



**UNIVERSIDAD LAICA VICENTE ROCAFUERTE
DE GUAYAQUIL**

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

**PROYECTO DE INVESTIGACIÓN
PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA DEL
ECUADOR**

TEMA

LA JURISDICCIÓN COACTIVA Y LOS DERECHOS DEL DEUDOR

TUTOR

ABG. MARCO ARTURO ORAMAS SALCEDO, MSC.

AUTOR

GUERRERO SÁNCHEZ GONZALO ENRIQUE

GUAYAQUIL

2023

| REPOSITARIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA | |
|---|---|
| FICHA DE REGISTRO DE TESIS | |
| TÍTULO Y SUBTÍTULO: | |
| <p>La jurisdicción coactiva y los derechos del deudor</p> <p>La garantía bancaria y la aplicación del principio de proporcionalidad en la revocatoria de las medidas cautelares del coactivado.</p> | |
| AUTOR/ES: | REVISORES O TUTORES: |
| Guerrero Sánchez Gonzalo Enrique | Abg. Marco Oramas Salcedo, Msc. |
| INSTITUCIÓN: | Grado obtenido: |
| Universidad Laica Vicente Roca fuerte de Guayaquil | Abogado De Los Tribunales De La República Del Ecuador |
| FACULTAD: | CARRERA: |
| CIENCIAS SOCIALES Y DERECHO | DERECHO |
| FECHA DE PUBLICACIÓN: | N. DE PAGS: |
| 2023 | 85 |
| ÁREAS TEMÁTICAS: Derecho | |
| PALABRAS CLAVE: Administración pública, medidas cautelares, proporcionalidad, deudor, procedimiento administrativo. | |

RESUMEN:

En el derecho administrativo, a las personas sobre las cuales se ejerce la potestad coactiva por parte de las instituciones públicas, se debe garantizarles la correcta aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, así como también la imposición de aquellos axiomas propios del derecho administrativo y constitucional. La consignación del total de la obligación a través de la garantía bancaria para la revocatoria de las medidas cautelares no es proporcional ni razonada, puesto que no es lógico ni proporcional que se exija al coactivado el pago total de monto adeudado más los intereses y costas a los que hubiere lugar, lo cual evidentemente atenta contra el derecho a la tutela judicial efectiva que debe ser garantizado por el Estado ecuatoriano. Los elementos de las medidas cautelares deben concretarse al momento de la imposición de las medidas cautelares para garantizar su adecuada limitación en función de cada caso concreto; una correcta ejecución coactiva impide que se vulnere el derecho de la tutela judicial efectiva, el derecho a la seguridad jurídica, la aplicación excesiva de discrecionalidad del derecho administrativo y contrarresta la extralimitación en la imposición de requisitos para la revocatoria de medidas cautelares.

N. DE REGISTRO (en base de datos):**N. DE CLASIFICACIÓN:****DIRECCIÓN URL (tesis en la web):****ADJUNTO PDF:****SI****NO****CONTACTO CON AUTOR/ES:**Guerrero Sánchez Gonzalo
Enrique**Teléfono:**

0959927799

E-mail:gguerreros@ulvr.edu.ec**CONTACTO EN LA INSTITUCIÓN:**

Msc. Diana Almeida Aguilera (Decano)

Teléfono: 2596500 Ext. 250**E-mail:** Dalmeidaa@ulvr.edu.ec

mailto:dordonezy@ulvr.edu.ec

Msc. Cristina Franco Cortázar (directora de Carrera)

Teléfono: 25965000 Ext. 223**E-mail:** cfrancoc@ulvr.edu.ec

mailto:dordonezy@ulvr.edu.ec

CERTIFICADO DE ANTIPLAGIO ACADÉMICO

| | |
|--|--|
| Turnitin Informe de Originalidad Procesado el: 23-ene.-2023 10:03 -05 Identificador: 1997735986 Número de palabras: 17412 Entregado: 1 Tesis Final Gonzalo Guerrero - MAOS Por Gonzalo Guerrero | MARCO ARTURO ORAMAS SALCEDO Firmado digitalmente por MARCO ARTURO ORAMAS SALCEDO Fecha: 2023.01.23 16:18:18 -05'00' |
| Índice de similitud 6% | Similitud según fuente Internet Sources: 5% Publicaciones: 0% Trabajos del estudiante: 1% |

| |
|--|
| 1% match (Internet desde 22-ene.-2022) https://cijuf.org.co/normatividad/lev/2011/lev-1437.html |
| < 1% match (Internet desde 15-jun.-2006) http://ugt-feve.iesoana.es/ugt-feve/afiliados/lev_feroviaria.pdf |
| < 1% match (trabajos de los estudiantes desde 20-nov.-2018) Submitted to Universidad Estatal a Distancia on 2018-11-20 |
| < 1% match (trabajos de los estudiantes desde 09-jun.-2021) Submitted to Universidad Peruana Los Andes on 2021-06-09 |
| < 1% match (trabajos de los estudiantes desde 15-nov.-2022) Submitted to Universidad Peruana Los Andes on 2022-11-15 |
| < 1% match (Internet desde 01-oct.-2022) https://cia.uagraria.edu.ec/Archivos/PREFE%20ORTIZ%20HEIDI.pdf |
| < 1% match (Internet desde 11-ene.-2023) https://nanopdf.com/download/el-cuerpo-humano-como-evidencia-nrobatoria_pdf |
| < 1% match (Internet desde 10-ene.-2023) https://nanopdf.com/download/cur-de-ejecucion-del-gasto-enero-junio-2012_pdf |
| < 1% match (trabajos de los estudiantes desde 02-jun.-2022) Submitted to University of Minnesota System on 2022-06-02 |
| < 1% match (Internet desde 19-jun.-2015) http://therightsofnature.org/category/rights-of-nature-perspectives/page/4/ |
| < 1% match (Internet desde 09-dic.-2020) https://dokumen.tips/documents/universidad-de-guayaquil-imprimirodf-tecnica-de-la-encuesta-y-el-instrumento.html |
| < 1% match (Internet desde 06-ene.-2023) https://dokumen.tips/documents/el-embargo-oficial.html |
| < 1% match (Internet desde 10-dic.-2006) http://www.dhr.go.cr/descargas/Discurso.pdf |
| < 1% match () Almanza Lurita, Igor. "Desarrollo y aplicación de herramientas de Lean Manufacturing y de innovación para la mejora en el proceso de fabricación artesanal de hilo de fibra de alpaca en las comunidades alpaqueras del Perú". Universidad Nacional Mayor de San Marcos. 2020 |
| < 1% match (Internet desde 11-ene.-2021) https://www.eljuridistaoposiciones.com/competencia-jurisdiccional-tipos/ |
| < 1% match (Internet desde 24-abr.-2008) http://www.parlamento-navarra.es/castellano/plenarios/1999/Plen4075.pdf |
| < 1% match () http://www.parlamento-navarra.es/castellano/holetines/2002/h2002078.pdf |

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS PATRIMONIALES

La estudiante egresada GUERRERO SÁNCHEZ GONZALO ENRIQUE, declara bajo juramento, que la autoría del presente proyecto de investigación, LA JURISDICCIÓN COACTIVA Y LOS DERECHOS DEL DEUDOR, corresponde totalmente a la suscrita y me responsabilizo con los criterios y opiniones científicas que en el mismo se declaran, como producto de la investigación realizada.

De la misma forma, cedo los derechos patrimoniales y de titularidad a la Universidad Laica VICENTE ROCAFUERTE de Guayaquil, según lo establece la normativa vigente.

Autor


Firma:

GUERRERO SÁNCHEZ GONZALO ENRIQUE

C.I. 0918807462

CERTIFICACIÓN DE ACEPTACIÓN DEL TUTOR

En mi calidad de Tutor del Proyecto de Investigación LA JURISDICCIÓN COACTIVA Y LOS DERECHOS DEL DEUDOR designada por el Consejo Directivo de la Facultad de Ciencias Sociales y Derecho de la Universidad Laica VICENTE ROCAFUERTE de Guayaquil.

CERTIFICO:

Haber dirigido, revisado y aprobado en todas sus partes el Proyecto de Investigación titulado: LA JURISDICCIÓN COACTIVA Y LOS DERECHOS DEL DEUDOR presentado por la estudiante GUERRERO SÁNCHEZ GONZALO ENRIQUE como requisito previo, para optar al Título de Abogado de los Tribunales de la República, encontrándose apto para su sustentación.

Firma:

Atentamente,

MARCO ARTURO
ORAMAS SALCEDO

Firmado digitalmente por MARCO
ARTURO ORAMAS SALCEDO
Fecha: 2022.04.22 21:39:04 -05'00'

ABG. MARCO ORAMAS SALCEDO, MSC

C.C. 0919977678

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios, a mi familia, mis docentes por haber sido parte de este camino que no ha sido fácil pero que ha representado para mí una formación integral para mi futuro profesional, con la fe intacta para luchar por mis sueños

DEDICATORIA

Dedico este trabajo a mi familia, mi fuente inagotable de fuerza y esperanza que me han ayudado a sobreponerme de todo lo malo, pero también han sido cosas positivas que hoy destaco y sigo haciendo porque no hay mejor honor que la fiel convicción de alcanzar las metas que uno se ha propuesto en la vida y que parte de ese triunfo sean nuestros seres amados.

ÍNDICE GENERAL

| | |
|---|------|
| CERTIFICADO DE ANTIPLAGIO ACADÉMICO | iv |
| DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS PATRIMONIALES ... | v |
| CERTIFICACIÓN DE ACEPTACIÓN DEL TUTOR | vi |
| AGRADECIMIENTO | vii |
| DEDICATORIA | vii |
| RESUMEN | xiii |
| ABSTRACT | xiv |
| INTRODUCCIÓN | 1 |
| CAPÍTULO I | 2 |
| DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN | 2 |
| 1.1 Tema | 2 |
| 1.2 Título | 2 |
| 1.3 Planteamiento del problema | 2 |
| 1.4 Formulación del problema | 4 |
| 1.5 Sistematización del problema | 4 |
| 1.6 Objetivo General | 4 |
| 1.7 Objetivos específicos | 4 |
| 1.8 Justificación de la investigación | 5 |
| 1.9 Delimitación del problema | 6 |
| 1.10 Idea a defender | 6 |
| 1.11 Línea de investigación institucional / de la facultad | 6 |
| CAPÍTULO II | 7 |
| MARCO TEÓRICO | 7 |
| 2.1 Marco teórico | 7 |
| 2.1.1 Antecedentes | 7 |
| 2.1.2 Teoría general de las medidas cautelares | 8 |
| 2.1.3 Procedimiento coactivo: naturaleza y su relación con los derechos constitucionales | 11 |
| 2.1.4 Las formalidades del procedimiento de coactiva | 14 |
| 2.1.5 La sana crítica en la proporcionalidad de las medidas cautelares | 15 |
| 2.2 Marco conceptual | 20 |
| 2.2.1 Debido proceso | 20 |

| | | |
|--------------------------------------|--|----|
| 2.2.2 | Depositorio judicial..... | 20 |
| 2.2.3 | Discrecionalidad | 20 |
| 2.2.4 | Embargo..... | 21 |
| 2.2.5 | Garantía bancaria | 21 |
| 2.2.6 | Medidas cautelares | 21 |
| 2.2.7 | Procedimiento coactivo | 22 |
| 2.2.8 | Proporcionalidad..... | 22 |
| 2.2.9 | Remate | 22 |
| 2.2.10 | Secuestro..... | 23 |
| 2.2.11 | Título de crédito..... | 23 |
| 2.3 | Marco legal | 23 |
| 2.3.1 | Constitución del Ecuador..... | 23 |
| 2.3.2 | Código Civil | 24 |
| 2.3.3 | Código Orgánico General de Procesos | 25 |
| 2.3.4 | Código Orgánico Administrativo | 27 |
| 2.3.5 | Jurisprudencia..... | 31 |
| 2.3.6 | Derecho comparado | 32 |
| CAPÍTULO III | | 35 |
| METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN..... | | 35 |
| 3.1 | Metodología | 35 |
| 3.1.1 | Método inductivo – deductivo..... | 35 |
| 3.1.2 | Método descriptivo..... | 35 |
| 3.2 | Tipo de investigación | 36 |
| 3.2.1 | Investigación bibliográfica o documental | 36 |
| 3.2.2 | Investigación descriptiva – explicativa | 36 |
| 3.3 | Enfoque | 36 |
| 3.4 | Técnica e instrumentos | 37 |
| 3.4.1 | Entrevista..... | 37 |
| 3.4.2 | Encuesta | 37 |
| 3.5 | Población y muestra | 37 |
| 3.6 | Análisis de las entrevistas | 39 |
| 3.7 | Análisis de las encuestas | 49 |
| CONCLUSIONES..... | | 59 |

| | |
|----------------------------------|----|
| RECOMENDACIONES | 61 |
| REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 63 |
| ANEXOS..... | 68 |

ÍNDICE DE TABLAS

| | |
|---|----|
| Tabla 1: Definición de universo de población..... | 38 |
| Tabla 2: Entrevista nro. 1 | 39 |
| Tabla 2: Entrevista nro. 2 | 42 |
| Tabla 2: Entrevista nro. 3 | 46 |
| Tabla 6: Tabulación de encuestas, pregunta 1 | 49 |
| Tabla 7: Tabulación de encuestas, pregunta 2..... | 50 |
| Tabla 8: Tabulación de encuestas, pregunta 3..... | 51 |
| Tabla 9: Tabulación de encuestas, pregunta 4..... | 52 |
| Tabla 10: Tabulación de encuestas, pregunta 5..... | 53 |
| Tabla 11: Tabulación de encuestas, pregunta 6..... | 54 |
| Tabla 12: Tabulación de encuestas, pregunta 7..... | 55 |
| Tabla 13: Tabulación de encuestas, pregunta 8..... | 56 |
| Tabla 14: Tabulación de encuestas, pregunta 9..... | 57 |
| Tabla 15: Tabulación de encuestas, pregunta 10..... | 58 |

ÍNDICE DE FIGURAS

| | |
|---|----|
| Figura 1: Cálculo de la muestra | 38 |
| Figura 1: Tabulación de encuestas, pregunta 1 | 49 |
| Figura 4: Tabulación de encuestas, pregunta 2 | 50 |
| Figura 5: Tabulación de encuestas, pregunta 3 | 51 |
| Figura 6: Tabulación de encuestas, pregunta 4 | 52 |
| Figura 7: Tabulación de encuestas, pregunta 5 | 53 |
| Figura 8: Tabulación de encuestas, pregunta 6 | 54 |
| Figura 9: Tabulación de encuestas, pregunta 7 | 55 |
| Figura 10: Tabulación de encuestas, pregunta 8 | 56 |
| Figura 11: Tabulación de encuestas, pregunta 9 | 57 |
| Figura 12: Tabulación de encuestas, pregunta 10 | 58 |

ÍNDICE DE ANEXOS

| | |
|---|----|
| Anexo 1: Preguntas para la encuesta | 68 |
| Anexo 2: Preguntas para entrevista | 70 |

RESUMEN

En el derecho administrativo, a las personas sobre las cuales se ejerce la potestad coactiva por parte de las instituciones públicas, se debe garantizarles la correcta aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, así como también la imposición de aquellos axiomas propios del derecho administrativo y constitucional. La consignación del total de la obligación a través de la garantía bancaria para la revocatoria de las medidas cautelares no es proporcional ni razonada, puesto que no es lógico ni proporcional que se exija al coactivado el pago total de monto adeudado más los intereses y costas a los que hubiere lugar, lo cual evidentemente atenta contra el derecho a la tutela judicial efectiva que debe ser garantizado por el Estado ecuatoriano. Los elementos de las medidas cautelares deben concretarse al momento de la imposición de las medidas cautelares para garantizar su adecuada limitación en función de cada caso concreto; una correcta ejecución coactiva impide que se vulnere el derecho de la tutela judicial efectiva, el derecho a la seguridad jurídica, la aplicación excesiva de discrecionalidad del derecho administrativo y contrarresta la extralimitación en la imposición de requisitos para la revocatoria de medidas cautelares.

Palabras clave: Administración pública, medidas cautelares, proporcionalidad, deudor, procedimiento administrativo.

ABSTRACT

In administrative law, the people over whom coercive power is exercised by public institutions must be guaranteed the correct application of the principles of reasonableness and proportionality, as well as the imposition of those axioms of administrative law and constitutional. The consignment of the total obligation through the bank guarantee for the revocation of the precautionary measures is not proportional or reasoned, since it is not logical or proportional that the coactivated party be required to pay the total amount owed plus interest and costs to those that may take place, which obviously violates the right to effective judicial protection that must be guaranteed by the Ecuadorian State. The elements of the precautionary measures must be specified at the time of the imposition of the precautionary measures to guarantee their adequate limitation depending on each specific case; a correct coercive execution prevents the right to effective judicial protection, the right to legal certainty, the excessive application of discretion of administrative law from being violated, and counteracts the excess of limits in the imposition of requirements for the revocation of precautionary measures.

Keywords: Public administration, precautionary measures, proportionality, debtor, administrative procedure.

INTRODUCCIÓN

Dentro del Código Orgánico Administrativo, se dota a la administración de solicitar medidas cautelares personales, ya se había indicado una de ellas, la prohibición de salida del país, se tiene otras como la restricción de la movilidad, el allanamiento al domicilio, acceso a datos personales, entre otras, lo que puede interpretarse como una extralimitación de la potestad coactiva.

Si bien es cierto las reglas de la sana crítica se basan en el conocimiento del juzgador, la gramática, las pruebas, su aplicación no es taxativa, puesto que su ejecución puede ser diferente entre distintos jueces (incluyendo a los jueces de coactiva), esto por cuanto las personas tienen diferentes formas de comprender un problema, pero la aplicación de la norma no puede ser otro que el sentido gramatical.

Por lo tanto, se hace imperativo que las medidas cautelares en el procedimiento administrativo vayan encaminadas a establecer una tutela real (efectiva) que consagre el respeto a la seguridad jurídica de forma que se contribuya a contrarrestar los aspectos negativos en la potestad coactiva que dejan en descubierto una falta de aplicación de los principios generales del derecho y por ende vulneran los derechos del coactivado.

En el presente trabajo de investigación se establecen tres capítulos, el primero tiene por objeto delimitar el diseño metodológico compuesto entre varios aspectos por los objetivos, el problema, la sistematización, su justificación y otros. El capítulo 2 presenta el marco teórico del proyecto el cual indaga en la teoría para determinar desde la perspectiva hermenéutica si es adecuado que las reglas en torno al problema concreto se mantengan, finalmente, el capítulo 3 recoge la aplicación de la metodología, lo cual permite concluir lo que debe hacerse para erradicar el problema planteado.

CAPÍTULO I

DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

1.1 Tema

LA JURISDICCIÓN COACTIVA Y LOS DERECHOS DEL DEUDOR

1.2 Título

LA GARANTÍA BANCARIA Y LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA REVOCATORIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES DEL COACTIVADO.

1.3 Planteamiento del problema

A más de los múltiples convenios, negocios, contratos y obligaciones que pueden realizar los particulares, hay que señalar, además, que los mismos también pueden ser efectuados entre un ciudadano y el Estado a través de cada uno de sus órganos y dependencias que poseen personalidad jurídica, estos acuerdos, convenios o contratos jurídicos generan para ambas partes derechos y obligaciones.

Los referidos derechos y obligaciones deben ser cumplidos en el tiempo y la forma como consten en dichos acuerdos. La base de la problemática nace cuando las condiciones bajo las cuales se desarrolla el contrato no son cumplidos por el particular lo que genera como consecuencia que el Estado accione en contra del particular para ejercer su derecho a hacer cumplir la obligación establecida en el acuerdo.

En este sentido al accionar el Estado de manera coactiva en contra del particular puede solicitar que se apliquen medidas cautelares en contra del deudor con el fin de asegurar el pago de la deuda o el cumplimiento de la obligación, el problema que se ha evidenciado

es que estas medidas son desproporcionales debido a la extralimitación en la aplicación de las mismas por parte de la jurisdicción coactiva.

La aplicación de medidas cautelares severas es utilizada en el proceso coactivo como mecanismos necesarios para garantizar que el obligado cumpla con lo pactado, pero su desproporcionalidad o extralimitación puede llegar a vulnerar los derechos del deudor afectando principalmente el aspecto económico del obligado que es la herramienta fundamental que posee para cumplir su obligación pendiente con el Estado.

En efecto, el ejercicio de la potestad coactiva, sobre todo la imposición de medidas cautelares, ha desarrollado: “(...) un sinnúmero de abusos cometidos por parte de diversos organismos públicos en la aplicación de dichas medidas cautelares, desnaturalizando así sus caracteres de provisionalidad, urgencia, instrumentalidad y particularmente el componente de proporcionalidad de la medida” (García J. , 2022).

De lo anteriormente expuesto se evidencia que el Estado en el cobro de sus acreencias y en virtud de los privilegios que posee busca solamente su beneficio afectando de manera directa la capacidad económica del obligado, olvidando que dentro de sus deberes fundamentales que se encuentran establecidos en la Constitución y en la ley como el derecho al trabajo, el derecho a una vida digna, entre otros.

Concretamente, el problema radica en que, a través de la potestad coactiva, el sector público prevé el cumplimiento forzoso de las obligaciones del coactivado para lo cual pueden ordenarse medidas cautelares y para su revocatoria, conforme indica el inciso tercero del artículo 281 del Código Orgánico Administrativo, procede siempre se otorgue una garantía bancaria sobre el total del capital dejando de lado la debida proporcionalidad.

El inciso cuarto ibidem dispone la presentación por parte del coactivado de una póliza (garantía bancaria) para la revocatoria de las medidas cautelares, esto supone la

consignación del total de la deuda, es decir, el valor íntegro de la obligación coactivada, lo cual atenta contra la naturaleza de las medidas cautelares y vulnera el principio de proporcionalidad obstaculizando el acceso a la tutela eficiente de los derechos del deudor.

1.4 Formulación del problema

¿De qué manera se garantizan los derechos del coactivado en la consignación del total de la obligación a través de la garantía bancaria para la revocatoria de las medidas cautelares?

1.5 Sistematización del problema

- ¿Cuáles son los elementos doctrinarios de las medidas cautelares?
- ¿Cuáles son los efectos que tiene la aplicación del inciso cuarto del artículo 281 del Código Orgánico Administrativo?
- ¿Qué derechos del deudor podrían ser vulnerados por la consignación de una garantía bancaria para la revocatoria de las medidas cautelares?
- ¿La aplicación desproporcionada en el pago del valor íntegro de la obligación coactivada para el levantamiento de las medidas cautelares puede limitar la capacidad económica del deudor para cumplir su obligación?

1.6 Objetivo General

- Establecer los efectos de la consignación del total de la obligación a través de la garantía bancaria para la revocatoria de las medidas cautelares según lo establecido en el artículo 281 inciso cuarto del Código Orgánico Administrativo.

1.7 Objetivos específicos

- Analizar los elementos doctrinarios del procedimiento coactivo y las medidas cautelares aplicables en la legislación ecuatoriana.
- Determinar cuáles son los derechos del deudor vulnerados en la revocatoria de medidas cautelares en los procedimientos coactivos.

- Establecer si la garantía bancaria que exige el pago del valor íntegro de la obligación coactivada para el levantamiento de las medidas cautelares limita la capacidad económica del deudor.

1.8 Justificación de la investigación

El problema planteado en la presente investigación se justifica porque el fin de las medidas cautelares se encuentra en el hecho que el deudor cumpla con su obligación, ahora bien, en el proceso coactivo existen medidas que se aplican de manera desproporcionada trayendo como consecuencia que se afecte la parte económica del deudor.

La doctrina manifiesta que: “Las medidas cautelares entonces son una garantía para precautelar los derechos constitucionales que se encuentran en riesgo de sufrir una vulneración ya sea por la acción u omisión de una autoridad pública o un particular y así evitan la consecución de daños irreversibles” (Cisneros, 2014).

Como puede verse, las medidas cautelares en el derecho administrativo tienen su razón jurídica de ser, se trata entonces de un mecanismo para que la obligación pueda cumplirse, actúa a manera de precaución, garantizando que los recursos del Estado queden a buen recaudo, siendo importante su estudio y determinar si la aplicación de las referidas medidas se ejecuta de forma proporcional.

Consecuentemente, se hace más difícil para el obligado el cumplimiento de la obligación y se desnaturaliza la función de las medidas cautelares que es hacer que la decisión no se torne inejecutable. Las medidas cautelares en el procedimiento coactivo cuando se aplican de manera desproporcionada lo que hacen es lesionar económicamente al obligado quien al final no cumple con su obligación.

1.9 Delimitación del problema

Delimitación del problema:

- Objeto de Estudio: La jurisdicción coactiva en el Ecuador y los derechos del deudor.
- Campo: Jurídico - Administrativo
- Área: Constitucional, procesal administrativo

Delimitación espacial:

- Provincia: Guayas
- Cantón: Guayaquil

Delimitación temporal:

- Período: Año 2022

Unidades de observación:

- Abogados en libre ejercicio.
- Jueces de Coactiva.
- Función Judicial.

1.10 Idea a defender

- Los derechos del deudor son vulnerados al aplicar de forma excesiva las medidas cautelares en los procesos coactivos.

1.11 Línea de investigación institucional / de la facultad

- Línea Institucional: Línea 1 Sociedad civil, derechos humanos y gestión de la comunicación
- Línea de la facultad: Derecho procesal con aplicabilidad al género, la identidad cultural y derechos humanos

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 Marco teórico

2.1.1 Antecedentes

Las medidas cautelares son los instrumentos jurídicos de los que se vale la tutela judicial para satisfacer los derechos e intereses de las partes; por lo tanto, no hay tutela judicial sino hay medidas cautelares. Sin estas el proceso se convierte en un instrumento de frustrar la justicia, de incumplir las obligaciones y deberes, de destruir o reducir el alcance de los derechos (García E. , 2017).

Las medidas cautelares a nivel constitucional tienen una doble dimensionalidad ya que como garantía operan de forma autónoma o en conjunto con una garantía (constitucional), en el derecho administrativo las medidas cautelares pueden ser otorgadas por el recaudador sin que opere la intervención de parte interesada, lo cual es un tanto irreal porque a quien interesa exigir el pago es a la entidad pública acreedora.

Con la vigencia del Código Orgánico Administrativo se marca el procedimiento general del ejercicio de la potestad coactiva, sin embargo, cada entidad pública con tal jurisdicción elabora su propio reglamento y ante lo cual sus directrices no pueden ser contrarias a la norma general. En el COA, la suspensión de las medidas cautelares puede materializarse con consignación de valores. También deben considerarse los cambios normativos que ha significado dentro del procedimiento contencioso administrativo (regulador por el COGEP) la aplicación de la consignación para la revocatoria de las medidas cautelares.

2.1.2 Teoría general de las medidas cautelares

Para comenzar, es válido indicar que: “La tutela judicial efectiva significa sobre todo una justicia a tiempo, lo que impone el reconocimiento de un sistema de medidas (...) adecuadas a la naturaleza y a la finalidad de la pretensión que se hace valer en el proceso” (Padrós, 2016). Este acceso a la justicia, en su concepto más elemental, debe ser garantizado por el Estado.

Con la definición anterior, se infiere que las medidas cautelares son decisiones administrativas provisionales, son también excepcionales e instrumentales y se determina en el ejercicio de la potestad coactiva, todo ello: “Con las debidas garantías y limitaciones, ya sea para poner fin a los efectos perjudiciales de la conducta infractora, ya sea para proteger el interés general perturbado por la infracción” (Pons, 2020).

“Las medidas cautelares son instrumentos jurídico-procesales que se deben implementar de forma urgente en el proceso contencioso administrativo ecuatoriano a fin de hacer efectiva la garantía del derecho a una tutela judicial efectiva” (Coello, 2019). Las referidas medidas no deben limitarse a la suspensión del acto administrativo, sino más bien que las decisiones de la administración garanticen la tutela judicial efectiva.

Entre los tipos de medidas cautelares se destacan las conservativas y las innovativas. Sobre las primeras: “Se caracteriza por disponer el mantenimiento de la situación de hecho o de derecho existente al tiempo en que la misma es dictada, por lo tanto, su objetivo es garantizar la inmovilización de la situación hasta la sentencia definitiva”. (Coello, 2019).

Mientras que, las medidas cautelares innovativas alteran el estado de algo, dicho de otra forma, las medidas referidas en este párrafo:

Son de carácter excepcional que tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado; que se traduce en la injerencia del juez en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de una actividad de igual tenor (Peyrano, 2019).

“La característica principal de esta clase de medida es la excepcionalidad de su concesión, puesto que el juez puede adoptarla de manera extraordinaria cuando sea el único camino para garantizar el derecho del ciudadano, habida cuenta de que configuran un anticipo de jurisdicción” (Barbado, 2009).

Otro tipo medidas cautelares son las preventivas, aquellas que tienen por efecto prever que se comenta un perjuicio y que buscan la conservación real de las condiciones en torno a la obligación (objeto); además: “En estricto sentido el propósito de las medidas cautelares es proteger el hecho, objeto o derecho de la controversia para que la sentencia sea eficaz” (Coello, 2019).

En tanto que, las medidas cautelares conservativas: “Son aquellas cuyo objetivo es mantener la situación que ahora se encuentra en controversia, en el mismo estado hasta que se dicte la sentencia definitiva, es decir conserva el estatus” (Coello, 2019). Se tiene las medidas cautelares anticipativas, en las que: “El Juez las dicta previamente al inicio del proceso, puesto que su objetivo es prevenir que la ejecutividad de la actuación ponga en peligro la efectividad de la tutela judicial efectiva” (Cassagne, 2018).

Para cerrar la parte de las clases de las medidas cautelares se tiene la suspensión de acto, aquí se imprime la paralización de los efectos (a petición de parte) de la actuación administrativa siempre que se justifique a través de la prueba que existe la necesidad de

una decisión del fondo de forma anticipada a manera de un juicio provisional para su suspensión.

Sobre las características de las medidas cautelares en el ejercicio de la potestad coactiva, la doctrina enseña lo siguiente:

- **Provisionalidad:** “No tener carácter definitivo; puesto que no se encargan de resolver la controversia principal, sino que simplemente pretenden cuidar el derecho cuando haya un peligro de daño eminente antes de que se emita la resolución que ponga fin al proceso” (Coello, 2019).
- **Instrumentalidad:** “No constituyen un fin en sí mismas, sino que obligatoriamente se encuentran vinculadas a un proceso principal y a la vez buscan garantizar la efectividad del resultado, el cual está sujeto a la adecuada y eficiente intervención de la justicia” (Calamandrei, 2005).
- **Discrecionalidad:** “Posibilidad plenamente concedida al juez para conceder o negar la solicitud de medidas cautelares, manteniéndose siempre vigente su libertad de decisión para otorgarlas o no; aún en perjuicio de los intereses del proponente” (Coello, 2019).
- **Jurisdiccionalidad:** “Emanan o se originan en una decisión judicial, clasificándose como un acto jurídico procesal realizado por un órgano jurisdiccional” (Monroy, 2017).
- **Variabilidad:** “Esta característica tiene plena relación con el cambio o la modificación y al referirse a las medidas cautelares, significa que estas pueden mutar a otra que puede ser más conveniente o útil para el proceso que se lleva a cabo” (Coello, 2019).

Con base en los conceptos citados se infiere que la finalidad de las medidas cautelares es garantizar la seguridad jurídica, en palabras de (Folguera, 2018): “El principal objeto de las medidas cautelares en todos los procesos, es mitigar el riesgo inherente al transcurso del (generalmente largo) período temporal que puede transcurrir mientras se sustancian las distintas fases del procedimiento”.

2.1.3 Procedimiento coactivo: naturaleza y su relación con los derechos constitucionales

En cuanto a la naturaleza del procedimiento coactivo se conoce que se trata de un mecanismo para ejercer la recaudación del total de una obligación contraída por parte los deudores, el referido proceso empieza con el título de crédito, la doctrina dice que se trata de: “La motivación principal para que inicie el proceso y también sea el respaldo para todo título ejecutivo, catastros, cartas de pago, y todo instrumento que pruebe la existencia de la obligación” (Reyes, 2019).

Las medidas cautelares en el procedimiento coactivo no son otra cosa que, además de los conceptos ya revisados, actuaciones preliminares por parte del juez de coactivas en las que: “El órgano sustanciador es quien determinará la procedencia o no de su utilización bajo parámetros de prevención y eficacia de la futura resolución administrativa” (García J. , 2022).

Dicho lo anterior, es importante identificar los derechos del coactivado, entre los cuales se destaca el debido proceso en las actuaciones del procedimiento de coactivas, una aparente vulneración se da cuando la potestad coactiva se presenta como una facultad extralimitada:

(...) mediante el uso del poder público sin afectar sus derechos, existen formalidades que ayudan a ejercer poder sobre dichos bienes, pero se resalta que

existe una regulación que límite el poder del Estado que permita equilibrio en las obligaciones que se tiene con las instituciones públicas (Salamero, 2014).

Para (Fernández, 2015), las diferencias entre el procedimiento legal y el procedimiento administrativo produce una brecha que atenta contra el debido proceso, judicialmente, la demanda proviene de la voluntad de las partes, mientras que la coactiva proviene de decisiones unilaterales que buscan la imposición de medidas para obtener el cumplimiento de la obligación del coactivado, sin necesidad de una demanda.

“Con estas diferencias el poder extralimitado de la administración donde la ley que controla su accionar es la que prevalece y se aplica el principio de autotutela administrativa, esto hace que todo acto se presuma como legal. En el caso de la vía judicial hay funcionarios públicos que revisan toda actuación en el proceso y que hacen modificaciones si no se cumple con las exigencias que tiene la ley, mientras que en la ejecución coactiva la misma administración inicia el proceso lo que los hace juez y parte donde solo se aplica la normativa sin alguna revisión u observación de un tercero imparcial” (Reyes, 2019).

La doctrina indica que la administración pública debe garantizar los derechos de los administrados, así mismo: “si se tiene una facultad donde toda decisión o resolución sea tomada como legal los administrados están en la situación de ser amenazados en sus derechos por una actividad administrativa mal realizada que no cumpla con los márgenes de la ley, el cual afecta los derechos de una debida tutela judicial efectiva y debido proceso” (Moreano, 2016).

“Las actuaciones administrativas mal ejecutadas o realizadas generan vulneraciones a los derechos de las personas, estas se toman como legales y justas de acuerdo con la ley, y lo más complicado en este punto es que no hay un ente imparcial

que revise las actuaciones de la administración” (Reyes, 2019). En tal sentido, la propia ley debe entablar los mecanismos para que la actuación discrecional respete el debido proceso.

“La presencia de las medidas cautelares representa un peligro para la persona a quien se las aplica, se garantiza que el proceso no se dilate y evitar demoras; si se extiende el tiempo para resolver el problema la medida cautelar pasaría a ser una figura de abuso de poder por parte del Estado ante la restricción de derechos a un plazo más extendido. Con esto si el proceso coactivo sufre de dilataciones por parte de la administración, incumple con un debido proceso; desde un punto más sociológico, la presencia de una solución tardía en estos procesos produce una falta de la tutela judicial efectiva” (Villalobos, 2017).

Si bien es cierto, el procedimiento coactivo ha devengado varias acciones por inconstitucionalidad, varias de ellas no han generado efectos jurídicos por cuanto las medidas cautelares son necesarias debido a su carácter precautelatorio, aquí se tiene el arraigo, la prohibición de salida del país, todo ello en virtud de la decisión del juez competente, incluso considerando que: “Los empleados recaudadores que no son jueces lo cual es una situación de discusión” (Oyarte, 2016).

“Como se aprecia en la figura de la coactiva, tratada de manera inadecuada, por los funcionarios públicos que incumplen con la normativa y generan dilataciones al proceso, la existencia de medidas cautelares desproporcionadas y a esto se suma otros elementos faltantes en la normativa que permitiría un mejor cumplimiento del proceso coactivo” (Reyes, 2019).

2.1.4 Las formalidades del procedimiento de coactiva

Sobre las cuestiones formales, el autor (Torres, 2020) manifiesta varios aspectos a considerar en el procedimiento de coactivas:

- Para el ejercicio de la vía coactiva, la competencia proviene por reserva legal
- El procedimiento coactivo no admite discrecionalidad debido a que la reglas se encuentran estrictamente normadas
- El interés general prevalece sobre el particular
- El procedimiento coactivo comienza con el documento original del título de crédito más los requisitos de ley
- Para iniciar el procedimiento coactivo basta el fundamento de la orden de cobro de forma que el recaudador (juez de coactiva) proceda al ejercicio de la misma, por lo que no existe procedimiento nulo.

El artículo 267 del Código Orgánico Administrativo establece que: “Únicamente las obligaciones determinadas y actualmente exigibles, cualquiera sea su fuente o título autorizan a la administración pública a ejercer su potestad de ejecución coactiva al término del tiempo previsto en ese Código para su pago voluntario. La obligación será determinada cuando se ha identificado al deudor y se ha fijado su medida, por lo menos hasta quince días antes de la fecha de emisión de la correspondiente orden de cobro” (Asamblea Nacional, 2017).

“Es imperioso mencionar que, al concederse las facilidades de pago, el órgano competente puede considerar suspender las medidas cautelares, si ello permite el cumplimiento de las obligaciones a cargo del deudor. Agotándose la fase voluntaria y vencido el plazo para el pago de esa forma, el órgano ejecutor en base al artículo 279 y siguientes emitirá la orden de pago inmediato y dispondrá que el deudor, sus garantes o

ambos, paguen la deuda o dimitan bienes dentro de tres días contados desde la notificación, anunciando que de no hacerlo se embargarán bienes equivalentes al total de la deuda por el capital, intereses y costas” (Torres, 2020).

La fase de apremio permite el levantamiento de medidas cautelares bien sea en la orden de pago o posterior al secuestro, incluso establece la normativa que para el levantamiento de las referidas medidas el obligado tendrá a buen recaudo que disponer de una póliza sobre el total de la deuda incluido los intereses y costas que correspondan, lo que denota que, a diferencia de la formalidad citada en párrafos anteriores, existe un nivel discrecional que puede atentar contra el debido proceso.

2.1.5 La sana crítica en la proporcionalidad de las medidas cautelares

Mucho se ha dicho sobre la discrecionalidad en el derecho administrativo, sin embargo, una parte de la doctrina argumenta que dicho término no forma parte de los requisitos formales; por otro lado: “la indeterminación conceptual de la noción de sana crítica conlleva lesiones al derecho a la seguridad jurídica y al derecho a la defensa. Ante la evidente falta de una normativa expresa y objetiva, el juez tiende a acudir a su apreciación conceptual de índole personal, con las consecuencias que aquello implica” (Quelal, 2021).

Si bien es cierto las reglas de la sana crítica se basan en el conocimiento del juzgador, la gramática, las pruebas, su aplicación no es taxativa, puesto que su ejecución puede ser diferente entre distintos jueces (incluyendo a los jueces de coactiva), esto por cuanto las personas tienen diferentes formas de comprender un problema, pero la aplicación de la norma no puede ser otro que el sentido gramatical.

“La sana crítica esta aceptada en el sistema legal ecuatoriano, sin embargo, eso no significa que de ella no se puede hacer un análisis más meticulado, más allá de la doctrina,

que contemple que su aplicación es vulnerable” (Quelal, 2021). No debe entenderse a la sana crítica como una afectación a la aplicación del derecho, lo es, en el problema de estudio, cuando las medidas cautelares que se adopten son extralimitadas y ponen en riesgo la estructura jurídica, sobre todo, los derechos del coactivado.

“El Derecho como disciplina no se desenvuelve en un medio aislado, al contrario, recibe influencia directa tanto de las circunstancias como de los fenómenos sociales, lo que le obliga a evolucionar. Además, depende del auxilio de otras disciplinas y ciencias, y es en base a aquello que mediante un análisis más amplio que se puede colegir que la sana crítica puede ser permeable y estaría sujeta a la interpretación personal de quien la ejecuta” (Quelal, 2021).

El ejercicio de la potestad coactiva en pro de garantizar los recursos del Estado debe considerarse como fundamental en función de que: “Las potestades y prerrogativas de las que goza la administración sean controladas para que no se conviertan en abusos del poder estatal, de ahí que la legislación debe dotar a los ciudadanos de las herramientas necesarias para que quien ostenta tales ventajas no realice un ejercicio arbitrario de su poder” (Coello, 2019).

El acto administrativo goza de presunción de legitimidad, incluso el derecho se entiende como legal, pero se conoce que no todo lo legal es justo, considerando la aplicación de medidas cautelares, órdenes como la prohibición de salida del país y otras, son medidas que ponen el riesgo el goce efectivo de los derechos del coactivado, esto, hasta cierto punto, pues la medida busca el cumplimiento de la obligación.

“Las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad de las actuaciones administrativas no pueden ser absolutas, debiendo instaurarse mecanismos que permitan bloquear sus efectos de forma urgente, esto para evitar cargas injustas para quien tiene

que soportar la duración del proceso y los efectos de una actuación que ostensiblemente puede ser contraria a derecho” (Coello, 2019).

En este sentido, las medidas cautelares tienen que disponerse en función de un análisis que valore aquellos requisitos que sean necesarios para su otorgamiento, se debe tener en cuenta elementos esenciales como el buen derecho y el peligro por la demora, con ello, más la sana crítica aplicada al caso concreto, se evaluará la viabilidad de las medidas de precaución.

En ese sentido, es imperioso ampliar el espectro de medidas cautelares posibles, a fin de propender al establecimiento de una real y efectiva tutela cautelar que desemboque en la consagración del acceso a una justicia efectiva y con ello paliar los negativos efectos de la larga espera que deben sufrir los ciudadanos que impulsan ante la jurisdicción contencioso-administrativa procesos judiciales de impugnación de las actuaciones estatales” (Coello, 2019).

“Existe la necesidad de tomar conciencia de las limitaciones de la suspensión provisional como único dispositivo cautelar, si se pretende la obtención de un más amplio amparo provisorio de los derechos e intereses litigiosos” (Gómez, 2018). La búsqueda de los referidos límites no puede escapar de dos derechos fundamentales como el debido proceso y la tutela judicial efectiva.

Dicho lo anterior, el principio de proporcionalidad se aplica en la idoneidad y necesidad de una medida (cautelar) esto para garantizar la aplicación del artículo 82 de la Constitución de la República. Para ello, el sacrificio de intereses individuales: “(...) guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés público que se trata de salvaguardar. Si el sacrificio resulta excesivo deberá considerarse inadmisibles,

aunque satisfaga el resto de presupuestos y requisitos derivados del principio de proporcionalidad” (Cuéllar, 1998).

La proporcionalidad en la aplicación de las medidas cautelares depende de quien ejerce la potestad coactiva:

“La autoridad cumple un rol muy trascendental en el ejercicio de este principio, ya que al vigilar la disposición cautelar deberá ejecutar un análisis de proporcionalidad de la medida cautelar de manera estricta, pues la medida preventiva debe gozar de proporcionalidad, teniendo en consideración los intereses que se hallan en conflicto entre las partes; es decir que debe tomarse en cuenta los perjuicios que puedan afectar tanto al ejecutante de la medida como al ejecutado, incluso los posibles daños que pueda acarrear a terceros; de lo manifestado, una medida cautelar proporcionada será propiamente una medida cautelar. La proporcionalidad de las medidas cautelares ocurrirá cuando los beneficios que aporten sean mayores a los perjuicios, porque si ocurriere lo contrario, la esencia estricta de la proporcionalidad será violentada” (Ramos, 2006)

Cabe mencionar que, la aplicación de una medida dependerá de lo que se pretende precautar, es por ello que: “El principio de proporcionalidad es fundamental que cuando el Juez de Coactiva dicte la medida cautelar de bloqueo y retención de fondos, establezca el monto o valor a retener, de acuerdo con la cuantía de la obligación, intereses y costas procesales” (Vásquez, 2015).

“El principio de proporcionalidad debe existir como requisito sine qua non a las medidas cautelares, por cuanto es deber primordial del Estado que en todo proceso se garantice los principios y reglas del debido proceso, que incluye el cumplimiento de los

derechos de las partes, la observancia de la ley vigente y el trámite, las pruebas legítimas y constitucionales, el principio de favorabilidad, el principio de proporcionalidad y el derecho a la defensa. (Artículo 76 de la Constitución). En todo proceso, se debe garantizar el cumplimiento efectivo de estos principios constitucionales” (Vásquez, 2015).

Dentro del Código Orgánico Administrativo, se dota a la administración de solicitar medidas cautelares personales, ya se había indicado una de ellas, la prohibición de salida del país se tiene otras como la restricción de la movilidad, el allanamiento al domicilio, acceso a datos personales, entre otras, lo que puede interpretarse como una extralimitación de la potestad coactiva.

“Consideramos que tales medidas son apropiadas para un hecho que amerite responsabilidad penal o contravencional de ser el caso, más, sin embargo, en materia administrativa no resulta lógico que se imponga medidas cautelares de índole personal, particularmente, por el abuso que hemos evidenciado en la aplicación de las medidas cautelares, y la posibilidad de que las mismas sean desproporcionadas en base al fin que se pretende precautelar” (García J. , 2022).

Se debe comprender, que las medidas cautelares personales deben tener por objeto el cumplimiento de la finalidad que tiene la interposición de una medida de precaución, esto es, que el obligado principal pueda cumplir con el título de crédito, si esto ocurre y se encuentra debidamente motivado, entonces no sería factible hablar de extralimitación de la potestad coactiva.

“(…) dentro de la práctica administrativa se ha evidenciado un abuso por parte de los órganos públicos en la aplicación de las medidas cautelares, desconociendo así sus principales características, algo que, claramente desnaturaliza la oportunidad y legitimidad de su implementación, careciendo de razonabilidad, en igual medida la

aplicación de medidas cautelares de carácter personal, por ser estas invasivas de la esfera de derechos tales como la dignidad, honor, libertad personal, entre otros” (García J. , 2022)

“Existe sendos precedentes dentro de nuestro sistema procesal administrativo que dan cuenta del abuso y desnaturalización que se ha cometido al aplicar las medidas cautelares, así, se ha advertido que las mismas no pueden ser concebidas como mecanismos sancionatorios o de presión para el administrado (...) los principales retos que subyacen en la implementación de las medidas cautelares en los procedimientos administrativos, siendo necesario limitar y restringir la aplicación de estas, tomando en cuenta los amplios privilegios que la ley ha dotado a la administración” (García J. , 2022).

2.2 Marco conceptual

2.2.1 Debido proceso

“El Debido Proceso es un derecho constitucional, que compromete a todo el sistema jurídico de un país, es por esta razón que nada ni nadie puede sustraerse a él, todos los actos y procedimientos de los funcionarios y de los órganos del poder público deben acatarse a él, de lo contrario, atentarían contra el Estado Constitucional como consta en la nueva constitución en vigencia de la República del Ecuador” (Ochoa, 2010)

2.2.2 Depositario judicial

“Se encargan de, a petición de un juez, custodiar los bienes que tienen órdenes de secuestro, embargo o retención. Esto sucede en los casos de juicios civiles, de inquilinato, laborales y en algunos penales” (Celi, 2014).

2.2.3 Discrecionalidad

“Es el poder o la facultad de elegir entre dos o más cursos de acción, cada uno de los cuales es concebido como permisible por el sistema de referencia del que se trate; en

nuestro caso, el Derecho. La discrecionalidad es un cierto margen de libertad en la toma de decisiones” (Lifante, 2018).

2.2.4 Embargo

“Consiste en una providencia judicial cuya finalidad es afectar bienes concretos del patrimonio del deudor a una concreta ejecución procesal frente a él dirigida, denotándose que el embargo no concede al embargante derecho real alguno sobre la cosa embargada, la cual se [...] procesal sui géneris” (Cornejo, 2016).

2.2.5 Garantía bancaria

“El pago incondicional o a primer requerimiento es una cláusula que se incluye en un contrato accesorio de garantía, otorgado por un banco u otra entidad, en la que se realiza un compromiso de pago de un valor acordado al beneficiario (que usualmente es el acreedor de una obligación principal), cuando este último presente una reclamación simple o una reclamación acompañada de los documentos determinados. La característica principal del pago a primer requerimiento es que el garante debe hacer el pago, sin entrar a analizar el incumplimiento de la obligación principal. Esto con el fin de garantizar la rapidez del pago” (Congreso Nacional , 2008).

2.2.6 Medidas cautelares

“Las medidas cautelares son aquellas que pueden ordenar los jueces con el objetivo de evitar todo riesgo que pudiera impedir el desarrollo adecuado del proceso. Instrumento procesal de carácter precautorio que adopta el órgano jurisdiccional, de oficio o a solicitud de las partes, con el fin de garantizar la efectividad de la decisión judicial mediante la conservación, prevención o aseguramiento de los derechos e intereses que corresponde dilucidar en el proceso” (Cabanellas, 2015).

2.2.7 Procedimiento coactivo

“Se refiere a la aplicación de la potestad administrativa respecto de una obligación que los ciudadanos o extranjeros contraen por varias circunstancias en un Estado” determinado (Serrano, 2018)

“El procedimiento coactivo es un recurso legal que disponen las entidades del sector financiero público para cobrar y recuperar créditos y cualquier tipo de obligaciones. La gestión de cobro se la iniciará exclusivamente cuando se adeude y no se haya pagado un valor cierto, líquido y de plazo vencido a la entidad financiera pública, no se lo hará de manera inmediata sino quizás a los sesenta o noventa días desde que el crédito se halle en mora, dependiendo de la normativa que la entidad haya aprobado para el efecto” (Torres, 2020).

2.2.8 Proporcionalidad

“Consiste en la materialización de normas con estructura de principios que contienen derecho fundamentales en colisión, en sí, es la aplicación de principios procesales constitucionalizados propios de los Estados constitucionales de derechos, que tiene lugar con la reconceptualización de los derechos fundamentales que dejaron de ser meras afirmaciones para convertirse en espacios mínimos de actuación humana respetada por todos inclusive por el Estado, donde el individuo se encuentra con jurisdicción como órgano de tutela última y necesaria aún frente a la ley” (Román, 2012)

2.2.9 Remate

“El remate cumple dos condiciones: a) La adjudicación que se hace a una persona del bien embargado que sale en venta, en subasta o almoneda. b) La diligencia misma de la subasta o almoneda. Rematar un bien significa, por tanto, no solo "ponerlo en venta pública por orden y con la intervención de una autoridad judicial o administrativa", sino

también "adquirirlo en dicho acto". Concluidas las diligencias de embargo se procederá al remate de los bienes" (Tena & Morales, 2014)

2.2.10 Secuestro

“El secuestro es una medida cautelar para asegurar el cumplimiento o ejercicio de un derecho legalmente reconocido, como en el caso de cobros ejecutivo de créditos, para lo cual se opta por secuestrarlos para preservarlos hasta la hora en que la justicia tome la decisión final sobre lo que se está discutiendo o alegando, y que, de acuerdo a dicha decisión, el bien se regresa a su propietario o se le hace entrega a quien alega un derecho, quien lo recibe como garantía, pago o indemnización” (Constante, 2018)

2.2.11 Título de crédito

“El título de crédito es un documento, que tienen un valor exigible para la persona que lo posee contra la posesión del valor de otra persona, el que tiene el derecho de reclamar un valor concretado, son documentos necesarios para ejercitar el derecho literal que en ellos se consigna, y éste por ser trasladable de un lugar a otro por medio de la fuerza externa de alguien, es un bien” (Astudillo, 2012).

2.3 Marco legal

2.3.1 Constitución del Ecuador

“Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: 29. Los derechos de libertad también incluyen: c) Que ninguna persona pueda ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias” (Asamblea Nacional, 2008)

“Art. 82.- 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” (Asamblea Nacional, 2008).

“Art. 83.- Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: 7. Promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular, conforme al buen vivir” (Asamblea Nacional, 2008).

“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” (Asamblea Nacional, 2008).

“Art. 226.- 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” (Asamblea Nacional, 2008).

2.3.2 Código Civil

“Art. 1567.- El deudor está en mora: 1. Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirle en mora; 2. Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto espacio de tiempo, y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla; y, 3. En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor” (Congreso Nacional, 2005).

“Art. 1569.- Si la obligación es de hacer, y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas dos cosas, a elección suya: 1. Que se le autorice para hacerla ejecutar por un tercero, a expensas del

deudor; y, 2. Que el deudor le indemnice los perjuicios resultantes de la infracción del contrato” (Congreso Nacional, 2005).

“Art. 1575.- Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes: 1. Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes, en ciertos casos; 2. El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses. En tal caso basta el hecho del retardo; 3. Los intereses atrasados no producen interés; y, 4. La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas” (Congreso Nacional, 2005).

“Art. 1621.- El efecto de la consignación válida es extinguir la obligación, hacer cesar, en consecuencia, los intereses, y eximir del peligro de la cosa al deudor; todo desde el día de la consignación” (Congreso Nacional, 2005).

2.3.3 Código Orgánico General de Procesos

“Art. 125.- Requisitos. Para que se ordene el secuestro o la retención, es necesario: 1. Que se pruebe la existencia del crédito. 2. Que se pruebe que los bienes de la o del deudor se encuentren en tal estado, que no alcancen a cubrir la deuda o que pueden desaparecer u ocultarse o que el deudor trate de enajenarlos” (Asamblea Nacional, 2015).

“Art. 126.- Prohibición de enajenar bienes inmuebles. La o el juzgador, en los casos permitidos por la ley y a solicitud de la o del acreedor, podrá prohibir la enajenación de bienes inmuebles de la o del deudor, para lo cual se notificará al respectivo registrador de la propiedad quien inscribirá la prohibición de enajenar sin cobrar derechos. Mientras subsista la inscripción no podrán enajenarse ni hipotecarse los inmuebles cuya

enajenación se ha prohibido, ni imponerse sobre ellos gravamen alguno. Para la prohibición de enajenar bienes inmuebles, bastará que se acompañe prueba del crédito y de que la o el deudor, al realizar la enajenación, no tendría otros bienes saneados, suficientes para el pago” (Asamblea Nacional, 2015).

“Art. 129.- Secuestro. Podrá ordenarse el secuestro de bienes y sus frutos, en los casos en que se tema su deterioro. La parte contra quien se pida el secuestro podrá oponerse prestando, en el acto, caución suficiente. El secuestro de bienes inmuebles se inscribirá en el registro de la propiedad. Mientras subsista el gravamen no podrá inscribirse otro, excepto la venta en remate forzoso” (Asamblea Nacional, 2015).

“Art. 130.- Retención. La retención se verificará en las rentas, créditos o bienes que tenga la o el deudor en poder de una o un tercero. Ordenada la retención, bastará que se notifique a la persona en cuyo poder estén las rentas, créditos o bienes que se retengan, para que no se los entregue sin orden judicial. Esta orden podrá impugnarse en el término de tres días” (Asamblea Nacional, 2015).

“Art. 131.- Arraigo. La o el acreedor que tema que la o el deudor se ausente para eludir el cumplimiento de una obligación, puede solicitar el arraigo, siempre y cuando demuestre la existencia del crédito, que la o el deudor es extranjero y que no tiene bienes raíces suficientes en el país” (Asamblea Nacional, 2015).

“Art. 134.- Apremios. Son aquellas medidas coercitivas que aplican las o los juzgadores para que sus decisiones sean cumplidas por las personas que no las observen voluntariamente dentro de los términos previstos. Las medidas de apremio deben ser idóneas, necesarias y proporcionales. El apremio es personal cuando la medida coercitiva recae sobre la persona y es real cuando recae sobre su patrimonio” (Asamblea Nacional, 2015).

2.3.4 Código Orgánico Administrativo

“Art. 180.- Medidas provisionales de protección. Se pueden adoptar las siguientes medidas cautelares: 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. Las medidas contempladas en los numerales 14, 19 y 22 del artículo 66 de la Constitución de la República, que requieren autorización judicial, únicamente pueden ser ordenadas por autoridad competente. La solicitud se presentará ante una o un juzgador de contravenciones del lugar donde se iniciará el procedimiento administrativo, quien en el término de hasta cuarenta y ocho horas emitirá la orden que incluirá el análisis de legalidad de la respectiva acción” (Asamblea Nacional, 2017).

“Art. 181.- Procedencia. El órgano competente, cuando la ley lo permita, de oficio o a petición de la persona interesada, podrá ordenar medidas provisionales de protección, antes de la iniciación del procedimiento administrativo, siempre y cuando concurren las siguientes condiciones: 1. Que se trate de una medida urgente. 2. Que sea necesaria y proporcionada. 3. Que la motivación no se fundamente en meras afirmaciones. Las medidas provisionales serán confirmadas, modificadas o levantadas en la decisión de iniciación del procedimiento, término que no podrá ser mayor a diez días desde su adopción. Las medidas provisionales ordenadas quedan sin efecto si no se inicia el procedimiento en el término previsto en el párrafo anterior o si la resolución de iniciación no contiene un pronunciamiento expreso acerca de las mismas. Las medidas provisionales de protección se adoptarán garantizando los derechos amparados en la Constitución” (Asamblea Nacional, 2017).

“Art. 182.- Prohibición. No se puede adoptar medidas provisionales de protección que impliquen violación de derechos amparados constitucionalmente o que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados” (Asamblea Nacional, 2017).

“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. Las medidas contempladas en los numerales 14, 19 y 22 del artículo 66 de la Constitución de la República, que requieren autorización judicial, únicamente pueden ser ordenadas por autoridad competente. La solicitud se presentará ante una o un juzgador de contravenciones del lugar donde se sustancie el procedimiento administrativo, quien en el término de hasta cuarenta y ocho horas, emitirá la orden que incluirá el análisis de legalidad de la respectiva acción” (Asamblea Nacional, 2017).

“Art. 190.- Procedencia. Iniciado el procedimiento, si existen elementos de juicio suficientes para ello, el órgano administrativo competente puede adoptar, de oficio o a petición de persona interesada, las medidas cautelares proporcionales y oportunas para asegurar la eficacia de la resolución” (Asamblea Nacional, 2017).

“Art. 191.- Modificación o revocatoria. Las medidas cautelares pueden ser modificadas o revocadas, de oficio o a petición de persona interesada, durante la tramitación del procedimiento, en virtud de circunstancias imprevistas o que no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de su adopción. La caducidad del procedimiento extingue la medida cautelar previamente adoptada” (Asamblea Nacional, 2017).

“Art. 192.- Notificación y ejecución de medidas cautelares. El acto administrativo que suponga la adopción de medidas cautelares destinadas a asegurar la eficacia de la resolución adoptada se puede ejecutar sin notificación previa” (Asamblea Nacional, 2017).

“Art. 229.- Suspensión del acto administrativo. Por regla general, los actos administrativos regulares se presumen legítimos y deben ser ejecutados luego de su notificación. (...) Al resolver la suspensión, la administración podrá adoptar las medidas cautelares que sean necesarias para asegurar la protección del interés público o de terceros y la eficacia de la resolución o el acto impugnado” (Asamblea Nacional, 2017).

“Art. 281.- Medidas cautelares. - El ejecutor puede disponer, en la misma orden de pago o posteriormente, el secuestro, la retención o la prohibición de enajenar bienes. Asimismo, puede solicitar a la o al juzgador competente, mediante procedimiento sumario, se disponga la prohibición de ausentarse para los casos en que dicha medida se aplica en el régimen común.

Para adoptar una medida cautelar, la o el ejecutor no precisa de trámite previo y adoptará el criterio general y prevaleciente de la menor afectación a los derechos de las personas.

La facultad señalada en las líneas precedentes se verá limitada al aseguramiento del pago de la obligación pendiente. Por tal motivo, el monto máximo sobre el cual se podrá ordenar el secuestro, la retención o la prohibición de enajenar bienes ascenderá al valor del saldo de la obligación.

La o el coactivado puede hacer que cesen las medidas cautelares presentando, a satisfacción del órgano ejecutor, una póliza o garantía bancaria, incondicional y de cobro

inmediato, por el valor total del capital, los intereses devengados y aquellos que se generen en el siguiente año y las costas del procedimiento.

No obstante, en caso de haberse realizado ya la retención de cuentas bancarias, el secuestro o la prohibición de enajenar bienes por un monto igual al del saldo de la obligación pendiente de pago, se levantarán todas las demás medidas cautelares existentes tales como arraigo o la prohibición de ausentarse del país o cualquier otro medio precautelatorio impuesto por el ejecutor.

En ningún caso, durante la ejecución coactiva, se podrá retener en cuentas bancarias un valor superior al saldo de la obligación pendiente de pago. En caso de existir en la cuenta bancaria un saldo superior al del valor pendiente de pago, el funcionario ejecutor y las instituciones bancarias, deberán asegurarse de que el coactivado pueda acceder a la totalidad de los valores no retenidos para asegurar la menor afectación posible a sus derechos.

En los casos en los que se disponga el secuestro o la prohibición de enajenar del bien, se deberá disponer el correspondiente avalúo del bien. En caso de que el valor del avalúo del bien sea suficiente para satisfacer la obligación pendiente de pago, el ejecutor no podrá disponer el secuestro o la prohibición de enajenar de ningún otro bien. Por el contrario, en el caso en el cual el avalúo no sea suficiente para satisfacer la obligación pendiente de pago, el ejecutor podrá disponer el secuestro o prohibición de enajenación de otro bien y así sucesivamente hasta asegurar el pago de la obligación a través de los bienes secuestrados o impedidos de enajenar. Una vez se encuentre asegurado el pago de la obligación a través del secuestro o prohibición de enajenación de bienes, se levantará también cualquier otra medida cautelar existente en contra del coactivado.

Para el aseguramiento de la obligación, el ejecutor siempre preferirá la retención de valores en efectivo en cuentas bancarias por sobre el secuestro o prohibición de enajenación de bienes. Dicha facultad de retención se verá limitada según lo expuesto en el presente artículo” (Asamblea Nacional, 2017).

2.3.5 Jurisprudencia

“Si bien es cierto que la Corte Constitucional ha establecido la compatibilidad de la consignación de forma general como requisito para suspender la ejecución coactiva, de la lectura de la norma consultada se evidencia que el legislador ha configurado este requisito de forma desproporcionada, toda vez que la suspensión de la ejecución coactiva operaría siempre y cuando se haya consignado la totalidad de la deuda más sus intereses y costas” (Corte Constitucional, 2020).

“En razón de aquello, esta Corte observa que establecer un requisito para la suspensión de la ejecución coactiva, equiparando su monto al mismo al que asciende la totalidad de la deuda, sus intereses y costas, conlleva una exigencia que no es razonable ni proporcional y, por tanto, el monto para la consignación previsto en dicha disposición, debido a sus características previamente anotadas, es contrario a la Constitución”

Interpretación:

La Corte Constitucional ha establecido el acto de consignar para que la ejecución coactiva se suspenda es un mecanismo legal, en ente vigilante analiza en esta ocasión la garantía bancaria en el COGEP, y su interpretación, en función del principio de proporcionalidad, permitió que el pago total del capital se quede sin efecto y se garantice al menos el 10% de descuento para el coactivado.

El porcentaje fijado según se analizó en el párrafo anterior, incluye los intereses y las costas del capital adeudado. Antes de la reforma al 317 del COGEP, la norma exigía

el pago del 100% de la obligación (incluyendo costas e intereses), esto, a decir de lo analizado hasta el momento, representan una afectación a la tutela judicial efectiva puesto que tal medida representa una restricción al acceso a la administración de justicia. Mientras que, el COA, aún dispone esta medida regresiva de derechos, contraria a lo que actualmente regula el COGEP en cuanto a la garantía bancaria.

En la reforma del COGEP, la Corte Constitucional, en su análisis, establece que la consignación es una forma de extinguir las obligaciones, en tanto que, solo el pago del 10% de la cuantía de la deuda (incluyendo intereses y costas) obedece a los principios elementales de proporcionalidad y razonabilidad, lo que a su vez respeta a los derechos procesales constitucionales de seguridad jurídica y tutela judicial.

En este mismo sentido, se ha establecido que la consignación es válida para la suspensión de la ejecución coactiva por parte del recaudador o juez de coactivas, siendo que, el propio legislador ha establecido dicho requisito, al menos en el Código Orgánico Administrativo, de forma desproporcionada, puesto que exige el cumplimiento del total del capital, lo cual es completamente ilógico desde cualquier punto de vista.

En definitiva, el hecho de equiparar el levantamiento de la medida a cambio del monto de la deuda, que definitivamente hace al valor real adeudado por los intereses y costas, es una exigencia de la ley que no es proporcional ni tampoco razonable por lo tanto es contraria a la Constitución y vulnera los derechos a la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva.

2.3.6 Derecho comparado

a) Perú

“Artículo 9.- Exigibilidad de la Obligación. 9.1 Se considera Obligación exigible coactivamente a la establecida mediante acto administrativo emitido conforme a ley,

debidamente notificado y que no haya sido objeto de recurso impugnatorio alguno en la vía administrativa, dentro de los plazos de ley o en el que hubiere recaído resolución firme confirmando la Obligación. También serán exigibles en el mismo Procedimiento las costas y gastos en que la Entidad hubiere incurrido durante la tramitación de dicho Procedimiento. 9.2 También serán ejecutadas conforme a ley, las garantías otorgadas a favor de la Entidad, dentro del Procedimiento establecido en la presente norma, cuando corresponda” (Congreso de la República, 2004).

“Artículo 13.- Medidas cautelares previas: 13.6. El Ejecutor levantará la medida cautelar previa si el Obligado otorga carta fianza bancaria o presenta alguna otra garantía que, a criterio de la Entidad, sea suficiente para garantizar el monto por el cual se trabó la medida” (Congreso de la República, 2004).

Interpretación:

En la legislación peruana, la garantía bancaria se prevé como un mecanismo para el levantamiento de las medidas cautelares dentro de la jurisdicción coactiva, sin embargo, un particular que existe en la norma general de Perú es que no establece el % de que debe abonar el coactivado para dicho efecto, ¿puede representar esto una medida discrecional?, ahora bien, habría que, en la práctica, entender cuál es el porcentaje real que se aplica para la revocatoria de las medidas.

b) Colombia

“ARTÍCULO 44. Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa” (Congreso Nacional de Colombia, 2004).

Interpretación:

En el derecho colombiano, las medidas cautelares deben cumplir con ciertos requisitos para ser dictadas, su contenido y alcance es precautelatorio y que la conducta amenazante cese en la medida de lo posible. Además, el último párrafo del artículo 230 de la ley de la materia indica:

Si la medida cautelar implica el ejercicio de una facultad que comporte elementos de índole discrecional, el Juez o Magistrado Ponente no podrá sustituir a la autoridad competente en la adopción de la decisión correspondiente, sino que deberá limitarse a ordenar su adopción dentro del plazo que fije para el efecto en atención a la urgencia o necesidad de la medida y siempre con arreglo a los límites y criterios establecidos para ello en el ordenamiento vigente” (Congreso Nacional de Colombia, 2004).

En la misma línea, el artículo 231 *ibidem* norma los requisitos para decretar medidas cautelares:

- Que la medida esté debidamente fundamentada y razonada en derecho
- Que sea contra el titular obligado que no ha cumplido con su obligación sea esta prestacional o no
- Que, en petitorio, acto administrativo, resolución que se dicte la medida cautelar se adjunte los documentos, justificaciones que evidencien que sin las medidas impuestas, el resultado sería más lesivo para el Estado.
- Que sin el otorgamiento de la medida cautelar se llegase a ocasionar un perjuicio irreparable.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1 Metodología

La metodología de la investigación se define como: “Aquella ciencia que provee al investigador de una serie de conceptos, principios y leyes que le permiten encauzar de un modo eficiente y tendiente a la excelencia el proceso de la investigación científica” (Cortés & Iglesias, 2004).

El diseño que se ha previsto para este proyecto es no experimental, siendo una tesis jurídica el enfoque mixto que incluye las perspectivas cualitativas y cuantitativas debido al análisis hermenéutico de las normas legales y el trabajo de campo a través de las entrevistas y encuestas. También es importante hacer un recuento de los métodos y los tipos de investigación aplicables en la temática de estudio.

3.1.1 Método inductivo – deductivo

“El método inductivo-deductivo está conformado por dos procedimientos inversos: inducción y deducción para analizar el fenómeno de estudio” (Rodríguez & Pérez, 2017). Este método permite el desarrollo de la problemática planteada y se centrará en el análisis de la norma en conflicto, para con ello contestar a los objetivos de investigación.

3.1.2 Método descriptivo

“Tiene por objeto especificar propiedades y características importantes de cualquier fenómeno que se analice. Describe tendencias de un grupo o población” (Hernández, 2014). Con la aplicación de este método se puede describir el problema para interpretarlo de forma íntegra.

3.2 Tipo de investigación

3.2.1 Investigación bibliográfica o documental

“Se concreta exclusivamente en la recopilación de información en diversas fuentes. Indaga sobre un tema en documentos -escritos u orales-; uno de los ejemplos más típicos de este tipo de investigación son las obras de historia” (Paella & Martins, 2012). Para ello se utilizará material de primera fuente que tendrá un valioso aporte en el desarrollo de la investigación.

3.2.2 Investigación descriptiva – explicativa

“El propósito de este nivel es el de interpretar realidades de hecho. Incluye descripción, registro, análisis e interpretación de la naturaleza actual, composición o procesos de los fenómenos” (Paella & Martins, 2012). Su propósito es explicar el problema y no hay mejor forma que primero describir sus componentes.

3.3 Enfoque

El enfoque de la investigación es mixto en virtud de que se trata de una investigación cualitativa y cuantitativa. El Enfoque cuantitativo: “Utiliza la recolección de datos para probar hipótesis con base en la medición numérica y el análisis estadístico, con el fin establecer pautas de comportamiento y probar teorías” (Hernández, 2014).

Por otro lado, el enfoque cualitativo es el: procedimiento metodológico que utiliza palabras, textos, discursos dibujos, gráficos e imágenes, la investigación cualitativa estudia diferentes objetos para comprender la vida social del sujeto a través de los significados desarrollados por éste” (Sánchez, 2019).

3.4 Técnica e instrumentos

3.4.1 Entrevista

La entrevista: “Se define como una reunión para conversar e intercambiar información entre una persona (el entrevistador) y otra (el entrevistado) u otras (entrevistados). En el último caso podría ser tal vez una pareja o un grupo pequeño como una familia o un equipo de manufactura” (Hernández, 2014). Para las entrevistas, se buscará profesionales del derecho especialistas en derecho administrativo que con su opinión puedan establecer un criterio lo suficientemente fundamentado.

3.4.2 Encuesta

“El método utilizado para la realización de esta investigación fue la encuesta, la cual consiste en un conjunto de preguntas respecto a una o más variables a medir. Las encuestas pueden ser descriptivas o explicativas” (Hernández, 2014). Para la realización de las encuestas se definirá en el punto siguiente el tamaño de la muestra considerando un grupo consolidado de profesionales del derecho.

3.5 Población y muestra

Se utilizará como población el padrón de socios del Colegio de Abogados del Guayas, para efectos de esta tesis se redondeará a 16 mil personas, conforme al censo proporcionado en la página web de la referida organización.

Tabla 1: Definición de universo de población

| Universo de población | | |
|-----------------------|--|----------|
| Ítem | Población | Cantidad |
| 1 | Colegio de abogados del Guayas | 163 |
| 2 | Abogados especialistas en derecho administrativo | 3 |
| Total | | 166 |

Fuente: Colegio de abogados del Guayas

Elaborador por: Guerrero, G (2023)

Para las encuestas, se aplica la herramienta “The Survey Monkey”, calculadora digital, se ha utilizado un nivel de confianza del 80% y un margen de error de 5%:



Figura 1: Cálculo de la muestra

Fuente: The Survey Monkey

Elaborador por: Guerrero, G (2023)

Para las entrevistas, se toma como base las 5 personas que conforman dicha organización; se aplica el método no probabilístico de bola de nieve, el cual se fundamenta en la identificación de los sujetos de una determinada población, en donde: “Sus participantes potenciales son difíciles de encontrar o si la muestra está limitada a un subgrupo muy pequeño de la población” (QuestionPro, 2021). Consecuentemente, no se requiere una fórmula numérica.

3.6 Análisis de las entrevistas

Tabla 2: Entrevista nro. 1

| Entrevista Nro. 1 | | |
|--------------------------|---|--|
| Objeto: | Determinar la opinión de los expertos sobre la proporcionalidad de la aplicación de medidas cautelares y la garantía bancaria sobre el coactivado. | |
| Ítem | Pregunta | Respuesta |
| 1 | 1.- ¿Considera usted que la garantía bancaria para la revocatoria de las medidas cautelares del coactivado debe ser de al menos el 10% del total de la obligación? | Considero que esa potestad la tiene el recaudador, el derecho administrativo es conocido por ser, hasta cierto punto, discrecional, con esto no significa que deben vulnerarse los derechos de los deudores, pero actualmente la norma exige el total de la obligación en una póliza o garantía bancaria, lo que definitivamente deja sin posibilidades a una persona que se encuentra endeudada, de poder levantar las medidas cautelares que se han impuesto en su contra. |
| | 2.- ¿Considera usted que se vulnera el principio de proporcionalidad en la potestad del ejercicio de coactiva cuando el | No se vulnera en sí, pero es importante que las medidas que se apliquen sean proporcionales al fin que persiguen, prohibirle la salida del país a un futbolista por ejemplo que debe jugar partidos en el |

| | | |
|--|--|---|
| | <p>recaudador ordena la prohibición de salida del país al coactivado congela la cuenta del coactivado por un monto menor a \$1000?</p> | <p>exterior porque tiene una mora en CNT, el IESS u otro organismo con jurisdicción coactiva no solamente vulnera su derecho a trabajar, sino que también limita su capacidad económica.</p> |
| | <p>3.- ¿Considera usted que el procedimiento coactivo es una potestad administrativa que garantiza el debido proceso y la tutela judicial efectiva?</p> | <p>Es obligación del recaudador garantizar el debido proceso en la aplicación de ejecución coactiva, existen medidas regresivas en el Código Orgánico Administrativo, pero éstas deben no aplicarse, ahora bien, la falta de un precepto en la aplicación de la garantía bancaria es contraria a la constitución del Ecuador por lo que debe reformarse el artículo 281 del Código Orgánico Administrativo.</p> |
| | <p>4.- ¿De qué manera se garantizan los derechos del coactivado en la consignación del total de la obligación a través de la garantía bancaria para la revocatoria de las medidas cautelares?</p> | <p>Se garantizan si el coactivado paga lo que impone la norma, pero como hemos dicho es una medida desproporcional, también depende de la capacidad económica del deudor, pero siendo realistas, aquellos que recaen en incumplimiento de obligaciones son aquellas personas.</p> |

| | | |
|--------------------------------------|--|---|
| | <p>5.- ¿Considera usted que existe una extra limitación de las facultades por parte del juez de coactivas que busca solamente su beneficio afectando de manera directa la capacidad económica del obligado?</p> | <p>En ocasiones si se dan extralimitaciones dentro de la potestad coactiva, por ejemplo, en la imposición de medidas muy rígidas que para nada ayudan a que el deudor cumpla con sus obligaciones, de qué sirve entonces imponer estas medidas extra limitadas si al final del día lo que hago es que el coactivado quede todavía más abrochado y no pueda cumplir con el monto adeudado.</p> |
| <p>Análisis</p> | <p>La entrevistada establece que el derecho administrativo si es discrecional y que tal característica es lo que permite a la administración pública ejercer medidas orientadas a precautelar los recursos del Estado, pero la búsqueda del interés general no puede pasar por encima de los derechos individuales de las personas, las medidas cautelares pueden verse extra limitadas en su aplicación cuando no se ejecutan siguiendo los principios de razonabilidad y proporcionalidad.</p> | |
| <p>Datos del entrevistado</p> | <p>Abg. Andrea Sánchez Rivera Abogada en libre ejercicio</p> | |

Fuente: Entrevistas realizadas a expertos en derecho administrativo

Elaborador por: Guerrero, G (2023)

Tabla 3: Entrevista nro. 2

| Entrevista Nro. 2 | | |
|--------------------------|---|---|
| Objeto: | Determinar la opinión de los expertos sobre la proporcionalidad de la aplicación de medidas cautelares y la garantía bancaria sobre el coactivado. | |
| Ítem | Pregunta | Respuesta |
| 2 | 1.- ¿Considera usted que la garantía bancaria para la revocatoria de las medidas cautelares del coactivado debe ser de al menos el 10% del total de la obligación? | Claro que sí, debe cumplirse el porcentaje que la Corte Constitucional ha previsto como válida y legal, así como ha sido reformado en el COGEP, ya que la imposición del total del pago de lo adeudado no tiene sentido, siendo que la persona no dispone de los recursos para estar al día en sus obligaciones, mucho menos le será concedido por parte de una entidad bancaria una garantía por el monto total de la obligación más los intereses y las costas, esto denota una extralimitación del derecho que no ha sido corregida en la normativa administrativa el COA. |
| | 2.- ¿Considera usted que se vulnera el principio de proporcionalidad en la potestad del ejercicio de coactiva cuando el | Como respondí en la pregunta anterior, la proporcionalidad se vulnera cuando el recaudador no hace un correcto análisis de las medidas cautelares que tiene que interponer, básicamente lo hacen por |

| | | |
|--|--|---|
| | <p>recaudador ordena la prohibición de salida del país al coactivado congela la cuenta del coactivado por un monto menor a \$1000?</p> | <p>defecto y en automático infringiendo las reglas de la motivación, por ello debe orientarse a este grupo de jueces (de coactiva) que hoy por hoy no es necesario que sean abogados para que apliquen del derecho al tenor literal de lo que está escrito.</p> |
| | <p>3.- ¿Considera usted que el procedimiento coactivo es una potestad administrativa que garantiza el debido proceso y la tutela judicial efectiva?</p> | <p>No garantiza el debido proceso si el exceso de discrecionalidad afecta los derechos del deudor, también es contraproducente que el coactivado tenga que buscar una garantía bancaria del total del capital de la deuda más los intereses y las costas, a todas luces esto atenta contra la tutela judicial efectiva, pues deja sin posibilidades al coactivado de acceder a la justicia.</p> |
| | <p>4.- ¿De qué manera se garantizan los derechos del coactivado en la consignación del total de la obligación a través de la garantía bancaria para la revocatoria de las medidas cautelares?</p> | <p>Para que los derechos del coactivado se garanticen, es necesario el respeto integral de 3 disposiciones constitucionales: el debido proceso, la tutela judicial efectiva y la bien llamada seguridad jurídica. Existen acciones de inconstitucionalidad para derogar el artículo 281 (inciso 4) pero hasta ahora la Corte Constitucional no ha convocado audiencia, en el año 2020 el</p> |

| | | |
|------------------------|--|---|
| | | <p>COGEP si fue reformado de forma que el pago del 10% de una garantía bancaria era suficiente para que se revocuen las medidas cautelares en contra del coactivado.</p> |
| | <p>5.- ¿Considera usted que existe una extralimitación de las facultades por parte del juez de coactivas que busca solamente su beneficio afectando de manera directa la capacidad económica del obligado?</p> | <p>Es obligación del recaudador velar por los intereses de la institución que representa, pero no puede ir más allá de lo que la norma le permite, incluso hemos dicho que es la norma la que está mal, claramente el inciso cuarto del artículo 281 del Código Orgánico Administrativo impone una regla bastante inusual que atenta contra todo principio básico del derecho y así mismo impide que el coactivado mantenga una capacidad económica acorde a lo razonable y real, considerando la cruda realidad de nuestro país sobre la crisis económica mundial.</p> |
| <p>Análisis</p> | <p>El entrevistado es firme en mantener que la violación a los derechos constitucionales deviene de la propia norma, que si bien existe, en algunos casos, extralimitación por parte de los recaudadores en el ejercicio de la potestad coactiva, es necesario que la norma sea modificada para evitar que se contribuya a este abuso para que la ciudadanía pueda acceder a la revocatoria de medidas cautelares garantizando de esa forma sus derechos individuales, también argumenta</p> | |

| | |
|-------------------------------|--|
| | que los jueces de coactiva deben aplicar medidas razonables, que son propias del derecho administrativo. |
| Datos del entrevistado | Abg. Roberto Medina Sigüenza Abogado en libre ejercicio, maestrando en Derecho Administrativo. |

Fuente: Entrevistas realizadas a expertos en derecho administrativo

Elaborador por: Guerrero, G (2023)

Tabla 4: Entrevista nro. 3

| Entrevista Nro. 3 | | |
|--------------------------|--|--|
| Objeto: | Determinar la opinión de los expertos sobre la proporcionalidad de la aplicación de medidas cautelares y la garantía bancaria sobre el coactivado. | |
| Ítem | Pregunta | Respuesta |
| 3 | <p>1.- ¿Considera usted que la garantía bancaria para la revocatoria de las medidas cautelares del coactivado debe ser de al menos el 10% del total de la obligación?</p> | <p>Actualmente no es así, la ley exige el pago total de la obligación, algunos creen que es posible aplicar el artículo 317 del COGEP lo cual es completamente ilógico, pues el referido artículo es aplicable al procedimiento contencioso administrativo, por contrario a lo que regula el COA que tiene la finalidad de normar el acto administrativo y que incluye el ejercicio de la potestad coactiva, por lo tanto es inconsistente que pueda aplicarse una regla de un procedimiento contencioso en un procedimiento administrativo.</p> |
| | <p>2.- ¿Considera usted que se vulnera el principio de proporcionalidad en la potestad del ejercicio de coactiva cuando el recaudador ordena la</p> | <p>Si se vulnera, pero esto es relativo, se trata de una vulneración subjetiva, porque estamos hablando de personas que se ven afectadas por la imposición de una medida, pero son medidas legales por lo tanto no habría aparentemente una vulneración de</p> |

| | | |
|--|--|--|
| | <p>prohibición de salida del país al coactivado congela la cuenta del coactivado por un monto menor a \$1000?</p> | <p>derechos, deberá existir entonces un reclamo en el que el coactivado demuestre que la medida impuesta atenta contra sus derechos.</p> |
| | <p>3.- ¿Considera usted que el procedimiento coactivo es una potestad administrativa que garantiza el debido proceso y la tutela judicial efectiva?</p> | <p>Es obligación de la administración pública garantizar el debido proceso pero si se aplica lo que respondí en la pregunta 1, es decir, se aplica el artículo 317 del COGEP en un juicio de coactivas, entonces si se vulnera el debido proceso, también se vulnera cuando el juez impone medidas, que ya hablamos que puede poner las que la ley que ha facilitado, pero para que sea legal debe existir proporcionalidad y razonabilidad además de motivar adecuadamente su decisión.</p> |
| | <p>4.- ¿De qué manera se garantizan los derechos del coactivado en la consignación del total de la obligación a través de la garantía bancaria para la revocatoria de las medidas cautelares?</p> | <p>Para su garantía, es necesario recordar lo que hemos venido hablando, hay que respetar el debido proceso y la seguridad jurídica, el coactivado también tiene derecho a imponer un reclamo y que las decisiones sobre la cuales se discute sobre sus derechos sean fundamentadas al tenor de lo que la norma imprime, el ejercicio de</p> |

| | | |
|-------------------------------|--|--|
| | | los derechos sea del coactivado o de la administración pública no son absolutos y deben obedecer las normas aplicables para cada caso concreto. |
| | 5.- ¿Considera usted que existe una extralimitación de las facultades por parte del juez de coactivas que busca solamente su beneficio afectando de manera directa la capacidad económica del obligado? | No lo pienso así, el juez de coactiva cumple con su trabajo, debe velar por los intereses de la administración pública, es lo que el derecho administrativo llama interés general, es por ello que no hay como tal una extralimitación de facultades solo por el hecho de buscar el beneficio de la institución pública, lo hay si en verdad se atenta contra los derechos de las personas y su actuación es contraria a la ley y la Constitución de la República. |
| Análisis | | La entrevistada se alinea al criterio de los entrevistados 1 y 2 por cuanto considera que la administración pública debe aplicar el derecho siguiendo dos parámetros, la razonabilidad y la proporcionalidad, no siendo adecuado que se apliquen reglas que no pueden cruzarse como las del procedimiento contencioso y el procedimiento administrativo. |
| Datos del entrevistado | | Abg. Eva Coronel Abogada en libre ejercicio |

Fuente: Entrevistas realizadas a expertos en derecho administrativo
Elaborador por: Guerrero, G (2023)

3.7 Análisis de las encuestas

Pregunta 1: ¿Considera usted que el procedimiento coactivo es una potestad administrativa que garantiza el debido proceso?

Tabla 5: Tabulación de encuestas, pregunta 1

| Pregunta Nro. 1 | | |
|--------------------|----------|-----|
| Respuestas | Cantidad | % |
| Probablemente si | 60 | 37% |
| Definitivamente si | 100 | 61% |
| Probablemente no | 3 | 2% |
| Definitivamente no | 0 | 0% |

Fuente: Encuestas realizadas a expertos en derecho administrativo

Elaborador por: Guerrero, G (2023)

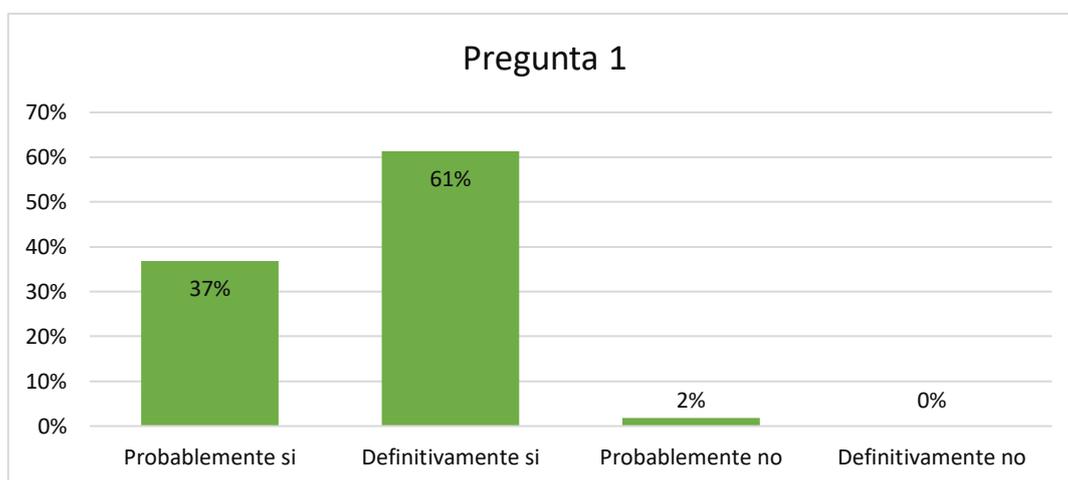


Figura 2: Tabulación de encuestas, pregunta 1

Fuente: Encuestas realizadas a expertos en derecho administrativo

Elaborador por: Guerrero, G. (2023)

Análisis:

El 61% de los encuestados ha afirmado que el procedimiento coactivo es una potestad administrativa que garantiza el debido proceso, para ello deberán adecuar su conducta a lo establecido en la normativa legal vigente, considerando que cada administración (que posee jurisdicción coactiva) cuenta o debe contar con su respectivo reglamento, el cual no puede oponerse a la norma base, el Código Orgánico Administrativo.

Pregunta 2: ¿Los Jueces de Coactiva son jueces con potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, es decir, son jueces de acuerdo con las normas contempladas en el Código Orgánico de la Función Judicial?

Tabla 6: Tabulación de encuestas, pregunta 2

| Pregunta Nro. 2 | | |
|------------------------|-----------------|----------|
| Respuestas | Cantidad | % |
| Probablemente si | 40 | 25% |
| Definitivamente si | 87 | 53% |
| Probablemente no | 18 | 11% |
| Definitivamente no | 18 | 11% |

Fuente: Encuestas realizadas a expertos en derecho administrativo

Elaborador por: Guerrero, G (2023)

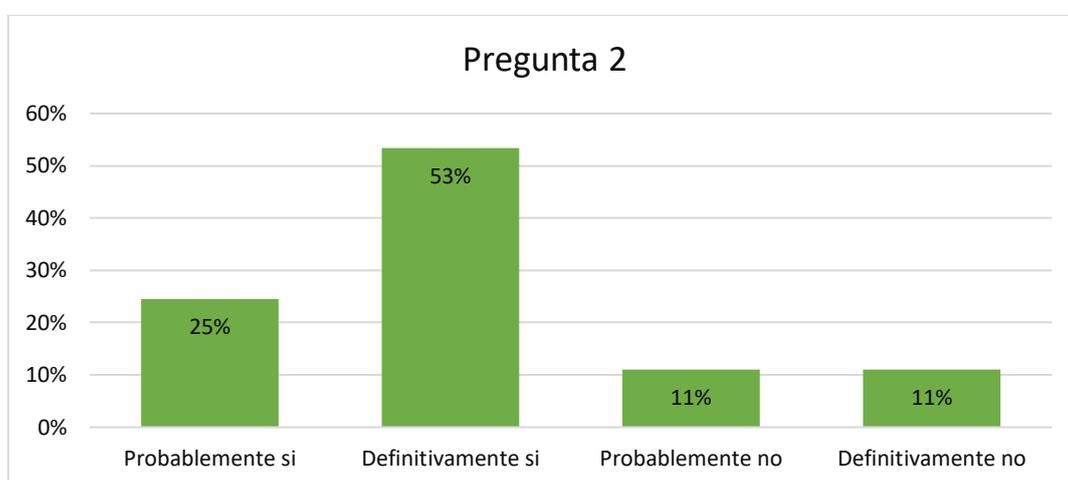


Figura 3: Tabulación de encuestas, pregunta 2

Fuente: Encuestas realizadas a expertos en derecho administrativo

Elaborador por: Guerrero, G. (2023)

Análisis:

Un poco más de la mitad de total de los encuestados, es decir, el 53% de la muestra analizada, argumenta que los Jueces de Coactiva son jueces con potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, es decir, son jueces de acuerdo con las normas contempladas en el Código Orgánico de la Función Judicial, su poder nace de la ley y tienen la potestad de decidir en función de su jurisdicción y los límites que la ley ha destinado para dicho efecto en virtud de cumplir con los intereses de la administración pública.

Pregunta 3: ¿Considera usted necesarias las medidas cautelares en el procedimiento de coactiva para garantizar el cobro eficiente de la obligación del coactivado?

Tabla 7: Tabulación de encuestas, pregunta 3

| Pregunta Nro. 3 | | |
|-------------------------|-----------------|----------|
| Respuestas | Cantidad | % |
| Muy necesario | 155 | 95% |
| Necesario | 3 | 2% |
| Moderadamente necesario | 5 | 3% |
| Poco necesario | 0 | 0% |

Fuente: Encuestas realizadas a expertos en derecho administrativo

Elaborador por: Guerrero, G (2023)

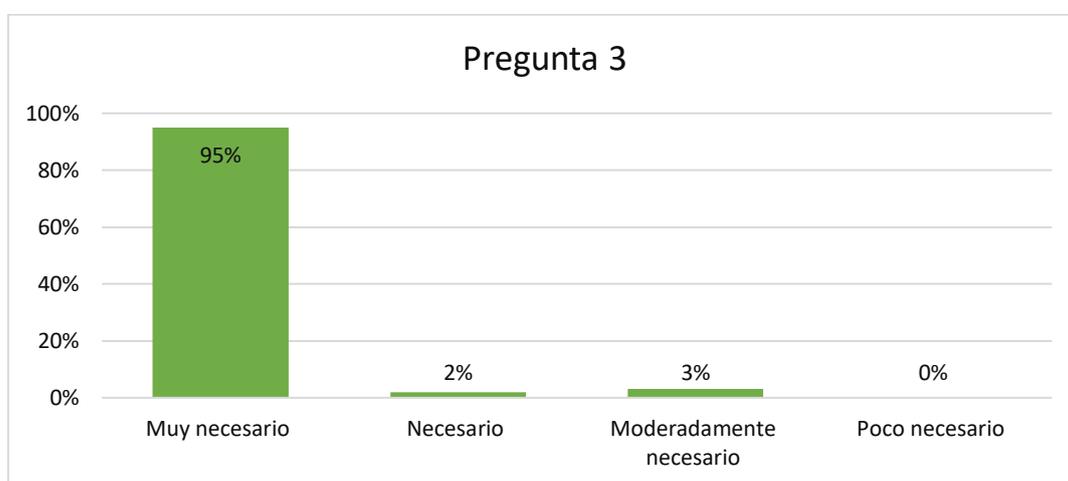


Figura 4: Tabulación de encuestas, pregunta 3

Fuente: Encuestas realizadas a expertos en derecho administrativo

Elaborador por: Guerrero, G. (2023)

Análisis:

El 95% del total de los encuestados considera muy necesario que las medidas cautelares en el procedimiento de coactiva se apliquen para garantizar el cobro eficiente de la obligación del coactivado, es decir, este mecanismo preventivo podrá precautelar los intereses públicos, y como se ha dicho, es lo correcto y lo que legalmente procede, pero el problema radica en la extralimitación y falta de proporcionalidad e incluso falta de motivación al momento de dictar las medidas contra el coactivado.

Pregunta 4: ¿Está usted de acuerdo en que la medida cautelar de bloqueo y retención de fondos ordenadas en el procedimiento de coactiva es proporcional al fin que persiguen?

Tabla 8: Tabulación de encuestas, pregunta 4

| Pregunta Nro. 4 | | |
|--------------------------------|-----------------|----------|
| Respuestas | Cantidad | % |
| Totalmente de acuerdo | 39 | 24% |
| De acuerdo | 21 | 13% |
| Ni de acuerdo ni en desacuerdo | 60 | 37% |
| En desacuerdo | 45 | 28% |
| Totalmente en desacuerdo | 37 | 23% |

Fuente: Encuestas realizadas a expertos en derecho administrativo

Elaborador por: Guerrero, G (2023)

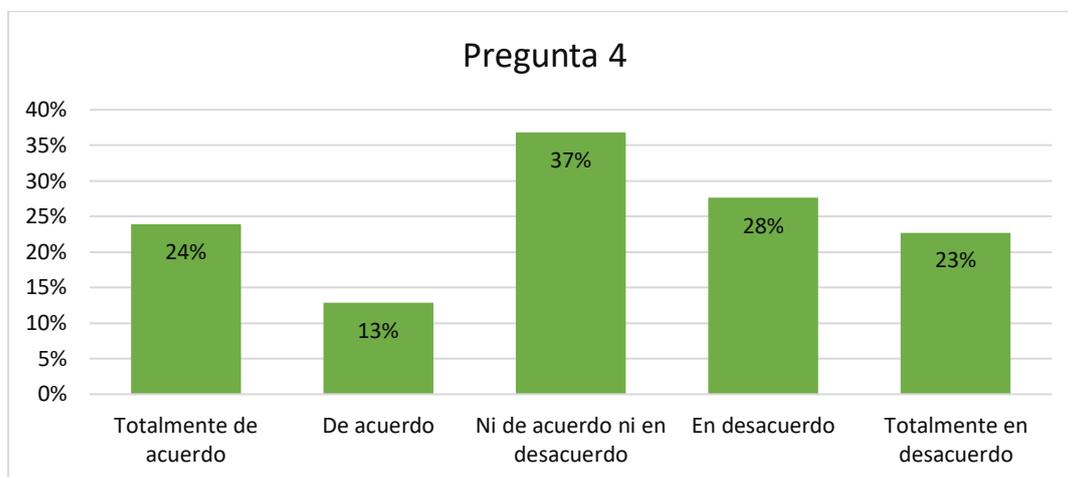


Figura 5: Tabulación de encuestas, pregunta 4

Fuente: Encuestas realizadas a expertos en derecho administrativo

Elaborador por: Guerrero, G. (2023)

Análisis:

En esta pregunta, las respuestas son bastante similares, no hay una opción que haya predominado abiertamente como en las preguntas 1 y 2; sin embargo, se destaca que el 37% no está ni de acuerdo pero tampoco está en desacuerdo respecto a que la medida cautelar de bloqueo y retención de fondos ordenadas en el procedimiento de coactiva es proporcional al fin que persiguen. Lo cierto es que se debe aplicar la proporcionalidad, para que la medida se fundamente en el fin que la administración desea conseguir, esto es, el cumplimiento de la obligación en contra del coactivado.

Pregunta 5: ¿Está usted de acuerdo en que se dicte la medida cautelar de retención de fondos cuando la cuantía es baja o inferior a mil dólares?

Tabla 9: Tabulación de encuestas, pregunta 5

| Pregunta Nro. 5 | | |
|--------------------------------|-----------------|----------|
| Respuestas | Cantidad | % |
| Totalmente de acuerdo | 21 | 13% |
| De acuerdo | 23 | 14% |
| Ni de acuerdo ni en desacuerdo | 11 | 7% |
| En desacuerdo | 100 | 61% |
| Totalmente en desacuerdo | 8 | 5% |

Fuente: Encuestas realizadas a expertos en derecho administrativo

Elaborador por: Guerrero, G (2023)

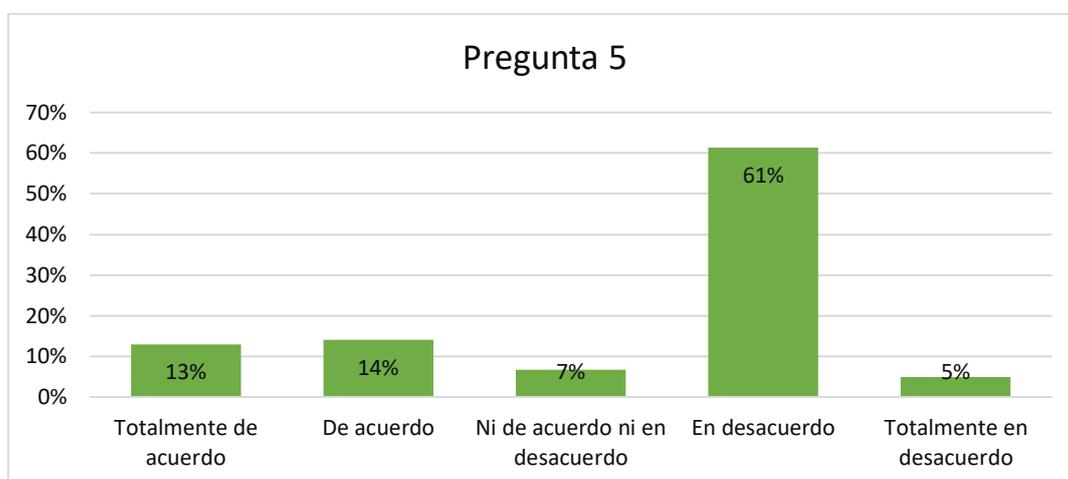


Figura 6: Tabulación de encuestas, pregunta 5

Fuente: Encuestas realizadas a expertos en derecho administrativo

Elaborador por: Guerrero, G. (2023)

Análisis:

Conforme se evidencia en los resultados a esta pregunta, el 61% del total de los encuestados no está de acuerdo en que se dicte la medida cautelar de retención de fondos cuando la cuantía es baja o inferior a mil dólares, siendo que se trata de un monto inferior no corresponde la retención de fondos, debido a que bien puede pagarse por partes, ahora bien, esto no significa que esta medida es inconstitucional, pues definitivamente debe prevalecer el interés general sobre el personal, lo que se trata de decir es que existen medidas menos gravosas.

Pregunta 6: ¿Está usted de acuerdo en que se vulnera el principio de proporcionalidad en la potestad del ejercicio de coactiva cuando el recaudador ordena el bloqueo de los fondos de la cuenta del coactivado sin establecer el monto o valor a congelar o retener?

Tabla 10: Tabulación de encuestas, pregunta 6

| Pregunta Nro. 6 | | |
|--------------------------------|-----------------|----------|
| Respuestas | Cantidad | % |
| Totalmente de acuerdo | 111 | 68% |
| De acuerdo | 0 | 0% |
| Ni de acuerdo ni en desacuerdo | 39 | 24% |
| En desacuerdo | 0 | 0% |
| Totalmente en desacuerdo | 13 | 8% |

Fuente: Encuestas realizadas a expertos en derecho administrativo

Elaborador por: Guerrero, G (2023)

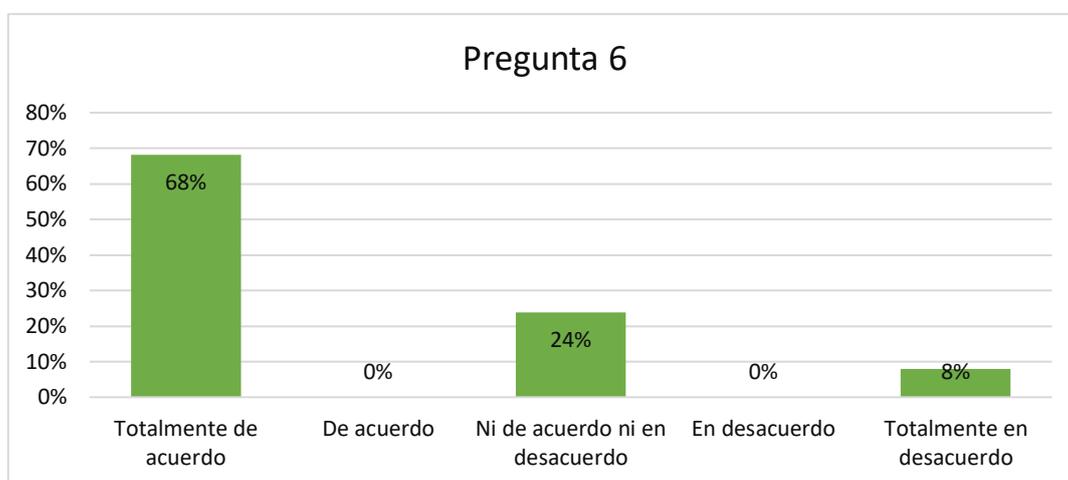


Figura 7: Tabulación de encuestas, pregunta 6

Fuente: Encuestas realizadas a expertos en derecho administrativo

Elaborador por: Guerrero, G. (2023)

Análisis:

En la consulta realizada, para la pregunta seis, el 68% de los encuestados está de acuerdo en que se vulnera el principio de proporcionalidad en la potestad del ejercicio de coactiva cuando el recaudador ordena el bloqueo de los fondos de la cuenta del coactivado sin establecer el monto o valor a congelar o retener. Es importante que las medidas menos gravosas tenga sus límites y para ello la ley debe disponer parámetros eficaces para garantizar la seguridad jurídica.

Pregunta 7: ¿Está usted de acuerdo en que se vulnera el principio de proporcionalidad en la potestad del ejercicio de coactiva cuando el recaudador ordena la prohibición de enajenar al coactivado en montos de baja cuantía o inferiores a \$1000?

Tabla 11: Tabulación de encuestas, pregunta 7

| Pregunta Nro. 7 | | |
|--------------------------------|-----------------|----------|
| Respuestas | Cantidad | % |
| Totalmente de acuerdo | 80 | 49% |
| De acuerdo | 31 | 19% |
| Ni de acuerdo ni en desacuerdo | 0 | 0% |
| En desacuerdo | 39 | 24% |
| Totalmente en desacuerdo | 13 | 8% |

Fuente: Encuestas realizadas a expertos en derecho penal

Elaborador por: Guerrero, G (2023)

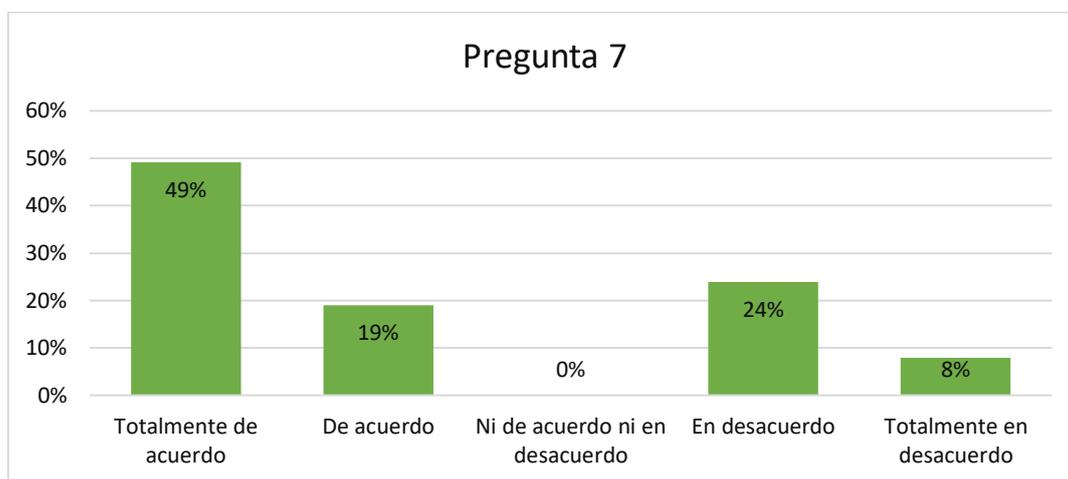


Figura 8: Tabulación de encuestas, pregunta 7

Fuente: Encuestas realizadas a expertos en derecho penal

Elaborador por: Guerrero, G. (2023)

Análisis:

El 49% y el 19% de los encuestados concuerdan en que se vulnera el principio de proporcionalidad en la potestad del ejercicio de coactiva cuando el recaudador ordena la prohibición de enajenar al coactivado en montos de baja cuantía o inferiores a \$1000; esto impide incluso que el coactivado pueda obtener ganancias de un bien y de estar forma abonar lo adeudado.

Pregunta 8: ¿Está usted de acuerdo en que se vulnera el principio de constitucionalidad en la potestad del ejercicio de coactiva cuando el recaudador ordena la prohibición de salida del país al coactivado?

Tabla 12: Tabulación de encuestas, pregunta 8

| Pregunta Nro. 8 | | |
|--------------------------------|-----------------|----------|
| Respuestas | Cantidad | % |
| Totalmente de acuerdo | 100 | 61% |
| De acuerdo | 11 | 7% |
| Ni de acuerdo ni en desacuerdo | 0 | 0% |
| En desacuerdo | 39 | 24% |
| Totalmente en desacuerdo | 13 | 8% |

Fuente: Encuestas realizadas a expertos en derecho penal

Elaborador por: Guerrero, G (2023)

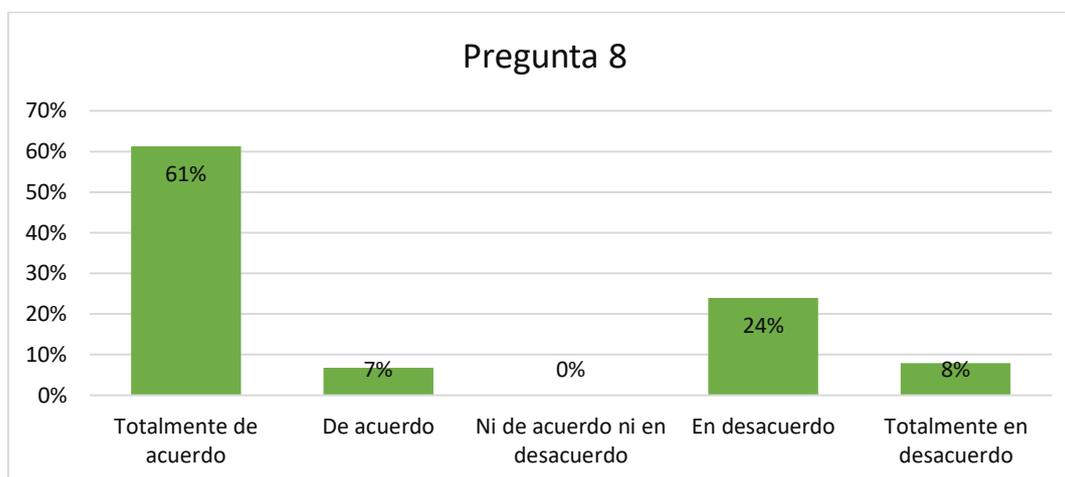


Figura 9: Tabulación de encuestas, pregunta 8

Fuente: Encuestas realizadas a expertos en derecho administrativo

Elaborador por: Guerrero, G. (2023)

Análisis:

El 61% de los encuestados concuerdan en que se vulnera el principio de proporcionalidad en la potestad del ejercicio de coactiva cuando el recaudador ordena la prohibición de enajenar al coactivado en montos de baja cuantía o inferiores a \$1000; limitan la movilidad y el derecho al trabajo en caso de que la persona labore fuera del país u obtenga ingresos al salir del país.

Pregunta 9: ¿Está usted de acuerdo en que la garantía bancaria y la aplicación del principio de proporcionalidad en la revocatoria de las medidas cautelares del coactivado garantiza la tutela judicial efectiva en su componente de acceso a la administración de justicia?

Tabla 13: Tabulación de encuestas, pregunta 9

| Pregunta Nro. 9 | | |
|--------------------------------|-----------------|----------|
| Respuestas | Cantidad | % |
| Totalmente de acuerdo | 0 | 0% |
| De acuerdo | 3 | 3% |
| Ni de acuerdo ni en desacuerdo | 10 | 11% |
| En desacuerdo | 60 | 63% |
| Totalmente en desacuerdo | 90 | 95% |

Fuente: Encuestas realizadas a expertos en derecho penal

Elaborador por: Guerrero, G (2023)

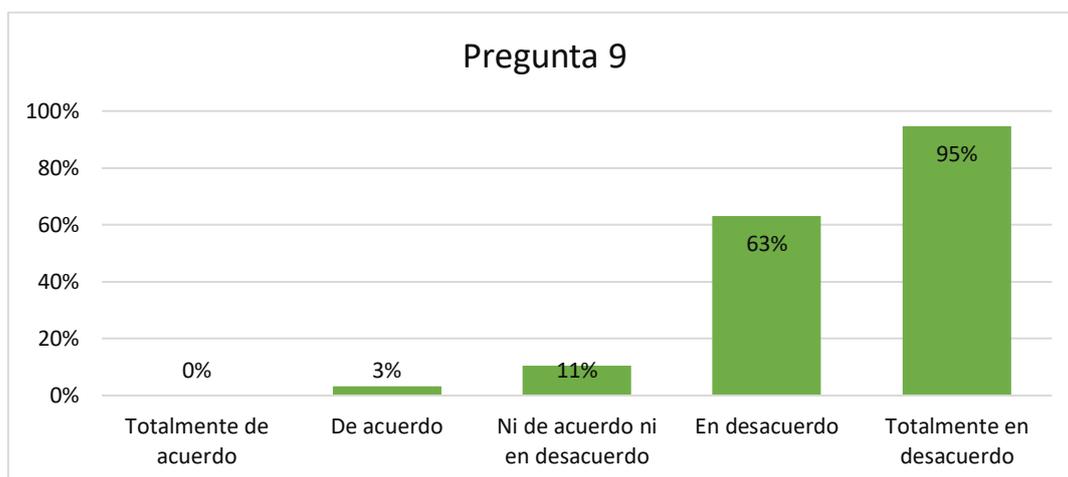


Figura 10: Tabulación de encuestas, pregunta 9

Fuente: Encuestas realizadas a expertos en derecho penal

Elaborador por: Guerrero, G. (2023)

Análisis:

El 95% de los encuestados afirma que la garantía bancaria y la aplicación del principio de proporcionalidad en la revocatoria de las medidas cautelares del coactivado no garantiza la tutela judicial efectiva, sobre todo el acceso a la administración de justicia, por lo tanto, es contraria a la seguridad jurídica promovida en la Constitución de la República.

Pregunta 10: ¿Está usted de acuerdo en que la garantía bancaria para la revocatoria de las medidas cautelares del coactivado debe ser de al menos el 10% del total de la obligación?

Tabla 14: Tabulación de encuestas, pregunta 10

| Pregunta Nro. 10 | | |
|--------------------------------|-----------------|----------|
| Respuestas | Cantidad | % |
| Totalmente de acuerdo | 80 | 49% |
| De acuerdo | 50 | 31% |
| Ni de acuerdo ni en desacuerdo | 13 | 8% |
| En desacuerdo | 10 | 6% |
| Totalmente en desacuerdo | 10 | 6% |

Fuente: Encuestas realizadas a expertos en derecho penal

Elaborador por: Guerrero, G (2023)

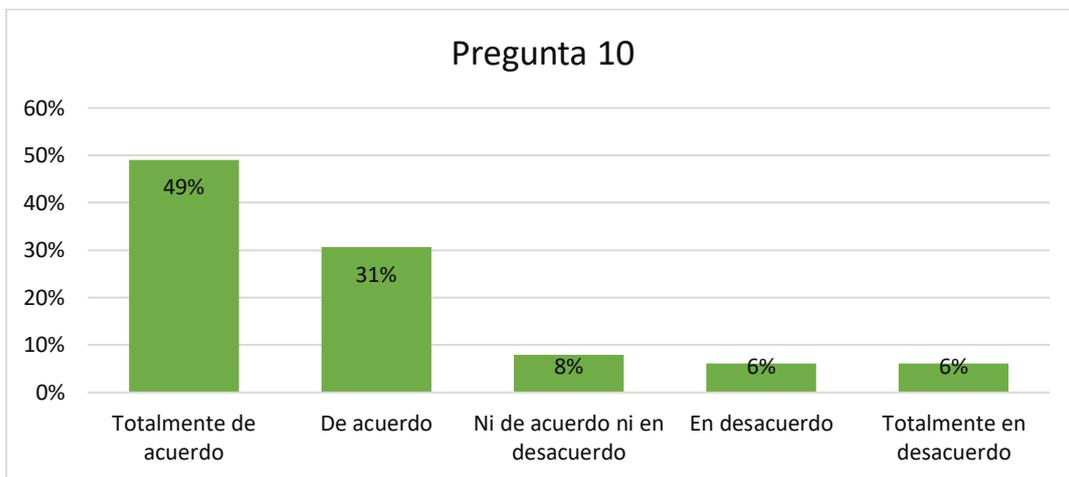


Figura 11: Tabulación de encuestas, pregunta 10

Fuente: Encuestas realizadas a expertos en derecho penal

Elaborador por: Guerrero, G. (2023)

Análisis:

El 49% de los encuestados y el 31% están totalmente de acuerdo y de acuerdo, respectivamente, en que la garantía bancaria para la revocatoria de las medidas cautelares del coactivado debe ser de al menos el 10% del total de la obligación; tal como actualmente lo regula el COGEP, cosa que no ha pasado con el Código Orgánico Administrativo, lo que representa una medida regresiva.

CONCLUSIONES

1. Los derechos del coactivado se garantizan a través de la correcta aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, así como también aquellos axiomas propios del derecho, particularmente del derecho administrativo; la correcta aplicación de la norma permita que, las medidas cautelares que se imponga al coactivado sean debidamente proporcionales a la obligación objeto de la litis.
2. La consignación del total de la obligación a través de la garantía bancaria para la revocatoria de las medidas cautelares no es proporcional ni razonada, puesto que no es lógico ni proporcional que se exija al coactivado el pago total de monto adeudado más los intereses y costas a los que hubiere lugar, lo cual evidentemente atenta contra el derecho a la tutela judicial efectiva que debe ser garantizado por el Estado ecuatoriano.
3. Los elementos de las medidas cautelares son: Provisionalidad, instrumentalidad, discrecionalidad, jurisdiccionalidad y variabilidad; en definitiva, estos elementos deben concretarse al momento de la imposición de las medidas cautelares para garantizar su adecuada limitación en función de cada caso concreto.
4. Los efectos que tiene la aplicación del inciso cuarto del artículo 281 del Código Orgánico Administrativo son: vulneración al derecho de la tutela judicial efectiva, vulneración de la seguridad jurídica, aplicación de discrecionalidad del derecho administrativo, extralimitación en la imposición de requisitos para la revocatoria de medidas cautelares.

5. Los derechos que se vulneran al deudor, en sentido procesal, por exigir el pago del valor íntegro de la obligación coactiva para el levantamiento de las medidas cautelares son sus derechos a acceder a la justicia y también el derecho que tiene que el Estado le garantice una correcta aplicación la estructura jurídica nacional, el cual se manifiesta a través de la llamada seguridad jurídica. Lo descrito en este punto también limita la capacidad económica del deudor.
6. Debe declararse la inconstitucionalidad del inciso cuarto del artículo 281 del Código Orgánico Administrativo, por cuanto se ha determinado en este trabajo que es contrario a varios derechos procesales que impiden la correcta aplicación de la norma, para ello basta presentar una acción pública de inconstitucionalidad y que sea el máximo organismo de control Constitucional que determine el porcentaje máximo para la revocatoria de las medidas cautelares en la entrega de la póliza bancaria.
7. El porcentaje adecuado que exige la garantía bancaria debe ser razonable, tal como si lo dispone el Código Orgánico General de Procesos en su artículo 317 al disponer el 10% de garantía para la suspensión de las medidas cautelares, disposición normativa que no puede ser aplicada en el procedimiento administrativo puesto que la norma que lo regula es el Código Orgánico Administrativo.

RECOMENDACIONES

1. Realizar la acción pública de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional para que se tramite el análisis normativo por parte del máximo organismo de control constitucional para que se proceda con la aplicación de las conclusiones de este trabajo, esto es, establecer un porcentaje razonable que permita levantar las medidas cautelares en contra del coactivado.
2. Recomendar a los recaudadores o jueces de coactivas que, previo a la imposición de medidas cautelares, verifiquen la aplicación de los elementos doctrinarios de la figura como tal y así mismo, que las medidas de precaución que se dicten no sean extralimitadas ni desproporcionales al fin que se pretende tutelar.
3. Efectuar una difusión masiva de este trabajo que recoge ideas importantes en cuanto a la aplicación de las medidas cautelares en el procedimiento administrativo, puesto que, la finalidad es la protección de los derechos de la ciudadanía, los cuales no se han cumplido de acuerdo a las garantías constitucionales previstas en la Norma Suprema.
4. Realizar un seguimiento a las instituciones con jurisdicción coactiva para que el ejercicio de su potestad se garantice la tutela judicial efectiva y la aplicación de la seguridad jurídica. Los organismos de control deberán imponer sanciones en caso de que, de sus actos, en materia concreta de lo que se ha estudiado en esta tesis, representen un abuso del derecho.
5. Recomendar a las entidades públicas implementar mapas de procesos sobre los reglamentos (en caso de tenerlos) del ejercicio de la potestad coactiva para evitar los saltos de procesos y contrarrestar posibles vulneraciones de derechos en sentido procesal a los coactivados.

6. Dar seguimiento a las acciones públicas de inconstitucionalidad presentadas a la Corte Constitucional en las que se alega la inconstitucionalidad por el fondo del inciso cuarto del artículo 281 del Código Orgánico Administrativo, de forma que exista un pronunciamiento del órgano de control y de esa forma se contribuya a evitar la extralimitación en la aplicación de medidas cautelares.
7. Aplicar la norma de la materia dejando de lado o sin aplicar aquellas que representen una trasgresión de los derechos de los particulares sin afectar los intereses del Estado en el cumplimiento de las obligaciones adeudadas por parte de los coactivados.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Asamblea Nacional. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi: Lexis.
- Asamblea Nacional. (2015). *Código Orgánico General de Procesos*. Quito: Lexis.
- Asamblea Nacional. (2017). *Código Orgánico Administrativo*. Quito: Lexis.
- Astudillo, M. (2012). *La factura cambiaria como título de crédito en el código de comercio y en el código de procedimiento civil*. Loja: Universidad Nacional de Loja.
- Barbado, P. (2009). *Sistemas Cautelares y procesos urgentes*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni editore.
- Cabanellas, G. (2015). *Diccionario jurídico elemental*. España: Heliastra.
- Calamandrei, P. (2005). *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Lima: Ara editores.
- Cassagne, E. (2018). *Las Medidas cautelares contra la administración*. Buenos Aires: Editorial ARG.
- Celi, E. (2014). *Depositarios judiciales acumulan bienes por años*. Guayaquil: Editorial Diario El Comercio.
- Cisneros, M. (2014). *Las medidas cautelares en el Ecuador*. Cuenca: Universidad de Cuenca.
- Coello, C. (2019). *Las medidas cautelares dentro del proceso contencioso administrativo*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.

- Congreso de la República. (2004). *Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva*. Lima: LEXIS.
- Congreso Nacional . (2008). *Código de Comercio*. Bogotá: CMF.
- Congreso Nacional. (2005). *Código Civil*. Quito: Lexis.
- Congreso Nacional de Colombia. (2004). *Ley de procedimiento contencioso civil*. Bogotá: BOGC.
- Constante, G. (2018). *El secuestro de bienes inmuebles en el nuevo código orgánico general de procesos y el principio de seguridad jurídica*. Ambato: UNIANDES.
- Cornejo, J. (2016). *El embargo en el COGEP*. Guayaquil: Derecho Ecuador.
- Corte Constitucional. (2020). *Sentencia No. 60-11-CN/20*. Quito: Lexis.
- Cortés, M., & Iglesias, M. (2004). *Generalidades sobre Metodología de la Investigación*. México: Universidad Autónoma del Carmen.
- Cuéllar, G. (1998). *El principio de proporcionalidad en el derecho procesal español*. España: Universidad de Castilla-La Mancha.
- Fernández, I. (2015). *Manual de derechos procesal y contencioso administrativo. Tomo I*. Bogotá: Universidad la Gran Colombia.
- Folguera, J. (2018). *Las Normas de defensa de la competencia: Medidas Cautelares en su aplicación judicial directa*. Lima: UM.
- García, E. (2017). *La Batalla por las medidas cautelares, quinta edición*. Madrid: Civitas.
- García, J. (2022). *De las medidas cautelares aplicables en los procedimientos administrativos*. Quito: Universidad Tecnológica Indoamérica-Ecuador .

- Gómez, G. (2018). *Instituciones de Derecho Administrativo*. Bogotá: Publicaciones Consejo de Estado.
- Hernández, R. (2014). *Metodología de la investigación*. México D.F.: Mc Graw Hill Education.
- Lifante, I. (2018). *Dos conceptos de discrecionalidad jurídica*. España: Universidad de Alicante.
- Monroy, J. (2017). *El juez nacional y la medida cautelar*. Lima: Revista actualidad.
- Moreano, C. (2016). *Algunos alcances sobre la facultad coactiva de la administración tributaria*. Lima: Sociedad de Economía y Derecho UPC.
- Ochoa, L. (2010). *El debido proceso en materia penal*. Cuenca: Universidad de Cuenca.
- Oyarte, R. (2016). *Debido proceso*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Padrós, S. (2016). *La Tutela Cautelar en la Jurisdicción Contencioso – Administrativa*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Paella, S., & Martins, F. (2012). *Metodología de la investigación cuantitativa tercera edición*. Caracas: FEDUPEL.
- Peyrano, J. (2019). *La medida cautelar innovativa*. Buenos Aires: De Palma.
- Ponce, L. (2014). *La metodología de la investigación científica del derecho*. México: UNAM.
- Pons, F. (2020). *Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo sancionador*. Madrid: Marcial Pons.

- Quelal, L. (2021). *La sana crítica como concepto jurídico indeterminado para la admisión de la prueba nueva en el Código Orgánico General de Procesos*. Quito: 2021.
- QuestionPro. (2021). *Muestreo de bola de nieve*. Chile: PSD.
- Ramos, F. (2006). *Las Medidas Cautelares Civiles: análisis jurídico económico*. Barcelona: Atelier.
- Reyes, M. (2019). *El debido proceso en el procedimiento de ejecución coactiva*. Ambato: Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
- Rodríguez, A., & Pérez, A. (2017). *Métodos científicos de indagación y construcción del conocimiento*. La Habana: Revista EAN.
- Román, E. (2012). *Aplicación del principio de proporcionalidad*. Guayaquil: Derecho Ecuador.
- Salamero, T. (2014). *Autorización judicial de entrada en el marco de la actividad administrativa*. Madrid: Marcial Pons.
- Sánchez, F. (2019). *Fundamentos epistémicos de la investigación cualitativa y cuantitativa: Consensos y disensos*. Perú: Revista Digital de Investigación en Docencia Universitaria.
- Serrano, L. (2018). *El procedimiento coactivo en la legislación ecuatoriana de los últimos años (2005-2018), y su régimen en el código orgánico administrativo*. Quito: Revista de la Facultad de Jurisprudencia.
- Tena, R., & Morales, H. (2014). *Derecho procesal laboral*. México: Trillas.

Torres, D. (2020). *Procedimiento coactivo y sus formalidades: el desconocimiento por parte del ciudadano*. Quito: Publicaciones COSEDE.

Vásquez, S. (2015). *La proporcionalidad de las medidas cautelares en los procedimientos coactivos de ejecución de los títulos valor*. Cuenca: UTPL.

Villalobos, L. (2017). *La aplicación de las medidas cautelares previas en el procedimiento de ejecución coactiva de la administración tributaria*. Lima: Universidad Antenor Orrego.

ANEXOS

Anexo 1: Preguntas para la encuesta

MODELO DE ENCUESTA

1.- ¿Considera usted que el procedimiento coactivo es una potestad administrativa que garantiza el debido proceso?

- Si
- No

2.- ¿Los Jueces de Coactiva son jueces con potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, es decir, son jueces de acuerdo con las normas contempladas en el Código Orgánico de la Función Judicial?

- Si
- No

3.- ¿Considera usted necesarias las medidas cautelares en el procedimiento de coactiva para garantizar el cobro eficiente de la obligación del coactivado?

- Muy necesario
- Necesario
- Moderadamente necesario
- Poco necesario
- Innecesario

4.- ¿Está usted de acuerdo en que la medida cautelar de bloqueo y retención de fondos ordenadas en el procedimiento de coactiva es proporcional al fin que persiguen?

- Totalmente de acuerdo
- Parcialmente de acuerdo
- Ni de acuerdo ni en desacuerdo
- Parcialmente en desacuerdo
- Totalmente en desacuerdo

5.- ¿Está usted de acuerdo en que se dicte la medida cautelar de retención de fondos cuando la cuantía es baja o inferior a mil dólares?

- Totalmente de acuerdo
- Parcialmente de acuerdo
- Ni de acuerdo ni en desacuerdo
- Parcialmente en desacuerdo
- Totalmente en desacuerdo

6.- ¿Está usted de acuerdo en que se vulnera el principio de proporcionalidad en la potestad del ejercicio de coactiva cuando el recaudador ordena el bloqueo de los fondos de la cuenta del coactivado sin establecer el monto o valor a congelar o retener?

- Totalmente de acuerdo
- Parcialmente de acuerdo
- Ni de acuerdo ni en desacuerdo
- Parcialmente en desacuerdo
- Totalmente en desacuerdo

7.- ¿Está usted de acuerdo en que se vulnera el principio de proporcionalidad en la potestad del ejercicio de coactiva cuando el recaudador ordena la prohibición de enajenar al coactivado en montos de baja cuantía o inferiores a \$1000?

- Totalmente de acuerdo
- Parcialmente de acuerdo
- Ni de acuerdo ni en desacuerdo
- Parcialmente en desacuerdo
- Totalmente en desacuerdo

8.- ¿Está usted de acuerdo en que se vulnera el principio de constitucionalidad en la potestad del ejercicio de coactiva cuando el recaudador ordena la prohibición de salida del país al coactivado?

- Totalmente de acuerdo
- Parcialmente de acuerdo
- Ni de acuerdo ni en desacuerdo
- Parcialmente en desacuerdo
- Totalmente en desacuerdo

9.- ¿Está usted de acuerdo en que la garantía bancaria y la aplicación del principio de proporcionalidad en la revocatoria de las medidas cautelares del coactivado?

- Totalmente de acuerdo
- Parcialmente de acuerdo
- Ni de acuerdo ni en desacuerdo
- Parcialmente en desacuerdo
- Totalmente en desacuerdo

10.- ¿Está usted de acuerdo en que la garantía bancaria para la revocatoria de las medidas cautelares del coactivado debe ser de al menos el 10% del total de la obligación?

- Totalmente de acuerdo
- Parcialmente de acuerdo
- Ni de acuerdo ni en desacuerdo
- Parcialmente en desacuerdo
- Totalmente en desacuerdo

Anexo 2: Preguntas para entrevista

MODELO DE ENTREVISTAS

| Entrevista Nro. 3 | | |
|--------------------------|---|------------------|
| Objeto: | Determinar la opinión de los expertos sobre la proporcionalidad de la aplicación de medidas cautelares y la garantía bancaria sobre el coactivado. | |
| Ítem | Pregunta | Respuesta |
| 3 | 1.- ¿Considera usted que la garantía bancaria para la revocatoria de las medidas cautelares del coactivado debe ser de al menos el 10% del total de la obligación? | |
| | 2.- ¿Considera usted que se vulnera el principio de proporcionalidad en la potestad del ejercicio de coactiva cuando el recaudador ordena la prohibición de salida del país al coactivado congela la cuenta del coactivado por un monto menor a \$1000? | |
| | 3.- ¿Considera usted que el procedimiento coactivo es una potestad administrativa que garantiza el debido proceso y la tutela judicial efectiva? | |
| | 4.- ¿De qué manera se garantizan los derechos del coactivado en la consignación del total de la obligación a través de la garantía bancaria para la revocatoria de las medidas cautelares? | |
| | 5.- ¿Considera usted que existe una extra limitación de las facultades por parte del juez de coactivas que busca solamente su | |

| | | |
|-------------------------------|--|--|
| | beneficio afectando de manera directa la capacidad económica del obligado? | |
| Análisis | | |
| Datos del entrevistado | Abg. XXXXX Mat. XXXXX | |