



*Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*

Vol. 26 (2022), pp. 17-38

ISSNe: 2530-6324 || ISSN: 1138-039X

DOI: <https://doi.org/10.17979/afdudc.2022.26.0.9178>

## **ANTINOMIAS DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ECUATORIANO; BREVE COMPARACIÓN CON EL SISTEMA ESPAÑOL Y COLOMBIANO**

### **ANTINOMIES OF THE ECUADORIAN CONTENTIOUS ADMINISTRATIVE PROCESS; BRIEF COMPARISON WITH THE SPANISH AND COLOMBIAN SYSTEM**

**MARCELO ARMANDO COSTA CEVALLOS**

*Investigador predoctoral Universidade da Coruña*

*Docente titular de Derecho Procesal Administrativo*

*Universidad Técnica Particular de Loja (Ecuador)*

<https://orcid.org/0000-0002-6960-2910>

Recibido: 29/06/2022

Aceptado: 28/10/2022

**Resumen:** ¿Por qué el Derecho Procesal Administrativo en Ecuador no alcanzó la madurez como en otros países latinoamericanos? ¿Por qué no hay jueces de primera instancia en la jurisdicción contencioso-administrativa? ¿Por qué el ciudadano que litiga contra el estado tiene negada la posibilidad de impugnar la sentencia del Tribunal? Responder a estas premisas es un imperativo jurídico, el problema tiene algunas vertientes como la inercia legislativa, el escaso aporte doctrinario, los precedentes jurisprudenciales no han sido efectivos para el desarrollo de este Derecho. La importación de normas europeas y su adaptación al ordenamiento legal doméstico, no se ha dimensionado atendiendo las realidades disparejas entre administraciones públicas, estructuras jurisdiccionales y el factor cultural, cuestiones que han sido determinantes para diagnosticar el estancamiento de este Derecho en el Ecuador.

**Palabras clave:** proceso contencioso-administrativo, impugnación, conciliación, medidas cautelares, antinomias.

**Abstract:** Why has the Administrative Procedural Law in Ecuador not reached maturity as in other Latin American countries? Why are there no judges of first instance in the contentious-administrative jurisdiction? Why are people who litigate against the state denied the possibility of challenging the Court's ruling? Responding to these premises is a legal imperative, the problem has some aspects such as legislative inertia, the little doctrinal contribution, the jurisprudential precedents have not been effective for the development of this Law. The import of European standards and their adaptation to the domestic legal system has not been dimensioned in response to the uneven realities between public administrations, jurisdictional structures and the cultural factor, issues that have been decisive in diagnosing the stagnation of this right in Ecuador.

**Keywords:** contentious administrative process, appeal, conciliation, precautionary measures, antinomies.

**Sumario. I. INTRODUCCIÓN. II. BREVE ANTECEDENTE DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ECUATORIANO. III. REFERENCIA PREVIA SOBRE EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ECUATORIANO. IV. ESTADO ACTUAL DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ECUATORIANO. V. ANALISIS DE LEGISLACIÓN COMPARADA ENTRE ECUADOR, ESPAÑA Y COLOMBIA. VI. ESTRUCTURA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVA EN ECUADOR. VII. INEXISTENCIA DEL RECURSO DE APELACIÓN EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DE ECUADOR. 1. España 2. Colombia. VIII. MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS CON APLICACIÓN EXTRA E INTRA JUDICIAL. 1. España 2. Colombia. IX. RÉGIMEN DE TUTELA CAUTELAR EN ECUADOR. 1. España 2. Colombia. X. REFLEXIONES FINALES.**

\* \* \*

## I. INTRODUCCIÓN

El proceso contencioso administrativo en Ecuador como en otros escenarios geográficos seguramente, ha sido y es para quienes tenemos afinidad por el tema, objeto de apasionamiento e incesante discusión dentro de los foros académicos y jurídicos. Las tensiones observadas dentro de esta jurisdicción se asemejan, incluso reconociendo las diferencias de los sistemas procesales de cada estado.

Aun por sus problemas institucionales propios, su falta de agilidad y su inclinación deferente hacia la posición del poder ejecutivo<sup>1</sup>, impera la necesidad de analizar las tendencias del litigio contencioso-administrativo en clave de prospectiva, considerando esa

---

<sup>1</sup> CABALLERO, Rafael. “La extensión del derecho administrativo y su proyección contencioso-administrativa”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Vol. 4. 2021. [https://doi.org/10.37417/RPD/vol\\_4\\_2021\\_637](https://doi.org/10.37417/RPD/vol_4_2021_637)

“gran explosión” del ámbito científico del derecho administrativo<sup>2</sup>, la irrupción tecnológica, los conflictos transnacionales que derivan en controversias domésticas y otras rupturas que advierten la necesidad de discutir cambios normativos.

Las propuestas de modelos de optimización de la jurisdicción contencioso-administrativa con el objetivo de garantizar con primacía el derecho a la tutela judicial efectiva, han sido el reflejo de una dinámica permanente de intentos e iniciativas, algunas frustradas, otras que han visto en la practicidad lo positivo de las reformas y algunas que por el contrario aún con normativas bastante atractivas desde la retórica no han alcanzado los fines deseados.

Ecuador como otros estados de la región ha importado y tratado de adaptar normas administrativas en su entorno doméstico. Para Esquirol<sup>3</sup>, las normas que componen el derecho de los países latinoamericanos han sido directamente trasplantadas de códigos europeos desde la mitad del siglo XIX. Resulta innegable la influencia del derecho administrativo francés y español en América Latina a partir del siglo XX, su desarrollo normativo ocurrió, aunque en ritmos dispares pero impreso en el molde iusadministrativista europeo con la traducción de piezas literarias como la obra de Bonnin en 1938, la primera edición de la obra de Derecho Administrativo Español de Colmeiro en 1850 o la obra de Pradier Fodéré que se volvió inspiración en Sudamérica<sup>4</sup>.

Para explicar el estado de la jurisdicción contencioso-administrativa en Ecuador e intentar trazar líneas de análisis comparativo con otros sistemas procesales, necesariamente debo sintetizar algunas referencias y antecedentes sobre nuestro derecho administrativo y procesal administrativo, seguramente a partir de esto, se obtendrá una percepción sobre el funcionamiento del modelo en nuestro país, siendo factible de esta forma identificar limitaciones de tipo estructural, normativo y cultural.

## II. BREVE ANTECEDENTE DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ECUATORIANO

Aunque suene redundante, cuando hablamos del procedimiento administrativo en Ecuador, a la luz de la tendencia, nomenclatura legal y tradición jurídica nacional, nos referimos al conjunto de instituciones que regulan las relaciones administrativas entre las personas y las administraciones públicas, o lo que puede resultar más entendible, los procedimientos actuados en sede administrativa y que se encuentran regulados por el Código Orgánico Administrativo (COA).

---

<sup>2</sup> BARNES, Javier. *Transformaciones (científicas) del Derecho Administrativo*, EDITORIAL: Global Law Press S.L. 2015. DOI: 10.13140/RG.2.1.3654.8966

<sup>3</sup> Creación de las Repúblicas y formación de la Nación. Editorial Libresa p. 406 10. Véase en: VÁSQUEZ ALFARO, Mónica & otros. (2018) Puesta en práctica del código general del proceso. Colección Estudios Cijus Ediciones Uniandes-Universidad de los Andes. pág. 501

<sup>4</sup> RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, RODRÍGUEZ, Libardo, (dirs), RODRÍGUEZ MARTÍN RETORTILLO, María (coord.), *Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano*, INAP. Editorial Comares, S.L. 2016.

El procedimiento administrativo se ha codificado en criterio de nuestro legislador en forma autónoma e independiente del proceso contencioso, a diferencia de la legislación colombiana por ejemplo, que integra el procedimiento y el proceso en un solo código<sup>5</sup>.

Nuestro Derecho Administrativo ha evolucionado lentamente, a tal punto que recién en el año 2018 entró en vigencia el Código Orgánico Administrativo (COA), primera normativa que ha pretendido regular en sede administrativa y de forma general la relación jurídico administrativa entre las personas y las administraciones públicas, subsumiendo a su ámbito material según lo establece su artículo 42, las bases comunes a todo procedimiento administrativo, la impugnación de los actos administrativos, los procedimientos administrativos especiales para el ejercicio de la potestad sancionadora, la impugnación de los procedimientos disciplinarios y la ejecución coactiva.

La adaptación de algunas disposiciones de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) al COA es evidente, por lo que deberemos identificar en qué medida la normativa europea aporta a la innovación del derecho administrativo ecuatoriano que como hemos anticipado ha sido de evolución pausada, con instituciones trascendentales de limitado reconocimiento desde el contexto de la protección de los derechos de los ciudadanos como el derecho de petición, el silencio administrativo, la responsabilidad objetiva del estado.

La aplicabilidad de normas administrativas diseñadas para un entorno diferente en su geografía, ordenamiento territorial, economía, con administraciones públicas distribuidas en comunidades autónomas y niveles institucionales de servicio público articulados al *e-government* genera dudas, considerando que la administración pública en el Ecuador y sus procedimientos administrativos responden a otro funcionamiento, culturalmente hay diferencias, la evolución normativa para regular la relación entre el estado y los ciudadanos ha sido desordenada y en algunos sectores incipiente.

Con esta nota preliminar, debe conocerse que antes de la entrada en vigencia del COA en el año 2018, tuvimos una cantidad excesiva de normas dispersas expedidas por diferentes órganos de la administración, algunas de ellas aún vigentes, que regulaban y siguen regulando incluso ciertas instituciones jurídicas con diferentes reglas<sup>6</sup>, esto generó y sigue generando en algunos casos el uso desmedido de la discrecionalidad de las autoridades en ejercicio de la función administrativa, el desvío de poder, la arrogación de competencias, y consecuentemente la afectación de derechos de los ciudadanos,

---

<sup>5</sup> Véase en: Ley 1437 con la que se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

<sup>6</sup> Código Orgánico Administrativo. Registro Oficial Suplemento 31 del 7 de julio de 2017. Última modificación: 31 de diciembre de 2019. Disposiciones generales.- TERCERA.- En el ámbito tributario, son aplicables, las disposiciones contenidas en el Código Orgánico Tributario y demás normativa vigente, no obstante de ello, las disposiciones del presente Código se aplicarán de manera supletoria, con excepción de lo previsto en el artículo 185 del Código Orgánico Tributario que se deroga, debiendo a efectos de la base para las posturas del remate observarse lo previsto en el Código Orgánico Administrativo. CUARTA. - En el ámbito de la propiedad intelectual, son aplicables, las disposiciones contenidas en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, las normas de la Comunidad Andina de Naciones y demás normativa vigente, no obstante de ello, las disposiciones del presente Código se aplicarán de manera supletoria.

principalmente el de la seguridad jurídica, y al no existir ésta no podría haber derecho, ni bueno, ni malo, ni de ninguna clase<sup>7</sup>.

### III. REFERENCIA PREVIA SOBRE EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ECUATORIANO

Para entender la evolución del proceso contencioso administrativo en Ecuador, hay que mirar en retrospectiva la historia de nuestro constitucionalismo, donde encontraremos que en cada una de las constituciones expedidas desde que somos República, esto es desde 1830, se incluye dentro de la estructura orgánica al Consejo de Estado o Consejo de Gobierno, como un órgano de nivel asesor, con competencias y atribuciones que fueron variando conforme ha transcurrido el tiempo<sup>8</sup>.

Si pudiésemos ponerle una fecha de nacimiento a la jurisdicción contencioso-administrativa en Ecuador sería 1967, con la Constitución expedida en este año<sup>9</sup> se crean los Tribunales de lo Contencioso con sede en la capital Quito y con jurisdicción en todo el territorio nacional, además se crea el Tribunal Fiscal con competencias en materia tributaria y aduanera; en esta Constitución según se desprende de su artículo 218, se reconoce también la facultad coactiva del Estado.

El ámbito competencial del Tribunal Contencioso Administrativo fue regulado por la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa publicada en el Registro Oficial 338 del 18 de marzo de 1968, normativa que extinguió la vida jurídica del Consejo de Estado. La prenombrada ley estuvo vigente durante más de 4 décadas hasta su derogatoria en el año 2015, cuando fue publicado el Código Orgánico General de Procesos (COGEP), normativa que entró en vigencia 12 meses después por efecto de la *vacatio legis*, y que se rige en la actualidad.

<sup>7</sup> RECASENS SICHES, Luis, *La seguridad como motivo radical de lo jurídico*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 1961, pág. 230.

<sup>8</sup> Esta concepción de una jurisdicción contenciosa con disminuidas atribuciones de control jurídico es la que se planteaba en las nacientes repúblicas que se independizaban de España. En el Ecuador, las Cartas Políticas que se expidieron durante el siglo XIX, bajo el influjo del sistema francés y principalmente del constitucionalismo español, crearon un Consejo de Estado con funciones consultivas y deliberativas, y atribuciones para conocer de determinados asuntos que interesaban al Poder Ejecutivo, es decir, a la Administración. Véase en: NEIRA ORELLANA, Edgar, *La Jurisdicción Contencioso Administrativa: Reflexión jurídica sobre sus disfuncionalidades*, Editorial USFQ. 2016, pág. 21.

<sup>9</sup> Constitución Política del Ecuador, Ley No. 35. R.O. No. 338 del 18 de marzo de 1968.- Artículo 215.- Al Tribunal de lo contencioso administrativo corresponde conocer las impugnaciones que las personas naturales o jurídicas hicieran contra los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública o de las entidades semipúblicas, y resolver acerca de su ilegalidad o inaplicabilidad; correspóndele igualmente conocer y resolver lo concerniente a las violaciones de la ley reguladora de la Carrera Administrativa, y declarar la responsabilidad, de la Administración, y de sus funcionarios y empleados. Artículo 216.- El Tribunal Fiscal conocerá y decidirá las cuestiones contencioso-tributarias, inclusive las aduaneras y las que nazcan de la violación de sus leyes tributarias; también, las impugnaciones a las resoluciones de la Contraloría que establezcan responsabilidad económica en materia fiscal, en la gestión económica estatal, municipal, o de otras instituciones sometidas al control y juzgamiento de aquélla, y las demás cuestiones cuya resolución le atribuya la ley. Artículo 218.- El procedimiento coactivo se establece en favor del Fisco, y demás instituciones de Derecho Público.

Las reformas incorporadas por el COGEP en el contencioso bien pueden definirse como alentadoras, en términos idealistas de aspirar a ese caro objetivo que es la eficiencia procesal, sin embargo, hemos de insistir en que los procesos de adaptación normativa no siempre se ejecutan mirando la integralidad del contexto nacional. En este aspecto, no se puede olvidar que como bien se ha señalado, el apego a seguir los modelos legales extranjeros sin adentrarse en sus antecedentes y prescindiendo del tamiz jurisprudencial allí presente, resta valor a la experiencia que ellos ofrecen<sup>10</sup>.

Uno de los cambios incorporados en el COGEP tiene relación con el procedimiento para litigar, que en teoría resta protagonismo al estigmatizado sistema escritural<sup>11</sup> de la extinta Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que también contribuyó con la acumulación de controversias, las sentencias que tardaron años en expedirse y en ejecutarse y la inexistencia de la interacción entre las partes procesales, con la consecuente afectación del derecho ciudadano al acceso a la justicia de calidad y a la tutela judicial efectiva.

#### IV. ESTADO ACTUAL DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ECUATORIANO

En la praxis, hemos mirado un desarrollo lento de nuestro derecho procesal administrativo en el que se conjugan diferentes explicaciones, por una parte, las deficiencias que persisten con la reducida cantidad de tribunales funcionando a nivel nacional, la inexistencia de juzgados de primera instancia que desde algunos sectores se ha señalado son parte del problema estructural, pero desde otros como el legislativo, le han restado el apoyo al debate reformativo para crearlos.

Los sistemas por audiencias que en teoría debieron agilizar los tiempos de respuesta no han solucionado el problema de falta de celeridad<sup>12</sup>, la adaptación al nuevo escenario procesal desnudó limitaciones formativas en destrezas de litigación oral y

---

<sup>10</sup> GARCÍA RUBIO, Fernando, *El Derecho Administrativo en un Entorno Internacional: Estudios de Derecho Territorial Administrativo Comparado*, Editor INAP. 2015. <https://www.inap.es/documents/10136/1702085/PagInicio-El-Derecho-Administrativo-en-un-entorno-internacional.pdf/47763605-bce1-b186-dfea-70722690f78e>.

<sup>11</sup> En términos de eficiencia del proceso, sobre estos temas se han desarrollado varios mitos: el de naturaleza positiva, bajo el cual la oralidad es una especie de panacea que resolverá todas las dificultades en el funcionamiento de la justicia y el mito negativo, de conformidad con el cual, la escritura es mala en sí misma y es la responsable de la mayoría de los problemas en el funcionamiento de la administración de justicia y por consiguiente debe reducirse a lo mínimo y en lo posible a cero. Véase en: GARZÓN, Juan, «El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo», *Sistema escrito-Sistema oral. Debates procesales* (Ley 1437 de enero 18 de 2011). Ediciones Doctrina y Ley LTDA. Bogotá D.C. 2014, pág. 7.

<sup>12</sup> La eficiencia de la administración de justicia va de la mano de la celeridad con la cual se protegen los derechos en los procesos que tramita. Cualquier dilación injustificada (desde el punto de vista del ciudadano no hay razones para demoras), hace inútil la práctica del reconocimiento efectuado en la sentencia. Véase en: RESTREPO-MEDINA, Manuel, «La necesidad de ampliar la tutela cautelar judicial en el proceso contencioso administrativo», *Estudios Socio-Jurídicos, económicos y sociales*, 7(2), 2005, págs. 191-205. [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0124-05792005000200008&lng=en&tlng=es](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792005000200008&lng=en&tlng=es).

argumentación jurídica de operadores jurídicos y abogados, que en gran medida se originan en las deficiencias de algunos sistemas formativos universitarios. Implementar la oralidad, no implica exclusivamente un cambio de orden normativo, se requiere una adecuada capacitación que va mucho más allá que comprender el contenido de unas normas procesales, implica lograr un cambio de cultura en todos y cada uno de los participantes de la relación procesal<sup>13</sup>.

El Derecho Administrativo y Procesal Administrativo en Ecuador históricamente parecen haber sido excluidos del imaginario colectivo académico como asignaturas relevantes, durante años han sido utilizados como relleno dentro de las mallas curriculares de algunas Carreras de Derecho y Facultades de Jurisprudencia; En cierto modo esta inercia por su estudio, ha trascendido a los ciudadanos y usuarios, quienes aún por estos lares como lo escribió el profesor Rodríguez-Arana, viven temerosos de la política, porque no han caído en cuenta de que el titular, el propietario de la política y sus instituciones es el pueblo soberano.

A esto agrego la singular anécdota narrada por Henri Welter quien relataba: que ya ha pasado la época en que este derecho era considerado como una mera legislación administrativa sujeta a la escuela de la exégesis. A este propósito recuerda Georges Renard las palabras de un letrado que, refiriéndose al eminente jurisconsulto Louis Rolland, exclamó: ¡Qué admirable profesor, pero qué pena verlo relegado a una cátedra de derecho administrativo! Eran los tiempos en que el ámbito propio de este derecho se lo disputaban el derecho constitucional y el derecho civil. La importancia de esta disciplina es incuestionable. Su jerarquía como ciencia jurídica no puede ser discutida.

Esto no puede ser inadvertido hoy, cuando juzgamos y cuestionamos en Ecuador la calidad de los procedimientos y la justicia dentro de esta jurisdicción. Otro elemento que ha contribuido con el colapso procesal ha sido el factor cultural. El juez, el abogado y el ciudadano se han enraizado a la cultura del litigio, no se han permitido explorar la efectividad que pueden tener los medios alternativos de solución de conflictos, ni los han dimensionado en la forma que se precisa, se los ha subestimado al mirarlos prioritariamente como fórmula de descongestión procesal o procedimiento de mero trámite a cumplir dentro del proceso.

La inexistente regulación sobre la apelación en el contencioso-administrativo, junto al insipiente desarrollo de la doctrina de la justicia cautelar<sup>14</sup>, son reflejo de las lagunas normativas que arriesgan en la cotidianidad el cumplimiento de uno de los objetivos que de acuerdo al artículo 300 del COGEP se persigue, y que es la tutela de los derechos de las personas, percepción que aunque en teoría, nuestro legislador ha superado frente a la tradicional orientación que ha tenido nuestra jurisdicción como revisora del acto<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> GARZÓN Juan, *El Nuevo Proceso....* Cit., pág. 26.

<sup>14</sup> RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, «Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa en España», *II Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*. Monterrey. 2005. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2391/19.pdf>.

<sup>15</sup> Todas las reflexiones anteriores conducen a una idea ya repetida en varias ocasiones; es necesario replantearse la funcionalidad del proceso contencioso, abandonando la visión puramente objetiva o, en otras

## V. ANALISIS DE LEGISLACIÓN COMPARADA ENTRE ECUADOR, ESPAÑA Y COLOMBIA

Son tres los componentes que en esta contribución se analiza sobre la base de la revisión de legislación comparada, para identificar el estado situacional actual de la jurisdicción contencioso-administrativa en Ecuador; primero, su estructura orgánico funcional en relación a la imposibilidad de presentar el recurso de apelación, segundo, la aplicación extra o intra judicial de la mediación y la conciliación, y tercero, el régimen de medidas cautelares.

El análisis de legislación comparada como propuesta crítica y propositiva se aproxima a identificar cuestiones de regulación y normatividad que modulan el proceso contencioso en Ecuador, España y Colombia enfocado en las aristas antes referenciadas, considerando naturalmente la distancia entre los tres países, sus sistemas de gobierno, organización territorial, estructuras y andamiajes de gestión pública y la dinámica propia de las relaciones administrativas entre estos estados y sus ciudadanos.

## VI. ESTRUCTURA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVA EN ECUADOR

El andamiaje estructural de la jurisdicción contencioso-administrativa en Ecuador por si solo muestra sus carencias, a nivel nacional funcionan 6 Tribunales que ejercen sus competencias<sup>16</sup> y se encuentran distribuidos en diferentes sedes del territorio nacional (Quito, Guayaquil, Ambato, Cuenca, Portoviejo y Loja).

No existen juzgados de primer nivel, siendo que los Tribunales son de primera y única instancia, por consiguiente no es factible interponer un recurso de apelación de sus sentencias, únicamente procede el recurso de casación ante la Corte Nacional de Justicia, que es resuelto por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo<sup>17</sup>.

---

palabras, su filosofía exclusivamente reaccional, y dando margen al proceso subjetivo, si se quiere, prestacional, el ciudadano ya no tiene que limitarse frente a la actuación administrativa, ni el contencioso-administrativo tiene por qué concebirse como un medio de estricto control de la legalidad de aquella actuación. Es el propio Estado de Derecho proclamado por la Constitución el que otorga un papel diferente a la Administración y, correlativamente, un nuevo rol a la posición jurídica de los ciudadanos. El sistema procesal administrativo debe cambiar su centro de gravedad, hasta ahora determinado por referencia a los actos de la Administración, y debe configurarse en torno a los intereses subjetivos de los ciudadanos” Véase en: GARCÍA PÉREZ, Marta, *El Objeto del Proceso Contencioso Administrativo*, Aranzadi Editorial S. A., Pamplona, 1999, págs. 86 y 87.

<sup>16</sup> Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial Suplemento 544 de 9 de marzo de 2009. Art. 216.- Competencia de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo. - Existirán tribunales de lo contencioso administrativo en los distritos que determine el Consejo de la Judicatura, el cual establecerá el número de salas, la sede y espacio territorial en que ejerzan su competencia.

<sup>17</sup> Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial Suplemento 544 de 9 de marzo de 2009. Art. 183.- Integración. - La Corte Nacional de Justicia estará integrada por las siguientes Salas Especializadas: 1. De lo Contencioso Administrativo; 2. De lo Contencioso Tributario; 3. De lo Penal, Penal Militar, Penal



En Ecuador se conserva el sesgo ideológico enraizado en la concentración del poder para administrar justicia y propiamente en el monopolio de la jurisdicción contencioso-administrativa, se trata de un debate que se aborda con reserva y hasta con egoísmo dentro del foro jurídico. La factibilidad de crear juzgados unipersonales<sup>18</sup> en esta materia no ha sido una prioridad para el legislador, que continúa desatendiendo la imperiosa necesidad de fortalecer la estructura contencioso-administrativa.

Con estos datos es posible identificar preliminarmente dos vertientes de la problemática, la primera de carácter orgánico por el modelo estructural sustentado en el funcionamiento de tribunales únicamente, y la segunda, de orden procesal ante la inexistencia de reglas aplicables para garantizar el principio de impugnación en sede judicial.

## VII. INEXISTENCIA DEL RECURSO DE APELACIÓN EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DE ECUADOR

El enunciado por sí mismo arguye una de las limitaciones que históricamente arrastra la jurisdicción contencioso-administrativa en Ecuador en relación a su diseño, estructura y funcionamiento, y que han derivado en una sistemática afectación de derechos del ciudadano por el estado de desprotección al que han sido conducidos como resultado de acciones y omisiones, que no se las podría atribuir solamente al estado, ya que la evolución lenta y desordenada de nuestro derecho administrativo también es producto de nuestra complicidad silenciosa y actitud relegada como académicos, juristas y operadores jurídicos.

Parece que nos hemos acostumbrado al litigio contencioso administrativo con reglas jurídicas evidentemente contrarias a normas de mayor jerarquía explícitamente descritas en la Constitución de la República del Ecuador (CRE), como las del artículo 75, que le reconoce a toda persona el derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; el artículo 76 que ampara el debido proceso a través de sus garantías y específicamente la prevista en el literal m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos; o la del artículo 82 que tutela el derecho a la seguridad jurídica, fundamentado en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

---

Policial y Tránsito; 4. De lo Civil y Mercantil; 5. De lo Laboral; y, 6. De la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores.

<sup>18</sup> Habrá siempre un porqué, una razón que constituya el motivo suficiente para alimentar la preocupación que suscitaba el nacimiento de estos órganos, y que por lo general venía de la mano del argumento de la falta de preparación técnica y especialidad de los magistrados llamados a integrar dichos órganos jurisdiccionales: quizás exista al respecto una confusión entre órgano jurisdiccional y titular del mismo, pues obviamente tan calamitoso puede ser un Magistrado sin preparación ni sensibilidad alguna a las cuestiones de Derecho Público destinado en un órgano unipersonal, que el mismo magistrado, sirviendo en un órgano colegiado, aunque aquí esta falta de sensibilidad se tamice por la acción del colegio en su conjunto. Véase en: Consejo General del Poder Judicial, Balance de 5 años de aplicación de la ley jurisdiccional. Procedimientos administrativos y proceso contencioso-administrativo. 46, *Estudios de Derecho Judicial*, Madrid, 2004, pág. 29.

En Ecuador, el Código Orgánico General de Procesos (COGEP) publicado en el Registro Oficial 506 del 22 de mayo de 2015, contiene las reglas aplicables a la sustanciación de las controversias derivadas de la relación jurídico administrativa, siendo el objeto de la jurisdicción contencioso-administrativa al tenor literal de su artículo 300, tutelar los derechos de toda persona y realizar el control de legalidad de los hechos, actos administrativos o contratos del sector público sujetos al derecho tributario o al derecho administrativo; así como, conocer y resolver los diversos aspectos de la relación jurídico tributaria o jurídico administrativa, incluso la desviación de poder.

El problema jurídico que fácilmente se identifica como antinomia, es la imposibilidad de presentar el recurso de apelación de la sentencia proferida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, la impugnación del fallo por esta vía es improcedente conforme a la ley de la materia, aun cuando la CRE expresamente ordena la observancia de la garantía de recurrir del fallo o resolución, guardando *sindéresis* con instrumentos internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, que en su artículo 8, numeral 2, literal h), reconoce el “derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. Sin una segunda instancia a la cual acudir, los ciudadanos nos encontramos en indefensión, sin derecho a que el proceso pueda ser revisado por un órgano superior, nuestros legisladores omitieron que “todo el sistema de recursos no es sino la garantía procesal frente al error”<sup>19</sup>.

La omisión legislativa se materializa en el inciso segundo del artículo 250 del COGEP que textualmente dice: “se concederán únicamente los recursos previstos en la ley. Serán recurribles en apelación, casación o de hecho las providencias con respecto a las cuales la ley haya previsto esta posibilidad. La aclaración, ampliación, revocatoria y reforma serán admisibles en todos los casos, con las limitaciones que sobre la impugnación de las sentencias y autos prevé esta Ley”.

Con el presupuesto normativo antes descrito, la ley ecuatoriana no reconoce *prima facie* la posibilidad de interponer un recurso de apelación en la jurisdicción contencioso-administrativa. El ámbito competencial del Tribunal es restrictivo. En Ecuador únicamente procede el recurso de casación ante la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, consecuentemente está vedada la posibilidad de apelar la sentencia.

Las atribuciones que cumplen los Tribunales de lo Contencioso Administrativo y la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo la Corte nacional de Justicia en Ecuador, no proyectan por sí mismos un modelo innovador de administración de justicia que se sincronice con la atención que demandan los conflictos jurídicos derivados de la globalización y sus efectos internos y con la indiscutible extensión de Derecho Administrativo.

---

<sup>19</sup> PECES MORATE, Jesús, «La fuerza vinculante de la jurisprudencia», *Estudios de Derecho Judicial*, Nro. 34, 2001.

En las líneas siguientes intento presentar un análisis comparativo del modelo de la jurisdicción contencioso-administrativa vigente en España y Colombia, en perspectiva de dimensionar las diferencias con el sistema ecuatoriano, en esta parte, en lo atinente al diseño estructural y competencial.

## 1. España

La Ley 29/1998<sup>20</sup> en su artículo 6 describe el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, el mismo que se halla integrado por los siguientes órganos:

- a) Juzgados de lo Contencioso-administrativo.
- b) Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo.
- c) Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia.
- d) Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.
- e) Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

Notoriamente la estructura responde a un nivel de complejidad acorde a las exigencias de administraciones públicas distintas en su organización y funcionamiento, con procesos autonómicos maduros y niveles territoriales provinciales<sup>21</sup> de descentralización consolidados; cada órgano ocupa su espacio funcional en congruencia con las competencias asignadas.

El andamiaje así concebido, se armoniza con la naturaleza de las controversias suscitadas ante cada una de sus administraciones públicas. Los recursos de apelación y de revisión a diferencia de Ecuador, son conocidos y resueltos por las Salas de lo Contencioso Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, la Sala de lo Contencioso administrativo de la Audiencia Nacional y la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

## 2. Colombia

Conforme lo indica el artículo 106<sup>22</sup> de la Ley 1437, la jurisdicción objeto de análisis está integrada por: El Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y los juzgados administrativos. Esta estructura orgánica mantiene como máximo órgano al

---

<sup>20</sup> Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. BOE núm. 167, de 14/07/1998. Última modificación: 12 de octubre de 2021

<sup>21</sup> Nuestro Derecho Judicial en vigor es realmente singular en lo que atañe a la citada creación de Juzgados de primera instancia en lo contencioso-administrativo con carácter unipersonal. Ahora bien, esta evidente singularidad debe matizarse si tenemos en cuenta que en el Derecho positivo español la organización de lo contencioso-administrativo ha estado íntimamente ligada, desde el punto de vista territorial, al ámbito provincial. Véase en: VACAS GARCÍA-ALOS, L., *Guía para los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo*, Competencia-Tramitación, Formularios-Bibliografía, Marcial Pos, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2000, Pág. 17.

<sup>22</sup> Decreto 1081 de 2015. Ley 1437 de 2011. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Consejo de Estado<sup>23</sup>, que visibiliza una extensión del modelo francés adaptado al entorno jurídico y cultural colombiano, como instancia de asesoría y juez de la administración pública. El Consejo se integra por 3 salas, la Plena, la de lo Contencioso Administrativo y la de Consulta y Servicio Civil; En Ecuador la función consultiva o de asesoría no existe, desapareció cuando se extinguió el Consejo de Estado en el año de 1968.

Los Tribunales Administrativos son creados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para el cumplimiento de las funciones que determine la ley procesal en cada distrito judicial administrativo. Tienen el número de Magistrados que determine la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura que, en todo caso, no será menor de tres. Los juzgados administrativos funcionan en cada circuito o municipio en el número fijado por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

La actividad recursiva está garantizada conforme se desprende del artículo 111, numeral 2, que prescribe la facultad de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo para resolver los recursos extraordinarios de revisión contra las sentencias dictadas por las secciones o subsecciones y los demás que sean de su competencia.

Los Juzgados Administrativos de acuerdo al artículo 125, literal h, tienen competencia para resolver las apelaciones que se presenten contra los autos que decreten, denieguen o modifiquen una medida cautelar.

Ratificando la primacía del principio de doble conforme, la Ley 1437 en su artículo 150 reconoce la competencia del Consejo de Estado en segunda instancia para conocer las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación. Por su parte los tribunales administrativos en segunda instancia pueden conocer de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

## **VIII. MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS CON APLICACIÓN EXTRA E INTRA JUDICIAL**

Otro componente que se analiza con el propósito de aportar al debate de la optimización de la jurisdicción contencioso-administrativa en Ecuador, se circunscribe a los medios alternativos de solución de conflictos en sus distintas tipologías (mediación, conciliación, transacción, arbitraje) y a su derivación una vez que ha iniciado el proceso. Aunque la tendencia de conciliar en el contencioso ha sido insertada en la mayoría de

---

<sup>23</sup> Se ha pretendido entroncar la creación del Consejo de Estado colombiano con la obra napoleónica, por ello algunos tratadistas sostienen que el origen del Consejo se remonta al año 1815 y, en concreto, al acto de «Reforma del Gobierno de las Provincias Unidas de la Nueva Granada», momento histórico en el que, al igual que en Francia, el Poder Ejecutivo acumulaba muchas funciones. Como bien se anota, en ese período en Colombia «el Poder Ejecutivo concentrado significaba algunos riesgos en cuanto al ejercicio de la autoridad política. Con base en esa consideración el Congreso decidió crear un Consejo de Estado». Véase en: MALAGON-PINZON, Miguel, GAITAN BOHORQUEZ, Julio, «Colonialismo Cultural Francés y la creación del Consejo de Estado en el Derecho Administrativo Colombiano» *Vniversitas*, Bogotá (Colombia) N° 115: 161-178, enero-junio, 2008, pág. 166.

sistemas jurídicos iberoamericanos, aún tiene resistencia y escasa credibilidad para algunos doctrinantes, pero no es menos cierto, que también se ha reconocido sus bondades<sup>24</sup> en clave de evitar la dilación exagerada tanto en la resolución del conflicto como en la ejecución de lo resuelto en sentencia.

En Ecuador la Constitución de la República reconoce expresamente en su artículo 190<sup>25</sup> el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para solucionar conflictos. El COGEP en su artículo 233<sup>26</sup> regula como formas extraordinarias de conclusión del proceso la conciliación y la transacción; en su artículo 234<sup>27</sup> el procedimiento para la conciliación, y en el artículo 294<sup>28</sup>, números 4, 5 y 6 las reglas aplicables para promover la conciliación dentro de la audiencia preliminar.

En síntesis, la normativa ecuatoriana reconoce taxativamente la procedencia y derivación a los medios alternativos con el carácter intra procesal, de tal forma que existe la posibilidad de conciliar luego de iniciado el juicio e incluso encontrándose la sentencia en estado de ejecución; se observará que el juez está facultado para insinuar o suscitar a las

---

<sup>24</sup> No cabe negar las virtudes del modelo y, sobre todo, el éxito que representa un acuerdo de mediación, no solo para las partes, sino para la paz social y para el sistema de Justicia. Los conflictos no vienen organizados en lotes o paquetes perfectamente etiquetados, sino que suelen ramificarse en diversos problemas estrechamente relacionados entre sí que se manifiestan por separado: cualquier solución que pretenda resolver una de las concretas manifestaciones del conflicto, sin acudir o remediar su raíz, serpa meramente provisional y no evitará que el conflicto resurja de nuevo, con otro rostro, a la menor ocasión. Véase en: GAMERO CASADO, Eduardo, «Iniciativas de Mediación Intrajudicial en el Contencioso-Administrativo», *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 198, Cívitas, Thomson Reuters, Abril-Junio 2019, págs. 191-214.

<sup>25</sup> Constitución de la República del Ecuador. - Art. 190.- (...) Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley.

<sup>26</sup> Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial Suplemento 506 del 22 de mayo de 2015. Última modificación: 21 de agosto de 2018. Art. 233.- Oportunidad. Las partes podrán conciliar en cualquier estado del proceso. Si con ocasión del cumplimiento de la sentencia surgen diferencias entre las partes, también podrán conciliar. La conciliación se regirá por los principios de voluntariedad de las partes, confidencialidad, flexibilidad, neutralidad, imparcialidad, equidad, legalidad y honestidad.

<sup>27</sup> Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial Suplemento 506 del 22 de mayo de 2015. Última modificación: 21 de agosto de 2018. Art. 234.- Procedimiento. La conciliación se realizará en audiencia ante la o el juzgador conforme a las siguientes reglas: 1. Si la conciliación se realiza en audiencia preliminar o de juicio, el juez la aprobará en sentencia y declarará terminado el juicio. 2. Si la conciliación se presenta con ocasión del cumplimiento de la sentencia, la o el juzgador de la ejecución señalará día y hora para la realización de la audiencia en la que resolverá la aprobación del acuerdo. 3. Si la conciliación recae sobre parte del proceso, este continuará con respecto a los puntos no comprendidos o de las personas no afectadas por el acuerdo.

<sup>28</sup> Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial Suplemento 506 del 22 de mayo de 2015. Última modificación: 21 de agosto de 2018. Art. 294.- Desarrollo. La audiencia preliminar se desarrollará conforme con las siguientes reglas: 4. La o el juzgador, de manera obligatoria, promoverá la conciliación conforme a la ley. De darse la conciliación total, será aprobada en el mismo acto, mediante sentencia que causará ejecutoria. 5. En caso de producirse una conciliación parcial, la o el juzgador la aprobará mediante auto que causará ejecutoria y continuará el proceso sobre la materia en que subsista la controversia. 6. La o el juzgador, de oficio, o a petición de parte, podrá disponer que la controversia pase a un centro de mediación legalmente constituido, para que se busque un acuerdo entre las partes. En caso de que las partes suscriban un acta de mediación en la que conste un acuerdo total, la o el juzgador la incorporará al proceso para darlo por concluido.

partes la posibilidad de conciliar, pero esto solo sucederá si éstas voluntariamente lo aceptan.

## 1. España

En el orden jurisdiccional la Ley 29/1998 de 12 de octubre, en el artículo 77 reconoce la procedencia de la transacción y la conciliación intra judicial para alcanzar acuerdos y poner fin a las controversias contra las administraciones públicas; estos medios alternativos se subsumen al principio de voluntariedad de las partes, aun cuando el juez o tribunal de oficio puede sugerirlos, en los casos de materias transigibles y principalmente en relación a la cuantía.

El modelo de mediación refiere Gamero, “se sustenta en una concepción que pretende abandonar la justicia decisionista y pasar a la justicia reparadora, para minimizar los impactos negativos de tiempo, coste económico y costes emocionales que los enfrentamientos judiciales producen en los ciudadanos y para agilizar el crédito retenido en las largas contiendas judiciales”<sup>29</sup>.

La Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, taxativamente excluye según se advierte en su artículo 2 la mediación con las administraciones públicas.

Se discute en este país sobre la obligatoriedad de la mediación antes del juicio, incluso hay precedentes en asuntos de familia con la entrada en vigencia de la Ley 9/2020 que introduce la mediación obligatoria para cuestiones sobre desacuerdos en materia de potestad parental, efectos derivados de nulidad matrimonial, separación o divorcio, y delación de tutela en procesos de incapacitación. Otro interesante precedente dentro de la Comunidad Europea se encuentra en Francia, donde se ha introducido un procedimiento de mediación obligatoria preliminar en litigios sobre función pública y conflictos sociales, bajo pena de inadmisibilidad del recurso judicial frente a la decisión administrativa<sup>30</sup>.

## 2. Colombia

La Ley 1437 de 2011 reconoce en el artículo 161 a la conciliación como un requisito obligatorio de procedibilidad previo a presentar la demanda en la jurisdicción contencioso-administrativa, en los asuntos que no se encuentren prohibidos por la ley, por ejemplo, en demandas en las que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales.

De lo observado en el artículo 243 de la ley en mención, las conciliaciones extrajudiciales deben ser aprobadas mediante auto proferido en la jurisdicción contencioso-administrativa, por lo que se entendería que aun habiéndose llegado a un acuerdo antes del juicio, éste solo alcanza el efecto de cosa juzgada cuando lo apruebe el juez. Para Torres

<sup>29</sup> GAMERO CASADO, E. «Iniciativas de Mediación...», cit., pág. 202.

<sup>30</sup> AVILES NAVARRO, María, «La Mediación en el Orden Jurisdiccional Contencioso Administrativo en España» *Revista Acta Judicial*, n° 6, julio-diciembre, 2020, págs. 24-47.

Osorio<sup>31</sup>, los efectos de cosa juzgada de la conciliación contenciosa administrativa solo quedan en firme una vez que el acuerdo total o parcial haya logrado homologación, pero la mayoría de los acuerdos logrados no llegan a ser homologados, lo que hace poco atractiva y eficiente la conciliación contenciosa administrativa.

## IX. RÉGIMEN DE TUTELA CAUTELAR EN ECUADOR

Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa en el Ecuador, son otro nudo crítico que evidencia la escasa regulación dentro del ámbito procesal. No fue sino hasta la entrada en vigor del COGEP en el año 2016, que se introdujo la figura de la suspensión del acto administrativo impugnado como una aproximación limitada de la noción de tutela cautelar, conforme lo indica su artículo 330 que expresamente dice:

*“Art. 330.- Suspensión del acto impugnado. A petición de parte, el juzgador podrá ordenar en el auto inicial la suspensión del acto administrativo, cuando de los hechos alegados en la demanda y las pruebas acompañadas, aparezca como justificado un juicio provisional e indiciario favorable a la pretensión exhibida, sin que esto implique una decisión anticipada sobre el fondo, siempre que el retardo en la decisión de la causa pueda afectar irremediablemente el derecho opuesto y se evidencie la razonabilidad de la medida. Podrá motivadamente revocarse la medida en cualquier estado del proceso, en tanto se advierta una modificación en las circunstancias que lo motivaron”.*

La norma transcrita reconoce la facultad del juez para suspender el acto administrativo a petición de parte, es decir, de oficio la autoridad no puede hacerlo, lo que puede entenderse como una merma de su capacidad para proteger los derechos subjetivos del accionante presuntamente afectados y ejercer el control de legalidad. No se precisa en la disposición revisada, si lo que se suspende es el acto administrativo propiamente o su ejecución.

Suspender un acto supone bloquear todos sus efectos, incluso los ya cumplidos; suspender la ejecución del acto, supone solamente detener los efectos futuros del cumplimiento del mismo<sup>32</sup>. La regulación también deja entrever una disyuntiva sobre la presunción de legitimidad del acto, que en Ecuador ha tenido una interpretación deficiente y restrictiva.

Hay que particularizar que en Ecuador la normativa procesal no reconoce taxativamente un régimen de medidas cautelares en sede judicial<sup>33</sup>, como si lo hace la Ley

<sup>31</sup> TORRES OSORIO, Edilsa, «La conciliación contenciosa administrativa. Análisis desde la tutela judicial efectiva», Universidad Militar Nueva Granada. *Prolegómenos*, vol. XXIV, núm. 48, 2021, págs. 93-108.

<sup>32</sup> BOQUERA OLIVER, José María, «Suspensión del acto administrativo», *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. IV. Madrid, 1995, pág. 6437.

<sup>33</sup> Son actos procesales del órgano judicial adoptados en el curso de un proceso, o previamente a él, a solicitud de interesado para asegurar bienes o pruebas y mantener una situación de hecho, como anticipo de una

29/1998 en España y la Ley 1437 en Colombia, normativas en las que es previsible una mayor expectativa de protección provisional de los derechos de los administrados, que así como en distintos países, fueron y siguen siendo sin generalizar claro está, afectados por la excesiva dilación del pronunciamiento del fallo.

Contrariamente de lo que ocurre en sede jurisdiccional, en sede administrativa las autoridades de las administraciones públicas si pueden disponer medidas cautelares con arreglo a lo previsto en el artículo 189 del COA<sup>34</sup>, que si desarrolla lo atinente a su procedencia, modificación o revocatoria, notificación y ejecución.

Esto bien puede identificarse como una innovación normativa de influencia europea adaptada al procedimiento administrativo ecuatoriano, y desde otra arista, la imposibilidad del tribunal para no poder adoptarlas, refleja un vacío legal que no concreta el *fumus bonis iuris* o apariencia del buen derecho ni previene el *periculum mora* o peligro de la mora en el logro de la efectividad de la tutela judicial.

## 1. España

En la jurisdicción contencioso-administrativa se reconoce la constitucionalización de las medidas cautelares, el tratadista Mariano Bacigalupo<sup>35</sup> cita una afirmación del profesor García De Enterría, quien, a su entender, a tratado con especial predilección este tema:

*«Los Tribunales Constitucionales de toda Europa (...), más el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, han venido en coincidir (...) en esa conclusión (se refiere, cómo no, al estatus constitucional de la tutela cautelar contencioso administrativa), a través de un razonamiento (...) sumamente simple: no hay posibilidad de impartir a los ciudadanos una tutela judicial efectiva (el derecho cuya satisfacción las Constituciones, los Tratados internacionales y los principios generales del Derecho comunitario) si, en ciertas circunstancias, por lo demás nada excepcionales, no se utilizasen resueltamente medidas cautelares antes o durante el proceso para asegurar que la futura sentencia de fondo no quede frustrada en sus efectos prácticos».*

Entre los artículos del 129 al 136 de la Ley 29/1998 se aprecia un desarrollo normativo eficiente del régimen de tutela cautelar<sup>36</sup> en clave de garantismo para los

---

garantía judicial de la defensa de la persona y de los bienes y para no tornar ilusorias las sentencias judiciales. Véase en: MARÍA DIEZ, Manuel, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires: Plus Ultra, 1996, pág. 71.

<sup>34</sup> Código Orgánico Administrativo. Registro Oficial Suplemento 31 del 7 de julio de 2017. Última modificación: 31 de diciembre de 2019. Art. 189.- Medidas cautelares. El órgano competente, cuando la ley lo permita, de oficio o a petición de la persona interesada, podrá ordenar medidas cautelares, pudiéndose adoptar las siguientes: 1. Secuestro. 2. Retención. 3. Prohibición de enajenar. 4. Clausura de establecimientos. 5. Suspensión de la actividad. 6. Retiro de productos, documentos u otros bienes. 7. Desalojo de personas. 8. Limitaciones o restricciones de acceso. 9. Otras previstas en la ley.

<sup>35</sup> BACIGALUPO, Mariano, *La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 93.

<sup>36</sup> En el Derecho Español desde la vigencia de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se reconoce además de las funciones declarativa (juzgar) y la ejecutiva (hacer



derechos del interesado. La adopción de éstas puede suceder en cualquier estado del proceso, *a contrario sensu* de lo que ocurre en Ecuador, donde la suspensión del acto administrativo únicamente se puede pedir en el escrito de presentación de la demanda.

La adopción de la medida cautelar en España se somete a un formalismo en el que las partes ejercen el derecho a la contradicción en una diligencia procesal; en Ecuador no existe esta posibilidad, pues conforme al artículo 330 del COGEP, el juzgador podrá ordenar en el auto inicial la suspensión del acto administrativo, cuando de los hechos alegados en la demanda y las pruebas acompañadas, aparezca como justificado un juicio provisional e indiciario favorable a la pretensión exhibida; es decir, la sustanciación ocurre sin audiencia, sin debate, quedando al libre arbitrio del tribunal acoger o no la suspensión del acto.

Se ha previsto en la Ley 29/1998 la caución para resarcir perjuicios que pudieren ocasionarse por efecto de la medida acordada; en Ecuador no se ha regulado sobre esta garantía, lo cual denota un escaso desarrollo del concepto de tutela cautelar, que no se fortalece ni genera certeza en un sistema procesal inmaduro, con improvisaciones y carencias ideológicas, que está lejos de garantizar la justicia provisional en esta materia.

## 2. Colombia

En la Ley 1437 de 2011 desde el artículo 229 al 241 apreciamos el ámbito normativo de la procedencia de las medidas cautelares, que tienen por objeto proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. El artículo 230 con precisión las clasifica como preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, con clara expresión de su contenido y alcance.

La regulación manifiestamente describe que tipo de medidas pueden ser decretadas por el juez ponente, por ejemplo, ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible; suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual; suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo; ordenar la adopción de una decisión administrativa; e impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.

---

ejecutar lo juzgado), la función “cautelar o de seguridad”, para afianzar la eficacia del fallo. Se ha de considerar, parafraseando a Montero Aroca citado por Francisco García Gil, que las funciones de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado no son instantáneas en el tiempo, sino que necesitan un periodo más o menos largo para realizarse, puede suceder que por su mero transcurso o por una actuación del demandado, la sentencia llegue a convertirse en inútil. Por ello afirma Ortells, que las medidas cautelares aparecen como los medios jurídicos-procesales tendientes a evitar tal adversa consecuencia para quien obtuvo resolución favorable. Véase: GARCÍA GIL, Francisco, *La medida cautelar de suspensión de la ejecución de los actos y disposiciones en el proceso administrativo, Legislación. Comentarios. Jurisprudencia. Formularios*, Primera edición, Madrid, Junio, 2010, pág. 17.

No se ha omitido en la Ley referenciada normar lo atinente a los requisitos que deben concurrir para decretar las medidas cautelares, los cuales se encuentran contenidos en el artículo 231. En *synchresis* con la normativa española, también en Colombia se ha previsto la figura de la caución en el artículo 232, que el solicitante deberá rendir para garantizar posibles perjuicios que puedan resultar de la medida cautelar dispuesta.

El procedimiento para la adopción de las medidas cautelares se encuentra previsto en el artículo 233, junto con esto, lo relacionado a su levantamiento, modificación y revocatoria, así como el término para resolver los recursos que se presenten sobre el auto que decida sobre las medidas cautelares, ratificando con esto el carácter garantista de la actividad de impugnación.

## **X. REFLEXIONES FINALES**

La jurisdicción contencioso-administrativa en Ecuador, aún con los limitados esfuerzos reformativos por adaptar normas externas, no ha podido sincronizarse con las tendencias e innovaciones que en otros países iberoamericanos se han insertado y desarrollado, para resolver las controversias dentro del proceso con eficacia y celeridad. La estructura y funcionalidad de los Tribunales como única instancia “especializada”, ha restringido durante décadas el acceso al derecho de la tutela judicial efectiva.

La visión neo constitucionalista de la Carta Magna del año 2008 en Ecuador, no se extendió a la jurisdicción contencioso-administrativa, una deuda histórica del legislador ha sido y lo sigue siendo, el no configurar un nuevo sistema de justicia con jueces de primera instancia para hacer efectivo el derecho a impugnar el fallo. La imposibilidad de presentar un recurso de apelación es una de las fisuras que hace tambalear el estado de legalidad, piedra angular en todo sistema que se autocalifique como democrático y que deja en evidencia nuestro anacrónico desarrollo procesal.

Si bien los medios alternativos de resolución de conflictos (ADR) como lo han pensado algunos autores, no serán la panacea para solucionar los problemas en el proceso contencioso-administrativo, ya porque a la Administración pocas veces le interesará ceder en sus prerrogativas por el «interés público» que representa, ya porque no garantizan reducir los indicadores de litigiosidad o disminuir la carga procesal en los Tribunales, sí, que se debe considerar desde una perspectiva más seria y responsable en Ecuador, la derivación a éstos y su aplicabilidad. No puede reducirse la oportunidad de terminar el conflicto a cumplir una formalidad procesal dentro de la audiencia, con una tibia insinuación judicial para llegar a un acuerdo; los canales, protocolos y las guías actualmente son insuficientes para que las partes o interesados comprendan los beneficios de estos medios, como opción a la terminación anticipada de la controversia.

El concepto de justicia cautelar en la teoría y práctica del derecho procesal administrativo ecuatoriano es poco conocido, el abordaje desde la doctrina ha sido escaso, y la jurisprudencia ha sentado mínimos precedentes cuando de suspender la ejecución del acto administrativo se ha tratado. De hecho, el Código Orgánico General de Procesos (COGEP) dedica un solo artículo (330) para regular el único indicio de medidas cautelares que existe en la nuestra jurisdicción contencioso-administrativa, este régimen jurídico

inexcusablemente debe ser objeto de revisión y ampliación mediante reforma, para que se aseguren las garantías procesales del ciudadano, que dentro de todo Estado de Derecho debieran protegerse frente a las facultades exorbitantes que en muchos casos ostenta la Administración.

La presente contribución no se agota en una breve crítica negativa de algunos aspectos procesales de la jurisdicción contencioso-administrativa ecuatoriana, por el contrario, pretende generar un debate propositivo sobre la necesidad de pensar en las tendencias del litigio contencioso administrativo en clave de prospectiva, considerando la extensión del ámbito científico del derecho administrativo, la irrupción tecnológica, los conflictos transnacionales que derivan en controversias domésticas y otras rupturas que advierten la necesidad de discutir cambios normativos urgentemente en Ecuador, sobre la base de los aciertos y experiencias que vienen alcanzado los sistemas procesales iberoamericanos.

## BIBLIOGRAFÍA

AUBY, Jean-Bernard. *La globalización, el Derecho y el Estado*, Global Law Press, Sevilla, 2012.

AVILES NAVARRO, María. «La Mediación en el Orden Jurisdiccional Contencioso Administrativo en España», *Revista Acta Judicial n° 6*, julio-diciembre 2020, pp. 24-47. ISSN 2603-7173.

BACIGALUPO, Mariano. *La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

BARNES, Javier. *Transformaciones (científicas) del Derecho Administrativo*. EDITORIAL: Global Law Press S.L. 2015.

BOQUERA OLIVER, José María. «Suspensión del acto administrativo», *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. IV. Madrid, 1995.

CABALLERO, Rafael. (2021) «La extensión del derecho administrativo y su proyección contencioso-administrativa», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Vol. 4. 2021.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. (2004) Balance de 5 años de aplicación de la ley jurisdiccional. Procedimientos administrativos y proceso contencioso-administrativo. 46, Estudios de Derecho Judicial, Madrid.

DELPIAZZO, Carlos. «Exigencias éticas que imponen las actuales transformaciones del derecho administrativo», *Revista de Derecho*, 20(39), 2021, 97-106. <https://doi.org/10.47274/DERUM/39.6>

MARÍA DIEZ, Manuel. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Plus Ultra. 1996.

ESQUIROL, Jorge. *Las ficciones del derecho latinoamericano*. Bogotá. Universidad de los Andes-Siglo del Hombre Editores. 2014.

GAMERO CASADO, Eduardo. «Iniciativas de Mediación Intrajudicial en el Contencioso-Administrativo», *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 198, 2019, Cívitas, Thomson Reuters.

GARCIA GIL, Francisco. *La medida cautelar de suspensión de la ejecución de los actos y disposiciones en el proceso administrativo, Legislación. Comentarios. Jurisprudencia. Formularios*, Madrid, 2010 (1ª edición).

GARCÍA RUBIO, Fernando. *El Derecho Administrativo en un Entorno Internacional: Estudios de Derecho Territorial Administrativo Comparado*. Editor INAP. 2015.

GARCÍA PÉREZ, Marta. *Arbitraje y Derecho Administrativo*. Pamplona: Aranzadi. 2011.

GARZÓN, Juan. *El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo. Sistema escrito-Sistema oral. Debates procesales (Ley 1437 de enero 18 de 2011)*. Ediciones Doctrina y Ley LTDA. Bogotá D.C. 2014.

MALAGON-PINZON, Miguel, GAITAN BOHORQUEZ, Julio. «Colonialismo Cultural Francés y la creación del Consejo de Estado en el Derecho Administrativo Colombiano». *Vniversitas*. Bogotá (Colombia) N° 115: 161-178, enero-junio, 2008.

MEILÁN GIL, José Luis. *Una aproximación al derecho administrativo global*. Global Law Press. Editorial Derecho Global. Sevilla. 2011.

NEIRA, Edgar. *La Jurisdicción Contencioso Administrativa: Reflexión jurídica sobre sus disfuncionalidades*. Editorial USFQ. 2016.

PECES MORATE, Jesús. «La fuerza vinculante de la jurisprudencia», *Estudios de Derecho Judicial*, Nro. 34. 2001.

RECASENS SICHES, Luis. «La seguridad como motivo radical de lo jurídico», *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. 1961.

RESTREPO-MEDINA, Manuel. «La necesidad de ampliar la tutela cautelar judicial en el proceso contencioso administrativo», *Estudios Socio-Jurídicos, económicos y sociales*, 7(2), 191-205. 2005.

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, RODRÍGUEZ, Libardo. (dirs), RODRÍGUEZ MARTÍN RETORTILLO, María (coord.) *Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano*. INAP. Editorial Comares, S.L. 2016.

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. *Dimensión ética de la función pública*. INAP. Madrid. 2013.

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. *Derecho Administrativo Español. Tomo I. Introducción al Derecho Administrativo Constitucional*. Catálogo General Colección Netbiblio. Editor Netbiblio. 2008.

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. «Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa en España», II *Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*. Monterrey. 2005.

TORRES OSORIO, Edilsa. «La conciliación contenciosa administrativa. Análisis desde la tutela judicial efectiva» *Prolegómenos*, vol. XXIV, núm. 48, 2021. Universidad Militar Nueva Granada.

VACAS GARCÍA-ALÓS, Luis. *Guía para los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, Competencia-Tramitación, Formularios-Bibliografía*, Marcial Pos, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid. 2000.

## LEGISLACIÓN

Asamblea Nacional. Código Orgánico Administrativo. Registro Oficial Suplemento 31 de 7 de julio de 2017.

Asamblea Nacional. Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015. Última modificación: 9 de diciembre de 2016.

Asamblea Nacional. Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial Suplemento 506 del 22 de mayo de 2015. Última modificación: 21 de agosto de 2018.

Asamblea Nacional. Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial Suplemento 544 de 9 de marzo de 2009.

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20-oct-2008. Última modificación: 13-jul-2011

Decreto 1081 de 2015. Ley 1437 de 2011. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. BOE núm. 167, de 14/07/1998. Última modificación: 12 de octubre de 2021.

Organización de los Estados Americanos (OEA), Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, 22 de noviembre de 1969.