

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Posgrados

**La necesidad de medidas cautelares en la acción contencioso
administrativa ecuatoriana: La inadecuada limitación en la Ley de la
Jurisdicción Contencioso Administrativa**

Lidia Yasmín Sarabia López

Edgar Neira

Magíster en Derecho Administrativo

Director de Trabajo de Titulación

Trabajo de Titulación presentado como requisito
para la obtención del título de Magíster en Derecho Administrativo

Quito, abril de 2015

Universidad San Francisco de Quito

Colegio de Postgrados

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

La necesidad de medidas cautelares en la acción contencioso administrativa ecuatoriana:
La inadecuada limitación en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

Lidia Yasmín Sarabia López

Edgar Neira Orellana, M. A.
Director de la tesis y Miembro
del Comité de Tesis

Juan Pablo Aguilar, M. A.
Miembro del Comité de Tesis

Marco Antonio Morales, M. A.
Miembro del Comité de Tesis

Luis Parraguez Ruiz, Dr.
Decano del Colegio de
Jurisprudencia

Victor Viteri Breedy, Ph.D.
Decano del Colegio de Posgrados

Quito, abril de 2015

Informe Director de Trabajo de Titulación

La jurisdicción contencioso administrativa se ha caracterizado por la parsimonia y falta de celeridad, lo que en muchos casos torna en ineficaz sus decisiones por el paso del tiempo, situación que en la justicia administrativa se torna aún más gravosa para los administrados, debido a la ejecutividad y la presunción de legitimidad de los actos administrativos; de tal suerte que la administración sin reparo puede ejecutar con inmediatez su voluntad, sin perjuicio de que ésta pueda ser arbitraria o perjudicial, y para cuando se obtiene una sentencia, las circunstancias fácticas y jurídicas no hacen posible su cumplimiento.

El principio, derecho fundamental y constitucional de tutela judicial efectiva contenido en el Art. 75 de la Carta Fundamental, trastocó las bases del contencioso administrativo, derogando disposiciones anacrónicas de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que no responden a nuestro Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

En vía judicial con la sola interposición de la acción, se deben suspender los efectos del acto administrativo, además el derecho a la tutela judicial efectiva permite solicitar o disponer medidas cautelares, pues este derecho de vinculación superior así lo exige, sin necesidad de contracautela o caución, que equivaldrían a cargas innecesarias e injustificadas a los ciudadanos para el acceso a la justicia.

Con sustento constitucional el órgano judicial sin ninguna exigencia adicional, tiene la obligación de brindar tutela cautelar a los ciudadanos.

Este trabajo investigativo pone énfasis en la seguridad jurídica y el respeto al ordenamiento jurídico, así como en el principio de juridicidad, bases del Derecho Administrativo. El Derecho es un medio para la protección de los derechos; y, las leyes adjetivas y sustantivas son su instrumento.

En la justicia contencioso administrativa, resulta necesaria una intervención legislativa que ponga fin a la dispersión de normas y a los viejos dogmas con el fin de hacer efectivos los derechos, éste es el verdadero interés general; el interés de todos.

La justicia debe ser pronta, efectiva, eficaz, los medios procesales deben hacer efectivos los derechos.

El tema tiene trascendencia jurídica, además es actual, responde a la realidad de la legislación ecuatoriana y es relevante en el ámbito del Derecho Administrativo.

La justicia que tarda no es justicia, y el proceso por el paso del tiempo no debe convertirse en el adversario de los ciudadanos que acuden a la justicia en busca de tutela judicial efectiva.

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:

Lidia Yasmín Sarabia López

C. I.: 1803781101

Quito, abril de 2015.

DEDICATORIA

Dedico el presente trabajo investigativo a mis padres por todo lo que son y representan en mi vida, a mis hermanas: a Carla por su ejemplo siempre y a Natalia quien me inspira a ser su referente.

AGRADECIMIENTOS

Un agradecimiento especial al Dr. Edgar Neira, mi Director de Tesis, distinguido jurista.

A Sophia Espinosa y a Mariana Guilenea.

Y en realidad a todos los maestros que he tenido que sin duda contribuyeron a fortalecer y profundizar mis conocimientos en Derecho Administrativo.

A Felipe López Terán que estuvo junto a mí durante todo este proceso de crecimiento.

RESUMEN

La jurisdicción Contencioso Administrativa ha sido sinónimo de lentitud, de desamparo al administrado, de desconfianza en el sistema judicial y por tanto en el Estado mismo, en muchos de los casos con incapacidad de ejecutar sus propias decisiones, pues para cuando estas fueron emitidas, las condiciones fácticas ya no eran las mismas que motivaron la demanda.

Lo que inspira el presente trabajo investigativo, es precisamente ese riesgo y la urgencia de obtener sentencia contencioso administrativa sea eficaz.

La doctrina muestra grandes avances en el desarrollo de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo y varias legislaciones cuentan ya con este mecanismo positivizado o desarrollado en jurisprudencia, sin embargo la legislación ecuatoriana contencioso administrativa aún no ha contemplado esta posibilidad.

Propongo que existan medidas cautelares contempladas en la acción contencioso administrativa, en virtud de la Seguridad Jurídica que implica que todos los ciudadanos ecuatorianos tengan la certeza de contar con preceptos previos, claros y públicos que realmente tutelen sus derechos.

La Tutela Judicial Efectiva se constituye en la base que fundamenta la posibilidad de contemplar medidas cautelares en las acciones contencioso administrativas.

Se estudiarán los caracteres de las medidas cautelares y la esencia de la Institución Cautelar, a fin de que el presente estudio se convierta en una herramienta útil, al momento de adoptar medidas cautelares, a fin de que no se prejuzguen situaciones de fondo, sino que al contrario se proteja a quien pueda sufrir un gravamen irreparable por el paso del tiempo y curso del proceso judicial hasta llegar a la sentencia definitiva.

ABSTRACT

The Administrative Contentious- Jurisdiction has been synonymus of slowness, abandonment of the citizen, mistrust in the legal system, therefore in the State itself, wich in many cases is incapable to executeits own decisions, because by the time the decisions were made, the condicional facts weren't the same ones that motivated the lawsuit in first place.

What inspires this investigation, is precisely that risk, that urgency of obtaining an effective sentence in the administrative contentious jurisdiction.

The doctrine shows big progress developing theprovisional suspensión of the administraive act effects, and various legislations already have this mechanism written or developed in precedents, however ecuadorian administrative –contentious legislation hasn't take this possibility into account.

I porpose that there should exist precautionary measure or a preventing act in the Administrative Contentious- Jurisdiction, in order to give legal security which implicates that all the ecuadorian citizen can be certain to rely on previous, clear and public precepts, wich really tutelary thir rights.

The Effective Judicial Protection in the base wich allows the possibility to contemplate preventing act or measure in the Administrative Contentious actions.

The characters of the preventing measures are going to be studied and the essence of the Preventing Institution, to make of this study a usseful tool, the moment to take on preventing measures, in order to not to prejudge the whole situation, on the contrary It's all about to protect to who can suffer irreparable damage because of the time and the judicial prosecution until the final verdict.

Índice

INTRODUCCIÓN.....	11
1. Capítulo I Medidas Cautelares	15
1.1. Generalidades.....	15
1.1.1. Apariencia de buen derecho	18
1.1.2. Peligro en la Demora	19
1.1.3. Contracautela	20
1.2. Caracteres.....	20
1.2.1. Jurisdiccionalidad.....	21
1.2.2. Provisoriedad	21
1.2.3. Instrumentalidad	21
1.2.4. Variables o Mutables	23
1.2.5. Carecen de Autonomía	23
1.2.6. Carácter Sumario en su trámite	24
1.2.7. Inaudita Altera Pars	24
1.2.8. No necesariamente proceden a petición de parte.....	25
1.3. Clases de Medidas Cautelares.....	26
1.3.1. Por su finalidad.....	26
1.3.2. Nominadas e Innominadas.....	27
1.3.3. Conservativas e Innovativas	28
1.4. Medidas Cautelares en lo Contencioso Administrativo.....	28
1.4.1. Suspensión de los Efectos del Acto Administrativo.....	28
1.4.2. Medidas Positivas	29
1.5. Medidas Cautelares en el Ecuador	32
1.6. Medidas Cautelares Constitucionales	32
1.6.1. Conjunta a Acciones Constitucionales	35
1.6.2. Independiente de las Acciones Constitucionales.....	35
2. Capítulo II Fundamentos Procesales	37
2.1. Derecho Procesal	37
2.2. Jurisdicción Contencioso Administrativa	38
2.3. Jurisdicción Contencioso Administrativa Ecuatoriana	40
2.3.1. Competencia Contencioso Administrativa Ecuatoriana.....	42
2.4. El Juicio Contencioso Administrativo en el Ecuador	44

2.4.1.	Juicio subjetivo o de plena jurisdicción.....	45
2.4.2.	Juicio objetivo o de anulación - Exés du pouvoir.....	46
2.4.3.	Acción de Lesividad	46
2.5.	Trámite Contencioso Administrativa.....	47
2.5.1.	Demanda.....	47
2.5.2.	Citación.....	48
2.5.3.	Contestación	49
2.5.4.	Prueba	49
2.5.5.	Sentencia.....	50
2.5.6.	Silencio Administrativo.....	51
2.6.	Principios Orientadores.....	53
2.6.1.	Supremacía Constitucional	53
2.6.2.	Legalidad	54
2.6.3.	Tutela Judicial Efectiva	56
2.6.4.	Seguridad Jurídica	59
2.6.5.	Igualdad	61
2.6.6.	Debido Proceso.....	62
3.	Capítulo III Actualidad y Contexto Internacional.....	63
3.1.	Situación Actual Ecuador	63
3.2.	Perú	65
3.3.	México	66
3.4.	Argentina	67
3.5.	Francia	67
3.6.	España.....	69
3.7.	Costa Rica	70
3.8.	Medidas Autosatisfactivas	71
	Conclusiones.....	72
	Bibliografía.....	76

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo investigativo se centra en la Tutela Judicial Efectiva, enfocada como principio, derecho constitucional y fundamental, y en la necesidad de materializar la tutela mencionada a través de medidas cautelares que serían aquellos mecanismos sencillos, rápidos y eficaces, que permiten llegar a una decisión de fondo o de mérito eficaz, debido a que el tiempo que toma un proceso puede implicar perjuicios, irreparables en muchas ocasiones para quien acude a la justicia.

El presente trabajo marca los contornos de la institución cautelar, con especial énfasis en la instrumentalidad y provisoriedad, es decir a ese carácter interino en procura de una verdadera prevención y aseguramiento de la decisión final, teniendo en consideración que toda decisión de fondo requiere de un plazo razonable, sin embargo este tiempo de espera puede suponer riesgos o perjuicios para quien acude a la justicia, por lo que hay que llegar a una decisión de mérito oportunamente, esta oportunidad implica hacerlo a tiempo y hacerlo bien, de tal modo que todo proceso judicial debe brindar tutela judicial efectiva a los ciudadanos.

Se analizarán varios tipos de medidas cautelares, dentro de la Tutela Cautelar, respetando siempre los caracteres propios de esta Institución, a fin de no confundir a la Tutela cautelar con otros tipos de tutela como la tutela anticipada que brinda una solución por sí misma, en cuyo caso ya no sería necesario el proceso principal. Una de las medidas cautelares que se estudiará es la suspensión de los efectos del acto administrativo, que

debería proceder con la sola interposición de una demanda contencioso administrativa, sin ninguna clase de carga para quien acude a la justicia, pues el verdadero fin del estado es hacer efectivos los derechos de los ciudadanos.

La acción contencioso administrativa necesariamente debe tener la posibilidad de acudir a la tutela cautelar cuando sea necesario, la ley que regula la jurisdicción contencioso administrativa deberá establecer entonces las facultades cautelares jurisdiccionales, así como el ámbito de actuación de los administrados, y los requisitos de procedibilidad de las medidas cautelares como son la apariencia de buen derecho y el peligro en la demora. El derecho escrito además trazará perfectamente los límites en cuanto a la tutela cautelar, manteniendo la provisionalidad de las medidas cautelares, pues caso contrario si se anticipan a la sentencia de fondo, ya se trataría de un proceso paralelo, lo cual no responde a la naturaleza de la Institución Cautelar.

Contar con medidas cautelares nominadas e innominadas en el caso concreto, en norma legal otorgará seguridad jurídica y la tan anhelada tutela judicial efectiva, el limitado y anacrónico proceso contencioso administrativo necesita una intervención por parte del legislador, a fin de que las causas se sustancien con celeridad, además si se contempla la posibilidad de disponer medidas cautelares se evitará que los juicios queden estancados o represados durante años, sin embargo se insiste y es necesario delimitar claramente los contornos de las medidas cautelares y los límites tanto a la actividad jurisdiccional, cuanto para los ciudadanos que en ningún caso podrán abusar del derecho a la tutela judicial efectiva ni de las medidas cautelares. Las medidas cautelares innominadas no son contrarias a la seguridad jurídica siempre que se trate propiamente de una medida

cautelar y no de tutela autosatisfactiva, pues este último tipo de tutela necesariamente necesitará un contradictorio, debido a que el juez prácticamente decide.

Cuando las facultades jurisdiccionales se encuentran determinadas en la ley, así como las de los administrados, entonces se alcanza la Seguridad Jurídica, que es el derecho a contar con normas jurídicas claras, públicas y previas, cuya observancia y acatamiento es extensible y vincula a todos los ciudadanos y poderes del Estado, de tal suerte que lo que se obtiene es el respeto del ordenamiento jurídico vigente, que es la norma escrita y que evita el desacato, el capricho, la voluntad personal; al contrario se cuenta con lineamientos claros y precisos que garantizan la tutela judicial efectiva, el debido proceso, la igualdad y uniformidad del ordenamiento y su aplicación.

No se pretende desconocer la supremacía y la aplicación directa e inmediata de la Carta Fundamental en cuanto a la tutela judicial efectiva, lo que se propone es un mayor desarrollo legislativo del derecho a la tutela judicial efectiva, debido a que este derecho materializa el acceso a la jurisdicción, así como la protección que el Estado debe procurar para hacer efectivos los derechos, así como contener en la norma legal la tutela cautelar que es parte del derecho a la tutela judicial efectiva, teniendo en consideración que la tutela debe desplegar sus efectos en todo momento es decir desde que el juez conoce la pretensión, durante el proceso y en el momento de ejecutar la sentencia, su cumplimiento debe ser posible.

La Constitución de la República del Ecuador, en su Art. 172, establece la triple sujeción de los jueces, esto es a la Constitución, Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos y la Ley; es la ley y los reglamentos los que hacen posible el ejercicio de los

derechos, no olvidemos que el derecho escrito materializa la seguridad jurídica, por esta razón al existir un derecho constitucionalmente reconocido como es la tutela judicial efectiva, no es comprensible que la práctica procesal contencioso administrativa no contemple un desarrollo legislativo, la tutela judicial efectiva torna en inconstitucionales todas las disposiciones que se le opongan. Son la triple sujeción del juez y la práctica procesal ecuatoriana las que obligan al legislativo a desarrollar la tutela efectiva a través de la tutela cautelar en el ámbito contencioso administrativo, dejando de lado desigualdades injustificadas de las partes y situando en lugar preferencial a la administración, lo cual en una contienda no se traduce en justicia debido a que desde el inicio la administración se encuentra en situación de ventaja al ejecutar inmediatamente su voluntad, y luego se impone la carga al administrado de acudir a un abogado y a entablar una demanda que con suerte tardará un par de años en un litigio para hacer efectivos sus derechos, juicio que no sólo afectará económicamente al administrado, sino también en cuanto al tiempo. Lo que pretende la tutela cautelar es mitigar esos daños o peligros de daño, y sobretodo suspender los efectos del acto, si se ha entablado la demanda, si se suspende los efectos del acto, entonces la administración también tendrá interés en que se resuelva con prontitud, lo que significaría celeridad en los juicios.

1. Capítulo I Medidas Cautelares

1.1.Generalidades

Hay muchos que afirman que los orígenes de las medidas cautelares los encontramos en el derecho romano, en los interdictos que eran las ordenes o prohibiciones que los pretores daban para prohibir cierta conducta, como sabemos existían interdictos prohibitorios, exhibitorios y restitutorios, si los hechos alegados existían realmente no se tenía que esperar la lentitud de un proceso ordinario, y los inconvenientes terminaban brevemente; más, diremos que el interdicto:

{...} no tiene la función propia de las medidas cautelares, ni las características de instrumentalidad y subsidiariedad propias de éstas, lo que nos lleva a considerar que el origen de las medidas cautelares, como hoy las conocemos, en el derecho moderno, puede encontrarse con más acierto en las estipulaciones pretorias, que cumplen una función cautelar de garantía, ya en el sentido de asegurar prácticamente, a través de su efecto jurídico la directa satisfacción del interés digno de tutela.¹

Estas Stipulationes paretoriae eran contratos verbales que el pretor ordenaba realizar en su presencia a las partes, si se lo hacía a forma de promesa se llamaba repromissio y cuando el cumplimiento de la promesa se garantizaba mediante una fianza se llamaba: “cautio o satisdatio”².

Las estipulaciones pretorias podían ser de dos tipos:

- a) Procesales. Servían para garantizar la marcha del proceso y entre ellas están la cautio iudicatum solvi que era para asegurar el cumplimiento de la sentencia.
- b) Extraprocesales. Están la cautio damni infecti; es igual que la missio in possessionem.³

¹ Aristides Rengel Romberg. *Medidas Cautelares Innominadas*. www.icdp.co (acceso: 19/09/2014).

² Interdicta. <http://www.elergonomista.com/derechoromano/inter.htm> (acceso: 07/01/2015).

³ *Ibíd.*

Cautio Iudicatum Solvi.-En derecho romano era la garantía que debía prestar el demandado para asegurar al actor el cumplimiento de la sentencia. Cautio Damni Infecti.- En derecho romano era la garantía que se otorgaba para asegurar el perjuicio que podía causar un daño probable. (Según enciclopedia jurídica

Como podemos ver, estas figuras guardan mayor conformidad con la institución cautelar que los interdictos romanos, ya que éstos implicaban como lo explica Abraham L. Vargas: “una orden condicionada”⁴, en la que el magistrado investigaba de forma sumaria y expedía una orden o decreto, esto responde a lo que la doctrina conoce como tutela anticipada, los interdictos son el antecedente de los procesos urgentes en general y de toda la doctrina conocida como Teoría General de los Procesos Urgentes.

En nuestro país, existe la tutela cautelar en acciones civiles, penales, de niñez, entre otros, sin embargo las acciones contencioso administrativas no contemplan la posibilidad de acudir a un proceso cautelar por la estimación del interés público, lo cual no responde a la realidad de nuestro Estado Constitucional de Derechos y Justicia, conforme lo explica el notable jurista García de Enterría, más bien responde a la vieja *cláusula salutaris* del Estado absoluto: “que se pretendía explícita en todas las relaciones jurídicas y que era capaz de destruirlas según el principio *salus publica suprema lex esto*, la salud o la salvación pública es la suprema ley”.⁵

Para acudir a las medidas cautelares no es necesario estimar el interés público, pues el interés público es justamente hacer efectivos los derechos y evitar la arbitrariedad.

El Estado Constitucional de Derechos y Justicia conforme lo explica el catedrático ecuatoriano Ramiro Ávila comporta que la Constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder, de tal modo que el Estado debe ser una organización social con políticas justas, ya que los derechos de las personas son, a la vez, límites del poder y vínculos. Respecto del Estado de Derechos explica sobre la pluralidad jurídica y principalmente, y cabe anotar que este criterio es muy acertado: “el

online <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/cautio-judicatum-solvi/cautio-judicatum-solvi.htm>. (acceso: 08/01/2015). *Missio in Possessionem*.- Era una orden del magistrado autorizando a una persona a entrar en la posesión de los bienes de otra (*missio in possessionem*), para constreñirle a observar un determinado comportamiento, o bien con fines cautelares. <http://www.derechoromano.es/2011/12/missio-in-possessionem.html> (acceso: 08/07/2015).

⁴ Abraham L. Vargas, *Estudios de Derecho Procesal Tomo I*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1999, p. 57.

⁵ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo Tomo II*. Bogotá: Temis S.A., 2008, p. 576.

fin del Estado es el reconocimiento, promoción, garantía de los derechos constitucionalmente establecidos.”⁶

En cuanto a la estimación del interés general, se puede afirmar que es el fundamento de las exorbitancias y autotutela administrativa que conducen a la presunción de legitimidad de los actos administrativos, consecuentemente estos son ejecutivos y ejecutorios.

La ejecutividad implica que el acto administrativo es eficaz, por tanto puede surtir todos sus efectos jurídicos, siguiendo a Garrido Falla:

La ejecutividad comporta que, como norma general, la interposición de recursos administrativos o jurisdiccionales no suspende la eficacia del acto administrativo, por lo que éste continúa desplegando sus efectos jurídicos {...}.⁷

De tal suerte que, en nuestro país la Administración no tiene reparo alguno en ejecutar sus decisiones, sean estas gravosas para el administrado e incluso irreparables. Pero esta presunción de legitimidad no puede ser absoluta y entendida de tal modo que niegue la posibilidad de la tutela ordinaria y en ella una cautelar pues será precisamente el control jurisdiccional el que fije la legitimidad definitiva. Sin dejar de lado que una presunción es una conjetura, de modo que si hay una impugnación, que además es consistente (apariencia de buen derecho) de esa legitimidad, es suficiente para suspender los efectos del acto administrativo, mientras se lo somete al control jurisdiccional.

Sin embargo no debemos olvidar que los poderes públicos deben estar orientados a servir a los ciudadanos, la autotutela dista por mucho de la arbitrariedad y el interés común debe ser exactamente el interés de todos, no se puede justificar el abuso de ninguna manera.

En sede administrativa el Art. 189 del ERJAFE, si permite una suspensión del acto administrativo cuando este pueda surtir efectos de imposible reparación, y también al plantearse recursos administrativos invocando causal de nulidad, sin embargo en sede

⁶Ramiro Ávila Santamaría. *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad. 1ra. Edición. Quito: V&M Gráficas, 2008, p.36.

⁷ Fernando Garrido Falla. *Tratado de Derecho Administrativo*. 1ra Edición. Madrid: Tecnos, 2001, p.393.

judicial, que es la que nos ocupa, no se cuenta con ningún mecanismo cautelar contenido en norma con rango legal, de hecho no se admiten los incidentes.

Los requisitos clásicos para la procedencia de Providencias Cautelares son:

1.1.1. Apariencia de buen derecho

Fumus bonis iuris (Trad. Humo de buen derecho).

La apariencia de buen derecho es el primer paso que debe analizar el juzgador, en un razonamiento breve y sensato de los posibles escenarios futuros de las pretensiones de las partes.

Ante una situación de urgencia o perjuicio irreparable basta con que se justifique la apariencia de buen derecho para conceder las Medidas Cautelares, al respecto el notable jurista español García de Enterría dice:

La situación de apariencia de derecho es la razón misma de la medida cautelar. Corresponde al juez valorar si la apariencia del derecho invocado es o no lo suficientemente relevante para otorgar o denegar la tutela cautelar en base a criterios sustanciales, ligados a la mayor o menor apariencia de legitimidad de las disposiciones controvertidas...⁸

García de Enterría también se refiere a la apariencia de buen Derecho inversamente: “falta de consistencia aparente en quien se opone a la pretensión.”⁹

En el Contencioso Administrativo se puede realizar un análisis de la pretensión en vía administrativa, si el recurrente la agotó pues como bien sabemos no existe la necesidad de agotar la vía administrativa para acudir a la judicial, sin embargo sería suficiente observar la postura administrativa a la luz de la verosimilitud del derecho invocado, es decir si el ciudadano presenta un recurso en sede administrativa, mismo que es denegado, pero la negación tiene matices de arbitraria, esto bastaría para que el juez contencioso ya tenga un humo de buen derecho, pues ya tiene una idea a primera vista de la postura de la administración.

⁸ Eduardo García de Enterría. *La Batalla por las Medidas Cautelares. Derecho Comunitario Europeo y Proceso Contencioso-Administrativo Español*. 3ra Edición. Madrid: Thomson Civitas, 2004, pp. 112-113.

⁹*Id.*, p. 64.

Entonces diremos que el Fumus es el análisis que debe realizar el juez del fundamento a primera vista o *prima facie* del derecho o la falta de fundamento de quien se opone.

1.1.2. Peligro en la Demora

Periculum in mora

Según Piero Calamandrei para aproximarse a una noción clara del periculum in mora no basta que el interés en obrar nazca de un estado de peligro y que la providencia invocada tenga por ello la finalidad de prevenir un daño temido, el peligro en la demora constituye el interés específico que justifica la emanación de cualquiera de las medidas cautelares: “*este interés surge siempre de la existencia de un peligro de daño jurídico, derivado del retardo de una providencia jurisdiccional definitiva (periculum in mora)*”¹⁰.

Es decir que no es suficiente el peligro de daño o que una lesión sea previsible, sino que en palabras del mencionado maestro florentino es el peligro del daño: “*que podría derivar del retardo de la providencia definitiva, inevitable a causa de la lentitud del procedimiento ordinario*”¹¹.

Si hay un daño o lesión al derecho, este peligro en la demora que fundamenta la procedencia de las medidas cautelares también evita que mientras se obtiene sentencia se agrave el daño.

La parsimonia y la lentitud, han sido rasgos característicos, de la administración de justicia en general, lo cual es recurrente también en la acción contencioso administrativa lo que en muchos de los casos puede producir decisiones ineficaces.

No se desconoce el hecho de que toda decisión de fondo requiere un plazo razonable, sin embargo en la mayor parte de acciones el tiempo que toma la decisión puede suponer riesgos al actor, si la tutela ordinaria llegara a tiempo no fuera necesario acudir a la tutela cautelar, por tanto lo ideal es tutelar de manera adecuada y en caso de que la tutela ordinaria peligre en llegar extemporáneamente acudir a la tutela cautelar, es decir cuando sea necesario.

¹⁰ Piero Calamandrei. *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*. Perú: ARA Editores E.I.R.L., 2005, p.40.

¹¹ Piero Calamandrei. “Introducción al Estado Sistemático de las Medidas Cautelares”. *Medidas Cautelares*. 1ed. Jaime Greif *et al.* Argentina: Rubinzal-Culzoni, 2002, p.481.

Los Jueces deben adoptar medidas cautelares si concurren: urgencia, necesidad y peligro o amenaza de peligro concreto por la demora en la decisión final.

En cuanto al daño: "se ha definido como el efecto de dañar, o sea, causar detrimento menoscabo, dolor o molestia; mientras que el perjuicio se expresa como la ganancia lícita que deja de obtenerse."¹²

1.1.3. Contracautela

Hay muchos que afirman que la contracautela es un requisito indispensable para garantizar la igualdad entre las partes, y que debe ser requisito inherente a la ejecución de la medida cautelar, sin embargo si se trata de brindar tutela judicial efectiva no debe ser un requisito para ejecutar una medida cautelar. El Estado no debe imponer ninguna carga al administrado para acudir a la jurisdicción, eso es precisamente la tutela judicial efectiva.

Como consta en líneas anteriores, precisamente para brindar tutela judicial efectiva debemos acudir a la apariencia de buen derecho, si aparentemente ya hay un abuso de la ejecutividad y ejecutoriedad administrativa, sería aún más abusivo solicitar cauciones que para la administración podrían resultar muy cómodas pero en el caso de los ciudadanos serían difíciles asumir, serían imponerle cargas previo a tutelar sus derechos.

La Constitución establece que: "La *potestad de administrar justicia emana del pueblo* y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución."¹³ (La cursiva me corresponde). Las potestades de las que se ha investido a los jueces nacen de la voluntad de los ciudadanos justamente para proteger y ejercitar nuestros derechos, no se puede imponer otro requisito a los ciudadanos para acceder a la justicia.

1.2. Caracteres

Es sumamente necesario estudiar los caracteres de las medidas cautelares, a fin de determinar claramente los alcances y contornos de esta Institución, además es necesario establecer límites adecuados a fin de que no devengan en arbitrarias o que satisfagan la pretensión central o de fondo de las partes, lo que desnaturalizaría esta Institución.

¹² Enrique Rojas Franco. *Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo*. Guayaquil: Edilex S. A., 2007, p. 823.

¹³ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 167. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

1.2.1. Jurisdiccionalidad

Las medidas cautelares son competencia de los órganos jurisdiccionales en la materia respectiva. Como es una de las competencias propias del juez dentro del proceso, éste tiene la facultad de ordenarlas, lo más adecuado sería que el juez que conoce de la causa sea quien tenga la facultad de ordenar la medida cautelar ordinaria.

En Este sentido el artículo 1 del Código de Procedimiento Civil, establece que la potestad jurisdiccional es el poder de administrar justicia, y consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, sin embargo cuando sus decisiones se pueden tornar ilusorias y de imposible cumplimiento por el paso del tiempo es cuando se debe acudir a la tutela cautelar.

1.2.2. Provisoriedad

Las medidas cautelares tienen limitada duración de sus efectos y duran mientras llega la decisión de fondo. Estas duran mientras no acontezca un cambio de circunstancias, pues una vez suscitado el hecho esperado o al variar las circunstancias, pueden cesar, sustituirse o mejorarse. Piero Calamandrei dice:

{...} El concepto de *provisoriedad* {...} es un poco diverso, y más restringido, que el de *temporalidad*. *Temporal* es, simplemente, lo que no dura siempre; lo que independientemente de que sobrevenga otro evento, tiene por sí mismo duración limitada: *provisorio* es, en cambio, lo que está destinado a durar hasta tanto que sobrevenga un evento sucesivo, en vista y en espera del cual el estado de Provisoriedad subsiste durante *el tiempo intermedio*.¹⁴(Cursiva en texto original).

Siguiendo al referido autor, la Provisoriedad que se asimila a interino, es el toque distintivo de las providencias cautelares que las diferencian de las demás providencias jurisdiccionales en su fin ya que las providencias cautelares no constituyen un fin por sí mismas, tienden a asegurar el proceso principal, en consecuencia son provisorias o provisionales.

1.2.3. Instrumentalidad

Doctrinariamente es Piero Calamandrei, principalmente, quien defiende la instrumentalidad de las providencias cautelares, ya que las medidas cautelares no

¹⁴ Piero Calamandrei. *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*. Óp. cit., p.36.

constituyen un fin en sí mismas, y ha sostenido la función preventiva y de aseguramiento de la tutela cautelar.

La instrumentalidad es de diametral importancia en el estudio de la tutela cautelar pues de otro modo si quien ha solicitado la medida cautelar ha obtenido satisfacción de la pretensión de fondo, ya no tendría razón de ser el proceso principal.

Las medidas cautelares son instrumentales, es decir son necesarias para el aseguramiento del proceso principal, así lo explica García de Enterría, en sus comentarios sobre la sentencia Inglesa Regina v. Secretary of State for Transport, Ex Parte Factortame Limited and others, 1989, y la Negación General de Medidas Cautelares contra la Corona, en la que básicamente en un conflicto de pesca Anglo - Español la Cámara de los Lores en segunda apelación confirman denegación de medidas cautelares contra una ley Británica de 1988 La Merchant Shiping Act que perjudicaba a compañías de pesca españolas, al respecto dice:

La potestad de acordar medidas cautelares no es un poder jurisdiccional sustantivo e independiente del poder jurisdiccional de decidir en un proceso en cuanto al fondo; es un simple medio instrumental de hacer que esa decisión de fondo pueda pronunciarse en condiciones de ser efectiva. Una tutela judicial efectiva requiere *sine qua non* ese poder instrumental {...}.¹⁵ (Cursiva en texto original).

García de Enterría muestra sus reparos en cuanto a la referida sentencia en la que la justicia británica niega las medidas cautelares, aduciendo que la suspensión de la ley podía ser decidida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sin embargo, sin las cuales, y hasta que el Tribunal de Justicia conozca y resuelva si existe en Derecho Comunitario una norma que imponga y faculte a los jueces nacionales a acordar medidas cautelares contra su propio Derecho Nacional (cuestión prejudicial), la decisión de fondo sería vana e inefectiva, explicando su carácter de instrumental. Lo ideal hubiera sido que la justicia británica suspenda el fallo, pregunte al Tribunal de Justicia sobre la validez de normas o actos comunitarios como la de no discriminación por razón de nacionalidad, pero hasta que se decida la cuestión de fondo debía suspender cautelarmente la ley de 1988. No es un asunto de división de poderes, es un asunto de tutela judicial efectiva que es lo que le compete a la función judicial, es su razón de ser.

¹⁵ Eduardo García de Enterría. *La Batalla por las Medidas Cautelares. Óp. cit.*, p. 66.

1.2.4. Variables o Mutables

Esto se refiere a que pueden sufrir modificaciones, en tanto se emite la decisión de fondo, es decir si la medida adoptada inicialmente, a través del paso del tiempo deviene en inadecuada, se la puede modificar a fin de que siga siendo efectiva, en este sentido Pablo Gallegos Fedriani dice:

Son provisionales, pues no causan instancia; es decir, la decisión que recae al respecto no produce cosa juzgada, pues ante hechos sobrevinientes pueden cesar, ser sustituidas unas por otras más prácticas y menos gravosas, ampliadas o disminuidas.¹⁶

Las medidas cautelares no tiene virtud de cosa juzgada ya que son fungibles a los hechos supervinientes.

En este sentido el notable jurista ecuatoriano Edgar Neira, dice:

La providencia que adopta una medida precautoria no produce el efecto de cosa juzgada y su duración estará determinada por el mantenimiento de las circunstancias que justificaron su adopción, de manera que si éstas permanecen invariables, la medida cautelar debe ser conservada; pero si las circunstancias varían o desaparecen, la medida podría modificarse, sustituirse o ser dejada sin efecto. Este último caso refiere a la revocabilidad por eliminación o desaparición de las circunstancias que en su momento justificaron su adopción.¹⁷

1.2.5. Carecen de Autonomía

Las medidas cautelares sirven para asegurar la eficacia de otro proceso, del principal o de fondo y deben asegurar que la resolución ulterior pueda ser cumplida y ejecutada. De tal modo que siempre están preordenadas y al servicio del proceso principal.

El proceso cautelar necesariamente deriva de otro proceso o eventual proceso, el proceso cautelar no necesariamente debe coincidir con el proceso principal, pues sería una acción similar paralela, a esto se refiere esta característica pues las medidas cautelares no

¹⁶Pablo Gallegos Fedriani. *Las Medidas Cautelares contra la Administración Pública*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma S.R.L., 2002, p.39.

¹⁷Edgar Neira Orellana. "Sobre la suspensión de los efectos de los actos administrativos y la tutela cautelar en el contencioso administrativo Ecuatoriano". *Revista Ruptura*. No. 50, p. 110.

tienen autonomía y siempre se supeditarán a la consecución de la tutela jurisdiccional efectiva. Tampoco pueden adelantar la sentencia de fondo.

El maestro Carnelutti lo explica así:

La función mediata del proceso cautelar {...} implica, por tanto, la existencia de dos procesos respecto de la misma litis o del mismo asunto; el proceso cautelar, a diferencia del proceso definitivo, no puede ser autónomo.¹⁸

1.2.6. Carácter Sumario en su trámite

Esto se refiere a que “*el conocimiento judicial previo a su dictado es limitado, superficial y fragmentario, el cual no es precedido por un contradictorio, cumpliéndose sin audiencia de la otra parte*¹⁹”, todo esto para asegurar su eficacia.

Cuando lo que se pretende es brindar tutela judicial efectiva, el trámite de concesión de medidas cautelares será breve, estas deben liberarse del formalismo jurídico a fin de evitar daños irreversibles e irreparables. Por su carácter eminentemente preventivo deben brindar protección efectiva y eficaz.

Lo que nos lleva a la siguiente característica:

1.2.7. Inaudita Altera Pars

Si acudimos al significado de la locución latina diremos que el auto mediante el cual se ordenan medidas cautelares se dicta *Inaudita Altera Pars*, que literalmente significa: no oída la otra parte, esto implica que no hay necesidad de escuchar a la otra parte y sin audiencia previa se las puede conceder o decretar, esto a simple vista puede parecer desigual, sin embargo para evitar justamente alguna desigualdad se debe acudir al humo de buen derecho.

Entonces con la petición de la parte interesada y bastando la apariencia de buen derecho y el peligro en la demora deben concederse.

¹⁸ Francesco Carnelutti. *Instituciones del Proceso Civil*. Traducción de la Quinta Edición Italiana por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América S.A., 1959, p. 87.

¹⁹ *Ibid.*

Si se implementan las medidas cautelares en nuestro país, el contradictorio se podría presentar, luego de la concesión de la medida, por quien se siente perjudicado y una vez este se oponga a alguna medida cautelar otorgada, para lo cual los jueces deberán conceder la medida motivadamente y atender las impugnaciones de igual manera.

Si se positiviza esta institución en la Ley que regule la jurisdicción Contencioso administrativa, hay que tener extrema sutileza en cuanto a su redacción a fin de evitar dejar un abierto margen para atribuciones jurisdiccionales que podrían desnaturalizar la institución y poner en riesgo la seguridad jurídica.

El principio de contradicción garantiza el derecho de las partes en un proceso, sin embargo no olvidemos que las medidas cautelares son provisorias, no son un proceso propiamente dicho por así decirlo, son una especie de aseguramiento del principal, una cuestión incidental. Distinto sería si con las medidas cautelares se llegara a una decisión de fondo, entonces ahí sí sería inminente el contradictorio por parte del que se opone, (tutela anticipada), pero en la tutela meramente cautelar no es el caso.

Este análisis realizado de los caracteres de la tutela cautelar es sumamente importante, debido a que el presente trabajo investigativo se centra en la Tutela Cautelar clásica y propiamente dicha, a fin de que no se confunda esta institución con otras tutelas que no necesariamente son cautelares, me refiero a las diligencias que no son cautelares pese a que solucionan cuestiones de urgencia, a la cual no se hará referencia puesto que el tema que nos compete es meramente la tutela cautelar, se deja sentado que las medidas cautelares no satisfacen anticipadamente ni implican una decisión sobre el fondo, no se agotan en sí mismas (autosatisfactivas-tutela anticipada o definitiva), ya que están al servicio de un proceso principal.

1.2.8. No necesariamente proceden a petición de parte

La medida cautelar no necesariamente debe operar a petición de parte, por ejemplo en el caso de la suspensión judicial de los efectos del acto administrativo, la suspensión debería operar con la sola interposición de la acción judicial, para la disposición de medidas cautelares, no debe limitarse la tutela judicial efectiva en ningún momento procesal, lo que se debe trazar claramente son las competencias y límites de los jueces, en cuanto a disponerlas. En este contexto el jurista ecuatoriano Dr. Edgar Neira dice:

En un sinnúmero de casos las leyes ecuatorianas disponen que la eficacia del acto administrativo quede suspendida a partir del momento en que el administrado ha planteado una impugnación: sea ésta en vía administrativa o en vía jurisdiccional. En uno y otro caso, el administrado no está obligado a solicitar esa suspensión, mucho menos fundamentarla en derecho; tampoco le está atribuido al órgano administrativo o al juez de que se trate, resolver nada respecto de la suspensión de los efectos del acto que ha sido impugnado, por cuanto la suspensión deriva de un mandato imperativo que el legislador ha dispuesto aun contra la voluntad del órgano llamado a ejecutarlo.²⁰

Sin embargo en la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa no contempla la posibilidad de suspender los efectos del acto administrativo al plantearse la demanda ante la justicia contencioso administrativa, solamente opera la suspensión en caso de las resoluciones de la Contraloría General del Estado, cuando los servidores públicos rinden caución.

La ley que regula la jurisdicción contencioso administrativa debe establecer que la suspensión de los efectos del acto administrativo debe operar cuando se interpone una demanda o a pedido de parte en todos los casos y en el momento procesal necesario, no solamente tratándose de resoluciones de cierta entidad; y en el caso de las demás medidas cautelares se debe establecer la posibilidad de solicitarlas y disponerlas en cualquier momento procesal.

1.3. Clases de Medidas Cautelares

A continuación una clasificación práctica de las medidas cautelares que podría resultar útil en la justicia Contencioso Administrativa:

1.3.1. Por su finalidad

Continuando con el análisis doctrinario diremos que la finalidad de las medidas cautelares es netamente de aseguramiento y prevención, esta sería la finalidad genérica de las medidas cautelares, en cuanto a esta clasificación y sobre lo que recae la medida cautelar, la siguiente clasificación es muy acertada que si bien se la ha desarrollado en el ámbito civil, podría ser extensible al ámbito administrativo:

²⁰Edgar Neira Orellana. "Sobre la suspensión de los efectos de los actos administrativos...". *Óp. cit.*, p. 74.

Las medidas mencionadas pueden clasificarse, siguiendo a Podetti:

En tres grandes categorías que atienden conjuntamente a la materia sobre la cual versen (cosas, pruebas y personas) y a la finalidad que persiguen:

- 1) medidas para asegurar bienes. Entre estas, a su vez cabe distinguir las que tienden a asegurar la ejecución forzosa (embargo preventivo, intervención sustitutiva del embargo, secuestro) de las que persiguen mantener un statu quo, respecto de bienes o cosas (prohibición de litis, intervención de mera vigilancia y administración judicial).
- 2) medidas para asegurar elementos probatorios.
- 3) medidas para asegurar personas.²¹

En el ámbito penal encontramos por ejemplo, a las medidas para asegurar bienes, así el Art. 549 del Código Orgánico Integral Penal establece como este tipo de medidas: “1. el secuestro 2. Incautación 3. La retención 4. La prohibición de enajenar”²², y es muy importante resaltar en este ámbito que en nuestro país incluso existen medidas cautelares dirigidas a las personas jurídicas.

Las Medidas de aseguramiento de Pruebas, pueden ser una forma judicial de constituir las previamente, o por ejemplo de asegurar su estado, si existe por ejemplo peligro de variación o destrucción.

Medidas cautelares sobre personas: El fin de estas medidas recae sobre la persona misma, claro ejemplo lo podemos encontrar en la: “Prohibición de ausentarse del país, por ejemplo”²³.

1.3.2. Nominadas e Innominadas

Las nominadas como su nombre lo infiere son aquellas que se encuentran contenidas en la ley adjetiva, mientras que las innominadas se refieren a la cláusula abierta para decretarlas, dependiendo de la naturaleza del caso y del peligro en la demora.

Las innominadas nacen de la libre configuración del juez de acuerdo al caso, atendiendo siempre a la necesidad de tutela judicial efectiva.

²¹ Enciclopedia Jurídica online. <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/proceso-cautelar/proceso-cautelar.htm> (acceso: 09/03/15).

²² Código Orgánico Integral Penal. Artículo 549. Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014.

²³ Código Orgánico Integral Penal. Artículo 522. Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014.

1.3.3. Conservativas e Innovativas

Carnelutti realizó la distinción entre “*prevención conservativa*” y “*prevención innovativa*”²⁴, las medidas conservativas básicamente procuran mantener una situación de hecho o de derecho, la clásica medida conservativa por excelencia es la suspensión de los efectos del acto administrativo, en cambio las innovativas procuran obtener un cambio en el estado de hecho o de derecho, también se las conoce como positivas.

Las medidas innovativas, en algunos países actualmente no son aceptadas, por ejemplo en el caso de Chile, se considera que alterar la situación de hecho previa, equivale a anticipar el pronunciamiento sobre el fondo, lo que a los jueces les resulta vedado.²⁵

Sin embargo se podría cambiar la situación de hecho sin que esto implique prejuzgamiento del fondo del asunto, como se verá más adelante en el estudio de las medidas positivas.

1.4. Medidas Cautelares en lo Contencioso Administrativo

Entre las medidas que se han desarrollado en el ámbito de la Jurisdicción Contencioso Administrativa podemos revisar:

1.4.1. Suspensión de los Efectos del Acto Administrativo

Esta es la medida cautelar clásica que se ha desarrollado en derecho procesal administrativo, y tiene que ver directamente con la ejecutoriedad de los actos administrativos.

A estas medidas la doctrina las conoce como medidas de no innovar.

Nótese que: “la suspensión no es una medida cautelar eficaz frente a denegaciones, frente a inactividades”²⁶, o frente a decisiones abusivas, de tal manera que los jueces deben contar no sólo con estas medidas conservatorias sino que también debe contar con medidas de prestación positiva.

²⁴Francesco Carnelutti. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: UTEHA, 1944, p. 249.

²⁵ Jaime Greif. *Las Medidas Cautelares en América. Medidas Cautelares*. 1ed. Jaime Greif et al. Argentina: Rubinzal-Culzoni, 2002, p.17.

²⁶Eduardo García de Enterría. *Hacia una nueva Justicia Administrativa*. 2da. ed. Madrid: Civitas, 1992, p. 65.

La suspensión de los efectos del acto administrativo debería operar una vez se ha interpuesto la demanda contencioso-administrativa, o previo a la demanda si el administrado acude ante el juez contencioso administrativo para solicitar tutela cautelar, bajo la premisa de apariencia de buen derecho, así y sin más trámite se debe disponer la suspensión.

La ejecutoriedad y exigibilidad del acto administrativo, así como la presunción de legitimidad obligan a que el acto deba ejecutarse pese a la interposición de una acción ante la justicia administrativa, en sede administrativa sí se puede suspender, pero no es requisito acudir previamente o agotar la vía administrativa, pues los administrados pueden acudir directamente a la jurisdicción contencioso administrativa, sin embargo Ecuador en el ámbito contencioso administrativo no contempla la posibilidad de suspender cautelarmente los efectos del acto impugnado.

En cuanto al momento procesal oportuno para solicita la suspensión judicial de la ejecución del acto administrativo Agustín Gordillo señala:

Lo más común es que la suspensión del acto se pida al tribunal en forma simultánea con la interposición de la demanda o recurso de que se trata. También es posible, en algunos ordenamientos locales, pedirlo como medida previa o anticipada, es decir antes de la interposición de la acción. Nada impide, aunque es menos frecuente, pedirlo con posterioridad al inicio del proceso. Esto último puede ocurrir cuando la verosimilitud del derecho se aprecia ya más efectivamente del comienzo de producción de la prueba. El tribunal decide en forma sumaria si la suspensión es procedente, en auto que es apelable al sólo efecto devolutivo.²⁷

1.4.2. Medidas Positivas

Las medidas cautelares surgen como respuesta a la mera suspensión de los efectos del acto administrativo, teniendo en consideración que la justicia administrativa tutela derechos e intereses y no es solamente un juicio objetivo al acto, es decir esta medida no se limita solamente a mantener una situación jurídica existente sino que establece una nueva situación jurídica.

²⁷ Agustín Gordillo. *Tratado de Derecho Administrativo*. 7ma Ed. Buenos Aires: Porrúa, 2004, p.189.

A estas medidas la doctrina las conoce también como innovativas y podrían ser muy útiles por ejemplo en el caso de inactividad de la administración, con esta medida se puede obligar a que la administración se pronuncie motivadamente, esto a manera de ejemplo.

De forma brillante explica García de Enterría la funcionalidad de estas medidas a propósito del excelente Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 21 de marzo de 1991, auto que en síntesis trata sobre un acto que denegaba la inscripción de una sociedad (recurrente) en un Registro de Entidades de Inspección y Control Reglamentario, inscripción que era indispensable para actuar en materia de seguridad industrial, denegación que había sido confirmada en alzada por la Consejería, por lo que la sociedad pide en su recurso contencioso protección cautelar inmediata y básicamente: 1) solicitan la suspensión de los actos impugnados o bien 2) la habilitación para actuar en tanto se tramita el recurso. La Sala hábilmente analiza que la segunda petición tendría un efecto útil, la sala razona en que existe “*un principio de vinculación más fuerte*”, que exige dar prioridad al cumplimiento de los mandatos constitucionales con mayor razón aquellos que son expresión o reflejo del contenido de derechos fundamentales, la Sala también analiza si la concesión de una medida cautelar positiva podría implicar riesgos a la seguridad en cuanto a las instalaciones industriales; es así que el mencionado auto concluye manifestando:

...ACUERDA AHORA EL TRIBUNAL, CON EL CARÁCTER DE MEDIDA CAUTELAR POSITIVA REQUERIR A LA ADMINISTRACION AUTORA DE LOS ACTOS RECURRIDOS PARA QUE, EN EL PLAZO DE TREINTA DIAS HÁBILES, DICTE NUEVA RESOLUCIÓN EXPRESIVA: 1) DE LOS MOTIVOS DE FONDO, SI LOS HUBIERE, DETERMINANTES DE LA DENEGACIÓN ACORDADA EN DICHOS ACTOS; 2) DE LA CONEXIÓN DE ELLOS CON EL VALOR SEGURIDAD DE PERSONAS Y BIENES, Y 3) DEL CARÁCTER SUBSANABLE O INSUBSANABLE DE LAS DEFICIENCIAS APRECIADAS.²⁸ (mayúscula en texto original).

²⁸ Eduardo García de Enterría. *La Batalla por las Medidas Cautelares*. Óp. cit., p. 256.

Es notable la sutileza y el aporte que constituye el auto analizado en la justicia administrativa, ya que se obliga a la administración expedir nueva resolución y a pronunciarse sobre si se podrá subsanar las deficiencias por parte de la recurrente en el plazo de treinta días hábiles, nótese la provisionalidad y además hay que destacar que es acertada la decisión, ya que si se emitía la habilitación solicitada por la recurrente se podía poner en peligro la seguridad industrial y la seguridad de la colectividad, pero tampoco se deja al recurrente en indefensión simplemente obligándolo a esperar, en este ejemplo la recurrente no tendrá que esperar largos años, pues la Sala al contar con la resolución en la que la administración motive principalmente en cuanto a la seguridad de personas y cosas tendría ya estaría en capacidad de decidir. Es decir se ha impuesto a la administración la obligación de hacer determinada cosa, en este caso emitir nueva resolución, nótese que la resolución no habilita inmediatamente al recurrente, tampoco se impone a la administración la obligación de emitir tal habilitación, ni suspende indefinidamente los efectos del acto impugnado, lo que sucede es que en un plazo razonable debe motivar sus decisiones administrativas y determinar si será subsanable; se colige entonces que lo que ha decidido el Tribunal tiene el carácter de cautelar pues no ha emitido la autorización con la que terminaría la causa.

Continuando con el análisis del Auto, al respecto García de Enterría explica que frente a un acto administrativo denegatorio de la Administración, se impone a ésta como medida provisional, mientras el proceso se sustancia una determinada conducta, el surgimiento de esta medida cautelar positiva, según el jurista español, supera definitivamente el famoso carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa y dice:

Queda con esta relación definitivamente superado el famosocarácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa [...]. Las viejas técnicas del proceso al acto, de la impavidez de la Administración ante el juez, del que estaría separado por una idea de la división de poderes que la exime de asumir plenamente la posición de parte; la presunción automática de validez de que se beneficiaban los actos de la Administración, aún los puramente presuntos o por silencio, sin que los jueces pudiesen pedir explicaciones sobre la significación de tales actos en un caso, por enigmáticos o arbitrarios que pareciesen; la limitación del proceso al enjuiciamiento sobre un expediente ya concluso y no sobre una conducta viva, que permanece y sigue siendo relevante una vez que se ha abierto el proceso; todos esos viejos dogmas han saltado por los aires.²⁹

²⁹ *Id.*, p. 251.

El maestro español también afirma que la aparición de estas medidas provoca la desaparición de los viejos mitos infundados, y que todo esto se debe técnicamente a la aplicación rigurosa y estricta de la Tutela Judicial Efectiva contenida en la Constitución.

1.5. Medidas Cautelares en el Ecuador

Como se ha explicado en líneas anteriores, en nuestro país si se cuenta con medidas cautelares en otras ramas del derecho, sin embargo la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa no las contempla, de hecho no se admiten incidentes así reza el Art. 42 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establece que tanto las excepciones dilatorias como las perentorias y, en general, todos los incidentes que se suscitaren durante el juicio, no serán de previo o especial pronunciamiento y se resolverán en sentencia. Ahora bien, en este punto se analizarán las medidas cautelares Constitucionales.

Principalmente es el ámbito civil en nuestro país el que más desarrollo tiene en cuanto a las medidas cautelares.

El Art. 269 del Código de Procedimiento Civil establece: “Sentencia es la decisión de la jueza o el juez acerca del asunto o asuntos principales del juicio; mientras que el Art. 270 dice: “Auto es la decisión de la jueza o el juez sobre algún incidente del juicio”³⁰, la concesión de una medida cautelar en vía jurisdiccional en el Ecuador es entonces a través de un Auto.

De igual manera el Código de Procedimiento Civil establece que la jueza o el juez que conoce de la causa principal conocerá de los incidentes que en ella se lleguen a producir.

Dentro del juicio contencioso administrativo: que el juez de la causa resuelva una medida cautelar procesal como cuestión incidental, en nuestra legislación, es una posibilidad que no se encuentra contemplada, pese a las exigencias que establece y que implica el Art. 75 de nuestra carta fundamental, que contiene el derecho a la Tutela Judicial efectiva.

1.6. Medidas Cautelares Constitucionales

³⁰ Código de Procedimiento Civil. Artículo 270.- Reformado por la Disposición Reformativa segunda, num. 3 de la Ley s/n, Registro Oficial No. 544-S de 9 de marzo de 2009.

La exposición de motivos para la expedición de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales dice:

[...]la Constitución y los tratados internacionales, en particular la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconocen que el fin del Estado y de la organización social es el goce de los derechos de los seres humanos y de la naturaleza y que, para tal efecto, deben existir recursos sencillos y rápidos ante los jueces o tribunales competentes que les permitan amparar a los seres humanos y a la naturaleza frente a actos u omisiones que amenacen o violen sus derechos, [...]es indispensable que exista un procedimiento cautelar, expedito y eficaz que faculte a los órganos jurisdiccionales para dictar medidas urgentes en aquellos casos en que se amenace de modo inminente y grave un derecho, y de esta manera brinde protección oportuna y se eviten daños irreversibles;³¹

En el capítulo III dentro de las Garantías Jurisdiccionales, la Constitución de la República del Ecuador establece:

Art. 87.- Se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho.³²

Si la Constitución establece que las medidas cautelares se pueden ordenar independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos y de conformidad con lo que establece el Art. 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, por cuanto en la acción contencioso administrativa (vía ordinaria) no existen medidas cautelares se debe entender que sí procederá su adopción, sin embargo la Corte Constitucional ha dicho:

Las medidas cautelares tienen como objetivo principal proteger de manera directa los derechos constitucionales, ya sea evitando o haciendo cesar la violación o amenaza de violación de un derecho, pudiendo ser estas solicitadas de manera conjunta o independiente a las acciones constitucionales de protección de derechos.³³

³¹Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Preámbulo. Registro Oficial Segundo Suplemento No. 52 de 22 de octubre de 2009.

³²Constitución de la República del Ecuador. Artículo 87. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

³³Corte Constitucional. Sentencia No. 052-11-SEP-CC. Registro Oficial Suplemento 629 de 30 de enero de 2012.

Pues bien, queda entonces claro que las medidas cautelares constitucionales procederán para la protección de derechos constitucionales, sin embargo si deberían proceder en el contencioso administrativo debido a que el trámite contemplado en la ley para este tipo de procesos no las ha contemplado.

En cuanto a los requisitos de procedencia, estos son amenaza o efectiva violación de derechos constitucionales para impedir o hacer cesar el daño causado por un hecho ocasionado por cualquier persona.

El Art. 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establece la finalidad de las garantías jurisdiccionales:

Las garantías jurisdiccionales tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación.

Las medidas cautelares tienen como finalidad prevenir, impedir o interrumpir la violación de un derecho.³⁴

El Art. 26 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que se transcribe a continuación, establece también en su inciso segundo algunos tipos de medidas cautelares que sí pueden ser aplicables en el ámbito contencioso administrativo:

Las medidas cautelares deberán ser adecuadas a la violación que se pretende evitar o detener, tales como la comunicación inmediata con la autoridad o persona que podría prevenir o detener la violación, la suspensión provisional del acto, la orden de vigilancia policial, la visita al lugar de los hechos. En ningún caso se podrán ordenar medidas privativas de la libertad.³⁵

La ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece que un daño será considerado grave cuando pueda ocasionar daños irreversibles o por la intensidad o frecuencia de la violación.

³⁴Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 6. Registro Oficial Segundo Suplemento No. 52 de 22 de octubre de 2009.

³⁵*Id.* Artículo 26.

La Ley en mención no establece la contracautela, y tampoco acepta es la proposición de una medida cautelar frente a otra medida cautelar pero en el Art. 23 contempla lo procedente en caso de abuso del derecho, mala fe, desnaturalización de los objetivos de las acciones o medidas o con ánimo de causar daño, que al efecto responderán civil o penalmente, sin perjuicio de las facultades correctivas otorgadas a las juezas o jueces por el Código Orgánico de la Función Judicial.

El Art. 27 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su inciso final niega la procedencia de medidas cautelares cuando existan medidas cautelares en las vías administrativas u ordinarias, cuando se trate de ejecución de órdenes judiciales o cuando se interpongan en la acción extraordinaria de protección de derechos.

La acción extraordinaria de protección en contra de medidas cautelares, conforme lo ha manifestado la Corte Constitucional en Sentencia No. 052-11-SEP-CC. Registro Oficial Suplemento 629, de 30 de enero de 2012, si procede, sin embargo hay que recordar el carácter mutable, variable, revocable de las medidas cautelares, que no produce efecto de cosa juzgada, como se analizó en los caracteres de las medidas cautelares, pero si se desanaturalizare esta institución y se ordenase una medida cautelar definitiva entonces se podría acudir a la acción extraordinaria de protección.

Si se desea solicitar una medida cautelar en la acción contencioso administrativa, sería necesario acudir a la vía constitucional, nótese que es necesario contar con medidas cautelares en la ley que regula la jurisdicción contencioso administrativa, así se insiste en que las facultades del juez deben estar claramente determinadas, así como los tipos de medidas aplicables a cada caso y los requisitos de procedencia.

1.6.1. Conjunta a Acciones Constitucionales

De acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales las medidas cautelares se podrán proponer conjuntamente con una garantía jurisdiccional excepto cuando se sustancia la Acción extraordinaria de protección (no proceden), para detener o cesar la violación de un derecho los jueces podrán ordenar las medidas cautelares cuando declaren la admisibilidad de la acción.

1.6.2. Independiente de las Acciones Constitucionales

Las medidas independientes se entiende se pueden interponer sin necesidad de acudir a una garantía jurisdiccional cuando se amenace con violar un derecho.

Respecto de estas medidas independientes, se transcribe continuación una sentencia de la Corte Constitucional, que en su parte pertinente dice:

La petición solicitada –medidas cautelares– fue fundamentada en disposiciones constitucionales y legales de manera independiente, no subsidiaria o accesoria a ninguna acción de protección, por lo tanto, la resolución del juez al conceder esta medida cautelar no está ligada a ningún otro proceso constitucional, sino al procedimiento que disponen los artículos 26-38 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.³⁶

En este sentido el distinguido constitucionalista ecuatoriano Dr. Rafael Oyarte dice:

Estas medidas cautelares se pueden solicitar dentro de una acción de garantía y también como proceso independiente, quedando en discusión la circunstancia de si proceden dentro de un proceso contencioso administrativo, siendo facultad del juez determinar las más adecuadas para proteger el derecho violado o amenazado.³⁷

Esta incertidumbre de si proceden dentro de un proceso contencioso administrativo, podría ser solucionada incluyendo la figura cautelar en la ley que regula la jurisdicción contencioso administrativa, en observancia de la supremacía constitucional en cuanto al derecho a la tutela judicial efectiva, el principio de legalidad y la seguridad jurídica. Además no olvidemos que si acudimos a una medida cautelar constitucional independiente, es muy probable que la Corte Constitucional no acepte a trámite el pedido con el argumento de que las medidas cautelares constitucionales protegen derechos constitucionales o que para reclamar el derecho invocado existe la vía jurisdiccional correspondiente, o también que se trata de asuntos de legalidad, sin embargo se insiste en que el contencioso administrativo no es un mero revisor de la legalidad, además si se podría acudir a la justicia constitucional debido a que la tutela judicial efectiva es un

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Rafael Oyarte Martínez. “Derechos, Deberes y Garantías Jurisdiccionales Ambientales”. *Desafíos del Derecho Ambiental Ecuatoriano frente a la Constitución Vigente*. Agustín Grijalva et al. Ecuador: CEDA. 2010, pp. 82.

derecho constitucionalmente reconocido y si no se están atendiendo mis pretensiones, derechos o peticiones no se me está brindando protección jurisdiccional.

2. Capítulo II Fundamentos Procesales

El objetivo de la jurisdicción contencioso administrativa es la satisfacción de pretensiones, la ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en su artículo 76 dice:

Salvo lo dispuesto en el artículo precedente, en ningún caso se suspenderá la ejecución o cumplimiento del acto administrativo.

Exceptúense de lo dispuesto en el artículo e inciso anterior los recursos que se propusieren contra resoluciones que expidiere la Contraloría General de la Nación en el juzgamiento de Cuentas, siempre que el rindente hubiere prestado caución para el desempeño del cargo. Cuando no la hubiere prestado o no la mantuviere vigente al momento de promover su acción, se le exigirá garantía hasta la cantidad de cincuenta mil sucres, o en proporción a las cauciones que para cargos semejantes suele exigirse.³⁸

El artículo transcrito hace mención al artículo precedente, es decir al Art. 75 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, aplicable al proceso coactivo, por tanto solamente en los proceso coactivos el administrado puede solicitar la suspensión del procedimiento, siempre y cuando el administrado afiance el interés de las entidades públicas o semipúblicas.

Aquí puede evidenciarse una suerte de medida cautelar aunque sumamente limitada en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y claramente no se cumple con los objetivos de esta jurisdicción en cuanto a la tutela efectiva de derechos e intereses de las partes, por tanto el Art. 76 deviene en inconstitucional.

2.1. Derecho Procesal

La Constitución de la República del Ecuador dice:

Art. 169.-El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia,

³⁸ Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Artículo 76. Registro Oficial No. 338 de 18 de marzo de 1968.

inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.³⁹

De tal modo que el Derecho procesal es el cauce por el cual debe encaminarse un juicio, organiza tanto la actuación de las partes, como la del juez.

Es necesario indicar que la facultad de adoptar medidas cautelares se debe encontrar expresamente en norma legal, con las facultades y alcances de los jueces y de las partes, no hay oposición en cuanto a las medidas cautelares innominadas, pero si es necesario que la tutela cautelar se positivice en el sentido que se cuente con los requisitos para su procedencia (aparición de buen derecho y peligro en la demora) así como se establezcan claramente los caracteres de las medidas cautelares.

En la norma legal que rige la acción contencioso administrativa, deben constar algunas medidas cautelares como la tradicional y por excelencia: suspensión de los efectos del acto administrativo, así como también las medidas cautelares positivas; además se debería dejar abierta la posibilidad de adoptar medidas cautelares innominadas en casos concretos, estableciendo legalmente de antemano que con la medida cautelar adoptada no se podrá lograr el objeto del litigio pues se estaría dejando de lado la provisoriedad e instrumentalidad que este trabajo investigativo también acoge y en lo que se insiste.

2.2. Jurisdicción Contencioso Administrativa

En cuanto a los orígenes de la Jurisdicción contencioso administrativa, no es adecuado precisar que es una creación revolucionaria; así según Andrés Ospina Garzón:

Suele repetirse que la existencia de una jurisdicción especial diferente de la jurisdicción judicial (ordinaria), es el resultado lógico de la separación de las autoridades administrativas y judiciales y que ésta fue instituida por la revolución a través de la ley del 16-24 de agosto de 1970;⁴⁰

³⁹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 169. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁴⁰ Andrés Fernando Ospina Garzón. *De la Jurisdicción Administrativa a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo: ¿Un viaje de ida y vuelta?*. 1ra. Edición. Bogotá: Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 2009, pp. 22-23

Sin embargo, la jurisdicción contencioso administrativa data de mucho tiempo atrás, de acuerdo con el referido autor, criterio que es compartido, pues:

El Consejo de Estado francés funda sus orígenes en pleno Medioevo luego de la separación de la Curia regis (Corte del Rey) de los reyes capetianos. De esta separación (siglo XIII) nace el Consejo del Rey o Consejo de Estado, el Parlamento y la Cámara de Cuentas del Rey, en París.⁴¹

El Consejo de Estado, tenía facultades consultivas y jurisdiccionales en materia civil o penal, era una jurisdicción ejercida por el rey, y según el referido autor, es a finales del siglo XV que: “una parte del Consejo de Estado se especializó en los asuntos contenciosos de la jurisdicción real con el nombre de Gran Consejo de Estado, mientras que otra se dedicó a los asuntos de la administración del reino”.⁴² Como se puede evidenciar el Gran Consejo era el llamado a resolver los litigios.

Entonces en la época descrita, ya existía un organismo llamado a conocer los litigios y controversias administrativas, y posteriormente en el siglo XVII, aparecieron los intendentes del Rey que fueron una suerte de lo que hoy conocemos como primera instancia en este tipo de controversias.

En este largo proceso histórico, como lo afirma Cassagne se asignó competencia para resolver los conflictos entre los particulares y la Administración a órganos administrativos separados de la Administración activa (Intendentes y Consejo del Rey).

La Revolución Francesa suprimió los Intendentes y el Consejo del Rey y transfirió: “la función de juzgar a la Administración a los propios órganos de la Administración activa, que de esa manera eran a la vez jueces y partes en un mismo conflicto.”⁴³ Esto tuvo como consecuencia que se brindó inmunidad a la Administración, y luego de nueve años Napoleón regresó al antiguo régimen con la creación de un Consejo de Prefectura en cada departamento, que atendía ciertos temas administrativos, posteriormente se creó el Consejo de Estado y el desarrollo del derecho administrativo francés con sus notables aportes al Derecho Administrativo conforme lo explica el notable Juan Carlos Cassagne.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Id.*, p. 25.

⁴³ Juan Carlos Cassagne. *La justicia administrativa en Iberoamérica*.
www.usfq.edu.ec/publicaciones/...de.../La_justicia_administrativa.pdf(acceso: 23/04/2014).

Sin embargo en este punto, es necesario señalar que la Revolución Francesa sin duda se constituye en un pilar fundamental del Derecho Administrativo debido a los documentos que produjo como la Declaración de los Derechos del Hombre que establece las máximas del Derecho Administrativo: “el principio de legalidad de la acción de los poderes públicos {...}, y, en segundo lugar, el principio de la libertad...”⁴⁴. El principio de legalidad será analizado con mayor detenimiento más adelante.

2.3. Jurisdicción Contencioso Administrativa Ecuatoriana

En el Ecuador, podemos encontrar un antecedente a la jurisdicción contencioso administrativa en la Constitución ecuatoriana de 1830, sin embargo solamente con funciones auxiliares y consultivas del Ejecutivo.⁴⁵ Este carácter meramente auxiliar del Ejecutivo: de consejo, de consulta, lo mantuvo en las siguientes Constituciones, en algunas bajo la denominación de Consejo de Estado y en otras como Consejo de Gobierno.

En la Constitución Política de la República del Ecuador de 1906, se establece en su Art. 97 que en la Capital de la República habrá un Consejo de Estado que estará compuesto por “el Presidente de la Corte Suprema, el Presidente del Tribunal de cuentas”⁴⁶, por los Secretarios de Estado, quienes tenían voto meramente informativo, dos Senadores, dos Diputados y tres ciudadanos con las cualidades necesarias para ser Senador. El Consejo de Estado estaba presidido por el Presidente de la Corte Suprema; y, a falta de éste, “un Consejero nombrado por los demás.”⁴⁷

Es necesario destacar que en ésta Constitución se establece como facultades del Consejo de Estado, principalmente: “conocer y decidir las cuestiones contencioso-

⁴⁴ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo. Óp. cit.*, p. 576.

⁴⁵ La Constitución del Estado del Ecuador Publicada en Registro Auténtico 1, 31-V-1830, establece en su artículo 42, que para auxiliar al Poder Ejecutivo en los diversos ramos de la administración, habrá un Consejo de Estado, más adelante en el artículo 44 ibídem, también se evidencia esta facultad consultiva, ya que corresponde al Consejo de Estado dar dictamen para la sanción de las leyes; en todos los negocios graves en que fuere consultado: sobre los proyectos de ley que presentare el Gobierno; y llenar las demás funciones que le atribuye la Constitución.

⁴⁶ El Tribunal de cuentas fue reemplazado por la Contraloría General de la Nación, según reformas a la Constitución de 1929. Institución que actualmente es la Contraloría General del Estado.

⁴⁷ Constitución Política de la República del Ecuador. Artículo 97. Registro Oficial No. 292 de 23 de diciembre de 1906.

administrativas”⁴⁸, así como: “velar por la observancia de la Constitución y las leyes, y proteger las garantías constitucionales, excitando para su respeto e inviolabilidad al Poder Ejecutivo, a los Tribunales de Justicia y a las demás autoridades a quienes corresponda.”⁴⁹ Como se puede ver, y como bien lo afirma Marco Morales en esta Constitución encontramos: “Los primeros datos de esta institución procedimental”⁵⁰.

La Constitución Política de 1928, entre las atribuciones del Consejo de Estado establece principalmente:

Art. 117.- Son atribuciones y deberes del Consejo de Estado:

2° Declarar, por acción popular, la nulidad de los Decretos o Reglamentos que dictare el Poder Ejecutivo, en contravención a la Constitución y a las leyes de la República;

7° Dar curso a las denuncias que se presentaren acerca de la violación de la Constitución y las leyes, y preparar las acusaciones contra el Presidente de la República y los altos funcionarios, y los recursos de queja contra los Ministros de la Corte Suprema;

10° Ejercer jurisdicción en lo contencioso-administrativo, en la forma y casos determinados por la Ley;⁵¹

Posteriormente, la Constitución de 1945 en su Art. 160, crea el Tribunal de Garantías Constitucionales, que reemplazó al Consejo de Estado en cuanto a sus atribuciones en control de constitucionalidad, así como en cuanto a sus funciones jurisdiccionales en lo contencioso administrativo.⁵²

La Constitución Política de 1967, otorga competencia a los Tribunales de lo contencioso para el conocimiento de cuestiones administrativas y tributarias en todo el

⁴⁸ Constitución Política de la República del Ecuador. Artículo 98. Registro Oficial No. 292 de 23 de diciembre de 1906.

⁴⁹ Constitución Política de la República del Ecuador. Artículo 98. Registro Oficial No. 292 de 23 de diciembre de 1906.

⁵⁰ Marco Morales Tobar. *Manual de Derecho Administrativo*. 1ra Edición. Quito: CED, 2011, p. 474.

⁵¹ Constitución Política de la República del Ecuador. Artículo 117. Registro Oficial No. 138 de 26 de marzo de 1929.

⁵² Constitución Política del Ecuador. Artículo 160. Registro Oficial No. 228 de 06 de marzo de 1945.

país, para conocer las impugnaciones contra reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública, y conocer sobre su legalidad o inaplicabilidad.⁵³

En 1968 se expide la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, mediante Ley No. 035, publicada en Registro Oficial No. 338, de 18 de marzo de 1968.

La Constitución de 1978, establece que son órganos de la Función Jurisdiccional, entre otros, “el Tribunal de lo Contencioso Administrativo”⁵⁴, sin embargo el Tribunal de lo Contencioso Administrativo fue suprimido por las reformas constitucionales del 23-XII-1992, que descentralizó el Tribunal de lo Contencioso con sede en Quito y estableció que para el conocimiento de las causas en materia contencioso administrativa habrá Tribunales Distritales en: Quito (2 salas), Guayaquil (1 sala), Cuenca (1 sala) y Portoviejo (1 sala) y la casación en estas materias “a cargo de las salas especializadas de la Corte Suprema de Justicia”⁵⁵. Posteriormente se en 1997 se creó el Tribunal Contencioso Administrativo en Ambato pero esta creación fue solamente teórica, luego se creó el Tribunal Distrital con sede en Loja para conocer temas administrativos y tributarios.

El Código Orgánico de la Función Judicial publicado en Registro Oficial No. 544-S, de 9 de marzo de 2009, modificó la estructura orgánica de la Función Judicial, transfiriendo las competencias de los tribunales distritales de lo contencioso administrativo a las salas de lo contencioso administrativo de las Cortes Provinciales, sin embargo, éstos seguirían en funciones hasta que el Consejo de la Judicatura integre las salas.

La Ley Orgánica reformativa del Código Orgánico de la Función Judicial de 17 de julio de 2013 elimina las salas de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial y establece Tribunales Distritales en el número y ubicación que el Consejo de la Judicatura lo determine.

Actualmente en el Ecuador, como se evidencia, la competencia procesal administrativa se ha confiado al poder judicial, lo que implica control jurisdiccional de la administración, ésta vía jurisdiccional decide en forma definitiva sobre la actuación administrativa.

2.3.1. Competencia Contencioso Administrativa Ecuatoriana

⁵³ Constitución Política del Ecuador. Artículo 215. Registro Oficial No. 133 de 25 de mayo de 1967.

⁵⁴ Constitución Política del Ecuador. Artículo 98. Registro Oficial No. 800 de 27 de marzo de 1979.

⁵⁵ Efraín Pérez. *La administración pública ecuatoriana en el siglo*
xx. www.estade.org/.../Administracin%20Pblica%20s.%20xx.doc. (acceso: 23/04/2014).

En cuanto a las competencias de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 217 del Código Orgánico de la Función Judicial encontramos las siguientes:

1. Conocer y resolver las controversias que se suscitaren entre la administración pública y los particulares por violación de las normas legales o de derechos individuales, ya en actos normativos inferiores a la ley, ya en actos o hechos administrativos, siempre que tales actos o hechos no tuvieren carácter tributario;
2. Supervisar la legalidad de los actos y hechos administrativos, y la potestad reglamentaria de la Administración no tributaria, como también las acciones judiciales que se incoen por su inactividad;
3. Conocer y resolver las impugnaciones que se propusieren en contra de los reglamentos, resoluciones y más actos normativos de rango inferior a la ley, en materia no tributaria, provenientes de las instituciones del Estado que integran el sector público;
4. Conocer y resolver las demandas que se propusieren contra actos, contratos o hechos administrativos en materia no tributaria, expedidos o producidos por las instituciones del Estado que conforman el sector público y que afecten intereses o derechos subjetivos de personas naturales o jurídicas; inclusive las resoluciones de la Contraloría General del Estado, así como de las demás instituciones de control que establezcan responsabilidades en gestión económica en las instituciones sometidas al control o juzgamiento de tales entidades de control. Igualmente conocerán de las impugnaciones a actos administrativos de los concesionarios de los servicios públicos y de todas las controversias relativas a los contratos suscritos por los particulares con las instituciones del Estado;
5. Conocer de las acciones de prescripción de créditos fiscales no tributarios que propongan contra la administración nacional, regional, municipal o de las demás personas jurídicas que integran el sector público;
6. Conocer y resolver de las controversias regidas por la Ley de Propiedad Intelectual;
7. Conocer las demandas que se propongan contra los actos administrativos y las resoluciones expedidas por el Consejo de la Judicatura, el Pleno del Consejo de la Judicatura, el Director General y los Directores Provinciales;
8. Conocer y resolver las acciones propuestas contra el Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, en las que se reclame la reparación de las violaciones a los derechos de los particulares por falta o deficiencia de la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos;
9. Conocer y resolver las acciones propuestas contra el Estado en las que se reclame la reparación de los daños y perjuicios causados por error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por violaciones de los principios y reglas del debido proceso, sin perjuicio de lo establecido en el Código de Procedimiento Penal;

10. Conocer los juicios de excepciones a la coactiva en materia no tributaria, y las impugnaciones al auto de calificación de posturas; así como también las acciones de nulidad del remate, los reclamos de terceros perjudicados y tercerías;
11. Conocer de las impugnaciones efectuadas por los titulares de la administración pública respecto de actos lesivos al interés público y que no puedan ser revocados por la propia administración;
12. Conocer de las impugnaciones a las declaraciones de ruina y órdenes de ejecución de obras de conservación, reforma y rehabilitación de inmuebles;
13. Conocer de las impugnaciones a sanciones administrativas firmes contra las servidoras y los servidores públicos, emanadas de las instituciones del Estado que conforman el sector público, cuando tales cuestiones de personal no se refieran al nacimiento o extinción de la relación de servicio de servidoras y servidores públicos; salvo lo dispuesto en normas especiales;
14. Conocer y resolver las causas que instaure la Administración para repetir las indemnizaciones que hubiere tenido que pagar por sentencias firmes dentro de juicios contencioso administrativos, por la responsabilidad declarada de sus servidores o de las personas que por delegación, concesión o privatización, se les haya entregado servicios públicos; y,
15. Los demás asuntos que establezca la ley.⁵⁶

Como podemos observar actualmente la Jurisdicción Contencioso Administrativa tiene competencia para conocer una amplia gama de impugnaciones.

2.4. El Juicio Contencioso Administrativo en el Ecuador

El Juicio Contencioso Administrativo en el Ecuador no ha mostrado mayores avances en cuanto a lo que refiere a la tutela judicial efectiva, se sigue caracterizando por la lentitud en su trámite, pese a que la Constitución de la República del Ecuador, en su Art. 168 establece que “la administración de justicia en cuanto a la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.”⁵⁷

No obstante conforme lo explica el jurista ecuatoriano Edgar Neira sobre las leyes y procedimientos en el Ecuador y con lo que se coincide:

[...] éstos mantienen viejos dogmas del derecho administrativo que hoy han mostrado estar desactualizados. En un proceso contencioso administrativo toda actuación

⁵⁶ Código Orgánico de la Función Judicial. Artículo 217. Registro Oficial No. Suplemento No. 544 de 09 de marzo de 2009.

⁵⁷ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 168. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

debe contar con una constancia procesal escrita y esto tiende a favorecer el retardo en la administración de justicia.⁵⁸

Es necesario indicar que el objeto del juicio contencioso administrativo es la tutela de pretensiones, derechos e intereses. La concepción de mero revisor de la legalidad debe ser superada.

Así lo explica el notable García de Enterría:

El contencioso no es, en modo alguno, en un proceso al acto, o de protección de la sola legalidad objetiva; es un proceso de efectiva tutela de derechos los del recurrente y los de la Administración (ésta, predominantemente, potestades en lugar de derechos), entre sí confrontados. No se trata, pues, de un supuesto proceso objetivo o sin partes.⁵⁹

2.4.1. Juicio subjetivo o de plena jurisdicción

El Art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa realiza una distinción entre las acciones que se pueden plantear y respecto del recurso (debería decir acción) subjetivo dice: El recurso de plena jurisdicción o subjetivo ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata.⁶⁰

Este recurso: “atiende el interés personal o particular de la o las personal que hubieran o pudieran haber sido afectadas o perjudicadas con el acto administrativo”.⁶¹

Como lo explica Juan Carlos Benalcázar Guerrón:

En suma, en el proceso subjetivo o de plena jurisdicción, la pretensión procesal gira en torno a la tutela de un derecho subjetivo que el demandante alega se ha negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo que se impugna. En este tipo de procesos evidentemente, es exigencia ineludible que el actor

⁵⁸Sentencia Salvador Chiriboga vs. Ecuador, de 6 de mayo de 2008. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁵⁹Eduardo García de Enterría. *Hacia una nueva Justicia Administrativa. Óp. cit.*, p. 60.

⁶⁰Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Artículo 3. Registro Oficial No. 338 de 18 de marzo de 1968.

⁶¹Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia. Resolución No. 62, E.E. 67 de 1 de septiembre de 2010.

invoque en su favor un derecho subjetivo, pues precisamente se trata de una vía procesal que tiende a su protección.⁶²

2.4.2. Juicio objetivo o de anulación - Exés du pouvoir

El Art. 3 inciso tercero de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establece:

El recurso de anulación, objetivo o por exceso de poder, tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo, y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando al Tribunal la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal.

Según la jurisprudencia ecuatoriana:

El recurso de anulación u objetivo es admisible cuando la norma jurídica objetiva ha sido transgredida por el acto administrativo denunciado si este es de carácter general, impersonal y objetivo, de efecto erga omnes y no inter partes a fin de defender el derecho objetivo; esto es, el imperio de la norma positiva, preservar su vigencia y la, seguridad jurídica.⁶³

Lo importante a saber es que ambos recursos de plena jurisdicción y de anulación tienen un fin común a saber:

[...]el examen y el control de la juridicidad de la actuación administrativa, con ocasión de un acto administrativo o una norma jurídica de rango inferior a la ley. De ahí que no se pueda afirmar en términos absolutos que dichos “recursos” constituyen institutos diferentes, opuestos y excluyentes entre sí.⁶⁴

2.4.3. Acción de Lesividad

Brevemente analicemos la acción de lesividad, como bien sabemos la administración puede revocar sus actos debido a razones de legitimidad o de oportunidad, sin embargo

⁶²Juan Carlos Benalcázar Guerrón. *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*. 1ra Ed. Quito: Abya-Yala, 2007, p. 186

⁶³*Ibid.*

⁶⁴Juan Carlos Benalcázar Guerrón. *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*. Óp. cit., pp. 203-204.

cuando un acto administrativo se ha emitido contraviniendo las disposiciones del ordenamiento jurídico, entonces la administración se encuentra imposibilitada para extinguir o revocar sus propios actos administrativos. Lo que ocurre entonces es que en este proceso la administración pública demanda al administrado, pretendiendo la anulación vía legal del acto que favorece al particular.

2.5. Trámite Contencioso Administrativa

2.5.1. Demanda

El juicio contencioso administrativo de conformidad con lo que establece la Ley vigente, comienza con la demanda, en cuanto a quienes pueden proponerla, nos remitiremos a lo que dispone el Art. 23 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa, que al efecto establece que podrán comparecer:

- a) La persona natural o jurídica que tuviera interés directo en ellos.
- b) Las entidades, corporaciones e instituciones de derecho público o semipúblico, que tengan la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo, siempre que el recurso tuviera por objeto la impugnación directa de las disposiciones administrativas, por afectar a sus intereses.
- c) El titular de un derecho derivado del ordenamiento jurídico que se considerare lesionado por el acto o disposición impugnados y pretendiere el reconocimiento de una situación jurídica individualizada o el restablecimiento de la misma.
- d) El órgano de la Administración autor de algún acto que, en virtud de lo prescrito en la ley, no pudiese anularlo o revocarlo por sí mismo.⁶⁵

La demanda debe ser clara, escrita y deberá presentarse directamente ante la Sala correspondiente al domicilio del administrado y se la podrá proponer contra el órgano de la Administración Pública y las personas jurídicas semipúblicas de que provinieren el acto o disposición a que se refiera la acción, así como contra las personas naturales o jurídicas a cuyo favor derivaren derechos del acto o disposición. No hay que dejar de lado que hay que legitimar la personería.

En cuanto al contenido de la demanda es necesario remitirse a lo que dispone el Art. 30 de la Ley en mención que prescribe los siguientes requisitos formales:

⁶⁵ Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Artículo 23. Registro Oficial No. 338 del 18 de marzo de 1968.

- a) El nombre del actor e indicación de su domicilio y lugar donde deben efectuarse las notificaciones en la ciudad de Quito, sede del Tribunal, y dentro del perímetro legal.
- b) La designación del demandado y el lugar donde debe ser citado.
- c) La designación de la autoridad, funcionario o empleado de quien emane la resolución o acto impugnado.
- d) Los fundamentos de hecho y de derecho expuestos con claridad y precisión.
- e) La indicación de haber precedido la reclamación administrativa del derecho, en los casos expresamente señalados por la ley, ante los funcionarios competentes, y su denegación por parte de éstos.
- f) La pretensión del demandante.
- g) La enunciación de las pruebas que el actor se propone rendir.⁶⁶

Como se puede evidenciar no existe la posibilidad de proponer una medida cautelar en la demanda, los requisitos son taxativos y si no existiera claridad o si la demanda está incompleta, se mandará a aclarar en el término de cinco días, en atención a lo que dispone el Art. 32 de la citada ley.

Es necesario analizar con especial atención lo que dispone el Art. 31 de la referida Ley, que al efecto se transcribe:

Art. 31.- Al escrito de demanda deben acompañarse necesariamente:

- a) Los documentos justificativos de la personería cuando no se actúe en nombre propio, a menos que se haya reconocido dicha personería en la instancia administrativa.
- b) La copia autorizada de la resolución o disposición impugnada, con la razón de la fecha de su notificación al interesado, o, en su defecto, la relación circunstanciada del acto administrativo que fuere impugnado.
- c) Los documentos que justifiquen haber agotado la vía administrativa y que el reclamo ha sido negado en ésta.⁶⁷

2.5.2. Citación

⁶⁶ Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Artículo 30. Registro Oficial No. 338 del 18 de marzo de 1968.

⁶⁷ Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Artículo 31. Registro Oficial No. 338 del 18 de marzo de 1968.

Con la demanda clara y completa el Juez de sustanciación dispone la citación del funcionario de la Institución que emitió el acto o resolución demandada y si éste proviene del Ejecutivo o sus instituciones se citará al Procurador General del Estado.

Cuando la demanda es contra otras personas que integran la administración local dentro del régimen seccional o contra los establecimientos públicos y personas jurídicas semipúblicas, se citarán a sus personeros legales, sin que sea menester contar con el Procurador General del Estado.

El Ministro de Sustanciación dispondrá se haga conocer la demanda presentada a la persona natural o jurídica en cuyo favor derivare el acto o resolución administrativa que se impugne, a fin de que pueda hacer efectivos los derechos que le asistan.

Es necesario indicar que cuando se trate de entidades que no tienen personería jurídica se deberá demandar al Procurador General del Estado.

2.5.3. Contestación

Con la citación efectuada el demandado debe proceder con la contestación a la demanda en el término de veinte días de conformidad con lo que establece la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, normativaprevalece en cuanto a lo que establece la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y el mismo término se aplicará para que el servidor correspondiente remita el expediente administrativo, hasta tanto ya se podría proponer una medida cautelar a fin de que no se altere ningún documento, o como medida cautelar se podría disponer a otro funcionario bajo prevenciones remita fotocopias certificadas de todo documento concerniente en el término de setenta y dos horas, solamente a manera de ejemplo.

2.5.4. Prueba

La ley de lo contencioso administrativo establece que una vez que se cuente con la contestación a la demanda se notificará al actor, aquí no se establece un término, solamente dice “una vez”, en la misma providencia se abrirá la causa a prueba en el término de diez días. El término de prueba se abre luego de la contestación de la demanda, en la apertura de la causa a prueba es donde se estanca el proceso por años, lo que sucede es que los jueces no abren la causa a prueba.

En una lectura breve se evidencia que no existe necesidad de abrir la causa a prueba.

Los medios de prueba serán los mismos que establece el Código de Procedimiento Civil, lógicamente a excepción de la confesión judicial, pues no se puede convocar a la confesión al representante de la administración, lo que normalmente sucede es que la parte contraria puede realizar un pliego de preguntas, las que serán contestadas mediante informe por la autoridad o funcionario que corresponda o concierna.

El Tribunal además puede solicitar de oficio lo que estime a fin de contar con los elementos probatorios que motiven su decisión, además las partes pueden pedir audiencia o presentar sus informes en derecho.

Los incidentes y excepciones se resuelven en sentencia a excepción de la suspensión del procedimiento de ejecución de créditos fiscales, locales o seccionales o de las instituciones públicas que proceden de resoluciones firmes de la Contraloría General, de conformidad con lo que establece el Art. 42 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Básicamente lo que sucede en cuanto a este tipo de excepciones es que se las presenta ante el ejecutor, dentro de treinta días contados desde el día siguiente al de la notificación del auto de pago y su presentación suspenderá el procedimiento de ejecución, siempre y cuando el Juez contencioso administrativo no disponga lo contrario por el mérito de las excepciones deducidas.

Una vez que concluye el término de prueba, a continuación vienen los alegatos.

2.5.5. Sentencia

Una vez concluido este término a prueba (diez días) el Tribunal dictará sentencia, para lo cual será necesario al menos dos votos conformes.

Si la sentencia resuelve un recurso (acción) de plena jurisdicción o subjetivo tendrá un efecto inter partes, sin embargo si se trata de la anulación de un acto normativo como en el caso del recurso (acción) objetivo será erga omnes, sin dejar de lado que una sentencia obtenida en una acción subjetiva también puede tener efectos erga omnes, sin embargo no se ahondará mucho sobre este respecto.

De todo lo manifestado en cuanto a la acción, la tutela cautelar debe desplegarse de inicio a fin, ya sea al inicio, al proponer la demanda, mientras dura el juicio o cuando este finaliza, pues la sentencia también debe ser efectiva y debe realizarse una vez esta se

encuentre en firme, si bien la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa no establece un término de ejecución de la sentencia, al efecto el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo establece un plazo de treinta días para que se cumpla la resolución judicial.

Nótese que en sentencia se resolverán todas las excepciones planteadas, así como los incidentes, este es el momento procesal para resolverlos, lo cual es inconstitucional, la oralidad, inmediación, el contradictorio obligan a los jueces a escuchar a las partes y a resolver inmediatamente cualquier incidente motivadamente.

Finalmente en sede judicial se puede recurrir del fallo mediante el recurso de casación, su interposición suspende la ejecución de la sentencia rindiendo caución por parte de quien interpone el recurso, esta caución es consecuente con los daños que podrían causarse por la demora en la ejecución de la sentencia, cantidad que será entregada al perjudicado en caso de rechazo del recurso de casación.

2.5.6. Silencio Administrativo

Si decimos que la tutela cautelar es útil para por ejemplo conservar el estado de las cosas en situaciones arbitrarias, también será una herramienta necesaria ante la inactividad administrativa, es decir al silencio administrativo.

Según el jurista ecuatoriano Efraín Pérez el silencio administrativo: "es una presunción legal"⁶⁸ y básicamente se configura cuando existe falta de pronunciamiento por parte de la administración ante la pretensión de un ciudadano.

La Constitución reconoce el derecho de petición, en su Art. 66 dentro de los derechos de libertad, y textualmente dice:

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

23. El derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas. No se podrá dirigir peticiones a nombre del pueblo.⁶⁹

⁶⁸Efraín Pérez. *Manual de Derecho Administrativo*. Quito: CEP, 2008, p. 93.

⁶⁹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 66. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Conviene analizar ahora lo que establece la Ley de Modernización respecto del Silencio Administrativo:

Art. 28.- Derecho de petición.- (Reformado por el Art. 12 del Decreto Ley 2000-1, R.O. 144-S, 18-VIII-2000).- Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto. En ningún órgano administrativo se suspenderá la tramitación ni se negará la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados. En todos los casos vencido el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta en favor del reclamante.⁷⁰

El segundo inciso del Art. 28 de la Ley de Modernización, establece que el funcionario competente de la institución del Estado tendrá la obligación de entregar, a pedido del interesado, bajo pena de destitución, una certificación que indique el vencimiento del término antes mencionado, con ésta certificación se demostrará que el reclamo, solicitud o pedido ha sido resuelto favorablemente por silencio administrativo, a fin de permitir al titular el ejercicio de los derechos que correspondan.

Sin embargo luego de esta reforma, respecto de la certificación fue la jurisprudencia la que instauró la posibilidad de que por medio del Tribunal se exija el otorgamiento de dicha certificación y que si no se confiere tal certificación se entenderá por concedida.⁷¹

Basta la sola inactividad para que los particulares puedan acudir a la justicia contencioso administrativa. En silencio administrativo se puede acudir a las medidas cautelares positivas.

En cuanto al silencio administrativo se deberá estar a lo que la ley pertinente disponga y a falta de plazo se entenderá que el plazo máximo es el de quince días que establece la Ley de Modernización.

Respecto del Silencio Administrativo el distinguido jurista ecuatoriano Marco Morales Tobar cita al notable jurista Edgar Neira, quien propone una definición muy adecuada:

⁷⁰ Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por Parte de la Iniciativa Privada. Artículo 28 Registro Oficial No. 693 de 11 de mayo de 1995.

⁷¹ Ver Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Resolución 183-06. Registro Oficial 24 de 16 de febrero de 2007.

[...] entiendo el silencio administrativo como la omisión del deber de resolver en el que incurre determinado órgano de la administración, que consiste en la falta de pronunciamiento expreso sobre las peticiones de los administrados en los plazos previstos de ley, y que por disposición de ésta puede provocar la aceptación tácita de la Administración (silencio positivo) o la adopción de un remedio procesal para evitar que el administrado quede en indefensión (silencio negativo).⁷²

Justamente para obtener estos documentos que deben acompañar la demanda se podría solicitar una cautelar o para obtener respuesta motivada de la administración, ya que los hipotéticos que se impugnan no solo son por resoluciones arbitrarias sino que también puede presentarse el caso de que la administración siempre y llanamente no conteste nada.

Se insiste ya no es necesario agotar la vía administrativa ni justificar su agotamiento para acudir a la vía judicial.

2.6. Principios Orientadores

Los principios que inspiran el presente trabajo investigativo y que deben ser la base de toda acción contencioso-administrativa son:

2.6.1. Supremacía Constitucional

Primeramente y para analizar el principio de Supremacía Constitucional se dirá que: "La ley es la expresión de la voluntad general, pero no la voluntad general. Sólo la Constitución es la voluntad general"⁷³.

En nuestro Estado Constitucional de Derechos y Justicia, la Constitución es la norma suprema, como tal es el punto de partida de todo el ordenamiento, así como el límite de todos los poderes del Estado, todo lo que se establece en la Constitución prevalecerá y condicionará a su inmediato y directo cumplimiento.

⁷²Marco Morales Tobar. *Manual de Derecho Administrativo*. Óp. cit., p. 297.

⁷³Javier Pérez Royo. *Curso de Derecho Constitucional*. 8va Ed. Madrid: Marcial Pons, 2002, p. 309.

La Constitución será entonces la base y el sustento de actuación de autoridad y de la ley en sí misma; al efecto la Corte Constitucional ha establecido:

Del hecho de la supremacía material de la Constitución se derivan importantes consecuencias: en primer lugar ella asegura para los participantes -para toda la comunidad- un refuerzo de la legalidad, ya que si todo acto contrario a la ley debe ser considerado desprovisto de valor jurídico, necesariamente lo será también todo acto contrario a la Constitución, inclusive en el caso de que el acto emane de los gobernantes;...⁷⁴

Todas las leyes que forman parte del ordenamiento deben estar conformes al texto constitucional y el desarrollo de los derechos debe ser progresivo. En cuanto a la jerarquía normativa, a continuación una explicación acertada en su relación con las leyes que forman parte del ordenamiento:

Las normas de un ordenamiento estatal no están todas en el mismo plano, sino que las normas forman una pirámide, en la que cada una ocupa un lugar igual al de otras, subordinada a otras y supra ordenada a otras. Todas ellas, además, tienen que estar vinculadas a una norma fundamental o suprema, que constituye el punto de partida de todo el ordenamiento.⁷⁵

Y esa norma fundamental es la constitución, y el Jurista en mención continua:

[...] un ordenamiento es un sistema completo cuando un juez puede encontrar en él una norma para decidir cualquier caso que se someta a su consideración o, mejor dicho, cuando no hay caso que no pueda ser resuelto con base a una norma extraída del sistema.⁷⁶

Lo manifestado también proporciona seguridad jurídica, a manera de corolario el derecho de un Estado no sólo es la Constitución sino también el ordenamiento jurídico cuya base y fundamento es la Constitución como norma suprema.

2.6.2. Legalidad

⁷⁴ Tribunal Constitucional (hoy Corte Constitucional). Sentencia No. 029-2000-TP. Registro Oficial Suplemento 67 de 28 de abril de 2000.

⁷⁵ Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional. Óp. cit.*, p. 53.

⁷⁶ *Ibid*, p.56.

El principio de legalidad despliega sus efectos tanto en la actividad administrativa en los recursos contra ésta, así como en el proceso judicial; al respecto nuestra Constitución establece:

Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.⁷⁷

Todas las actuaciones administrativas han de sujetarse a lo expresamente permitido por la Constitución y la ley, caso contrario podrán ser impugnados en sede administrativa o judicial.

El principio de legalidad es: “la prevalencia de la ley sobre cualquier actividad o función del poder público. Esto quiere decir que todo aquello que emane del Estado debe estar regido por la ley, y nunca por la voluntad de los individuos.”⁷⁸

El principio de legalidad es trascendental, no sólo en derecho administrativo, sino que también es el fundamento del contencioso administrativo, para caracterizarlo siguiendo a Dromi diremos:

El principio de legalidad es la columna vertebral de la actuación administrativa {...}. Se determina jurídicamente por la concurrencia de cuatro condiciones que forman su contexto: 1) delimitación de su aplicación (reserva legal); 2) ordenación jerárquica de sujeción de normas a la ley; 3) determinación de selección de normas aplicables al caso concreto, y 4) precisión de los poderes que la norma confiere a la Administración.⁷⁹

En este contexto el principio de Legalidad debe ser observado por el actuar administrativo y por el proceso judicial, garantizando la seguridad jurídica y asegurando a los administrados que la actividad administrativa observe el ordenamiento jurídico.

⁷⁷ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 226. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁷⁸ Definición de Principio de Legalidad <http://definicion.de/principio-de-legalidad/> (acceso: 05/01/2015).

⁷⁹ Roberto Dromi. *Derecho Administrativo*. 7ma Edición. Buenos Aires: ISBN, 1998, p. 895

El principio de legalidad también implica “sujeción integral a Derecho de los órganos del Estado tanto en su ser como en su obrar.”⁸⁰

2.6.3. Tutela Judicial Efectiva

Este principio supra nacional y derecho constitucional es de directa e inmediata aplicación en nuestro país, también se lo conoce como derecho a la jurisdicción y concretamente es un derecho de acción, se dirá que es un derecho fundamental y constitucional. Las medidas cautelares dentro de este principio serían aquellos mecanismos sencillos, rápidos y eficaces que protegen a los ciudadanos, o la manera en que se podría lograr tutela judicial efectiva.

El derecho a la jurisdicción como explica Abraham L. Vargas citando el Art. 15 de la Constitución de Buenos Aires (según reforma de 1994) es sumamente acertado, y dice: “La persona puede siempre defender sus derechos e intereses legítimos, de cualquier naturaleza, ante los poderes públicos, de acuerdo con las leyes respectivas”, esta última proposición es fundamental, pues es necesario que en las leyes se materialice este derecho.

Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional Español:

[...] no es la de un derecho de libertad ejercitable sin más, directamente a partir de la Constitución, sino la de un derecho de prestación, que sólo puede ejercerse por los cauces que el legislador establece o, dicho de otro modo, es un derecho de configuración legal.⁸¹

Al respecto Abraham L. Vargas dice: “Ocioso es reiterar que los derechos no son en modo alguno absolutos sino que se pueden ejercitar en los límites que fijan las leyes que reglamentan su ejercicio.”⁸²

La tutela judicial efectiva es una respuesta temporal a la dilación eventual, así lo manifiesta Pablo Gallegos:

⁸⁰ Roberto Soto Kloss. *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales. El principio de juridicidad*. Santiago-Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1996, p. 22.

⁸¹ David Ortega Gutiérrez, *Sinopsis artículo 24 Constitución Española*. <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=24&tipo=2>(acceso: 28/01/2015).

⁸² Abraham L. Vargas, *Estudios de Derecho Procesal*. Óp. cit., p. 107.

“Esta forma de tutela es una respuesta a la dilación temporal que requiere cualquier decisión de fondo y a los riesgos que esa dilación puede suponer para el interés del actor. Su función principal es reducir esos riesgos.”⁸³

Es necesario resaltar que: “los derechos constitucionales son inviolables, no se pueden afectar o vulnerar, salvo que sea en beneficio de otro derecho de mayor peso y, además, son plenamente justiciables”⁸⁴, si bien este derecho no depende de ley pues se encuentra en la Constitución, y como es bien conocido que los Derechos establecidos en la Constitución son de directa e inmediata aplicación por y ante todo servidor, sin embargo las condiciones o requisitos para la concesión de medidas cautelares se deben encontrar contempladas en la Ley de lo contencioso administrativo. Es verdad que no podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar la violación o desconocimiento de derechos constitucionales, pero también la Constitución establece el derecho a contar con normas jurídicas claras, públicas y previas, y los legisladores no podrán restringir en este sentido los derechos al contemplar en la ley las medidas cautelares.

Este principio es muy amplio y de acuerdo a la doctrina: “despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero, al acceder a la justicia; segundo, durante el desarrollo del proceso, y finalmente, al tiempo de ejecutarse la sentencia.”⁸⁵

El Art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece respecto de la 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.

2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

⁸³ Pablo Gallegos Fedriani. Las Medidas Cautelares contra la Administración Pública. *Óp. cit.*, p. 30.

⁸⁴ Jorge Zavala Egas et al. *Comentarios a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Guayaquil: Edilex S. A., 2012, p. 316.

⁸⁵ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 82. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

El acceso a la Jurisdicción implica poder acceder gratuitamente a la justicia y activar el aparato judicial para tutelar nuestros derechos o pretensiones, sin dilaciones ni obstáculos procesales, en este sentido la Constitución de la República del Ecuador en su Art. 75 dice:

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.⁸⁶

En cuanto al desarrollo del proceso se observará el debido proceso, el término razonable y en cuanto a la sentencia, ésta debe ser motivada y de posible cumplimiento.

Como podemos ver no se puede provocar indefensión, sin embargo en la acción contencioso administrativa de nuestro país no se está observando el mentado principio, probablemente porque erróneamente se tiende a una sobreprotección del Estado, permitiendo a la administración obrar ilegítimamente e incluso privar de justicia a los particulares.

La tutela judicial efectiva se vincula al Estado Constitucional de derechos y justicia, el que se caracteriza por el sometimiento de todos, gobernantes y gobernados, sin excepciones, de manera que nada ni nadie pueda estar por encima de la Constitución y la ley.⁸⁷

Finalmente en cuanto a éste derecho se dirá que:

El contenido de este derecho integra los genéricamente denominados derechos o garantías fundamentales materiales y formales de la organización y el procedimiento, el due process ius fundamental de naturaleza instrumental y destinado a la realización y

⁸⁶ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 75. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁸⁷ Corte Constitucional. Sentencia No. 004-09-SIS-CC. Registro Oficial Suplemento 572 de 10 de noviembre de 2011.

aseguramiento de los (demás) derechos fundamentales, a través de la organización y los procedimientos.⁸⁸

Y es que justamente la tutela judicial efectiva exige al legislador implementar leyes adjetivas o procesales y sustantivas o materiales, es el legislador el que regula el procedimiento a través del cual los individuos pueden hacer valer sus derechos ante los jueces o tribunales.

2.6.4. Seguridad Jurídica

La Constitución de la República del Ecuador en su Art. 82 dice:

El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.⁸⁹

La seguridad Jurídica además de ser la manera en que el Estado garantiza a todos los ciudadanos el respeto de los derechos, es el principio por el cual esos derechos se materializan y así podemos conocer lo permitido, lo prohibido y lo que se debe hacer. Este principio es el que no permite que las autoridades públicas ni ningún ciudadano menoscabe derechos de otro o evada un derecho reconocido, de manera que los jueces y todas las autoridades deben dar cumplimiento a lo establecido en la Constitución, leyes y reglamentos e Instrumentos Internacionales y garantizar su aplicación debida. Es éste principio la certeza del derecho.

La Corte Constitucional del Ecuador acertadamente ha establecido:

La seguridad jurídica es la garantía dada al individuo, por el Estado, de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán violentados o que, si esto llegara a producirse, le serán asegurados por la sociedad en su protección y reparación; en resumen, la seguridad jurídica es la certeza que tiene el individuo de que su situación

⁸⁸Roberto Omar Berizonce. *Tutelas Procesales Diferenciadas*.1ra. Ed. Buenos Aires: Rubínsal- Culzoni Editores, 2009, p. 10.

⁸⁹Constitución de la República del Ecuador. Artículo 82. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares y conductos establecidos previamente.⁹⁰

Acertadamente se ha dicho que:

Lo que caracteriza al Estado de Derecho, entre otros aspectos, es la existencia institucionalizada de controles. Los controles más comunes son los de legalidad y de constitucionalidad. Estos controles surgen de la necesidad de verificar que el Estado, siendo la sociedad política y jurídicamente organizada, y debiendo tener como fuente única de actuación la Constitución [...] y la ley, cumpla con su misión institucional de acuerdo con los cánones que lo rigen.⁹¹

Y continúa manifestando que las prerrogativas o facultades estatales se deben ejercer en los casos y bajo los presupuestos que consagra la ley, sin el afán de desconocer las facultades implícitas de la administración se la somete a los principios de legalidad y constitucionalidad.

Nuestra carta fundamental en cuanto a la función judicial establece:

Art. 177.- La Función Judicial se compone de órganos jurisdiccionales, órganos administrativos, órganos auxiliares y órganos autónomos. La ley determinará su estructura, funciones, atribuciones, competencias y todo lo necesario para la adecuada administración de justicia.⁹²

La norma citada establece que la ley es la que debe determinar las atribuciones y facultades de los Jueces de lo Contencioso Administrativo.

La jurisdicción de lo contencioso administrativa, es independiente y debe garantizar los derechos de las partes, es decir que no debe otorgar prerrogativas injustificadas a la administración, tampoco debe justificar arbitrariedad, esta jurisdicción debe tutelar derechos de las partes, una de las partes será precisamente la administración, todos deben

⁹⁰ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 027-13-SEP-CC, 11 de junio de 2013, dentro del caso No.0513-12-EP. Registro Oficial Suplemento 320 de 22 de abril de 2014.

⁹¹ Miguel Hernández Terán. *Seguridad jurídica*. Guayaquil: Edino, 2004, p. 101.

⁹² Constitución de la República del Ecuador. Artículo 177. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

someterse a la Constitución, la ley y al control posterior en igualdad de condiciones y de medios.

Lo que se pretende brindar con las medidas cautelares sobretodo en los procesos contra el Estado o contra los administrados es una igualdad razonable de posibilidades, con mecanismos de defensa de los intereses de ambos.

La peculiaridad en la acción contencioso administrativa es que una de las partes es la administración.

La antigua posición privilegiada de la administración en la acción contencioso administrativa, actualmente carece de sustento jurídico, pues como se establece en líneas anteriores ésta debe someterse al control posterior, caso contrario no existiría debido proceso y se carecería de todas las garantías, de tal modo que las partes son plenamente justiciables y los jueces deben actuar con objetividad, las deferencias en el proceso deben estar totalmente superadas. Es necesario observar lo que enseñan García de Enterría y Tomás Ramón Fernández respecto de la administración privilegiada dentro de una acción, y dicen:

Este criterio carece de toda consistencia jurídica actualmente, [...] la jurisdicción contencioso administrativa es totalmente judicial, incardinada por tanto en un poder del Estado independiente y en el que la administración “actúa [...] con sometimiento pleno a la ley y al derecho” [...] y, por tanto, con sometimiento pleno al juez.⁹³

2.6.5. Igualdad

Toda persona tiene derecho a una tutela judicial efectiva pero también imparcial de sus derechos e intereses, así manda la Constitución de la República del Ecuador.

Además como ciudadanos ecuatorianos se nos reconoce los mismos derechos y obligaciones, procesalmente los jueces deben garantizar la seguridad jurídica, no pueden existir privilegios para ninguna de las partes en una contienda legal, deben primar iguales condiciones y en circunstancias jurídicas iguales los jueces deben mantener uniformidad en sus criterios con el único fin de brindar tutela judicial efectiva y seguridad jurídica.

La igualdad en el proceso o igualdad jurídica implica los mismos derechos y obligaciones de las partes en la contienda legal.

⁹³Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo. Óp. cit.*, p. 600.

Esta paridad y equivalencia no sólo es en cuanto al acceso a la jurisdicción sino también a la protección a lo largo del proceso.

En cuanto a la igualdad ante la jurisdicción es muy acertado decir que “refiere más bien al deber del Estado de remover los obstáculos que impidan a los litigantes encontrarse con igualdad de armas.⁹⁴”

Como se ha dejado establecido que toda persona tiene derecho de acceso a la jurisdicción en defensa de sus derechos e intereses queda claro ahora que este derecho a la jurisdicción debe además ejercitarse en igualdad de las partes.

2.6.6. Debido Proceso

Nuestra carta fundamental contiene en su Art. 76 las garantías básicas del debido proceso que deben estar aseguradas en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, en síntesis son las siguientes:

- Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.
- Presunción de inocencia.
- Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.
- Legalidad de la prueba
- En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.
- Principio de proporcionalidad.
- Derecho a la defensa.

⁹⁴ Roberto G. Loutayf Ranea y Ernesto Solá. *Principio de Igualdad Procesal*. www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/principio. (acceso: 01/01/2015).

La doctrina y la jurisprudencia sostienen que el debido proceso es un conjunto inacabado de factores con el objetivo común de garantizar el ejercicio pleno de la justicia dentro de un proceso.

En este sentido el extinto Tribunal Constitucional ha manifestado:

Tal conjunto inacabado está formado por ingredientes de muy variada estirpe, que comienzan con el postulado de la legalidad, de contradicción, publicidad, lealtad procesal, juridicidad, transparencia, imparcialidad, celeridad, hasta la idea de inmaculación de la prueba obtenida en el proceso. Y es debido a esta multiplicidad de postulados que el debido proceso se manifiesta en dos grandes facetas: por un lado, la forma: al propugnar por el respeto a las formas propias de cada juicio, lo cual se refiere al trámite, al procedimiento y las actuaciones que se desarrollan en sede jurisdiccional; y por otra parte, el debido proceso también se refiere al contenido, que se relaciona con el conjunto de garantías que acompañan al encausado dentro del procedimiento.⁹⁵

3. Capítulo III Actualidad y Contexto Internacional

3.1. Situación Actual Ecuador

Ante la dispersión legislativa en el ámbito de Derecho Administrativo, hecho que no es nuevo, actualmente en la Asamblea Nacional ya se encuentra aprobado el segundo debate el Código Orgánico General de Procesos⁹⁶, de este código estarán excluidas las materias constitucional y penal.

El Art. 3 de la citada norma en proyecto, limitará la actividad del juez a la dirección del proceso, y el sistema aplicable será el dispositivo, por lo que a las partes les corresponderá el impulso oficial.

El proyecto en su Art. 122 se refiere a las medidas que puede disponer el juzgador, artículo que no es taxativo en cuanto a las clases de medidas cautelares, lo cual es acertado dando al juzgador una amplia gama de posibilidades frente a los casos concretos, es decir el proyecto contempla la posibilidad de acudir a las medidas innominadas.

⁹⁵ Tribunal Constitucional. Primera Sala. 9-I-2008.Registro Oficial No. 264-S de 31 de enero de 2008.

⁹⁶ Informe para segundo debate del Proyecto de Código Orgánico General de Procesos.
<http://www.asambleanacional.gob.ec/es/documentos-oficiales>. (acceso: 23/02/2015).

Se contempla también como medida precautoria la prohibición de innovar o también conocidas como medidas cautelares conservativas en la doctrina, cuya expresión por excelencia es la suspensión de los efectos del acto administrativo.

Nótese que éstas Medidas Cautelares son comunes a todos los procesos de las vías procesales que el proyecto plantea: ordinario, sumario, monitorio y ejecutivo; y, en lo que respecta a procesos contenciosos tributarios y contenciosos administrativos el Título III, Capítulo I, del proyecto contiene las disposiciones comunes en cuanto a este tipo de procesos contenciosos.

En el ámbito contencioso administrativo el proyecto ratifica la no necesidad de agotar la vía administrativa, disposición que ya se encontraba en la Ley de Modernización, e incorpora la disposición de dejar insubsistente cualquier tipo de reclamo en la vía administrativa una vez que se active la vía judicial.

En cuanto a la legitimación activa lo será la persona que considere se han vulnerado sus derechos y pretenda reparación por parte del Estado por su responsabilidad objetiva

El Art. 372 tercer inciso admite la prueba testimonial en forma supletoria.

El Art. 373 en cuanto a la validez de los actos administrativos, establece que son válidos y eficaces los hechos y actos de la administración pública expedidos por autoridad pública competente.

El Art. 375 contiene la Suspensión del acto impugnado, sin embargo conforme consta en el proyecto es en materia tributaria cuando se imponga al administrado una obligación de dar, para lo cual el actor debe rendir caución del diez por ciento de la obligación y que en el caso de no hacerlo, se continuará con la ejecución del acto impugnado.

El Art. 376 contiene las Medidas cautelares a favor de la administración y suspensión del acto o hecho impugnado y establece que el Tribunal competente podrá ordenar las medidas cautelares que sean efectivas y necesarias a fin de precautar el interés público e interés social, respetando siempre los derechos fundamentales de las personas y el debido proceso.

El inciso segundo constituye una importante innovación para nuestra justicia administrativa, pues estatuye que el Tribunal competente podrá ordenar la suspensión del hecho o acto administrativo impugnado, cuando considere que su ejecución provocará efectos irreparables o cuando amenace o vulnere derechos del administrado. Este es un importante avance en el ámbito contencioso administrativo, sin embargo este artículo es desigual pues las medidas cautelares a favor de la administración no se limitan solamente a

la suspensión, nótese que el Tribunal podrá ordenar cualquier medida cautelar que resulte efectiva y necesaria, mientras que para precautelar los derechos de los administrados se establece la suspensión, cuando ya hemos visto que la tutela judicial efectiva ante actos denegatorios o el silencio de la administración, no puede limitarse a suspender el acto, por el contrario se debe acudir a una medida positiva, lo cual no se ha contemplado.

3.2. Perú

En Perú la ley que regula el proceso Contenciosos Administrativos es la Ley No. 27584 en cuanto a las Medidas Cautelares, el capítulo VI, contiene lo que respecta a medidas cautelares.

El Art. 38 establece la oportunidad de la medida cautelar, misma que podrá ser dictada antes de iniciado un proceso o dentro de éste, sin dejar de lado la instrumentalidad y accesoriedad de la Institución Cautelar, pues la medida podrá ser adoptada siempre que se destine a asegurar la eficacia y la decisión definitiva.

El Art. 39 establece los requisitos para dictarlas, tales como la verosimilitud del derecho invocado, sin embargo establece que para valorar la verosimilitud se deberá ponderar la proporcionalidad la eventual afectación al interés público o a terceros y el perjuicio al recurrente la eficacia inmediata de la actuación administrativa impugnada.

Como requisito también se establece la estimación del peligro en la demora y la contracautela para la ejecución de la medida cautelar. Si la sentencia no reconoce el derecho reclamado por el demandante, a pedido de la parte interesada se procede conforme a las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil para la ejecución de la contracautela.

Finalmente, el Art. 40 establece las medidas de innovar y las conservativas o de no innovar, y textualmente dice: Son especialmente procedentes en el proceso contencioso administrativo las medidas cautelares de innovar y de no innovar.⁹⁷

⁹⁷ Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo. Artículo 40. Publicación y Vigencia 29 de agosto de 2008. Cod.Doc: GJA-02.

3.3. México

En México se contempla la posibilidad de suspender la ejecución del acto impugnado en el juicio administrativo federal.

El capítulo III de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo contempla las Medidas Cautelares, cuyo Art. 24 dice:

Una vez iniciado el juicio contencioso administrativo, podrán decretarse todas las medidas cautelares necesarias para mantener la situación de hecho existente, que impidan que la resolución impugnada pueda dejar el litigio sin materia o causar un daño irreparable al actor, salvo en los casos en que se cause perjuicio al interés social o se contravengan disposiciones de orden público.⁹⁸

Del artículo citado se evidencia que las medidas cautelares en México son: de libre configuración (*nemerus apertus*) por lo que, entonces, se le permite al juzgador gozar de facultades cautelares amplias.⁹⁹

Es destacable que en México, en cuanto a los requisitos para la adopción de las medidas cautelares, a más de los requisitos clásicos para su adopción además se debe considerar que la medida cautelar o que con esta no se deben causar perjuicios graves: “al interés social o contravenir disposiciones de orden público.”¹⁰⁰

Finalmente, es necesario indicar que en México el Tribunal Federal cuentan con facultades sancionadoras para el caso en que la autoridad no cumpla con la medida cautelar ordenada, “en cuyo caso el legislador dispuso, que la Sala declarará la nulidad de las actuaciones realizadas con violación a dichas medidas,”¹⁰¹, imponiendo incluso una multa por el incumplimiento de la medida de acuerdo con la gravedad del incumplimiento.

⁹⁸Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo. Artículo 24 primer inciso. Diario Oficial de la Federación de 1 de diciembre de 2005. (última reforma DOF 24/12/2013)

⁹⁹Esperanza Molina Cristóbal. *Las Medidas Cautelares en el Contencioso Administrativo Federal Mexicano. Las Medidas Cautelares en el Proceso Administrativo en Iberoamérica*. Isaac Augusto Damsky *et al* (coords.). México: 2009, p. 353.

¹⁰⁰*Id.*, p. 357.

¹⁰¹*Id.*, p. 363.

3.4. Argentina

En Argentina la Constitución establece la garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio de las personas y de los derechos, los avances que ha logrado consolidar este país en cuanto a Tutela Cautelar, Juan Carlos Cassagne resalta la evolución de la institución:

[...] evolución que comenzó con la admisión de las medidas innovativas y culminó con el reconocimiento de las llamadas medidas cautelares autónomas y, por último, con las medidas auto-satisfactivas decretadas por razones de urgencia.¹⁰²

Sin embargo insistiremos que la tutela cautelar netamente carece de autonomía y en cuanto a las medidas autosatisfactivas comprenden lo que en doctrina se conoce como tutela anticipatoria, instituto distinto al que se ha tratado a lo largo de esta investigación.

3.5. Francia

Una Institución del Derecho Francés es el référé: “se considera que su acta de nacimiento es el Edicto para la Administración de Justicia de Chatelet (22 de enero de 1685)”¹⁰³. El référé es un proveimiento provisional, que no opera inaudita altera pars, pues si se da audiencia al demandado, El référé tuvo su origen en el ámbito civil, pero es aplicable también en el ámbito administrativo.

El référé permite adoptar cualquier medida útil en el caso concreto, en cuanto al référé administrativo se dirá que:

Consistente en un procedimiento por medio del cual se adopta a petición del interesado cualquier medida útil, en caso de urgencia, siempre que no haya prejuzgamiento sobre el fondo del asunto y que exista un asunto en litigio, así aún no haya sido presentada demanda; en todo caso, con la medida no puede obstaculizarse la ejecución de un acto administrativo, pues para ello existe la suspensión provisional. El procedimiento termina con una *ordonnance enréféré* de carácter ejecutorio, modificable y revisable en un proceso declarativo posterior, promovido por el condenado en el *référé*[cursivas en el original].¹⁰⁴

¹⁰² Juan Carlos Cassagne. *La justicia administrativa en Iberoamérica*. www.usfq.edu.ec/publicaciones/...de.../La_justicia_administrativa.pdf.(acceso: 23/04/2014).

¹⁰³ Abraham L. Vargas, *Estudios de Derecho Procesal Tomo I. Óp. cit.*, p. 63.

¹⁰⁴ Manuel Alberto Restrepo Medina. “La necesidad de ampliar la Tutela Cautelar Judicial en el Proceso Contencioso Administrativo”. *Revista de Estudios Jurídicos, Económicos y Sociales*. (2005), p. 12.

Como se puede observar de lo descrito, es que el référé tiene un carácter provisional es decir no implica prejuzgamiento del asunto controvertido en ningún caso, se caracteriza por tener un trámite sencillo y rápido para adoptarlo, no tiene la característica de considerarse cosa juzgada y que se ejecuta provisionalmente.

Una nota particular del référé es su: “*carácter contradictorio*”¹⁰⁵, lo que implica que se deberá correr traslado al contrario a fin de que presente los descargos que le asistan.

Existen varios tipos de Référé, en este sentido Abraham Lincon explica los siguientes:

1. *Référés ante el Presidente del Tribunal de Gran Instancia: 1.a. Referés generales: referé clásico en caso de urgencia; référé de remise en état; référé preventivo; référé provision y référé injonction. 1.b. Référés especiales: référé sobre dificultades de ejecución; référé contractual, référé sobre el fondo y otros previstos en diversos textos. 2. Référé ante Tribunales distintos de Gran Instancia.*[cursivas en el original].¹⁰⁶

En cuanto al référé clásico de urgencia: “las medidas que pueden adoptarse en este référé son de tres tipos: de conservación, provisionales o de salvaguarda”¹⁰⁷, y a manera de ejemplo encontramos la paralización de obra, medidas relativas a la práctica de pruebas, entre otros.

En cuanto al référé de remise en état, consiste en esas medidas conservativas necesarias para prevenir un daño.

Al référé preventivo se lo conoce también como: référé expertise, probatoire o référé aux fins de mesures d’instruction á futur”¹⁰⁸, y básicamente se relacionan con las medidas que pueden adoptarse en cuanto a la prueba.

La référé provision autoriza al juez del référé para acordar una provisión al acreedor que invoque una obligación no seriamente cuestionable.

La référé injonction autoriza al juez a ordenar la ejecución de una obligación.

Finalmente en Francia es necesario tener en cuenta las ordenances sur requeté, que son medidas provisionales adoptadas inaudita parte, por ejemplo la designación de agentes judiciales para que procedan a la búsqueda de documentos.

¹⁰⁵ Abraham L. Vargas, *Estudios de Derecho Procesal Tomo I. Óp. cit.*, p. 65.

¹⁰⁶ *Id.*, p. 68

¹⁰⁷ *Id.*, p. 70.

¹⁰⁸ *Id.*, p. 72.

Es necesario indicar que lo reseñado corresponde al ámbito civil, ahora es necesario referirnos a la justicia administrativa que luego de las duras críticas al Consejo de Estado Francés, existieron algunas reacciones, conforme lo reseña García de Enterría:

[...]la primera reacción se produce por un Decreto de 2 de septiembre de 1988 [...] conteniendo diversas medidas relativas al procedimiento administrativo contencioso [...] se introduce una reforma esencial en el sistema de medidas cautelares de que dispone el juez contencioso.¹⁰⁹

Las medidas que este decreto trajo consigo el *référé* expertise, por medio del cual el Presidente de la Sala puede acordar cualquier medida útil de estimación pericial o de instrucción, es decir el Presidente puede adoptar una medida de comprobación que el tiempo amenace con hacer imposible.

En el contencioso administrativo también con este decreto se instauró la *référé* provision que como García de Enterría califica fue una: “novedad de bulto en el contencioso”¹¹⁰, y básicamente era la facultad del Presidente del Tribunal Administrativo o del Tribunal Administrativo de apelación, o el Magistrado que ellos deleguen de acordar la provisión al acreedor que acude con demanda cuando la existencia de la obligación no es discutible seriamente, puede incluso de oficio subordinar el pago de la provisión a la constitución de una caución, con esto se pretendía evitar principalmente la multitud de procesos que no tienen otro objeto que retrasar o dificultar el pago por parte de un deudor de mala fe “-posición en que la Administración se sitúa no infrecuentemente”¹¹¹. Esta medida nace en el ámbito civil y procura impedir el beneficio injusto del deudor de mala fe.

La tercera medida cautelar que fue introducida con este decreto, es una cláusula abierta, para que el Presidente del Tribunal pueda ordenar cualquier medida útil sin causar perjuicio a la cuestión principal y sin hacer obstáculo a la ejecución de ninguna decisión administrativa.

3.6. España

¹⁰⁹Eduardo García de Enterría. *Hacia una nueva Justicia Administrativa. Óp. cit.*, p. 167.

¹¹⁰*Id*, p. 168.

¹¹¹*Id*, p. 168.

En España un aporte indudable para la materialización del derecho a la Tutela Judicial Efectiva se ha realizado a nivel jurisprudencial, primeramente interpretando a Ley de 27 de diciembre de 1956 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, lo que ha contribuido indudablemente en la promulgación de la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en cuanto a medidas cautelares.

El Art. Artículo 24 de la Constitución Española contiene el derecho a la tutela judicial efectiva:

1.Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.¹¹²

La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa vigente en España establece en cuanto a las pretensiones de las partes en el Art. 31.2.:

También podrá pretender el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las *medidas adecuadas* para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda. La cursiva me corresponde.¹¹³

Es necesario indicar que 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.

La medida cautelar en España es solicitada a manera de incidente.

3.7. Costa Rica

En sede jurisdiccional en Costa Rica se puede acudir al incidente de suspensión del acto administrativo, de tal modo que mientras se resuelve la cuestión de fondo se suspende el acto, pero los peticionarios no deben abusar de esta posibilidad, así con exactitud lo explica Enrique Rojas Franco:

Pero tampoco este instituto se puede usar indiscriminadamente sino en aquellos casos en los que la nitidez de la actuación procesal haga surgir en el juzgador, la convicción de

¹¹²Constitución Española.Boletín Oficial del Estado núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

¹¹³Ley 29/1998.Boletín Oficial del Estado núm. 167, de 13 de julio de 1998, última modificación 31 de marzo de 2015.

que el acto impugnado pueda producir daño de imposible o difícil reparación. En ese sentido el juez debe valorar las circunstancias de hecho las cuales deben hacer notar la necesidad de la suspensión y debe también valorar esas circunstancias en relación al interés público y a los derechos de terceros.¹¹⁴

En cuanto a la naturaleza de la suspensión del acto administrativo, es incidental y accesorio y cuya finalidad es asegurar los efectos del proceso principal, por tanto su carácter es preventivo.

En Costa Rica la suspensión de la ejecución puede ser total o parcial del acto impugnado, y no debe ser contraria al interés público, los requisitos para aplicar la medida cautelar son la apariencia de buen derecho y el peligro en la demora.

3.8. Medidas Autosatisfactivas

Breve y apartadamente topemos el tema de la Tutela Anticipada y de las medidas autosatisfactivas que ha generado muchas controversias en el ámbito doctrinario, en palabras del maestro CALAMANDREI se constituye en: “decisión anticipada y provisoria del mérito”¹¹⁵.

Es necesario dejar claro que no es prudente confundir a la tutela cautelar con las sentencias anticipatorias que son las que:

Anticipan, total o parcialmente, el objeto de ciertas pretensiones que pueden esgrimir los justiciables {...}. El requirente debe presentar contracautela, y si se obtiene el dictado de la sentencia anticipatoria, ella se insertará dentro del proceso troncal y seguirá su trámite, no representando una incidencia separada {...}. El trámite troncal seguirá su curso y la sentencia de mérito revocará o confirmará la sentencia anticipatoria.¹¹⁶ (como en el caso de Brasil).

Sin embargo si anticipadamente ya se está aceptando la pretensión del demandante, entonces ya no tendría razón de ser el proceso principal.

¹¹⁴ Enrique Rojas Franco. *Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo*. Óp. cit., p. 820.

¹¹⁵ Piero Calamandrei. *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*. Óp. cit., p.48

¹¹⁶ Jaime Greiff. “Las Medidas Cautelares en América”. *Medidas Cautelares*. Óp. cit., p.66.

Conclusiones

La justicia administrativa no debe tener obstáculos formales o normas inconstitucionales en cuanto a la Tutela Judicial Efectiva, la justicia inmediatamente debe dar atención y respuesta motivada a los requerimientos de las partes. Un pedido de medidas cautelares con sustento en la norma constitucional, específicamente invocando el derecho a la Tutela Judicial Efectiva, debe atenderse inmediatamente, así lo exige la vinculación superior que ostenta la carta fundamental.

Las leyes y reglamentos justamente establecen los cauces por donde debe encaminarse la actuación de los jueces así como de los ciudadanos, la administración como parte de un litigio también está sometida a la legalidad y constitucionalidad, por tanto la positivización de las medidas cautelares, estableciendo claramente sus caracteres como: instrumentalidad pues las medidas cautelares no constituyen un fin en sí mismas, mutabilidad, jurisdiccionalidad, inaudita altera pars, provisoriedad, su trámite es de carácter sumario, carecen de autonomía pues no son una acción paralela, no necesidad de petición motivada de quien acude a la justicia administrativa; otorgaría seguridad jurídica y tutela judicial efectiva, pues las facultades jurisdiccionales estarán perfectamente definidas, sin lugar a interpretaciones, de igual modo el abuso del derecho tendrá sus consecuencias jurídicas establecidas adecuadamente en la ley.

El efecto normativo de la carta fundamental, es directo no hay duda de aquello, se sobrepone a preceptos de rango inferior, sin embargo, la tutela judicial efectiva debería materializarse en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, nuestra práctica procesal lo exige, se debe establecer con claridad las potestades jurisdiccionales, así como el cauce procesal. Deben determinarse y constar en norma legal los requisitos de procedencia a manera de normas públicas, claras y previas, me refiero a la apariencia de buen derecho y al peligro en la demora derivado del retardo de una providencia jurisdiccional definitiva, a causa de la lentitud del juicio.

La tutela judicial efectiva en la justicia administrativa no puede limitarse a la sólo suspensión de los efectos del acto o hecho administrativo, si se trata de proteger los derechos de los administrados debe contar con un sinnúmero de medidas adecuadas para

cada caso concreto, las medidas positivas nacen como respuesta a que en casos de inactividad no es suficiente con suspender el acto impugnado.

La potestad jurisdiccional es una potestad pública de juzgar y hacer cumplir lo juzgado, esta potestad emana de los ciudadanos, de la voluntad de todos, para el ejercicio de sus derechos, por tanto para ejercer la facultad jurisdiccional se debe acudir a la tutela judicial efectiva y a la tutela cautelar a fin de evitar un eventual daño por la lentitud del proceso, además para poder hacer cumplir lo juzgado, pues de nada sirve una decisión vana e inefectiva. La tutela judicial efectiva le compete a la función judicial, es su razón de ser.

La Constitución y la ley se constituyen en la única posibilidad de que todo lo que emane del Estado esté regido por lineamientos claros y nunca por la voluntad o capricho de los hombres, la legalidad que emana de la supremacía constitucional, guarda estrecha relación con la seguridad jurídica, y son necesarios para que tutela judicial efectiva pueda desplegar todos sus efectos, de tal modo que la tutela judicial efectiva es un derecho que debe ejercerse a través de los cauces que el legislador ha establecido; este derecho exige al legislador implementar leyes adjetivas o procesales y sustantivas o materiales, así los ciudadanos podrán siempre defender sus derechos e intereses legítimos ante los poderes públicos de conformidad con las leyes respectivas, el procedimiento será claro y sencillo y se tendrá un marco de procedencia, tanto para las partes, así como para el juzgador garantista e imparcial, de tal suerte que el individuo tendrá la certeza de que su situación no será modificada más que por procedimientos regulares y conductos establecidos previamente.

Un acto administrativo, si bien es ejecutivo y ejecutorio debido a su presunción de legitimidad, debe contemplar la posibilidad de suspenderse vía cautelar con la sola presentación de la demanda y sin necesidad de que el beneficiario lo solicite, mientras se llega al juicio definitivo de legitimidad; esto sin el afán de desconocer las facultades implícitas de la administración, de modo que mientras alguna manifestación de la voluntad administrativa se somete a los controles en cuanto a la necesidad de verificar que el Estado que es la sociedad política y jurídicamente organizada, adecúe su actuar a la Constitución y a la ley, o cuando se impugna su actuación; se debe suspender su voluntad mientras se confrontan las pretensiones y se resuelven los derechos u obligaciones de las partes, confiando hasta tanto en la potestad jurisdiccional. En cuanto a ésta última potestad es

laley la que determinará, su estructura, funciones, atribuciones, competencias y todo lo necesario para la adecuada administración de justicia.

Las medidas cautelares son la respuesta a la eventual dilación del proceso judicial, nótese que tutela judicial efectiva debe contemplar mecanismos rápidos, sencillos y eficaces, que son las medidas cautelares, que también implican igualdad razonable de posibilidades para las partes. Para evitar una activación abusiva de la tutela cautelar, y en caso de uso abusivo de la tutela cautelar también se debe proceder conforme lo establece el Código Orgánico de la Función Judicial en cuanto a la lealtad procesal, pero todo esto debe estar normado.

No se desconoce la aplicación directa e inmediata de la Constitución, norma suprema, lo que se propone es que deben existir los cauces adecuados, debe establecerse por seguridad jurídica, la actuación, competencias y atribuciones de los jueces, quienes deben brindar tutela judicial efectiva pero tampoco pueden exceder sus facultades, de igual manera los ciudadanos debemos tener parámetros claros de comparecencia así como de ejercicio de nuestros derechos, de activación del órgano judicial correspondiente y de la tutela que nos debe ser proporcionada, todo esto se logra con las leyes sustantivas y adjetivas. Es el proceso el que hace posible la protección de los derechos. El derecho escrito materializa la seguridad jurídica.

En cuanto a la contracautela no debe ser un requisito para la ejecución de la medida cautelar debido a que la tutela judicial efectiva sólo implica el acceso a una justicia imparcial, pronta que tutele intereses y pretensiones, no se deben establecer cargas a los administrados para acceder a la justicia.

El juez contencioso administrativo no es un pasivo revisor, es un juez garantista y tutelador de derechos e intereses de las partes, y debe convenir cualquier medida que esté a su alcance para que la decisión sea eficaz, siempre que no decida sobre el fondo del asunto y siempre que su actuar se encuentre dentro de los requisitos de procedencia de las medidas cautelares, así como observando los caracteres propios de esta institución. La jurisdicción contencioso administrativa es totalmente judicial, incardinada por tanto en un poder del Estado independiente y en el que la administración actúa con sometimiento al derecho y por tanto con sometimiento al juez.

Se debe establecer legalmente la posibilidad de acudir a las medidas cautelares innominadas, determinando con claridad los requisitos de procedencia de las medidas cautelares así como sus caracteres y su función preventiva y de aseguramiento.

Finalmente, son necesarias las medidas cautelares en la acción contencioso administrativa ecuatoriana, las limitaciones que contiene la ley que regula la jurisdicción contencioso administrativa, no sólo que son inadecuadas sino también inconstitucionales, ningún interés general puede justificar arbitrariedad, el interés general es precisamente hacer efectivos los derechos de los ciudadanos.

Bibliografía

- AVILA SANTAMARIA, Ramiro. *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado. Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad.* Quito. 1ra. edición: noviembre 2008. V&M Gráficas 2008.
- BENALCAZAR GUERRON, Juan Carlos. *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano.* 1ra Ed. Quito. Abya-Yala. 2007.
- BERIZONCE, Roberto Omar. *Tutelas Procesales Diferenciadas.* Buenos Aires. 1ra. Ed. Rubínsal- Culzoni Editores, 2009.
- CALAMANDREI, Piero. *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares.* Perú. ARA Editores E.I.R.L. 2005.
- CALAMANDREI, Piero. “Introducción al Estado Sistemático de las Medidas Cautelares”. *Medidas Cautelares.* 1ed. Jaime Greif et al. Argentina. Rubinzal-Culzoni. 2002.
- CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil.* Traducción de la Quinta Edición Italiana por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América S.A. 1959.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil.* Buenos Aires. UTEHA. 1944. Tomo 1.
- DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo.* 7ma Edición. Buenos Aires. ISBN. 1998.
- GALLEGOS FEDRIANI, Pablo. *Las Medidas Cautelares contra la Administración Pública.* Buenos Aires. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma S.R.L. 2002.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo Tomo II.* Bogotá. Temis S.A. 2008.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Batalla por las Medidas Cautelares. Derecho Comunitario Europeo y Proceso Contencioso-Administrativo Español.* 3ra Edición. Madrid. Thomson Civitas. 2004.
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *Hacia una nueva Justicia Administrativa.* 2da. ed. Madrid: Civitas, 1992.
- GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo.* 1ra Edición. Madrid. Tecnos. 2001.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo.* 7ma Ed. Buenos Aires. Porrúa. 2004.
- GREIF, Jaime *et al.* Las Medidas Cautelares en América. *Medidas Cautelares.* 1ed. Jaime Greif et al. Argentina. Rubinzal-Culzoni. 2002.
- HERNÁNDEZ TERÁN, Miguel. *Seguridad jurídica.* Guayaquil. Edino. 2004.

- MORALES TOBAR, Marco. *Manual de Derecho Administrativo*. 1ra Edición. Quito. CED. 2011.
- NEIRA ORELLANA, Edgar Neira. “Sobre la suspensión de los efectos de los actos administrativos y la tutela cautelar en el contencioso administrativo Ecuatoriano”. *Revista Ruptura*. No. 50.
- OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando. *De la Jurisdicción Administrativa a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo: ¿Un viaje de ida y vuelta?*. Bogotá. ISBN, 2009.
- OSPINA GARZÓN, Andrés. *De la Jurisdicción Administrativa a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo: ¿Un viaje de ida y vuelta?*. 1ra. Edición. Bogotá. Publicaciones Universidad Externado de Colombia. 2009.
- OYARTE MARTINEZ, Rafael. “Derechos, Deberes y Garantías Jurisdiccionales Ambientales”. *Desafíos del Derecho Ambiental Ecuatoriano frente a la Constitución Vigente*. Agustín Grijalva et al. Ecuador: CEDA. 2010.
- PÉREZ, Efraín. *Manual de Derecho Administrativo*. Quito. CEP. 2008.
- PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. 8va Ed. Madrid. Marcial Pons. 2002.
- ROJAS FRANCO, Enrique. *Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo*. Guayaquil. Edilex S. A. 2007.
- SOTO KLOSS, Roberto. *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales. El principio de juridicidad*. Santiago-Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1996.
- VARGAS, Abraham L., *Estudios de Derecho Procesal Tomo I*. Mendoza. Ediciones Jurídicas Cuyo.1999.
- ZAVALA EGAS, Jorge *et al. Comentarios a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Guayaquil. Edilex S. A. 2012. P. 316.