967*, Registro Oficial 133 de 25 de mayo de 1967, Art. 215.

Fue de esta manera que a nuestro criterio, en el Ecuador se instauró una justicia especializada encargada del control de legalidad de las actuaciones administrativas, todo ello consideramos, con base en “la moderna concepción de que la voluntad administrativa no es facultad omnímoda y que los actos de ella pueden ser impugnados ante la justicia administrativa, consolidando el Estado de Derecho en la más pura y firme vocación democrática⁹²”, criterio que hoy parece obvio pero que ha debido transitar un largo camino hasta convertirse en un derecho de plena exigibilidad.

Un año después de la expedición de la Constitución de 1967, se promulgó la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, norma que fue publicada en el Registro Oficial N° 338 de 18 de marzo de 1968, norma que con algunas reformas se mantuvo en plena vigencia hasta el año 2015, fecha en la que fue derogada⁹³. Esta Ley especializada, que a partir de 1968 se encargó de regular las controversias que el Estado mantenía con los administrados, también contenía las disposiciones respecto al ejercicio de la jurisdicción contencioso administrativa, es decir se refería a los recursos: subjetivo o de plena jurisdicción y el de anulación, objetivo o por exceso de poder, a los que en la actualidad se los reconoce como verdaderas acciones y ya no como recursos, lo que da cuenta de que se está superando el carácter revisor del acto administrativo, fundamento este de que históricamente se haya identificado a las acciones judiciales contencioso administrativas como recursos en sede judicial que se desarrollan en contra de actuaciones estatales, más concretamente, actos administrativos⁹⁴.

⁹² Ernesto Velásquez Baquerizo, “La Justicia Administrativa en la Reforma Constitucional”, octubre 2018, 76, https://www.revistajuridicaonline.com/wpcontent/uploads/1993/09/08_La_Justicia_Administrativa_En_Reforma_Const.pdf

⁹³ Ley derogada por la Disposición Derogatoria Tercera del Código Orgánico General de Procesos, publicado en el Registro Oficial No. 506 de 22 de mayo de 2015.

⁹⁴ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, (Madrid: Civitas, 2013), 607-08: Por razones históricas (...), el sistema contencioso administrativo francés, del cual son tributarios la mayor parte de los sistemas existentes, fue montado sobre la técnica de la impugnación de actos administrativos (...). El recurso contencioso – administrativo se ha configurado así como impugnatorio de actos administrativos previos.

El carácter revisor de la jurisdicción contencioso – administrativa, que significaría que los Tribunales habrían de limitarse a enjuiciar la validez del acto impugnado según sus propios precedentes en el expediente, al modo con que un recurso de casación enjuicia una sentencia. La tesis se radicó inicialmente en la doctrina del Ministro – juez, que consideraba a la vía administrativa como una primera instancia jurisdiccional.

La Constitución de 1979⁹⁵ no modificó la estructura de la organización jurisdiccional de los tres órganos máximos determinados en la Carta Magna de 1967, pero precisó “la denominación de uno de estos como Tribunal de lo Contencioso Administrativo”⁹⁶. Con posterioridad, al amparo de la reforma constitucional de 1992 se eliminan el “Tribunal de lo Contencioso Administrativo y el Tribunal Fiscal y se mantiene a la Corte Suprema de Justicia, estableciéndose en disposiciones transitorias cuatro Tribunales distritales de lo Fiscal y cuatro de lo Contencioso Administrativo”⁹⁷. Tribunales que se establecieron en las ciudades de Quito, Guayaquil, Cuenca y Portoviejo.

Con posterioridad es destacable señalar que en las Constituciones de los años 1998 y 2008, no se hace referencia expresa a la existencia de estos Tribunales. Sin embargo de lo cual, con la expedición del Código Orgánico de la Función Judicial en el año 2009⁹⁸, se dispuso el establecimiento de salas de lo contencioso administrativo en las Cortes Provinciales de conformidad con lo que determinare el Consejo de la Judicatura, órgano que sería el encargado de establecer la sede y circunscripción territorial de competencia de los Tribunales. Innovación legislativa que constituiría la eliminación de los tribunales distritales, que conforme señala el autor ecuatoriano Edgar Neira Orellana carecería de argumentos jurídicos o técnicos, pues a su criterio:

(...) tres razones de fondo desaconsejaban esta medida: (i) las materias contencioso administrativa y contencioso tributaria son distintas de la civil, mercantil o laboral, principalmente por la naturaleza pública de los sujetos procesales accionados; (ii) la instancia única que el sistema legal ha establecido para lo contencioso administrativo y tributario, con revisión de fallos vía casación (...); y (iii) la razón más importante, la necesidad de dar continuidad a un contencioso que por varias décadas, con avances y retrocesos, contribuyó a afianzar instituciones jurídicas básicas del Derecho Administrativo con la jerarquía de tribunales independientes para juzgar a la administración pública⁹⁹.

⁹⁵ Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador de 1979*, Registro Oficial 800 de 27 de marzo de 1979.

⁹⁶ Rafael Oyarte, *Derecho Constitucional Ecuatoriano y comparado*, (Quito: Corporación de estudios y publicaciones CEP, 2014), 781.

⁹⁷ *Ibíd.*, 781.

⁹⁸ Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, Registro Oficial No. 644, Suplemento, 09 de marzo de 2009.

⁹⁹ Edgar Neira Orellana, *La Jurisdicción Contencioso Administrativa: Reflexión jurídica sobre sus disfuncionalidades*, (Quito: Universidad San Francisco de Quito, 2016), 33.

Sin perjuicio de lo señalado, en lo que el autor antes citado denomina una forma de corregir el desorden legal causado¹⁰⁰, el Código Orgánico de la Función Judicial en su disposición transitoria cuarta estableció que los Tribunales de lo Contencioso Administrativo y Fiscal continuarían funcionando con las mismas competencias que mantenían antes de la expedición de dicho cuerpo legal, y esto hasta que se integren las salas respectivas en las Cortes Provinciales.¹⁰¹

Pese a lo previsto en el cuerpo normativo, las salas de lo contencioso administrativo y fiscal nunca llegaron a integrarse en las Cortes Provinciales y ante este hecho, en el año 2013, mediante la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial¹⁰² se establecieron nuevamente los tribunales de lo contencioso administrativo, pero con sede en los distritos que el Consejo de la Judicatura determinare, como ente encargado de establecer el espacio territorial en el que ejercerán su competencia, configuración de los tribunales vigente y que está prevista en el artículo 216 del Código Orgánico de la Función Judicial reformado¹⁰³.

Realizado este recorrido histórico y en relación directa con el tema materia de esta investigación, es relevante señalar que en la “moderna” Ley con la que contó el país para regular la jurisdicción contencioso administrativa, vigente hasta el 2016¹⁰⁴, no se legislaron ni consideraron prescripciones normativas relacionadas con la posibilidad de interponer medidas cautelares dentro de los procesos contencioso administrativos. Esta situación es

¹⁰⁰ *Ibíd.*

¹⁰¹ Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, Registro Oficial No. 644, Suplemento, 09 de marzo de 2009, Disposiciones Transitorias.- Cuarta.- TRIBUNALES DISTRITALES DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y FISCAL. Los actuales tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo y Fiscal, funcionarán con el régimen y competencias establecidos antes de la vigencia de este Código hasta que el nuevo Consejo de la Judicatura integre las respectivas salas de las Cortes Provinciales previo concurso público y con las condiciones de estabilidad establecidas en este Código.

¹⁰² Ecuador, *Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial*, Registro Oficial No. 38, Suplemento, 17 de julio de 2013.

¹⁰³ Ecuador, *Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial*, Registro Oficial No. 38, Suplemento, 17 de julio de 2013.- Art. 216.- COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES DISTRITALES DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.- Existirán tribunales de lo contencioso administrativo en los distritos que determine el Consejo de la Judicatura, el cual establecerá el número de salas, la sede y espacio territorial en que ejerzan su competencia.

¹⁰⁴ Si bien la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa fue derogada por la disposición derogatoria tercera del Código Orgánico General de Procesos, sus prescripciones se aplicaron hasta el 22 de mayo de 2016 en razón de la *vacatio legis*, establecida en la disposición final segunda del referido código procesal.

llamativa ya que la Ley de 1968¹⁰⁵ es prácticamente una adaptación de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de España de 1956¹⁰⁶, como señala Ernesto Velásquez: “(...) la aplicación de la Ley de la Jurisdicción en el Ecuador, debe determinarse que siguió los patrones de la Ley Española Santa María de Paredes y sus reformas hasta 1958 (...)”¹⁰⁷. Para entonces, la norma española incorporaba en su articulado la posibilidad de incoar medidas de esta naturaleza con el fin de preservar los intereses de los administrados que se sometían a conocimiento de los Tribunales con competencia en esta materia.

En materia contencioso administrativa, el único apartado que podría acercarse en alguna medida a la potencial existencia de un mecanismo cautelar de protección de los intereses de los administrados lo constituyó la previsión normativa del artículo 75 de la ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que posibilitaba al administrado solicitar la suspensión de una resolución o acto administrativo que haya causado estado en el evento de que se tratase de un procedimiento coactivo y estas actuaciones administrativas impliquen una obligación económica a favor de la administración, misma que además debía ser afianzada por quien requirió la suspensión¹⁰⁸.

De lo señalado en los párrafos anteriores podemos concluir que el poder de *imperium* que el Estado ostentaba ante los administrados era por decirlo de algún modo

¹⁰⁵ Ecuador, *Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Registro Oficial 338, 18 de marzo de 1968.

¹⁰⁶ España, *Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Boletín del Estado, 28 de diciembre de 1956: Artículo ciento veintidós—i) La interposición del recurso contencioso-administrativo no impedirá a la Administración ejecutar el acto o la disposición objeto del mismo, salvo que el Tribunal acordare, a instancia del actor, la suspensión. 2) Procederá la suspensión cuando la ejecución hubiese ocasionado daños o perjuicios de reparación imposible o difícil. ' , . Artículo ciento veintitrés.— 1) La suspensión podrá pedirse en cualquier estado del proceso, en primera o segunda instancia, y se sustanciará en pieza separada

¹⁰⁷ Ernesto Velásquez Baquerizo, *La Nueva Justicia Administrativa: Diagnóstico de Derecho Contencioso Administrativo y Fiscal en el Ecuador*, (Quito: Corporación Latinoamericana para el Desarrollo) ,50.

¹⁰⁸ Ecuador, *Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Registro Oficial 338, 18 de marzo de 1968: artículo 75.- El administrado podrá solicitar la suspensión del procedimiento coactivo, mientras se tramita la causa en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, cuando tal procedimiento se hubiere iniciado en virtud de una resolución o acto administrativo que haya causado estado y que implique una obligación económica a favor de la Administración. El Tribunal ordenará dicha suspensión siempre que se afiance el interés económico de las entidades públicas o semipúblicas; caso contrario, continuará la ejecución (...).

total, puesto que es nula la posibilidad de suspender los efectos de una actuación administrativa a través de una vía jurisdiccional cautelar y esto sin perjuicio de las graves consecuencias que la ejecución de la actuación podía acarrear o de lo ilegal de su contenido.

Como se ha señalado a lo largo de este trabajo, las actuaciones de la administración, -que gozan de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad- aun cuando de manera palpable o grosera hayan podido ser nulas, no podían ser desconocidas *prima facie* y por ende, incluso contándose con la posibilidad de impugnarlas, sobre su ejecutividad nada podía hacer el destinatario de sus efectos, puesto que como nos enseña Ramiro Simón Padrós, “(...)la impugnación del acto o decisión administrativa cuestionada por medio del recurso judicial no produ[ce] la suspensión de su ejecución forzosa¹⁰⁹”, quedando el ciudadano simplemente a la espera de una añorada resolución judicial que declare la nulidad de la actuación impugnada.

Durante la vigencia de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa la tutela cautelar fue inexistente y se ratificó en el Estado la regla general de ejecutividad de las actuaciones administrativas puesto que el artículo 76 de dicha norma expresamente disponía que: “(...)en ningún caso se suspenderá la ejecución o cumplimiento del acto administrativo¹¹⁰”; siendo la única excepción a esta regla, la suspensión del procedimiento coactivo iniciado en virtud de una resolución o acto administrativo que haya causado estado, como lo establecía el artículo 75¹¹¹ de la ley en mención.

Como queda entonces evidenciado, los destinatarios de los efectos de las actuaciones o resoluciones administrativas impugnadas, quedaban sometidos, sin remedio, a la espera de que se produzca la resolución judicial, que en muchos casos resultaba

¹⁰⁹ Ramiro Simón Padrós, *La Tutela Cautelar en la Jurisdicción Contencioso – Administrativa*, (Argentina: Lexis Nexis, 2004), 20.

¹¹⁰ Ecuador, *Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Registro Oficial 338, 18 de marzo de 1968: art. 76.

¹¹¹ Ecuador, *Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Registro Oficial 338, 18 de marzo de 1968: artículo 75.- El administrado podrá solicitar la suspensión del procedimiento coactivo, mientras se tramita la causa en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, cuando tal procedimiento se hubiere iniciado en virtud de una resolución o acto administrativo que haya causado estado y que implique una obligación económica a favor de la Administración. El Tribunal ordenará dicha suspensión siempre que se afiance el interés económico de las entidades públicas o semipúblicas; caso contrario, continuará la ejecución (...).

ineficaz por el transcurso del tiempo, tal como lo manifestó Calamandrei: “la lentitud del proceso, genera el riesgo de convertir en prácticamente ineficaz a la sentencia que un día se dicte¹¹²”, por ello la demora en el tratamiento de los procesos judiciales, que están compuestos de una serie de formalidades para su desarrollo, pueden deformar la finalidad de la justicia, que es garantizar la tutela efectiva del derecho durante la sustanciación del proceso.

En concordancia con lo señalado se encuentra el análisis del Dr. Ramiro Simón Padrós, quien afirma que la tutela cautelar tiene como pretensión procesal: “prevenir las repercusiones perjudiciales de la demora en el pronunciamiento de las resoluciones judiciales, garantizando las consecuencias del proceso y la tutela efectiva del derecho¹¹³”, ya que el paso del tiempo que genera un retraso en la aplicación de la justicia siempre será una ventaja para quien desconoce el derecho; mientras que para el que acciona, es una desventaja¹¹⁴, desventaja que recae en el ciudadano que acude al sistema judicial en procura de justicia para su caso y la tutela de sus derechos, quien termina enfrentándose a un sistema muchas veces carente de celeridad y complejo que no ataca de manera inmediata los efectos del acto administrativo, que continúa ejecutándose y como lo señala el profesor Edgar Neira, su situación se pone peor que cuando inició la acción judicial. De esta forma, se evidencia la importancia que tiene el desarrollo de las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso administrativa, puesto que este es un mecanismo que aporta eficacia e inmediatez jurisdiccional para garantizar el derecho del ciudadano mientras se resuelve el proceso. De ahí que se pueda señalar que la efectividad de la tutela judicial depende del grado de eficacia del sistema de justicia.

¹¹² Piero Calamandrei, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, (Perú: ARA Editores, 2005), 36.

¹¹³ Ramiro Simón Padrós, *La Tutela Cautelar en la Jurisdicción Contencioso – Administrativa*, (Argentina: Lexis Nexis, 2004), 18.

¹¹⁴ Edgar Neira Orellana, *La Jurisdicción Contenciosa Administrativa: Reflexión jurídica sobre sus disfuncionalidades*, (Quito: Universidad San Francisco de Quito, 2016), 263: “La práctica de los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo de Ecuador ha dejado en claro que el tiempo comprometido en la tramitación del juicio, desde la presentación de la demanda hasta la expedición de la sentencia – que toma entre tres a cinco años-, empeora los hechos existentes al momento de iniciación del proceso (...)”.

De lo ya expresado se puede manifestar entonces que la tutela cautelar es concebida por la doctrina¹¹⁵, como el medio para asegurar la eficacia de la sentencia y por otro lado, contrarrestar los efectos de la ejecutividad del acto administrativo. Sin embargo, se debe considerar como un factor coyuntural¹¹⁶ la lentitud del sistema judicial mas no como un factor determinante de las medidas cautelares, cuyo fin último es garantizar el derecho constitucional a la tutela efectiva dentro del proceso judicial.

Por lo antes señalado, resulta alarmante que por más de cuatro décadas, que fue el periodo en el que se encontró vigente la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, los legisladores o las propias autoridades que dirigían los órganos de administración de justicia no se hayan preocupado por innovar el ordenamiento jurídico en busca de mecanismos que permitan una tutela judicial adecuada y efectiva que asegure la eficacia de las sentencias, puesto que para nadie es extraño que esta clase de procesos, tardan en resolverse más de lo que un término razonable prevé, lo que ha ocasionado que los daños causados por actuaciones ilegales de la Administración Pública sean de difícil o imposible reparación para el administrado o incluso perjudiciales para los propios intereses del Estado.

Para ejemplificar las graves consecuencias que conlleva el retardo en la administración de justicia del Ecuador, a continuación se cita el caso Salvador Chiriboga vs Ecuador, proceso en el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que existieron violaciones cometidas por el Estado por el retardo en la decisión de la causa puesta a conocimiento de los órganos judiciales; así en el numeral 117 de la resolución del caso textualmente se señala:

En específico, el Estado incumplió con las formas establecidas en la Ley al vulnerar la protección y garantías judiciales, ya que los recursos interpuestos han excedido para su resolución el plazo razonable y han carecido de efectividad. Lo anterior ha privado indefinidamente a la víctima de su bien, así como del pago de una justa indemnización, lo que ha ocasionado una incertidumbre tanto jurídica como fáctica,

¹¹⁵ Carmen Chinchilla Marín, “Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso – administrativa”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 100, 863.

¹¹⁶ Alberto Palomar Olmeda y otros, *Tratado de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa*, (España: editorial Aranzadi, 2008), 550.

la cual ha derivado en cargas excesivas impuestas a la misma, convirtiendo a dicha expropiación en arbitraria.¹¹⁷

Como expone la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el tiempo excesivo que toma a los administrados obtener resoluciones judiciales, se convierte en una violación de derechos que torna a las decisiones adoptadas por los entes estatales en arbitrarias, de ahí que el retraso en la resolución de las causas sometidas al conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa sea un hecho dañoso que debe ser corregido puesto que como señala el Ab. Roger Nieto: “(...) la sustanciación de un proceso judicial siempre consume un prolongado espacio de tiempo, con el riesgo de que en ese intervalo la situación haya devenido irreversible o de difícil reparación. Por razón de ese “periculum in mora”, y ante la tensión dialéctica entre la autotutela administrativa y el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, cobra singular importancia la adopción de medidas cautelares que garanticen que el proceso judicial cumpla su función institucional¹¹⁸”.

Ante el desolador escenario de la tardanza en la emisión de las resoluciones en la jurisdicción contencioso administrativa, considerándose que la celeridad es un principio que debe regir en el sistema de administración de justicia, en un cambio total del paradigma el Ecuador modificó su sistema procesal, preponderantemente escrito, por uno nuevo, el sistema oral o por audiencias. Para implementar este sistema, que se fundamenta en dos pilares fundamentales: la oralidad y la uniformidad en la tramitación de los procesos judiciales, se expidió el Código Orgánico General de Procesos, cuerpo normativo que fue publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 506 de 22 de mayo de 2015 y entró en plena vigencia el 22 de mayo de 2016.

¹¹⁷ Corte IDH, “Sentencia de 06 de mayo de 2008 (Excepción Preliminar y de Fondo)”, *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, 06 de mayo de 2008, párr. 117, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_179_esp.pdf.

¹¹⁸ Roger Nieto Maridueña, “La jurisdicción contenciosa administrativa ecuatoriana: Realidad Doctrinaria y Legislativa.” <https://ecotec.edu.ec/content/uploads/mcientificas2018/7gestion-relaciones-juridicas/007.pdf>

Este nuevo código procesal establece importantes cambios en varias materias y procesos, derogó la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa¹¹⁹, y pasó a regular las acciones que en esta materia caben en contra del Estado o aquellas instituciones que conforman el sector público en el marco de lo que dispone la Constitución ecuatoriana.

Sin que se haya modificado mayormente el sistema impugnatorio que preveía la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el Código Orgánico General de Procesos plantea una importante innovación para el país en materia contencioso administrativa y es la instauración en nuestro sistema jurídico de la posibilidad de suspender los efectos del acto administrativo impugnado, siendo esta la única medida cautelar que en materia judicial se prevé y que se instaura por primera vez con la expedición del Cogep en el año 2015.

Es decir que, en el año 2015, por primera vez en el proceso contencioso administrativo ecuatoriano se instituye un mecanismo (suspensión del acto) que permitiría asegurar la eficacia del resultado del proceso judicial y por ende el derecho a la tutela judicial efectiva -garantías vulneradas por la demora en los procesos judiciales- siendo esta posibilidad, un instrumento de garantía que procede cuando se justifica la apariencia de un buen derecho y siempre que el retardo en la decisión de la causa pueda afectar irremediablemente el derecho opuesto, lo que encuentra fundamento en lo expresado por García de Enterría al exponer que:

(...) el perjuicio atendible por quien dispone la medida cautelar debe consistir en el riesgo de que se frustre la tutela efectiva que corresponde otorgar a la sentencia final. Ese riesgo y no otro. Lo cual obliga al juez que decide la medida cautelar a intentar una valoración prima facie de las respectivas posiciones, de forma que debe otorgar la tutela cautelar a quien tenga apariencia de buen derecho, precisamente, para que la parte que sostiene una posición injusta manifiestamente no se beneficie, como es tan frecuente, con la larga duración del proceso y con la frustración, total o parcial, grande o pequeña, que de esa larga duración va a resultar para la otra parte como consecuencia del abuso procesal de su contrario.¹²⁰

¹¹⁹ Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, Registro Oficial Suplemento 506, 22 de mayo de 2015. Disposición Derogatoria Tercera.- Deróguese la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, publicada en el Registro Oficial No. 338 de 18 de marzo de 1968 y todas sus posteriores reformas.

¹²⁰ Eduardo García de Enterría, *La Batalla por las medidas cautelares*, tercera edición, (Madrid: Civitas, 2004), 205-06.

Lo dicho por el profesor García de Enterría ratifica la importancia de contar con un sistema de medidas cautelares a fin de que por el prolongado paso del tiempo, no se ponga en riesgo la tutela judicial y con ella los derechos o intereses legítimos de las partes que buscan en la administración de justicia un remedio a los abusos del poder a través del control de la legalidad de las actuaciones administrativas, satisfacción que se vuelve ilusoria por la pesada carga que comporta en el tiempo soportar una decisión ilegal o manifiestamente injusta mientras se obtiene la resolución judicial que elimine del mundo jurídico o corrija la actuación que causa el gravamen injusto al administrado.

Como expone el profesor Garcia de Enterría en su obra “La Batalla por las Medidas Cautelares”, citando el auto de 20 de diciembre de 1990 del Tribunal Supremo Español, el derecho a una tutela judicial efectiva implica significativamente contar con el derecho a una tutela cautelar, lo cual se resume en que la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón¹²¹, lo que se traduce en que quien tiene la razón o al menos una gran apariencia de ella no puede ser perjudicado por el excesivo plazo que le tome a un Tribunal ratificar lo que es prácticamente evidente ya que esperar la decisión final constituye un daño adicional al ya causado por una actuación administrativa errada.

Sin embargo de lo señalado, hay que mencionar que aunque se plasmó una innovación en el Cogep, como es la posibilidad de suspender el acto administrativo impugnado, esta resulta insuficiente y no se compadece con los avances que en tutela cautelar presentan otras legislaciones como la colombiana¹²², la costarricense¹²³ o la

¹²¹ Eduardo García de Enterría, *La Batalla por las medidas cautelares*, tercera edición, (Madrid: Civitas, 2004), 207.

¹²² Colombia, *Ley 1437 de 2011- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, Diario Oficial No. 47.956, 18 de enero de 2011: art. 229. Procedencia de Medidas Cautelares. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

¹²³ Costa Rica, *Ley 8508: Código Procesal Contencioso Administrativo*, Expediente 15.134, 22 de junio de 2006, art. 19.- 1) Durante el transcurso del proceso o en la fase de ejecución, el tribunal o el juez respectivo podrá ordenar, a instancia de parte, las medidas cautelares adecuadas y necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. Art. 20.- Las medidas cautelares podrán contener la conservación del estado de cosas, o bien, efectos anticipativos o innovativos,

española de la que tenemos amplia influencia y que sobre la base de avances doctrinales, normativos y jurisprudenciales como la Sentencia de Factortame, incorporó mediante reforma a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de España de 1998, la posibilidad de solicitar en los procesos judiciales administrativos, cualquier medida cautelar que evite el abuso de la autotutela administrativa y asegure la efectividad de la sentencia¹²⁴, puesto que resultaba perjudicial limitar la tutela cautelar a la sola suspensión del acto administrativo.

Así se ha decantado la Corte Suprema de España que en sentencia de 21 de octubre de 2003 ha señalado: “el carácter innominado de las medidas cautelares autorizadas por la ley 29/1998 permite que puedan adoptarse cualesquiera disposiciones de orden cautelar que sean proporcionalmente adecuadas al fin de garantizar la eficacia de la sentencia dictada, aun cuando no se trate de la suspensión de la ejecutividad del acto impugnado¹²⁵”.

En la misma línea encontramos lo dispuesto en la ley 1437 de 2011 de Colombia: Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que en el artículo 229 señala: “que el juez o magistrado ponente, a petición de parte, debidamente sustentada, puede decretar no solamente la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos sino las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia¹²⁶”. Esta

mediante la regulación o satisfacción provisional de una situación fáctica o jurídica sustancial. Por su medio, el tribunal o el juez respectivo podrá imponerle, provisionalmente, a cualquiera de las partes del proceso, obligaciones de hacer, de no hacer o de dar.

¹²⁴ España, *Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso administrativa*, Boletín Oficial del Estado 167, 14 de julio de 1998, art. 129. 1. Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia.

¹²⁵ Jaime Rodríguez Arana, “Las Medidas Cautelares en la Jurisdicción Contencioso – Administrativa de España”, 05 de octubre de 2018, http://www.rodriguezarana.com/pdf/4_6.pdf.

¹²⁶ Colombia, *Ley 1437 de 2011- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, Diario Oficial No. 47.956, 18 de enero de 2011: artículo 230.- Contenido y Alcance de las Medidas Cautelares. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas: 1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible. 2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida 3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo. 4. Ordenar la adopción de una decisión

disposición normativa brinda plena libertad a los operadores de justicia para salvaguardar la eficacia de las sentencias y con ello hacer efectivos los derechos de los ciudadanos, a través de la adopción de medidas cautelares, que no se limitan a la suspensión del acto administrativo, como las medidas preventivas, conservativas o anticipativas; y además faculta al Juez a decretar medidas cautelares de oficio, cuando se trate de procesos para la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos.

La salvedad que se encuentra en el Código de Procedimiento Administrativo colombiano, que faculta al juez a declarar de oficio las medidas cautelares, no la encontramos en la Ley 29 – 1998 de España ni tampoco en la Ley 8508 de Costa Rica. En estos cuerpos normativos, se mantiene como uno de los requisitos para que se decreten las medidas cautelares, que hayan sido solicitadas por la parte interesada, es decir proceden a instancia de parte; así tampoco hacen distinción alguna sobre los intereses o derechos colectivos.

Otro ejemplo lo encontramos en la Ley No. 8508: Código Procesal Contencioso Administrativo de Costa Rica, que respecto a las medidas cautelares indica lo siguiente:

Artículo 20.- Las medidas cautelares podrán contener la conservación del estado de cosas, o bien, efectos anticipativos o innovativos, mediante la regulación o satisfacción provisional de una situación fáctica o jurídica sustancial. Por su medio, el tribunal o el juez respectivo podrá imponerle, provisionalmente, a cualquiera de las partes del proceso, obligaciones de hacer, de no hacer o de dar¹²⁷.

Los artículos de las normas citadas dan cuenta de que tanto la normativa española como la costarricense permiten al juez adoptar las medidas cautelares adecuadas y necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso, la efectividad de la sentencia y los derechos de las partes y que esta tutela no se limitará a suspender los efectos del acto impugnado, sino que se podrá de ser el caso, utilizar medidas conservativas, innovativas o anticipativas.

administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos. 5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.

¹²⁷ Costa Rica, Ley 8508: *Código Procesal Contencioso Administrativo*, Expediente 15.134, 22 de junio de 2006.

Con el objeto de ejemplificar la aplicación de las medidas cautelares citamos la decisión adoptada por el Tribunal Contencioso Administrativo del Segundo Circuito Judicial de San José de 06 septiembre de 2017¹²⁸, que en el fallo sobre la solicitud de medida cautelar a fin de que se suspendan los efectos de la disposición comunicada mediante oficio JD-PANACI-043-2017 del 25 de mayo del 2017 del Patronato Nacional de Ciegos de Costa Rica, resolvió declarar parcialmente con lugar la solicitud, ordenando la suspensión temporal y provisional de los efectos del Oficio JP-PANACI-043-2017 del 25 de mayo del 2017, en cuanto a que través de este documento se ordenó el cese de funciones con responsabilidad del solicitante a partir del día 25 de mayo del 2017, decisión que además dispuso que en caso de que el cese se hubiera ejecutado, se reintegre al solicitante al puesto de trabajo que venía ocupando.

Para la concesión de la medida cautelar el tribunal consideró que:

(...) La justicia cautelar responde a la necesidad de garantizar el principio constitucional de una justicia pronta y cumplida, al conservar las condiciones reales indispensables para la emisión y ejecución de la sentencia. En este mismo sentido, el artículo 19 del Código Procesal Contencioso Administrativo, establece que el fin de la fijación de una medida cautelar es proteger y garantizar, provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. Acerca de la **apariencia de buen derecho** (...) esta Juzgadora concluye que en este caso, efectivamente, la demanda cautelar planteada no es temeraria o en forma palmaria, carente de seriedad, en el tanto y en el cuanto, es posible discutir en un proceso de conocimiento ante esta Jurisdicción, la legalidad o no del despido con responsabilidad efectuado en contra del actor por parte del demandado, mediante el Oficio JP-PANACI-043-2017 del 25 de mayo del 2017. De manera que se verifica el primero de los requisitos de procedencia de la medida cautelar anticipada. Respecto del elemento correspondiente **peligro en la demora o el daño grave a la situación jurídica**, estudiada la teoría del caso expuesta y el material probatorio, también se acredita. La parte actora expone que su único ingreso económico es el salario que devenga como empleado del Patronato demandado, que es jefe de hogar, que su núcleo familiar cercano se conforma por sus cuatro hijos y su esposa, que además tiene una deuda crediticia con Coopeservidores y que debe proveer los ingresos para pagar el alquiler de la vivienda donde reside con su familia, los gastos de manutención y de servicios públicos, así como colaborar con el estudio de sus cuatro hijos. Al respecto queda acreditado dentro del expediente judicial digital, que el actor recibe un ingreso de ₡457 000 colones

¹²⁸ Tribunal Contencioso Administrativo del Segundo Circuito Judicial de San José de Costa Rica, “Resolución N° 01999 – 2017 de 06 de septiembre de 2017, Ronald Alfaro Dobles contra el Patronato Nacional de Ciegos, <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-724040>.”

brutos (imagen 17), que tiene cuatro hijos de edades que van desde 11, 21, 23 y 17 (imágenes 18 a 25), que posee un crédito personal con Coopeservidores R.L, por un monto de ¢4 663 904.19, con una cuota mensual de ¢73 593.81 (imagen 26) y que cancela ¢150 000 por concepto de alquiler de vivienda. A partir de lo anterior, considera esta Juzgadora que se verifica, de forma suficiente, la existencia de un daño grave a la situación jurídica de la parte actora, debido a que el actor únicamente tiene como ingreso económico el salario que percibe como funcionario del demandado y es padre de familia y jefe de hogar. A pesar que no demuestra que sus hijos mayores de edad se encuentren cursando estudios universitarios y preuniversitarios, aunque son menores de 25 años (dado que no se aportó prueba al respecto), queda acreditado que tiene dos hijos menores, en edad colegial y escolar, de manera que, al menos estos últimos dependen económicamente del actor. En otro orden de ideas, consta que el actor tiene una deuda personal crediticia, con una cuota mensual periódica y que cancela un monto mensual por alquiler de vivienda. Finalmente, considera esta Juzgadora que si bien, el actor no precisó los montos por concepto de manutención y pago de servicios, es claro que el actor debe asumir esos rubros por sus gastos personales y los de su familia. Así las cosas, se tiene por acreditado el daño grave a la situación jurídica aducida por el gestionante, como presupuesto de procedencia de la medida cautelar solicitada. Teniendo verificados los dos primeros presupuestos, debe analizarse el tercer elemento, correspondiente a la **ponderación de los intereses en juego** y la afectación al interés público o de terceros con el otorgamiento o no de la medida cautelar solicitada. Considera esta Juzgadora que en este caso concreto, realizando la ponderación de intereses involucrados debe favorecerse el privado y personal del actor, en función del interés institucional de la demandada. Analizado lo correspondiente, se concluye que el otorgamiento de la medida cautelar solicitada no pone en riesgo ningún interés público, debido a que el puesto que desarrolla el actor es meramente administrativa, no tiene manejo de decisiones trascendentales para el demandado ni se le ha cuestionado en el cumplimiento de sus labores.

El fallo judicial citado ilustra la utilidad que las medidas cautelares presentan en relación con el mantenimiento de las situaciones jurídicas en litigio, puesto que con la medida cautelar incoada se suspende la ejecutividad de la resolución administrativa mientras se discute su validez, pero más allá de la simple suspensión, la medida cautelar dispone que en caso de que el solicitante haya sido separado este debía ser reincorporado a sus funciones, hecho que se produce a fin de que su situación no se agrave por el tiempo que le lleve a la justicia determinar si hay lugar o no a la sanción de despido impuesta en contra del peticionario de la medida. Evitándose así, que el retraso en la decisión de la causa genere un grave daño a quien acreditó los requisitos legalmente previstos para la emisión de la cautela.

Otro ejemplo que nos nutre acerca de la utilidad de las medidas cautelares lo encontramos en la decisión adoptada por la Sala Contencioso Administrativa del Consejo

de Estado de Colombia, referente al caso del señor Erney Leonardo Contreras González contra el Ministerio de Hacienda y Crédito Público¹²⁹, cuya solicitud radicó en que se decretara la medida cautelar de suspensión provisional de los incisos 1 y 3 del artículo 7 del Decreto 1828 del 27 de agosto de 2013, por medio del cual se reglamenta parcialmente la Ley 1607 de 2012.

Al respecto los consejeros indicaron que:

(...) Como requisitos para que proceda una medida cautelar se resaltan, los siguientes [art. 231]: - Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho. - Que el demandante haya demostrado, aunque sea sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados. - Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla. - Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones: a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios (...) En este orden de ideas, se advierte que, respecto de la procedencia de la suspensión provisional de los actos administrativos, la violación de las normas superiores no requiere ser manifiesta o evidente. Así las cosas, con fundamento en la nueva normativa resulta dable concluir que si el juez de la causa, a petición de parte – salvo aquellos asuntos en los cuales las medidas cautelares puedan decretarse de oficio–, encuentra la alegada violación de la ley, podrá hacer efectiva entonces la tutela judicial mediante la suspensión provisional de los efectos del acto demandado, sin necesidad de esperar hasta la finalización del proceso (...) En atención a la disposición legal contemplada en el inciso 1 del artículo 231 del CPACA, la jurisprudencia del Consejo de Estado³ ha considerado que el juez administrativo (de oficio o a petición de parte), puede percibir si hay una vulneración normativa, a través de la revisión del análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, evento en el cual procederá a decretar la suspensión provisional de los actos demandados, sin necesidad de esperar hasta la finalización del proceso, evitando que la sentencia se torne ineficaz frente a lo pretendido por el demandante y cause un perjuicio irremediable para el mismo. En esas condiciones, este despacho decretará la suspensión provisional de los efectos de los incisos 1 y 3 del artículo 7 Decreto 1828 de 2013, de acuerdo con el artículo 232 del CPACA, sin que sea necesario fijar caución.

¹²⁹ Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado de Colombia, “Radicación número: 11001-03-27-000-2013-00032-00(20631) de 22 de febrero de 2016, Erney Leonardo Contreras González contra el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/11001-03-27-000-2013-00032-00\(20631\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/11001-03-27-000-2013-00032-00(20631).pdf)

Como se puede abstraer del ejemplo citado las medidas cautelares aportan al control de la legalidad del actuar de los entes estatales, pero además cumplen la función de no convertir en ineficaces las decisiones judiciales frente a las pretensiones invocadas, valores de radical importancia para la consecución de una adecuada tutela judicial.

De las citas normativas analizadas y de los ejemplos propuestos sin duda podemos advertir que las medidas cautelares coadyuvan a la consecución de la tutela judicial efectiva y con ello la justicia, pero además que es necesario contar con un sistema judicial que permita a los jueces contencioso administrativos actuar con los plenos poderes de los que deben estar investidos para lograr una real tutela judicial efectiva, traducida en eficacia de la sentencias judiciales, sin que se halle limitado su accionar a poder adoptar únicamente, si fuera procedente, la suspensión de actos administrativos, lo que sin duda marca un escenario donde el acto administrativo sigue siendo el centro del proceso judicial.

La arcaica concepción de ubicar al acto administrativo como el centro del proceso contencioso administrativo debe ser superada a fin de que se logre una real tutela judicial efectiva, puesto que no se puede seguir concibiendo a este proceso como una mera revisión de la legalidad, donde simplemente se examinan elementos de la validez de la actuación administrativa. El proceso para ser pleno debe ser entendido como un medio que garantiza los derechos e intereses de las partes. Las pretensiones deben convertirse en el centro y objeto del proceso y los jueces con sus plenas facultades deben decidir acerca de ellas y con esto sobre el fondo del asunto sometido a su conocimiento, arbitrando por ende, todas las medidas que estén a su alcance para garantizar el resultado final de la controversia. Ese es el real sentido de la plena jurisdicción pues evidentemente, “la pretensión procesal no sólo da lugar al nacimiento del proceso sino que determina su mantenimiento, es decir su subsistencia hasta que el tratamiento que a la pretensión procesal deba darse, haya alcanzado su finalidad instrumental”¹³⁰.

Como ha señalado García de Enterría, “(...) la adopción de medidas cautelares no debe contemplarse como una excepción, sino como una facultad que el órgano judicial

¹³⁰ Diez, Manuel María. *Derecho Procesal Administrativo*, (Buenos Aires: Plus Ultra, 1996), 108.

puede ejercitar siempre que resulte necesario¹³¹”, por ello es que bajo nuestro criterio esa facultad debe ser atendida bajo las más amplias facultades de los jueces de lo contencioso administrativo para adoptar las decisiones que sean necesarias en procura de la justicia y el real control de legalidad del actuar de la Administración al que están llamados, de ahí que la sola posibilidad de la suspensión del acto administrativo sea una medida insuficiente frente a las delicadas tareas de control de la legalidad que deben atender los jueces del contencioso administrativo.

2.- La Medida Cautelar de suspensión del acto administrativo de conformidad con el Código Orgánico General del Procesos.

En este título se realizará un análisis del contenido del artículo 330 del Cogep, norma que regula la suspensión del acto administrativo como única medida cautelar establecida en la legislación ecuatoriana, aplicable para los procesos contencioso administrativos. Es importante señalar que este análisis se realiza a modo de una elucidación de cada uno de los supuestos que esta norma prevé y busca ser un análisis explicativo que podría ayudar para que los operadores de justicia, abogados, partes procesales y estudiantes, puedan entender la intención que tuvo el legislador al momento de redactar este artículo y sobre esa base puedan interponer la solicitud de suspensión del acto, otorgarla o denegarla de manera debidamente fundamentada y motivada.

Como se expuso en el tema anterior fue con la expedición del Cogep en el año 2015, que en el Ecuador, se instauró en el sistema judicial, en lo que respecta a los procesos contencioso administrativos, la posibilidad de desarrollar una medida cautelar como una herramienta de tutela judicial, cuyo fin es suspender el acto administrativo impugnado. Es así que el texto del artículo 330 del citado cuerpo normativo disponía:¹³²

¹³¹ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, (Madrid: Civitas, 2013), 665.

¹³² El texto del artículo 330 del Código Orgánico General de Procesos fue reformado mediante la Ley Orgánica Reformativa del Código Orgánico General de Procesos, publicada en el Registro Oficial Suplemento de 26 de junio de 2019, agregándose luego del primer párrafo el siguiente texto: “Cuando el acto administrativo produzca daños irremediables o de muy difícil remediación por la vulneración de los derechos del administrado, el juzgador podrá ordenar en el auto inicial o en sentencia cuando sea el caso, la suspensión

Suspensión del acto impugnado. A petición de parte, el juzgador podrá ordenar en el auto inicial la suspensión del acto administrativo, cuando de los hechos alegados en la demanda y las pruebas acompañadas, aparezca como justificado un juicio provisional e indiciario favorable a la pretensión exhibida, sin que esto implique una decisión anticipada sobre el fondo, siempre que el retardo en la decisión de la causa pueda afectar irremediablemente el derecho opuesto y se evidencie la razonabilidad de la medida.

Del artículo citado se observan los elementos que se desglosan a continuación:

2.1. Petición de parte

La norma en análisis hace referencia a que el juez contencioso administrativo que conoce el juicio principal no puede actuar de oficio y conceder una medida cautelar a su solo juicio. El artículo que regula esta posibilidad nos hace notar que a este respecto prima el principio dispositivo. Por lo tanto, para que proceda la concesión de la medida cautelar, se debe solicitar de forma expresa al tribunal que conocerá la causa que se ordene la suspensión de los efectos de la actuación administrativa.

Esta petición se infiere que debe efectuarse por escrito y debe estar contenida en el acto de proposición de la demanda, ya que la resolución sobre su concesión nos indica la norma se efectuará en el auto inicial.

El principio dispositivo en relación con las medidas cautelares está presente también en la legislación comparada, es así que el Código de Procedimiento Administrativo de Colombia prevé que para que el juez decrete la procedencia de las medidas cautelares, estas deben ser requeridas a petición de parte¹³³, solicitud que deberá estar debidamente

del acto administrativo y de sus efectos, a pedido de parte, debiendo el actor fundamentar razonadamente su petición dentro de la demanda.

La parte accionante adjuntará en la demanda los documentos que acrediten de ser el caso, los daños de que pudiere ser objeto.

La interposición de cualquier recurso no afectará la suspensión del acto impugnado y sus efectos.

¹³³ Colombia, *Ley 1437 de 2011- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, Diario Oficial No. 47.956, 18 de enero de 2011: artículo 229. Procedencia de Medidas Cautelares. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la

sustentada. Este mismo principio es adoptado en el Código Procesal Contencioso Administrativo de Costa Rica que determina que el tribunal o el juez podrán ordenar las medidas cautelares a instancia o solicitud de parte¹³⁴, al igual que lo hace la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de España¹³⁵ que previene que los interesados podrán solicitar al juez, en cualquier estado del proceso, la adopción de medidas cautelares, siendo la petición de parte un elemento común en las legislaciones comparadas en relación con lo previsto en el ordenamiento jurídico nacional.

2.2. Suspensión del acto administrativo

Como se explicó en el primer capítulo de este trabajo de investigación, los actos administrativos como muestra del poder de *imperium* de la administración gozan de las características de ejecutividad y ejecutoriedad, sin que la interposición de algún recurso pueda suspender esa ejecutividad puesto que los actos de las autoridades públicas están llamados a cumplirse y a producir los efectos en virtud de los cuales fueron dictados. El legislador consciente de este hecho, estableció dentro del texto del Cogep la posibilidad de suspender el acto administrativo, siendo ésta actualmente, la única medida cautelar que cabe en materia contencioso administrativa.

Ahora bien es importante detenernos a revisar la terminología empleada por el legislador en relación con esta posibilidad a fin de que se le brinde una adecuada interpretación a la previsión normativa y se evite una potencial confusión entre lo que doctrinariamente se podría denominar suspensión del acto y suspensión de la ejecución del acto.

sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo. La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

¹³⁴ Costa Rica, Ley 8508: *Código Procesal Contencioso Administrativo*, Expediente 15.134, 22 de junio de 2006: artículo 19.- 1) Durante el transcurso del proceso o en la fase de ejecución, el tribunal o el juez respectivo podrá ordenar, a instancia de parte, las medidas cautelares adecuadas y necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. 2) Tales medidas también podrán ser adoptadas por el tribunal o el juez respectivo, a instancia de parte, antes de iniciado el proceso.

¹³⁵ España, *Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso administrativa*, Boletín Oficial del Estado 167, 14 de julio de 1998: Artículo 129. 1. Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia. 2. Si se impugnare una disposición general, y se solicitare la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados, la petición deberá efectuarse en el escrito de interposición o en el de demanda.

La norma legal contenida en el Cogep dispone que se suspenderá el acto administrativo, lo que a decir de Emilio Biasco, implicaría bloquear todos los efectos del acto impugnado, incluso los ya cumplidos¹³⁶, generándose de esta forma un bloqueo retroactivo o sobre el acto en sí mismo y sus efectos, lo que haría parecer que la suspensión es definitiva, interpretación que no se considera es la que el legislador ecuatoriano le haya querido dar a la norma en ciernes.

Al contrario de lo señalado, el legislador ecuatoriano al referirse a suspender el acto administrativo debemos entender hace alusión a suspender la ejecución del acto, lo que “(...) supone solamente detener los efectos futuros del cumplimiento del mismo (...). Se trata de una medida que tiende a asegurar la integridad del objeto del litigio, en tanto se produce la decisión definitiva acerca de la anulabilidad del acto”¹³⁷.

La suspensión de la ejecución del acto se refiere entonces a que se detengan de forma provisional los efectos futuros de su cumplimiento, a partir de que el juez haya concedido la medida cautelar, por lo tanto, se debe considerar que la suspensión recae sobre los efectos futuros que produce y que la suspensión se realiza con el fin de evitar un daño de imposible reparación que imposibilite la eficacia de una eventual resolución estimativa.

Para seguir con ese orden de ideas citaremos a Ezequiel Cassagne quien señala que la suspensión judicial de los efectos de un acto administrativo que ha comenzado a ejecutarse corresponde a la categoría de medida cautelar innovativa, “toda vez que se busca restablecer una situación modificando la existente, o sea, suspendiendo los efectos que está produciendo un acto administrativo¹³⁸”. Esta medida cautelar al ser provisoria pretende evitar un mal mayor de forma urgente sin intervenir en la decisión definitiva en la cual se determinará lo que está bien y lo que no lo está. Es por ello que las medidas cautelares

¹³⁶ Emilio Biasco, “La suspensión jurisdiccional de la ejecución del acto administrativo y otras medidas cautelares”, versión digital de la clase dictada en el Cursillo de posgrado en Derecho Administrativo, de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, correspondiente al año 1995.

¹³⁷ Emilio Biasco, “La suspensión jurisdiccional de la ejecución del acto administrativo y otras medidas cautelares”, versión digital de la clase dictada en el Cursillo de posgrado en Derecho Administrativo, de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, correspondiente al año 1995.

¹³⁸ Ezequiel Cassagne, “Las Medidas cautelares contra la administración”, consulta el 10 de octubre de 2018, <http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Las_medidas_cautelares_contra_la_Administracion_en_Tratado_de_Derecho_Procesal_Administrativo,_Director_Juan_Carlos_Cassagne.pdf>.

deben funcionar como herramientas de urgencia que sean “remedios de protección de los administrados, contra los daños emergentes de la ejecución de los actos administrativos; tratando de evitar el riesgo del daño irreparable¹³⁹”.

La finalidad de la suspensión del acto entonces es garantizar la eficacia de la sentencia y los derechos de los administrados, de ahí que como lo establece la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de España: “la medida cautelar p[uede] acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso”; es decir que la medida cautelar busca impedir que la demora que se produzca durante la tramitación de la impugnación hasta que se obtenga una sentencia, torne en ineficaz el proceso impugnatorio, puesto que aun cuando la decisión administrativa haya sido errada si no se limitan los efectos de la actuación, se habrá logrado el fin para el que fue dictada la decisión administrativa, aun cuando fuera nula.

En países como Colombia, Costa Rica y España, la medida cautelar de suspensión del acto administrativo no es la única posibilidad de tutela cautelar como sucede actualmente en el ordenamiento jurídico procesal ecuatoriano. A diferencia de lo que establece el artículo 330 del Cogep, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia establece como medidas cautelares aplicables en los procesos contencioso administrativos, a las medidas preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión¹⁴⁰, las que señala la norma deben tener relación directa y

¹³⁹ *Ibíd.*

¹⁴⁰ Colombia, *Ley 1437 de 2011- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, Diario Oficial No. 47.956, 18 de enero de 2011: artículo 230. Contenido y Alcance de las Medidas Cautelares. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas: 1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible. 2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida. 3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo. 4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos. 5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.

necesaria con las pretensiones de la demanda. En esa misma línea se encuentra redactado el Código Procesal Contencioso Administrativo de Costa Rica que determina que: “Las medidas cautelares podrán contener la conservación del estado de cosas, o bien, efectos anticipativos o innovativos, mediante la regulación o satisfacción provisional de una situación fáctica o jurídica sustancial¹⁴¹”. Por otro lado, la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de España¹⁴² faculta a la parte interesada, a solicitar la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia. Tal como se verifica de las normas en cita, la suspensión del acto administrativo impugnado, no es la única medida cautelar que otras legislaciones, en la actualidad aceptan para la tutela judicial de los derechos de los ciudadanos y la consecución de la eficacia de las sentencias, lo que redundará en una clara muestra de que la norma procesal ecuatoriana no está a la par de las legislaciones cercanas.

2.3. Juicio provisional e indiciario favorable a la pretensión exhibida

Dentro del texto legal en análisis, el legislador estableció un requisito fundamental que la parte interesada en la concesión de la medida cautelar de suspensión debe justificar o acreditar en su petición, requisito que se conoce como *fumus boni iuris*.

Es así que, en la solicitud de la suspensión del acto administrativo, el elemento a acreditar por parte del solicitante y que debe verificar el juzgador, es la verosimilitud de lo alegado, lo que se requiere para justificar el requisito es que “los argumentos y pruebas aportadas por la [parte] peticionante tengan una consistencia que permitan al juez valorar en esa instancia provisional y urgente la existencia de un razonable orden de probabilidades

¹⁴¹ Costa Rica, Ley 8508: *Código Procesal Contencioso Administrativo*, Expediente 15.134, 22 de junio de 2006: artículo 20.- Las medidas cautelares podrán contener la conservación del estado de cosas, o bien, efectos anticipativos o innovativos, mediante la regulación o satisfacción provisional de una situación fáctica o jurídica sustancial. Por su medio, el tribunal o el juez respectivo podrá imponerle, provisionalmente, a cualquiera de las partes del proceso, obligaciones de hacer, de no hacer o de dar. Si la medida involucra conductas administrativas activas u omisiones con elementos discrecionales, o vicios en el ejercicio de su discrecionalidad, estará sujeta a lo dispuesto en el numeral 128 de este Código.

¹⁴² España, *Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso administrativa*, Boletín Oficial del Estado 167, 14 de julio de 1998: Artículo 129. 1. Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia.

de que le asista razón en el derecho solicitado”¹⁴³. En otras palabras, el solicitante debe acreditar que existe una razonable posibilidad de que lo que se solicita al juez en la pretensión tiene fundamento.

Este término latino (*fumus boni iuris*) es uno de los presupuestos principales para la concesión de una medida cautelar. Quien solicita la suspensión del acto administrativo, nos indica el texto normativo en análisis, debe comprobar la existencia de esa apariencia de buen derecho, es decir, que *prima facie* se justifique, que existe una probabilidad de que el Derecho le asista, al menos en apariencia; puesto que para que proceda la medida cautelar, “no se requiere de la demostración plena, completa y total de la existencia del derecho, basta la presencia del *fumus boni iuris*.”¹⁴⁴

Lo que el establecimiento de este presupuesto procesal trata de verificar, es que exista un grado palpable de presunción de que los hechos en los que se funda la petición sean reales, como señala Marcela Basterra, “(...) esto es, lograr que el magistrado tenga la presunción de que la demanda se ajusta a derecho; finalidad que se alcanza con la invocación de una prerrogativa justificada. Empíricamente, se traduce en la posibilidad jurídica de obtener una sentencia definitiva que le conceda la razón”¹⁴⁵.

Pero no se puede limitar a demostrar únicamente la aparente existencia del derecho sino que como señala Cassagne “se requiere una importante y prudente valoración de la verosimilitud del derecho que el particular invoca, toda vez que los actos administrativos se presumen legítimos. Este principio de presunción de legitimidad es, como el título lo contempla, una presunción, la cual, por ende, no es definitiva y admite prueba en contrario que la refute”¹⁴⁶. En tal caso, lo que el administrado o peticionario de la medida debe procurar es acreditar ante el Juez que su pretensión sería válida.

¹⁴³ Ezequiel Cassagne. “Las Medidas Cautelares Contra La Administración”, accedido 10 de octubre de 2018, <http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Las_medidas_cautelares_contra_la_Administracion_en_Tratado_de_Derecho_Procesal_Administrativo,_Director_Juan_Carlos_Cassagne,.pdf>.

¹⁴⁴ Luis Cueva Carrión, “Medidas Cautelares Constitucionales”, (Quito: Cueva Carrión, 2012), 56.

¹⁴⁵ Marcela I Basterra, “El nuevo régimen de medidas cautelares contra el Estado. A propósito de la Ley 26.854”, accedido el 17 de octubre de 2018, <<http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/estudios-de-derecho/005-edp-2-basterra.pdf>>.

¹⁴⁶ Ezequiel Cassagne, “Las Medidas Cautelares Contra La Administración”, accedido el 10 de octubre de 2018,

De esta manera el juez debe valorar los hechos que se pretende justificar y la aparente razonabilidad o credibilidad de estos para proceder con la concesión de la medida cautelar, en este caso puntual, la de suspensión; pero en ningún caso el análisis del juzgador puede convertirse en una resolución anticipada sobre la pretensión de la controversia principal, en cuya virtud se solicita la medida cautelar, “la determinación final de la suspensión debe hacerse por la apariencia de buen derecho, advertida prima facie, sin que ello suponga en modo alguno prejuzgar la decisión del fondo¹⁴⁷”, deberá por lo tanto ser un procedimiento de fondo el que determine con certeza la situación que en apariencia aparece como dañosa, de ahí que la verosimilitud del derecho debe estar relacionada con la pretensión principal.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, en materia administrativa, lo que se requiere para la concesión de la suspensión del acto administrativo es que lo que se solicita con la pretensión, sea creíble en razón de la justificación aportada para ello. Es así que el *fumus boni iuris* es un presupuesto de concesión de una medida cautelar que implica la justificación razonable, a través de los hechos y pruebas contenidos en la petición, de que la impugnación de la acto administrativo que se solicita, será favorable.

En el primer capítulo de esta investigación se analizó que el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho es uno de los presupuestos de concesión esenciales de las medidas cautelares, estableciendo el ordenamiento ecuatoriano que este requisito debe cumplirse al verificarse un juicio provisional e indiciario que se exprese favorable a la pretensión exhibida, criterio que es común en otras legislaciones que también lo prevén como elemento para la concesión de las medidas cautelares. Así por ejemplo, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia¹⁴⁸ señala:

«http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Las_medidas_cautelares_contra_la_Administracion_en_Tratado_de_Derecho_Procesal_Administrativo_Director_Juan_Carlos_Cassagne.pdf».

¹⁴⁷ Eduardo García de Enterría, *La Batalla por las medidas cautelares*, tercera edición, (Madrid: Civitas, 2004), 218.

¹⁴⁸ Colombia, *Ley 1437 de 2011- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, Diario Oficial No. 47.956, 18 de enero de 2011: artículo 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando

las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren, entre otros, los siguientes requisitos: 1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho. 2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados. Este presupuesto legal de concesión lo podemos encontrar también en la legislación costarricense, que dispone que la medida cautelar procederá “siempre que la pretensión no sea temeraria o, en forma palmaria, carente de seriedad”¹⁴⁹.

Como se infiere de las citas, aunque no se hable de manera expresa del *fumus boni iuris*, al igual que en la Ley ecuatoriana, las normas de Derecho comparado en cita determinan que para el establecimiento de la medida cautelar debe justificarse que la pretensión es al menos en apariencia posible.

2.4. Retardo en la decisión de la causa pueda afectar irremediamente el derecho opuesto

El segundo requisito de concesión de las medidas cautelares es el conocido doctrinariamente como *periculum in mora* o peligro en la demora, el cual fue incorporado por el legislador ecuatoriano como el retardo en la decisión del proceso que puede generar la ineficacia de la sentencia por afectar irremediamente el derecho opuesto.

Este presupuesto fue analizado en el primer capítulo de este trabajo, por lo tanto partiremos por señalar que el riesgo de afectar irremediamente el derecho, se produce cuando por el lapso de tiempo que transcurre para la adopción de una decisión judicial, en

adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos. En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos: 1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho. 2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados. 3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla. 4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones: a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios

¹⁴⁹ Costa Rica, Ley 8508: *Código Procesal Contencioso Administrativo*, Expediente 15.134, 22 de junio de 2006: artículo 21.- La medida cautelar será procedente cuando la ejecución o permanencia de la conducta sometida a proceso, produzca graves daños o perjuicios, actuales o potenciales, de la situación aducida, y siempre que la pretensión no sea temeraria o, en forma palmaria, carente de seriedad.

aras del cumplimiento de todos los presupuestos de un proceso adecuado, se provoca que el derecho cuya tutela se solicita se vea en peligro por la tardanza en la toma de la decisión sobre el fondo; y es precisamente este peligro innecesario el fundamento que respalda la pretensión de las medidas cautelares y la urgencia de prevenirlo es el fundamento para su concesión. Sin embargo, no es suficiente un simple temor, sino la inminencia de que el daño se producirá lesionando el derecho que se está reclamando en el juicio principal.

La ejecución de un proceso jurisdiccional como es el contencioso administrativo, al verse involucrado el interés público, siempre está atado a una serie de pasos que guían su desarrollo, “la demora ordinaria de los procesos equivale ya por si sola a una frustración de la sentencia final¹⁵⁰”, en razón de que, la secuencia de fases que se ejecutan en un proceso se originan en salvaguarda a una serie de garantías que cobijan a quienes se ven envueltos en las contiendas sometidas al orden judicial, lo cual puede tornarse en un proceso pernicioso en contra de quien sufre las cargas o efectos de la no resolución.

Conforme explica Jean Claude Tron Petit, el *periculum in mora* “[e]s un perjuicio grave e irreparable o atentado al interés general o individual, derivado o vinculado por el tiempo necesario para tomar la decisión y ejecutarla (...)”¹⁵¹ Así, el peligro en la demora se produce cuando por el transcurso del tiempo que toma la emisión del fallo definitivo, la situación o el derecho sobre el cual se discute en la tutela jurisdiccional sufre una afección que puede derivarse en su irreparabilidad o tornar en ineficaz la decisión adoptada, razón por la cual se hace necesaria la emisión de una medida precautelatoria que evite la producción de este daño de difícil o imposible reparación.¹⁵²

García de Enterría y Tomás Ramón Fernández analizando las medidas cautelares realizaron la siguiente consideración:

¹⁵⁰ Eduardo García de Enterría, *La Batalla por las medidas cautelares*, tercera edición, (Madrid: Civitas, 2004), 225.

¹⁵¹ Jean Claude Tron Petit, “La suspensión como modalidad de medida cautelar en el amparo”, 16 de octubre de 2018, <http://jeanclaude.tronp.com/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=95&Itemid=67>.

¹⁵² David Percy Quispe Salsavilca. “La Cautela Temporal sobre el fondo en el Proceso Contencioso Administrativo. Entre la Cautela Activista y Abstenida”, 16 de octubre de 2018, <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13548>>.

el *fumus bonis iuris* y el *periculum in mora* sólo son protegibles por medidas cautelares en aquellos procesos que acreditan que la temeridad está en la Administración que ha forzado al recurso y que está abusando, por consiguiente, de su privilegio de ejecutoriedad y, por tanto, del proceso mismo, lo que obliga a una evaluación, siquiera sea incompleta, de la justificación de las respectivas posiciones enfrentadas; si de este análisis resulta la fuerte apariencia de buen derecho del demandante y la correlativa falta de fundamento serio por parte de la Administración, que ha forzado el proceso, abusando de su privilegio de autotutela, entonces, si el perjuicio del retraso en llegar a la sentencia definitiva es también patente, la medida cautelar debe ser acordada¹⁵³.

Analizando lo mencionado por estos autores se evidencia que la medida cautelar de suspensión del acto pretende superar las trabas o demoras que debe sufrir el accionante frente al tiempo que tiene que esperar para una resolución definitiva y frente al privilegio de la autotutela que tiene la administración, aun cuando sus decisiones sean abierta o claramente ilegítimas. La medida cautelar busca detener el posible abuso del que puede valerse la administración a la que no afecta el paso del tiempo en el transcurso del proceso ya que sus actuaciones son ejecutorias, de ahí que se valore como elemento para la concesión de la medida de suspensión que el retardo en la resolución pueda acarrear un daño irremediable en el derecho discutido que haga ineficaz el proceso.

En tal sentido, conforme la norma del artículo 330 del Cogep, quien solicita la suspensión del acto debe acreditar la necesidad de la medida cautelar definiendo con claridad y precisión el peligro y la inminencia de lesión del derecho opuesto si es que el acto administrativo impugnado continúa ejecutándose, cumpliendo todos los efectos para el cual fue dictado, mientras se tramita el proceso. De ahí que se pueda señalar que las medidas cautelares están ligadas con la noción de acceso a la tutela judicial efectiva y que su fundamento sea la posibilidad de evitar que el prolongado tiempo de espera que deben soportar quienes acuden en busca de dicha tutela haga más grave o incluso irreparable la lesión que promueve el accionar ante la tutela jurisdiccional en materia Contencioso Administrativa.

¹⁵³ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, (Madrid: Civitas, 2013), 667.

El *periculum in mora* ha sido desarrollado en la legislación comparada, tomándose como un presupuesto fundamental para la concesión de las medidas cautelares así el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia como aspecto mandatorio determina que para que se apliquen las medidas cautelares es necesario que la solicitud cumpla con al menos una de estas condiciones: “a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios¹⁵⁴”.

Las legislaciones costarricense¹⁵⁵ y española¹⁵⁶ también se han hecho eco de este requisito y establecen respectivamente que las medidas cautelares caben cuando la ejecución del acto que se impugna pueda producir daños graves o perjuicios actuales o potenciales o provoque que el recurso pierda su finalidad, por lo tanto este es un punto en común que se presenta en el Derecho comparado.

¹⁵⁴ Colombia, *Ley 1437 de 2011- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, Diario Oficial No. 47.956, 18 de enero de 2011: artículo 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos. En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos: 1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho. 2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados. 3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla. 4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones: a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.

¹⁵⁵ Costa Rica, *Ley 8508: Código Procesal Contencioso Administrativo*, Expediente 15.134, 22 de junio de 2006: artículo 21.

¹⁵⁶ España, *Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso administrativa*, Boletín Oficial del Estado 167, 14 de julio de 1998, artículo 130.- Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso.

2.5. Razonabilidad de la medida

Al llegar a este punto de análisis de la disposición contenida en el artículo 330 del Cogep, nos encontramos con un nuevo elemento o presupuesto para la concesión de la suspensión del acto, la razonabilidad de la medida.

A primeras luces, que el artículo en análisis haga referencia a la razonabilidad de la medida podría mostrar que existió una intención del legislador de autorizar la concesión de otras medidas distintas a la suspensión, esto ya que como anotamos en el primer capítulo de este trabajo, la suspensión es solo una de las medidas cautelares que puede operar en un sistema de tutela cautelar.

En ese sentido se debe señalar que la razonabilidad de la medida gira en torno a la “correlación entre la situación jurídica que se pretende garantizar y la medida cautelar que se pide para garantizarla”¹⁵⁷; así como la adecuación de la medida que se solicita en función de la pretensión principal, es decir “la correspondencia entre el contenido y efectos de la cautela que se pide y la pretensión ejercida en el proceso principal, sin que, lógicamente, sea admisible adoptar una medida cautelar que no sirva para garantizar la efectividad de la tutela¹⁵⁸”, por lo tanto, la medida cautelar solicitada y concedida de ser el caso, debe ser apropiada a fin de que garantice la efectividad de la tutela judicial.

Estas consideraciones buscan evitar el abuso de solicitudes de medidas cautelares por parte de los litigantes que podrían verse avocados a obtener alguna ventaja ilegítima en el proceso, de ahí que es una tarea importante y notable para los jueces que se analice la correspondencia entre el contenido principal de la pretensión y la medida cautelar solicitada, pues debe existir un adecuado ejercicio de ponderación de la medida cautelar frente al objeto de su aseguramiento, configurándose así el requisito de la razonabilidad.

El jurista ecuatoriano Benjamín Marcheco señala que:

¹⁵⁷ Roxana Jiménez Vargas-Machuca, “Apuntes sobre medidas cautelares”, accedido el 28 de octubre de 2018, <http://www.justiciayderecho.org.pe/revista6/articulos/Apuntes%20s...pdf>.

¹⁵⁸ Erick Veramendi Flores, “El nuevo presupuesto de la medida cautelar: La Razonabilidad”, versión electrónica.

La determinación de la razonabilidad pasa por un juicio de ponderación de todos los intereses en juego, tanto del demandante como los de un tercero afectado, o el interés general; de manera que deberá evitarse que, con la medida cautelar, los intereses generales a los que responde el acto administrativo puedan sufrir también una lesión difícil o imposible de reparar¹⁵⁹.

Es aquí donde se aprecia la actuación y virtud de los juzgadores para poder analizar la conveniencia y razonabilidad de la medida en función de los distintos intereses en juego, más aún si se puede ver afectado el interés general que será con seguridad el principal argumento para la no concesión de la medida.

Sobre el interés general confrontado con la posibilidad de suspensión de los efectos de las actuaciones administrativas, García de Enterría ha expresado que es una:

Ponderación difícilísima y virtualmente imposible, porque en términos generales el supuesto paliativo venía de hecho a invertir la regla, cerrando en realidad la posibilidad de suspensiones, pues la Administración siempre se ampara en el servicio al interés general y cualquier suspensión afecta en algo necesariamente al orden administrativo gestor de ese interés cualificado¹⁶⁰.

Entonces la razonabilidad que debe valorar el juez al respecto del interés público para conceder o negar la suspensión del acto administrativo debe motivarse en el posible perjuicio que dicha medida cautelar cause a la sociedad o en el beneficio que esta dejaría de recibir. Pero esta afectación como lo señala Jean Claude Tron Petit no debe ser presunta o en abstracto, porque impediría conceder las medidas cautelares en casos en donde sea real o muy probable el perjuicio al administrado; es por tanto que “no debe olvidarse que la vigencia y eficacia de los derechos de las personas y, especialmente los indisponibles, es algo que conviene a una sociedad que anhela vivir en un estado de derecho¹⁶¹”.

Es por ello también que la autoridad judicial no debe confundir ni equiparar al interés público (intereses de la colectividad) con los intereses de la administración

¹⁵⁹ Benjamín Marcheco Acuña, “La tutela cautelar en los procesos contra la administración pública en Ecuador”, Revista de Derecho Valdivia, Volumen XXX No. 1, junio 2017.

¹⁶⁰ Eduardo García de Enterría, *La Batalla por las medidas cautelares*, tercera edición, (Madrid: Civitas, 2004), 204.

¹⁶¹ Jean Claude Tron Petit, “La suspensión como modalidad de medida cautelar en el amparo”, 28 de octubre de 2018, <http://jeanclaude.tronp.com/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=4>.

pública¹⁶². Jesús González Pérez ha resaltado que “(...) al juzgar sobre la procedencia de la suspensión, habría de considerarse, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público este en juego (...)”¹⁶³. Sin embargo las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo son el instrumento de la tutela judicial efectiva cuyo fin es contrarrestar el peso de las prerrogativas de las que goza la administración y salvaguardar los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos.

No pueden entonces los jueces fundamentar una negativa a la concesión de medidas cautelares fundando su decisión en el solo interés público y ante un posible enfrentamiento entre dicho interés y la exigencia de una medida cautelar, el conflicto debe dilucidarse a la luz del *fumus boni iuris*, que como enseña García de Enterría, será el único criterio válido para solucionar esta lucha de intereses¹⁶⁴, ya que el juez también se encuentra frente a los derechos del administrado, quien ha impugnado el accionar administrativo y solicita la suspensión puesto que su derecho se encuentra en riesgo de ser afectado irremediablemente por la ejecutoriedad del acto y por la demora en el proceso.

Al respecto, Jean Claude Tron Petit se ha manifestado en la siguiente forma: “(...) lleva a la ponderación práctica y razonable de buscar el equilibrio o situación que optimice la mejor posibilidad concreta para los intereses de las partes y la solución que menos afectación cause”¹⁶⁵. Es por ello la necesidad de que el juez contencioso administrativo aprecie si la aceptación o negación de la medida cautelar, permitirá el cumplimiento eficaz

¹⁶² Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito: “(...) es de interés social que el comportamiento de las autoridades se ajuste al orden jurídico de forma tal que actúe con respeto al principio de legalidad y, por tanto, si la suspensión pretende evitar que se consumen actos irregulares, es claro que conviene a la sociedad en tanto opera como un medio de control de la actuación aparentemente arbitraria de la autoridad, pues está en debate la presunción de legalidad de sus actos y a la sociedad interesa la vigencia del Estado de derecho y la legalidad de tales actos como un bien que está por encima de los intereses de la Administración”.

¹⁶³ Jesús González Pérez, “Manual de Derecho Procesal Administrativo”, tercera edición, (Madrid: Civitas, 2001), 592.

¹⁶⁴ Eduardo García de Enterría, *La Batalla por las medidas cautelares*, tercera edición, (Madrid: Civitas, 2004), 125.

¹⁶⁵ Jean Claude Tron Petit, “La suspensión como modalidad de medida cautelar en el amparo”, 28 de octubre de 2018, <http://jeanclaude.tronp.com/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=4>.

de la sentencia y la restitución plena de los derechos del administrado o de los intereses que tutela la administración pública.

Sin perjuicio del análisis anotado y de la importancia que la razonabilidad de la medida conlleva en la teoría de la tutela cautelar, al ser la suspensión del acto administrativo la única medida cautelar que se regula en el artículo 330 del Cogep, desde la óptica de esta investigación, la razonabilidad de la suspensión como señala García de Enterría estará justificada en la medida en que se verifique la apariencia de buen derecho ya que la pretensión formulada por el peticionario, virtualmente sería correcta y lo razonable de la medida sería suspender los efectos perniciosos de la actuación que se impugna para que no se causen daños de difícil o imposible reparación.

Sobre la razonabilidad de la medida los ordenamientos jurídicos extranjeros que se han analizado en este capítulo, coinciden en que las medidas cautelares deberán ser proporcionales y deberán tomar en cuenta las eventuales lesiones que se pueda causar al interés público o a terceros. De ahí la razonabilidad de la medida guarda su fundamento en acordar aquello que sea apropiado para garantizar la tutela judicial, procurando que no se lesione con esta cautela, de forma grave o grosera, el interés público o el de terceros, siendo entonces este aspecto otro punto de conexión entre lo previsto en el Cogep y las normas de los ordenamientos jurídicos extranjeros¹⁶⁶.

¹⁶⁶ España, *Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso administrativa*, Boletín Oficial del Estado 167, 14 de julio de 1998: artículo 130.- 1. Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso. 2. La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada.

Costa Rica, *Ley 8508: Código Procesal Contencioso Administrativo*, Expediente 15.134, 22 de junio de 2006 artículo 22.- Para otorgar o denegar alguna medida cautelar, el tribunal o el juez respectivo deberá considerar, especialmente, el principio de proporcionalidad, ponderando la eventual lesión al interés público, los daños y los perjuicios provocados con la medida a terceros, así como los caracteres de instrumentalidad y provisionalidad, de modo que no se afecte la gestión sustantiva de la entidad, ni se afecte en forma grave la situación jurídica de terceros. También deberá tomar en cuenta las posibilidades y previsiones financieras que la Administración Pública deberá efectuar para la ejecución de la medida cautelar.

Colombia, *Ley 1437 de 2011- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, Diario Oficial No. 47.956, 18 de enero de 2011: artículo 230.- Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones

3. Requisitos formales para proponer la suspensión del acto administrativo como medida cautelar de conformidad con el Código Orgánico General de Procesos.

El Código Orgánico General de Procesos no desarrolla disposiciones expresas referentes a los requisitos formales para solicitar la suspensión del acto administrativo; sin embargo, después de haber realizado el análisis del artículo 330 podemos esbozar los elementos formales que para proponer la solicitud se deben considerar.

3.1. Solicitud escrita ante la autoridad competente

De conformidad con lo establecido en el artículo 330 los juzgadores que conocen las causas en materia contencioso administrativa, deben decidir la admisión o no de la suspensión del acto administrativo en su auto inicial. Bajo esta prescripción se entiende entonces que la solicitud de suspensión deberá presentarse junto con la primera actuación procesal, que habitualmente es la demanda¹⁶⁷, por tanto la petición de suspensión del acto administrativo deberá estar contenida en la demanda, acto de proposición que se realiza por escrito y bajo las previsiones de lo que manda el artículo 142 del COGEP.

La forma de desarrollar la solicitud, conforme al Cogep es por escrito, y deberá estar contenida en el apartado pertinente de la demanda. La parte interesada deberá exponer y justificar los presupuestos necesarios para la concesión de la suspensión del acto como

de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas: 1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible. 2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida. 3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo. 4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos. 5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.

¹⁶⁷ Se realiza una expresa referencia a la demanda como acto habitual de inicio del proceso por cuanto podría existir de manera previa a esta un proceso de diligencias preparatorias de conformidad con lo que dispone el artículo 120 del Código Orgánico General de Procesos.

son el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*, esto de manera clara, precisa y con los sustentos probatorios que se dispongan, ya que como indica Jesús González Pérez¹⁶⁸, al referirse al contencioso administrativo español, la solicitud de medidas cautelares debe estar acompañada de los documentos que la apoyen o se ofrecerá la práctica de otros medios de prueba, con los que se justificará la necesidad de la suspensión del acto para asegurar la eficacia de la futura sentencia.

3.2 Legitimación para solicitar la medida cautelar

Al regular la solicitud de suspensión del acto administrativo, la norma prevista en el artículo 330 del código procesal ecuatoriano inicia señalando que esta medida se podrá ordenar “a petición de parte” lo que indica, de conformidad con la redacción del artículo, que será de forma privativa es el actor de la causa quién puede solicitar la medida (sea el actor el administrado o el Estado) y esto se infiere porque la norma determina que será en el auto inicial¹⁶⁹ cuando el juzgador decida la concesión o no de esta medida.

Llama la atención que de manera general la norma se refiera a que la medida puede ser solicitada a petición de parte ya que mientras el demandado no comparezca en la causa o sea citado legalmente no será parte procesal y por tanto se confirmaría el criterio de que únicamente el actor de la causa estará habilitado para solicitar la medida de suspensión, petición que será resuelta por el juzgador en su auto inicial.

A diferencia de lo previsto en nuestro ordenamiento jurídico la legislación española prevé que “los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia¹⁷⁰”, lo que indicaría que podrá ser

¹⁶⁸ Jesús González Pérez, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, tercera edición, (Madrid: Civitas, 2001), 594.

¹⁶⁹ De forma general se debe señalar que el auto inicial será la calificación de la demanda ya que el artículo 146 del Cogep dispone que una vez presentada esta el juez examinará si cumple los requisitos legales, generales y especiales que sean aplicables y de así hacerlo, dispondrá la calificación, tramitación y práctica de las diligencias solicitadas.

¹⁷⁰ España, *Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso administrativa*, Boletín Oficial del Estado 167, 14 de julio de 1998: artículo 129.- 1. Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia. 2. Si se impugnare una disposición general, y se solicitare la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados, la petición deberá efectuarse en el escrito de interposición o en el de demanda.

cualquier parte interesada la que solicite la medida y no únicamente el actor de la causa como lo determinaría la redacción de nuestro código procesal. Hecho este que debería ser considerado para una eventual reforma procesal que permita a cualquiera de las partes solicitar la medida cautelar.

3.3. Momento procesal

El artículo 330 del Cogep no ha legislado de forma expresa el momento procesal oportuno para que la parte interponga la solicitud de suspensión del acto. Sin embargo, como se señaló corresponde al juzgador que conoce la causa decidir, en el auto inicial, sobre la admisión o no de la solicitud de suspensión, de ahí que, la solicitud de que se suspendan los efectos del acto administrativo se deba presentar dentro del escrito de demanda; es decir que el momento procesal oportuno para requerir la suspensión del acto conforme al Cogep, es el de la presentación del acto de proposición llamado demanda.

El artículo 142 del Cogep establece a detalle los requisitos que deben contener las demandas (puesto que es de aplicación para todas las materias, excepto la penal), para que sean admitidas a trámite y si bien de manera expresa no se ha incorporado a la suspensión del acto como un elemento que debe estar contenido en ella, el numeral 13 del artículo en cita prevé que la demanda deberá contener los demás requisitos que las leyes de la materia determinen para el caso, por lo que esta sería la previsión normativa que habilite incorporar en la demanda la petición de suspensión.

No es posible entonces, de conformidad con la norma vigente, que en los procesos contencioso administrativos en Ecuador la suspensión del acto administrativo sea solicitada previamente a la interposición de la demanda ni en el transcurso del proceso de la controversia principal. El momento procesal adecuado y único para solicitarla es el acto de proposición inicial.

A diferencia de lo previsto en nuestra legislación, otros ordenamientos jurídicos prevén que la solicitud de medidas cautelares puede ser viable en distintas etapas del proceso. Así por ejemplo, en España la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso

Administrativa establece que podrán solicitarse en cualquier estado del proceso¹⁷¹. Esto deja un amplio margen de interpretación, ante lo cual Jesús González Pérez ha enfatizado los tres momentos en los que se podría solicitar las medidas cautelares: a) Antes de iniciar el proceso¹⁷²; b) Durante el proceso¹⁷³; y c) Después de terminado el proceso¹⁷⁴.

Sobre el momento procesal en el que se puede solicitar la medida cautelar, Giovanni Priori Posada ha señalado que estas pueden “(...) ser solicitadas antes de un proceso o dentro de este, pero por su naturaleza debe estar siempre referida a un proceso”¹⁷⁵. Concordamos con el criterio esgrimido por el profesor Priori Posada por cuanto las medidas cautelares, como instrumentos de garantía deberían poder solicitarse ya sea antes del inicio del proceso o durante su tramitación, no siendo favorable a los intereses de una tutela cautelar, que se limite su interposición al escrito inicial de demanda.

La posibilidad de solicitar medidas cautelares al iniciar el proceso o mientras dura su tramitación no es ajena a legislaciones cercanas a la ecuatoriana, tales prescripciones normativas las podemos encontrar por ejemplo en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia¹⁷⁶ o el Código Procesal

¹⁷¹ España, *Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso administrativa*, Boletín Oficial del Estado 167, 14 de julio de 1998: artículo 129

¹⁷² Jesús González Pérez, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, tercera edición, (Madrid: Civitas, 2001), 593: “a) Posibilidad de adoptar medidas cautelares antes de iniciarse el proceso.- (...) se limita esta posibilidad a los supuestos en que el proceso se inicia en relación a una actividad material o vía de hecho y se exige de conformidad al artículo 136.2 LJ: - Que el proceso se inicie en el plazo de diez días a contar desde la notificación de la adopción de medidas cautelares. – Que el interesado pida su ratificación al interponer el recurso. – Que dentro de los tres días siguientes se convoque a las partes a una comparecencia ante el órgano jurisdiccional, decidiendo sobre el levantamiento o modificación de la medida”.

¹⁷³ *Ibíd.*, 593: “b) Durante el Proceso.- (...) salvo que el proceso tuviere por objeto a impugnación de una disposición general, en cuyo caso deberá efectuarse en el escrito de interposición o en el de demanda”.

¹⁷⁴ *Ibíd.*, 594: “c) Después de terminado el proceso.- Después de dictada la sentencia en firme no tiene sentido la adopción de medidas cautelares. No obstante, en el supuesto de que la sentencia fuese favorable, ante el peligro de la mora en la ejecución, debería mantenerse la cautela hasta que se ejecute la sentencia.”

¹⁷⁵ Giovanni Priori Posada, *Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo*, (Perú: Ara Editores, 2009), 242.

¹⁷⁶ Colombia, *Ley 1437 de 2011- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, Diario Oficial No. 47.956, 18 de enero de 2011: artículo 229. Procedencia de Medidas Cautelares. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

Contencioso Administrativo de Costa Rica¹⁷⁷, que prevén respectivamente, que las medidas cautelares podrán adoptarse antes de la admisión a la demanda, en cualquier estado del proceso e incluso durante la ejecución del proceso.

Estas posibilidades de interposición de medidas cautelares se consideran un gran avance ya que habilitan, a quien impugna una actuación administrativa, a incoar esta garantía de la tutela judicial siempre que sea necesaria, no estando sujeta esta posibilidad a un único momento procesal que es la demanda, siendo especialmente significativo que incluso luego de que se emite la decisión de fondo la medida cautelar pueda instaurarse o persistir puesto que, la decisión adoptada, si es estimatoria, mientras no se ejecuta puede continuar siendo ineficaz y la medida cautelar estaría precaviendo esos efectos negativos de la falta de ejecución de la decisión definitiva.

En Argentina tal como expone la catedrática Natalia F. Maqués, las medidas cautelares pueden ser solicitadas: “(...) al momento de interponerse la demanda o con posterioridad a ella, y buscan la suspensión de los efectos del acto dictado por la autoridad administrativa¹⁷⁸”. Se evidencia entonces la apertura que los ordenamientos jurídicos brindan para que los derechos o intereses que se ventilan ante la jurisdicción puedan ser tutelados cautelarmente en el desarrollo del proceso, esto como garantía de la tutela judicial y con el fin de que la demora en la tramitación o la falta de ejecución de la decisión definitiva no sean un obstáculo que haga ineficiente o ineficaz la decisión judicial y con ello se perjudiquen los derechos de los administrados.

En este punto resulta necesario hacer referencia a la reforma introducida al artículo 330 del Cogepe¹⁷⁹, por la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico General de

¹⁷⁷ Costa Rica, Ley 8508: *Código Procesal Contencioso Administrativo*, Expediente 15.134, 22 de junio de 2006 artículo 19.- 1) Durante el transcurso del proceso o en la fase de ejecución, el tribunal o el juez respectivo podrá ordenar, a instancia de parte, las medidas cautelares adecuadas y necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

¹⁷⁸ Natalia F. Maqués Battaglia, *Las Medidas Cautelares contra la Administración Pública*, http://www.gordillo.com/pdf_unamirada/02sac.pdf.

¹⁷⁹ La reforma legal citada fue introducida mediante Ley Reformatoria publicada en el Registro Oficial Suplemento de 26 de junio de 2019, Ley promulgada cuando este trabajo de investigación se

Procesos, modificación que estatuyó la posibilidad de que la medida cautelar se adopte además de en el auto inicial en la sentencia. Así el artículo reformado en la parte pertinente dispone:

Cuando el acto administrativo produzca daños irremediables o de muy difícil remediación por la vulneración de los derechos del administrado, el juzgador podrá ordenar en el auto inicial o en sentencia cuando sea el caso, la suspensión del acto administrativo y de sus efectos, a pedido de parte, debiendo el actor fundamentar razonadamente su petición dentro de la demanda.¹⁸⁰

Al respecto de esta reforma legal, desde el punto de vista de quien elabora este trabajo es errada por cuanto no se compadece con las características configuradoras de las medidas cautelares.

Como se ha analizado a lo largo de este trabajo, la medida cautelar se adopta como una herramienta para garantizar la eficacia de la decisión de fondo, asegurando así la tutela judicial efectiva. Se ha dicho que la medida cautelar es instrumental por cuanto está ligada a la existencia del proceso, no siendo un fin en sí misma ni el resultado final del proceso, a diferencia de la sentencia, que es el acto jurisdiccional con el que concluye el proceso luego de que se ha conocido a fondo en asunto en controversia.

La emisión de la medida cautelar con la sentencia no guarda lógica con la naturaleza intrínseca de la medida cautelar ni se ajustaría a sus presupuestos de concesión principales, debido a que como se expresó, su establecimiento se fundamenta en un juicio de probabilidad de que las pretensiones exhibidas por quien solicita la medida pueden ser apreciadas de forma favorable, pero este juicio es únicamente provisional e indiciario; mientras que en la decisión de fondo ya se habrá adoptado una resolución acerca del objeto principal de la controversia y esa verosimilitud inicial en la que se fundaba la medida cautelar o se ratificó o se suprimió por el conocimiento pleno de la causa. De ahí que haber legislado que la medida cautelar pueda ser adoptada en la sentencia desde mi perspectiva es

encontraba ya en fase de aprobación, por lo que cuando corresponda se hará específica referencia a las modificaciones introducidas que no alteran el fondo o sentido de la medida de suspensión.

¹⁸⁰ Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, Registro Oficial Suplemento 506, 22 de mayo de 2015, Art. 330 reformado, inciso segundo.

un error conceptual en el que ha incurrido el legislador al no verificar las características de esta herramienta procesal.

Por otra parte considero que la intención del legislador, al establecer a la sentencia como un momento procesal para la emisión de la medida cautelar de suspensión del acto administrativo se encuentra más fuertemente ligada al establecimiento de un sistema de ejecución de estas decisiones en materia contencioso administrativa, procedimiento que debería incorporarse a nuestra legislación procesal determinando los mecanismos de ejecución forzosa que permitan viabilizar las decisiones judiciales en esta materia, puesto que la Administración es siempre esquivada a cumplir las sentencias que le son contrarias. De ahí que se haya podido confundir a la suspensión del acto como medida cautelar con un mecanismo de ejecución de lo decidido, lo que resulta incorrecto desde mi punto de vista ya que si el proceso principal versa sobre la legalidad o no de una actuación de la Administración, al emitirse la sentencia o se eliminarán los efectos de la actuación impugnada o se ratificarán, por lo que la suspensión como medida cautelar no resultaría lógica debido a que la sentencia decide ya el fondo del asunto, debiendo entonces insistir en que el legislador puede haber confundido a la medida cautelar de suspensión con una medida que posibilite la ejecución de las sentencias, análisis que podría ser fruto de otro trabajo de investigación.

Finalmente se debe señalar que los puntos de conexión evidenciados en las normas de Derecho comparado analizadas en relación con el momento procesal oportuno para la interposición de la solicitud de la suspensión del acto administrativo, nos permiten concluir que la legislación ecuatoriana es ampliamente restrictiva en cuanto a la posibilidad de acceder a la tutela cautelar ya que existe un único y exclusivo escenario procesal en el que se puede accionar esta medida, que es la demanda y esto pese a que se podría establecer en la sentencia, como se analizó. Este hecho debería ser considerado por los legisladores para una eventual reforma al artículo 330 del Cogep ya que como se indica las medidas cautelares son un instrumento jurídico que pretende garantizar la tutela judicial efectiva, limitando por un lado el exorbitante poder de la administración que puede ejecutar sus actos incluso mediante coacción y por otro lado, garantizando la eficacia de las sentencias que se derivarán del siempre largo y dilatado proceso.

Una vez que se han analizado los elementos y requisitos formales que se pueden extraer del artículo 330 del Código Orgánico General de Procesos, aunque aún son muy limitados los casos en los que los jueces ecuatorianos conceden la medida cautelar de suspensión del acto administrativo impugnado, a continuación citamos a modo ejemplificativo dos procesos en los que los jueces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Quito han acordado la suspensión del acto impugnado.

El primer caso hace referencia al auto dictado el 01 de mayo de 2019, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito¹⁸¹, decisión judicial en la cual ante el pedido de la actora de la causa, Catalina Gonzalez Escobar, se suspende la resolución impugnada SENAE-DNJ-2018-0245-RE de 27 de noviembre de 2018, por la cual se ratificó la decisión de la SENAE de cancelar su licencia de Agente de Aduana.

En lo principal la accionante argumenta la solicitud de suspensión señalando que: caducó la facultad sancionadora de la entidad, que la cancelación de su licencia de agente de aduana le imposibilita ejercer su trabajo y por ende percibir ingresos, mismos que le permiten solventar tratamientos médicos por su discapacidad auditiva, que mantiene a su hija que se encuentra cursando estudios universitarios y que para ello debe sufragar sumas de dinero por concepto de arriendo, salud y educación, así como que no cuenta con pensión alimenticia alguna que coadyuve a su mantenimiento económico y que realiza gastos adicionales debido a que se encuentra pagando sus estudios de postgrado. Agrega que al ser una persona con discapacidad pertenece a un grupo de atención prioritaria y que de no concederse la suspensión del acto solicitada esto provocaría una disminución grave en su liquidez, ya que sus ingresos cubren necesidades indispensables para ella y su hija. Finalmente expone que el retardo en la decisión de la causa la dejaría en la “ruina económica” además de causarle ingentes problemas de índole legal con sus trabajadores y acreedores.

¹⁸¹ Ecuador Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, “Auto”, *en Juicio No. 17811-2019-00551*, 01 de mayo de 2019.

Hecha la fundamentación de la solicitud de suspensión del acto impugnado los jueces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, resolvieron conceder la medida solicitada bajo el siguiente fundamento:

En relación al pedido de suspensión del acto administrativo que se impugna, el artículo 330 del Código Orgánico General de Procesos, en su parte pertinente señala: “(...) A petición de parte, el juzgador podrá ordenar en el auto inicial la suspensión del acto administrativo, cuando de los hechos alegados en la demanda y las pruebas acompañadas, aparezca como justificado un juicio provisional e indiciario favorable a la pretensión exhibida, sin que esto implique una decisión anticipada sobre el fondo, siempre que el retardo en la decisión de la causa pueda afectar irremediamente el derecho opuesto y se evidencie la razonabilidad de la medida (...)”; en tal sentido, para la procedencia de la medida de suspensión del acto administrativo impugnado, deben existir indicios claros que justifiquen la afectación irremediable que el retardo de la decisión judicial podría causar a los intereses del accionante, en el caso que se analiza, se evidencia la razonabilidad de la medida ante la afectación que la ejecución de dicho acto podría causar al accionante, y su carácter irremediable conforme se justifica con la documentación adjunta constante de fojas 40 a 60 del proceso. En consecuencia, se suspende el acto administrativo impugnado, esto es la RESOLUCIÓN NRO. SENAE-DNJ-2018-0245-RE de 27 de noviembre de 2018, al tenor de lo dispuesto en el artículo 330 del Código Orgánico General de Procesos y lo dispuesto en el artículo 35 de la Constitución de la República, donde se establece que las personas con discapacidad pertenecen al grupo de atención prioritaria (...).

Como claramente se puede identificar los jueces del Tribunal que conocieron de esta solicitud de medidas cautelares no analizan de forma detallada los argumentos vertidos por la accionante puesto que se expone que la medida es razonable, pero no se explica el por qué; así como tampoco se exponen los motivos de por qué para el tribunal la ejecución de dicho acto es irremediable.

La decisión adoptada en este caso es reprochable por cuanto los jueces que componen el Tribunal no analizan de forma adecuada los motivos que les llevan a la adopción de la medida, pues no se aprecia un razonamiento fundado en Derecho o en doctrina que les permita llegar a su conclusión, que efectivamente pudo ser la de acordar la suspensión del acto impugnado, pero sobre la base del juicio indiciario de que la pretensión exhibida podía tener mérito, dado que el alegar que la resolución carece de validez por haberse emitido cuando había caducado la facultad sancionadora resulta verosímil. Por otra parte se podría haber realizado, aunque de forma breve, un análisis valorando la especial

situación en la que la accionante se encuentra y como este puede ser el detonante del daño irreparable o de difícil reparación; es decir, exponer que la actora de la causa al quedarse inhabilitada para ejercer su actividad de Agente de Aduana perdería toda fuente de ingreso económico y que aquello agravaría su situación de vulnerabilidad al dejar de percibir el ingreso que sustenta sus gastos. Este breve pero contundente análisis podría suplir la deficiencia argumentativa de la que adolecería a mi criterio la decisión judicial, que puede ser acertada, pero que desde la óptica de esta investigación, no cumple con el requisito de motivación que debe estar presente en todas las decisiones de los poderes públicos.

Una segunda muestra de la suspensión de un acto administrativo a la luz de lo previsto en el artículo 330 del Cogep, la encontramos en el auto de 07 de febrero de 2018182, en el cual a solicitud de la Empresa Pública de Vialidad IMBAVIAL E.P., el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, resolvió suspender el cobro dispuesto en el acto administrativo contenido en la resolución No. YACHAY-DCP-GJ-2017-063, por la cual YACAHAY E.P., declaró la terminación anticipada y unilateral del contrato No. 0017-2014, “CONSTRUCCIÓN DE LAS VÍAS INTERNAS DE LA CIUDAD DEL CONOCIMIENTO FASE 1”.

Para fundamentar la solicitud de suspensión del acto administrativo de terminación unilateral de contrato la empresa pública accionante señaló que YACHAY EP., al disponer en su resolución la devolución del valor del anticipo no devengado no tomó en cuenta valores que debía pagar a INBAVIAL E.P., por un valor aproximado de USD 2 727 137,26, siendo por tanto errados los cálculos que determinan que la contratista tenga que devolver la suma de USD 10 518 546,95. Agregando la empresa accionante que de no suspenderse el acto se debería cancelar la suma antes referida y con ello se desconocería los trabajos ejecutados en favor de la entidad contratante, lo que además provocaría una peligrosa disminución de los recursos económicos de la empresa pública demandante y desembocaría en su quiebra.

¹⁸² Ecuador Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, “Auto”, en *Juicio No. 17811-2018-00068*, 07 de febrero de 2018.

Ante las alegaciones formuladas, en el auto de 07 de febrero de 2018, el Tribunal que conoce la causa resolvió:

(...) QUINTO.- El artículo 330 del Código Orgánico General de Procesos, establece que a petición de parte, el juzgador podrá ordenar en el auto inicial la suspensión del acto administrativo, cuando de los hechos alegados en la demanda y las pruebas acompañadas, aparezca como justificado que el retardo en la decisión de la causa pueda afectar irremediablemente el derecho opuesto, o de tercero y se evidencie la razonabilidad de la medida, sin que esto implique una decisión anticipada sobre el fondo. De esta forma, el Tribunal considera que es su deber asegurar al administrado la efectiva vigencia de los derechos a la tutela judicial efectiva, debido proceso y defensa, consagrados en el artículo 75 y 76 de la Constitución de la República; y, de la revisión de los recaudos procesales, se constata que YACHAY EP, ciudad del conocimiento ha declarado la: “(...) Terminación Anticipada y Unilateral del CONTRATO DE Ejecución de Obra No. 0017-2014, “CONSTRUCCIÓN DE LAS VÍAS INTERNAS DE LA CIUDAD DEL CONOCIMIENTO 1 FASE”, celebrado el 14 de febrero de 2014 entre la Empresa Pública YACHAY E.P. y la Empresa Pública de Vialidad IMBAVIAL E.P (...)”, lo que originó la orden de devolución del anticipo no devengado que según informe financiero del proyecto constante en la resolución impugnada a fojas 70 vuelta del proceso, asciende al valor de USD 10’518.546,95, que llevaría a la Empresa Pública de Vialidad IMBAVIAL E.P., a un problema de liquidez que conllevaría a la quiebra de dicha empresa; con lo cual se justifica que el retardo en la resolución de la presente causa puede afectar irremediablemente los derechos de la Empresa Pública de Vialidad IMBAVIAL E.P., y lo que efectivamente no se ha devengado a criterio de la actora es USD 7’810.178,79; por lo que al existir la suma de USD 2’708.368,16 en disconformidad entre las dos entidades estatales, el Tribunal encuentra que la parte actora ha justificado la razonabilidad de la medida, por lo que SE ORDENA LA SUSPENSIÓN del cobro dispuesto en el acto administrativo contenido en la Resolución No. YACHAY-DCP-GJ-2017-063 TERMINACIÓN ANTICIPADA Y UNILATERAL DEL CONTRATO No. 0017-2014, “CONSTRUCCIÓN DE LAS VÍAS INTERNAS DE LA CIUDAD DEL CONOCIMIENTO FASE 1” (REOB-YACHAY-2014-003), de fecha 06 de noviembre del 2017, expedido por la Empresa Pública YACHAY E.P., relacionado a la devolución del anticipo no devengado en la suma de USD 2’708.368,16 que se encuentra en discusión, al amparado de lo dispuesto en el artículo 330 ibídem, debiendo la entidad demandada Empresa Pública YACHAY E.P. cumplir con la suspensión ordenada, absteniéndose de recaudar dicho monto, medida que en cualquier estado del proceso, podrá ser revocada, si se modificasen las circunstancias que la motivaron.

El auto en cita evidencia a mi criterio personal una vez más, que si bien los juzgadores han empezado a aplicar la suspensión del acto administrativo como una medida cautelar, sus resoluciones no se ajustan debidamente a los presupuestos determinados en el artículo 330 del Cogep. En el auto antes citado por ejemplo los jueces del Tribunal no verifican o determinan la existencia del *fumus boni iuris*, esto por cuanto no establecen bajo que parámetros existiría por lo menos en apariencia una posibilidad de que la pretensión

exhibida por la empresa accionante sea atendida favorablemente, de hecho este requisito no ha sido analizado.

Por otra parte, el Tribunal señala que la accionante ha demostrado la razonabilidad de la medida, cuando el requisito de razonabilidad está dado en función de determinar la adecuación de la medida solicitada a las pretensiones que se formulan. Es decir, que lo que se decide como medida cautelar se adecua al caso, requisito que como se señaló en este trabajo es inútil en nuestra legislación por cuanto únicamente se puede adoptar la suspensión del acto administrativo.

Finalmente es interesante destacar que el Tribunal no aplicó el artículo 330 en su tenor literal ya que la norma prevé que se suspenda el acto administrativo impugnado, es decir la totalidad de este y el Tribunal decide suspender solamente uno de los efectos de la declaratoria de terminación anticipada y unilateral del contrato administrativo celebrado entre las partes procesales, esto es la devolución del anticipo no devengado por existir disconformidades en el monto de la liquidación.

A diferencia de lo que sucedió en el caso previamente citado en el que el Tribunal se limitó a decir que suspende el acto impugnado sin hacer ninguna regulación adicional en cuanto a las implicaciones de esa decisión, en el presente caso se evidencia que al margen de lo estrictamente determinado en la norma, el Tribunal dispone que no se proceda a un pago que está determinado en el acto administrativo impugnado, dejando entonces vigentes sus demás efectos.

Los casos citados nos permiten conocer a breves rasgos la forma en la que están actuando nuestros juzgadores en cuanto a la concesión de la medida cautelar de suspensión del acto administrativo y apriorísticamente me atrevo a decir que su aplicación es errada por cuanto las decisiones judiciales adoptadas carecen de una debida motivación pues es necesario que el análisis de los supuestos de concesión sea más profundo y dé cuenta de un verdadero juicio provisional a lo expuesto por los solicitantes de la medida para la concesión de esta, así como de los hechos que se presentan a los juzgadores para que adopten sus decisiones.

4. Impugnabilidad de la resolución que concede o deniega la medida cautelar de suspensión del acto administrativo.

Como se analizó previamente la suspensión del acto administrativo es una medida cautelar que en nuestro ordenamiento jurídico se interpone junto con la demanda y es un asunto que se resuelve en la primera actuación procesal. Sin embargo de aquello es relevante señalar que se trata de una cuestión incidental, que se convierte en un punto accesorio de la controversia principal, que el juzgador debe conocer y analizar aunque no en cuerda separada, pero sí de manera específica y motivada, aun cuando en la norma no se prevea un procedimiento propio para su resolución.

El carácter de instrumental de las medidas cautelares, como es la suspensión del acto, hace que estas dependan del proceso principal y le sean accesorias, puesto que “(...) no constituyen un fin en sí mismas (...) estando vinculadas a un proceso principal, al que sirven, garantizando la efectividad de su resultado”¹⁸³, no siendo la decisión que sobre estas se adopta, una resolución sobre el fondo de la causa.

En este sentido, la providencia mediante la cual se resuelve la suspensión del acto administrativo, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, será un auto interlocutorio, esto ya que conforme al Cogep esta actuación judicial es “aquella que resuelve cuestiones procesales que, no siendo materia de la sentencia, pueden afectar los derechos de las partes o la validez del procedimiento”¹⁸⁴.

Resulta evidente entonces que la resolución de la concesión de la medida cautelar implica la emisión de un pronunciamiento judicial acerca de una cuestión procesal -el otorgamiento de una medida cautelar que asegure la eficacia de la sentencia- que no será en

¹⁸³ Martín Hurtado Reyes, *Tutela Jurisdiccional Diferenciada*, (Lima: Palestra Editores, 2006), 187.

¹⁸⁴ Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, Registro Oficial Suplemento 506, 22 de mayo de 2015, art. 88.- Clases de providencias. - Las o los juzgadores se pronuncian y deciden a través de sentencias y autos. La sentencia es la decisión de la o del juzgador acerca del asunto o asuntos sustanciales del proceso. El auto interlocutorio es la providencia que resuelve cuestiones procesales que, no siendo materia de la sentencia, pueden afectar los derechos de las partes o la validez del procedimiento. El auto de sustanciación es la providencia de trámite para la prosecución de la causa.

concreto la decisión de la causa principal porque se trata tan solo de un juicio indiciario en relación con la pretensión, pero que claramente puede afectar los derechos de las partes ya que de su concesión o negativa, se derivarán importantes efectos que podrían afectar incluso a terceros.

Ahora bien, conocido el tipo de providencia que debería emitir el juzgador para pronunciarse acerca de la aceptación o negativa de la suspensión del acto administrativo, se debe indicar que al tratarse de un auto interlocutorio este será de aquellos autos susceptibles de ser recurrido.

De conformidad con lo que dispone el artículo 250 del Cogep, este auto, como otras providencias son susceptibles de ser recurridos, pero se deben tomar en consideración y observar las reglas previstas en esta norma para la impugnación, así el artículo en cita dispone:

Art. 250.- Impugnación de las providencias. En todos los procesos que tengan relación con los intereses patrimoniales del Estado, además de las partes intervinientes, estará legitimado para impugnar las providencias judiciales la o el Procurador General del Estado o su delegado.

Se concederán únicamente los recursos previstos en la ley. Serán recurribles en apelación, casación o de hecho las providencias con respecto a las cuales la ley haya previsto esta posibilidad. La aclaración, ampliación, revocatoria y reforma serán admisibles en todos los casos, con las limitaciones que sobre la impugnación de las sentencias y autos prevé esta Ley.

Los términos para la impugnación de las sentencias y autos definitivos no dictados en audiencia correrán a partir de la notificación por escrito.

Tomando en consideración lo dispuesto en la norma citada, *a priori* se detecta la existencia de un conflicto normativo en el Cogep, esto toda vez que el artículo 250 citado previamente nos permite contemplar la interpretación de que la aclaración, ampliación, revocatoria y reforma, son admisibles en todos los casos, pero se agrega un texto que es el que genera la confusión y es aquel que señala que esto será con base en las limitaciones que el propio Código contenga sobre la impugnación de autos y sentencias, lo que crea una confusión y genera desde mi punto de vista la imposibilidad de accionar estos recursos en contra de autos interlocutorios como lo sería el que otorgue o deniegue la suspensión del acto administrativo, esto dado que:

a) El artículo 253 del Cogep dispone que la aclaración tiene lugar en caso de sentencia oscura, lo que limita la posibilidad de aclaración a las sentencias y excluye a cualquier otra decisión judicial. Por otro lado el mismo artículo prevé que la ampliación procede cuando no se ha resuelto alguno de los puntos controvertidos o se ha omitido decidir acerca de frutos, intereses o costas, todos estos elementos que forman parte de una sentencia y que por ende harían imposible que otra clase de autos sean susceptibles de ampliación; por lo que el auto que decide sobre la concesión o no de la suspensión no podría ser objeto de esta clase de impugnación ya que como señalamos éste sería un auto interlocutorio.

b) El artículo 254 del Cogep previene que por la revocatoria, la parte pretende que el mismo órgano jurisdiccional que lo emitió, deje sin efecto un auto de sustanciación y dicte uno nuevo en su lugar, lo que excluye a cualquier otro auto y en especial a los interlocutorios. Sobre la reforma, el citado artículo, sin determinar sobre qué autos cabe, se limita a señalar que este recurso implica enmendar la providencia en lo que corresponda; por lo que haciendo referencia a la revocatoria diríamos que cabe únicamente en contra de autos de sustanciación.

El análisis realizado evidencia entonces que bajo los supuestos normativos del Cogep, el auto interlocutorio por el que se acepta o deniega la suspensión del acto administrativo, no sería susceptible de recursos horizontales, lo que sin duda constituye una real amenaza al debido proceso.

El tema de la impugnabilidad de la decisión judicial de aceptación o no de la medida cautelar de suspensión se agrava si analizamos los recursos verticales. El Cogep, que es la norma que regula todos los asuntos procesales en materias no penales, en cuanto a los recursos, como se evidenció en el artículo 250 antes citado, prevé la existencia de los de apelación, casación y de hecho, recursos verticales por los cuales se busca que un juez o tribunal superior revise las actuaciones de los inferiores, de acuerdo a la naturaleza de cada recurso.

Ahora bien, de conformidad con lo que dispone el artículo 256 del tantas veces referido Cogep, el recurso de apelación cabe contra las sentencias y los autos

interlocutorios dictados dentro de la primera instancia y contra las demás providencias para las cuales dicho recurso expresamente se haya previsto en la norma. Bajo este presupuesto, diríamos entonces que el auto interlocutorio por el cual se decide la concesión de la suspensión del acto administrativo es recurrible en apelación y el recurso debería ser conocido por un Tribunal superior, que no sería otro sino el correspondiente de la Corte Provincial, ya que es de competencia de esta Corte, el conocimiento de los recursos de apelación de conformidad con lo que dispone el artículo 208¹⁸⁵ del Código Orgánico de la Función Judicial.

Como quedó indicado, por la apelación se busca que un juez superior conozca acerca de las decisiones del inferior; sin embargo, tratándose de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, no existe en la Corte Provincial una sala especializada de la materia¹⁸⁶ que pueda resolver acerca de las impugnaciones que se puedan presentar en contra de las decisiones de este Tribunal. Esta realidad constituye una palpable e injustificada vulneración al derecho al debido proceso en la garantía del derecho a la defensa, garantía determinada en el numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República, que en su literal (m)¹⁸⁷ prevé el derecho a recurrir los fallos o resoluciones en todos los procedimientos en los que se decida sobre los derechos de las personas, puesto que como señala Ramón Parada, a cuyo ilustradísimo criterio nos adherimos, “[t]odas las resoluciones judiciales son impugnables a través de un sistema de recursos que tiene en

¹⁸⁵ Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, Registro Oficial Suplemento 544, 09 de marzo de 2009, art. 208.- Competencia de las salas de las Cortes Provinciales.- A las salas de las cortes provinciales les corresponde: 1. Conocer, en segunda instancia, los recursos de apelación y nulidad, incluso los que provengan de sentencias dictadas en procesos contravencionales y los demás que establezca la ley.

¹⁸⁶ *Ibíd.*, art. 208.- Conformación.- En cada provincia funcionará una Corte Provincial de Justicia integrada por el número de juezas y jueces necesarios para atender las causas, según lo resuelva motivadamente el Consejo de la Judicatura. Provenirán de la carrera judicial, el libre ejercicio profesional y la docencia universitaria, de acuerdo a los resultados vinculantes de los concursos de oposición y méritos. Las juezas y jueces se organizarán en salas especializadas en las materias que se correspondan con las de la Corte Nacional de Justicia excepto en materia contencioso administrativa y contencioso tributaria, que mantendrán la actual estructura de los tribunales distritales.

¹⁸⁷ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art.76, numeral 7, letra m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.

cuenta, para asignar el tipo que corresponde a cada impugnación, la diversa importancia del acto judicial impugnado...¹⁸⁸”.

Desde mi perspectiva resulta injustificado entonces que los Tribunales de lo Contencioso Administrativo en el Ecuador gocen de un privilegio especial que impide que sus autos o sentencias sean recurridos en segunda instancia, característica de la que goza de manera exclusiva este Tribunal y que no tendría un fundamento legal, sino más bien histórico si cabe el término, probablemente derivado del origen de la jurisdicción contencioso administrativa, que en su formación se miraba como una instancia superior de revisión de la legalidad de las actuaciones de la Administración (es decir como una instancia de apelación) y en el caso ecuatoriano posiblemente a consecuencia de la evolución de estos Tribunales hasta su configuración actual, siendo un punto de inflexión la incorporación que se pretendió dar a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo a las salas de la Corte Provincial, lo que nunca sucedió y puede haber sido el fundamento para considerar como irrecurribles sus decisiones en apelación ya que los Tribunales estaban, conforme a dicha estructuración, a la par de los jueces de la Corte Provincial es decir los jueces de apelación.

Como se manifestó en líneas anteriores, la Constitución ecuatoriana garantiza el derecho a recurrir todos los fallos, lo que determina la existencia del derecho a impugnar, desconocido en materia contencioso administrativa por la falta de regulación legal del recurso de apelación y por la ausencia de una sala especializada para el efecto. A fin de cesar esta vulneración de derechos y eliminar esta distorsión es conveniente que se incluya en el andamiaje judicial a jueces de primera instancia en materia administrativa y se cree la respectiva sala especializada para que conozca la apelación a sus decisiones o sean los propios Tribunales los que conozcan de la apelación de las decisiones de los jueces inferiores, convirtiéndose los actuales tribunales en jueces de alzada que se encargarían de conocer los recursos de apelación que en esta materia se instauren sobre los autos interlocutorios o sentencias que emitan los de primer nivel en materia contencioso

¹⁸⁸ Ramón Parada, “Derecho Administrativo II”, vigésima primera ed., (Madrid: Open ediciones Universitarias, 2014), 613.

administrativa. Lo dicho ayudaría a subsanar incluso vacíos procesales como los que se presentan en referencia a la impugnación de autos por los cuales se aceptan o deniegan excepciones previas¹⁸⁹ o la admisibilidad de pruebas, que siendo recurribles de conformidad con el Cogep, que rige para todos los procesos, no pueden impugnarse en los asuntos que conocen los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, circunstancias que serán materia de otro análisis, pero que guardan consonancia con los principios constitucionales previstos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y por ello merecen atención.

De forma contraria a lo que sucede en nuestra realidad, Ramón Parada y Jesús González Pérez destacan como un acierto de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de España, el hecho de que esta norma prevea el recurso de apelación para los autos “que establezcan medidas cautelares para asegurar la ejecución provisional de la sentencia o para evitar o paliar los perjuicios que puedan derivarse de esta ejecución provisional¹⁹⁰”, proceso impugnatorio que no tiene un procedimiento de conocimiento y resolución diferente, sino que, destacan los autores, sigue las mismas reglas de la apelación contra sentencias.

En igual sentido las leyes de Costa Rica y Colombia prevén que se pueda recurrir contra el auto que resuelve la solicitud de la medida cautelar, disponiendo expresamente que contra este auto cabe el recurso de apelación, en efecto devolutivo y ante el Tribunal de Casación en el caso de Costa Rica¹⁹¹ y ante el Superior en el caso Colombiano¹⁹².

¹⁸⁹ Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, Registro Oficial Suplemento 506, 22 de mayo de 2015, Art. 296.- Resolución de recursos. En la audiencia preliminar, se resolverán los recursos propuestos que se registrarán por las siguientes reglas: 1. El auto interlocutorio que rechace las excepciones previas, únicamente será apelable con efecto diferido. Si la resolución acoge las excepciones previas o resuelve cualquier cuestión que ponga fin al proceso será apelable con efecto suspensivo.

¹⁹⁰ *Ibíd.*, 615.

¹⁹¹ Costa Rica, Ley 8508: *Código Procesal Contencioso Administrativo*, Expediente 15.134, 22 de junio de 2006, artículo 30.- Contra el auto que resuelva la medida cautelar cabrá recurso de apelación, con efecto devolutivo, para ante el Tribunal de Casación de lo Contencioso-Administrativo, el cual deberá interponerse en el plazo de tres días hábiles.

¹⁹² Colombia, *Ley 1437 de 2011- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, Diario Oficial No. 47.956, 18 de enero de 2011, artículo 236. Recursos. El auto que decreta

De lo señalado se concluye entonces que al no existir en el Ecuador una sala especializada de lo Contencioso Administrativo que pueda conocer de los recursos de apelación que se puedan generar en contra de las decisiones de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, el auto interlocutorio por el cual se concede o deniega la medida cautelar de suspensión es irrecurrible en segunda instancia a través del recurso de apelación, sin perjuicio de que el propio Cogep determine que los autos interlocutorios son recurribles para ante el superior.

En cuanto a la posibilidad de interponer recurso extraordinario de casación en contra del auto que concede o no la medida cautelar de suspensión no cabe mayor análisis, ya que el artículo 266 del Cogep determina que este recurso procede únicamente contra las sentencias y autos que ponen fin a los procesos de conocimiento dictados por las Cortes Provinciales de Justicia y por los Tribunales Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo y en el caso que nos ocupa la resolución de la petición de suspensión se realizaría mediante auto interlocutorio que no pone fin al proceso, por lo que no cabría recurso de casación sobre esta providencia.

Sin perjuicio de lo señalado sobre la impugnabilidad de la resolución que concede o deniega una medida cautelar hay que hacer énfasis en que debido a la característica de provisionalidad de las medidas cautelares, el segundo inciso del artículo 330 del Cogep previene que la medida podrá motivadamente revocarse en cualquier estado del proceso, en tanto se advierta una modificación en las circunstancias que lo motivaron, característica que es recogida en el Derecho comparado ya que tanto en Colombia, como en Costa Rica¹⁹³ y España¹⁹⁴, los artículos que regulan las medidas cautelares prevén que estas podrán ser

una medida cautelar será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso. Los recursos se concederán en el efecto devolutivo y deberán ser resueltos en un término máximo de veinte (20) días.

¹⁹³ Costa Rica, *Ley 8508: Código Procesal Contencioso Administrativo*, Expediente 15.134, 22 de junio de 2006, artículo 29.- 1) Cuando varíen las circunstancias de hecho que motivaron la adopción de alguna medida cautelar, el tribunal, el juez o la jueza respectiva, de oficio o a instancia de parte, podrá modificarla o suprimirla. 2) En igual forma, cuando varíen las circunstancias de hecho que dieron motivo al rechazo de la medida solicitada, el tribunal, el juez o la jueza respectiva, de oficio o a instancia de parte, podrá considerar nuevamente la procedencia de aquella u otra medida cautelar.

¹⁹⁴ España, *Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso administrativa*, Boletín Oficial del Estado 167, 14 de julio de 1998: artículo 132. 1. Las medidas cautelares estarán en vigor hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en el que se hayan acordado, o hasta que éste finalice por cualquiera de

revocadas en cualquier estado del proceso, cuando varíen las circunstancias de hecho que motivaron la adopción de alguna medida cautelar o se mantendrán en vigor hasta que recaiga sentencia en firme que ponga fin al proceso principal. La revocación de las medidas cautelares podrá ser de oficio o a petición de parte.

En la norma colombiana¹⁹⁵ se destaca la posibilidad de que el afectado por la medida cautelar solicite el levantamiento de la medida y esto será viable con la prestación de una caución a satisfacción del Juez o Magistrado.

Como ha quedado justificado, el auto por el cual se acepta o deniega la concesión de la suspensión del acto administrativo es irrecurrible al tenor del actual ordenamiento jurídico y la conformación de los tribunales contencioso administrativos. Debiendo agregarse además que una vez acordada la medida, por expresa prescripción del cuarto inciso del artículo 330 reformado del Cogep¹⁹⁶, ésta no se afecta por la interposición de recurso alguno, que para fines prácticos conforme se analizó únicamente podría ser el recurso extraordinario de casación de la sentencia. No obstante lo cual y como ya se estudió, la suspensión puede revocarse en cualquier estado del proceso si se modifican las circunstancias que lo motivaron.

las causas previstas en esta Ley. No obstante, podrán ser modificadas o revocadas durante el curso del procedimiento si cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hubieran adoptado. 2. No podrán modificarse o revocarse las medidas cautelares en razón de los distintos avances que se vayan haciendo durante el proceso respecto al análisis de las cuestiones formales o de fondo que configuran el debate, y, tampoco, en razón de la modificación de los criterios de valoración que el Juez o Tribunal aplicó a los hechos al decidir el incidente cautelar.

¹⁹⁵ Colombia, *Ley 1437 de 2011- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, Diario Oficial No. 47.956, 18 de enero de 2011, artículo 235. Levantamiento, Modificación y Revocatoria de la Medida Cautelar. El demandado o el afectado con la medida podrá solicitar el levantamiento de la medida cautelar prestando caución a satisfacción del Juez o Magistrado Ponente en los casos en que ello sea compatible con la naturaleza de la medida, para garantizar la reparación de los daños y perjuicios que se llegaren a causar. La medida cautelar también podrá ser modificada o revocada en cualquier estado del proceso, de oficio o a petición de parte, cuando el Juez o Magistrado advierta que no se cumplieron los requisitos para su otorgamiento o que estos ya no se presentan o fueron superados, o que es necesario variarla para que se cumpla, según el caso; en estos eventos no se requerirá la caución de que trata el inciso anterior.

¹⁹⁶ Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, Registro Oficial Suplemento 506, 22 de mayo de 2015, artículo 330 cuarto inciso.- La interposición de cualquier recurso no afectará la suspensión del acto impugnado y sus efectos.

5.- Las limitaciones de la tutela cautelar en el contencioso administrativo ecuatoriano.

El tema final de este capítulo nos presupone analizar si la única medida cautelar legislada en el Cogep como es la suspensión del acto administrativo¹⁹⁷, constituye un verdadero mecanismo procesal para garantizar la tutela judicial efectiva. Hay que destacar que esta medida, tal como ha sido configurada, es aplicable únicamente a los actos administrativos y no es extensiva al resto de actuaciones de la administración, por lo que se reduciría a limitar las prerrogativas de las que goza el acto administrativo, que son las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad¹⁹⁸.

Como nos enseña el profesor español Alberto Palomar el término tutela judicial efectiva “(...) se traduce en conjunto de determinaciones y actitudes de los órganos jurisdiccionales que se convierten en derechos para el interesado en tanto en cuanto conforman la respuesta que cabe esperar ante el ejercicio de la pretensión individual del funcionamiento de los órganos jurisdiccionales¹⁹⁹”; en palabras simples, la tutela judicial efectiva consistiría en el derecho de orden constitucional que tienen los ciudadanos a recibir de los órganos de administración de justicia, respuestas motivadas, fundadas en derecho y oportunas.

De forma concordante con el criterio expuesto, la Corte Constitucional ecuatoriana al referirse a la tutela judicial ha expresado lo siguiente:

el derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos de las personas tiene relación con el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales para que, luego de un proceso que observe las garantías mínimas establecidas en la Constitución y la ley, se haga justicia; por tanto, se puede afirmar que su contenido es amplio y en éste se diferencian tres momentos: el primero relacionado con el acceso a

¹⁹⁷ Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, Registro Oficial Suplemento 506, 22 de mayo de 2015, artículo 330.

¹⁹⁸ Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, Registro Oficial Suplemento 506, 22 de mayo de 2015, artículo 329.- Presunciones del acto administrativo.- Los actos administrativos gozan de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad.

¹⁹⁹ Alberto Palomar Olmeda, “Tratado de la jurisdicción contencioso administrativa”, (España: Aranzadi, 2008), 53.

la justicia, el segundo con el desarrollo del proceso en un tiempo razonable, y el tercero que tiene relación con la ejecución de la sentencia, esto es, acceso a la jurisdicción, debido proceso y eficacia de la sentencia. (...) El derecho a la tutela judicial efectiva es sinónimo de eficiencia del sistema de administración de justicia. Un sistema es eficiente si el órgano jurisdiccional cumple con ciertas condiciones que le impone la Constitución y brinda a los ciudadanos un trato justo y equitativo, respetando en todas las fases de los procesos las garantías básicas del debido proceso, concluyendo con la expedición de una sentencia que sea oportuna, motivada y justa para las partes²⁰⁰. Lo subrayado me pertenece.

Como nos ilustra la Corte, la tutela judicial efectiva se logra a través del acceso a procesos judiciales desarrollados en un tiempo razonable y bajo la premisa de que las decisiones adoptadas serán eficaces. Ante ello, es necesario que los tribunales de administración de justicia estén dotados de los instrumentos necesarios para hacer que las sentencias que se dicten en los procesos puestos en su conocimiento sean eficaces, evitando a través de estos mecanismos que el paso del tiempo que implica la tramitación judicial se convierta en un óbice a los fines que el propio proceso quiere tutelar.

La demora en la tramitación de los procesos es un hecho palpable en la justicia ecuatoriana, así Edgar Neira Orellana ha señalado que: “En la realidad del contencioso ecuatoriano, el tiempo que transcurre desde la presentación de la demanda hasta la obtención de una sentencia definitiva viene provocando repetidas injusticias, porque, cuando el acto impugnado, se ha ejecutado, el paso del tiempo determina, en un sinnúmero de casos, que el accionante pierda interés en la decisión que llegare a dictar el Tribunal Distrital”²⁰¹. Lo señalado por el referido autor pone de manifiesto que en nuestro sistema judicial se está incumpliendo con el segundo momento de la tutela judicial efectiva como garantía constitucional, hecho este que debe ser corregido.

Tal como se ha expuesto, el tiempo que toma la tramitación de un proceso sometido a la jurisdicción contencioso administrativa constituye un problema que acarrea la frustración de la finalidad que persigue la justicia desde el espectro de la tutela judicial. En

²⁰⁰ Ecuador Corte Constitucional, sentencia No. 117-14-SEP-CC caso No. 1010-11-EP de 06 de agosto 2014.

²⁰¹ Edgar Neira Orellana, *La Jurisdicción Contencioso Administrativa: Reflexión jurídica sobre sus disfuncionalidades*, (Quito: Universidad San Francisco de Quito, 2016), 217, <http://libros.usfq.edu.ec>.

el Ecuador el retraso en la tramitación procesal sigue siendo un obstáculo para quienes buscan ante el sistema judicial la tutela de sus derechos. Ni siquiera el nuevo proceso oral ha logrado que esta jurisdicción actúe con mayor celeridad puesto que la tónica en estos días es la larga espera en la designación de audiencias, que se fijan con más de un año de espera para los administrados en esta rama jurisdiccional.

A modo de ejemplo del retardo se expone lo que sucede actualmente en las causas 17811-2018-01446 y 17811-2018-00762 que conoce el tribunal distrital de lo contencioso administrativo con sede en Quito, procesos en los cuales las audiencias preliminar y de juicio respectivamente, se han fijado para después de un año desde la calificación de la demanda o el desarrollo de la audiencia preliminar²⁰²; y esto pese a que de conformidad con lo que prescriben los artículos 292 y 297 del Código Orgánico General de Procesos, estas audiencias deben celebrarse en un término no mayor a 20 días la primera y hasta luego de 30 días de culminada la audiencia preliminar en el segundo caso.

Ante la problemática que implica la demora en la tramitación del proceso y con el fin último de resguardar el derecho a la tutela judicial efectiva, es necesario que las

²⁰² Ecuador Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, providencia de 11 de diciembre de 2018: Juicio Contencioso Administrativo No.: 17811-2018-00762. RAZÓN: En mi calidad de Secretario Encargado del Tribunal; siento por tal que el día de hoy martes 11 de diciembre del 2018, a las 09H00, se llevó a cabo la Audiencia Preliminar convocada en auto de fecha jueves 06 de septiembre del 2018, a las 11h54, la misma que fue suspendida en razón de que uno de los señores jueces y el infrascrito secretario debía concurrir a otra audiencia.- Para los fines legales pertinentes se agrega al proceso el cd que contiene la grabación de la audiencia realizada.- De la revisión de la agenda que mantiene este Tribunal del Sistema Oral-COGEp, los jueces de este Tribunal y Secretaría se encuentran sustanciando otras audiencias tanto preliminar como de juicio señaladas con anterioridad en otros procesos.- Por lo expuesto, la fecha más próxima disponible para la reinstalación de la Audiencia Preliminar, es la del día viernes 22 de marzo del 2019, a las 09h00, razón por la cual no se puede cumplir con el término establecido en el artículo 82, numeral uno del Código Orgánico General de Procesos (COGEp).- Para los fines legales pertinentes, las partes procesales quedan convocadas y legalmente notificadas para la reinstalación de la referida audiencia a realizarse dentro de la presente causa.

10 de enero del 2019: VISTOS: En virtud de la razón que antecede, sentada por el actuario de la causa, en la que determina que no existe disponibilidad de fechas en la agenda de este Tribunal, dentro del término establecido en el artículo 292 del Código Orgánico General de Procesos; En tal virtud se convoca a la AUDIENCIA PRELIMINAR para el DÍA 13 DE FEBRERO DEL 2020, a las 09H00, en una de las salas de Audiencias de este Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito. A esta audiencia las partes deberán comparecer personalmente o por intermedio de un procurador judicial con poder amplio y suficiente en cuanto a derecho se requiere, el mismo que necesariamente deberá contener cláusula especial para transigir, de conformidad a lo establecido en los artículos 42, 43, 293 y 305 del COGEp, según sea el caso. La audiencia preliminar se desarrollará conforme a las reglas establecidas en el artículo 294 del COGEp. En los demás el accionante estará a lo dispuesto en el Art. 151 inciso cuarto de la norma antes citada.

legislaciones cuenten con un sistema de tutela cautelar que se convierta en el garante de la eficacia de las resoluciones judiciales²⁰³. Al respecto el profesor Ramiro Simón Padrós, citando al Tribunal Constitucional Federal alemán, hace hincapié en que: “la tutela judicial efectiva significa sobre todo una justicia a tiempo, lo que impone el reconocimiento de un sistema de medidas (...) adecuadas a la naturaleza y a la finalidad de la pretensión que se hace valer en el proceso²⁰⁴”.

Como se ha manifestado a lo largo de este trabajo, ante la realidad imperante, las medidas cautelares son los instrumentos jurídicos de los que se vale la tutela judicial para satisfacer los derechos e intereses de las partes; por lo tanto, no hay tutela judicial sino hay medidas cautelares. Sin estas el proceso se convierte en un instrumento de frustrar la justicia, de incumplir las obligaciones y deberes, de destruir o reducir el alcance de los derechos²⁰⁵.

Ahora bien, esa tutela cautelar debe ser amplia, los jueces deben estar en plenas condiciones de adoptar las decisiones necesarias para alcanzar la satisfacción de la justicia, siendo un obstáculo el limitar su accionar a la sola suspensión de los actos administrativos. El consejero de estado colombiano, Dr. Gustavo Gómez se pronunció al respecto y enfatizó en que con miras a garantizar los derechos de los administrados existe la “(...) necesidad de tomar conciencia de las limitaciones de la suspensión provisional como único dispositivo cautelar, si se pretende la obtención de un más amplio amparo provisorio de los derechos e intereses litigiosos²⁰⁶”, a fin de que el administrado cuente con una sentencia eficaz, puesto

²⁰³ Efraín I. Quevedo Mendoza, Tutela diferenciada y medida cautelar en favor del administrado en Revista de Derecho Procesal, 2009 – 2: Sistemas Cautelares y Procesos urgentes. Rubinzal Culzoni editores. Buenos Aires Argentina, 289: “La impotencia de las estructuras procesales para atender la exuberante demanda de justicia y la inevitable deficiencia de la respuesta judicial han provocado la necesidad de echar mano de institutos que permitan atender la difícil coyuntura por la que atraviesa el poder judicial; la medida cautelar es de los más preciados por la doctrina especializada y también, por los abogados y jueces”.

²⁰⁴ Simón Ramiro Padrós, “La Tutela Cautelar en la Jurisdicción Contencioso – Administrativa”, (Buenos Aires: Lexis Nexis, 2004), 75.

²⁰⁵ Eduardo García de Enterría, *La Batalla por las medidas cautelares*, tercera edición, (Madrid: Civitas, 2004), 119.

²⁰⁶ Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, *consejodeestado.gov.co/publicaciones*, 5 de noviembre de 2018, < <http://consejodeestado.gov.co/publicaciones/Libro%20InstitucionesDerAdm/11REGIMEN.pdf>>.

que ahora el Contencioso Administrativo a más de revisar las actuaciones de la administración, debe tutelar los derechos de los administrados²⁰⁷.

Sobre este tema, Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, han señalado que: “La prerrogativa de la ejecutoriedad no puede desplegarse libre de todo control jurisdiccional y debe el legislador, por ello, articular... las medidas cautelares que hagan posible el control que (...) exige el mandato de plena justiciabilidad del actuar administrativo²⁰⁸”.

Los ordenamientos jurídicos extranjeros no han sido esquivos a estos criterios doctrinales al momento de desarrollar el articulado de la tutela cautelar, una muestra de esto es lo considerado en la exposición de motivos de la ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de España²⁰⁹ que al referirse a las medidas cautelares justifica la necesidad de superar a la suspensión del acto administrativo como única medida posible, así expone que:

La Ley aborda esta cuestión mediante una regulación común a todas las medidas cautelares, cualquiera que sea su naturaleza. El criterio para su adopción consiste en que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pueden hacer perder la finalidad del recurso, pero siempre sobre la base de una ponderación suficientemente motivada de todos los intereses en conflicto. Además, teniendo en cuenta la experiencia de los últimos años y la mayor amplitud que hoy tiene el objeto del recurso contencioso-administrativo, la suspensión de la disposición o acto recurrido no puede constituir ya la única medida cautelar posible. La Ley introduce en consecuencia la posibilidad de adoptar cualquier medida cautelar, incluso las de carácter positivo. No existen para ello especiales restricciones, dado el fundamento común a todas las medidas cautelares. Corresponderá al Juez o Tribunal determinar las que, según las circunstancias, fuesen necesarias.

²⁰⁷ Edgar Neira Orellana, *La Jurisdicción Contencioso Administrativa: Reflexión jurídica sobre sus disfuncionalidades*, (Quito: Universidad San Francisco de Quito, 2016), 237, <http://libros.usfq.edu.ec>: “(...) el nuevo Código Orgánico General de Procesos expedido en mayo de 2015, aunque ratifica la presunción de legitimidad y ejecutividad de los actos (Art. 329), fija una regla categórica sobre la suspensión de los efectos del acto administrativo (Art. 330), y con ello podría facilitar el cambio de rumbo del contencioso administrativo hacia una jurisdicción tutelar”.

²⁰⁸ Jesús González Pérez, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, tercera edición, (Madrid: Civitas, 2001), 667.

²⁰⁹ España, *Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso administrativa*, Boletín Oficial del Estado 167, 14 de julio de 1998

Por el mismo camino se han decantado las legislaciones colombiana²¹⁰ y costarricense²¹¹, en las cuales el juez tiene la amplitud de ordenar, las medidas cautelares adecuadas y necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. Estas consideraciones se traducen en el establecimiento, dentro de los sistemas judiciales, de medidas cautelares de tipo preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, de las cuales se valdrá el órgano jurisdiccional para garantizar la tutela judicial, posibilitando la eficacia práctica de la sentencia definitiva, de manera tal que se evite que el derecho que eventualmente se reconozca en el proceso principal quede reducido a un simple enunciado retórico²¹².

Ahora bien, enumerar de forma taxativa las medidas cautelares posibles en un proceso contencioso administrativo, sería una tarea inútil esto por cuanto como ha quedado señalado los jueces deben adoptar las medidas que sean necesarias para garantizar el resultado del proceso y con ello la tutela judicial efectiva. Bajo ese esquema se puede señalar que de forma general las medidas cautelares posibles son conservativas o innovativas, así lo señala Carlos Ponce para quien se distinguen dos tipos de proceso cautelar “ (...) un proceso cautelar conservativo, cuando la medida tiende al mantenimiento de un estado de hecho o de derecho imperante en el momento de su traba, y un proceso cautelar innovativo, en el que ocurre lo contrario, es decir cuando una medida determinada se trata de alterar una situación de hecho existente²¹³”.

De lo expuesto se refleja que las legislaciones comparadas y la doctrina, se han decantado porque el juez contencioso administrativo tenga un papel activo en la efectiva tutela de los derechos de los ciudadanos que se encuentran en controversia, por lo tanto no pueden limitarse –únicamente– a conceder la suspensión del acto administrativo como

²¹⁰ Colombia, *Ley 1437 de 2011- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, Diario Oficial No. 47.956, 18 de enero de 2011.

²¹¹ Costa Rica, *Ley 8508: Código Procesal Contencioso Administrativo*, Expediente 15.134, 22 de junio de 2006.

²¹² Simón Ramiro Padrós, “La Tutela Cautelar en la Jurisdicción Contencioso – Administrativa”, (Buenos Aires: Lexis Nexis, 2004), 60.

²¹³ Carlos J. Ponce, “Precisiones sobre la medida cautelar innovativa”, *Revista de Derecho Procesal*, 2009 – 2: Sistemas Cautelares y Procesos urgentes. Rubinzal Culzoni editores. Buenos Aires Argentina, pág. 158.

medida cautelar, puesto que deben dictar la medida que se considere más idónea para garantizar la eficacia de la sentencia²¹⁴ y evitar un daño irreparable.

De esta forma destacan las medidas cautelares conocidas como innovativas y las conservativas, mismas que se encuentran en la clasificación de las medidas cautelares analizadas en el primer capítulo de esta investigación. A la medida cautelar innovativa Jorge Peyrano la define como: “Aquella de carácter excepcional que tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado; que se traduce en la injerencia del juez en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de una actividad de igual tenor²¹⁵”.

La característica principal de esta clase de medida es la excepcionalidad de su concesión, puesto que el juez puede adoptarla de manera extraordinaria cuando sea el único camino para garantizar el derecho del ciudadano, habida cuenta de que configuran un anticipo de jurisdicción²¹⁶ favorable respecto de la sentencia final.

Por otro lado, la medida cautelar conservativa – también conocida como medida de no innovar- “se caracteriza por disponer el mantenimiento de la situación de hecho o de derecho existente al tiempo en que la misma es dictada (*pendente lite nihil innovatur*), en tanto”, por lo tanto su objetivo es garantizar la inmovilización de la situación hasta la sentencia definitiva.

Desafortunadamente en el Código Orgánico General de Procesos, el legislador no se preocupó de incluir este tipo de medidas cautelares para el proceso contencioso administrativo por lo que ante esta omisión tenemos los recaudos doctrinarios y de legislaciones comparadas para determinar que la suspensión del acto administrativo, es una medida cautelar insuficiente para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión de fondo y para garantizar una verdadera tutela judicial efectiva.

²¹⁴ Giovanni Priori Posada, *Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo*, (Perú: Ara Editores, 2009), 264.

²¹⁵ Jorge Peyrano, *La medida cautelar innovativa*, (Buenos Aires: De Palma) ,21.

²¹⁶ Patricia Bibiana Barbado, *Sistemas Cautelares y procesos urgentes*, Revista de Derecho Procesal, 2009 – 2: Sistemas Cautelares y Procesos urgentes. Rubinzal Culzoni editores. Buenos Aires Argentina, pàg.437.

Resulta por lo tanto que la medida cautelar dispuesta en el artículo 330 del Código Orgánico General por Procesos es insuficiente para proteger el derecho del administrado que impugnó la decisión administrativa a la luz de una real tutela judicial efectiva. Queda en evidencia por tanto que a la expedición del Cogep no hubo mayor avance o innovación en este tema puesto que la norma procesal no habilita al juez –en esta materia– para que sea una parte activa en el proceso y que pueda adoptar las medidas necesarias para lograr la deseada tutela efectiva.

Sobre la insuficiencia de la suspensión del acto administrativo como medida cautelar, ha tratado la jurisprudencia española y la doctrina; así el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentó precedente jurisprudencial, con el denominado caso FACTORTAME, en la cual se consideró como uno de los puntos fundamentales que: “(...) se reconoce al Juez nacional el poder (y la obligación) de otorgar todas las medidas cautelares precisas para evitar que pueda frustrarse la efectividad de esa tutela²¹⁷”.

Esta sentencia fue de tal importancia en Europa que influyó en la derogación del Decreto 01 de 1984, que únicamente consagraba la medida de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos en España. En la actualidad la Ley 1437 de 2011, Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de España, permite que sea admisible cualquier medida cautelar valorada con el standard de la proporcionalidad que sea necesaria para que no se frustre la tutela judicial efectiva, que decidirá finalmente la sentencia de fondo²¹⁸.

Por la misma corriente se ha pronunciado Efraín Quevedo, para quien:

la estructura de la tutela cautelar ha debido transformar su contenido y efectos, adaptándolos a la singularidad del conflicto del que es objeto el procedimiento al que accede, transitando de la simple suspensión del acto administrativo a una verdadera composición provisoria de los intereses en litigio, como única forma de

²¹⁷ Jesús González Pérez, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, tercera edición, (Madrid: Civitas, 2001), 667.

²¹⁸ *Ibíd.*, 125.

evitar que el tiempo que insume el íntegro desarrollo del procedimiento (...) [provoque] la frustración de los fines perseguidos²¹⁹.

Como se ha explicado, los jueces contencioso administrativos al tener a su cargo la facultad de control de la legalidad del accionar administrativo deben estar dotados de todas las herramientas que permitan un real acceso a la justicia en el marco de la celeridad y asegurando una real tutela judicial, de ahí que deberían estar habilitados para adoptar cualquier medida que garantice la eficacia de las sentencias y garantice los derechos de los administrados.

En la lucha contra las arbitrariedades de la administración no es suficiente la potestad de suspender el acto administrativo, es necesario contar con todo un engranaje que permita garantizar el fin último de la administración de justicia, como García de Enterría señaló: “(...) la potestad de acordar medidas cautelares no es un poder jurisdiccional substantivo e independiente del poder jurisdiccional de decidir un proceso en cuanto al fondo; es un simple medio instrumental de hacer que esa decisión de fondo pueda pronunciarse en condiciones de ser efectiva²²⁰”.

La suspensión del acto administrativo como única medida cautelar contemplada en el Cogep, resulta insuficiente entonces para asegurar que las decisiones judiciales en materia contencioso administrativa sean eficaces y cumplan con el cometido de controlar la legalidad de las actuaciones de la administración, pero en mayor medida y con mayor importancia, comporten una real tutela de los derechos de los ciudadanos frente al poder del Estado, puesto que como comentó Arboleda Perdomo en relación con el código procesal de la materia en Colombia, la sola suspensión es “(...) una medida cautelar muy tímida frente al cúmulo de poderes que ostenta actualmente la Administración pública, ante la cual el ciudadano está en verdaderas condiciones de subordinación, por lo que se plante[a] la necesidad de regular nuevos poderes para el juez²²¹”.

²¹⁹ Efraín Quevedo Mendoza, Tutela diferenciada y medida cautelar a favor del administrado, *Revista de Derecho Procesal*, 2009 – 2: Sistemas Cautelares y Procesos urgentes. Rubinzal Culzoni editores. Buenos Aires Argentina, pág. 297.

²²⁰ Eduardo García de Enterría, *La Batalla por las medidas cautelares*, tercera edición, (Madrid: Civitas, 2004), 66.

²²¹ Enrique José Arboleda Perdomo, “Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, (Bogotá: Legis, 2012), 85.

Por consideraciones como la antes anotada, a fin de diversificar las medidas cautelares para los procesos contencioso administrativos, se consagró la adopción de medidas innovativas y conservativas o de no innovar con mandatos judiciales positivos, con disposiciones de hacer, no hacer o dar²²². Este tipo de medidas permiten una interpretación más flexible de los casos, acorde a la realidad de los tiempos actuales, modificando muchas veces la situación en beneficio del particular. Es lamentable entonces por decirlo de alguna manera, que en el Ecuador no se hayan ni siquiera establecido conversaciones que demuestren el malestar por la limitada medida cautelar que existe para el proceso contencioso administrativo.

El sistema procesal contencioso administrativo ecuatoriano, respecto a las medidas cautelares es absolutamente limitado y necesita una renovación puesto que tal como está concebido no garantizaría una efectiva tutela judicial y permitiría que la administración abuse de su poder haciendo que la espera de la tramitación del proceso sea injustamente gravosa para quien desde el primer momento se ve prima facie que tiene la razón²²³.

Por estas razones, la suspensión del acto administrativo no puede ser ya la única medida cautelar posible en el sistema contencioso administrativo ecuatoriano, esto por su evolución en los años y porque el objeto de los recursos contencioso administrativos abarca mucho más que solo el acto administrativo. La tutela cautelar es necesaria en todos los ámbitos para el control de las actuaciones administrativas y en el Ecuador esa facultad como ha quedado justificado está vedada, a diferencia de lo que sucede en otras legislaciones, como por ejemplo el caso de Argentina, en la que se abre la posibilidad incluso de que frente a hechos de la Administración que vulneren los derechos de los administrados, éstos puedan acudir a la justicia y solicitar la protección cautelar que

²²² Efraín Quevedo Mendoza, Tutela diferenciada y medida cautelar a favor del administrado, Revista de Derecho Procesal, 2009 – 2: Sistemas Cautelares y Procesos urgentes. Rubinzal Culzoni editores. Buenos Aires Argentina, pág. 297.

²²³ Eduardo García de Enterría, *La Batalla por las medidas cautelares*, tercera edición, (Madrid: Civitas, 2004), 251.

requieran, de acuerdo a las particularidades de cada caso,²²⁴ pudiendo otorgarse medidas positivas que resguarden el derecho lesionado.

Analizados que han sido entonces los elementos, características, requisitos y clases de medidas cautelares y no estando regulada en el ordenamiento jurídico nacional la posibilidad de que los jueces adopten otra medida cautelar que no sea la suspensión del acto administrativo, en aras de garantizar una tutela judicial efectiva, se sugiere que a través de una reforma legal se amplíen las facultades de los jueces en miras a una real plena jurisdicción a fin de que puedan aplicar cualquier medida cautelar que asegure la sentencia de fondo, garantizado de esta manera los derechos en conflicto; así como se limiten los eventuales daños que cause la demora en la tramitación del proceso, siempre que se cumplan los presupuestos determinados para la concesión de la medida que ya han sido analizados (*fumus boni iuris* y *periculum in mora*), siendo necesario para ello que se reforme el artículo 330 del Cogep, ampliándose a los jueces el catálogo de medidas cautelares posibles en procura de que la tutela cautelar se convierta en garante de la tutela judicial efectiva en materia contencioso administrativa.

²²⁴ Ezequiel Cassagne. “Las Medidas Cautelares Contra La Administración”, 5 de noviembre de 2018, <http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Las_medidas_cautelares_contra_la_Administracion_en_Tratado_de_Derecho_Procesal_Administrativo,_Director_Juan_Carlos_Cassagne,.pdf>.

Conclusiones

Al finalizar este trabajo y luego de haber analizado en qué consisten las medidas cautelares, cuáles son sus requisitos, características y cómo estas sirven de instrumento para garantizar la tutela judicial efectiva, se concluye lo siguiente:

Que es fundamental que las potestades y prerrogativas de las que goza la administración sean controladas para que no se conviertan en abusos del poder estatal, de ahí que la legislación debe dotar a los ciudadanos de las herramientas necesarias para que quien ostenta tales ventajas no realice un ejercicio arbitrario de su poder.

Las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad de las actuaciones administrativas no pueden ser absolutas, debiendo instaurarse mecanismos que permitan bloquear sus efectos de forma urgente, esto para evitar cargas injustas para quien tiene que soportar la duración del proceso y los efectos de una actuación que ostensiblemente puede ser contraria a derecho.

Las medidas cautelares son instrumentos jurídico procesales que se deben implementar de forma urgente en el proceso contencioso administrativo ecuatoriano a fin de hacer efectiva la garantía del derecho a una tutela judicial efectiva. Implementación que no debe ser tibia ni limitada a la sola suspensión del acto administrativo, para que se cumpla el fin último de su instauración que es garantizar la tutela judicial a través de sentencias eficaces que no se turben por el paso del tiempo, en desmedro de quienes acuden ante la administración de justicia para impugnar las actuaciones estatales.

Las medidas cautelares deben otorgarse sobre la base del análisis valorativo de los requisitos necesarios para su concesión, siendo esenciales el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho y el *periculum in mora* o peligro en la demora, criterios que deben ser los que la ley y el juzgador adopten para determinar la viabilidad de las medidas peticionadas.

La instauración en el sistema procesal ecuatoriano de la suspensión del acto administrativo impugnado resulta insuficiente a la luz de lo que la doctrina y las legislaciones cercanas a la ecuatoriana han determinado acerca de las medidas cautelares. En ese sentido, es imperioso ampliar el espectro de medidas cautelares posibles, a fin de propender al establecimiento de una real y efectiva tutela cautelar que desemboque en la consagración del acceso a una justicia efectiva y con ello paliar los negativos efectos de la larga espera que deben sufrir los ciudadanos que impulsan ante la jurisdicción contencioso administrativa procesos judiciales de impugnación de las actuaciones estatales.

Finalmente y en virtud de todo lo expuesto se propone reformar el artículo 330 del Código Orgánico General de Procesos, con el fin de que se amplíe el catálogo de medidas cautelares; es decir ya no sea la suspensión del acto administrativo la única posibilidad que ostenten los jueces para hacer efectiva la tutela cautelar y se les conceda a los juzgadores la facultad de otorgar las medidas cautelares que sean adecuadas para asegurar la sentencia de fondo y con ello garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos. Debiendo determinar la norma, que bajo los requisitos de concesión y el criterio de razonabilidad, se puedan dictar las que más se ajusten para lograr la plena eficacia de las sentencias, ya sean estas medidas preventivas, conservativas, innovativas, anticipativas o de suspensión. Bajo estos preceptos se sugiere el siguiente texto alternativo para el artículo 330 del Cogep:

Art. 330.- Medidas cautelares.- A petición de parte, en cualquier estado del proceso, mediante auto debidamente motivado, el juzgador podrá ordenar las medidas cautelares conservativas, innovativas o de suspensión de las actuaciones administrativas impugnadas, cuando de los hechos alegados en la demanda y las pruebas acompañadas, aparezca como justificado un juicio provisional e indiciario favorable a la pretensión exhibida, sin que esto implique una decisión anticipada sobre el fondo, siempre que el retardo en la decisión de la causa pueda poner en riesgo la efectividad de la sentencia o el derecho opuesto y se evidencie la razonabilidad de la medida.

Podrá motivadamente revocarse la medida en cualquier estado del proceso, en tanto se advierta una modificación en las circunstancias que lo motivaron.

Bibliografía

- Arboleda Perdomo, Enrique José. “Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”. Bogotá: Legis, 2012.
- Barbado, Patricia Bibiana. Sistemas Cautelares y procesos urgentes, Revista de Derecho Procesal, 2009 – 2: Sistemas Cautelares y Procesos urgentes. Rubinzal Culzoni editores. Buenos Aires Argentina.
- Basterra, Marcela I. “El nuevo régimen de medidas cautelares contra el Estado. A propósito de la Ley 26.854”, 17 de octubre de 2018, <<http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/estudios-de-derecho/005-edp-2-basterra.pdf>>.
- Biasco, Emilio. “La suspensión jurisdiccional de la ejecución del acto administrativo y otras medidas cautelares”. versión digital de la clase dictada en el Cursillo de posgrado en Derecho Administrativo, de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, correspondiente al año 1995.
- Bolaños Salazar, Elar Ricardo. “El plazo razonable como garantía del debido proceso: análisis comparativo de los estándares actuales en el Sistema Interamericano y en el TC peruano”. <https://www.researchgate.net/publication/305992378_El_plazo_razonable_como_garantia_del_debido_proceso_analisis_comparativo_de_los_estandares_actuales_en_el_Sistema_Interamericano_y_en_el_TC_peruano>.
- Bujosa Vadell, Lorenzo Mateo. “Medidas Cautelares en el Proceso de Derechos de Autor”. Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2009.
- Calamandrei, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Perú: Ara editores, 2005.
- Carrillo, Marc. *La Justicia Cautelar como garantías de los derechos fundamentales en La ciencia del Derecho Procesal Constitucional*. Tomo IV. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.
- Carpio Marcos, Edgar. *El derecho a un proceso que dure un plazo razonable en el anteproyecto de reforma constitucional*. Revista Peruana de Derecho Público. Vol. 2, N° 3. Grijley: Lima, 2001.

- Cassagne, Ezequiel. “Las Medidas cautelares contra la administración”. 27 de julio de 2018. <[http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Las_medidas_cautelares_contra_la_Administracion_en_Tratado_de_Derecho_Procesal_Administrativo_Director_Juan_Carlos_Cassagne,.pdf](http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Las_medidas_cautelares_contra_la_Administracion_en_Tratado_de_Derecho_Procesal_Administrativo_Director_Juan_Carlos_Cassagne.pdf)>.
- Cassagne, Juan Carlos. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Buenos Aires: La Ley, 2011.
- Castaño Parra, Daniel. “La protección cautelar en el contencioso administrativo colombiano: hacia un modelo de justicia provisional”. Ponencia presentada para las XI Jornadas de Derecho Administrativo, llevadas a cabo en la *Universidad Externado de Colombia*, los días 8, 9 y 10 de septiembre de 2010.
- Chinchilla Marín, Carmen. “Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso – administrativa “. *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 100.
- Cueva Carrión, Luis. “Medidas Cautelares Constitucionales”. Quito: Cueva Carrión, 2012.
- Diez, Manuel María. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1996.
- Diez Picazo, Luis María. “Parlamento, Proceso y Opinión Pública”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. < <file:///C:/Users/lenovo/Downloads/Dialnet-ParlamentoProcesoYOpinionPublica-79336.pdf>>.
- Dromi, Roberto. *Acto Administrativo*. Buenos Aires: ciudad Argentina, 2008.
- Folguera Crespo, Jaime, Borja Martínez Corral y Uría Menéndez. “Las Normas de defensa de la competencia: Medidas Cautelares en su aplicación judicial directa”. 21 de agosto de 2018, <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1676/colaboraciones/549/documento/049CompetenciaUM.pdf?id=1929>.
- García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. tomo I. Madrid: Civitas, 1999.
- García de Enterría, Eduardo. *La Batalla por las medidas cautelares*. Tercera edición. Madrid: Civitas, 2004.
- Garrido Falla, Fernando. “La Eficacia de los Actos Administrativos en la Nueva Ley de Procedimiento”. 10 de julio de 2018. <<file:///C:/Users/lenovo/Downloads/Dialnet-LaEficaciaDeLosActosAdministrativosEnLaNuevaLeyDeP-2112401.pdf>>.

- Gordillo, Agustín. “Presunción de Legitimidad, Exigibilidad y Ejecutoriedad”. 10 de julio de 2018. <https://www.gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo5.pdf>.
- Gómez Aranguren, Gustavo Eduardo, *consejodeestado.gov.co/publicaciones*, 5 de noviembre de 2018, <<http://consejodeestado.gov.co/publicaciones/Libro%20InstitucionesDerAdm/11REGIMEN.pdf>>.
- González Pérez, Jesús. *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. Tercera edición. Madrid: Civitas, 2001.
- Hurtado Reyes, Martín. *Tutela Jurisdiccional Diferenciada*. Lima: Palestra Editores, 2006.
- Jiménez Vargas-Machuca, Roxana. “Apuntes sobre medidas cautelares”. 28 de octubre de 2018. <http://www.justiciayderecho.org.pe/revista6/articulos/Apuntes%20s...pdf>.
- Londoño Londoño, Euclides Álvaro. “Las medidas cautelares reguladas por la ley 1437 de 2011 como instrumento para el desarrollo de la tutela jurisdiccional efectiva”. <https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/2779/Art%C3%ADculo%20de%20Grado%20Euclides%20L.pdf?sequence=1>.
- Marín González, Juan Carlos. “Notas la tutela provisiona en el derecho inglés: Especial referencia a la freezing o mareva injunction”. *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile). Vol. XIII (2002).
- Marcheco Acuña, Benjamín. “La tutela cautelar en los procesos contra la administración pública en Ecuador”. *Revista de Derecho Valdivia*. Volumen XXX No. 1, junio 2017.
- Maqués Battaglia, Natalia F., “Las Medidas Cautelares contra la Administración Pública, http://www.gordillo.com/pdf_unamirada/02sac.pdf”.
- Monroy Gálvez, Juan. “El Juez Nacional y la Medida Cautelar”. *Universidad de Lima*. <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/14196/14809>>.
- Morales Tobar, Marco. *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. Quito: Corporación de estudios y publicaciones, 2011.
- Neira Orellana, Edgar. *La Jurisdicción Contenciosa Administrativa: Reflexión jurídica sobre sus disfuncionalidades*. Quito: Universidad San Francisco de Quito, 2016.

- Nieto Maridueña, Roger. “La jurisdicción contenciosa administrativa ecuatoriana: Realidad Doctrinaria y Legislativa. <https://ecotec.edu.ec/content/uploads/mcientificas2018/7gestion-relaciones-juridicas/007.pdf>
- Oyarte, Rafael. *Derecho Constitucional Ecuatoriano y comparado*. Quito: Corporación de estudios y publicaciones CEP, 2014.
- Palacios Pareja, Enrique. “Reflexiones sobre la caducidad de las medidas cautelares”. *Revista de Derecho Ius et veritas* (Universidad Católica de Perú).
- Palomar Olmeda, Alberto y otros. *Tratado de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa*. España: editorial Aranzadi, 2008.
- Parada, Ramón. *Derecho Administrativo II*. Vigésima Primera edición. Madrid: Open ediciones Universitarias, 2014.
- Pérez Gálvez, Juan Francisco. “Las Medidas Cautelares en la Jurisdicción Contencioso Administrativa en España”. *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. <<http://biblio.juridicas.unam.mx>>.
- Peyrano, Jorge. *La medida cautelar innovativa*. Buenos Aires: De Palma.
- Pons Cánovas, Ferran. *Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo sancionador*. Madrid: Marcial Pons.
- Ponce, Carlos J., “Precisiones sobre la medida cautelar innovativa”, *Revista de Derecho Procesal*, 2009 – 2: Sistemas Cautelares y Procesos urgentes. Rubinzal Culzoni editores. Buenos Aires Argentina
- Priori Posada, Giovanni. *Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo*. Perú: Ara Editores, 2009.
- Quevedo Mendoza, Efraín I. “Tutela diferenciada y medida cautelar en favor del administrado” *Revista de Derecho Procesal*, 2009.
- Quispe Salsavilca, David Percy. “La Cautela Temporal sobre el fondo en el Proceso Contencioso Administrativo. Entre la Cautela Activista y Abstenida”. 16 de octubre de 2018, <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13548>>.

- Rodríguez Arana Muñoz, Jaime. “La evolución histórica de la suspensión del acto administrativo en vía contenciosa en el derecho español”. 30 de julio de 2018. <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/134523.pdf>>.
- Rodríguez Bejarano, Carolina. “El plazo razonable en el marco de las Garantías Judiciales en Colombia”. 07 de octubre de 2018. <[file:///C:/Users/lenovo/Downloads/Dialnet-IPlazoRazonableEnElMarcoDeLasGarantiasJudiciales-3851181%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/lenovo/Downloads/Dialnet-IPlazoRazonableEnElMarcoDeLasGarantiasJudiciales-3851181%20(1).pdf)>.
- Sendín García, Miguel Ángel. Medidas Cautelares y Proceso Contencioso Administrativo en Nicaragua. 02 de agosto de 2018. <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/opera-prima-derecho-admin/article/viewFile/1438/1339>>.
- Simón Padrós, Ramiro. “La tutela cautelar en la jurisdicción administrativa”. 1ra edición. Buenos Aires: Nexis Lexis, 2004.
- Tron Petit, Jean Claude. “La suspensión como modalidad de medida cautelar en el amparo”. 01 de agosto de 2018. <http://jeanclaude.tronp.com/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=4>.
- Vallefín, Carlos A. “Protección Cautelar Frente al Estado”. Abeledo Perrot: Buenos Aires, 2002.
- Velásquez Baquerizo, Ernesto. “La Justicia Administrativa en la Reforma Constitucional”. Octubre 2018, 76, https://www.revistajuridicaonline.com/wpcontent/uploads/1993/09/08_La_Justicia_Administrativa_En_Reforma_Const.pdf.
- Veramendi Flores, Erick. “El nuevo presupuesto de la medida cautelar: La Razonabilidad”. <https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&q=Veramendi+Flores%2C+Erick.+%E2%80%9CEl+nuevo+presupuesto+de+la+medida+cautelar%3A+La+Razonabilidad>
- Zela Villegas, Aldo. *La tutela preventiva de los derechos (como manifestación de la tutela diferenciada)*. Primera edición. Lima: Palestra editores S.A.C, 2008.
- Zizzias, María Alejandra. *Las Cautelares o la última razón del derecho en Garantías Procesales*. Buenos Aires: ciudad Argentina, 2002.

Colombia Consejo de Estado. “El rol del Juez Administrativo de Urgencia en Francia y los principales cambios en las líneas jurisprudenciales”. 21 de julio de 2018, <http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/biblioteca/revistas/edi01/doc/art7.pdf>.

Colombia Consejo de Estado. “Sentencia de 29 de marzo de 2016. Número 11001-03-26-000-2015-00126-01”, caso Arlen Yimmy Cardona Ceballos vs Agencia Nacional de Minería.

Colombia. *Ley 1437 de 2011- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Diario Oficial No. 47.956, 18 de enero de 2011.

Colombia Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado. “Radicación número: 11001-03-27-000-2013-00032-00(20631) de 22 de febrero de 2016”. Caso Erney Leonardo Contreras González contra el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/11001-03-27-000-2013-00032-00\(20631\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/11001-03-27-000-2013-00032-00(20631).pdf).

Convención Americana de Derechos Humanos. Registro ONU No. 17955, 27 de agosto de 1979.

Corte IDH. “Sentencia de 06 de mayo de 2008 (Excepción Preliminar y de Fondo)”. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. párr. 117. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_179_esp.pdf.

Corte IDH. “Sentencia de 22 de agosto de 2013”. *Caso Mémoli vs. Argentina*. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_265_esp.pdf.

Corte IDH. “Sentencia de 05 de agosto de 2008”. Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf:

Costa Rica Tribunal Contencioso Administrativo del Segundo Circuito Judicial de San José. “Resolución N° 01999 – 2017 de 06 de septiembre de 2017”. Caso Ronald Alfaro Dobles contra el Patronato Nacional de Ciegos. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-724040>.

Ecuador. *Código Orgánico General de Procesos*. Registro Oficial 506, Suplemento, 22 de mayo de 2015.

Ecuador. *Constitución Política de la República del Ecuador de 1906*. Registro Oficial 262 de 24 de diciembre de 1906, Art. 97.

Ecuador. *Constitución Política de la República del Ecuador de 1929*. Registro Oficial 138 de 26 de marzo de 1929, Art. 115.

Ecuador. *Código Orgánico Administrativo*. Registro Oficial 31, Suplemento, 07 de julio de 2017.

Ecuador. *Código Orgánico de la Función Judicial*. Registro Oficial No. 644, Suplemento, 09 de marzo de 2009.

Ecuador. *Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial*. Registro Oficial No. 38, Suplemento, 17 de julio de 2013.

Ecuador Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, con sede en el Distrito Metropolitano de Quito. “Auto”. En *Juicio No. 17811-2018-00068*. 07 de febrero de 2018.

Ecuador. Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito. “Sentencia”. En *Juicio No. 17811-2013-0400*. 20 de julio de 2018.

Ecuador Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, con sede en el Distrito Metropolitano de Quito. “Auto”. En *Juicio No. 17811-2019-00551*. 01 de mayo de 2019.

España. *Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso administrativa*. Boletín Oficial del Estado 363, 28 de diciembre de 1956.

España. *Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso administrativa*. Boletín Oficial del Estado 167, 14 de julio de 1998.