

## LA EVENTUAL ADOPCIÓN DE MEDIDAS PROVISIONALES Y CAUTELARES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

### *THE EVENTUAL ADOPTION OF PROVISIONAL AND PRECAUTIONARY MEASURES IN THE SANCTIONING ADMINISTRATIVE PROCEDURE*

JAIME ANDRÉS VILLACRESES VALLE<sup>1</sup>

---

**RESUMEN:** En este artículo académico se propone reflexionar en qué casos procede la eventual adopción de las medidas provisionales o también llamadas medidas cautelares en el desarrollo del procedimiento administrativo sancionador. Se aborda el tema de la justificación del por qué y para qué existen estas instituciones jurídicas; su regulación en algunos países de Iberoamérica como son España, El Salvador, México, Ecuador y Perú; sus características; requisitos, pero, de manera especial, se enfatiza en el requisito de la motivación; la posibilidad de impugnación de estas; y, finalmente, se anotan unas reflexiones que son el resultado del estudio de las fuentes consultadas, desde la normativa comparada, la doctrina y la jurisprudencia.

---

<sup>1</sup> Profesor de Derecho Administrativo en Pregrado y Posgrado. Ha dictado las materias de Derecho Administrativo y Contencioso Administrativo en la Universidad de las Américas-UDLA (Quito-Ecuador, Universidad Internacional SEK (Quito-Ecuador) y en la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. Presidente del Instituto de Estudios de Derecho Administrativo y Social (IDEAS) de Ecuador. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA). Ex Asociado Senior en Robalino Abogados (Ex Ferrere abogados). Candidato Doctoral en Derecho Administrativo Iberoamericano por la Universidad de la Coruña-España. Especialista Superior y Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Andina Simón Bolívar. Especialista Superior en Contratación Pública por la misma universidad. Experto en Derecho Administrativo por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Abogado por la Universidad de las Américas (UDLA). Ex Asesor de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia. Contacto: [jaimevillacreses@hotmail.com](mailto:jaimevillacreses@hotmail.com) ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1260-5221>

Fecha de recepción: 12 de septiembre de 2022. Fecha de aprobación: 27 de octubre de 2022.

**PALABRAS CLAVE:** *Medidas provisionales; medidas cautelares; procedimiento administrativo sancionador; oportunidad; urgencia; necesidad; proporcionalidad; motivación; impugnabilidad.*

**ABSTRACT:** In this academic article it is proposed to reflect on in which cases the eventual adoption of provisional measures or also called precautionary measures proceeds in the development of the sanctioning administrative procedure. The issue of the justification of why and for what these legal institutions exist is addressed; its regulation in some Latin American countries; features; requirements, but, in a special way, the requirement of motivation is emphasized; the possibility of impugment these; and, finally, some final reflections are noted that are the result of the study of the sources consulted from the comparative regulations, the doctrine and the jurisprudence.

**KEYWORDS:** *Provisional measures; precautionary measures; sanctioning administrative procedure; opportunity; urgency; necessity; proportionality; motivation; impugment.*

**SUMARIO:** I. Introducción; II. Justificación de las medidas provisionales y cautelares; III. Regulación de las medidas provisionales o cautelares en el procedimiento administrativo sancionador; 1. España; 2. El Salvador; 3. México; 4. Ecuador; 5. Perú; IV. La motivación como requisito fundamental; V. Impugnabilidad; VI. Reflexiones finales; VII. Fuentes consultadas.

---

## 1. INTRODUCCIÓN

**P**ara empezar con el estudio del tema propuesto, es importante recordar las enseñanzas de Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, quienes sostienen que el procedimiento administrativo sancionador es una paradigmática manifestación de la doble función de garantía que tienen todos los procedimientos administrativos,

que buscan: (i) el acierto en la aplicación de la ley al caso concreto y (ii) la tutela del ciudadano, de forma que se asegure la legalidad subjetiva. En definitiva, el procedimiento administrativo sancionador se caracteriza por la búsqueda del equilibrio entre la protección de los intereses públicos (que lleva a sancionar determinadas conductas infractoras del ordenamiento jurídico) y la garantía de los derechos del inculpado<sup>2</sup>.

Por su parte, Sánchez Morón señala que mediante la facultad otorgada a la Administración para imponer sanciones para quienes vulneren la legalidad administrativa, el legislador persigue garantizar la observancia de esta y, de las limitaciones y deberes que se imponen a los ciudadanos por las normas jurídicas o a través de actos administrativos de obligado cumplimiento: órdenes, requerimientos, denegación de autorizaciones, etc.<sup>3</sup>.

Sin embargo, para el ejercicio de la potestad sancionadora y los instrumentos que con ella se otorgan, es necesario que las personas comprendan que la Administración hace uso de esta, para proteger el interés general y en reacción a las conductas contrarias al ordenamiento jurídico. En este sentido, es inexorable contar con la colaboración social en el trabajo de las autoridades. Al respecto, Nieto enseña que:

resulta imposible el ejercicio eficaz de la potestad sancionadora si no media una decidida colaboración social. Importa, en consecuencia, alterar hasta el mismo fondo los planteamientos tradicionales: no se trata de la Administración contra los ciudadanos (como ahora se piensa) sino del Estado junto a los ciudadanos contra los infractores. Mientras no tenga lugar este cambio de mentalidad, la política

---

<sup>2</sup> Manuel Gómez Tomillo y Íñigo Sanz Rubiales, *Derecho Administrativo Sancionador. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*, Segunda edición (Navarra: Thomson-Aranzadi, 2010), 698.

<sup>3</sup> Miguel Sánchez Morón, *Derecho Administrativo. Parte General*, Décimo séptima edición (Madrid: Tecnos, 2021), 697.

represiva seguirá siendo tan inútil como arbitraria y en modo alguno servirá para el logro de su verdadero objetivo: el cumplimiento de las normas.<sup>4</sup>

En este trabajo, se pretende explicar cómo debe ser una adecuada adopción de las medidas provisionales y cautelares, como herramientas del procedimiento administrativo, con especial utilidad en el ejercicio de la potestad sancionadora, que buscan proteger el interés general ante incumplimientos de la normativa administrativa y posible afectación a los bienes jurídicos protegidos. Se analizará, además, su finalidad, el momento procedimental para su adopción, sus requisitos, posible impugnabilidad, entre otros.

## II. JUSTIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES Y CAUTELARES

En palabras de Blanquer, una medida cautelar es la decisión que se toma en el curso de un proceso judicial o un procedimiento administrativo, para asegurar la efectiva consecución de determinado fin o precaver los obstáculos que puedan dificultar su efectiva consecución<sup>5</sup>.

Los procedimientos administrativos sancionadores consumen tiempo y son excesivamente largos; al menos, los que tienen mayor complejidad. Por ello, inexorable es que la problemática existente sea atendida con oportunidad por parte de la Administración, para que la resolución que pudiera recaer surta efecto y así evitar el riesgo de que en el desarrollo del procedimiento, se produzcan circunstancias que impidan este objetivo. Estas son entonces las circunstancias que justifican la posibilidad de la eventual adopción de medidas provisionales o cautelares en el procedimiento administrativo sancionador.

---

<sup>4</sup> Alejandro Nieto, *Derecho administrativo sancionador*, Quinta edición (Madrid: Tecnos, 2012), 36.

<sup>5</sup> David Blanquer Criado, *El inicio del procedimiento administrativo: los actos administrativos 3.2*, Esfera (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020), 1059.

Entonces, es importante considerar que durante la tramitación del procedimiento pueden existir retrasos que dificulten que el mismo logre al fin esperado, por la asimetría o la discordancia en el calendario, entre lo que sucede en el seno del expediente y lo que acaece en la realidad extra procedimental. Aclara Blanquer que, se trata de gestionar un riesgo y de prevenir u orillar el peligro de que la resolución no produzca su efecto útil, que es lo que sucede cuando no se producen o materializan las consecuencias prácticas que dimanen de la resolución o declaración burocrática dictada al final de la tramitación del procedimiento <sup>6</sup>.

Por ello, como se ha dicho, la adopción de medidas provisionales y cautelares es necesaria para la protección de intereses en juego y los bienes jurídicos protegidos, en tanto se produce una decisión de carácter definitiva sobre el fondo del asunto e impedir la prosecución de la conducta ilícita, toda vez que la misma no ha sido desvirtuada.

Sobre las características de las medidas provisionales, Velázquez Tolsá las enumera y explica acertadamente de la siguiente manera:

- a) Provisionalidad: no tiene vigencia indefinida ni carácter definitivo o de permanencia en el tiempo pues, responden a la necesidad de reaccionar ante la comisión de una infracción, sin esperar a que haya recaído la resolución sancionadora.
- b) Excepcionalidad: surgen a causa de efectos gravosos que se puedan provocar. Su adopción debe ser excepcional.
- c) Instrumentalidad: son consideradas instrumentales o de carácter accesorio de un procedimiento sancionador principal y siguen la suerte de este.
- d) Mutabilidad: deben dictarse atendiendo a todas las circunstancias del momento de su adopción y durante el desarrollo del procedimiento, de modo que, si aquellas varían o desaparecen, las medidas deberán modificarse o suprimirse.
- e) Discrecionalidad: proviene de los casos en que, no es reglada la

---

<sup>6</sup> *Ibid.*

adopción de medidas provisionales, en estos casos, la adopción de la medida se basa en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, porque una medida desproporcionada o irrazonable no sería cautelar, tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso.

- f) Homogeneidad: las medidas deben ser proporcionales a las sanciones que corresponden a la infracción que ha motivado su adopción
- g) Urgencia: las medidas deben ser adoptadas de forma inmediata en el procedimiento, para evitar que la infracción cometida ocasione afectación y perjuicios mayores al bien jurídico tutelado<sup>7</sup>.

Es importante precisar que la adopción de medidas provisionales o cautelares adoptadas en el procedimiento administrativo -como lo sostiene la doctrina especializada- no se trata de una medida sancionadora, porque su función no es represiva. Éstas, son medidas restrictivas de derechos cuya misión es asegurar el resultado de un determinado procedimiento sancionador. Evidentemente, al igual que las sanciones, tienen un contenido limitador de la esfera jurídica a los administrados o, incluso, ablatorio, pero a diferencia de aquellas es siempre provisional, porque su razón de ser estriba en el aseguramiento de la decisión final, de tal forma que se extinguirán con la eficacia de la resolución administrativa que ponga final al procedimiento administrativo<sup>8</sup> o el cambio de las circunstancias del momento en el que fueron adoptadas.

Se debe tener claro que, la adopción de medidas provisionales o cautelares en el procedimiento administrativo sancionador no implica un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, puesto que la razón de la sustanciación de este es verificar si los hechos constituyen una infracción administrativa y es solo al final, cuando la autoridad competente estará en condiciones de pronunciarse y resolver

---

<sup>7</sup> Francisco Eduardo Velázquez Tolsá, *Derecho administrativo sancionador mexicano*, Segunda edición (Madrid: Bosch México, 2021), 213.

<sup>8</sup> Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, *Derecho Administrativo Sancionador. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*, 716.

imponiendo o no la sanción.

Explica Blanquer que las medidas cautelares no se adoptan por la Administración en un procedimiento autónomo o independiente, sino en una fase instrumental o sub-procedimiento de un procedimiento principal, que puede ser tanto declarativo como ejecutivo<sup>9</sup>. En este punto, aclaramos que, más adelante, haremos una breve revisión del procedimiento para la eventual adopción de las medidas provisionales y cautelares en la legislación comparada.

Con lo expuesto, se justifica la posibilidad de que las autoridades que sustancian o intervienen en un procedimiento administrativo sancionador, tengan la facultad de adoptar las medidas provisionales o cautelares, según corresponda, pues, en el caso de justificarse su necesidad y éstas no se adoptan de manera oportuna, incluso podría haber la posibilidad de que se declare la responsabilidad patrimonial de la administración por incumplir el deber de actuar. A continuación, algunos ejemplos:

- En materia urbanística: si la autoridad verifica que está realizando un proceso constructivo sin permisos y sin medidas de seguridad, lo cual podría poner en riesgo la vida de los trabajadores de la obra o las personas que habitan en el predio colindante. En este caso, la autoridad podría suspender el proceso constructivo.
- En materia ambiental: si la autoridad verifica una estación de servicio de gasolina que tiene fugas de combustible, lo cual podría ocasionar una explosión en cualquier momento y poner en riesgo la vida de las personas. En este caso, la autoridad podría clausurar o suspender la actividad de esta estación de servicio.
- En materia de ruidos molestos o contaminación acústica: si la autoridad verifica una actividad que genera un nivel de contaminación acústica que excede los límites normativamente admitidos o que los niveles de vibración sean claramente perceptibles en los predios colindantes, afectando así a la paz, orden y a la convivencia pacífica con las personas. En este caso, la autoridad podría clausurar o suspender la actividad gravosa.

---

<sup>9</sup> Blanquer Criado, *El inicio del procedimiento administrativo*, 1314.

- En materia de bienestar animal: si la autoridad constata actividades prohibidas como la pesca ilegal, en la que podría retener la embarcación en la que se realiza dicha actividad; o, en casos donde se evidencia maltrato a animales domésticos, donde podría incluso proceder el retiro del animal a sus dueños para su recuperación y posterior inicio de un proceso de adopción.
- En materia de transporte aéreo: si la autoridad verifica la realización de actividades de transporte aéreo sin los permisos de operación correspondientes, podría proceder la retención de las aeronaves con el fin de salvaguardar la vida de los pasajeros.

### **III. REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES O CAUTELARES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**

Una vez que hemos explicado para qué sirven las medidas provisionales o cautelares en el procedimiento administrativo sancionador, es necesario revisar cómo están reguladas en las leyes del procedimiento administrativo de algunos países de Iberoamérica. Para ello, hemos escogido las leyes de España, El Salvador, México, Ecuador y Perú que, a criterio del autor, por sus diferencias en el texto que regulan las figuras jurídicas propuestas, aportan para cumplir el objetivo de este trabajo académico que es entender cómo debe ser una adecuada adopción de las medidas provisionales y cautelares en el procedimiento administrativo sancionador. Las normas que se citarán contienen textos similares a las de otras leyes del procedimiento administrativo de otros países de Iberoamérica; razón por la cual, creemos que no es necesario mencionarlos.

Así pues, a continuación, se expone la regulación de las medidas provisionales y cautelares en el procedimiento administrativo en los países mencionados:



## 1. ESPAÑA

En España, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece en su artículo 56, la posibilidad de que se adopten “medidas provisionales” antes del inicio de procedimiento y una vez iniciado éste.

Antes del inicio del procedimiento, el órgano competente, de oficio o a instancia de parte, solo podrá adoptar las medidas provisionales, que resulten recesarias y proporcionadas, en los casos de urgencia inaplazable y para la protección provisional de los intereses implicados y siempre de manera motivada. Estas medidas deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en el acto de inicio del procedimiento administrativo sancionador, que deberá efectuarse dentro de los quince días siguientes a su adopción.

La norma además es tajante al disponer que las medidas provisionales quedarán sin efecto si no se inicia el procedimiento en dicho plazo o, cuando el acto de inicio de este no contenga un pronunciamiento expreso sobre las medidas.

Otra posibilidad se puede dar cuando, iniciado el procedimiento, el órgano competente, de oficio o a instancia de parte, de manera motivada, pueda adoptar las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello, de acuerdo con los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad.

La misma norma establece que las medidas provisionales que se pueden adoptar son:

- a) Suspensión temporal de actividades.
- b) Prestación de fianzas.
- c) Retirada o intervención de bienes productivos o suspensión temporal de servicios por razones de sanidad, higiene o seguridad, el cierre temporal del establecimiento por estas u otras causas previstas en la normativa reguladora aplicable.

- d) Embargo preventivo de bienes, rentas y cosas fungibles computables en metálico por aplicación de precios ciertos.
- e) El depósito, retención o inmovilización de cosa mueble.
- f) La intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda.
- g) Consignación o constitución de depósito de las cantidades que se reclamen.
- h) La retención de ingresos a cuenta que deban abonar las Administraciones Públicas.
- i) Aquellas otras medidas que, para la protección de los derechos de los interesados, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la resolución.

La norma española referida también establece que no se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.

Estas medidas, además, podrán ser dejadas sin efecto o modificadas durante la tramitación del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no se pudieron tener en cuenta en el momento de su adopción. Finalmente, se establece que las medidas provisionales que se adopten, una vez iniciado el procedimiento, se extinguirán cuando surta efectos la resolución administrativa que ponga fin al mismo.

## 2. EL SALVADOR

En el Salvador, la Ley de Procedimientos Administrativos, publicada en el Decreto N° 856 de 15 de diciembre de 2017, contiene en su artículo 78, la regulación para la adopción de medidas provisionales muy similar a la establecida en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas de España.

Esta norma contempla la posibilidad de que se puedan adoptar las medidas provisionales antes y una vez iniciado el procedimiento. La norma coincide con la española incluso en el tiempo de quince días para que las medidas provisionales adoptadas antes del inicio del procedimiento sean confirmadas, modificadas o levantadas en el acto de inicio de este.

### 3. MÉXICO

En México, las medidas provisionales se encuentran reguladas por la ley de la materia en la que el legislador considere que se pueden aplicar. La ley, establecerá la forma y términos para su procedencia, así como, los casos en los que podrían solicitarse<sup>10</sup>.

Para el procedimiento administrativo general, la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 4 de agosto de 1994, en su artículo 44, solo contemplan la posibilidad de que, iniciado el procedimiento, el órgano administrativo pueda adoptar las medidas provisionales establecidas en leyes administrativas de la materia y las establecidas en la referida ley, para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existieren suficientes elementos de juicio para ello.

No existen mayor desarrollo al respecto de estas medidas en la ley citada.

### 4. ECUADOR

En Ecuador, el Código Orgánico Administrativo (“COA”), publicado en el Registro Oficial Suplemento N° 31 de 7 de julio de 2017, contempla la posibilidad de que se puedan adoptar medidas provisionales de protección (Art. 180 y ss.) y medidas cautelares (Art. 189 y ss.) durante el desarrollo del procedimiento administrativo sancionador.

---

<sup>10</sup> Francisco Eduardo Velázquez Tolsá, *Derecho administrativo sancionador mexicano*, Segunda edición (Madrid: Bosch México, 2021), 211.

Las medidas provisionales de protección, conforme lo establece el artículo 181, se las pueda adoptar, antes del inicio del procedimiento administrativo, esto es, en la etapa de actuaciones previas, siempre que concurren las siguientes condiciones:

- a) Que se trate de una medida urgente;
- b) Que sea una medida necesaria y proporcionada;
- c) Que la motivación no se fundamente en meras afirmaciones.

El mismo artículo 181 del COA, establece que estas medidas deben ser confirmadas, modificadas o levantadas en el acto de inicio del procedimiento que no podrá ser emitido y notificado en un término mayor a diez días desde su adopción, con lo cual se establece un límite temporal a las mismas.

Si no se emite y notifica el acto de inicio con el pronunciamiento sobre las mismas en el término establecido; o, si se emite y notifica el acto, sin el pronunciamiento sobre su confirmación, modificación o levantamiento, éstas quedan sin efecto.

En el artículo 182 del COA, se establece que no se podrán 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.

Por su parte, en el artículo 190 del COA, se establece la posibilidad de que, iniciado el procedimiento, el órgano competente, pueda adoptar, de oficio o a petición de persona interesada, las medidas cautelares proporcionales y oportunas para asegurar la eficacia de la resolución.

Estas 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.

Es importante considerar que, la caducidad del procedimiento extingue la medida cautelar previamente adoptada (Art. 191 COA).

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 (Art. 192 COA).

Este cuerpo legal, enumera las mismas medidas provisionales de protección y medidas cautelares que se pueden adoptar, en la etapa procedimental correspondiente, que son:

- a) Secuestro.
- b) Retención.
- c) Prohibición de enajenar.
- d) Clausura de establecimientos.
- e) Suspensión de la actividad.
- f) Retiro de productos, documentos u otros bienes.
- g) Desalojo de personas.
- h) Limitaciones o restricciones de acceso.
- i) Otras previstas en la ley.

#### 1. PERÚ

En Perú, la Ley del Procedimiento Administrativo General o Ley N° 27444, en su artículo 256, contempla la posibilidad de que la autoridad que tramita el procedimiento administrativo pueda disponer, en cualquier momento, la adopción de medidas de carácter provisional que aseguren la eficacia de la resolución final que pudiera recaer. Estas medidas deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidad de los objetivos que se pretende garantizar en cada supuesto concreto.

Así también, la norma establece que no se pueden dictar medidas que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de sus derechos.

Estas medidas, no pueden extenderse más allá de lo que resulten indispensable para cumplir con los objetivos cautelares concurrentes en el caso concreto.

Se debe considerar que si durante la tramitación del procedimiento, la autoridad constata que las medidas de carácter provisional ya no son indispensables o que se ha producido un cambio de situación, éstas deben ser modificadas, sustituyéndolas por otras o revocadas.

Ahora bien, luego de revisar la legislación comparada para la eventual adopción de las medidas provisionales o cautelares en el procedimiento sancionador, hemos visto que hay casos en los que se faculta para la adopción de estas antes del inicio del procedimiento y una vez iniciado este. Al respecto, es necesario hacer algunas puntualizaciones:

Si la adopción de las medidas provisionales se da antes del inicio procedimiento del procedimiento, será en etapa de actuaciones o averiguaciones previas. En otras palabras, se dará en la etapa de inspección administrativa.

Al respecto, Blanquer sostiene que son pocas, muy pocas las normas que regulan las medidas provisionales verdaderamente ligadas a la inspección administrativa, es decir, las medidas que sirven para impedir que, durante el desarrollo de las actuaciones de averiguación o comprobación burocrática, desaparezcan, se destruyan o alteren las fuentes de información que son relevantes <sup>11</sup>.

Entonces, los casos en los que los inspectores podrán adoptar medidas provisionales o provisionalísimas son casos de urgencia inaplazable, intervenciones de emergencia, donde puedan desaparecer las pruebas o los fondos para determinar responsabilidades o cuando exista un escenario de riesgo inminente y dañoso para los intereses generales, cuya persistencia deba cesar.

Si las medidas se adoptan una vez iniciado el procedimiento que será lo más recomendable, el órgano competente será el instructor y las mismas tendrán un carácter cautelar.

#### IV. LA MOTIVACIÓN COMO REQUISITO FUNDAMENTAL

La motivación de las actuaciones administrativas en las que se disponga la adopción de medidas provisionales o cautelares debe aludir a los requisitos legales específicos previstos para su adopción: finalidad, contenido, adecuación al fin, ponderación de intereses<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> *Ibid.*, 1103.

<sup>12</sup> Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, *Derecho Administrativo Sancionador. Teoría General y*

Como ya se expuso, para la adopción de estas medidas, la normativa iberoamericana, en general, exige que las mismas sean:

- Necesarias;
- Proporcionales;
- Idóneas.

Para cumplir con estos parámetros, estas deben servir para la protección provisional de los intereses o fines afectados y, deben estar suficientemente motivadas, para así conocer con certeza el fundamento objetivo, racional y razonable que las justifique<sup>13</sup>.

El “periculum in mora” o peligro en la demora del tiempo que transcurra hasta que se emita la resolución que ponga fin al procedimiento administrativo, exige a la autoridad una razonable gestión del riesgo de que se pierda el efecto útil de la resolución. Entonces, las medidas se podrán adoptar, con carácter preventivo -no sancionatorio-, si existe un peligro o riesgo relevante, ante el cual, la inactividad burocrática podría causar un perjuicio mayor.

Sobre los parámetros expuestos y el test de proporcionalidad la Corte Constitucional del Ecuador ha señalado:

El test de proporcionalidad tiene, pues, cuatro elementos: a) Un fin constitucionalmente válido; b) idoneidad, c) necesidad, y d) la proporcionalidad propiamente dicha. La ausencia de uno de dichos elementos sería suficiente para considerar que la medida no supera el test de proporcionalidad<sup>14</sup>.

En otro caso, la misma Corte Constitucional ha sostenido que:

Sobre esta base, corresponde analizar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida, por lo cual se debe valorar 1) si existen otras alternativas menos gravosas para alcanzar el fin legítimo antes

---

*Práctica del Derecho Penal Administrativo*, 721.

<sup>13</sup> Blanquer Criado, *El inicio del procedimiento administrativo*, 1350.

<sup>14</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 11-18-CN/19 de 12 de junio de 2019, dentro del caso No. 11-18-CN.

expuesto, o es el único medio para alcanzarlo; 2) si es adecuada para contribuir a la realización del objeto invocado; y, 3) si es apropiada para desempeñar su función protectora, es decir si es el instrumento menos perturbador para conseguir el resultado deseado<sup>15</sup>.

En este sentido, en la motivación de la adopción de las medidas provisionales o cautelares se deberán justificar estos parámetros con el fin de que se cumpla con su función preventiva y protectora del interés general, que siempre prevalecerá sobre el interés particular, conforme lo establece el artículo 83 de la Constitución de la República y el artículo 38 del COA del Ecuador.

En ese sentido, con la adopción de las medidas provisionales o cautelares en un procedimiento administrativo se podría prevenir y proteger una posible afectación a la seguridad o la vida de las personas, al orden, a la convivencia ciudadana, al bienestar animal, al derecho a vivir en un ambiente sano libre de contaminación, al derecho a la protección de datos de carácter personal, al uso adecuado del espacio público, entre otros.

Finalmente, es categórica la doctrina en señalar que serían inválidas y contrarias a Derecho, las medidas provisionales o cautelares que se impongan por parte de la Administración de manera apodíctica, y se adopten sin ninguna justificación o motivación. También cuando la fundamentación exteriorizada es insuficiente o inadecuada para la legitimar el específico contenido del acto en la que se adopta. Se explica que esto ocurre cuando no hay una auténtica justificación del fundamento legitimador de la medida, sino solo una frase genérica, vaga y hueca que ni aporta datos o circunstancias fácticas, ni tampoco se ajusta a las peculiares circunstancias del caso, y que con frecuencia se limita a reproducir el texto de un precepto normativo que es general y abstracto<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 5-19-OP/19 de 4 de diciembre de 2019, dentro del caso No. 5-19-OP.

<sup>16</sup> Blanquer Criado, *El inicio del procedimiento administrativo*, 1352.



## V. IMPUGNABILIDAD

Si bien las medidas provisionales o cautelares se adoptan en actos de trámite, las mismas tienen efectos directos e inciden en la esfera jurídica de los particulares, pues, podrían lesionar derechos subjetivos y, por tanto, su eficacia no es solo intra-procedimental. En este sentido, los actos en los que se adopten estas medidas con las que se puedan lesionar derechos subjetivos, no siempre tendrán únicamente el contenido y efectos de un acto de trámite.

Por ello, en palabras de Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, carecería de sentido tener que esperar a la terminación del procedimiento sancionador para poder impugnar una medida cuya eficacia ha sido temporal y termina necesariamente con la adopción de la resolución en dicho procedimiento. Por eso, hay que entender que las medidas provisionales [o las medidas cautelares] son impugnables autónomamente <sup>17</sup>.

Al respecto, es importante señalar que la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas de España, en su artículo 56, al final del número 2, contempla la posibilidad de que se pueda interponer un recurso en contra del acto de inicio del procedimiento administrativo (acto de trámite) con el que se confirme, modifique o levante una medida provisional.

Velázquez Tolsá cita Silva de la Puerta quien sostiene que carecería de fundamento demorar el control de legalidad de la medida provisional al momento del dictado de la sanción, pues, podría generar perjuicios irreversibles, por esa razón es susceptible de ser recurrida. Así también, el mismo autor, cita a Pons Cánovas, quien afirma que las medidas provisionales son susceptibles de ser impugnadas, en todos los casos, de forma directa e independiente a cualquier otro acuerdo adoptado en el procedimiento, debido a la

---

<sup>17</sup> Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, *Derecho Administrativo Sancionador. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*, 726.

trascendencia de los efectos que pueden producir en los derechos e intereses de sus destinatarios <sup>18</sup>.

Para Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, la jurisprudencia en España -y que nos sirve de insumo para el estudio del tema propuesto- es prácticamente unánime en el reconocimiento de la posibilidad de impugnación autónoma de las medidas provisionales que puedan adoptarse en un procedimiento sancionador como recuerda el Tribunal Supremo (STS de 7 de mayo de 1999 [RJ 1999, 4012]) pero también el propio Tribunal Constitucional en su sentencia TC 235/1998 (RTC 1998, 235), F. 3º:

[...] la interpretación realizada por el Tribunal Militar Central y ratificada por el Tribunal Supremo que parte de la identificación de la medida cautelar con un simple acto de trámite, a los efectos de su impugnación separada, resulta desproporcionadamente formalista y rigorista y no toma en consideración la existencia de los intereses legítimos susceptibles de protección. En efecto, a pesar del carácter instrumental y provisional de las medidas cautelares, de su dependencia del expediente principal y de su vigencia temporal, no cabe ignorar que la resolución cautelar presenta una relevancia y trascendencia propias en cuanto tiene una incidencia directa e inmediata en los derechos e intereses legítimos del afectado y puede causar una pérdida irreversible de tales derechos e intereses [...]. Y es esta afectación o incidencia directa e inmediata en derechos e intereses susceptibles de protección, lo que determina que estos actos deben tener, en lo que se refiere a su eventual impugnabilidad, es decir, a los efectos de acceso a la jurisdicción y de su correspondiente control judicial, las mismas garantías que los actos definitivos <sup>19</sup>.

Expuesta la posibilidad de que sí se puedan impugnar los actos en los que se adopten medidas provisionales y cautelares, es importante también considerar que la doctrina, con base en la jurisprudencia,

---

<sup>18</sup> Velázquez Tolsá, *Derecho administrativo sancionador mexicano*, 221.

<sup>19</sup> Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, *Derecho Administrativo Sancionador. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*, 726-27.

ha señalado que si la impugnación del interesado fuera exitosa y se anulase la medida provisional adoptada por la autoridad competente (o si invalida la resolución finalmente adoptada), entonces puede existir fundamento adecuado para reclamar la indemnización de daños y perjuicios causados, siempre que concurren los requisitos legalmente establecidos para la declaración de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Empero, la doctrina también enfatiza en que, si el acto se anula, pero es razonable la interpretación de las normas realizada por la Administración al adoptar una medida provisional (y aunque discutible, la cautelar tiene fundamento jurídico), el interesado tendrá que soportar las consecuencias derivadas de las medidas adoptadas por las autoridades competentes. En efecto, según los Tribunales, a efectos de responsabilidad patrimonial, hay un cierto margen de error de tolerancia con las irregularidades administrativas, que deben ser estoicamente soportadas por los ciudadanos sin percibir compensación alguna <sup>20</sup>.

## VI. REFLEXIONES FINALES

- De lo expuesto, queda claro que los actos en los que se adopten medidas provisionales o cautelares en los procedimientos administrativos sancionadores deben tener una suficiente reflexión y que éstos sirvan para garantizar que la decisión que pongan fin al procedimiento sea fructífera, cumpla su finalidad, así como para precautar y proteger los intereses en juego.
- Las medidas provisionales o cautelares deben tener relación con la posible sanción que se vaya a imponer y el bien jurídico protegido, pues, está prohibida la adopción de cualquier medida que no pretenda asegurar la eficacia de la resolución y cumplir con su función preventiva y protectora.

---

<sup>20</sup> Blanquer Criado, *El inicio del procedimiento administrativo*, 1366.

- Es incorrecto hacer una crítica negativa con un análisis ligero a la adopción de las medidas provisionales o cautelares en los procedimientos administrativos sancionadores, pues, en ocasiones, quienes las adoptan, terminan siendo héroes que evitan que se causen perjuicios mayores. Por ejemplo: (i) al suspender una obra sin permisos y que se esté realizando de manera antitética poniendo en riesgo la vida de las personas; (ii) realizando el retiro de un animal que sea víctima de maltrato; (iii) suspendiendo la actividad de una fábrica que realice descargas contaminantes a un río, entre otras.
- Si bien es cierto hay la prohibición de adoptar medidas provisionales y cautelares, cuando se puedan causar daños de imposible reparación, también se debe tomar en cuenta que, para el reclamo de estos, se deben cumplir los requisitos para la declaratoria de responsabilidad patrimonial de la Administración, entre ellos, que la víctima no tenga la obligación jurídica de soportar el daño. Entonces, en el caso de existir una conducta contraria al ordenamiento jurídico de la persona reclamante, este requisito no se cumpliría.
- La motivación para la adopción de las medidas provisionales y cautelares constituye una de las garantías más importantes para las personas, misma que debe aludir a los requisitos legales específicos previstos para su adopción, a su finalidad, contenido, adecuación al fin, ponderación de intereses.
- La normativa citada contempla que las medidas cautelares, pueden ser modificadas o revocadas, de oficio o a petición de persona interesada, durante la tramitación del procedimiento, cuando cambien las circunstancias y hechos por las que fueron adoptadas. Al respecto, es importante señalar que, una vez que la autoridad tenga conocimiento de un cambio en las circunstancias por las que fue adoptada y, más aún, si la conducta del interesado está acorde con el ordenamiento jurídico, la medida deberá dejarse sin efecto, lo antes posible. Esto, por cuanto la doctrina ha señalado que, también habrá responsabilidad patrimonial y se vulnerará la proporcionalidad, en los casos que exista “tardanza padecida en su levantamiento”, a pesar de tratarse de medidas cautelares correcta-

mente adoptadas, con efectos lesivos para el que la sufre<sup>21</sup>. Empero, consideramos que, no podrá haber responsabilidad patrimonial de la Administración, si sus funcionarios no conocen el cambio de las circunstancias por las que se adoptó la medida.

- Como hemos visto, la eventual adopción de medidas cautelares y provisionales también está informada por los principios del procedimiento administrativo sancionador como el de proporcionalidad y el de necesidad, mismos que permiten mantener el equilibrio entre el ejercicio de la potestad sancionadora, el interés general y los derechos fundamentales.

## VII. FUENTES CONSULTADAS:

### 1. NORMATIVA:

ECUADOR, Código Orgánico Administrativo (“COA”), publicado en el Registro Oficial Suplemento N° 31 de 7 de julio de 2017.

EL SALVADOR, Ley de Procedimientos Administrativos, publicada en el Decreto N° 856 de 15 de diciembre de 2017.

ESPAÑA, Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

MÉXICO, Ley Federal de Procedimiento Administrativo, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de agosto de 1994.

PERÚ, Ley del Procedimiento Administrativo General o Ley N° 27444.

### 2. HEMEROGRAFÍA:

BLANQUER CRIADO, David. *El inicio del procedimiento administrativo: los actos administrativos* 3.2. Esfera. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

---

<sup>21</sup> Marta Silva de Lapuerta et al., *Manual de Derecho Administrativo Sancionador. Tomo I.*, Tercera (Navarra: Thomson-Aranzadi, 2013), 437.

- GÓMEZ TOMILLO, Manuel, y SANZ RUBIALES, Íñigo. *Derecho Administrativo Sancionador. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*. Segunda edición. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2010.
- NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. Quinta edición. Madrid: Tecnos, 2012.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho Administrativo. Parte General*. Décimo séptima edición. Madrid: Tecnos, 2021.
- SILVA DE LAPUERTA, Marta, GARCÍA MALSIPICA, Silvia, HERRANZ VEGA, Mariano, España, y Ministerio de Justicia. Abogacía General del Estado. Servicio Jurídico del Estado. *Manual de Derecho Administrativo Sancionador. Tomo I*. Tercera. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2013.
- VELÁZQUEZ TOLSÁ, Francisco Eduardo. *Derecho administrativo sancionador mexicano*. Segunda edición. Madrid: Bosch México, 2021.

### 3. JURISPRUDENCIA:

- CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, Sentencia No. 11-18-CN/19 de 12 de junio de 2019, dentro del caso No. 11-18-CN.
- CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, Dictamen No. 5-19-OP/19 de 4 de diciembre de 2019, dentro del caso No. 5-19-OP.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, sentencia TC 235/1998 (RTC 1998, 235).
- TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, sentencia de 7 de mayo de 1999 [RJ 1999, 4012]).