



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y  
POLITICAS  
CARRERA DE DERECHO**

**TEMA:**

**La jurisdicción contencioso administrativa ecuatoriana:  
deficiencias de la tutela cautelar en el COGEP.**

**AUTOR (ES):**

**Matamoros Álava, Melanie Belén**

**Trabajo de titulación previo a la obtención del título de  
ABOGADO.**

**TUTOR:**

**Dr. Marco Antonio Elizalde Jalil, PhD.**

**Guayaquil, Ecuador  
02 de febrero del 2024**



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

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

**CERTIFICACIÓN**

Certificamos que el presente trabajo de titulación fue realizado en su totalidad por **Matamoros Álava, Melanie Belén**, como requerimiento para la obtención del título de **Abogado**.

**TUTOR:**

f. \_\_\_\_\_

**Dr. Marco Antonio Elizalde Jalil, PhD.**

**DIRECTOR DE LA CARRERA:**

f. \_\_\_\_\_

**Dra. Nuria Pérez Puig-Mir, PhD.**

**Guayaquil, al día 02 del mes de febrero del año 2024**



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS  
CARRERA DE DERECHO**

**DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD**

Yo, **Matamoros Álava, Melanie Belén**

**DECLARO QUE:**

El Trabajo de Titulación, **La jurisdicción contencioso administrativa ecuatoriana: deficiencias de la tutela cautelar en el COGEP**, 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, a los 02 días del mes de febrero del año 2024**

**EL AUTOR:**

f. \_\_\_\_\_

**Matamoros Álava, Melanie Belén**



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS  
CARRERA DERECHO**

**AUTORIZACIÓN**

Yo, **Matamoros Álava, Melanie Belén**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, **La jurisdicción contencioso administrativa ecuatoriana: deficiencias de la tutela cautelar en el COGEP**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

**Guayaquil, a los 02 del mes de febrero del año 2024**

**EL AUTOR:**

f. \_\_\_\_\_

**Matamoros Álava, Melanie Belén**

# CERTIFICADO COMPILATIO

**CERTIFICADO DE ANÁLISIS**  
magister

## La Tutela Cautelar en el contencioso-administrativo ecuatoriano: ¿es suficiente la suspensión del acto administrativo?

**2%** Textos sospechosos

**2%** Similitudes  
1% similitudes entre comillas  
0% entre las fuentes mencionadas  
0% Idioma no reconocido

Nombre del documento: Tutela Cautelar Tesis MM V1.pdf ID del documento: fe2cebcb0d7a92ffe1fdd4e9f04a8c9a616768f Tamaño del documento original: 290,69 kB Autor: Melanie Matamoras	Depositante: Melanie Matamoras Fecha de depósito: 27/1/2024 Tipo de carga: url_submission fecha de fin de análisis: 28/1/2024	Número de palabras: 8309 Número de caracteres: 56.940
--	--	--

Ubicación de las similitudes en el documento:

## LA AUTORA:

f. \_\_\_\_\_  
**Matamoras Álava, Melanie Belén**

## TUTOR:

f. \_\_\_\_\_  
**Dr. Marco Antonio Elizalde Jalil, PhD.**

## **AGRADECIMIENTO**

*A mi madre, por su apoyo y amor incondicional.*

*A Stevie Gamboa, por creer siempre en mí y brindarme apoyo constante a lo largo de mi carrera académica y profesional.*

*Al doctor Marco Antonio (Valentín) Elizalde y a Rafael Ulloa, por ser mis guías en la elaboración de este trabajo.*

## DEDICATORIA

*A mi madre, quien ha sido mi mayor fuente de inspiración y la razón detrás  
de todos mis logros.*

*A mi tía Angelica, que, a pesar de no estar físicamente a mi lado, estoy  
segura que está celebrando cada paso que doy de alguna manera.*



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS  
CARRERA DERECHO**

**TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN**

f. \_\_\_\_\_

**DR. LEOPOLDO XAVIER ZAVALA EGAS PhD**  
DECANO DE CARRERA

f. \_\_\_\_\_

**DRA. MARITZA GINETTE REYNOSO GAUTE PhD**  
COORDINADOR DEL ÁREA

f. \_\_\_\_\_

**DR. RICKY BENAVIDES VERDESOTO**  
OPONENTE





UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

Facultad: **Jurisprudencia**  
Carrera: **Derecho**  
Periodo: **UTE B 2022**  
Fecha: **01 de febrero del 2023**

### ACTA DE INFORME FINAL

El abajo firmante, docente tutor del Trabajo de Titulación denominado ***La jurisdicción contencioso administrativa ecuatoriana: deficiencias de la tutela cautelar en el COGEP***, elaborado por la estudiante ***MATAMOROS ALAVA, MELANIE BELÉN***, certifica que durante el proceso de acompañamiento dicha estudiante ha obtenido la calificación de ***DIEZ (10)***, lo cual la califica como ***APTA PARA LA SUSTENTACIÓN***.

f. \_\_\_\_\_

**Dr. Marco Antonio Elizalde Jalil, PhD.**  
**Docente Tutor**

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN .....	2
CAPÍTULO I .....	4
I.    Nociones básicas sobre la teoría cautelar .....	4
1. El derecho a una tutela cautelar como parte del derecho a la tutela judicial efectiva. ....	4
2. Naturaleza de la medida cautelar .....	7
II.   Clases de medidas cautelares en el contencioso administrativo ....	11
III.  Presupuestos para la concesión de medidas cautelares .....	14
CAPÍTULO II .....	18
I.    Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso administrativa ecuatoriana.....	18
II.   Limitaciones de la tutela cautelar en la jurisdicción contencioso administrativa ecuatoriana .....	21
CONCLUSIONES .....	28
RECOMENDACIONES.....	30
REFERENCIAS .....	32

## RESUMEN

En el contexto ecuatoriano, el sistema de medidas cautelares en el contencioso administrativo presenta notables limitaciones. A diferencia de modelos más abiertos, como el de España, donde se contempla un *numerus apertus* de medidas innominadas en distintos momentos procesales, el sistema ecuatoriano se ha centrado en la clásica suspensión del acto administrativo y sus efectos. Esta aproximación cerrada se vuelve problemática al enfrentar situaciones de inactividad administrativa, donde la ausencia de un acto concreto dificulta la aplicación de la medida cautelar. También se presenta como un desafío cuando se requiere una actuación activa por parte de la administración para garantizar la tutela judicial efectiva durante el proceso, o cuando es necesario evitar la ejecución material de una medida por parte de la Administración. Frente a este escenario, es fundamental plantear una propuesta de reforma que permitan una mayor flexibilidad y adaptabilidad del sistema de medidas cautelares a la realidad jurídica y administrativa del país.

**Palabras claves:** medidas cautelares, administración, administrado, tutela judicial efectiva, tutela cautelar

## **ABSTRACT**

*In Ecuador, the system of precautionary measures in administrative litigation exhibits notable limitations. Unlike more open models, such as that of Spain, which contemplates a numerus apertus of unnamed measures at various procedural stages, the Ecuadorian system focused on the classic suspension of the administrative act. This closed approach becomes problematic when facing situations of administrative inactivity, where the absence of a specific act complicates the application of precautionary measures. It also poses a challenge when active involvement by the administration is required to ensure effective judicial protection during the process, or when it is necessary to prevent the material execution of a measure by the Administration. Given this scenario, it is crucial to propose reforms that allow for greater flexibility and adaptability of the precautionary measures system to the legal and administrative reality of the country.*

**Keywords:** *precautionary measures, administration, administered, effective judicial protection, precautionary safeguard.*

## INTRODUCCIÓN

Imaginemos a Albert, un joven alemán de origen judío con un futuro prometedor. Gracias a sus destacadas habilidades en física, el Estado Alemán le concede una beca para cumplir su sueño de realizar estudios superiores en la Universidad de Zurich. En este contexto, la Administración emite un acto administrativo otorgando la beca y ordenando que la entidad correspondiente realice depósitos mensuales a la cuenta bancaria de Albert para cubrir sus gastos educativos. Sin embargo, este sueño se ve amenazado cuando Philipp Lenard, un funcionario público nacionalista radical, sin razón aparente, revoca dicho acto administrativo.

Ante esta situación, Albert decide impugnar administrativamente la revocatoria de su beca, pero su recurso de apelación fue rechazado. Posteriormente, y ante la necesidad de mantener su beca, Albert decide activar la jurisdicción contencioso administrativa interponiendo una acción subjetiva en contra de la resolución que rechaza su recurso de apelación. En este escenario, es evidente que la suspensión de los efectos del acto administrativo resultaría indiferente para Albert, ya que, de todas formas, no contará con los depósitos mensuales necesarios para cubrir sus gastos educativos mientras dure el proceso judicial.

Es así como, en este ejemplo hipotético, únicamente se garantizarán los derechos de Albert y se asegurará su acceso a una tutela judicial efectiva a través de una medida cautelar que ordene a la Administración continuar realizando los depósitos mensuales por el tiempo que dure el proceso judicial. Y es que la abstención de ejecutar los efectos del acto no es suficiente cuando se requiere de una conducta activa de la Administración (Comadira, 2021). Sin perjuicio de aquello, este tipo de medida cautelar como remedio procesal no se encuentra prevista en la normativa aplicable a la jurisdicción contencioso administrativa ecuatoriana.

Es un hecho que el sistema judicial enfrente diversos desafíos, entre los cuales se destaca de manera significativa la demora en sus respuestas. Las dilaciones en los procesos judiciales no solo representan un desafío estructural, sino que también constituyen una amenaza directa al derecho fundamental a una tutela judicial efectiva. En situaciones como estas, caracterizadas por demoras en el proceso judicial, la tutela cautelar preventiva se erige como una salvaguarda para preservar la eficacia de la sentencia final y garantizar los derechos de los administrados.

En línea con lo anterior, el profesor Eduardo García de Enterría (2004), expresó que *“la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón”*. De esta forma, no puede considerarse la existencia de una tutela judicial auténticamente “efectiva” si los Tribunales no pueden implementar medidas cautelares suficientes y necesarias para asegurar la finalidad del litigio.

Es dentro de ese contexto que el presente trabajo de titulación abordará diversos cuestionamientos en torno a la tutela cautelar preventiva y la efectividad del sistema cautelar dentro de la jurisdicción contencioso administrativa ecuatoriana, que únicamente prevé la suspensión de los efectos del acto impugnado como remedio procesal. Así, se establecen conclusiones y recomendaciones que permitirán garantizar el derecho a una tutela judicial verdaderamente efectiva de todos los interesados.

## CAPÍTULO I

### I. NOCIONES BÁSICAS SOBRE LA TEORÍA CAUTELAR

Visto el desafío que enfrenta la jurisdicción contencioso administrativa ecuatoriana, se vuelve necesario adentrarse en ciertos fundamentos o nociones básicas de la Teoría Cautelar. De manera particular, en el presente trabajo de titulación se abordarán dos conceptos elementales que requieren una comprensión más profunda: El derecho a una tutela cautelar como parte del derecho a la tutela judicial efectiva y la naturaleza de la medida cautelar.

#### 1. El derecho a una tutela cautelar como parte del derecho a la tutela judicial efectiva.

La Constitución de la República del Ecuador (en adelante, “CRE”) reconoce el derecho a una tutela judicial efectiva en su artículo 75, que determina:

Art. 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. (lo resaltado fuera del texto)

Al respecto, la Corte Constitucional del Ecuador en su sentencia Nro. 036-15-SEP-CC explicó que *“el derecho a la tutela judicial efectiva consiste en la facultad de acceder a los órganos jurisdiccionales para a través de ellos alcanzar decisiones fundamentadas en derecho, así como constitucional y legalmente adoptadas sobre una determinada controversia jurídica. Es así que el contenido de este derecho no se circunscribe únicamente a garantizar el mero acceso a la jurisdicción, sino que su objetivo se extiende a todo el desarrollo del proceso y procura garantizar que durante la sustanciación de las causas se observen las garantías mínimas del debido proceso, **así como también, la plena ejecución y eficacia de las decisiones judiciales**”* (lo resaltado fuera del texto). Este último punto es relevante para los efectos de este trabajo, pues es ahí donde se identifica a la tutela cautelar como parte integrante del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

Por su parte, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos Pacto San José en sus artículos 8 y 25 establece:

Artículo 8. Garantías Judiciales.

1. **Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable**, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. [...]

Artículo 25. Protección Judicial.

1. **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. [...] (lo resaltado fuera del texto)

Fue la sentencia FACTORTAME del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 19 de julio de 1990 que marcó un hito en cuanto a la tutela cautelar preventiva. En esta sentencia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos advirtió que a quien activa el aparato judicial en busca de obtener la razón, no se le debería generar daño alguno por tener la razón. De esta manera, el fallo no solo reconoció un principio y destacó la importancia de la tutela cautelar, sino que también la identificó como un elemento esencial *“para la plena eficacia de la futura Decisión definitiva, al objeto de evitar una laguna en la protección jurisdiccional que depara el Tribunal de Justicia”*.

Así también, la jurisprudencia del Tribunal constitucional español extiende esta definición y explica, con acierto, que *“la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso”* (STC 14/1992). En el mismo sentido, el máximo órgano de control constitucional español en su Sentencia 238/1992 del 17 de diciembre de 1992 reitera que:



[...] la potestad jurisdiccional de suspensión, como todas las medidas cautelares, responde así a la idea de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional: esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede desprovisto de eficacia por la conservación o consolidación de situaciones contrarias al derecho o interés reconocido por el órgano jurisdiccional en su momento (...). **En consecuencia, reconocida por la ley la ejecutividad de los actos administrativos no puede el mismo legislador eliminar de manera absoluta la posibilidad de adoptar medidas cautelares dirigidas a asegurar la efectividad de la sentencia estimatoria que pudiera dictarse [...]** (lo resaltado fuera del texto)

La interpretación jurisprudencial europea, que tardó casi 10 años en llegar a Latinoamérica a través del sistema interamericano de protección de derechos humanos, ha establecido criterios vinculantes para comprender el derecho a la tutela judicial efectiva en Ecuador. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "CIDH") en el Caso Baena Ricardo vs Panamá señaló que el artículo 8 de la Convención Americana no se limita a los recursos judiciales, sino que incluye el conjunto de requisitos en las instancias procesales para defender adecuadamente los derechos ante actos del Estado. Aquí claramente se incluyen instrumentos procesales como las provisionales o cautelares.

Se vuelve evidente que, para que el acceso a la justicia sea efectivo, tal como lo ha reconocido la CIDH, debe existir la posibilidad de medidas cautelares que puedan concebirse como el instrumento arbitrado por el Derecho para evitar que la demora de tiempo necesaria para tener una resolución definitiva redunde en un resultado ineficaz de éste. La justicia contencioso administrativa no puede y ni debe ser la excepción a este mandato de la CIDH.

De la mano con lo anterior, la doctrina es uniforme al determinar que estos mecanismos de tutela cautelar son necesarios y permiten la eficiencia de la tutela jurisdiccional y sus decisiones. Tal es el caso que el profesor Saveedra Gallo (1997) considera lo siguiente:

Es indudable que el desarrollo de la tutela cautelar administrativa ocupa la máxima atención de los llamados operadores jurídicos. **No tendremos justicia administrativa eficaz —dicen todos— mientras no se otorgue una protección anticipada y plena a quien acude al órgano jurisdiccional solicitando la revisión de un acto de la administración.** Sin el amparo cautelar adecuado, permítaseme añadir, las amplias prerrogativas administrativistas inevitablemente convierten al proceso en un instrumento inútil e incapaz de cumplir su función de método juricente, de ahí dimana la máxima relevancia que se le otorga. (lo resultado fuera del texto) (Perez, 1997)

De esta forma, es innegable que el derecho a la tutela cautelar constituye un elemento esencial dentro del marco del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, tal como se reconoce en el artículo 75 de la CRE y en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocido como el Pacto de San José. Su fundamento radica en evitar que el paso del tiempo tenga un impacto en el proceso judicial, evitando posibles daños o perjuicios, y asegurando provisionalmente la efectividad de la sentencia que se emita. Sobre esto, existe un amplio consenso tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, que respaldan la importancia de la tutela cautelar, en su amplio alcance, como un reproche ante la ineficiencia del sistema judicial. Lo anterior, plenamente trasladable al proceso contencioso administrativo por ser un mandato constitucional y de instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos.

## **2. Naturaleza de la medida cautelar**

Las medidas cautelares son facultades que el órgano judicial puede ejercer para garantizar la finalidad del fallo definitivo. Por tal razón, no son más que una expresión del derecho a una tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de los administrados, por cuanto garantizan la eficacia de la decisión jurisdiccional.

En este contexto, según las palabras del maestro Eduardo García de Enterría (2000) *“la función propia de la institución cautelar, que está en la base misma del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva, sin dilaciones indebidas [...]”*. Por tanto, se debe entender que el propósito de las medidas

cautelares es asegurar la eficacia de la resolución final, previniendo la ocurrencia de perjuicios de difícil o imposible reparación durante su tramitación.

En concordancia con lo anterior, se entiende a las medidas cautelares como *“aquellos mecanismos procesales tendientes a garantizar la viabilidad o efectividad de los efectos de la cosa juzgada que haya de producir la resolución judicial que se pronuncie definitivamente sobre el objeto principal, teniendo como finalidad intrínseca evitar que se produzca una posible vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva, anticipando provisionalmente algunos de los efectos característicos de la decisión definitiva”* (Sala Atienza & Cardenas García, 2016).

Es relevante destacar que, si bien nuestra legislación reconoce la aplicación de medidas cautelares en diversas jurisdicciones, tales como la constitucional, laboral, penal o civil, el enfoque específico de este trabajo se centra en el análisis de la tutela cautelar en la jurisdicción contencioso administrativa ecuatoriana. Por tanto, no se profundizará en las particularidades de otras medidas cautelares.

Dicho esto, las medidas cautelares dentro del proceso contencioso administrativo tienen como finalidad asegurar el derecho a la tutela judicial efectiva evitando que la demora en el desarrollo del proceso afecte al derecho subjetivo o interés legítimo invocado en dicho proceso. Esto implica que la ejecución de dicha resolución sea eficaz y, ante todo, garantice la seguridad jurídica en razón a que *“el principal objeto de las medidas cautelares en todos los procesos es mitigar el riesgo inherente al transcurso del (generalmente largo) período temporal que puede transcurrir mientras se sustancian las distintas fases del procedimiento”* (Folguera Crespo, Martínez Corral , & Menéndez , 2024).

Es así como esta jurisdicción se erige como la vía procesal adecuada para el administrado que se vio afectado por una acción u omisión de la administración. No obstante, en la práctica, esta vía puede resultar un tanto

ineficaz cuando el administrado no logra una solución inmediata respecto de las consecuencias de la actuación u omisión administrativa, debido a la ejecutividad de los actos administrativos, o a la lentitud muy propia de los procesos judiciales. En estos escenarios, las medidas cautelares “se constituyen como la última posibilidad de salvar la crisis que genera ese tipo de problemas; a través de ellas se juega el ser o no ser del derecho material, y la utilidad en los procesos” (Tinoco, 2009).

Ahora bien, la jurisprudencia de tribunales españoles y la doctrina ha delimitado las características fundamentales para comprender la naturaleza y finalidad de las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso administrativa, siendo estas: su instrumentalidad, provisionalidad, revocabilidad y mutabilidad, y que estas no prejuzgarán de ningún modo la decisión sobre el fondo (González, 2018). A continuación, se abordarán brevemente estos puntos:

- **Instrumentalidad:** Esta característica se refiere al carácter accesorio de la medida, por cuanto depende y se encuentra estrechamente ligada con el proceso principal. Precisamente son un mecanismo para garantizar la efectividad de la tutela judicial efectiva de los interesados hasta que se expida la decisión de fondo.

En palabras de la profesora Carolina Bravo Vesga (2015) “*las medidas cautelares son el “instrumento del instrumento” necesario para obtener la tutela de los derechos e intereses legítimos. En este sentido, la existencia de una demanda (proceso principal), o el condicionamiento de la medida a la presentación de la demanda, será presupuesto sine qua non para obtener una garantía provisional de derechos (procedimiento cautelar accesorio).*”

- **Provisionalidad:** Se refiere al carácter temporal de la medida, por cuanto la vigencia de sus efectos está sujeta a lo dictado por el juez, que en ningún caso podrá ser mayor al tiempo que dure el proceso principal. Aquí es necesario precisar que bajo ningún concepto las

medidas cautelares tienen un carácter definitivo, ni deberán resolver sobre el fondo de la controversia principal (Ordóñez, 2019).

- **Revocabilidad y mutabilidad:** Esta característica se refiere a que, a solicitud de cualquiera de las partes, la decisión cautelar pueda ser modificada o revocada en cualquier momento si cambian las circunstancias que existieron al momento de su otorgamiento. Esto también implica que, si la medida cautelar no fue otorgada en un inicio, se podrá volver a solicitar si se produce un cambio en las circunstancias anteriores.

La idea es evitar que las medidas cautelares generen consecuencias irreversibles incluso para la Administración Pública, ya que estas decisiones no deben resolver ni interferir en el fondo del litigio.

- **La medida provisional no prejuzgará de ningún modo la decisión sobre el fondo:** Las medidas cautelares mantienen una estrecha vinculación con la decisión final, lo que las caracteriza como instrumentales. En consecuencia, no tienen la capacidad de influenciar o anticipar la sentencia final. Si llegaran a incidir en el asunto de fondo, perderían su naturaleza instrumental.

Es crucial comprender que, antes de otorgar las medidas cautelares, el juzgador lleva a cabo un juicio indiciario provisional en relación con la solicitud de dichas medidas. Este juicio provisional no implica una decisión sobre el fondo de la controversia, ya que, en este momento, el juzgador se enfoca en evaluar si el retardo puede tener un impacto en la decisión final y los derechos de las partes, y si la medida solicitada es razonable. Por ende, lo expresado en el juicio indiciario provisional no debe interpretarse como un prejuzgamiento del juicio principal.

Finalmente, conviene agregar que el poder de autotutela de la administración podría verse limitado o reducido por la naturaleza de la tutela cautelar (Aberastury & Cilorzo, 2022). Sin embargo, aquello no es del todo

cierto, por cuanto “*el privilegio de la ejecutividad de los actos administrativos no es contrario al derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva [...]*.” (Marín, 2009) Dicho de otro modo, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva es el límite de la autotutela administrativa que motiva la ejecutividad y ejecutoriedad del acto administrativo.

Con acierto, el profesor Jaime Rodríguez-Arana (2005) ha explicado que:

[...] las medidas cautelares ya no son medidas extraordinarias o excepcionales, sino que... se convierten ‘en instrumento de la tutela judicial ordinaria’, adquiriendo así una perspectiva constitucional que sitúa a las medidas cautelares en el denominado derecho administrativo constitucional.

En resumen, las medidas cautelares tienen por objeto asegurar que las decisiones judiciales resulten eficaces, evitando que la pretensión procesal contenida en la demanda, durante su proceso, pierda su propósito y validez, lo cual constituiría una vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva del administrado. A su vez, se han convertido en mecanismos que garantizan la protección inmediata y eficaz de los derechos e intereses legítimos hasta que se emita la sentencia definitiva o, en su defecto, hasta que se reduzca el riesgo de afectación de los derechos del administrado en el proceso judicial.

## **II. CLASES DE MEDIDAS CAUTELARES EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

En el contexto jurídico, han surgido diversas clasificaciones para categorizar a las medidas cautelares según su objeto y materia. En el presente trabajo de titulación, se adoptará y compartirá el criterio del destacado profesor Julio Pablo Comadira (2021), quien ha desarrollado una clasificación que se considera acertada en materia contencioso administrativa. A continuación, se presenta en detalle dicha clasificación.

### **a) Medidas cautelares innovativas**

La suspensión de los efectos del acto administrativo no siempre es la vía idónea para garantizar la tutela judicial efectiva, particularmente cuando

no existe un acto administrativo que suspender, cuando se enfrenta a situaciones de inactividad administrativa o cuando se requiere de un mandato judicial para que la Administración ejecute una actuación efectiva.

La medida cautelar innovativa presupone una modificación de una situación de hecho o de derecho. Esta medida cautelar puede incluir acciones como la orden de realizar determinadas actuaciones, garantizar el acceso a ciertos recursos, o tomar medidas específicas para asegurar la protección de derechos o intereses durante el desarrollo del proceso judicial.

De esta forma, cuando se requiere realización de una determinada conducta por parte de la Administración, para garantizar de forma efectiva la tutela judicial, las medidas innovativas se erigen como el instrumento procesal adecuado.

#### **b) Medidas cautelares de no innovar**

Son aquellas que buscan mantener una situación existente antes del inicio del proceso judicial o durante su desarrollo, evitando cambios, modificaciones o alteraciones que podrían afectar la efectividad y ejecución de la futura decisión judicial. Es decir que, son aquellas medidas que tienen por objeto *“evitar la ejecución de una medida material”* por parte de la Administración.

Estas medidas están dirigidas a preservar el *statu quo* y evitar que las partes involucradas en el litigio realicen acciones que puedan causar perjuicios irreparables o dificulten la ejecución de la sentencia final.

#### **c) La suspensión de los efectos del acto administrativo**

La suspensión del acto administrativo y de sus efectos es reconocida como la clásica medida en el Derecho Administrativo (González, 2018), siendo en muchas jurisdicciones el único instrumento procesal disponible para garantizar la efectividad de la sentencia de fondo, y que cualquier retardo en

el proceso judicial no tenga un impacto en la decisión final y los derechos de las partes.

Para el profesor Julio Pablo Comadira (2021), la suspensión de los efectos del acto administrativo no se enmarca en la clasificación tradicional de las medidas cautelares, siendo estas medidas innovativas y no innovar o conservatorias. La suspensión posee su propia identidad y naturaleza, por cuanto está constituida por la anulación temporaria o la anulación atípica del acto administrativo. Lo anterior, toda vez que existe una anulación temporal que permite *“retrotraer la situación fáctica y/o jurídica al estado previo al dictado el acto administrativo”*. (Comadira, 2021)

Es necesario precisar que, a nivel de la jurisdicción contencioso administrativa ecuatoriana, la única medida cautelar prevista es la suspensión de los efectos de acto administrativo impugnado. El Código Orgánico General de Procesos (en adelante “COGEP”) no admite otra medida cautelar que no sea dicha suspensión, sobre la que se profundizará en el Capítulo II del presente trabajo.

#### **d) Sistemas de medidas cautelares**

En el contexto de la jurisdicción contencioso administrativa en España, resulta destacable la adopción de un sistema abierto de medidas innominadas. Tal es el caso que, en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa se precisa lo siguiente:

Artículo 129.

1. Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de **cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia**.

2. Si se impugnare una disposición general, y se solicitare **la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados**, la petición deberá efectuarse en el escrito de interposición o en el de demanda. (lo resultado fuera del texto)



De esta forma, en definitiva, se puede colegir que la adopción de un sistema *numerus apertus* en España brindaría al administrado la posibilidad de solicitar y obtener cuantas medidas cautelares se requieran para asegurar la efectividad de la sentencia a emitirse en el proceso principal. Es posible sostener que, considerando las distintas formas de manifestación administrativa, un sistema de este tipo permitiría el buen funcionamiento de la administración de justicia, garantizando la eficacia de sus decisiones.

Este enfoque contrasta con el sistema cautelar en la jurisdicción contencioso administrativa ecuatoriana, donde existen limitaciones en cuanto a la oportunidad y tipo de medida cautelar que se pueda solicitar, conforme se abordará más adelante en el texto.

### **III. PRESUPUESTOS PARA LA CONCESIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES**

La doctrina y jurisprudencia mantienen un criterio prácticamente unificado para la procedencia de las medidas cautelares, en el que se exige: (a) peligro en la demora (*periculum in mora*); (b) verosimilitud del derecho (*fumus bonis iuris*); y, (c) demostración de la razonabilidad de la medida (test de proporcionalidad). A continuación, se profundizará en cada uno de estos presupuestos:

#### **a) Peligro en la demora (*periculum in mora*)**

El *primer* requisito de concesión de las medidas cautelares es el conocido doctrinariamente como *periculum in mora* o peligro en la demora del despacho de la causa. Para la comprensión de este presupuesto, es necesario recordar que la tutela cautelar se erige como un instrumento para proteger los derechos de las partes que se comprometen cuando existe un retardo en la emisión de una decisión. Debe existir entonces un riesgo inminente de la eficacia de la resolución para activar la tutela cautelar.

Bajo este entendido, el profesor Calamandrei (2005) explica lo siguiente sobre el peligro en la demora:

[...] está constituido no por la temida desaparición de los medios necesarios para la formación o para la ejecución de la providencia principal sobre el mérito, sino precisamente por la prolongación, a causa de las dilaciones del proceso ordinario, del estado de insatisfacción del derecho sobre el que se contiene en el juicio de mérito.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional del Ecuador en la Sentencia Nro. 034-13-SCN-CC, con ponencia de la jueza Wendy Molina Andrade, expresó que:

[...] en relación con el presupuesto del peligro en la demora, no basta o no es suficiente un simple temor, sino la inminencia de que el daño se producirá conculcando los derechos, de ahí que la jueza o el juez deberá ordenar las medidas que considere necesarias en el tiempo más breve posible, de forma inmediata y urgente desde que se recibió la petición de medida cautelar [...]

Lo manifestado nos permite concluir que el *periculum in mora*, como requisito de las medidas cautelares, consiste en el peligro de que la tardanza en la tramitación del proceso pueda causar de manera inminente una lesión al interesado, lo que provocará la ineficacia de la decisión judicial. De esta forma, quien solicita la medida provisional deberá demostrar dicho presupuesto.

#### **b) Verosimilitud del derecho (*fumus bonis iuris*)**

Este *segundo* requisito de procedibilidad de una medida cautelar consiste en la obligación del solicitante de demostrar la verosimilitud de los alegados, lo que es también conocido como “apariencia de buen derecho” o *fumus boni iuris*.

Según el profesor Ezequiel Cassagne (2017), esto implica que “*los argumentos y pruebas aportadas por la parte peticionante tengan una consistencia que permitan al juez valorar en esa instancia provisional y urgente la existencia de un razonable orden de probabilidades de que le asista razón en el derecho solicitado*”. En otras palabras, el juez debe convencerse

del derecho invocado por el accionante, lo que no implica una “certeza”, sino un juicio de probabilidad, en base a los indicios expuestos por el solicitante.

A su vez, la Corte Constitucional del Ecuador en la Sentencia Nro. 034-13-SCN-CC, con ponencia de la jueza Wendy Molina Andrade, expresó que:

El juez deberá advertir que la alegación invocada por el recurrente aparezca verosímil, que se funde en bases razonables para colegir que aquello que se pone en conocimiento de la jueza o del juez ocasiona o puede ocasionar una violación grave del derecho que necesita ser precautelado o tutelado, siempre cuidando que la medida otorgada sea adecuada y proporcional [...]

Lo expuesto nos permite concluir que el *fumus boni iuris* implica la justificación razonable, considerando los hechos y pruebas contenidos en la petición, que la impugnación del acto administrativo que se solicita será favorable. De esta forma, quien solicita la medida provisional deberá demostrar dicho presupuesto, permitiéndole al juzgador apreciar esta apariencia de buen derecho.

### **c) Demostración de la razonabilidad de la medida (test de proporcionalidad)**

El *tercer* requisito de procedibilidad de una medida cautelar consiste en la demostración de la razonabilidad de la medida que se solicita. Esta “razonabilidad” de la medida gira en torno a la *“correlación entre la situación jurídica que se pretende garantizar y la medida cautelar que se pide para garantizarla”* (Vargas-Machuca, 2013)

Por lo tanto, el test de proporcionalidad exige que la medida cautelar sea adecuada y necesaria para garantizar la protección del derecho en cuestión, evitando así que se impongan cargas innecesarias o desproporcionadas a las partes involucradas. La razonabilidad de la medida es esencial para mantener el equilibrio entre la celeridad del proceso y la ponderación de los derechos de los administrados que son parte del pleito.

En definitiva, la labor de los jueces que conozcan las peticiones de medidas cautelares se enfocará en verificar la presencia de los presupuestos fundamentales para su concesión. Estos abarcan el peligro en la demora, la verosimilitud del derecho y la justificación razonable de la medida a través del test de proporcionalidad. Es crucial que el juzgador evite excederse, recordando las características propias de las medidas cautelares, y tenga presente que su otorgamiento no implica un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia. De esta manera, se busca mantener un equilibrio entre los intereses en pleito.

Dado que en el presente capítulo se han abordado las nociones básicas de la teoría cautelar como instrumento para garantizar la tutela judicial efectiva, la clasificación de las medidas cautelares y los presupuestos para su concesión, corresponde ahora aterrizar la discusión a la jurisdicción contencioso administrativa ecuatoriana. A raíz de esta consideración, surgen varias interrogantes: ¿Qué tipo de medidas cautelares se pueden solicitar en la jurisdicción contencioso administrativa ecuatoriana? ¿En qué momento procesal pueden ser solicitadas? ¿Son acaso medidas efectivas y suficientes para garantizar la tutela judicial efectiva del administrado?

Como señaló el profesor Mariano Bacigalupo (1999), la efectividad de la tutela cautelar, entendida como componente esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, demanda la capacidad e incluso el deber constitucional de los jueces de lo contencioso administrativo para otorgar las medidas cautelares que resulten “*necesarias y adecuadas*” a la naturaleza de las pretensiones de fondo planteadas en cada caso. Bajo ese entendido, ¿es la suspensión una medida cautelar necesaria y adecuada para garantizar la tutela judicial efectiva?

## CAPÍTULO II

### I. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA ECUATORIANA

A continuación, se abordará de manera específica la tutela cautelar en la jurisdicción contencioso administrativa ecuatoriana y sus limitaciones. En Ecuador la suspensión del acto administrativo se erige como la única medida cautelar disponible, siendo, por tanto, el único instrumento para garantizar la tutela judicial efectiva y asegurar el cumplimiento futuro de la sentencia definitiva.

El artículo 330 del COGEP, en cuanto a la suspensión del acto administrativo y sus efectos, establece 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.** (lo resultado fuera del texto)

Del mentado artículo se pretende resaltar y analizar lo siguiente, sin perjuicio de otros temas de igual relevancia que por la extensión del presente trabajo no será posible abordar.

*Primero*, la concesión de la suspensión del acto impugnado requiere una solicitud expresa del actor de la causa, debidamente fundamentada, dirigida al Tribunal que conocerá la causa principal. Este proceso se rige por el principio dispositivo que establece que la tutela jurisdiccional de los derechos e intereses solo puede iniciarse a petición de parte (Aguirrezabal, 2017).

Por tanto, es necesario destacar que el Tribunal no podrá suspender el acto impugnado y sus efectos de oficio, pues la normativa demanda que exista una solicitud de la parte interesada en la medida.

*Segundo*, aunque el artículo no especifica un momento procesal oportuno, indica que "el juzgador podrá ordenar en el auto inicial la suspensión del acto administrativo", sugiriendo que este será el momento de pronunciarse sobre la admisión de la medida cautelar. En consecuencia, la parte interesada debe solicitar la medida en el acto de proposición, es decir, en la demanda, siendo este el único momento procesal oportuno para hacerlo.

Así, según la redacción de la norma, no se permite la solicitud de medidas provisionales antes de presentar la demanda ni durante la tramitación de la causa (a diferencia de lo que ocurre en España). Es necesario precisar que, si se llega a negar la concesión de la suspensión del acto impugnado, el proceso principal continuará su curso, ya que dicha concesión o negativa no constituye un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.

*Tercero*, la suspensión del acto impugnado no se otorgará *ipso facto*, ya que el Tribunal debe evaluar su admisibilidad considerando los siguientes requisitos: (i) existencia de un juicio provisional e indiciario favorable a la pretensión exhibida (*fumus bonis iuris*); (ii) demostración de que el retardo en

la decisión de la causa puede afectar irremediablemente el derecho opuesto (*periculum in mora*); y (iii) demostración de la razonabilidad de la medida (test de proporcionalidad).

En este sentido, como se detalló en el capítulo anterior, la parte interesada en obtener la medida cautelar debe justificar y respaldar estos requisitos en el momento de presentar la demanda. De este modo, el Tribunal evaluará la apariencia de buen derecho, el riesgo de afectación del derecho durante el lapso hasta la decisión definitiva, y la adecuación entre la situación jurídica y la medida cautelar solicitada para preservar el estado de las cosas.

*Cuarto*, como fue dicho en líneas anteriores, la clásica y tradicional medida cautelar de suspensión acto administrativo y de sus efectos es la única disponible en esta jurisdicción. Este remedio tiene como objetivo impedir que el acto administrativo impugnado produzca sus efectos mientras se tramita el proceso contencioso administrativo. De esta forma, en teoría, esta medida cautelar pretende garantizar la tutela judicial efectiva y asegurar el cumplimiento futuro de la sentencia que eventualmente se emita en el curso del proceso.

Es importante precisar que, la medida cautelar mencionada conlleva a la suspensión temporal de los efectos derivados de la ejecución del acto administrativo impugnado. En este sentido, los efectos de dicho acto se paralizarán, al menos hasta que la medida sea revocada o hasta la resolución del asunto de fondo. Así, queda claro que la suspensión de los efectos está directamente vinculada al "acto administrativo", dependiendo, por lo tanto, de la existencia misma de dicho acto.

En definitiva, en situaciones donde no existe un acto administrativo claro o en casos de inactividades u omisiones de la administración pública, no sería posible solicitar ni sería útil solicitar esta medida cautelar de suspensión del acto administrativo y sus efectos. Además, cabe enfatizar que, de acuerdo con la redacción del artículo del COGEP, la solicitud de estas medidas solo

puede realizarse con la interposición de la demanda, lo que añade una restricción temporal adicional a la utilización de este instrumento cautelar.

## **II. LIMITACIONES DE LA TUTELA CAUTELAR EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA ECUATORIANA**

En el contexto de la jurisdicción contencioso administrativa ecuatoriana, el artículo 330 del COGEP únicamente prevé a la suspensión del acto impugnado como medida cautelar, convirtiéndose así en el único recurso disponible para asegurar la tutela judicial efectiva de los administrados. Adicionalmente, según el mencionado artículo, esta medida cautelar solo puede ser solicitada con la presentación de la demanda, siendo este el único momento procesal oportuno. De este escenario se destaca entonces que, tal como está prevista, la tutela cautelar no es extensiva a otras circunstancias donde podrían requerirse diferentes mecanismos para garantizar la ejecución efectiva de la sentencia final. Precisamente por esas razones es que el sistema cautelar contencioso administrativo, como hoy se lo conoce, enfrenta varias limitaciones y desafíos, que se desarrollarán a continuación.

De conformidad con el artículo 330 del COGEP, siguiendo el principio dispositivo para la concesión de medidas cautelares por parte del Tribunal, debe existir una solicitud expresa del actor de la causa. Dicha solicitud de suspensión del acto impugnado debe realizarse exclusivamente en el acto de proposición o demanda. En otras palabras, el único momento procesal oportuno reconocido para la solicitud de suspensión de los efectos del acto administrativo impugnado es la interposición de la demanda. Esta limitación temporal restringe la capacidad de solicitar medidas cautelares en situaciones que podrían surgir de manera inesperada durante el desarrollo del proceso.

Resulta evidente que la administración pública puede actuar de diferentes formas en distintos momentos del proceso contencioso administrativo. Sin embargo, la actual regulación condiciona la posibilidad de requerir medidas cautelares únicamente al inicio del proceso, obviando la posibilidad de requerir tutela cautelar ante acciones u omisiones



administrativas que puedan surgir durante la sustanciación de la causa. Esta limitación temporal plantea interrogantes sobre la suficiencia del sistema cautelar ecuatoriano para abordar situaciones emergentes.

A *contrario sensu*, la legislación contencioso administrativa española en su artículo 129 numeral 1 establece que “*Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia.*” De este modo, se puede apreciar que el legislador español comprendió la necesidad de los administrados de requerir medidas cautelares en distintos momentos procesales, en respuesta a acciones u omisiones administrativas que puedan comprometer la efectividad de la sentencia final y sus derechos. Resulta claro que un sistema flexible, que permita solicitar medidas cautelares en cualquier etapa del proceso, es posible.

Otra limitación al sistema cautelar ecuatoriano se refiere al tipo de medida cautelar. El artículo 330 del COGEP prevé un sistema cautelar cerrado, que se limita exclusivamente a la suspensión del acto administrativo y sus efectos como medio para garantizar la efectividad de la decisión final por el tiempo que dure el proceso judicial.

La doctrina y la jurisprudencia ya ha superado el clásico sistema cautelar que se limitaba a una sola medida, siendo esta la suspensión del acto y sus efectos. El fundamento radica en que, una medida de este tipo, en la práctica, resulta restringida, inflexible e injustificable, pudiendo menoscabar la garantía de la tutela judicial efectiva. En la actualidad, con la evolución del derecho público se reconoce que la existencia de un número ilimitado de medidas cautelares de naturaleza diversa, dependiendo de la pretensión que se esté protegiendo (Arríen Somarriba, 2018). Precisamente con la liberación del sistema cautelar se evita que se consoliden situaciones, garantizando la efectividad del proceso y la efectividad de la sentencia.

Particularmente, en el sistema cautelar cerrado de Ecuador, el otorgamiento de medidas innovativas o de no innovar no sería posible. Como

se mencionó previamente, la medida cautelar innovativa supone la imposición judicial a la administración de realizar un determinada conducta o acción positiva. Mientras que las medidas de no innovar pretender preservar el estado de las cosas, manteniendo el *status quo* mientras se sustancia la causa hasta la decisión final (Comadira, 2021). En conjunto, esta variedad de medidas (incluyendo la suspensión del acto administrativo) tienen por objeto garantizar la eficacia en la protección cautelar, permitiendo la satisfacción de la pretensión al finalizar el proceso judicial.

A modo de ejemplo, la legislación contencioso española libera el sistema cautelar, estableciendo lo siguiente:

Artículo 129.

1. Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de **cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia.**
2. Si se impugnare una disposición general, **y se solicitare la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados,** la petición deberá efectuarse en el escrito de interposición o en el de demanda.

Artículo 130.

1. Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente **cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición** pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso.
2. La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada. (lo resultado fuera del texto)

Sobre la liberación del sistema cautelar contencioso español, el profesor Rodríguez-Arana (2005) considera que: *“La Ley opta así por una cláusula abierta que permita adoptar en cada caso concreto la medida que sea idónea para cumplir su función de garantía de la efectividad de la tutela judicial que se solicita.”*

En este sentido, la importancia de liberar las medidas cautelares radica en la diversidad de situaciones que pueden presentarse durante el proceso judicial, considerando que durante todo el proceso se debe garantizar la tutela judicial efectiva. No obstante, en el actual sistema ecuatoriano, la limitación a la suspensión del acto administrativo se vuelve insuficiente frente a escenarios donde no hay un acto administrativo que suspender, o cuando se requiere una acción específica por parte de la Administración, o si se busca la suspensión de un procedimiento o actuación administrativa vinculada a la controversia. El universo de posibilidades de manifestación de la administración es sumamente amplio, pero el sistema no adecúa su protección cautelar a esta realidad.

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario precisar que Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia. Su Carta Fundamental reconoce el derecho al debido proceso en su garantía del derecho a una tutela judicial efectiva. Bajo ese entendido, la Corte Constitucional mantiene una línea jurisprudencia que se ve reflejada en su sentencia No. 117-14-SEP-CC dictada el 06 de agosto 2014, dentro del caso No. 1010-11-EP, en la que expresó:

[...] el derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos de las personas tiene relación con el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales para que, luego de un proceso que observe las garantías mínimas establecidas en la Constitución y la ley, se haga justicia; por tanto, se puede afirmar que su contenido es amplio y en éste se diferencian tres momentos: el primero relacionado con el acceso a la justicia, **el segundo con el desarrollo del proceso en un tiempo razonable, y el tercero que tiene relación con la ejecución de la sentencia, esto es, acceso a la jurisdicción, debido proceso y eficacia de la sentencia.** (...) El derecho a la tutela judicial efectiva es sinónimo de eficiencia del sistema de administración de justicia. (lo resultado fuera del texto)

En congruencia con lo anterior, el mismo órgano constitucional en su sentencia No. 889-20-JP/21 estableció que [...] *el tercer componente de la tutela judicial efectiva es el derecho a la ejecutoriedad de la decisión. La ejecutoriedad de la sentencia es parte fundamental de la jurisdicción y del deber que tienen los jueces y juezas de ejecutar lo juzgado. Este derecho comienza cuando la resolución o sentencia se ejecutoría hasta que se cumple*

*satisfactoriamente. [...] En este contexto, la tutela cautelar juega un papel crucial como garante ante obstáculos que podrían surgir en la ejecución de la sentencia. Al solicitar medidas cautelares durante el proceso, se busca prevenir situaciones que puedan afectar la efectividad de la decisión final.*

De esta forma, es claro que el orden constitucional ecuatoriano integra el derecho a la tutela cautelar como componente del derecho a la tutela judicial efectiva, pero éste se ve limitado a nivel infraconstitucional. Y es que en el sistema contencioso administrativo vigente, debido a las limitaciones mencionadas, no se garantiza plenamente el tercer componente que integra el derecho a una tutela judicial efectiva, componente que está íntimamente vinculado con la tutela cautelar.

En la jurisdicción contencioso administrativo ecuatoriano, lejos de garantizarse la tutela judicial efectiva en todo proceso, se restringe el ámbito de aplicación de estos instrumentos que sirven como garante de la efectividad de las decisiones que se emitan y de los derechos de las partes. En este contexto, se vuelve crucial retomar la hipotética historia de Albert, aterrizando el ejemplo al contexto ecuatoriano y considerando los siguientes escenarios:

(i) Si durante el proceso judicial, la administración realiza alguna actuación u omisión que compromete la efectividad de la futura sentencia, Albert no podría solicitar una medida cautelar, dado que ésta únicamente puede solicitarse al presentar la demanda.

(ii) Durante la sustanciación del proceso, Albert necesitaría los depósitos mensuales para cubrir gastos educativos, pero no podría solicitar que se le ordene aquello a la Administración, ya que el sistema solo permite la suspensión de los efectos del acto, careciendo de disposiciones que permitan medidas cautelares innovativas.

De esta forma, frente a estas limitaciones, se transgrede el derecho de Alberto a una tutela judicial efectiva, por cuanto, no contará con los

instrumentos reconocidos por la Constitución que permitan garantizar la efectividad de la sentencia futura y de sus derechos.

La falta de oportunidad para solicitar medidas cautelares en momentos emergentes del proceso impide el ejercicio pleno del derecho a una tutela judicial efectiva. Asimismo, las restricciones actuales en las medidas cautelares resultan insuficientes para proteger los derechos de los administrados en situaciones complejas, como, por ejemplo, cuando se requiere una actuación efectiva de la administración o se requiera evitar la ejecución de una medida material.

A todas luces, el artículo 330 del COGEP tal y como se encuentra redactado, que permite únicamente la suspensión del acto administrativo y de sus efectos, resulta insuficiente para garantizar la efectividad de la sentencia final ante situaciones que trascienden el único escenario contemplado por el legislador. Como consecuencia, el artículo 330 del COGEP contraviene abiertamente las disposiciones constitucionales referencias al derecho a una tutela judicial efectiva.

En resumen, el sistema cautelar en la jurisdicción contencioso administrativa ecuatoriana se debe comprender a la luz de la CRE, el mandato de la CIDH y la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional. De ahí, se vuelve necesario que los Tribunales estén facultados y cuenten con los instrumentos que les permitan asegurar la efectividad de la sentencia que emitan, garantizando así el pleno ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de los administrados.

Dado que se ha identificado que el artículo 330 del COGEP, en su redacción actual, limita y contraviene disposiciones constitucionales relacionadas con el derecho a una tutela cautelar como parte del derecho a la tutela judicial efectiva, surge la necesidad de explotar la posibilidad de presentar una acción pública de inconstitucionalidad para desechar dicha disposición del ordenamiento jurídico ecuatoriano, o, en su defecto, plantear un proyecto de reforma a aquella disposición que obstaculiza el ejercicio pleno

del derecho a una tutela judicial efectiva. En definitiva, el sistema cautelar en la jurisdicción contencioso administrativa se debe reinterpretar para que sea éste el garante de la eficacia de las sentencias que se dicten y de los derechos de las partes.

## CONCLUSIONES

El derecho constitucional a la tutela judicial efectiva tiene por objeto asegurar a las personas el acceso a la justicia, y a un proceso judicial justo y eficaz. Este derecho incluye un componente conocido como tutela cautelar, que busca asegurar la eficacia de la sentencia, y, a su vez, se constituye como un remedio para que dicha decisión no resulte tardía.

En este contexto, la CIDH ha reconocido que, para lograr un acceso efectivo a la justicia, debe existir la posibilidad de solicitar medidas cautelares. El fundamento, como se vio en un principio, radica en que las medidas cautelares se conciben como el instrumento para evitar que la demora de tiempo para tener una resolución definitiva redunde en un resultado ineficaz de ésta. En esa misma línea, tanto la CRE como el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional indican que la tutela judicial efectiva tiene como componente a la tutela cautelar, y esta última tiene por objeto asegurar el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva.

En cuanto a la jurisdicción contencioso administrativa, es posible clasificar a las medidas cautelares de la siguiente manera: suspensión de los efectos de acto administrativo, medidas cautelares innovativas y medidas cautelares de no innovar. Por un lado, la suspensión de los efectos del acto administrativo tiene por objeto restaurar la situación de hecho y/o jurídica a su condición anterior a la emisión del acto administrativo. Por otro lado, las medidas cautelares innovativas implican la adopción de acciones específicas por parte de la administración. Mientras que las medidas cautelares de no innovar buscan mantener la situación existente sin introducir cambios hasta que se dicte la sentencia definitiva. Todas son instrumentos empleados para preservar los derechos de las partes involucradas en el litigio durante el proceso judicial y garantizar la efectividad de la sentencia que se dicte.

Aterrizando las cosas a la jurisdicción contencioso administrativa ecuatoriana, la tutela cautelar surge como un componente esencial del derecho a una tutela judicial efectiva, buscando asegurar la eficacia de las

sentencias y evitar demoras innecesarias. Sin embargo, del único articulado que regula la solicitud y otorgamiento de medidas cautelares en la jurisdicción contencioso administrativo, siendo este el artículo 330 del COGEP, se evidencian limitaciones significativas, particularmente en relación con el momento procesal oportuno y restricciones en el tipo de medida disponible.

Conforme fue expuesto, el sistema cautelar contencioso administrativo ecuatoriano permite únicamente la solicitud de la medida cautelar de suspensión del acto y de sus efectos con la presentación de la demanda. Aunque resulte extraño, con esta medida como instrumento, el legislador pretende que el administrado se blinde de las actuaciones u omisiones administrativas, sin considerar las múltiples formas y momentos de manifestación administrativa.

De esta forma, el sistema cautelar vigente, que se limita a la suspensión del acto y sus efectos, sin considerar las diversas formas y momentos en los que la administración puede manifestarse, representa una amenaza al pleno ejercicio del derecho a una tutela judicial efectiva. Así también, el referido sistema puede resultar inadecuado para salvaguardar los derechos de los administrados en situaciones complejas, lo cual afecta la eficacia práctica de dichas medidas. En consecuencia, la tutela cautelar en el COGEP, al limitarse a la medida cautelar clásica, resulta insuficiente para cumplir adecuadamente con la función propia de las medidas cautelares, que consiste en garantizar la tutela judicial efectiva en cuanto a la eficacia de la sentencia.

En definitiva, el diseño actual del sistema cautelar contraviene abiertamente disposiciones constitucionales en cuanto a la tutela judicial efectiva y el mandato del CIDH, lo que conlleva a su inconstitucionalidad. Por ende, es imperativo reinterpretar la tutela cautelar en el COGEP, incluyendo un régimen abierto o *numerus apertus* de medidas cautelares que no esté restringido por una etapa procesal específica. Esto permitirá garantizar el derecho de las partes a una tutela judicial efectiva, en su contenido esencial de una tutela cautelar.



## RECOMENDACIONES

Para lograr una tutela judicial efectiva y eficaz, se debe encontrar un equilibrio entre la actuación administrativa y el ejercicio de los derechos constitucionales de los administrados. En ese sentido, la liberación de las medidas cautelares es un buen punto de partida para mejorar el sistema vigente, y de esta forma fortalecer la tutela judicial efectiva en la jurisdicción contencioso administrativa ecuatoriana.

En este contexto, y sin perjuicio de las acciones de inconstitucionalidad que puedan derivarse por el diseño del artículo 330 del COGEP, la reforma aquí propuesta se orienta a la creación de un marco normativo que permita una aplicación más flexible y oportuna de las medidas cautelares, así como introducir modificaciones en la redacción que permitirán mayor claridad en cuanto a la intención del legislador.

Se recomienda al legislador que se considere para un futuro proyecto de reforma del Código Orgánico General de Procesos, una modificación en el artículo 330, en los siguientes términos:

***Art. 330.- Suspensión del acto impugnado.*** *A petición de parte debidamente fundamentada, los interesados, antes del auto inicial o en cualquier estado del proceso, podrán solicitar la adopción de cuantas medidas cautelares sean necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia y los derechos de los interesados.*

*Las medidas cautelares podrán ser innovativas, de no innovar o de suspensión provisional de los efectos del acto administrativo que se impugna, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Las medidas cautelares innovativas implican la adopción de acciones específicas por parte de la administración, mientras que las medidas cautelares de no innovar buscan mantener la situación existente sin introducir cambios hasta que se dicte la sentencia definitiva.*

*El juzgador ordenará la medida cautelar que corresponda 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, siempre que el retardo en la decisión ponga en riesgo inminente a la eficacia de la resolución y los derechos del interesado, y se evidencie la razonabilidad entre la medida cautelar solicitada y situación jurídica que se pretende garantizar.*

*El juzgador podrá, de oficio o a petición de parte, revocar la medida cautelar concedida en cualquier estado del proceso, en tanto se advierta una modificación en las circunstancias que lo motivaron.*

*El juzgador, de considerarlo necesario, o a petición de parte debidamente fundamentada, podrá convocar a una audiencia para ordenar las medidas cautelares, modificarlas, supervisarlas o revocarlas. La decisión sobre la medida cautelar no implica prejulgamiento sobre el fondo del litigio.*

*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 cualquier estado del proceso, 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 a su solicitud de medidas cautelares los documentos que acrediten de ser el caso, los daños de que pudiere ser objeto.*

## REFERENCIAS

- Aberastury, P., & Cilurzo, M. R. (2022). Curso de Procedimiento Administrativo. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Aguirrezabal, M. (2017). El principio dispositivo y su influencia en la determinación del objeto del proceso en el proceso civil chileno. *Revistade deRecho Privado*, Nro. 32, 423-441.
- Arríen Somarriba, J. B. (2018). La tutela cautelar en el contencioso-administrativo de Nicaragua. *Derecho PUCP* (81), 303-339.  
doi:<https://dx.doi.org/10.18800/derechopucp.201802.010>
- Bacigalupo, M. (1999). La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo. Madrid: Marcial Pons.
- Calamandrei, P. (2005). Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares. Lima: Ara editores.
- Cassagne, E. (2017). Las Medidas Cautelares contra la Administración Pública en la República de Argentina. *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado* Nro. 13, 39-104. Obtenido de <http://revista.jacobea.edu.mx/>
- Comadira, J. P. (2021). Ley de Medidas Cautelares en las causas en las que es parte o interviene el Estado. Buenos Aires: Cathedra Jurídica.
- Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20-oct.-2008.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, del 22 de noviembre del 1969),
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 889-20-JP/21
- Corte Constitucional. Sentencia No. 034-13-SCN-CC
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 117-14-SEP-CC
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia Nro. 036-15-SEP-CC

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Baena Ricardo y otros vs.

Panamá. Sentencia de 2 de febrero de 2001.

Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial Suplemento 31 de 7 de Julio del 2017.

Enterría, E. G. (2000). Sobre la ejecutoriedad inmediata de las medidas cautelares recurridas en casación. Una reflexión rectificativa. *Revista de Administración Pública*, 381-410.

Enterría, E. G. (2004). *La Batalla por las medidas cautelares*. Madrid: Civitas.

Folguera Crespo, J., Martínez Corral, B., & Menéndez, U. (29 de enero de 2024).

Las normas de defensa de la competencia: medidas cautelares en su aplicación judicial directa. Madrid, España.

González, H. (2018). Las Medidas Cautelares en el proceso contencioso administrativo del Derecho Comunitario Europeo. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 735-762.

Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. *Boletín Oficial del Estado [BOE]*, 167, 14 de julio de 1998 (España).

Marín, C. C. (2009). Las Medidas Cautelares en el proceso Contencioso Administrativo en España. En A. d. Mexicanos, *Las medidas cautelares en el proceso administrativo en Iberoamerica*. Mexico: Asociación de Magistrados de Tribunales de lo Contencioso Administrativo de los Estados Unidos Mexicanos.

Ordóñez, M. d. (2019). *Las medidas cautelares dentro del proceso contencioso administrativo*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.

- Perez, R. C. (1997). En torno a las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo. *Revista Economist & Jurist*, 21.
- Rodriguez-Arana, J. (2005). Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa en España. *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz*, 445-468.
- Rodriguez-Arana, J. (2005). Las medidas cautelares en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. *Iuris Dictio*, 6(9).  
doi:<https://doi.org/10.18272/iu.v6i9.627>
- Sala Atienza, P., & Cardenas García, M. I. (2016). *Las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo*. Pamplona: Editorial Aranzadi.
- Tinoco, J. U. (2009). Algunas notas comparativas entre las medidas cautelares en el derecho administrativo español y el mexicano, incluyendo la vigente Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo. En A. D. MEXICANOS, *Las Medidas Cautelares en el proceso administrativo en Iberoamerica*. ASOCIACIÓN DE MAGISTRADOS DE TRIBUNALES DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.
- Tribunal Constitucional de España. SENTENCIA 238/1992, de 17 de diciembre. (BOE núm. 17, de 20 de enero de 1993).
- Vargas-Machuca, R. J. (2013). *Justicia y derecho*. Obtenido de <https://www.justiciayderecho.org.pe/revista6/articulos/Apuntes%20s...pdf>
- Vesga, C. B. (2015). *La Medida Cautelar de suspensión del acto administrativo. Análisis comparado entre el régimen Colombiano y Español*. Salamanca: Universidad de Salamanca.



## DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Matamoros Álava, Melanie Belén**, con C.C: # **(0930869995)** autor del **trabajo de titulación: La jurisdicción contencioso administrativa ecuatoriana: deficiencias de la tutela cautelar en el COGEP**, previo a la obtención del título de **Abogado** 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, **02 de febrero** del 2024

f. \_\_\_\_\_

Nombre: **Matamoros Álava, Melanie Belén**

C.C: **0930869995**



## REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

### FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

<b>TEMA Y SUBTEMA:</b>	La jurisdicción contencioso administrativa ecuatoriana: deficiencias de la tutela cautelar en el COGEP		
<b>AUTOR(ES)</b>	Matamoros Álava, Melanie Belén		
<b>REVISOR(ES)/TUTOR(ES)</b>	Dr. Marco Antonio Elizalde Jalil		
<b>INSTITUCIÓN:</b>	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
<b>FACULTAD:</b>	Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas		
<b>CARRERA:</b>	Derecho		
<b>TITULO OBTENIDO:</b>	Abogado		
<b>FECHA DE PUBLICACIÓN:</b>	02 de febrero de 2024	<b>No. DE PÁGINAS:</b>	34
<b>ÁREAS TEMÁTICAS:</b>	Derecho administrativo, medidas cautelares, tutela judicial efectiva		
<b>PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:</b>	Medidas cautelares, administración, administrado, tutela judicial efectiva, tutela cautelar		
<b>RESUMEN/ABSTRACT</b> (150-250 palabras):	En el contexto ecuatoriano, el sistema de medidas cautelares en el contencioso administrativo presenta notables limitaciones. A diferencia de modelos más abiertos, como el de España, donde se contempla un <i>numerus apertus</i> de medidas innominadas en distintos momentos procesales, el sistema ecuatoriano se ha centrado en la clásica suspensión del acto administrativo y sus efectos. Esta aproximación cerrada se vuelve problemática al enfrentar situaciones de inactividad administrativa, donde la ausencia de un acto concreto dificulta la aplicación de la medida cautelar. También se presenta como un desafío cuando se requiere una actuación activa por parte de la administración para garantizar la tutela judicial efectiva durante el proceso, o cuando es necesario evitar la ejecución material de una medida por parte de la Administración. Frente a este escenario, es fundamental plantear una propuesta de reforma que permitan una mayor flexibilidad y adaptabilidad del sistema de medidas cautelares a la realidad jurídica y administrativa del país.		
<b>ADJUNTO PDF:</b>	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
<b>CONTACTO CON AUTOR/ES:</b>	<b>Teléfono:</b> +593981578930	<b>E-mail:</b> melaniematomoros@hotmail.com	
<b>CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE):</b>	Nombre : Reynoso Gaute, Maritza Ginette		
	Teléfono: +593-4-222-2024		
	E-mail: maritza.reynoso@cu.ucsg.edu.ec		
<b>SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA</b>			
<b>Nº. DE REGISTRO (en base a datos):</b>			
<b>Nº. DE CLASIFICACIÓN:</b>			
<b>DIRECCIÓN URL (tesis en la web):</b>			