



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

LA INSUFICIENCIA DE LA MEDIDA CAUTELAR  
DE SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DEL  
ACTO ADMINISTRATIVO EN LOS PROCESOS  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS PARA  
PRECAUTELAR LOS DERECHOS DE LOS  
ADMINISTRADOS

AUTOR

Christian Marcelo Benalcázar Vargas

AÑO  
2018



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

“LA INSUFICIENCIA DE LA MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN DE LOS  
EFECTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN LOS PROCESOS  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS PARA PRECAUTELAR LOS  
DERECHOS DE LOS ADMINISTRADOS”

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos  
establecidos para optar por el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados  
de la República.

Profesor Guía  
MSc. Jaime Andrés Villacreses Valle

Autor  
Christian Marcelo Benalcázar Vargas

Año  
2018

## DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

Declaro haber dirigido el trabajo, “LA INSUFICIENCIA DE LA MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN LOS PROCESOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS PARA PRECAUTELAR LOS DERECHOS DE LOS ADMINISTRADOS”, a través de reuniones periódicas con el estudiante, Christian Marcelo Benalcázar Vargas, en el semestre 2018-2, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.

---

Jaime Andrés Villacreses Valle

Magíster en Derecho Administrativo

CC.1714040670

## DECLARACIÓN DEL PROFESOR CORRECTOR

Declaro haber revisado este trabajo, “LA INSUFICIENCIA DE LA MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN LOS PROCESOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS PARA PRECAUTELAR LOS DERECHOS DE LOS ADMINISTRADOS”, del estudiante, Christian Marcelo Benalcázar Vargas, en el semestre 2018-2, dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.

---

José Gabriel Terán Naranjo

Magíster en Derecho de la Empresa y de los Negocios

CC. 0502272792

## DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.

---

Christian Marcelo Benalcázar Vargas

CC.1724181217

## **Dedicatoria**

A mi familia, quienes  
me acompañaron en  
este trayecto.

## RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene por objeto analizar los motivos por los cuales la suspensión de los efectos del acto administrativo en el proceso contencioso administrativo resulta ser insuficiente para precautelar los derechos de los administrados ante el ejercicio del poder público y restringe el derecho a la tutela judicial efectiva.

Se realizará un análisis deductivo y exegético de la norma legal, pues a través de la descomposición de los artículos legales objetos de estudio, principalmente el artículo 330 del Código Orgánico General de Procesos, por lo que se pretende determinar los principales problemas que trae la única medida cautelar de la suspensión de los efectos del acto administrativo para precautelar los derechos de los administrados. Finalmente, con el análisis de la legislación comparada se pretende contraponer los distintos ordenamientos jurídicos con el nuestro, aprender de la experiencia de otros países, como Colombia y España; apreciar similitudes y diferencias, para que con esta información se pueda dar a conocer la percepción que tienen estos países sobre las medidas cautelares aplicables a este tipo de procesos y sobre la suspensión de los efectos del acto administrativo en los procesos contencioso administrativo.

## **ABSTRACT**

This research work aims to analyze the reasons why, the suspension of the effects of the administrative act in the contentious-administrative proceeding, turns out to be insufficient to safeguard the rights of the administered before the exercise of public power and restricts the right to effective judicial protection.

An analysis of the deductive and legalistic legal norm, because through the decomposition of the legal articles of study subjects, mainly article 330 of the Organic Code General of Processes, it is intended to determine the main problems that brings the only precautionary measure for the suspension of the effects of the administrative act to protect the rights of the administered. Finally, the analysis of the comparative legislation is intended to contrast different legal systems with ours, learn from the experience of other countries, such as Colombia and Spain; appreciate similarities and differences, so that with this information may be given to know the perception that these countries on the precautionary measures applicable to this type of processes and on the suspension of the effects of the administrative act in administrative processes.



# ÍNDICE

|   |           |
|---|-----------|
| INTRODUCCIÓN.....   | 1         |
| <b>1. Capítulo I. Tutela Judicial Efectiva y Proceso Contencioso Administrativo.....</b>  | <b>2</b>  |
| 1.1 Alcance del derecho a la tutela judicial efectiva.....  | 2         |
| 1.2 Objeto del proceso contencioso administrativo.....  | 5         |
| 1.3 Tipos de actuaciones administrativas sujetas al control judicial.....   | 8         |
| 1.4 Presunción de legitimidad y ejecutoriedad de los actos administrativos .....  | 12        |
| 1.5 Ejecución del acto administrativo .....   | 14        |
| <b>2. Capítulo II. Medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo: su finalidad y como se establece en la normativa de Ecuador .....</b> | <b>15</b> |
| 2.1 Finalidad de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo.....   | 15        |
| 2.2 Tipos de medidas cautelares.....  | 19        |
| 2.2.1 Medidas cautelares innominadas .....  | 20        |
| 2.2.2 Otros tipos de medidas cautelares.....  | 22        |
| 2.3 Reflexión final sobre la eficacia de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo .....  | 25        |
| <b>3. Capítulo III. Medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo en otros países .....</b>   | <b>28</b> |
| 3.1 Medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo colombiano.....   | 28        |
| 3.2 Medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo español .....   | 32        |
| <b>4. Conclusiones .....</b>  | <b>35</b> |
| <b>Referencias .....</b>  | <b>37</b> |

## INTRODUCCIÓN

Los mecanismos de medidas cautelares se fundamentan en el derecho a la tutela judicial efectiva, previsto en el art. 75 de la Constitución de la República. Estas tienen por finalidad asegurar el resultado de la acción interpuesta, previniendo un daño jurídico y garantizando la eficacia del proceso. En el ámbito administrativo se configuran como una forma de evitar los posibles excesos de la presunción de legitimidad y ejecutoriedad de los actos administrativos o de cualquier otra actuación de la Administración Pública que pueden ser suspendidos en el proceso contencioso administrativo.

Las medidas cautelares funcionan en los procesos contencioso administrativo para evitar que se cometa un daño mayor y, en este tema de investigación, sería como consecuencia de las actuaciones de la Administración Pública, ya sea en actos, hechos administrativos entre otros. Los jueces pueden aplicar las medidas cautelares en el momento de calificar la demanda o incluso antes si es de carácter urgente, pero no implican una decisión anticipada sobre el fondo del litigio y los jueces las pueden revocar en cualquier momento. Es por ello que, debería existir una potestad cautelar amplia, que permita aplicar las medidas necesarias, con el objeto de evitar la violación de derechos y asegurar la eficacia del proceso.

En el caso ecuatoriano; ¿Es suficiente la medida cautelar de suspensión de los efectos del acto administrativo contemplada en la normativa actual, para precautelar de manera eficaz los derechos de los administrados ante el ejercicio del poder público?

# **1 Capítulo I. Tutela Judicial Efectiva y Proceso Contencioso Administrativo**

## **1.1 Alcance del derecho a la tutela judicial efectiva**

El derecho a la tutela judicial efectiva se trata de un derecho fundamental de protección hacia la persona que vea afectados o lesionados sus derechos, que impide que quede en indefensión, pudiendo salvaguardar sus derechos y permitiéndole acceder a los órganos jurisdiccionales; a continuación, se detallará a profundidad.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, sobre la tutela judicial efectiva, en su artículo 10 manifiesta: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones (...)”. (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, Art. 10). La Convención Americana de Derechos Humanos en el artículo 8 consagra el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, de esta forma en su artículo 25 expresa:

“Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.” (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969, Art.25)

Como vemos se trata de un derecho ampliamente reconocido, aceptado universalmente y resguardado a nivel internacional. El Estado tendrá responsabilidad por la violación de este derecho.

En este sentido la Constitución del Ecuador, señala en el artículo 75:

“Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.” (Constitución del Ecuador, 2008, Art. 75)

Al respecto el artículo 11, numeral 9, inciso 4, de la Constitución del Ecuador, señala: “El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.” (Constitución del Ecuador, 2008, Art. 11, núm.9, inc. 4)

En cuanto al deber de los jueces por hacer valer el derecho a la tutela judicial efectiva, encontramos el artículo 23 del Código Orgánico de la Función Judicial del Ecuador, que establece:

“La Función Judicial, por intermedio de las juezas y jueces, tiene el deber fundamental de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos declarados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos o establecidos en las leyes, cuando sean reclamados por sus titulares o quienes invoquen esa calidad, cualquiera sea la materia, el derecho o la garantía exigido.” (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009, Art.23)

De esta forma este derecho fundamental queda plenamente justiciable en nuestra ley.

Explica Libardo, sobre la tutela judicial efectiva:

“(…) la posibilidad cierta de acudir ante el juez para solucionar una pretensión, la tramitación de un proceso con todas las garantías propias del debido proceso, la obtención de una decisión de fondo que resuelva la controversia presentada ante la jurisdicción y la garantía de que la sentencia pueda hacerse realmente efectiva.” (Libardo, 2017, p. 509)

Para César Arese, la tutela judicial efectiva implica:

“Este derecho humano se extiende al acceso a un juez imparcial; la publicidad de los procesos; la asistencia letrada o asesoramiento técnico; la inexistencia de dilaciones indebidas o plazo razonable en los procesos; la posibilidad de incorporación de prueba; su aseguramiento; la ejecución de las resoluciones, y un proceso (...) sin demora excesiva.” (Arese, 2015, p. 238)

Entonces podemos definir que el derecho a la tutela judicial efectiva, se trata de un derecho fundamental de carácter prioritario, de aplicación directa e inmediata, que tiene por finalidad asegurar la protección de la persona evitando la lesión de sus derechos, el acceso a los tribunales de justicia donde se asegure un debido proceso y demás garantías del procedimiento, donde se obtengan fallos fundados en derecho que resuelva todas cuestiones propuestas por las partes, donde su cumplimiento sea eficaz.

## 1.2 Objeto del proceso contencioso administrativo

Sobre los antecedentes del proceso contencioso administrativo en nuestro país. El autor Granja Galindo en su obra “Fundamentos del Derecho Administrativo” (Granja Galindo, 1997, pp. 383-389) hace una breve sinopsis histórica. El mencionado autor nos explica que los orígenes del proceso contencioso administrativo en el Ecuador proviene del Derecho francés, inspirándose en la reorganización del Consejo de Estado de Francia de 1872, donde prima la obtención de la seguridad jurídica y el respeto al principio de legalidad por parte de la administración. Que la Constitución de 1906 además de consagrar las garantías nacionales, individuales y políticas, crea el Consejo de Estado que tiene por atribución conocer y decidir las cuestiones contencioso administrativos.

Granja Galindo encuentra que con la Constitución de 1944-1945 se crea el Tribunal de Garantías Constitucionales, que sustituye al Consejo de Estado, teniendo sus mismas atribuciones. Con la Constitución de 1946-1947 se reestablece el Consejo de Estado sumándose potestades como el control del cumplimiento de la Constitución y demás leyes del Estado. En 1959 se crea la Ley de Régimen Administrativo. La Constitución de 1967 crea; el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que conoce las impugnaciones que hicieren las personas naturales o jurídicas contra los reglamentos, actos y resoluciones de la administración pública y entidades semipúblicas resolviendo cuestiones de ilegalidad o inaplicabilidad, según lo dispuesto por el artículo 1 y 10 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1968. Además, con la señalada Constitución de 1967 se creó el Tribunal Contencioso Tributario.

El artículo 173 de la Constitución manifiesta que “Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial.” Es por ello que surge el proceso contencioso administrativo que se debe entender, de manera general, como aquella sucesión de actos entorno al

derecho, agrupadas en instancias, que surgen del conflicto existente entre el administrado y la administración.

Jaramillo sostiene que el proceso contencioso administrativo:

“(…) es una serie de actos jurídicos orgánicos y coordinados técnicamente, cuyo propósito es el de obtener del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de la Función Judicial, la protección y el reconocimiento de un derecho amparado por la ley, como consecuencia de los actos, hechos, contratos y normas reglamentarias impugnados, dictados por los órganos de la Función Administrativa. Es un medio eficaz, que sirve para amparar las pretensiones de los administrados afectados en sus derechos por el obrar ilegítimo de la Función Administrativa.”  
(Jaramillo, 2003, p. 24)

Por otro lado, Benalcázar Guerrón señala que:

“En términos generales, el proceso contencioso administrativo pretende resolver conforme a derecho las controversias que se produzcan con ocasión del ejercicio de la función administrativa. A través de este proceso se conocerán las impugnaciones y pretensiones que se formulen en relación con los actos administrativos y disposiciones que emanen de los órganos que desempeñan o pueden desempeñar dicha función.”  
(Benalcázar Guerrón, 2011, p. 96)

El artículo 300 del Código Orgánico General de Procesos, de manera directa aborda la cuestión del objeto del proceso contencioso administrativo, de esta forma señala:

“(...) tienen por objeto tutelar los derechos de toda persona y realizar el control de legalidad de los hechos, actos administrativos o contratos del sector público sujetos... al derecho administrativo; así como, conocer y resolver los diversos aspectos de la relación (...) jurídico administrativo, incluso la desviación de poder.” (Código Orgánico General de Procesos, 2015, Art.300)

Es necesario exponer, por otro lado, que en cuanto al procedimiento administrativo, el autor Marco Morales señala:

“(...) una garantía que tiene todo ciudadano para alcanzar de la administración pública en principio y luego de la función judicial o del constitucional, la tutela efectiva de sus derechos, esto en orden a que toda actividad del Estado, a través de cualquiera de sus funciones siempre ha de guardar apego y sujeción al principio de juridicidad (...)” (Morales, 2011, pp. 85-86)

Tanto para el procedimiento contencioso administrativo como para el procedimiento administrativo, vemos como semejanza que funcionan como mecanismos para resolver los distintos conflictos que puedan surgir entre el administrado y la administración, ante el ilegítimo ejercicio de las funciones este último, siendo su objeto la anulación de un acto administrativo; cabe mencionar que no existe la obligatoriedad de agotar en primer lugar la vía administrativa para poder acudir a la vía contencioso administrativo.

Las acciones que se tramitarán en el procedimiento contencioso administrativo, según lo detallado por el artículo 326 del Código Orgánico General de Procesos serán: acción de plena jurisdicción o subjetiva, que ampara un derecho subjetivo, desconocido, negado o no reconocido total o parcialmente, del accionante;



anulación objetiva o por exceso de poder, que busca tutelar el cumplimiento de la norma jurídica objetiva; acción de lesividad, que tiene por fin revocar un acto administrativo que genere injustamente un derecho subjetivo a favor del administrado. Las acciones especiales de: silencio administrativo; pago por consignación; por responsabilidad objetiva del Estado; la nulidad de contrato propuesta por el Procurador General del Estado; controversias en materia de contratación pública; otras que señale la ley.

En cuanto al procedimiento el artículo 327 del mismo cuerpo legal explica, que todas las acciones contencioso administrativo se tramitarán en procedimiento ordinario. Se tramitarán en procedimiento sumario cuando se tratara del silencio administrativo positivo y de pago por consignación.

### **1.3 Tipos de actuaciones administrativas sujetas al control judicial**

La administración cuenta con la facultad de autotutela, lo que le permite revisar por sí misma sus actuaciones, esto siempre apegado a los principios generales que rigen a la administración pública, como el principio de responsabilidad, el principio de control, principio de legalidad, entre otros. Por actuaciones administrativas entendemos que se trata del ejercicio de la función administrativa; que versa en: “(...) las manifestaciones de voluntad de la administración tendientes a modificar el ordenamiento jurídico, es decir, a producir efectos jurídicos.” (Libardo, 2017, p. 3). También, se trata de “(...) toda declaración de voluntad de la administración destinada a producir efectos jurídicos. Este concepto comprende los actos creadores de normas generales (...) así como los que producen efectos puramente subjetivos, sean unilaterales o plurilaterales (...)” (Sayagués, 1963, p. 142). Para ello la administración debe ser competente y sus decisiones deben apegarse al derecho, con ello no se afectaría la validez de su actuación.

Sobre los tipos de actuaciones administrativas, es el Código Orgánico Administrativo, en el artículo 89, la que nos ofrece una categorización detallada, la misma indica:

“Art. 89.- Actividad de las Administraciones Públicas. Las actuaciones administrativas son:

1. Acto administrativo
2. Acto de simple administración
3. Contrato administrativo
4. Hecho administrativo

5. Acto normativo de carácter administrativo” (Código Orgánico Administrativo, 2017, Art.89)

A continuación, se procederá a detallar cada una de las categorías.

### **Acto Administrativo**

El acto administrativo necesariamente debe emanar de órgano competente y acorde a sus atribuciones; en razón de la materia, el grado, territorio, tiempo. “Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa.” (Dromi, 2009, p. 255). De igual forma, debe estar debidamente motivado según las consideraciones determinadas por el artículo 100 del Código Orgánico Administrativo, motivación se entiende por: “(...) la exigencia de que el acto contenga el basamento expreso de la decisión. Resguarda los intereses de los administrados, por cuanto les permite conocer las razones que la administración asume en las decisiones.” (Cisneros & Pinos B., 2007, p. 14). La eficacia del acto administrativo ocurrirá una vez se notifique al administrado, pudiendo ser considerado como viciado si llega a ejecutarse sin ser debidamente notificado.

## **Actos de simple administración**

La definición de los actos de simple administración lo podemos encontrar en el artículo 120 del Código Orgánico Administrativo que señala:” Acto de simple administración es toda declaración unilateral de voluntad, interna o entre órganos de la administración, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales y de forma indirecta.” Granja Galindo define: “Estos son los actos de la administración, los cuales, si es cierto que no producen efectos jurídicos externos frente a terceras personas, en cambio sólo regulan la conducta de los órganos y sujetos estrechamente ligados con el procedimiento administrativo.” (Granja Galindo, 1997, p. 297)

## **Hecho administrativo**

Por hecho administrativo se entiende:

“Es un suceso o acontecimiento externo, que se vincula con el derecho, ejecutando con o sin la concurrencia de la voluntad de los órganos de la Función Administrativa, que al igual que el acto jurídico, produce consecuencias jurídicas, como la creación, modificación y extinción de derecho y obligaciones (...)” (Jaramillo, 2003, p. 4)

El Código Orgánico Administrativo en el artículo 127 explica:” Hecho administrativo. Es toda actividad material, traducida en operaciones técnicas o actuaciones físicas, ejecutadas en ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos directos o indirectos, sea que exista o no un acto administrativo previo.” (Código Orgánico Administrativo, 2017, Art.127). Por lo que, tanto como exista un vínculo como no exista tal vínculo entre el administrado y la administración, el hecho jurídico es atribuible de un efecto.

## **Contrato administrativo**

Para Dromi el contrato administrativo: “Es toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa.” (Dromi, 2009, p. 255) Esta idea se complementa con la concepción de Jaramillo quien explica: “Es un acto jurídico especializado celebrado entre la administración pública con una persona natural o jurídica para la ejecución de una obra, la adquisición de bienes o la prestación de servicios.” (Jaramillo, 2003, p. 4). Vemos que necesariamente una de las partes contratantes debe ejercer una función administrativa, para que tenga la consideración de contrato administrativo.

## **Acto normativo de carácter administrativo**

En cuanto al reglamento administrativo se entiende que:

“Son instrumentos técnicos que contienen un conjunto de disposiciones jurídicas de carácter normativo expedidos por el respectivo órgano competente de la Función Administrativa, destinados a regular las actividades administrativas, previo estudios e informes que justifiquen su legalidad, legitimidad y oportunidad(...)” (Jaramillo, 2003, p. 5)

El artículo 147, numeral 13 de la Constitución del Ecuador, da al Presidente de la República la potestad reglamentaria; que es la facultad de expedir reglamentos, para la correcta aplicación de la ley y para la buena marcha de la administración. Por su parte, el artículo 132, numeral 6 de la Constitución, da a los órganos de control y regulación la posibilidad de expedir reglamentos.

## **1.4 Presunción de legitimidad y ejecutoriedad de los actos administrativos**

Los actos administrativos crean efectos en sentido que: “Todas las decisiones unilateral efectuadas por las autoridades y funcionarios que representan a los órganos de la Función administrativa producen efectos jurídicos particulares de creación, modificación, reconocimiento o extinción de derechos y obligaciones (...)” (Jaramillo, 2003, p. 6). Dichas decisiones deben ser cumplidas inmediatamente, gracias al principio de autotutela que: “(...) involucra que las decisiones de la Administración estén 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 de órgano jurisdiccional.” (Morales, 2011, p. 191). Este principio es el que otorga eficacia a los actos administrativos.

Se presume legítimo el acto que provenga de una autoridad considerada como autorizada y que fuera expedida conforme al derecho, por ello en este último aspecto se observa la importancia del principio de juridicidad, que en el artículo 14 del Código Orgánico Administrativo menciona: “La actuación administrativa se somete a la Constitución, a los instrumentos internacionales, a la ley, a los principios, a la jurisprudencia aplicable y al presente Código.” (Código Orgánico Administrativo, 2012, Art.14). La autoridad debe motivar sus decisiones conforme al derecho, observando principios, derechos, valores y libertades, respetando el orden jerárquico de aplicación de normas, existiendo consecuencias jurídicas ante su inobservancia, es lo que se conoce como principio de responsabilidad.

En el Código Orgánico General de Procesos al abordar el tema de presunción de legitimidad y ejecutoriedad del acto administrativo, en su artículo 329, manifiesta: “Los actos administrativos gozan de las presunciones de legitimidad

y ejecutoriedad. Serán ejecutables, desde que se encuentren firmes o se hallen ejecutoriados.” (Código Orgánico General de Procesos, 2015, Art. 329). Sobre dicha presunción, García de Enterría y Ramón Fernández explican que se trata de:

“(…) una presunción *iuris tantum* de validez, que permite al acto desplegar todos sus posibles efectos en tanto no se demuestre su invalidez y que traslada, en consecuencia, al particular la carga de impugnarlo, en la vía administrativa o contencioso-administrativa, según proceda, si quiere obtener su anulación y frenar su eficacia.” (García de Enterría & Ramón Fernández, 2013, p. 626)

Ejecutividad es, según lo recogido por Ángeles Gonzáles de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación México, Registro: 171474 de septiembre de 2007:

“La presunción de legalidad y validez del acto administrativo(…) es la base que sustenta su ejecutividad (….) el acto administrativo válido será eficaz y exigible a partir de que surta efectos la notificación legalmente efectuada, sin condicionar su ejecutividad a que el acto haya adquirido firmeza derivada del fenecimiento del plazo para controvertirlo(…)” (Ángeles Gonzáles, 2013, p. 5)

De esta forma el acto goza de eficiencia y de obligatoriedad pues permite ser ejecutado aun en contra de la voluntad del administrado.

Por otro lado, es necesario comprender cuando existe ilegalidad y nulidad del acto administrativo; a breves rasgos, siempre que se viola un derecho subjetivo

del administrado o se expide un acto administrativo sin cumplir los requisitos esenciales para su emisión, nos encontramos ante un acto ilegal, pero el mismo será nulo cuando lo haya emitido una autoridad carente de competencia, cuando no han precedido para su emisión los requisitos y condiciones señaladas por la ley o cuando no se han cumplido los elementos esenciales del acto administrativo. El artículo 105 del Código Orgánico Administrativo detalla las causales de nulidad en nuestro país. Es precisamente la declaratoria de nulidad la cual hace que se pierda la ejecutoria del acto administrativo, terminando con sus efectos jurídicos, debido a que iría en contra de los presupuestos de legitimidad y de legalidad.

## **1.5 Ejecución del acto administrativo**

Como vimos anteriormente, siempre que un acto administrativo reúna los requisitos de validez establecidos en la ley, podrá crear, alterar, reconocer o extinguir derechos y obligaciones. Ejerciendo plenamente sus efectos, haciéndose ejecutorios por parte de la administración, sin perjuicio de una posible impugnación del acto. “El sentido de la ejecutoriedad del acto es (...) que el mismo es de cumplimiento obligatorio, sin necesidad de que la autoridad administrativa deba recurrir a ninguna otra instancia (...)” (Morales, 2011, p. 249)

Sobre la anterior línea Rojas refiriéndose a la Ley General de la Administración Pública, ejecutoriedad del acto administrativo: “(...) se refiere al poder de autotutela que tiene cualquier ente público de ejecutar sus actos o disposiciones sin que necesite autorización o aprobación declaratoria de conformidad de ningún órgano jurisdiccional.” (Rojas, 2007, p. 819). Siendo considerados como en firme y por tanto se convierte de obligatoria ejecución tanto para el administrado como para la administración, aplicándose aun en contra de la voluntad del administrado debido a la presunción de legitimidad.

Para Santofimio Gamboa:

“(...) la firmeza del acto administrativo constituye el punto límite o de partida de la eficacia real del acto: nos permite visualizar el momento primario a partir del cual se presume la plena configuración de la legalidad de la decisión de la administración, y emana la obligación (...) de hacer cumplir lo dispuesto en la providencia administrativa.” (Santofimio Gamboa, 2017, p. 561)

El acto administrativo es firme cuando no admite impugnación en ninguna vía, según lo señala el artículo 218 del Código Orgánico Administrativo. En vía administrativa el acto administrativo causa estado cuando: se ha expedido un acto administrativo producto del recurso de apelación; cuando no se ha interpuesto el recurso de apelación; se ha interpuesto acción contenciosa administrativa; conforme a lo señalado por el artículo 218 del anteriormente mencionado cuerpo legal.

## **2 Capítulo II. Medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo: su finalidad y como se establece en la normativa de Ecuador**

### **2.1 Finalidad de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo**

La suspensión de los efectos del acto administrativo fue la primera y la más aceptada medida cautelar, tanto en el proceso administrativo como en el contencioso administrativo, en gran parte del mundo, pero con la evolución del derecho se han concebido nuevas ideas y teorías respecto a las medidas



cautelares. “Las medidas cautelares pueden dirigirse hacia tres finalidades: a) asegurar la ejecución; b) conservar el estado tal cual estaba al inicio del proceso principal; y c) garantizar la efectividad de la sentencia.” (Coord. Ramírez, 2015, pág. 213). Es por esta transformación que nuevas ideas han sido acogidas en varios ordenamientos jurídicos, como en España o Colombia, donde se amplía el catálogo de medidas cautelares.

Para explicar que son las medidas cautelares, es necesario observar la definición de Couture:

“(…) aquellas dispuestas por el juez con el objeto de impedir los actos de disposición o de administración que pudieran hacer ilusorio el resultado del juicio y con el objeto de asegurar de antemano la eficacia de la decisión a dictarse en el mismo.” (Couture, 1983, p. 405)

De igual forma, es necesario valerse de la definición de Podetti para complementar lo señalado anteriormente:

“(…) las medidas cautelares son actos procesales del órgano jurisdiccional adoptados en el curso de un proceso de cualquier tipo o previamente a él, a solicitud del interesado o de oficio, para asegurar bienes o pruebas o mantener situaciones de hecho o para seguridad de personas o satisfacción de sus necesidades urgentes; como un anticipo que puede ser o no definitivo (...) para hacer eficaces las sentencias de los jueces.” (Podetti, 1995, p. 33)

Buscando ampliar nuestra comprensión respecto a las medidas cautelares, encontramos que, Secaira citando a Santiago Guarderas menciona:

“Las medidas cautelares o precautorias aparecen con el fin de conjugar o evitar peligros que, por cualquier circunstancia, puedan sobrevenir en el

lapso que ineludiblemente transcurre entre la presentación de la demanda y la emisión del fallo final, circunstancias que hagan inejecutable el pronunciamiento judicial definitivo o lo torne inoperante o ilusorio (...)" (Coord. Ramírez, 2015, pp. 214-215)

Intentando identificar la finalidad de las medidas cautelares vemos que Durán Martínez enseña que:

"Se parte de la base de que la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela efectiva (...) por lo que la adopción de medidas provisionales que permitan asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, sino como facultad del órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario." (Aberastury, y otros, 2009, p. 387)

El autor García de Enterría realiza una crítica sobre el poder de autotutela de la administración, él manifiesta "(...) La Administración goza del insuperable poder de la autotutela, por virtud del cual hace ejecutoria sus decisiones, sean éstas las que sean (...)" (García de Enterría, 2006, p. 206). Lo que da paso al cometimiento de abusos por parte de la administración, por ello las medidas cautelares son un mecanismo más para combatir contra los abusos de la autotutela.

Podemos decir que las medidas cautelares funcionan como un límite a la ejecutividad administrativa, teniendo por finalidad prevenir o evitar el daño injusto que puedan sufrir las partes por la demora del proceso, garantizando la eficacia de la sentencia, asegurando el principio de legalidad y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Son elementos esenciales a las medidas cautelares: la instrumentalidad, puesto que la medida existe mientras transcurra el proceso; la idoneidad, que es la posibilidad de que corresponda la medida cautelar con el objeto del proceso o situación jurídica; proporcionalidad, buscando que no se perjudique de

sobremanera al demandado; la variabilidad, supone que la medida pueda ser modificada según haya cambiado la circunstancia, la medida cautelar es temporal; esto acorde a lo expresado por Adolfo Alvarado (Alvarado, 2009, p. 505)

Armenta Deu en similitud con Alvarado, encuentra como elementos esenciales a las medidas cautelares a: la instrumentalidad, pues la medida solo se puede adoptar mientras esté pendiente un proceso; idoneidad, la medida debe adecuarse a la situación jurídica cautelable; la proporcionalidad, si son varias medidas que se puede adoptar se debe elegir la menos perjudicial; variabilidad, la medida es provisional, condicionada y modificable (Armenta Deu, 2013, p. 489). Cabe mencionar que el juez competente para conocer la solicitud de medidas cautelares será aquel de la causa principal, debido que no es independiente del proceso.

En cuanto a los presupuestos o requisitos de las medidas cautelares, se debe examinar:

El peligro de demora, *periculum in mora*; de igual forma se debe ver el presupuesto de apariencia de buen derecho, *fomus boni iuris*. Respecto al presupuesto de *periculum in mora*, Llobregat señala que es: “(...) la posibilidad de que se originen daños y perjuicios como consecuencia del mero transcurso del tiempo (...)” (Llobregat, 2012, p. 383), por su parte Alvarado dice del *periculum in mora*:

“(...) el peligro que entraña la necesaria demora que existirá entre el momento de entablar la demanda y el de la ejecución de la sentencia que recaiga sobre ella... a raíz de ello, es altamente probable que el mandato final del juez termine siendo inoperante y el proceso haya sido en vano.” (Alvarado, 2009, p. 502)

Sobre el *fomus boni iuris*, se trata de:

“(...) la valoración por parte del tribunal al que se solicita la adopción de alguna de estas medidas de los indicios, elementos o circunstancias que sustentan la fundamentación... de la pretensión principal, dotándola de una apariencia probable de legitimidad (...) precisamente la única razón capaz de justificar la adopción de una medida (...)” (Llobregat, 2012, p. 382)

Armenta Deu mencionando la Ley de Enjuiciamiento Civil artículo 728 numeral 2 que señala:

“(...) el solicitante de la medida cautelar debe justificar el derecho que reclama. A tal efecto deberá << presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal y sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión (...)” (Armenta Deu, 2013, p. 491)

Ambos presupuestos suponen la causa o fundamento para solicitar la aplicación de medidas cautelares, allí radica su importancia.

## **2.2 Tipos de medidas cautelares**

Para iniciar este punto es importante añadir lo que menciona Neira Orellana en el sentido que:

“La jurisprudencia en Francia, España, Italia y otros países ha reconocido en el proceso cautelar un medio a través del cual pueden ser alcanzadas distintas clases de medidas, que, en consideración a la pretensión

principal del solicitante, pueden ir más allá de la simple suspensión del acto administrativo (...)” (Neira, 2016, pp. 274-275)

La doctrina establece una amplísima clasificación de medidas cautelares, se mencionará algunos tipos.

### **2.2.1 Medidas cautelares innominadas**

Según como estén legisladas: existen las medidas cautelares nominadas, que se encuentran directamente detalladas en la ley de forma taxativa, tal como lo señala Lammoglia (Lammoglia, p. 7). Por otro lado, podemos encontrar a las medidas cautelares innominadas. Gil Aguirre citando a Rangel Romberg, explica que son las medidas cautelares innominadas:

“(...) pueden definirse como aquellas no previstas en la ley, que puede dictar el juez(...) antes o durante el curso del proceso, con el objeto de prevenir que pudiera quedar ilusoria la ejecución del fallo o cuando hubiera fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra.” (Gil Aguirre, 2016, p. 69)

Aristides señala que se puede definir este tipo de medidas como:

“(...) aquellas no previstas en la ley, que puede, dictar el juez según su prudente arbitrio, antes o durante el curso del proceso, con el objeto de prevenir que pudiera quedar ilusoria la ejecución del fallo o cuando hubiera fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones

graves o de difícil reparación al derecho de la otra.” (Aristides, 2006, p. 91)

El artículo 232 del Código Procesal Civil y Comercial de Argentina, menciona:

“(…) quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiere sufrir un perjuicio inminente o irreparable podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia.” (Ley 17.454, 1981, Art.232)

Este artículo permite al juez, en Argentina, adoptar las medidas cautelares innominadas, dando un amplio margen de discrecionalidad pues permite adoptar la medida que mejor asegure el cumplimiento de la sentencia y la defensa de derechos.

El derecho comunitario europeo señala en el artículo 278, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: “Los recursos interpuestos ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no tendrán efecto suspensivo. Sin embargo, el Tribunal podrá, si estima que las circunstancias así lo exigen, ordenar la suspensión de la ejecución del acto impugnado.” (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, 2012, Art. 278). Es el artículo siguiente, 279, el cual reconoce este tipo de medidas innominadas: “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea podrá ordenar las medidas provisionales necesarias en los asuntos de que esté conociendo.” (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, 2012, Art. 278). De esta forma el legislador comunitario otorga la facultad a los órganos jurisdiccionales de adoptar cualquier medida cautelar que asegure la eficacia de la sentencia y que evite la generación de perjuicios de difícil reparación.

Entonces el mismo juez valora la medida idónea según las circunstancias del caso, donde no existe la limitación de un listado taxativo de medidas, se trata de un modelo mucho más flexible, dinámico, adaptable a variedad de escenarios pues se pueden usar medidas existentes que se deriven de cualquier otra norma. Este tipo de medidas cautelares es la que mayor acogida ha tenido en muchas legislaciones.

### **2.2.2 Otros tipos de medidas cautelares**

Medidas cautelares conservativas:

“Las medidas conservativas “conservan” la situación que existe al tiempo de interponer la solicitud de la medida cautelar, de cara a evitar que una posible modificación de tal situación (...) signifique que la resolución que se dicte en su día no pueda desplegar eficazmente sus efectos.” (Pérez Ragone & Ortiz, 2006, p. 142)

Medidas cautelares de carácter positivo:

“(...) por medio de las cuales se puede modificar la situación de hecho existente al tiempo de solicitar la medida u obligar a la contraparte, con carácter provisional, a que realice determinada actuación, especialmente cuando se impugna una *omisión* de la autoridad señalada como responsable o por el incumplimiento de una obligación que legalmente está constreñida a realizar dicha autoridad.” (Chávez, 2005)

Como señala el autor este tipo de medidas suelen utilizarse normalmente en casos de inactividad administrativa o frente a actos administrativos denegatorios de derecho.

Según la finalidad: como las medidas suspensivas, que pueden ser de forma total o parcial. Medidas cautelares que van acorde a lo que se quiera proteger, sean personas o sean bienes. (Lammoglia, p. 6)

Según la forma en que se tramitan: como dentro del proceso principal y antes o después del proceso principal. (Lammoglia, p. 6)

En Ecuador la medida cautelar por excelencia en el proceso contencioso administrativo es la suspensión de los efectos del acto administrativo, que se encuentra contenido en el artículo 330 del Código Orgánico General de Procesos, la cual será analizada a continuación.

### **2.3 Medida cautelar de suspensión de los efectos del acto administrativo en el Código Orgánico General de Procesos**

Nuestro Código Orgánico General de Procesos sobre la suspensión de los efectos del acto administrativo, en su artículo 330 manifiesta:

“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.

Podrá motivadamente revocarse la medida en cualquier estado del proceso, en tanto se advierta una modificación en las circunstancias que lo motivaron.” ( Código Orgánico General de Procesos, 2015, Art.330)

Por otro lado, Enrique Rojas manifiesta:

“El fundamento de la suspensión es que el acto anulado puede ocasionar peligros tan relevantes en el orden moral, estético, histórico, familiar y ecológico que el particular no obtendrá una indemnización justa por el daño que se le causó, o bien el acto produjo efectivamente daños y perjuicios que no son cuantificables económicamente.” (Rojas, 2007, pp. 819-820)

Entonces, la suspensión de los efectos del acto administrativo debe ser utilizado por el juzgador cuando, según las circunstancias que son valoradas por el mismo juez, la ejecución del acto pueda producir daños de imposible o difícil reparación, del mismo modo debe tomar en consideración tanto el interés público como el interés de terceros.

En este punto merece ser añadido lo que Neira Orellana señala:

“El COGEP nada prevé sobre la suspensión de actos normativos. Tratándose de una acción en que se llegare a plantear la nulidad del acto normativo, la justificación del *fumus bonis juris* revestirá especial importancia antes de que el juzgador ordene la suspensión. De ahí que la Ley de la Jurisdicción Contenciosa española (Art.129.2) reconozca la adopción de medidas suspensivas contra disposiciones de carácter

general cuando hubieren fundados motivos respecto de su invalidez.”  
(Neira, 2016, p. 277)

Con esta medida cautelar el acto se mantendrá suspendido, mientras se decide si el acto administrativo se encuentra conforme al ordenamiento jurídico y si es efectivamente válido.

Amerita mencionar, brevemente, el tratamiento que le dan a la suspensión de los efectos del acto administrativo en el: Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE); el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COTAD); y el Código Orgánico Administrativo (COA). En los tres cuerpos normativos se reconoce la presunción de legitimidad y ejecutoriedad del acto administrativo; donde su ejecución no podrá ser suspendida, salvo que la propia autoridad motivadamente decida su suspensión previa ponderación del interés público y particular en conflicto, pues considera que se pueden causar daños de difícil o imposible reparación, que puede causar perjuicios al administrado o a terceros. Pudiendo extenderse los efectos de la suspensión a la vía contencioso administrativo hasta que se dé pronunciamiento judicial al respecto. Véase los artículos 189 del ERJAFE, artículo 366 del COTAD y 229 del COA.

### **2.3 Reflexión final sobre la eficacia de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo**

Como vimos, el artículo 75 de nuestra Constitución consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, lo que supone para el sistema el deber de crear un régimen procesal que asegure la eficacia de los fallos y que mantenga el equilibrio entre las partes. Después de todo como señala Hugo Alsina:

“Si el Estado al asumir la función de administrar justicia prohíbe a los individuos la autodefensa de sus derechos, no puede (...) desentenderse de las consecuencias de la demora que necesariamente ocasiona la instrucción del proceso, y debe por tanto proveer las medidas necesarias para prevenirlas, colocándolas en manos del juez y de los litigantes. Tales son las llamadas medidas precautorias.” (Alsina, 1962, p. 449)

El artículo 300 del Código Orgánico General de Procesos de hecho menciona que la jurisdicción contencioso administrativo tiene el objeto de tutelar los derechos de las personas y realizar el control de legalidad de las actuaciones administrativas; siguiendo esta línea, el artículo 330 del mismo cuerpo legal, tiene por medida cautelar a la suspensión de los efectos del acto administrativo, de esta forma nuestra ley coloca límites a la ejecutividad administrativa, consolidando la tutela judicial efectiva y creando un mecanismo para asegurar la eficacia de los fallos.

Entonces, ¿Es suficiente la medida cautelar de suspensión de los efectos del acto administrativo contemplada en la normativa actual, para precautelar de manera eficaz los derechos de los administrados ante el ejercicio del poder público? El autor Neira hace una breve crítica al respecto, sosteniendo que nuestro proceso contencioso administrativo es revisor de actos previos, centrándose únicamente en el acto y no en otras cuestiones, siendo ese el motivo por el cual tanto nuestros legisladores como los jueces se hayan concentrado en la medida de suspensión de los efectos del acto como la única medida cautelar aplicable, cuando menos la más importante.

El referido autor expresa, tras observar que nuestro sistema procesal únicamente habla de la suspensión de los efectos del acto administrativo como medida cautelar en el proceso contencioso administrativo señala:

“El nuevo Código Orgánico General de Procesos es una prueba de que esta versión arcaica del contencioso administrativo está enraizada con mucha fuerza en los legisladores, jueces y demás operadores de nuestro sistema. Lamentablemente, en Ecuador, aún no hemos alcanzado una comprensión cabal de que esta jurisdicción especializada dejó de ser un proceso objetivo contra actos previos (...)” (Neira, 2016, p. 267)

Finaliza explicando que, con la consagración de la tutela judicial, con la Constitución de 1998, el contencioso administrativo paso de ser “(...) un proceso objetivo de juzgamiento de actos previos, para convertirse en un proceso tutelar de posiciones subjetivas, independientemente de que exista o no un acto administrativo como objeto controvertido.” (Neira, 2016, p. 268)

Es destacable la postura de Neira, puesto que en este tipo de conflictos no siempre se tratará de un acto administrativo, el mismo artículo 300 del Código Orgánico General de Procesos amplía el objeto del contencioso administrativo hacia controversias provenientes de una relación de derecho administrativo y no solo controversias que nacen de un acto administrativo, esto queda confirmado, de igual forma, por el contenido del artículo 217 del Código Orgánico de la Función Judicial que nos habla de las atribuciones y deberes de los jueces de lo contencioso administrativo; por ello necesitamos un sistema de medidas cautelares mucho más extenso.

Por lo tanto, el contenido del artículo 330 no logra garantizar a plenitud el derecho a la tutela judicial efectiva contemplado en el art. 75 de la Constitución, en consecuencia, si no existen los mecanismos suficientes para una efectiva administración de justicia, no existe un respeto al derecho a la tutela judicial efectiva.

La legislación española ya tuvo esta discusión en su momento, resolviendo adoptar en el proceso contencioso administrativo medidas cautelares innominadas, sobre esto el jurista Rodríguez-Arana analiza:

“(...) las sentencias del Tribunal Supremo del 7 de noviembre y 2 de febrero de 2007 señalan que “con la nueva regulación concluye el monopolio de la medida cautelar de suspensión, perfilándose un sistema de numerus apertus, de medidas innominadas, entre las que sin duda se encuentran las de carácter positivo”. Las medidas cautelares no son excepciones, son facultades, dice la sentencia del Tribunal Supremo del 22 de enero de 2002, que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario (...)” (Rodríguez-Arana, 2016, p. 30)

De esta forma ante la lentitud del proceso y ante todas las circunstancias que puedan surgir durante el mismo, el hecho de contar con un amplio cuadro de medidas cautelares permite salvaguardar, en todas las posibles situaciones, el posible daño que puedan sufrir las partes en el transcurso del trámite, optando el modelo español por una justicia provisional, para cumplir con este fin.

### **3 Capítulo III. Medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo en otros países**

#### **3.1 Medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo colombiano**

En Colombia la Ley 1437 de 2011 es el instrumento legal que rige el proceso contencioso administrativo, siendo abordada la cuestión de las medidas cautelares en el Capítulo XI, de los artículos 229 a 241.

Las medidas cautelares, en el sistema colombiano, proceden en cualquier momento, en todos los procesos declarativos ante la jurisdicción contencioso administrativo, a petición de parte debidamente sustentada; con la finalidad de proteger y garantizar el objeto del proceso y la eficacia de la sentencia. La decisión que tome el juez respecto a la medida no significa prejuzgamiento, algo que merece ser resaltado es, que el juez de oficio puede dictar medidas cautelares en procesos que tengan por fin la protección de derechos e intereses colectivos, según lo contenido por el artículo 229 de la mencionada ley.

Ello evidencia la evolución sobre la concepción de las medidas cautelares, como señala Durán Martínez en su análisis: “(...) las medidas se ampliaron, para finalmente admitirse todas aquellas que el juez considere necesarias para asegurar la eficacia de la sentencia... de fórmulas taxativas se pasó a fórmulas abiertas (...) y se flexibilizaron los requisitos para su adopción.” (Aberastury, y otros, 2009, p. 386).

Siguiendo con la revisión del señalado texto legal. Respecto a la caución el artículo 232 aborda este punto. El solicitante de la medida deberá prestar caución para garantizar los perjuicios que se puedan producir por su aplicación; sin embargo, el mismo artículo en el tercer párrafo detalla las excepciones a la caución:

“No se requerirá de caución cuando se trate de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, de los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, de los procesos de tutela, ni cuando la solicitante de la medida cautelar sea una entidad pública.” (Ley 1437,2011, Art.232)

Es fundamental incorporar el artículo 230 de la Ley 1437, debido que la referida norma realiza una exhaustiva clasificación y explicación de las medidas que pueden ser adoptadas en el proceso contencioso administrativo colombiano.

“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.” (Ley 1437,2011, Art.230)

Los requisitos para que la medida proceda se encuentran precisados en el artículo 231. Deberá cumplirse, que la demanda se encuentre razonablemente

fundada en derecho; el solicitante deberá demostrar su titularidad sobre el o los derechos invocados. De igual forma, deberá justificar, sea a través de documentos o argumentos, que el hecho de no adoptar la medida cautelar solicitada sería mucho más gravoso al interés público; así como, que el hecho de no adoptar la medida causaría perjuicios irremediables o que los efectos de la sentencia serían nugatorios, es decir que defraude el juicio o lo deje sin valor.

Sobre el trámite para admitir las medidas cautelares, brevemente se expondrá lo señalado por el artículo 233; se notificará a la parte demandada para su pronunciamiento dentro de cinco días, en diez días el juez deberá pronunciarse sobre la medida y deberá determinar la caución; si se presenta en audiencia la otra parte tiene la posibilidad de manifestarse al respecto en la misma audiencia y se decidirá. Si fue rechazada la medida, se da la posibilidad de presentar nuevamente la solicitud si se dieron nuevos hechos sobrevinientes y si cumple con los requisitos, mencionados en el párrafo anterior.

La ley colombiana contempla una figura interesante, las medidas cautelares de urgencia en el artículo 234, que pueden operar una vez se ha verificado el cumplimiento de los requisitos, donde sin la necesidad de notificar a la otra parte y sin tener que pasar por el trámite, arriba mencionado, se puede aplicar la medida cautelar ante la urgencia y la posibilidad de que pueda ocurrir algún daño eminente.

En cuanto al levantamiento, modificación o revocatoria de la medida cautelar como señala el artículo 235; tanto el demandado prestando caución si es compatible con la naturaleza de la medida, como a petición de parte se podrá presentar la solicitud, o de oficio, cuando se advierta que no se cumplen los requisitos, estos ya fueron superados o que es necesario cambiar por otra medida debido a distintas circunstancias. "(...) Debe considerarse, desde luego, que es el juez al que corresponde determinar cuál es la medida cautelar que debe ordenarse en cada caso, en función de la particularidad que tenga cada proceso (...)" (Coord. Ramírez, 2015, p. 213). En la legislación colombiana si es



posible presentar recurso de apelación ante el otorgamiento de una medida cautelar, artículo 236. El hecho de incumplir con la aplicación de la medida cautelar, ordenada por el juez, puede causar sanciones en forma de multas.

### **3.2 Medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo español**

A diferencia de lo que ocurre en Ecuador, que en los artículos 180 y 189 del Código Orgánico Administrativo podemos ver todo un catálogo de medidas cautelares, mismas que están relacionadas con el ámbito civil. En el procedimiento administrativo español se prevé en primer lugar la suspensión del acto administrativo, esto lo podemos ver en el artículo 117 de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Dicha medida cautelar, que puede ser presentado a petición de parte o por el órgano que deba resolver el recurso debiendo estar debidamente justificado, observando que no se afecte el interés público, ni que afecte a terceros la suspensión.

Esta ley da la posibilidad, que además de la suspensión, se pueda adoptar otras medidas cautelares que aseguren la eficacia de la resolución de la administración. La suspensión se puede prolongar incluso si se va por la vía contencioso administrativo, al menos hasta que el juez se pronuncie sobre la misma.

Volviendo al tema del proceso contencioso administrativo español. Es necesario iniciar con los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, a los que se refiere Durán Martínez señalando:

“(...) consideró inconstitucional la prohibición legal de suspender actos y disposiciones administrativas (sentencia 115/1987, de 7 de julio) y consideró que la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga

en el proceso (sentencia 238/1992, de 17 de septiembre).” (Aberastury, y otros, 2009, p. 387).

A la final serán estos fallos los que originen el cambio de normativa en España.

Es la Ley 29/1998 el instrumento regulador de la jurisdicción contencioso administrativo, tratándose las medidas cautelares en el Capítulo II, Título VI, artículos 129 a 136. Dicho instrumento otorga una amplia libertad al juez para aplicar cualquier medida cautelar, pudiendo ser incluso de carácter positivo, siempre que se encuentre debidamente motivado y según las circunstancias del caso que se esté tratando.

Procederán las medidas cautelares en cualquier momento dentro del proceso, debiendo ser propuesta por el interesado, tienen el objeto de asegurar la eficacia de la sentencia. “Se parte de la base de que la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela efectiva (...) por lo que la adopción de medidas provisionales que permitan asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, sino como una facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario.” (Aberastury, y otros, 2009, p. 387). Será denegada la solicitud cuando la medida pueda afectar el interés general o de terceros. Esto lo podemos ver en los artículos 129 y 130 de la nombrada ley.

En cuanto al trámite, según lo señalado por el artículo 131, se debe llevar a cabo una audiencia para decidir sobre la solicitud en diez días después de presentada y cinco días después de la audiencia se deberá resolver sobre el incidente cautelar.

Podrán modificarse las medidas si las circunstancias en las que se adoptó la medida cambian, el numeral dos del artículo 132 dispone:

“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.” (Ley 29/1998, Art.132)

Manteniéndose en vigor hasta la expedición de la sentencia o hasta su finalización por las causas que señale la ley.

La ley española prevé a la caución como forma de garantizar a la otra parte por los posibles perjuicios que se puedan generar, siendo necesario la prestación de la caución para que se lleve a cabo la medida cautelar. Se debe comunicar al respectivo órgano administrativo para que cumpla con la medida, si se trata de actos administrativos de carácter general, se deberá publicar la medida que se haya admitido, tal como lo señala el artículo 134. “(...) al tener que ser necesariamente la autoridad judicial la que cuantifique la caución en cada caso, su otorgamiento ha de ser lógicamente posterior al pronunciamiento judicial relativo a la adopción de la medida.” (Llobregat, 2012, p. 384). En cuanto a los requisitos de validez, la medida cautelar no deberá atentar contra el interés público, que tenga la apariencia de buen derecho, debe proteger el objeto del proceso durante todo el tiempo que tarde su tramitación.

Parecido a lo que ocurre en Colombia con las medidas cautelares de urgencia, en la legislación española existe lo que se conoce como medidas cautelarísimas, se encuentran contenidas en el artículo 135. Operan cuando existen circunstancias de especial urgencia, entonces no sería necesario escuchar a la otra parte, el plazo para resolver en este caso es de dos días y no habría forma de interponer recurso alguno. Una vez acogida dicha medida se podrá escuchar a la otra parte en los tres días siguientes, teniendo el juez que emitir una decisión al respecto, sea levantar, modificar o mantener la medida.

## 4 Conclusiones

El Código Orgánico General de Procesos en el artículo 330, considera a la suspensión de los efectos del acto administrativo como única medida cautelar en el proceso contencioso administrativo. Lo que si bien permite poner límites a la ejecutividad administrativa, creando un mecanismo para asegurar la eficacia de los fallos. No consigue solucionar todos los problemas derivados de las actuaciones de la administración, puesto que la controversia no siempre nacerá de un acto administrativo. El hecho de contar con este artículo no facilita la adopción de otras medidas que consigan tutelar efectivamente un derecho.

El modelo de medidas cautelares adoptado en España y en Colombia resulta ser más libre que el ecuatoriano al considerar las medidas cautelares innominadas en su normativa, a nivel mundial muchas legislaciones se están acoplando a este modelo como Brasil, México, Italia, Francia, entre otros. Otorgando mayor permiso al juez para aplicar la medida cautelar que mejor se adecue a las circunstancias del caso, sin dejar de lado el interés público, salvaguardando de mejor manera el posible daño que puedan sufrir las partes en el transcurso del proceso. La normativa de ambos países, de igual forma, da apertura a considerar un amplio abanico de medidas cautelares, dejando de lado a la suspensión de los efectos del acto administrativo como la única medida cautelar.

Se puede apreciar como avances en el modelo colombiano y español, la posibilidad de las partes para pronunciarse en una audiencia sobre la posible aplicación de una medida cautelar, donde en ambos países se desarrolla todo un procedimiento para solventar esta cuestión. De semejante manera, desarrollan un apartado amplio dedicado a las medidas cautelares en sus legislaciones. Estos países consideran las eventuales circunstancias emergentes que pongan en peligro el derecho de una o de ambas partes, o de la eficacia del fallo, dándose la posibilidad en ambos países de desplegar lo que se conoce como medidas cautelares de urgencia. La normativa colombiana

incluso va más allá y permite interponer recurso de apelación ante el otorgamiento de una medida cautelar. Estos aspectos es algo que debería considerar adoptar nuestra normativa.

Falta trabajo por hacer para mejorar nuestro sistema de medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo, por ello es importante revisar la experiencia de otros países que ya hayan explorado esta cuestión. Los jueces de lo contencioso administrativo deberían jugar un papel mucho más activo en la creación del derecho, mientras que la norma positiva debería dar la opción de dictar otras medidas cautelares, se observa la falta de una regulación apropiada y ésta a la final resulta ser limitada.

## Referencias

- Aberastury, P., Ariza, R., Biglieri, A., Brewer-Carías, A., Cordero, L., & Danós, J...Vintimilla, P. (2009). Procedimiento y justicia administrativa en América Latina. México DF., México: Konrad Adenauer Stiftung.
- Alsina, H. (1962). TRATADO TEORICO PRACTICO DE DERECHO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL. Buenos Aires: EDIAR SOC. ANON. EDITORES.
- Alvarado, A. (2009). Sistema Procesal Garantía de la Libertad. Buenos Aires, Argentina : RUBINZAL- CULZONI EDITORES.
- Ángeles Gonzáles, L. D. ( 2013). La Atenuación del Principio de Ejecutividad del Acto Administrativo en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo. BIOLEX Revista Jurídica del Departamento de Derecho UNISON URC, 1-13. Recuperado el 13 de Junio de 2018, de <http://www.biolex.uson.mx/revistas/articulos/8-art01.pdf>
- Arese, C. (2015). EL ACCESO A TUTELA JUDICIAL EFECTIVA LABORAL. Revista Latinoamericana de Derecho Social(21), 237-256. Recuperado el 21 de Mayo de 2018, de <http://www.journals.unam.mx/index.php/rlds/article/view/51312/45888>
- Aristides, R. (2006). Medidas Cautelares Innominadas. Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 85-111. Recuperado el 26 de Agosto de 2018, de <http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/viewFile/293/pdf>
- Armenta Deu, T. (2013). LECCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL Proceso de Declaración, Proceso de Ejecución y Procesos Especiales. Madrid, España: Marcial Pons.
- Benalcázar Guerrón, J. C. (2011). LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Ciudad de México, México : Novum.

- Chávez, H. (2005). Las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo del derecho comunitario europeo. Boletín Mexicano de Derecho Comparado(113). Recuperado el 11 de Mayo de 2018, de [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0041-86332005000200006](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332005000200006)
- Cisneros, C., & Pinos B., E. (2007). Jurisprudencia Especializada Contencioso-Administrativa. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Código Orgánico de la Función Judicial. (2009). Registro Oficial Suplemento 544 de 9 de marzo de 2009.
- Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. (2010). Registro Oficial Suplemento 303 de 19 de octubre de 2010.
- Código Orgánico Administrativo. (2017). Registro Oficial Suplemento 31 de 7 de julio de 2017.
- Código Orgánico General de Procesos. (2015). Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015.
- Constitución del Ecuador. (2008). Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008. Última modificación 13 de julio de 2011.
- Convención Americana de Derechos Humanos. (1969). Vigencia desde el 18 de julio de 1978.
- Coord. Ramírez, C. (2015). DERECHO ADMINISTRATIVO y CORRECCIÓN ECONÓMICA MEMORIAS SEMINARIO INTERNACIONAL. Quito, Ecuador : Corte Nacional de Justicia.
- Couture, E. (1983). Vocabulario Jurídico. Buenos Aires, Argentina: Depalma. Recuperado el 1 de Agosto de 2018, de <https://esfops.files.wordpress.com/2013/08/vocabulario-juridico.pdf>

- Declaración Universal de los Derechos Humanos. (1948). Resolución 217 A (III).
- Dromi, R. (2009). Derecho Administrativo (Decimosegunda ed.). Buenos Aires - Madrid: Ciudad Argentina Hispania Libros.
- Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. (2002). Registro Oficial 536 de 18 de marzo de 2002.
- García de Enterría, E. (2006). La Batalla por las Medidas Cautelares Derecho Comunitario Europeo y Proceso Contencioso Administrativo Español. Madrid, España : THOMSON.
- García de Enterría, E., & Ramón Fernández, T. (2013). Curso de Derecho Administrativo.I. Pamplona, España: Thomson Reuters.
- Gil Aguirre, N. (2016). Medidas cautelares innominadas en la protección de los derechos de autor y conexos en Colombia. Revista La Propiedad Inmaterial N°22, 57-82. doi:<https://doi.org/10.18601/16571959.n22.04>.
- Granja Galindo, N. (1997). FUNDAMENTOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO. Cuenca, Ecuador: Gráficas Hernández.
- Jaramillo, H. (2003). La Justicia Administrativa El Procedimiento y el Procedimiento Contencioso Administrativo. Quito, Ecuador: Grafimundo.
- Lammoglia, B. (s.f.). LAS MEDIDAS CAUTELARES POSITIVAS EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL MEXICANO. Recuperado el 14 de Junio de 2018, de [http://www.blr.com.mx/medidas\\_cautelares\\_positivas.pdf](http://www.blr.com.mx/medidas_cautelares_positivas.pdf)
- Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Diario Oficial No. 47956 de 18 de enero de 2011 (Colombia).
- Ley 17.454, de 1981, Código Procesal Civil y Comercial (Argentina)
- Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-



Administrativa (España).

Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (España).

Libardo, R. (2017). DERECHO ADMINISTRATIVO General y colombiano (Vigésima ed.). Bogotá, Colombia : TEMIS.

Llobregat, J. G. (2012). Derecho Procesal Civil. Barcelona, España: BOSCH.

Morales, M. (2011). MANUAL DE DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO (Primera ed.). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Neira, E. (2016). La Jurisdicción Contencioso Administrativa: Reflexión jurídica sobre sus disfuncionalidades. Quito, Ecuador: Editorial USFQ.

Pérez Ragone, J., & Ortiz, J. (2006). Código Procesal Civil Alemán Traducción con un estudio introductorio al proceso civil contemporáneo. Montevideo, Uruguay : Konrad Adenauer Stiftung.

Podetti, R. (1995). Tratado de las Medidas Cautelares. Buenos Aires, Argentina : Ediar.

Rodríguez-Arana, J. (2016). Nuevas tendencias en materia de medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo. Especial referencia al derecho español. Revista Rap N°453, 27-56. Recuperado el 14 de Junio de 2018, de <http://www.saij.gob.ar/jaime-rodriguez-arana-munoz-nuevas-tendencias-materia-medidas-cautelares-proceso-contencioso-administrativo-especial-referencia-al-derecho-espanol-dacf170402-2016-06/>.

Rojas, E. (2007). Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo. Guayaquil, Ecuador: EDILEX S.A.

Santofimio Gamboa, J. O. (2017). Compendio de Derecho Administrativo. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. (2012). Diario Oficial N° C326 de 26 de octubre de 2012.

Sayagués, E. (1963). Tratado de Derecho Administrativo. Montevideo, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria .

