



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

TEMA:

**Las medidas cautelares en el proceso contencioso
administrativo**

AUTOR:

Yepez Tamayo, Juan Francisco

**Trabajo de titulación previo a la obtención del título de
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA
REPÚBLICA DEL ECUADOR**

TUTOR:

Benavides Verdesoto, Ricky Jack

Guayaquil, Ecuador

26 de febrero del 2021



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación fue realizado en su totalidad por **Yepez Tamayo, Juan Francisco**, como requerimiento para la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**.

TUTOR

f. _____

Abg. Benavides Verdesoto, Ricky Jack

DECANO DE LA CARRERA

f. _____

Abg. García Baquerizo, José Miguel, Mgs.

Guayaquil, 26 de febrero del año 2021



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, Yepez Tamayo, Juan Francisco

DECLARO QUE:

El Trabajo de Titulación, **Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo**, previo a la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Guayaquil, 26 de febrero del año 2021

EL AUTOR

f. _____
Yepez Tamayo, Juan Francisco



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

AUTORIZACIÓN

Yo, **Yepez Tamayo, Juan Francisco**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, **Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, 26 de febrero del año 2021

EL AUTOR:

f. _____
Yepez Tamayo, Juan Francisco

REPORTE URKUND

URKUND

Documento [TRABAJO DE TITULACIÓN - YEPEZ TAMAYO JUAN FRANCISCO.doc](#) (D95123298)

Presentado 2021-02-09 20:11 (-05:00)

Presentado por maritzareynosodewright@gmail.com

Recibido maritza.reynoso.ucsg@analysis.orkund.com

Mensaje Fwd: TRABAJO DE TITULACIÓN - YEPEZ TAMAYO JUAN FRANCISCO.doc [Mostrar el mensaje completo](#)
 2% de estas 20 páginas, se componen de texto presente en 2 fuentes.

Lista de fuentes Bloques

Categoría	Enlace/nombre de archivo
	http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/7052/1/T3060-MDA-Coello-Las%20medi...
	https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v30n1/art11.pdf
	TESIS BETANIA ESTUPIÑAN PARA PRIMERA REVISION URKUND.doc
Fuentes alternativas	
Fuentes no usadas	

0 Advertencias. Reiniciar Exportar Compartir

TUTOR

AUTOR:

f. _____
Abg. Benavides Verdesoto, Ricky Jack

f. _____
Yepez Tamayo, Juan Francisco

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios, por la vida; por su intercesión e inmensa bondad, por siempre acompañarme y guiar mi vida.

A mi madre, quien me ha dado todo. Por darme una vida plena, llena de aprendizajes y felicidad. Por ser mi fortaleza en los momentos de debilidad.

Por ser mi apoyo en todo momento. Gracias a su amor incondicional y sacrificio, este logro es posible.

A mi familia entera, quienes siempre han creído en mí y me acompañan en todos mis sueños y metas.

A mis amigos, quienes celebran mis triunfos y han aportado en mi vida. Gracias por todas las experiencias compartidas.

DEDICATORIA

A Dios y a la Virgen Santísima.

A mi madre, quien es la gestora de todos mis logros.

A mi padre y abuelos maternos, a quienes extraño. Quienes siempre me cuidan y guían mis pasos desde el cielo.

A todos quienes usen este trabajo como inspiración, en la búsqueda de metas cada vez más grandes.



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

f. _____
Abg. García Baquerizo, José Miguel, Mgs.
DECANO DE CARRERA

f. _____
Abg. Reynoso Gaute, Maritza Ginette, Mgs.
COORDINADOR DEL ÁREA

f. _____
Dra. Molineros Toaza, Maricruz del Rocío
OPONENTE



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

Facultad: Jurisprudencia
Carrera: Derecho
Periodo: UTE B-2020
Fecha: Febrero 26, 2021

ACTA DE INFORME FINAL

El abajo firmante, docente tutor del Trabajo de Titulación denominado **Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo** elaborado por el estudiante **Yepez Tamayo, Juan Francisco** certifica que, durante el proceso de acompañamiento dicho estudiante ha obtenido la calificación de **10 (Diez)**, lo cual lo califica como ***APTO PARA LA SUSTENTACIÓN.***

Abg. Benavides Verdesoto, Ricky Jack

ÍNDICE

Capítulo 1	2
1.1 Antecedentes	2
1.2 Concepto y naturaleza jurídica	3
1.2.1 Conceptos.....	3
1.2.2 Naturaleza Jurídica.....	5
1.3 Características y presupuestos teóricos de las medidas cautelares.....	5
1.3.1 Verosimilitud del derecho o <i>fumus boni iuris</i>	6
1.3.2 El peligro en la demora o <i>periculum in mora</i>	7
1.3.3 Otros presupuestos doctrinarios	8
Capítulo 2.....	11
2.1 La medida cautelar en el proceso contencioso administrativo ecuatoriano	11
2.2 Legislación comparada.....	12
2.3 Análisis de la suspensión del acto administrativo de conformidad con el Código Orgánico General de Procesos	13
2.4 Caso en que jueces ecuatorianos han concedido la medida cautelar de suspensión del acto administrativo impugnado	17
2.5 Obstáculos de la tutela cautelar en el contencioso administrativo ecuatoriano	20
CONCLUSIONES	23
RECOMENDACIÓN.....	24
BIBLIOGRAFÍA	25

RESUMEN

La esencia del Derecho Administrativo pretende alcanzar un equilibrio entre los privilegios y las garantías de la Administración Pública y los administrados. Las medidas cautelares son mecanismos de protección y preservación de derechos, que constituyen un límite al privilegio de la ejecutividad administrativa y que permite someter dicha prerrogativa, a un control judicial. En este sentido, el presente trabajo analiza las medidas cautelares, su concepto, naturaleza jurídica, características y presupuestos teóricos para su concesión; para luego, pasar al análisis de la suspensión del acto administrativo, como única medida cautelar en el proceso contencioso administrativo ecuatoriano; y de esta manera, llegar a concluir la necesidad imperiosa de una reforma normativa al artículo 330 del Código Orgánico General de Procesos, con el fin de eliminar el atasco normativo; y así, garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos. Es por tal circunstancia, la relevancia del presente trabajo que demuestra la necesidad urgente de fortalecer un adecuado régimen de tutela cautelar, en virtud de la suspensión del acto administrativo como única medida cautelar.

Palabras Claves: Tutela, Protección, Medida Cautelar, Presupuestos Teóricos, Suspensión del Acto Administrativo, Justicia, Eficacia.

ABSTRACT

The essence of Administrative Law aims to achieve a balance between the privileges, the guarantees of the Public Administration, and citizens. Precautionary measures are mechanisms for the protection and preservation of rights, which constitute a limit to the privilege of administrative enforceability and make it possible to subject that prerogative to judicial control. In this sense, the present paper analyzes the precautionary measures, its concept, legal nature, characteristics and theoretical assumptions for its granting, and then move to the analysis of the suspension of the administrative act, as the only precautionary measure in the Ecuadorian administrative litigation process. In that manner to reach the conclusion of the imperative need for a regulatory reform to article 330 of the Código Orgánico General de Procesos, in order to break the normative deadlock; and thus, ensure effective judicial protection of rights. Therefore, the relevance of this paper demonstrates the urgent need to strengthen an adequate regime of precautionary protection, by virtue of the suspension of the administrative act as the only precautionary measure.

Keywords: *Guardianship, Protection, Precautionary Measure, Theoretical Budgets, Suspension of the Administrative Act, Justice, Effectiveness*

Capítulo 1

1.1 Antecedentes

Para referirnos a las medidas cautelares, es imperativo hablar de la tutela cautelar. Históricamente, la tutela cautelar ha sido desarrollada y constituida como un mecanismo de protección, frente a ataques al proceso judicial; y cuyo propósito concurre en prevenir y reprimir conductas que puedan violentar, obstruir, menoscabar o abusar de la administración de justicia.

Concretamente, la tutela cautelar es una herramienta procesal que sirve para precaver el peligro de que la justicia deje en el camino su eficacia.

Revisar la historia de las medidas cautelares resulta relevante por cuanto su origen está relacionado con el proceso judicial. Este último no es más que un conglomerado de fases, cuya finalidad es la de administrar justicia. Dicho sea de paso, la duración de cualquier proceso o actuación judicial tiene que desarrollarse en un plazo o término determinado por la Ley procesal; es decir, no podría exceder más del periodo de tiempo razonable para llevarse a cabo; ya que, si se aplaza más del tiempo determinado en la Ley, se estaría vulnerando la tutela judicial efectiva.

Retomando la idea central, según el jurista italiano Calamandrei, la tutela cautelar:

...trata de impedir que la soberanía del Estado, en su más alta expresión que es la Justicia, se reduzca a ser una tardía e inútil expresión verbal, una vana ostentación de lentos mecanismos destinados (...) a llegar siempre demasiado tarde. (1945, p. 140)

Para el catedrático Rodríguez-Arana; las medidas cautelares en Iberoamérica tendrían su origen sobre la base de lo que disponía el artículo 84 del Reglamento del Ministerio de la Gobernación del 30 de noviembre de 1870, del Gobierno de España; prescripción normativa que se ha manifestado como regulación de la suspensión del acto administrativo en la vía contenciosa, la cual mencionaba lo siguiente:

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 particulares. (Rodríguez-Arana, 1987, p. 718)

Con el transcurso del tiempo, y con un mayor desarrollo de la única medida cautelar, en España se expidió la Ley Jurisdiccional Contenciosa-Administrativa del 27 de abril de 1956, la cual en su artículo 122, numeral segundo; declaraba lo siguiente: “Procederá la suspensión cuando la ejecución hubiese de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil” (Arias Velasco, 1994, p. 28).

En nuestro país, el derecho administrativo español tuvo gran influencia en la derogada Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1968; sin embargo, pese a su influencia europea, resulta escaso el avance normativo de la tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo ecuatoriano, por cuanto ha sido apenas desarrollada; a tal punto que, la única medida cautelar que puede garantizar el desarrollo del proceso contencioso administrativo, es la suspensión del acto impugnado; sin que se haya establecido alguna otra medida cautelar o consideración adicional. La posibilidad de suspender el acto administrativo impugnado fue integrada en el Código Orgánico General de Procesos, que se publicó en el Registro Oficial No. 506 del 22 de mayo de 2015, pero que entró en vigencia un año después.

1.2 Concepto y naturaleza jurídica

1.2.1 Conceptos

1.2.1.1 Tutela Cautelar

La tutela cautelar es un elemento básico propio del Derecho; cuyo propósito pretende que, una vez sea emitida la decisión final, esta pueda ser ejecutada eficaz e íntegramente, de manera que los derechos cuya existencia y protección son declarados, puedan hacerse efectivos. Es decir, la tutela cautelar representa la posibilidad que tiene toda persona que interviene en un proceso judicial, para resguardar la efectividad y ejecución de la sentencia que se va a dictar, mientras dura la tramitación de la causa.

En consecuencia, la tutela cautelar tiene como finalidad 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 derecho” (Simón Padrós, 2004, p. 18).

Dicho lo anterior, se podría definir a la tutela cautelar como un medio o herramienta jurídica que se adopta con el fin de preservar la verdad de las decisiones judiciales, frente al peligro que puede implicar la vulneración de algún derecho en litigio o la demora del proceso. Adicionalmente, se puede afirmar que, si no existieran las medidas cautelares, la tutela judicial no tendría trascendencia práctica, principalmente en el contencioso administrativo; ya que, además de todas las dificultades propias de cualquier proceso, aquí se enfrenta a los problemas adicionales que derivan de confrontar a la Administración y sus tradicionales privilegios, que por su condición de poder público se les conceden y que condicionan el desarrollo del proceso. En definitiva, decimos que la finalidad de la tutela cautelar es evitar que la resolución final quede vacía de contenido y, por lo tanto, se produzca una situación que impida su ejecución, o que incluso vaya en contra del fallo judicial.

1.2.1.2 Las medidas cautelares

El autor PODETTI, en un sentido amplio, define a las medidas cautelares; como:

Actos procesales del órgano jurisdiccional adoptados en el curso de un proceso de cualquier tipo o previamente a él, a pedido de interesados o de oficio, para asegurar bienes o pruebas, mantener situaciones de hecho o para seguridad de personas o satisfacción de sus necesidades urgentes. (1969, p. 33)

Por su parte, el autor Cassagne, sostiene que: “las medidas cautelares despliegan todas las posibilidades que brinda el principio de la tutela judicial efectiva a fin de compensar el peso de las prerrogativas de poder público” (2007, p. 17).

En base a las citas arriba mencionadas, se infiere que, las medidas cautelares son actos e instrumentos procesales acogidos en el desarrollo de un juicio, de los que se vale la tutela judicial, y cuyo objeto pretende equiparar los poderes entre la Administración y los administrados; impidiendo que el derecho cuyo reconocimiento se pretende, pierda su eficacia hasta el pronunciamiento de la sentencia.

1.2.2

Naturaleza Jurídica

Al referirnos a las medidas cautelares, decimos que se trata de un medio de naturaleza instrumental y accesorio, diferente del proceso principal; cuyo objeto y fin es garantizar la efectividad en la ejecución, de la sentencia que se dicte.

1.3 Características y presupuestos teóricos de las medidas cautelares

Las medidas cautelares son actos procesales que constituye una decisión valorativa de las circunstancias de hecho y de derecho aparentes al momento de su adopción; requeridas como reacción inmediata y provisional, que buscan superar el peligro o violación de actos, pruebas, bienes o derechos, que pudiera resultar de la eventual o concreta desigualdad de las partes, desde el inicio de la controversia hasta el momento de dictar sentencia (Marcheco Acuña, 2017, p. 271).

En términos generales, las características más relevantes que identifican a las medidas cautelares son las siguientes:

- i)** Son provisionales y tienen variabilidad. “Están destinadas a regir mientras no sobrevenga una situación o cambio de circunstancias que demuestren la pertinencia de su cese o modificación” (Marcheco Acuña, 2017, p. 271). Pues, ante hechos sobrevinientes pueden cesar, ser levantadas, sustituidas, ampliadas, disminuidas, mejoradas o reducidas. Es decir, no tienen un carácter definitivo, ya que por esencia no son estables; esto significa que, son mutables y dependiendo los escenarios, desde su concesión o dentro del desarrollo del proceso, podrían modificarse.
- ii)** Son instrumentales y tienen carácter accesorio. “No constituyen un fin en sí mismas, sino que su función es la de asegurar el resultado de la causa principal” (Marcheco Acuña, 2017, p. 272). Por ello, cuando hablamos de medidas cautelares no estamos hablando del fondo del proceso; sino de un instrumento que cumpla una función de aseguramiento, respecto al proceso principal.
- iii)** Son discrecionales. El juzgador no está obligado a concederlas. El juez decidirá su concesión o no, sobre la base del cumplimiento de determinados presupuestos legales y teóricos.
- iv)** Son jurisdiccionales. Más aún, cuando hablamos del contencioso administrativo, porque es el Juez o Tribunal, los que pueden ordenarlas o disponerlas.

En este punto, resulta oportuno mencionar que:

En principio, el juez dicta las medidas cautelares valorando los hechos y el derecho que presenta el peticionante, sin intervención de la otra parte o terceros que puedan llegar a verse afectados por el otorgamiento de la medida. (...) Sin embargo, si las circunstancias del caso lo requieren, se puede correr un breve traslado a la parte contraria, a efectos de que el juez pueda tener un mayor conocimiento de las consecuencias del caso, siempre que la urgencia no determine su inmediata resolución. (Cassagne, 2007, p. 7)

Asimismo, es preciso mencionar que, las medidas cautelares no perduran por sí mismas y tienen un plazo de expiración. Es decir, puede existir pronunciamiento judicial modificatorio, sustitutivo, revocatorio o anulatorio, y el agotamiento del plazo para el que fueron dictadas las mismas medidas. Este último implica que, cuando el Juez haya emitido sentencia, y de ser el caso, revoque el acto administrativo impugnado, supondría la cesación inmediata de la medida cautelar, ya que no sería necesario seguir suspendiendo los efectos de este. En otras palabras, las medidas cautelares se extinguen con la sentencia definitiva o por la revocatoria o modificación de la medida que ordena Juez que la concedió y que conoce el proceso.

Como lo mencionamos en párrafos anteriores, para la concesión de la medida cautelar resulta imprescindible la constatación de ciertos **PRESUPUESTOS TEÓRICOS** que, además de los generales a todo proceso, operan especialmente en el Derecho Administrativo; los cuales son:

1.3.1 Verosimilitud del derecho o *fumus boni iuris*.

El conocido *fumus boni iuris*; generalmente es relacionado a la presencia o apariencia de un vicio notorio, de una ilegalidad, arbitrariedad, violación manifiesta o contradicción con los principios generales del derecho o de la decisión administrativa combatida. Comprende también, el análisis de probabilidad de que lo que se pretenda, tenga fundamento. Dentro de este presupuesto, el juez tiene que valorar si existe una situación jurídica que merece protección; sin embargo, tal valoración requiere una atención especial puesto que, se tiene que realizar sin prejuzgar la resolución final; por eso hablamos de una convicción que se deriva de indicios.

El autor Gordillo menciona que, el fundamento de la medida cautelar no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un conocimiento periférico o superficial encaminado a obtener un pronunciamiento de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido, de allí que resulte suficiente la comprobación de la apariencia o verosimilitud del derecho invocado por el actor (2013, p. 32).

Por su parte, García de Enterría, considera que el perjuicio atendible por quien dispone la medida cautelar, debe consistir en el peligro de que se frustre la tutela efectiva que corresponde otorgar a la sentencia final. Es ese riesgo el que obliga al juez 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 (1991, p. 417).

Los autores Cassagne y Perrino sostienen que:

Se trata de un recaudo vinculado a la apariencia de buen derecho (lo que supone una menor rigurosidad en la prueba de la titularidad del derecho que recién se esclarecerá en la sentencia) que debe ser entendida como la probabilidad de que el derecho exista y no como su incontestable realidad, que solo se logrará al final del proceso. (Cassagne & Perrino, 2006, p. 341)

En tal entendimiento, sería suficiente la comprobación de la apariencia del derecho invocado por el peticionante; de manera tal, que, con un análisis y cálculo de probabilidades, sea factible prever que en el proceso principal se declarará la certeza de ese derecho, suponiendo que el desarrollo del mismo proceso principal no resulte un obstáculo para alcanzar ese convencimiento.

1.3.2 El peligro en la demora o *periculum in mora*

Resulta oportuno enfatizar que, una razón de ser de la tutela cautelar es la prevención del riesgo de frustración de la sentencia, en el empleo del tiempo necesario de los procesos que se desarrollan.

El *periculum in mora* opera como un requisito habilitante para la concesión de medidas cautelares; por cuanto, el común retraso en la decisión de la causa puede conllevar a que se causen graves daños a una parte. No obstante, no es suficiente la alegación del peligro del daño y que la medida solicitada tenga por ello la finalidad de

prevenirlo; sino que, además, es preciso que se trate de un peligro inminente, que haga de la medida cautelar un remedio apremiante.

Este presupuesto también hace referencia a los perjuicios que se derivan de la ejecución del acto administrativo - que es objeto de impugnación - y la dificultad para su reparación; dicho sea de paso, tal dificultad se identifica con el concepto de «irreparable» o «irreversible», esto es, la imposibilidad de restituir el derecho o bien jurídico lesionado. Lo que se pretende evitar es: “1) Que la modificación de la situación existente influya en la sentencia, 2) que la ejecución de la sentencia se convirtiera en ineficaz, y 3) que la sentencia sea de cumplimiento imposible” (Maques Battaglia & Sac, 2012, p. 48). En otras palabras, este requisito se identifica ante la existencia de un daño difícil de reparar, consecuencia del retraso o demora en el tiempo transcurrido.

Para García de Enterría y Fernández, el peligro en la demora comprende “la urgencia para evitar que la demora en la resolución del pleito principal cause perjuicios apreciables” (García de Enterría & Fernández, 1998, p. 628).

Para Chiovenda, se trata del “temor de un daño jurídico, es decir, la inminencia de un posible daño a un derecho o a un posible derecho” (1936, p. 299).

En virtud de lo anterior, podemos decir que el verdadero peligro que se pretende resguardar está vinculado con la posibilidad cierta de que se produzca un daño inminente e irreparable. Empero, habrá que tener en cuenta que el aseguramiento del proceso, no se agota con la sola alegación del perjuicio; sino que, su justificación puede presentarse alegando eventuales perjuicios, siempre que se advierta que, de modo inmediato, puede producirse una situación que haga ineficaz el proceso.

1.3.3 Otros presupuestos doctrinarios

1.3.3.1 La ponderación de los intereses en conflicto

Para gran parte de la doctrina administrativa, es necesario apreciar los intereses que entran en conflicto antes de acordar una medida cautelar.

La ponderación de los intereses en conflicto consiste en valorar todos los intereses que resultan afectados. Por lo tanto, hay que valorar el

interés del recurrente, el interés de los terceros que sean o no parte del proceso y el interés general. (Estrada, 2014, p. 2368)

Esta labor teórica-jurídica busca el equilibrio entre los intereses en disputa al momento de tomar la decisión cautelar; pero que, a pesar de ser necesaria, es difícil de llevarla a cabo. Muchas veces, los jueces declaran que no se adoptará ninguna medida cautelar si se perturba gravemente el interés general o de algún tercero. Inclusive, no se toma como necesario que se perturbe el interés público; basta con que se perturben los intereses de un tercero para que se deniegue la medida cautelar. Con la ponderación de los intereses en conflicto, se busca garantizar el interés mayor de la justicia y no únicamente el interés individual de quien pretende el cumplimiento de la decisión judicial. No obstante, debe asegurarse que el eventual daño que se pueda ocasionar a la comunidad sea menor que el que genere su no concesión, encaminada por la idea de que se cause la menor afectación posible.

El profesor Rodríguez-Arana; menciona que, el concepto de interés general:

...no es un cheque en blanco, no es una fórmula abierta que permita el desencadenamiento de las potestades administrativas sin más. Necesita ser demostrado en lo concreto, precisa ser puntualizado con detalle, debe ser específico y fácil de aprehender por la ciudadanía. De lo contrario, el concepto se convierte en un peligroso expediente para el autoritarismo y el ejercicio unilateral del poder. (2012, p. 15)

En consecuencia, podemos afirmar que no solo se debe partir de la valoración del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora*, sino también de la ponderación entre la exigencia de tutela y la de ejecución de la decisión administrativa combatida, porque así lo demanda el interés general al que debe servir eficazmente la Administración Pública. Esto implica que, aun en el supuesto de que fuera procedente la adopción de una medida cautelar por ser la más adecuada para garantizar el cumplimiento de la sentencia, esta pudiera excepcionalmente negarse por considerar que el interés público demanda la ejecución de la decisión administrativa, hasta que se decida definitivamente el proceso.

1.3.3.2 La contra cautela

Doctrinariamente, las medidas cautelares pueden decretarse bajo responsabilidad de la parte que lo solicite. El solicitante podría dar caución por todas

las costas y daños y perjuicios que pudiera ocasionar en caso de haberla pedido sin derecho, y es el juez quien debe equilibrar la concesión y decidir el monto de la caución.

En otras palabras, la caución o contra cautela consiste en: "...intentar asegurar la compensación de los perjuicios que pudiera causar la provisión cautelar o su suspensión a la parte contraria de quien se favorece con ella" (Marcheco Acuña, 2017, p. 275).

Esto implica que, quien resulte beneficiado con la resolución cautelar debe asumir la eventual obligación indemnizatoria de los daños y los perjuicios que resulten de su petición; obligación que queda supeditada a la circunstancia de que, en definitiva, no le asista el derecho que reclama y que sirvió de fundamento a la cautela. Con la exigencia de caución se pretende equilibrar la situación procesal de las partes, salvaguardando así el principio de igualdad.

En resumen, la razón de la tutela cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia. Las medidas cautelares son instrumentos procesales que pretenden evitar que, durante la interposición, desarrollo y la decisión final del proceso judicial, ésta sobrevenga con cualquier acontecimiento que imposibilite u obstaculice la ejecución o torne ineficaz los efectos de la sentencia.

Dicho esto, resulta necesario un desarrollo normativo, en donde verdaderamente se conceda la oportunidad de tener un criterio real para la admisión de la suspensión del acto administrativo impugnado, como medida cautelar; en cualquier estado del proceso, con la obligación imperante de un análisis exhaustivo de cada caso en particular, que verdaderamente sea motivado; siempre y cuando, se valore los requisitos necesarios para su concesión, en especial del *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*; criterios que deben ser los que la Ley y el juez adopten para determinar la posibilidad de la medida solicitada.

Capítulo 2

2.1 La medida cautelar en el proceso contencioso administrativo ecuatoriano

Tal como lo mencionamos en líneas anteriores, en Ecuador la normativa contenciosa administrativa está restringida a la suspensión del acto administrativo como única medida cautelar; siendo imperioso una mejora legal que derribe el atasco normativo en el que se ha sumido esta posibilidad de garantizar los resultados de los procesos, en la materia contenciosa administrativa.

Anteriormente existía la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa del Registro Oficial 338 de 18 de marzo de 1968, la cual fue derogada con la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos; dicha Ley se encargó de regular las polémicas que la Administración estatal mantenía con los administrados, y también contenía las disposiciones respecto al ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa. No obstante, dentro de ella no se dispuso ni se consideraron preceptos normativos relacionadas con la posibilidad de interponer medidas cautelares. De hecho, el artículo 76 de dicha Ley expresamente mencionaba que: "...en ningún caso se suspenderá la ejecución o cumplimiento del acto administrativo" (Comisión Legislativa Permanente del Gobierno del Ecuador, 1968, p. 7). Ratificando así la regla general de ejecutividad de las actuaciones administrativas.

Quizá la única disposición que pudo aproximarse en alguna medida a la posible existencia de un instrumento cautelar a favor de los administrados, fue la redacción normativa del artículo 75 de la Ley en mención, que possibilitaba al administrado solicitar la suspensión del acto administrativo que haya causado estado en el evento de que se tratase de un procedimiento coactivo y que tales actuaciones administrativas impliquen una obligación económica a favor de la administración, misma que debía ser garantizada por quien requirió la suspensión; siendo ésta, la única excepción a la regla del artículo 76. Ante esa realidad, se evidenció la importancia que tiene el desarrollo normativo de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativa; por cuanto, por más de cuarenta años, no existió ni el mínimo interés de innovar el ordenamiento jurídico, en búsqueda de mecanismos que permitan una tutela judicial verdadera, adecuada y efectiva, que contrarreste los efectos de la ejecutividad del acto administrativo.

Con la expedición del Código Orgánico General de Procesos en el año 2015, Ecuador transformó su antiguo sistema procesal, por uno nuevo; oral y por audiencias; y entre diferentes temas, instauró la posibilidad de suspender los efectos del acto administrativo impugnado, siendo esta la primera y única medida cautelar prevista en nuestro ordenamiento jurídico, en materia contenciosa administrativa.

2.2 Legislación comparada

Es preciso indicar que, aunque en Ecuador se permitió la posibilidad de suspender el acto administrativo impugnado, este no se acercó del todo a los avances que presentan otras legislaciones. En el presente trabajo, menciono brevemente las dos legislaciones extranjeras más interesantes, según mi criterio.

En el año 1998, España incorporó mediante reforma a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la posibilidad de solicitar en los procesos judiciales administrativos, cualquier medida cautelar que evite el abuso de la autotutela administrativa y que asegure la efectividad de la sentencia. Asimismo, la Corte Suprema de España, dictó sentencia el 21 de octubre de 2003 señalado que:

El carácter innominado de las medidas cautelares autorizadas por la ley 29/1998 permite que puedan adoptarse cualesquiera disposiciones de orden cautelar que sean proporcionadamente adecuadas al fin de garantizar la eficacia de la sentencia dictada, aun cuando no se trate de la suspensión de la ejecutividad del acto impugnado. (Rodríguez-Arana, 2006)

Por su parte, Colombia; en su Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 del 2011; señala en su artículo 229 que: “...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” (Congreso de Colombia, 2011). Dicha norma también faculta al administrador de justicia, a declarar de oficio las medidas cautelares en: “...los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos y en los procesos de tutela del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (...) podrán ser decretadas de oficio” (Congreso de Colombia, 2011).

Otro punto normativo interesante en Colombia implica la posibilidad de solicitar medidas cautelares al inicio del proceso o mientras dura su desarrollo; en efecto, se menciona que las medidas cautelares podrán adoptarse antes de la admisión a la demanda, en cualquier estado de la causa e incluso durante la ejecución del proceso.

Cabe mencionar que, la «petición de parte» es un elemento común en la mayoría de las legislaciones; de hecho, la mayoría de los países mantienen como requisito que se solicite la medida cautelar por la parte interesada, para que sea concedida.

Las disposiciones extranjeras mencionadas, evidencian una amplia facultad y plena libertad de los jueces para la adopción de las medidas cautelares, que no se limitan a la suspensión del acto administrativo. Dan a entender que, el objeto del proceso, la efectividad de la sentencia y los derechos de las partes, no se aplican únicamente a suspender los efectos del acto administrativo impugnado.

Todo lo anterior, redundante en una evidente muestra de que la norma procesal administrativa ecuatoriana, no está tan a la par de las legislaciones cercanas.

2.3 Análisis de la suspensión del acto administrativo de conformidad con el Código Orgánico General de Procesos

El artículo 330 del Código Orgánico General de Procesos, regula la suspensión del acto administrativo. Dicha norma declara lo siguiente:

Art. 330.- 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.

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.

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.

Podrá motivadamente revocarse la medida en cualquier estado del proceso, en tanto se advierta una modificación en las circunstancias que lo motivaron. (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2019)

De la norma en mención, podemos elucidar lo siguientes elementos:

2.3.1 Petición de parte

El artículo en estudio hace referencia a que el juez NO puede actuar de oficio y conceder la medida cautelar a su solo discernimiento. En consecuencia, para que proceda la concesión de la medida cautelar, esta debe ser solicitada de forma expresa. Dicha petición debe efectuarse por escrito y ser anunciada junto con el acto propositivo de la demanda, ya que la resolución sobre su concesión; se efectuará en el auto inicial.

De conformidad con la norma vigente, no es posible que la suspensión del acto administrativo sea solicitada previo a la interposición de la demanda, ni en el transcurso del proceso de la controversia principal. El único momento procesal adecuado y oportuno para solicitarla, es el acto de proposición inicial. Además, será la parte actora - ya sea el administrado o la Administración - quién puede solicitar la medida cautelar, ya que, mientras el demandado no comparezca en la causa o mientras no sea citado legal y en debida forma, no será parte procesal; por ello, se confirmaría el criterio de que, exclusivamente el actor de la causa estará habilitado para solicitar la medida cautelar de suspensión del acto impugnado.

2.3.2

Suspensión del acto administrativo

La suspensión del acto administrativo - en caso de concederse -, supondría detener los efectos futuros del cumplimiento de este, con el fin de asegurar la integridad del derecho u objeto del litigio, en tanto se produce la decisión definitiva. En otras palabras, la suspensión - de la ejecución - del acto impugnado, detendría de forma provisional los efectos futuros de su cumplimiento, desde que el juez concede la medida cautelar.

El autor Rojas; en referencia a la suspensión del acto administrativo, considera que:

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. (2007, pp. 819-820)

En definitiva, el propósito de la suspensión del acto busca garantizar la eficacia de la sentencia y proteger los derechos de las personas, cuando la ejecución y la demora que se produzca durante la tramitación de la impugnación pudiera hacer perder la finalidad legítima de la decisión final u ocasionar algún peligro importante.

2.3.3 «Juicio provisional e indiciario favorable a la pretensión exhibida»

Para que el interesado pueda obtener la concesión de la medida cautelar a su favor; debe justificar en su petición, el ya mencionado *fumus boni iuris*. Así, el juez verificara la verosimilitud de lo alegado y que: "...los argumentos (...) 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 de que le asista razón en el derecho solicitado" (Cassange, 2007, p. 11).

Dicho de otra manera, para la concesión de la suspensión del acto administrativo impugnado se requiere que lo que se solicita, sea creíble en razón de la justificación aportada para ello. Por tal motivo, el juez debe valorar los hechos que se pretende justificar y la aparente credibilidad de estos para proceder con la concesión de la medida cautelar; pero, en ningún caso, el análisis del juzgador debe convertirse en una

resolución anticipada respecto a la controversia principal, puesto que, “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 fondo” (García de Enterría, 2004, p. 218).

2.3.4 El «retardo en la decisión de la causa»

Este elemento, hace referencia al *periculum in mora*. Este presupuesto implica el riesgo de afectar irremediablemente el derecho, cuando por el lapso que transcurre y/o por la tardanza en la toma de la decisión judicial sobre el fondo, se provoca que el derecho se vea en peligro. Empero, no es suficiente un simple temor, sino la inminencia de que el detrimento se producirá, lesionando el derecho que se está reclamando en el juicio principal.

En este aspecto, según el art. 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; mientras se tramita la causa.

2.3.5 Razonabilidad de la medida

Respecto a este elemento, podemos discernir que, la razonabilidad de la medida comprende una especie de relación entre la situación jurídica que se pretende garantizar y la medida cautelar que se solicita para garantizarla; a *prima facie*. En este punto, es importante destacar el ejercicio de ponderación que debe realizar el juez, para conceder o negar la suspensión del acto administrativo, siempre y cuando sea debidamente motivado y no confunda el interés público o colectivo, con los intereses de la administración pública.

El autor 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. (González Pérez, 2001, p. 592)

Ahora bien, no debemos olvidar que 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.

2.4 Caso en que jueces ecuatorianos han concedido la medida cautelar de suspensión del acto administrativo impugnado

Un ejemplo de la suspensión de un acto impugnado, la encontramos en el auto inicial del 23 de enero del 2020; dentro del Proceso No. 09802-2019-01261, en donde, a solicitud de la compañía INMOBILIARIA SANCHEZ S.A. INMOSANCHEZ, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil, resolvió suspender el cobro de la multa de \$16.264,51 y la demolición ordenada por la Comisaría Sexta de Guayaquil, en su resolución de fecha 9 de mayo del 2018.

Para fundamentar la solicitud de suspensión del acto administrativo, la compañía accionante alegó que, mediante resolución administrativa de fecha 9 de mayo del 2018 la Comisaria Sexta Municipal sancionó a la compañía INMOBILIARIA SANCHEZ S.A. INMOSANCHEZ, con una multa del 10% de los valores supuestamente invertidos en la construcción y se ordenó la apertura del correspondiente expediente de demolición. Todo esto, sin que la compañía haya sido debidamente citada, limitando su derecho a la defensa. Incluso, se mencionó que, mediante resolución de fecha 06 de agosto de 2019, emitida por el consultor legal de la alcaldesa de Guayaquil; se negó la petición de aclaración de la apelación interpuesta, indicando que, queda a salvo del derecho de la administrada de presentar los recursos que le asistieren. Por tal motivo, la parte accionante solicitó en la vía contencioso-administrativa, que se suspenda el acto administrativo de fecha 9 de mayo del 2018; toda vez que, de realizarse la demolición de la propiedad y de declararse nulo e ilegítimo el acto impugnado, sería completamente vano e imposible devolver a su estado original, lo que se pretendía ser demolido. Para esto, en el auto inicial del 23 de enero del 2020, el Tribunal que conoce la causa manifestó que:

- 4) En relación a la medida cautelar de suspensión de los actos impugnados solicitado por el accionante fundamentada en el artículo 330 del Código Orgánico General de Procesos, resulta pertinente referir

que la tutela jurisdiccional de la posición jurídica del administrado plasmada en la precitada disposición legal tiene como fundamento dos elementos que deben concurrir para que corresponda: *fumusboni iuris* (...) unida al elemento del *periculum in mora*. Al respecto, el jurista Eduardo García de Enterría refiere: “(...) solo son protegibles por medidas cautelares aquellos procesos que acreditan que la temeridad está en la administración que ha forzado el 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 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 deberá ser acordada (...) la medida cautelar como regla general se adoptará salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las dos situaciones previstas (...)” (Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. García de Enterría, Eduardo, Editorial Temis 2008. pp 636 y 667). (...)En mérito de lo antes expuesto, con la finalidad de brindar protección judicial al administrado, sin que constituya un adelantamiento de criterio sobre los puntos en conflicto, toda vez que de *prima facie* se aprecia en el aspecto exterior de la acción deducida *fumus boni iuris* y, dado que la ejecución del acto cuya suspensión solicita podría conllevar afectación al derecho de propiedad accionante de difícil remediación, en caso de ejecutarse orden de demolición antes que se expida resolución de fondo en la presente causa, lo cual conllevaría a incurrir en *periculum in mora* de no atender la solicitud de suspensión del acto administrativo impugnado; tomando en cuenta además que la suspensión del inicio del expediente de demolición no afecta a la institución demandada, se dispone la suspensión de ejecución de la Resolución administrativa del 9 de mayo del 2018, expedida por la Comisaria Sexta del Muy Ilustre Municipio de Guayaquil, dentro del expediente No. 2017-1242, lo cual no implica una decisión anticipada sobre el fondo del asunto de la

controversia, pudiendo de manera fundamentada revocarse esta medida en cualquier estado del proceso, en tanto se advierta una modificación en las circunstancias que lo motivaron. Cítese Notifíquese y cúmplase. (INMOBILIARIA SANCHEZ S.A. INMOSANCHEZ contra G.A.D. del Cantón Guayaquil, 2020)

El auto inicial en cita; evidencia que, los juzgadores aplican la suspensión del acto administrativo como medida cautelar, y sus resoluciones se ajustan a los presupuestos determinados en el artículo 330 del COGEP.

En el presente caso, el Tribunal señala que la compañía accionante ha demostrado la razonabilidad de la medida, ya que la ejecución del acto cuya suspensión se solicita, podría conllevar afectación de difícil remediación al derecho de propiedad del accionante. Además, resulta oportuno destacar que el Tribunal determinó que la suspensión del inicio del expediente de demolición no afecta a la institución demandada. Asimismo, se evidencia que, el Tribunal dispone que NO se proceda cobro de la multa de \$16.264,51; ni la demolición ordenada por la Comisaría Sexta en su Resolución administrativa de fecha 9 de mayo del 2018, dejando entonces sin vigencia sus demás efectos.

Este caso nos permitió conocer en líneas generales la forma en la que actúan los administradores de justicia respecto a la concesión de la única medida cautelar de suspensión del acto administrativo.

No obstante, en la presente investigación; fue notorio que, buena parte de los procesos contenciosos administrativos en donde se solicita la suspensión del acto impugnado; acarrear un planteamiento erróneo en la solicitud por parte de los peticionantes, o que, existe un mínimo análisis de los presupuestos teóricos para la concesión, una paupérrima motivación sobre su adjudicación y una indebida aplicación de la medida cautelar, por parte de los administradores de justicia.

2.5 Obstáculos de la tutela cautelar en el contencioso administrativo ecuatoriano

El asunto primordial de esta tesis nos lleva a analizar si la única medida cautelar proclamada en el Código Orgánico General de Procesos, constituye un verdadero instrumento procesal eficiente, que garantice la tutela judicial efectiva.

Cabe mencionar que; a primera vista, la medida cautelar de suspensión del acto impugnado no es extensiva al resto de actuaciones de la administración, es decir, se concentra únicamente a los actos administrativos; consecuentemente, su aplicación se reduce a limitar los privilegios de legitimidad y ejecutoriedad que goza el acto administrativo. No obstante, es preciso recalcar que; el artículo 300 del Código Orgánico General de Procesos, en concordancia con el artículo 217 del Código Orgánico de la Función Judicial, aplica y amplía el objeto del procedimiento contencioso administrativo hacia los diversos aspectos de la relación jurídico-administrativa y no solo a controversias que nacen de un acto administrativo.

Entre los obstáculos en el proceso contencioso administrativo ecuatoriano, se encuentra el retraso en la tramitación procesal. Ni el procedimiento oral, ha logrado que la administración de justicia actúe con mayor prontitud; ya que, en la actualidad, aún es larga la espera en la designación de audiencias. He aquí la importancia práctica de la suspensión del acto administrativo impugnado, como medida cautelar; puesto que, este último pretende evitar que el derecho se vea en peligro ante el retraso en la tramitación del proceso.

En este punto resulta oportuno recordar que, el acto administrativo es la declaración unilateral de la voluntad de la Administración Pública, a través de un funcionario público competente - en ejercicio de su potestad pública -, que crea, modifica, reconoce o extingue un derecho subjetivo. Consecuentemente; en mi opinión, enumerar de forma taxativa más medidas cautelares diferentes a la actual, sería una tarea ineficaz; por cuanto, la suspensión del acto administrativo impugnado interrumpe temporal y transitoriamente las decisiones de la Administración, su eficacia y ejecución.

Adicionalmente, sería recomendable que, el juez tenga un mayor rol protagónico y la capacidad para no solo analizar las controversias que nacen de un acto administrativo, sino también, los diversos aspectos y actuaciones previas de la relación

jurídico-administrativa. Además de tener la intrepidez suficiente para disponer la suspensión del acto administrativo impugnado; siempre y cuando se cumpla con los presupuestos teóricos para su concesión, su decisión sea debidamente motivada, y cuando el derecho así lo demuestre, especialmente en los procesos contra la Administración Pública.

Dentro del Código Orgánico General de Procesos, el legislador limitó la solicitud de suspensión del acto administrativo impugnado, a un único momento procesal oportuno; es decir, en el acto de proposición inicial. Tal limitación, resulta desventajosa por cuanto, en el desarrollo, ejecución o transcurso del proceso, este último puede sufrir modificaciones, obligando a las partes a requerir medidas cautelares apremiantes. Pero, al no solicitarlas en la demanda, estas son negadas, creando así una vulneración a la tutela judicial efectiva.

Por lo tanto, resulta que la medida cautelar dispuesta en el artículo 330 del Código Orgánico General de Procesos es insuficiente para proteger el derecho del administrado que impugnó la decisión administrativa. Queda en evidencia que la norma procesal no habilita al juez - en esta materia - para que sea una parte totalmente activa en el proceso y que pueda conceder la medida cautelar, en cualquier instancia del juicio.

Que en Ecuador no se haya establecido profundos debates jurídicos, académicos y legislativos que demuestren la redacción respecto a la única medida cautelar que existe en el proceso contencioso administrativo, denota el atasco normativo. Al ser un sistema procesal restrictivo, se necesita una renovación normativa en su redacción; ya 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 denota, a *prima facie*, que tiene la razón (García de Enterría, 2004, p. 251).

En definitiva, las medidas cautelares asisten al pleno desarrollo de la tutela judicial efectiva y con ello, a la justicia; no obstante, no se debería seguir concibiendo el examen del acto administrativo, como una mera revisión de la legalidad, donde simplemente se comprueban los elementos de la validez del acto administrativo.

El proceso para ser pleno debe ser entendido como un medio que garantice los derechos e intereses de las partes. Las pretensiones deben prevalecer como el centro

y objeto del proceso, siendo el real sentido de la plena jurisdicción; pues, ciertamente, “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” (Diez, 1996, p. 108).

CONCLUSIONES

UNO. El fin del proceso cautelar se basa en afianzar la efectividad práctica de la sentencia. La tutela cautelar tiene como propósito prevenir y reprimir conductas que puedan abusar de la administración de justicia; así como, coadyuvar al cumplimiento de la función jurisdiccional permitiendo que la resolución final pueda ser total y eficazmente cumplida. Las medidas cautelares son instrumentos procesales de protección que, por su naturaleza instrumental, - en el proceso contencioso administrativo - pretenden equiparar los poderes entre la Administración Pública y los ciudadanos; y evitar que, durante el transcurso del proceso judicial, ésta sobrevenga con cualquier situación que impida o entorpezca el derecho cuyo reconocimiento se pretende, y que dificulte la ejecución de la sentencia.

DOS. La única medida cautelar en proceso contencioso administrativo ecuatoriano, es la suspensión del acto impugnado; la cual fue incluida en el Código Orgánico General de Procesos el 22 de mayo de 2015, pero que entró en vigencia un año después.

Analizados los elementos, características y requisitos formales de la única medida cautelar, es preciso un cambio normativo del Art. 330 del Código Orgánico General de Procesos, en miras a una plena tutela judicial efectiva, en donde se conceda la oportunidad de solicitar la suspensión del acto administrativo objeto de la impugnación, en cualquier estado del proceso y que se garantice una debida motivación y análisis de cada caso en particular por parte de los juzgadores, siempre y cuando se cumpla con los presupuestos teóricos para su concesión, y cuando el derecho así lo demuestre, garantizado de esta manera los derechos en conflicto.

RECOMENDACIÓN

UNO. Efectuar dentro de nuestra normativa interna una transición del paradigma actual de la solicitud y concesión de la suspensión del acto impugnado, a un paradigma más completo, real y efectivo; por lo cual, se podría realizar debates legislativos, y conversatorios académicos, que denoten la importancia del desarrollo normativo respecto a la tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo.

DOS. Se sugiere una reforma al artículo 330 del COGEP, al tenor del siguiente texto:

Art. 330.- Medidas cautelares.- A petición de parte debidamente sustentada, en cualquier estado del proceso, mediante auto o providencia debidamente motivada, el juzgador podrá decretar la suspensión del acto administrativo impugnado y sus efectos, cuando de los hechos alegados en la solicitud que se acompaña, aparezca como justificado un juicio provisional e indiciario favorable a la pretensión exhibida; sin que esto implique una decisión anticipada sobre el fondo, y siempre que el retardo en la decisión de la causa pueda poner en riesgo la efectividad de la sentencia o pueda producir daños irremediables o de muy difícil remediación por la vulneración de derechos.

Así mismo, el juzgador podrá motivadamente revocar la medida, en cualquier estado del proceso, en tanto se advierta una modificación en las circunstancias que lo motivaron.

El juzgador podrá no solo analizar las controversias que nacen del acto impugnado, sino también, los diversos aspectos y actuaciones previas de la relación jurídico-administrativa; siempre que exista un acto administrativo de por medio. No será suficiente la mera revisión de la legalidad del acto impugnado, en donde simplemente se comprueban los elementos de la validez del acto administrativo.

BIBLIOGRAFÍA

- Arias Velasco, J. (1994). El instituto jurídico de la suspensión del acto administrativo. En M. P. Mestres, *La suspensión de los actos de liquidación tributaria y el problema de las garantías: (Necesario equilibrio entre la potestad de ejeutoriedad de la administración y el derecho a la tutela judicial efectiva de los contribuyentes) : ponencias* (págs. 23-36). Madrid, España: Marcial Pons.
- Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (22 de Mayo de 2015). Código Orgánico General de Procesos. *Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de Mayo de 2015*. Quito, Ecuador: Registro Oficial.
- Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (26 de Junio de 2019). Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico General de Procesos. *Registro Oficial Suplemento 517 de 26 de Junio de 2019* . Quito, Ecuador: Registro Oficial .
- Calamandrei, P. (1945). *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, trad.* Buenos Aires: Bibliográfica Argentina.
- Cassagne, E. (2007). Las medidas cautelares contra la Administración. En J. C. Cassagne, VV. AA., *Tratado de Derecho Procesal Administrativo, (Dir. Juan Carlos Cassagne)*. Buenos Aires: La Ley. Obtenido de http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Las_medidas_cautelares_contra_la_Administracion,_en_Tratado_de_Derecho_Procesal_Administrativo,_Director_Juan_Carlos_Cassagne,.pdf
- Cassagne, J. C., & Perrino, P. (2006). *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Chiovenda, G. (1936). Instituciones de derecho procesal civil. *Revista de Derecho Privado*.
- Comisión Legislativa Permanente del Gobierno del Ecuador. (18 de Marzo de 1968). Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa . *Ley 35*. Quito, Ecuador: Registro Oficial 338.

- Congreso de Colombia. (18 de Enero de 2011). Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. *Ley 1437 de 2011*. Bogotá, Colombia: Diario Oficial.
- Diez, M. M. (1996). *Derecho Procesal Administrativo*. Buenos Aires: Plus Ultra.
- Estrada, M. J. (2014). La importancia de las medidas cautelares en el proceso. Su eficacia en el proceso. *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*(99), 2359-2381.
- García de Enterría, E. (1991). La aplicación de la ‘apariencia de buen derecho’ como base de las medidas cautelares. *Revista de Administración Pública*.
- García de Enterría, E. (2004). *La Batalla por las medidas cautelares. Tercera edición*. Madrid: Civitas.
- García de Enterría, E., & Fernández, T.-R. (1998). *Curso de Derecho Administrativo, Tº II*. Madrid: Civitas.
- González Pérez, J. (2001). *Manual de Derecho Procesal Administrativo. Tercera edición*. Madrid: Civitas.
- Gordillo, A. (2013). *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*. Buenos Aires: Fundación de de Derecho Administrativo.
- INMOBILIARIA SANCHEZ S.A. INMOSANCHEZ contra G.A.D. del Cantón Guayaquil, 09802-2019-01261 (Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con Sede en el cantón Guayaquil, Provincia del Guayas 23 de Enero de 2020).
- Maques Battaglia, N., & Sac, M. (2012). Las Medidas Cautelares contra la Administración Pública. En M. A. Bruno dos Santos, *Una mirada desde el fuero contencioso administrativo federal sobre el Derecho Procesal Administrativo* (págs. 41-62). Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo. Obtenido de https://www.gordillo.com/pdf_unamirada/unamirada_book.pdf

- Marcheco Acuña, B. (2017). La tutela cautelar en los procesos contra la administración pública en Ecuador. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 30(1), 263-285. Obtenido de <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502017000100011>
- Podetti, J. R. (1969). *Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral, Tratado de las Medidas Cautelares*. Buenos Aires: Ediar S.A.
- Podetti, J. R. (1969). *Tratado de las Medidas Cautelares, Segunda Edición actualizada por el Dr. Víctor A. Guerrero Leconte*. Buenos Aires: Ediar S.A.
- Rodríguez-Arana, J. (1987). La evolución histórica de la suspensión del acto administrativo en vía contenciosa en el Derecho español. En *Anuario de historia del derecho español* (págs. 697-736). Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/134523.pdf>
- Rodríguez-Arana, J. (2006). Las Medidas Cautelares en la Jurisdicción Contencioso - Administrativo de España. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 127-152.
- Rodríguez-Arana, J. (2012). *Interés general, Derecho Administrativo y Estado de Bienestar*. Madrid: Centro de Estudios Estratégicos Syntagma-Iustel.
- Rojas, E. (2007). *Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo*. Guayaquil: EDILEX S.A.
- Simón Padrós, R. (2004). *La Tutela Cautelar en la Jurisdicción Contencioso - Administrativa*. Buenos Aires: Lexis Nexis.



DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Yepez Tamayo, Juan Francisco**, con C.C: # 1719873810 autor del trabajo de titulación: **Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo** previo a la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**, en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 26 de febrero de 2021

f. _____

Nombre: **Yepez Tamayo, Juan Francisco**

C.C: # **1719873810**

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

TEMA Y SUBTEMA:	Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo		
AUTOR(ES)	Yepez Tamayo, Juan Francisco		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES)	Benavides Verdesoto, Ricky Jack		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas		
CARRERA:	Carrera de Derecho		
TÍTULO OBTENIDO:	Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	26 de febrero de 2021	No. DE PÁGINAS:	27
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho Administrativo, Medidas Cautelares		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Tutela, Protección, Medida Cautelar, Presupuestos Teóricos, Suspensión del Acto Administrativo, Justicia, Eficacia.		
RESUMEN/ABSTRACT:	<p>La esencia del Derecho Administrativo pretende alcanzar un equilibrio entre los privilegios y las garantías de la Administración Pública y los administrados. Las medidas cautelares son mecanismos de protección y preservación de derechos, que constituyen un límite al privilegio de la ejecutividad administrativa y que permite someter dicha prerrogativa, a un control judicial. En este sentido, el presente trabajo analiza las medidas cautelares, su concepto, naturaleza jurídica, características y presupuestos teóricos para su concesión; para luego, pasar al análisis de la suspensión del acto administrativo, como única medida cautelar en el proceso contencioso administrativo ecuatoriano; y de esta manera, llegar a concluir la necesidad imperiosa de una reforma normativa al artículo 330 del Código Orgánico General de Procesos, con el fin de eliminar el atasco normativo; y así, garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos. Es por tal circunstancia, la relevancia del presente trabajo que demuestra la necesidad urgente de fortalecer un adecuado régimen de tutela cautelar, en virtud de la suspensión del acto administrativo como única medida cautelar.</p>		
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: +593-988707272	E-mail: juanfrancisco.yepeztamayo@gmail.com	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE):	Nombre: Abg. Reynoso Gaute, Maritza Ginette		
	Teléfono: +593 99 460 2774		
	E-mail: maritzareynosodewright@gmail.com		
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA			
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):			
Nº. DE CLASIFICACIÓN:			
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):			